

CONSEJO DE REDACCIÓN

SECRETARIO-CONSEJERO:

Juan José Jurado Jurado

DIRECTOR:

Juan María Díaz Fraile,

Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores

SECRETARIO HONORARIO:

† Francisco Corral Dueñas

CONSEJEROS:

Basilio Aguirre Fernández, Registrador de la Propiedad y Mercantil
Ana del Valle Hernández, Registradora de la Propiedad y Mercantil
Jose Ángel García-Valdecasas Butrón, Registrador de la Propiedad y Mercantil
Luis Delgado Juega, Registrador de la Propiedad y Mercantil
Enrique Américo Alonso, Registrador de la Propiedad y Mercantil

Juan Carlos Casas Rojo, Registrador de la Propiedad y Mercantil
José Luis Valle Muñoz, Registrador de la Propiedad y Mercantil
Iván Heredia Cervantes, Prof. Titular Derecho Internacional Privado, UAM
Juan Pablo Murga Fernández, Prof. Doctor Derecho Civil, Universidad Sevilla

ISSN 2341-3417 Depósito legal: M. 6.385-1966

AÑO LI • Núm. 32 (3.ª Época) • AGOSTO DE 2016

NOTA: A las distintas Secciones del Boletín se accede desde el SUMARIO pinchando directamente sobre cualquiera de ellas y desde el ÍNDICE se entra a los distintos apartados pinchando el seleccionado, salvo que este incluya en rojo un enlace web, al que se accede pulsando directamente sobre el mismo.

SUMARIO

NOTICIAS DE INTERÉS.

ESTUDIOS Y COLABORACIONES.

CASOS PRÁCTICOS:

POR EL SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DEL DECANATO DE CATALUÑA.

POR EL SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DEL DECANATO DE MADRID.

NORMAS:

B.O.E.

CC.AA.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.:

PUBLICADAS EN EL B.O.E.:

PROPIEDAD: *(Por Basilio Aguirre Fernández).*

PROPIEDAD: *(Por Pedro Ávila Navarro).*

MERCANTIL: *(Por Ana del Valle Hernández).*

MERCANTIL: *(Por Pedro Ávila Navarro).*

PUBLICADAS EN EL D.O.G.C.:

PROPIEDAD: *(Por María Tenza Llorente)*

NO PUBLICADAS EN EL B.O.E.:

AUDITORES. *(Se publica solo en el Boletín de la Intranet Colegial)*

EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. *(Se publica solo en el Boletín de la Intranet Colegial)*

SENTENCIAS Y OTRAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

TRIBUNAL SUPREMO:

SALA DE LO CIVIL.

* El Boletín no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

ÍNDICE

I. NOTICIAS DE INTERÉS.

- **APLAZAMIENTO PROVISIONAL DE REGISTROS DE LA PROPIEDAD VACANTES, PENDIENTES DE DEFINITIVA CONSTITUCIÓN Y CON REGISTRADORES INTERINOS Y REAGrupación PROVISIONAL DE LOS MISMOS. ORDEN 1411/2016, DE 31 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA ORDEN JUS/231/2013, DE 13 DE FEBRERO, DE APLAZAMIENTO DE LA EFECTIVIDAD DE LA DEMARCACIÓN EN RELACIÓN CON DETERMINADOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD CREADOS POR EL REAL DECRETO 172/2007, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE MODIFICA LA DEMARCACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y DE BIENES MUEBLES.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/31/pdfs/BOE-A-2016-8118.pdf>

- **CONVOCADA OPOSICIÓN A NOTARÍAS. ORDEN 1410/2016, DE 10 DE AGOSTO, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE CONVOCA OPOSICIÓN LIBRE PARA OBTENER EL TÍTULO DE NOTARIO.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/31/pdfs/BOE-A-2016-8112.pdf>

- S.T.S. 15-7-2016. SALA DE LO CIVIL.- SECCIÓN 1ª.- **RECONOCIMIENTOS DE COMPLACENCIA DE LA PATERNIDAD: VALIDEZ; POSIBILIDAD DE QUE EL RECONOCEDOR IMPUGNE SU PATERNIDAD; ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN QUE PROCEDE CUANDO EL RECONOCEDOR CONTRAE MATRIMONIO CON LA MADRE DEL RECONOCIDO. FIJACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SALA.**

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7742371&links=%22494%2F2016%22&optimize=20160722&publicinterface=true>

- S.T.C. 21-7-2016.- **TASAS JUDICIALES. INCONSTITUCIONALIDAD Y NULIDAD LAS MISMAS TANTO PARA EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN COMO PARA LA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SENTENCIA 140/2016, DE 21 DE JULIO DE 2016. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 973-2013. INTERPUESTO POR CIENTO NUEVE DIPUTADOS DEL GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS RESPECTO DE DIVERSOS PRECEPTOS DE LA LEY 10/2012, DE 20 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE REGULAN DETERMINADAS TASAS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DEL INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA Y CIENCIAS FORENSES. DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ACCESO A LA JUSTICIA Y ACCESO AL RECURSO) Y A LA IGUALDAD EN LA LEY; PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA Y CONTROL DE LEGALIDAD DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: NULIDAD DEL PRECEPTO LEGAL QUE DETERMINA LA CUOTA TRIBUTARIA DE LA TASA POR EL EJERCICIO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL EN LOS ÓRDENES CIVIL (RECURSOS DE APELACIÓN, CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL), CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SOCIAL.**

http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2016_074/2013-00973STC.pdf

http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2016_074/Nota%20Informativa%20n%C2%BA%2074-2016%20PARA%20LA%20PAGINA.pdf

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7905.pdf>

- **CONCURSO REGISTRADORES. RESOLUCIÓN DE 29 DE JULIO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE RESUELVE EL CONCURSO ORDINARIO 294 PARA LA PROVISIÓN DE REGISTROS DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y DE BIENES MUEBLES VACANTES, CONVOCADO POR RESOLUCIÓN DE 18 DE MAYO DE 2016, Y SE DISPONE SU COMUNICACIÓN A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA QUE SE PROCEDA A LOS NOMBRAMIENTOS.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/11/pdfs/BOE-A-2016-7739.pdf>

- **CONCURSO REGISTRADORES. CATALUÑA. RESOLUCIÓN 1952/2016, DE 29 DE JULIO, POR LA QUE SE RESUELVE EL CONCURSO PARA LA PROVISIÓN DE REGISTROS DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y DE BIENES MUEBLES NÚM. 294 CONVOCADO POR LA RESOLUCIÓN JUS/1331/2016, DE 18 DE MAYO.**

http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/AppJava/PdfProviderServlet?documentId=751540&type=01&language=es_ES

II. ESTUDIOS Y COLABORACIONES.

- **NOVEDADES SUSTANTIVAS EN MATERIA DE ESTADO CIVIL.** *Por Susana Jimenez Bautista, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Guadalajara, actualmente Letrada del Gabinete Técnico de la Sala Primera del T.S. (Ponencia presentada en el Encuentro entre Magistrados encargados de los Registros Civiles, Notarios y Registradores de la Propiedad celebrado en el C.G.P.J. los días 13, 14 y 15 de junio de 2016).*

III. CASOS PRÁCTICOS.

Por el Seminario de Derecho Registral del Decanato de Catalunya.

1. INMATRICULACIÓN: REALIZADA DE CONFORMIDAD CON EL DEROGADO ART. 298 DEL R.H. DE 1998.
2. EJECUCIÓN DE HIPOTECA. APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY 1/2013 EN CUANTO A LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE RESCISIÓN.
3. HIPOTECA: CLÁUSULAS ABUSIVAS. SE PLANTEA LA DENEGACIÓN DE UNA CLÁUSULA POR LA QUE SE DECLARA EL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS POR NO PUBLICACIÓN DEL ÍNDICE DE REFERENCIA.
4. HIPOTECA: VENCIMIENTO ANTICIPADO POR FALTA DE TRES PAGOS. SE PLANTEA LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL A LAS HIPOTECAS EN FAVOR DE HACIENDA.

Por el Seminario de Derecho Registral del Decanato de Madrid.

1. REPARCELACIÓN: CORRESPONDENCIA CON FINCAS DE REEMPLAZO.
2. VENTA EXTRAJUDICIAL. ANUNCIOS SUBASTA.
3. DESHEREDACIÓN.

IV. NORMAS. *Por Juan José Jurado Jurado, Registrador Mercantil y Secretario del Boletín.*

1. B.O.E.

MINISTERIO DE JUSTICIA:

- **REAL DECRETO 322/2016, DE 5 DE AGOSTO, POR EL QUE SE CONCEDE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR CARTA DE NATURALEZA A DETERMINADOS SEFARDÍES ORIGINARIOS DE ESPAÑA.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/29/pdfs/BOE-A-2016-8081.pdf>

- **ORDEN 1362/2016, DE 3 DE AGOSTO, POR LA QUE SE CREA LA COMISIÓN MINISTERIAL DE ADMINISTRACIÓN DIGITAL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y SE REGULA SU COMPOSICIÓN Y FUNCIONES.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/10/pdfs/BOE-A-2016-7688.pdf>

- **CONVOCADA OPOSICIÓN A NOTARÍAS. ORDEN 1410/2016, DE 10 DE AGOSTO, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE CONVOCA OPOSICIÓN LIBRE PARA OBTENER EL TÍTULO DE NOTARIO.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/31/pdfs/BOE-A-2016-8112.pdf>

- **APLAZAMIENTO PROVISIONAL DE REGISTROS DE LA PROPIEDAD VACANTES, PENDIENTES DE DEFINITIVA CONSTITUCIÓN Y CON REGISTRADORES INTERINOS Y REAGRUPACIÓN PROVISIONAL DE LOS MISMOS. ORDEN 1411/2016, DE 31 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA ORDEN JUS/231/2013, DE 13 DE FEBRERO, DE APLAZAMIENTO DE LA EFECTIVIDAD DE LA DEMARCACIÓN EN RELACIÓN CON DETERMINADOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD CREADOS POR EL REAL DECRETO 172/2007, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE MODIFICA LA DEMARCACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y DE BIENES MUEBLES.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/31/pdfs/BOE-A-2016-8118.pdf>

- **RESOLUCIÓN DE 29 DE JULIO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE RESUELVE EL CONCURSO ORDINARIO 294 PARA LA PROVISIÓN DE REGISTROS DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y DE BIENES MUEBLES VACANTES, CONVOCADO POR RESOLUCIÓN DE 18 DE MAYO DE 2016, Y SE DISPONE SU COMUNICACIÓN A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA QUE SE PROCEDA A LOS NOMBRAMIENTOS.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/11/pdfs/BOE-A-2016-7739.pdf>

- **RESOLUCIÓN DE 29 DE JULIO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE RESUELVE EL CONCURSO PARA LA PROVISIÓN DE NOTARÍAS VACANTES, CONVOCADO POR RESOLUCIÓN DE 23 DE MAYO DE 2016, Y SE DISPONE SU COMUNICACIÓN A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA QUE SE PROCEDA A LOS NOMBRAMIENTOS.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/11/pdfs/BOE-A-2016-7740.pdf>

- **RESOLUCIÓN DE 26 DE JULIO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE JUBILA AL NOTARIO DE ALICANTE DON JORGE LÓPEZ NAVARRO.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/30/pdfs/BOE-A-2016-8089.pdf>

- **RESOLUCIÓN DE 27 DE JULIO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE JUBILA AL NOTARIO DE TERRASSA DON JORGE IRANZO BARCELÓ.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/30/pdfs/BOE-A-2016-8090.pdf>

- **RESOLUCIÓN DE 28 DE JULIO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE JUBILA AL NOTARIO DE PALMA DE MALLORCA DON LUIS PAREJA Cerdó.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/30/pdfs/BOE-A-2016-8091.pdf>

- **RESOLUCIÓN DE 2 DE AGOSTO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE CORRIGEN ERRORES EN LA DE 4 DE JULIO DE 2016, POR LA QUE SE JUBILA A DON MARIANO ÁLVAREZ PÉREZ, REGISTRADOR MERCANTIL Y DE BIENES MUEBLES DE MADRID VII, POR HABER CUMPLIDO LA EDAD REGLAMENTARIA.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/30/pdfs/BOE-A-2016-8092.pdf>

- **RESOLUCIÓN DE 3 DE AGOSTO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE JUBILA AL NOTARIO DE TAFALLA DON JOSÉ MANUEL BENITO GARCÍA.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/30/pdfs/BOE-A-2016-8093.pdf>

- **RESOLUCIÓN DE 4 DE AGOSTO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE JUBILA AL NOTARIO DE MADRID DON FRANCISCO AGUILAR GONZÁLEZ.**

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/30/pdfs/BOE-A-2016-8094.pdf>

- RESOLUCIÓN DE 8 DE AGOSTO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE JUBILA AL NOTARIO DE BARCELONA DON EMILIO MORANCHO PANIAGUA.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/30/pdfs/BOE-A-2016-8095.pdf>

- RESOLUCIÓN DE 8 DE AGOSTO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE JUBILA AL NOTARIO DE VALENCIA DON SALVADOR ALBORCH DOMÍNGUEZ.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/30/pdfs/BOE-A-2016-8096.pdf>

- RESOLUCIÓN DE 22 DE AGOSTO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE JUBILA A DON MANUEL VILLARROYA GIL, REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE RIVAS-VACIAMADRID, POR HABER CUMPLIDO LA EDAD REGLAMENTARIA.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/30/pdfs/BOE-A-2016-8097.pdf>

GENERALITAT DE CATALUÑA:

- RESOLUCIÓN 1952/2016, DE 29 DE JULIO, POR LA QUE SE RESUELVE EL CONCURSO PARA LA PROVISIÓN DE REGISTROS DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y DE BIENES MUEBLES NÚM. 294 CONVOCADO POR LA RESOLUCIÓN JUS/1331/2016, DE 18 DE MAYO.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/11/pdfs/BOE-A-2016-7744.pdf>

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS:

- RESOLUCIÓN DE 3 DE AGOSTO DE 2016, DEL DEPARTAMENTO DE GESTIÓN TRIBUTARIA DE LA AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, POR LA QUE SE PUBLICA LA REHABILITACIÓN DE NÚMEROS DE IDENTIFICACIÓN FISCAL.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/10/pdfs/BOE-A-2016-7713.pdf>

- RESOLUCIÓN DE 3 DE AGOSTO DE 2016, DEL DEPARTAMENTO DE GESTIÓN TRIBUTARIA DE LA AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, POR LA QUE SE PUBLICA LA REVOCACIÓN DE NÚMEROS DE IDENTIFICACIÓN FISCAL.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/10/pdfs/BOE-A-2016-7714.pdf>

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES:

- CIRCULAR 5/2016, DE 27 DE JULIO, DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, POR LA QUE SE MODIFICA LA CIRCULAR 9/2008, DE 10 DE DICIEMBRE, SOBRE NORMAS CONTABLES, ESTADOS DE INFORMACIÓN RESERVADA Y PÚBLICA, CUENTAS ANUALES DE LAS SOCIEDADES RECTORAS DE LOS MERCADOS SECUNDARIOS OFICIALES, CON LA EXCLUSIÓN DEL BANCO DE ESPAÑA, DE LAS ENTIDADES RECTORAS DE LOS SISTEMAS MULTILATERALES DE NEGOCIACIÓN, DE LA SOCIEDAD DE SISTEMAS, DE LAS ENTIDADES DE CONTRAPARTIDA CENTRAL, DE LA SOCIEDAD DE BOLSAS, DE LAS SOCIEDADES QUE TENGAN LA TITULARIDAD DE TODAS LAS ACCIONES DE ORGANISMOS RECTORES DE MERCADOS SECUNDARIOS OFICIALES Y DE SISTEMAS MULTILATERALES DE NEGOCIACIÓN, Y DE OTROS SISTEMAS DE COMPENSACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LOS MERCADOS QUE SE CREEN AL AMPARO DE LO PREVISTO EN LA LEY DEL MERCADO DE VALORES.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/22/pdfs/BOE-A-2016-7993.pdf>

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL:

- REAL DECRETO 311/2016, DE 29 DE JULIO, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 1561/1995, DE 21 DE SEPTIEMBRE, SOBRE JORNADAS ESPECIALES DE TRABAJO, EN MATERIA DE TRABAJO NOCTURNO.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/07/30/pdfs/BOE-A-2016-7338.pdf>

- RESOLUCIÓN DE 22 DE AGOSTO DE 2016, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE EMPLEO, POR LA QUE SE PUBLICA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS DE 5 DE AGOSTO DE 2016, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN ANUAL DE POLÍTICA DE EMPLEO PARA 2016, SEGÚN LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 11.2 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE EMPLEO, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2015, DE 23 DE OCTUBRE.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/31/pdfs/BOE-A-2016-8107.pdf>

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN:

- SÉPTIMA ACTA DE CORRECCIÓN DE ERRORES DEL TRATADO DE LISBOA POR EL QUE SE MODIFICAN EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA, HECHO EN LISBOA EL 13 DE DICIEMBRE DE 2007.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/11/pdfs/BOE-A-2016-7736.pdf>

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE:

- REAL DECRETO 310/2016, DE 29 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULAN LAS EVALUACIONES FINALES DE EDUCACIÓN SECUNDARIA OBLIGATORIA Y DE BACHILLERATO.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/07/30/pdfs/BOE-A-2016-7337.pdf>

BANCO DE ESPAÑA:

- RESOLUCIÓN DE 1 DE AGOSTO DE 2016, DEL BANCO DE ESPAÑA, POR LA QUE SE PUBLICAN DETERMINADOS TIPOS DE REFERENCIA OFICIALES DEL MERCADO HIPOTECARIO.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/03/pdfs/BOE-A-2016-7511.pdf>

- RESOLUCIÓN DE 1 DE AGOSTO DE 2016, DEL BANCO DE ESPAÑA, POR LA QUE SE PUBLICAN LOS ÍNDICES Y TIPOS DE REFERENCIA APLICABLES PARA EL CÁLCULO DEL VALOR DE MERCADO EN LA COMPENSACIÓN POR RIESGO DE TIPO DE INTERÉS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, ASÍ COMO PARA EL CÁLCULO DEL DIFERENCIAL A APLICAR PARA LA OBTENCIÓN DEL VALOR DE MERCADO DE LOS PRÉSTAMOS O CRÉDITOS QUE SE CANCELAN ANTICIPADAMENTE.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/03/pdfs/BOE-A-2016-7512.pdf>

- RESOLUCIÓN DE 18 DE AGOSTO DE 2016, DEL BANCO DE ESPAÑA, POR LA QUE SE PUBLICAN DETERMINADOS TIPOS DE REFERENCIA OFICIALES DEL MERCADO HIPOTECARIO.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/19/pdfs/BOE-A-2016-7978.pdf>

2. COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

JUNTA DE ANDALUCÍA:

- LEY 6/2016, DE 1 DE AGOSTO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 7/2002, DE 17 DE DICIEMBRE, DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE ANDALUCÍA PARA INCORPORAR MEDIDAS URGENTES EN RELACIÓN CON LAS EDIFICACIONES CONSTRUIDAS SOBRE PARCELACIONES URBANÍSTICAS EN SUELO NO URBANIZABLE.

http://www.juntadeandalucia.es/boja/2016/150/BOJA16-150-00009-14235-01_00096604.pdf

- DECRETO-LEY 4/2016, DE 26 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES RELATIVAS AL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES.

http://www.juntadeandalucia.es/boja/2016/146/BOJA16-146-00003-13856-01_00096229.pdf

- DECRETO 141/2016, DE 2 DE AGOSTO, POR EL QUE SE REGULA EL PLAN DE VIVIENDA Y REHABILITACIÓN DE ANDALUCÍA 2016-2020.

http://www.juntadeandalucia.es/boja/2016/151/BOJA16-151-00045-14238-01_00096603.pdf

- DECRETO 135/2016, DE 26 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULAN LAS ENSEÑANZAS DE FORMACIÓN PROFESIONAL BÁSICA EN ANDALUCÍA.

http://www.juntadeandalucia.es/boja/2016/147/BOJA16-147-00011-14036-01_00096409.pdf

- ORDEN DE 18 DE JULIO DE 2016, POR LA QUE SE APRUEBAN LOS COEFICIENTES APLICABLES AL VALOR CATAS-TRAL PARA ESTIMAR EL VALOR REAL DE DETERMINADOS BIENES INMUEBLES URBANOS A EFECTOS DE LA LIQUI-

DACIÓN DE LOS HECHOS IMPONIBLES DE LOS IMPUESTOS SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS Y SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES; SE ESTABLECEN LAS REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE LOS MISMOS Y SE PUBLICA LA METODOLOGÍA SEGUIDA PARA SU OBTENCIÓN.

http://www.juntadeandalucia.es/boja/2016/148/BOJA16-148-00025-13604-01_00096004.pdf

PRINCIPADO DE ASTURIAS:

- DECRETO 48/2016, DE 10 DE AGOSTO, DE VIVIENDAS VACACIONALES Y VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO
<https://sede.asturias.es/bopa/2016/08/17/2016-09077.pdf>

ISLAS BALEARES:

- LEY 11/2016, DE 28 DE JULIO, DE IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES.
<http://www.caib.es/eoibfront/pdf/VisPdf?action=VisEdicte&idDocument=957419&lang=es>

- LEY 12/2016, DE 17 DE AGOSTO, DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LAS ILLES BALEARS
<http://www.caib.es/eoibfront/pdf/VisPdf?action=VisEdicte&idDocument=958774&lang=es>

CANTABRIA:

- DECRETO 44/2016, DE 4 DE AGOSTO, POR EL QUE SE MODIFICA EL DECRETO 55/2006, DE 18 DE MAYO, POR EL QUE SE REGULA LA ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA.
<http://boc.cantabria.es/boces/verAnuncioAction.do?idAnuBlob=303092>

- INSTRUCCIÓN 1/2016 RELATIVA A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 13.5 DE LA LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR, Y NORMAS CONCORDANTES.
<http://boc.cantabria.es/boces/verAnuncioAction.do?idAnuBlob=303457>

GENERALITAT DE CATALUÑA:

- DECRETO-LEY 3/2016, DE 31 DE MAYO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/05/pdfs/BOE-A-2016-7564.pdf>

- RESOLUCIÓN 1952/2016, DE 29 DE JULIO, POR LA QUE SE RESUELVE EL CONCURSO PARA LA PROVISIÓN DE REGISTROS DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y DE BIENES MUEBLES NÚM. 294 CONVOCADO POR LA RESOLUCIÓN JUS/1331/2016, DE 18 DE MAYO.
http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/AppJava/PdfProviderServlet?documentId=751540&type=01&language=es_ES

EXTREMADURA:

- DECRETO 131/2016, DE 2 DE AGOSTO, POR EL QUE SE FIJA EL CALENDARIO DE DÍAS FESTIVOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA PARA EL AÑO 2017.
<http://doe.gobex.es/pdfs/doe/2016/1500o/16040148.pdf>

GALICIA:

- DECRETO 92/2016, DE 1 DE AGOSTO, DE DISOLUCIÓN DEL PARLAMENTO DE GALICIA Y DE CONVOCATORIA DE ELECCIONES.
http://www.xunta.gal/dog/Publicados/2016/20160802/AnuncioC3B0-010816-1_es.pdf

LA RIOJA:

- ORDEN 4/2016, DE 18 DE AGOSTO, DE LA CONSEJERÍA DE FOMENTO Y POLÍTICA TERRITORIAL, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE LAS AYUDAS AL ALQUILER DE VIVIENDA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA RIOJA

http://ias1.larioja.org/boletin/Bor_Boletinvisor_Servlet?referencia=3767722-1-PDF-503671

REGIÓN DE MURCIA:

- LEY 13/2016, DE 13 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 4/2016, DE 15 DE ABRIL, DE REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EMERGENCIA CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA REGIÓN DE MURCIA.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/05/pdfs/BOE-A-2016-7569.pdf>

NAVARRA:

- LEY FORAL 10/2016, DE 1 DE JULIO, DE ACTUALIZACIÓN DEL RÉGIMEN REGULADOR DE LA SUCESIÓN LEGAL A FAVOR DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/05/pdfs/BOE-A-2016-7570.pdf>

PAIS VASCO:

- DECRETO 23/2016, DE 1 DE AGOSTO, DEL LEHENDAKARI, POR EL QUE SE DISUELVE EL PARLAMENTO VASCO Y SE CONVOCAN ELECCIONES.

<http://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2016/08/1603432a.shtml>

COMUNITAT VALENCIANA:

- DECRETO LEY 6/2016, DE 29 DE JULIO, DEL CONSELL, POR EL QUE SE CONCEDE UN SUPLEMENTO DE CRÉDITO PARA FINANCIAR OPERACIONES DERIVADAS DE LA EJECUCIÓN DEL MECANISMO COMPARTIMENTO FONDO DE LIQUIDEZ AUTONÓMICO DEL FONDO DE FINANCIACIÓN A COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA EL EJERCICIO 2016.

http://www.docv.gva.es/datos/2016/08/02/pdf/2016_6326.pdf

- DECRETO 100/2016, DE 4 DE AGOSTO, DEL CONSELL, POR EL QUE SE MODIFICA EL DECRETO 103/2015, DE 7 DE JULIO, DEL CONSELL, POR EL QUE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA BÁSICA DE LA PRESIDENCIA Y DE LAS CONSELLERIAS DE LA GENERALITAT.

http://www.docv.gva.es/datos/2016/08/05/pdf/2016_6410.pdf

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

1. RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL B.O.E.

RECURSOS GUBERNATIVOS.

1.1. REGISTRO DE LA PROPIEDAD. *Por Basilio Aguirre Hernández, Registrador de la Propiedad.*

- R. 1-7-2016.- R.P. CORIA.- **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.** Conforme el art. 205 de la L.H., la nueva redacción legal al amparo de la L. 13/2015, de 24 de junio, exige que se trate de «los títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público». La diferencia esencial entre ambas redacciones legales –actual y anterior– no se encuentra tanto en la necesidad de que el título

público inmatriculador sea «traslativo», pues tal exigencia, aunque no viniera expresamente formulada en la anterior dicción legal sí que resultaba implícita en ella, como reiteradamente ha venido considerando la doctrina jurídica, la jurisprudencia y la propia doctrina consolidada de este Centro Directivo, sino que tal diferencia esencial radica en los dos requisitos, uno relativo a la forma documental y otro al momento temporal, exigidos para acreditar que el otorgante de ese título público traslativo hubiera adquirido su derecho con anterioridad. En base a ello, es de aplicación la doctrina que ha venido señalando este Centro Directivo en considerar a la extinción de comunidad como título inmatriculador. En aplicación de la doctrina expuesta al supuesto concreto de este expediente, no puede que, componiéndose el «iter» inmatriculador de una adquisición hereditaria, una adjudicación pro indiviso del bien y, por último, una posterior segregación y disolución de comunidad en la que se adjudica el bien completo a uno solo de los herederos, exista una sola transmisión, y no más bien un complejo «iter» adquisitivo. Por otro lado, debe tenerse presente que entre la adjudicación pro indiviso y la disolución de comunidad transcurrieron dos años, por lo que (como declaró la R. 8-6-2009 para un supuesto análogo), no cabe pensar en que hayan sido preparadas al único efecto de conseguir la inmatriculación.

En todo supuesto de inmatriculación conforme al art. 205 de la Ley deberá aportarse la representación gráfica catastral de la finca en términos idénticos a la descripción contenida en el título inmatriculador, siendo esta exigencia heredera de la que empleaba el art. 53.Seis de la L. 13/1996 cuando exigía «aportar junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título», y responde, en gran parte, a una misma finalidad y razón de ser: que la finca que se inmatricule por vía del art. 205 nazca ya a su vida registral plenamente coordinada desde el punto de vista geográfico, con el inmueble catastral.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7664.pdf>

- R. 1-7-2016.- R.P. IBIZA Nº 4.- **RECTIFICACIÓN DE CABIDA: RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA L. 13/2015.** Siendo conceptos plenamente distintos el de inmatriculación de fincas y el de inscripción de exceso de cabida en fincas ya inmatriculadas, lo cierto es ambos han sido abordados en el mismo art. 298 del R.H. desde su primera redacción. son numerosísimas las Resoluciones de esta Dirección General que han delimitado y separado con nitidez el concepto de inmatriculación del de inscripción de exceso de cabida, sosteniéndose de manera constante y reiteradísima que «la registración de un exceso de cabida «stricto sensu» sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente, es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originariamente registrados». Y que «fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente» (cfr. «Vistos»).

Por tanto, como acertadamente planteaba el recurrente, lo que se debe dilucidar aquí es si el acta de notoriedad aportada para intentar inscribir un exceso de cabida –aun cuando su magnitud sea muy superior a la vigésima parte de la cabida inscrita–, es simplemente el acta complementaria de título público a la que se referían los arts. 200 y 205 de la L.H., y el 298 de su Reglamento (que son en los que el Registrador fundamenta su nota de calificación), o por el contrario, se trata del acta de presencia y notoriedad regulada en el art. 53.10 de la L. 13/1996. A este respecto, de la documentación presentada resulta evidente lo segundo, pues, se incorpora el plano e informe técnico sobre la medición, superficie y linderos de la finca, y se han efectuado los trámites y actuaciones pertinentes conforme al art. 203 de la L.H. Al estar en presencia del acta regulada en el art. 53.10 para la modificación de superficie o la rectificación de linderos fijos, y siendo tal acta en sí misma un auténtico procedimiento integrado por diversos trámites legales y reglamentarios sucesivos, se acoge al primer inciso de la disposición transitoria de la L. 13/2015, y por tanto, habiéndose iniciado su tramitación antes del 1-11-2015, toda su tramitación, y también su calificación registral ha de regirse por la normativa anterior a dicha ley.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7665.pdf>

- R. 1-7-2016.- R.P. ÁVILA Nº 2.- **PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ART. 671 L.E.C.** La cuestión esencial que se plantea en el presente recurso y que ha sido objeto de estudio en la reciente R. 17-6-2016, es si ejecutándose un crédito en cuya garantía se constituyó hipoteca sobre dos fincas registrales y adjudicándose una de ellas conforme al art. 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la cantidad «que se le adeuda por todos los conceptos» ha de entenderse referida dicha cantidad a la total que se le adeude en ese procedimiento de ejecución, con lo cual habría de dar carta de pago total, o si, por el contrario, cabe considerar dicha cantidad como la referida a la diferente responsabilidad hipotecaria atribuida a cada finca de modo que tras dicha adjudicación pueda todavía quedar un remanente que se le siga adeudando al ejecutante.

La aplicación de lo dispuesto en el art. 671 L.E.C., cuando se trata de ejecutar la garantía de una sola finca, plantea menos problemas. Sin embargo, nada dice la ley en cuanto al criterio a seguir para fijar el valor de adjudicación cuando se solicita la ejecución de dos o más fincas, ni impone que este deba ser unitario, de forma que no hay objeción legal para que, si se ejecuta una hipoteca distribuida entre varias fincas, pueda pedirse la adjudicación por valores fijados siguiendo métodos diferentes, siempre que se cumplan, claro está, los mínimos legales. Es más, concurriendo la vivienda habitual con otras fincas o viviendas que no tienen esa condición la dicción del art. 671 impone un trato diferente en orden a la fijación del precio de adjudicación. Con ese valor habrá de procederse al pago de lo que se le debe al ejecutante, de forma que si no hay acreedores posteriores no habrá sobrante respecto a esa finca, quedando saldada la parte del crédito garantizado con la hipoteca conforme al art. 1.860 del C.C., pero la fijación de dicho precio no implica la extinción de la deuda total adeudada, sino únicamente en lo referente a esta finca. Por último, debe tenerse en cuenta que si hubiese acreedores posteriores, si el valor de adjudicación excediese de las cantidades garantizadas con la hipoteca, que actúan como límite conforme al art. 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá ponerse a su disposición dicho exceso, porque el hecho de que el acreedor, en el ejercicio del derecho de opción que la ley le concede, elija uno u otro valor para que sirva como precio de remate de la subasta no impide que existiendo acreedores posteriores inscritos o anotados puedan estos ejercer sus derechos, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por ese Centro Directivo.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7666.pdf>

- R. 4-7-2016.- R.P. SABADELL Nº 4.- **APORTACIÓN A SOCIEDAD MERCANTIL: PREVIA INSCRIPCIÓN EN EL R.M.** La falta de acreditación de la liquidación del Impuesto de Plusvalía supone el cierre del Registro (salvo en lo relativo a la práctica del asiento de presentación) y la suspensión de la calificación del documento.

En el expediente recurrido la Registradora suspende la calificación, pero advierte de un defecto, lo cual es posible y admisible en aras de una mayor brevedad procesal. En cuanto a la necesidad de la previa inscripción en el R.M. derivada del art. 383 del R.H. de una escritura de «subsanción de errores» que implica que determinados bienes inmuebles que fueron aportados en la constitución de una sociedad limitada, pasen a ser de nuevo de titularidad de la Iglesia Evangélica Gran Cosecha, por no haber sido socia de la mercantil, ni haber aportado dichos inmuebles, lo que supone evidentemente una despatrimonialización de la indicada mercantil, es necesaria dicha previa inscripción en el R.M., tanto porque así se deduce de la interpretación del citado art., cuanto porque de no exigirlo se produciría una grave discordancia entre los Registros de la Propiedad y Mercantil, publicando un Registro una transmisión dominical a favor de la Iglesia Evangélica gran cosecha y el otro la permanencia como socio de la sociedad de la que ya no realizó aportación alguna. Ello implicaría también una ficción en el capital social muy perjudicial para la confianza de los terceros en los asientos del R.M.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7668.pdf>

- R. 5-7-2016.- R.P. OURENSE Nº 3.- **OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN.** Como cuestión previa, y sobre la primera alegación del notario recurrente, debe señalarse que es cierto que, como ya señaló la Resolución de este Centro Directivo de 4-8-2014, para inmatricular una finca en la que existan determinadas construcciones, concurriendo defectos registrales que se opongan a la inscripción de tales edificaciones, los interesados pueden pedir la inscripción parcial, es decir, que se inmatricule la finca en tanto que porción de suelo, aunque se suspenda la inscripción de la edificación que exista en su interior. Pero tal posibilidad

de solicitud de inscripción parcial ha de solicitarse por los interesados ante el Registrador, no siendo el recurso ante esta Dirección General el cauce procedimental para ello.

Entrando en el fondo del asunto, ha de partirse de que el art. 202 de la L.H., tras su reforma operada por la L. 13/2015, establece que «la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica». En efecto, desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la Resolución conjunta de 26-10-2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada Resolución. Y, desde el punto de vista procedimental, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, tampoco requiere con carácter general que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que Registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar sus dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara, tal y como se ha expresado en el anterior fundamento jurídico. Y por último, no ha de olvidarse que la obligada georreferenciación de la superficie de suelo ocupada por cualquier edificación, aun cuando habrá de ser preceptivamente comunicada por los Registradores al Catastro en cumplimiento de la citada Resolución conjunta, tampoco afecta propiamente al concepto ni al proceso de «coordinación geográfica» entre la finca registral y el inmueble catastral.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7669.pdf>

- R. 7-7-2016.- R.P. ALMUÑECAR.- **CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS.** Cuando la calificación del Registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. art. 19 bis de la L.H. y RR. 2-10-1998, 22-3-2001, 14-4-2010, 26-1-2011 y 20-7-2012, entre otras muchas). En el presente caso la nota de calificación es totalmente insuficiente, pues no se expresa en ella los extremos del pacto resolutorio que han quedado indeterminados, sin que en el informe pueda subsanarse esta carencia, pues el recurrente no ha tenido posibilidad de contradicción. Esto no obsta a que se pueda poner una nueva nota de calificación en los términos que resultan de esta Resolución, sin perjuicio de la eventual responsabilidad en que pudiera incurrirse por contradecir la exigencia legal de que la calificación sea global, unitaria y motivada (arts. 19 bis y 258 L.H.).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7670.pdf>

- R. 7-7-2016.- R.P. ÁLORA.- **SEGREGACIÓN: INSCRIPCIÓN DE RESTO EXISTIENDO SEGREGACIONES NO INSCRITAS.** Como recuerda la R. 2-12-2011, el art. 47 del R.H., conforme al cual los actos y contratos que afecten al resto de una finca, cuando no hayan accedido al Registro todas las segregaciones escrituradas, se practicarán en el folio de la finca matriz, haciendo constar en la inscripción la superficie sobre la que aquéllos recaen, extendiéndose nota al margen de la inscripción de propiedad precedente de la superficie pendiente de segregación, es norma, introducida por el R.D. de 12-11-1982, por razones eminentemente prácticas (especialmente en los casos de múltiples segregaciones practicadas sobre una misma finca matriz objeto de parcelación, con restos que por estar destinados entre otros usos a viales resultan de muy difícil descripción perimetral), trata de evitar el cierre registral respecto del dominio del resto de una finca matriz cuando una o más segregaciones operadas sobre la misma todavía no hayan accedido al Registro, resto cuya descripción en tales casos no siempre se conocerá con certeza, salvo en lo relativo a su extensión, por no poder conocerse en tales casos cabalmente la precisa delimitación de la porción o porciones segregadas.

En el caso del presente expediente, en el que se pretende inscribir una escritura de compraventa recayente sobre el resto de finca resultante de segregaciones no inscritas, con la menor superficie resultante, es decir, solo una porción de una finca registral determinada, es evidente que tal porción de finca solo puede ser objetivada jurídicamente previa división de aquella originaria finca registral, y ello aun cuando a la porción ahora transmitida siga correspondiendo el mismo número de aquella registral, por convenir las partes en

que la misma sea reputada como el resto de la originaria finca, y en tal sentido continúe el folio abierto a esta –vid. RR. 16-3-2001 y 13-6-2001. Por ello, deberá justificarse el cumplimiento de todas las exigencias legales en lo que se refiere a la formación de esta concreta nueva porción de finca que accede al Registro (sin que proceda entrar ahora a valorar la legalidad de todas y cada una de las operaciones que no hubieran accedido al Registro). Siendo por ello plenamente aplicables las normas que imponen la exigencia de título administrativo habilitante para inscribir divisiones o segregaciones, bajo la condición impuesta por la normativa andaluza de la presentación en el municipio, dentro de los tres meses siguientes a su otorgamiento o expedición, de la escritura pública en la que se contenga el acto de parcelación, salvo que se justifique el requerimiento al Notario autorizante para que envíe por conducto reglamentario copia autorizada de la misma al Ayuntamiento correspondiente.

En tales casos es claro que únicamente deberá aportarse, para su constancia en el folio real, la representación gráfica correspondiente a la porción que es objeto de inscripción en cada momento (ya sea la segregada o el resto, según los casos), sin que pueda exigirse representación gráfica de otras porciones que no son objeto del título en cuestión ni causan asiento de inscripción (cfr. art. 9 de la L.H.).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7671.pdf>

- R. 7-7-2016.- R.P. CORIA.- **EXPEDIENTE DE DOMINIÓN DE INMATRICULACIÓN: RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY 13/2015.** Debe indicarse que pese a ser un documento presentado en el Registro de la Propiedad correspondiente con posterioridad a la entrada en vigor de la L. 13/2015 conforme a su disposición final quinta (1 de noviembre tal año), debe aplicarse la Disposición transitoria única que establece que los expedientes regulados en el Título VI de la L.H. iniciados en el momento de la entrada en vigor de la citada norma deberán continuar su tramitación conforme a la normativa anterior. De tal forma que la doctrina de este Centro Directivo contenida en la reciente R. 8-2-2016, que entiende aplicable tal norma a todos los documentos cuya presentación en los Registros de la Propiedad sea posterior a su entrada en vigor, debe excepcionarse en este supuesto por aplicación de la mencionada disposición transitoria única, debiendo por tanto ser de aplicación la norma contenida en el anterior art. 201 de la L.H. y sus concordantes de la legislación de desarrollo. Por tanto, en virtud de la mencionada disposición transitoria, para «todos los procedimientos regulados en el Título VI de la L.H., así como los derivados de los supuestos de doble inmatriculación que se encuentren iniciados a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán tramitándose hasta su resolución definitiva conforme a la normativa anterior».

En cuanto al primero de los defectos, es uniforme la doctrina de este Centro Directivo al considerar que no cabe discutir sobre la necesidad de aportar certificación catastral descriptiva y gráfica en términos coincidentes con la descripción del título cuando se trata de inmatricular la finca. En cuanto al segundo de los defectos apuntados, la descripción del inmueble objeto de inmatriculación de manera ambigua o no unívoca al contener dos medidas superficiales debe recordarse que todo título que pretende acceder al Registro debe, entre otros aspectos, incluir los datos precisos para extender el asiento de que se trate, cumpliendo de esta manera el llamado principio de especialidad o de determinación registral. Además de lo expuesto, sin perjuicio de que la tramitación del procedimiento inmatriculador se haya realizado y deba calificarse conforme a la legislación anterior, siendo, por tanto, inscribible si cumple los requisitos de tales normas; la inscripción que se practique ya bajo la vigencia de la nueva redacción legal deberá contener las circunstancias previstas en el art. 9 de la L.H. Ello es así porque el modo de practicar los asientos y las circunstancias de éstos debe ajustarse siempre a las normas vigentes al tiempo de extenderse, aunque el título sea calificado e inscribible según una legislación anterior (en nuestro caso, por mor de la disposición transitoria única de la L. 13/2015 de 24 de junio). En particular, conforme al nuevo art. 9.b), la inscripción en casos de inmatriculación debe contener la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices, circunstancia esta que no supone añadir ningún requisito nuevo a la documentación que es válida según la legislación anterior: dicha representación gráfica será necesariamente la catastral que ya debía aportarse conforme a la normativa vigente antes del 1-11-2015 (apartado séptimo del art. 53 de la L. 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social). Esta representación gráfica determinará indubitadamente la superficie de la finca, que, como ha quedado señalado en el fundamento anterior, es coincidente con la expresada en el título quedando cumplida la exigencia legal de total coincidencia.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7672.pdf>

- R. 7-7-2016.- R.P. LEGANÉS Nº 2.- **LEY 2/2009: APLICACIÓN A LA CESIÓN DE CRÉDITOS.** Es cuestión ya resuelta por este Centro Directivo, en relación a los arts. 327 de la L.H. y 117 de su Reglamento, que el recurso contra la calificación sólo puede tener lugar, en observancia a los títulos presentados para dicha operación y en confrontación con la nota de valoración emitida por el Registrador competente. Cualquier otro medio de prueba, no puede sino ser objeto de presentación ante ese mismo encargado, para, con toda la documentación a la vista, emitir un nuevo juicio.

Es objeto de este recurso resolver acerca de la necesidad de la previa inscripción en el registro público de empresas prestamistas en relación al cesionario de un crédito garantizado con hipoteca, cuando tanto transmitente como adquirente en dicha operación no son entidades de crédito. El uso verificado por la Registradora consistente en la consulta al servicio colegial correspondiente, como ha tenido en consideración este Centro Directivo, incentivador de una correcta y completa evaluación del negocio presentado a calificación, ha revelado una cierta habitualidad del adquirente del préstamo en la operación de referencia, y esta circunstancia, apoya de manera suficiente la exigencia impuesta por el Registrador, al exigir la previa inscripción en el registro de empresas prestamistas no financieras, aplicando de esta manera la normativa recogida en la Ley de 2009.

Si bien el articulado de la Ley de 2009 parece recoger una aplicación sólo a operaciones de concesión de préstamos créditos, ello se hace con la intención de proteger al prestatario a la hora de configurar la operación en sí, intentando advertir abusos o imposiciones en el clausulado del contrato, por lo que, en la operación de la posterior cesión del contrato (máxime cuando el mismo se hace a los pocos días de la firma del contrato original) no deben decaer todas esas previsiones de salvaguarda en favor del prestatario, que resultarían igualmente aplicables. La circunstancia de la facilidad que se confirió a la cesión del crédito hipotecario, sin necesidad de autorización, y ni siquiera notificación al deudor cedido, tal y como resulta de los arts. 149 y 150 de la L.H. apoyan que la protección al consumidor no debe relajarse en ningún caso, sino, antes por contrario, extremarse, y extenderse a todos los supuestos en los que su posición jurídica contractual más débil pueda verse afectada, tal y como ocurre en el caso aquí planteado.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7673.pdf>

- R. 4-7-2016.- R.P. VÉLEZ-MÁLAGA Nº 2.- **CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN DE HIPOTECA UNA VEZ APROBADO EL CONVENIO.** Se debate en el presente recurso sobre la posibilidad de expedición de una certificación de titularidad y cargas dentro de un proceso de ejecución hipotecaria, certificación que debe expedirse de conformidad con el art. 688 en relación con el apartado 1 del art. 656, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo así que la deudora e hipotecante se encuentra en situación legal de concurso, pero habiéndose aprobado el convenio en virtud de sentencia. de la interpretación conjunta de los arts. 56 y 57 de la misma Ley Concursal debe entenderse que los bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial no están sujetos a limitación en cuanto al inicio o continuación del proceso de ejecución, por cuanto la paralización de ejecuciones de garantías reales a que se refiere el art. 56, se refiere únicamente a los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, y, el art. 57 dice literalmente «el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del Juez de este,...», es decir, referido exclusivamente a los bienes necesarios. La única restricción aplicable en estos supuestos sería la prevista en el apartado tercero del art. 57 de la Ley Concursal, cuando determina que «abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada».

Por ello resulta fundamental que quede claramente establecida la condición del bien en cuestión, en este caso la finca hipotecada, como necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y la calificación del Registrador debe extenderse a la exigencia de dicha circunstancia. Ahora bien, hay que analizar si el hecho de que conste aprobado el convenio de acreedores, como sucede en este supuesto de hecho, modifica lo anteriormente expuesto. Se produce una radical mutación de los efectos de la declaración de concurso una vez aprobado el convenio con los acreedores, de tal manera que la paralización y suspensión de acciones y ejecuciones singulares prevista en el art. 55 de la Ley Concursal solo despliega sus efectos, durante la fase de declaración de concurso, quedando las mismas superadas por la aprobación

firme del convenio entre deudor y acreedores, sin perjuicio, eso sí, de las previsiones o medidas adoptadas en el mismo que pudieran tener naturaleza patrimonial más allá de una mera quita o espera. Por ello, una vez aprobado el convenio debemos atenernos a las limitaciones en él impuestas. La aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte a los acreedores hipotecarios, también incide en la ejecución hipotecaria, pues se levanta la suspensión de ejecución sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, como se deduce del art. 56 de la Ley Concursal antes transcrito. Por lo tanto, el único impedimento para que el acreedor hipotecario pueda ejecutar separadamente su garantía, incluso cuando recaiga sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, es que del contenido del convenio aprobado resulte afectado el ejercicio de este derecho, en cuyo caso el régimen de sus derechos dependerá de la solución negociada acordada, circunstancia que podrá y ponerse de manifiesto ante el Juez competente por el deudor o por cualquier interesado legítimo.

La vinculación del acreedor privilegiado al convenio exige dos presupuestos diferentes, sin producirse de manera automática por el solo hecho de la emisión del voto. Se requiere en primer término que el voto se haya emitido respecto de una propuesta presentada en junta, celebrada con la concurrencia preceptiva y aprobada por el Juez, y en segundo término que del contenido del convenio resulten efectos respecto del crédito y del privilegio. No puede deducirse de la literalidad del art. 123 que la sola aprobación del convenio modifique la situación del acreedor privilegiado y lo convierta en ordinario, por ello, cuando el convenio no contenga referencias específicas al respecto, su aprobación, pese a haber participado en la misma el acreedor privilegiado, no afectará al privilegio.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7816.pdf>

- R. 4-7-2016.- R.P. TOTANA.- **HERENCIA: APLICACIÓN DEL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO.** En primer lugar, debido a la universalidad de la ley aplicable que en él mismo se prevé como característica común de los Reglamentos europeos que regulan la ley aplicable desde el Reglamento (UE) nº 598/2008 (Roma I). Aunque Reino Unido, como Irlanda, se encuentren actualmente en posición técnica de Estados miembros en situación provisional de opt out, conforme a los protocolos 21 y 22 anejos al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y no sean Estado miembro participantes, lo cierto es que la herencia establecida en España ante Notaria española, debe tener en cuenta las normas sobre la ley aplicable del Reglamento, lo que conduce al Capítulo III del Reglamento.

Ciertamente el art. 21.1 del Reglamento 650/2012 dispone una norma de conflicto principal que determina que será ley aplicable la norma del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, ley que será aplicable a la universalidad de la herencia, bienes muebles e inmuebles, incluso cuando no resulte ser aplicable la ley de un Estado miembro, dada la aplicación universal del Reglamento (arts. 20 y 23.1, ex 34). No obstante, la regla de la residencia no es absoluta. La «*professio iuris*», la elección de la ley de una de las nacionalidades que posea el disponente al tiempo de la realización de la disposición de última voluntad o del fallecimiento del causante, ha de reunir ciertos requisitos formales: debe hacerse expresamente y en forma de disposición «*mortis causa*» o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo. No obstante, debe predicarse una interpretación flexible de su disposición transitoria –art. 83– redactada con la finalidad de que los ciudadanos europeos, pese a los tres años dados para la aplicación de la norma, no se sorprendan con las modificaciones que la misma introduce en sus tradiciones jurídicas cuando hubieran dispuesto con anterioridad a su aplicación, la forma en que debía llevarse a cabo su sucesión (vid. considerando 80). Por ello, si una disposición «*mortis causa*» se realizara antes del 17-8-2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el presente Reglamento, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión (art. 83.4). Y así puede entenderse de la disposición a favor solo de su esposa realizada por el disponente, conforme al tipo de frecuencia de los testamentos británicos.

Con la entrada en vigor del Reglamento de Sucesiones, en los casos en que este sea aplicable, el art. 34 introduce una nueva regulación en materia de reenvío con diferente contenido y fundamentos a los recogidos en el art. 12.2 del Código Civil. Así mientras el art. 12.2 del Código Civil admite solo el reenvío de primer grado, reenvío que no es obligatorio y está vinculado al sistema previsto en el art. 9.8 del Código Civil, el art. 34 del Reglamento recoge de forma imperativa determinados supuestos de reenvío desde la ley de un tercer Estado de primer o segundo grado que buscan la uniformidad internacional de soluciones

y la proximidad con la ley aplicable. En el supuesto planteado en este expediente se está ante una elección anticipada de la ley aplicable conforme al art. 83.4 del Reglamento 650/2012, supuesto excluido conforme al art. 34.2 de la posible operatividad del reenvío previsto en el art. 34.1 del mismo Reglamento, por lo que debe entenderse que la sucesión se rige por la legislación británica, sin que sea precisa la comparencia en la partición de los descendientes del causante.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7817.pdf>

- R. 5-7-2016.- R.P. MADRID nº 17.- **HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS EN LA PARTICIÓN.** En primer lugar, es preciso diferenciar la partición propiamente dicha de las llamadas normas de la partición. La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales –inventario, liquidación, formación de lotes con la adjudicación de los mismos–, mientras que en las normas para la partición el testador, se concreta en expresar la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique. La cuestión es la de determinar si las asignaciones del testador constituyen una partición realizada por el mismo o si, por el contrario, este se limita a establecer normas particionales en el testamento para que luego sean tenidas en cuenta en la partición que habrían de realizar los herederos una vez fallecido el causante. La cuestión es fundamental a efectos de determinar el título de adjudicación, pues mientras en el primer caso, se trata de una partición que no solo se pasará por ella, conforme a lo dispuesto en el art. 1056 del Código Civil, sino que confiere la propiedad de los bienes adjudicados como cualquier otra partición, conforme a lo dispuesto en el art. 1.068 del propio Código, mientras que si se tratase de meras normas particionales, el título de adjudicación haría tránsito de una pretendida partición del testador a una partición que habrían de realizar todos los herederos y no un solo grupo de ellos, teniendo en cuenta, eso sí, las normas particionales del testador.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en R. 1-3-2006, recoge la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, lo que hace imprescindible su concurrencia, para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1.057.1 del Código Civil), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una «pars bonorum», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «pars valoris bonorum». De ahí, que en este supuesto, en que la legítima se paga con un legado de cuota, se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima. Y dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados (vid. RR. 25-2-2008, 9-3-2009, 6-3-2012 y 12 y 16-6 y 4-7-2014). Esta misma doctrina ha sido mantenida en la R. 15-9-2014 para un caso análogo, de pago en dinero de la legítima, conforme a los preceptos legales que exigen la conformidad expresa de todos los interesados en la sucesión a fin de establecer la valoración de la parte reservada (arts. 843 y 847 del Código Civil).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7818.pdf>

- R. 5-7-2016.- R.P. A CORUÑA nº 4.- **PROPIEDAD HORIZONTAL: DESVINCULACIÓN DE ANEJOS.** La doctrina y la jurisprudencia han resaltado el hecho de que ciertos elementos comunes no agotan toda su potencialidad en la finalidad que desempeñan, sino que, sin perjudicar la misma, pueden ser de uso exclusivo de algún elemento privativo. No resulta difícil considerar tal derecho de uso y disfrute como un derecho anejo a las viviendas en tanto en cuanto supone la vinculación «ob rem» de tal derecho a las viviendas, dentro de la libertad que tienen los propietarios de configurar estatutariamente el régimen de la propiedad horizontal.

Lo que se cuestiona es si establecida en los estatutos una cláusula que permite realizar toda clase de operaciones de segregación, división, agregación o agrupación, sin necesidad de consentimiento de la Junta de propietarios, dicha cláusula autoriza a desafectar anejos. La desvinculación de los anejos respecto de los elementos independientes a que están vinculados «ob rem», supone en realidad un cambio de régimen jurídico, más que una simple modificación física de la configuración de la finca. Las particularidades

físicas o constructivas de las terrazas, aun cuando podrán y deberán ser tenidas en cuenta por la comunidad de propietarios al adoptar los acuerdos que estime pertinentes, no alteran la conclusión de que no siendo tales terrazas privativas, sino comunes, y teniendo los estudios solo vinculado «ob rem» el derecho de uso exclusivo de tales elementos comunes, la alteración de tal vinculación no es propiamente una segregación de las que el propietario podría llevar a cabo por sí solo en aplicación de la cláusula estatutaria transcrita, sino una modificación que afecta al régimen jurídico de elementos comunes y que por tanto el preceptivo acuerdo de la comunidad de propietarios, como señala la Registradora en su nota de calificación.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7819.pdf>

- R. 6-7-2016.- R.P. BURJASSOT.- **HERENCIA: PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DEL TESTAMENTO.** El contenido del testamento se presume iuris tantum válido y eficaz, lo que en este concreto expediente supone que el hecho de que el testador no mencione que una hija suya fallecida previamente, tuvo a su vez descendientes legítimos, significa que no existen salvo que se pruebe lo contrario. Hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de probar los hechos negativos, a efectos registrales no puede exigirse una prueba de tal naturaleza. Centrados en el supuesto de este expediente, siendo el testamento título sucesorio hábil y cumpliendo todos los requisitos formales, goza de una presunción «iuris tantum», que faculta a la única heredera llamada para otorgar por sí sola la adjudicación de la herencia. La sola mención en la escritura de partición, de que el causante tuvo una hija que le había premuerto, siendo que en el testamento no se mencionan descendientes de esta, implica la inexistencia de ellos salvo que se pruebe lo contrario, lo que no se ha producido.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7821.pdf>

- R. 6-7-2016.- R.P. BILBAO Nº 9.- **ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: ARTÍCULO 166.1.2 R.H.** Según el art. 326 de la L.H. no pueden tenerse en cuenta para la resolución del presente recurso los documentos aportados junto con el escrito de interposición a fin de acreditar la fecha del fallecimiento de la causante y la inexistencia de testamento, pues tal posibilidad queda vedada legalmente por el art. 326 de la L.H., además de que por tratarse de meras fotocopias carecen de autenticidad.

Si bien es posible anotar por deudas del heredero bienes inscritos a favor del causante, en cuanto a los derechos que puedan corresponder al heredero sobre la total masa hereditaria de la que forma parte tal bien, es, para ello, imprescindible la acreditación de tal cualidad de heredero, la cual no está plenamente justificada por ser hijo del titular registral y presentarse certificación negativa del Registro de Actos de Última Voluntad, ya que la relativa eficacia de tal certificación (cfr. art. 78 del R.H.), y la posibilidad de causas que impidan o hagan ineficaz el hipotético llamamiento de un hijo, hacen que sea imprescindible la presentación del título sucesorio que no puede ser otro que cualesquiera de los que enumera el art. 14 de la L.H.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7822.pdf>

- RR. 8-7-2016.- RP.PP. ESTELLA Nº 1 Y 2.- **CANCELACIÓN DE HIPOTECA: CADUCIDAD CONVENCIONAL.** Según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (vid. arts. 513.2, 529, 546.4 y 1.843.3 del Código Civil), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa. No siempre es fácil decidir si, en el caso concreto, el plazo señalado es efectivamente de duración de la hipoteca misma con el alcance anteriormente señalado, o si se trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca. Si estuviéramos ante la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del art. 82 de la L.H., que posibilita la cancelación de la hipoteca cuando la extinción del derecho inscrito resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción. En otro caso debería esperarse al transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación de la norma del párrafo quinto del art. 82 de la L.H.

En el presente caso, del análisis sistemático de todas la cláusulas del contrato resulta que el plazo de duración pactado debe entenderse referido no tanto a un plazo de caducidad de la hipoteca, sino más bien re-

ferido al plazo durante el cual las obligaciones contraídas antes del vencimiento del «dies ad quem» son las únicas que quedan garantizadas con la hipoteca constituida.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7825.pdf>

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7826.pdf>

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7827.pdf>

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7828.pdf>

- R. 11-7-2016.- R.P. ALICANTE Nº 3.- **ARRENDAMIENTOS URBANOS: RENUNCIA A LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.** Cabe plantearse si en el arrendamiento para uso distinto de vivienda cabía un pacto de renuncia a los derechos de tanteo y retracto, incluso en los contratos cuya duración pactada sea inferior a cinco años (art. 25.8, en su redacción original). La respuesta es, forzosamente, afirmativa, teniendo en cuenta la prelación de fuentes establecida en la ley arrendaticia, al regir en este aspecto la voluntad de las partes expresada en el contrato. En síntesis, en los arrendamientos de locales de negocio cabe que las partes excluyan este derecho cualquiera que sea la duración del contrato. Pues bien, aplicando este criterio al supuesto concreto, comprobamos que en el contrato de arrendamiento suscrito el 1-8-2012, en la estipulación décimo séptima, se establece que «la arrendataria renuncia de forma expresa: a) a los derechos de adquisición preferente a que hace referencia el art. 31 en relación al art.25». Renuncia, por tanto, expresa, al precepto y al derecho que contiene, perfectamente válida por lo ya dicho, y que no admite duda alguna.

Centrándonos en el defecto alegado por el Registrador relativo a la necesidad de que el arrendatario comparezca en el Registro, a efectos de ratificar la renuncia al derecho de adquisición preferente con el contrato de arrendamiento debidamente liquidado, debemos señalar que la ley de arrendamientos urbanos no exige este requisito a efectos de inscribir una escritura de compraventa en el registro de la propiedad cuando el arrendamiento no esté inscrito ya que si se admite a efectos de inscripción como suficiente la manifestación del vendedor de que la finca está o no arrendada o la identidad del arrendatario, no hay razón alguna para que la validez de dicha manifestación no se extienda a otros elementos del contrato como es la existencia o no de los derechos de adquisición preferente. Este criterio queda reforzado por el propio art. 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al no exigir expresamente que se acredite dicha renuncia a diferencia con lo que ocurre con las notificaciones que señala el mencionado artículo en caso de venta de finca arrendada a efectos de los derechos de tanteo y retracto (art. 25.5). Tampoco se precisa que el contrato de arrendamiento esté previamente liquidado del impuesto, por cuanto no se pretende su inscripción, por lo que no es aplicable el cierre registral establecido en el art. 254 de la L.H.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7830.pdf>

- R. 11-7-2016.- R.P. NÁJERA.- **PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA A FAVOR DEL EJECUTANTE.** Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (véanse Resoluciones señaladas en los «Vistos») no cabe duda que el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral, dado el carácter constitutivo que la inscripción tiene con relación al derecho real de hipoteca (arts. 1.875 del Código Civil y 130 y 145 de la L.H.). De esta manera, el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, como establece el art. 130 de la L.H., solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo.

En el ámbito de la ejecución extrajudicial ante Notario, teniendo en cuenta las especiales características de la realización extrajudicial de hipoteca, en la que la escritura de venta final ha de otorgarse por el mandatario designado en la escritura de constitución -generalmente el acreedor- y a falta de este por el deudor titular de la finca, este Centro Directivo ha sostenido la imposibilidad de expedirse certificación de cargas a instancia de quien no figura aún como titular registral de la hipoteca. En el ámbito de la ejecución judicial, sí es posible expedir la certificación de titularidad y cargas de procedimiento, por cuanto la expedición de la certificación de cargas en la ejecución directa judicial no es más que un trámite procesal que todavía no conlleva el expresado cambio en la titularidad de la hipoteca o de la finca como consecuencia de la ejecución. Esa necesaria inscripción de la titularidad sobre el crédito hipotecario a favor del ejecutante o de su sucesor, es la que permitirá que puedan tener acceso al Registro las vicisitudes ulteriores del procedimiento, y singularmente el decreto de adjudicación, pudiendo hacerse esa inscripción de la nueva titularidad bien

con anterioridad a la inscripción de la ejecución procesal o simultáneamente a esta, pero sin que la legitimación registral derivada de la inscripción pueda ser suplida, en el ámbito del propio Registro, por la legitimación procesal en el procedimiento.

Una vez sentada la doctrina de este Centro Directivo, en virtud de la cual no es inscribible el decreto de adjudicación, y la subsiguiente cancelación de cargas, si con carácter previo no se inscribe la hipoteca a favor del ejecutante— aunque fuera en la misma inscripción de la adjudicación, por el mecanismo del tracto abreviado—, procede entrar en el fondo del asunto, es decir, el soporte documental necesario para que la transmisión del derecho real de hipoteca acceda al Registro de la Propiedad. El decreto judicial no altera el carácter privado del documento que menciona y en base al cual entiende justificada la sucesión procesal en la ejecución hipotecaria, pues como dice el Registrador acertadamente, se limita a acreditar haberse estimado la legitimación procesal pero si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial, no lo es menos que el mismo supone una transmisión de un derecho real de hipoteca que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7831.pdf>

- R. 11-7-2016.- R.P. PUNTA UMBRÍA.- **HIPOTECA: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO.** La primera cuestión que se discute es la relativa a los requisitos que han de concurrir en los prestamistas no entidades de crédito para que les sea de aplicación la L. 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Conviene recordar, antes de entrar a examinar las circunstancias concurrentes en este supuesto, que la exposición de motivos de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores sobre bienes inmuebles de uso residencial, establece como objetivo de la misma el garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito sobre bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección, con independencia de la finalidad del crédito y del carácter o no de entidad crediticia del prestamista; e impone la obligación de los Estados miembros de exigir a las autoridades competentes que supervisen a los prestamistas y los faculten para obtener los datos que necesiten para evaluar de manera fiable el cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, ha sido correcta la actuación de la Registradora de la Propiedad al acudir, como medio para completar la calificación y evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte del acreedor, a la consulta de los asientos de su propio Registro en otras fincas (como también, según ha declarado este Centro Directivo, se encuentra facultado para consultar, a estos efectos, los asientos de otros registros de la Propiedad a través del «Servicio de Interconexión entre los Registros») y no admitir sin más la manifestación negativa del acreedor-cesionario acerca de su condición de profesional. El carácter de habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general ni en la específica, siendo las diferentes normas que, de un modo u otro, aluden a este término las que en ocasiones han fijado criterios objetivos para considerar la existencia de tal carácter (por ejemplo la legislación fiscal para entender como habitual un domicilio). Fuera de estos supuestos la resolución de la controversia sobre el carácter habitual o no de una actividad solo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes en uno u otro sentido. Es doctrina de este Centro Directivo señalada en numerosas Resoluciones, que el Registrador en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no solo para el mayor acierto en la calificación sino también para liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral. En este sentido el otorgamiento de sucesivos préstamos hipotecarios en un número considerable constituye un indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional, que justifica la exigencia por parte del Registrador del cumplimiento de los requisitos legales exigibles; quedando desvirtuada la manifestación del prestamista de no ejercer de forma profesional la actividad efectuada en la escritura, por los datos obrantes en los diferentes registros de la Propiedad, que revelan una habitualidad en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria. ciertamente es difícil establecer objetivamente cuántos créditos son necesarios para considerar que existe habitualidad en su concesión, pero la prevalencia

en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del art. 8 de la repetida Ley que establece que «corresponde a las empresas –acreedores– la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley», lleva a considerar que constituyen suficiente indicio acerca de la cuestión debatida y justificación para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales bien una prueba satisfactoria de su no necesidad. La segunda cuestión que se plantea es si son exigibles estos requisitos a operaciones de cesión de préstamos hipotecarios. Es cierto que la L. 2/2009 constituye una norma dirigida fundamentalmente a garantizar la ausencia de publicidad engañosa y la transparencia en la contratación de préstamos y créditos con consumidores, y que las obligaciones que impone se refieren prioritariamente a la fase precontractual y de formalización del contrato de préstamo, por lo que deben entenderse cumplidas en caso de cesión de un préstamo o crédito inscrito en el Registro de la Propiedad. Pero esta realidad no excluye la necesidad de que el cesionario de tales préstamos, si se acredita la habitualidad en la actividad de concesión de préstamos o en la subrogación activa en los mismos, deba cumplir los requisitos exigidos en la nota de calificación recurrida ya que obedecen a una segunda finalidad de la norma consistente en «cubrir las responsabilidades en que el acreedor pudiera incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de los servicios propios de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios» (ver arts. 7 y 14.1.a) de la L. 2/2009), y esos perjuicios pueden generarse durante toda la vida del préstamo.

En cuanto a la ausencia del cumplimiento de los requisitos del primer grupo, es decir, la inscripción con carácter previo al inicio del ejercicio de su actividad del prestamista profesional en el Registro público especial que corresponda (art. 3 de la L. 2/2009), y de contratación previa a tal inscripción de un seguro de responsabilidad civil o de un aval bancario que cubra las responsabilidades en que pudieran incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios (art. 7 de la L. 2/2009); según el art. 9.2 de la ley de referencia, su incumplimiento será considerado infracción muy grave, aplicándose lo dispuesto en los arts. 51 y 52 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normativa complementaria. Por lo que en tales casos el defecto debe considerarse subsanable. Por lo respecta al segundo grupo de defectos, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en las SS. 18-6-2012, 9-5-2013, 8-9-2014 y 22-4 y 23-12-2015, ha sentado la doctrina acerca de que la contratación con condiciones generales constituye una categoría contractual diferenciada de la contratación negociada individual, que se caracteriza por tener un régimen propio y específico, que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden, especialmente al reforzamiento de la información. En consecuencia, en cuanto su cumplimiento es determinante de una adecuada formación de la voluntad contractual del consumidor y del conocimiento real por el deudor de los concretos riesgos contratados, su omisión puede afectar a la validez del contrato de adhesión de préstamo hipotecario.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7832.pdf>

- R. 11-7-2016.- R.P. FUENLABRADA Nº 3.- **SENTENCIA DICTADA EN JUICIO ORDINARIO: REANUDACIÓN DEL TRACTO INTERRUMPIDO.** Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en la Sentencias relacionadas en «Vistos», que el Registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el art. 100 del R.H. permite al Registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial. La consecuencia de la dicción del art. 40 de la L.H. lleva necesariamente a considerar que aun cuando, como defiende el recurrente y alega el magistrado, no fuera necesaria la declaración de validez de los títulos intermedios, conforme a la reiterada doctrina de este Centro Directivo en relación con las sentencias declarativas cuyo objeto es reanudar el tracto interrumpido, por tratarse de una rectificación registral, es innegable la necesidad de intervención del titular registral o de sus herederos. Y esta necesidad tiene su justificación en el principio del tracto, entendido como concatenación de titularidades respecto a un concreto derecho, que es exigible siempre constituyendo un principio informador de nuestro sistema hipotecario. A este respecto debe señalarse que acreditada la condición de herederos en el procedimiento, no puede el Registrador cuestionar la legitimación procesal cuya apreciación corresponde al órgano judicial.

Procede la negativa a la inscripción solicitada cuando en el procedimiento del que dimana el documento calificado no se acredita, como en este caso, que hayan intervenido todos los titulares registrales de derechos, ni resulta determinado el título de adquisición de don F.E.E.P., no pudiendo admitirse en tal sentido como tal el allanamiento como un reconocimiento de derecho que a nadie perjudica pero que no tiene encaje en nuestro sistema de transmisión del dominio eminentemente causalista, ni en el sistema registral español que exige títulos perfectos no claudicantes, así como –desde la perspectiva no solo formal sino también material– un acreditado tracto sucesivo (arts. 20 y 33 de la L.H.), ya que precisamente para evitar una transmisión abstracta basada en el mero reconocimiento del dominio por consentimiento de las partes, se requiere una resolución judicial resultante de un procedimiento donde no solo se dé oportunidad de oposición a los demandados sino del que resulte probado el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para el pronunciamiento favorable a las pretensiones del demandante, lo que en este caso no se ha producido.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7833.pdf>

- R. 12-7-2016.- R.P. ARONA.- **ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: TRACTO SUCESIVO.** En nuestro sistema registral, todo título cuyo acceso al Registro se pretenda ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento dirigido contra él (cfr. arts. 20 –especialmente el párrafo último, adicionado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre– y 40 de la L.H.), alternativa esta última que no es sino desenvolvimiento del principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (art. 1 de la L.H.). Por ello, en vía de principio, la anotación preventiva de embargo –al igual que la de demanda o de prohibición de disponer, como medidas cautelares– debe practicarse siempre que la acción se interponga frente al titular registral y suspenderse o denegarse –según los casos– cuando la finca esté inscrita a favor de otra persona. La posibilidad de embargar bienes de sociedades de capital –por tanto no solo con personalidad propia sino con limitación de responsabilidad a las aportaciones efectuadas– por deudas de los socios que la integran, exige acudir a la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Pero esa decisión sobre el levantamiento del velo, no puede tomarse al margen de un procedimiento civil entablado contra la propia sociedad titular del bien (cfr. arts. 24 de la Constitución Española y 1, 40 y 82 de la L.H.), salvo en los supuestos legalmente admitidos, que como se ha visto son excepcionales y de interpretación restrictiva.

En conclusión, no puede anotarse en el Registro de la Propiedad el embargo ordenado por un juzgado en procedimiento de ejecución ordinaria sobre fincas inscritas a favor de una sociedad mercantil no demandada, distinta de la persona contra quien se sigue el procedimiento, con la simple constancia en el mandamiento –que no contiene expresamente afirmación alguna de levantamiento de velo societario– de que dichas personas físicas son «propietarios de Supermercados Felipe». Por lo que debe confirmarse la nota de calificación, pues lo impide el principio de tracto sucesivo contenido en el art. 20 de la L.H., trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva antes referido.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7835.pdf>

- R. 12-7-2016.- R.P. EL PUERTO DE SANTA MARÍA Nº 2.- **PARCELACIÓN URBANÍSTICA: CONCEPTO Y ALCANCE.** Como señala la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 17-3-2011, la parcelación ilegal constituye un proceso en el que se suceden los actos materiales y jurídicos con clara intención fraudulenta de parcelar un terreno no urbanizable, pretendiendo la creación de una situación irreversible, demostrativa de que con los actos realizados no se pretende destinar el terreno a su uso y destino natural y obligado, rústico y agrícola; actuación que se lleva a cabo con vocación urbanística que posibilita la formación de un núcleo de población. Por tanto la parcelación urbanística no exige, la división física o material de la finca en lotes o parcelas a través de los actos constructivos; sino que basta para entender que la misma se ha producido con que se asignen cuotas pro indiviso de un terreno que den lugar a diversos titulares a los que correspondería el uso individualizado de una parte de terreno, como sucede en el caso de que se enajenen participaciones de la finca, a través de sucesivos contratos de compraventa, identificadas mediante su equivalente en metros cuadrados de la misma hasta alcanzar la totalidad de su superficie permitiendo de este modo que cada adquirente pudiera hacerse con el exclusivo y excluyente uso y disfrute de una parte de la finca, materializándolo a través de su cerramiento perimetral. Pero tampoco la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni

siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación, pues el elemento decisorio es la posible aparición de tales asentamientos, como cuestión de hecho, con independencia de que el amparo formal y legal de la titularidad individual esté más o menos garantizado, se realice en documento público o privado o se haga de forma expresa o incluso tácita.

En el presente caso el Registrador basa únicamente su calificación negativa en la transmisión de una cuota indivisa de finca no urbanizable que no consta previamente individualizada en el Registro, debiendo señalarse a este respecto que la transmisión se efectúa por título de herencia a los dos únicos herederos que se la adjudican por mitad y pro indiviso como los restantes bienes hereditarios. De este solo hecho no cabe deducir indicio alguno del que pueda extraerse la sospecha de una posible parcelación. Tampoco cabe apreciar aquí los indicios que señala el Registrador en su informe, relativos a la descripción catastral de la finca y a la existencia de una construcción, que data según el Catastro de 1984, dado que no se han puesto de manifiesto oportunamente en la nota de calificación. Todo ello sin perjuicio de que la autoridad administrativa, utilizando medios más amplios que los que están al alcance del Registrador, pueda estimar la existencia o no de una parcelación ilegal.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7836.pdf>

- R. 13-7-2016.- R.P. A CORUÑA Nº 2.- **DERECHO CIVIL GALLEGO: PACTO DE MEJORA SOBRE BIENES DE LA SOCIEDAD POSTGANANCIAL.** Entre los pactos sucesorios expresamente admitidos en el art. 209 de la L. 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, se encuentran los llamados pactos de mejora regulados en los arts. 214 a 218 de la misma Ley. Con fundamento en el art. 214, el pacto de mejora se define como aquél pacto sucesorio que constituye un sistema específico de delación de la herencia (art. 181.2) en virtud del cual un ascendiente o, en su caso, los ascendientes, convienen la atribución de bienes concretos y determinados en favor de un hijo o descendiente. Cuando el pacto de mejora no vaya acompañado de la entrega de presente de los bienes, la transmisión del dominio al adjudicatario o mejorado se produce tras el fallecimiento del mejorante (art. 217), momento en que tiene lugar la apertura de su sucesión. Los arts. 205 a 207, aunque referidos a las disposiciones testamentarias, son aplicables, por analogía, a las disposiciones realizadas mediante pactos sucesorios que no conlleven la entrega de presente de los bienes por cuanto que, como ya se ha indicado, estos pactos tienen una eficacia traslativa diferida al momento de fallecimiento del disponente. Ante la ausencia de norma expresa que regule la materia y con fundamento en la identidad de razón que existe entre uno y otro caso (art. 4.1 del Código Civil) debe considerarse más ajustado a Derecho entender que las consideraciones anteriormente expuestas sobre el pacto de mejora son también aplicables cuando se trate de disposiciones que recaen sobre bienes pertenecientes a la comunidad postganancial indivisa («ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet»). Esta es también la solución que en Derecho común ha mantenido el Tribunal Supremo (SS. 11-5-2000 y 28-5-2004) y esta Dirección General (R. 10-12-2012) reconociendo la validez de un legado de cosa perteneciente a la comunidad postganancial surgida tras la disolución del matrimonio.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7881.pdf>

- R. 13-7-2016.- R.P. CASTROPOL.- **HERENCIA: LLAMAMIENTO SUJETO A CONDICIÓN.** Ha dicho este Centro Directivo en R. 30-4-2014, que serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los tribunales de Justicia. En este caso, no hay designación de albaceas ni contadores-partidores por lo que la única interpretación extrajudicial que se desprende de la voluntad del causante es la que hagan los herederos instituidos. En consecuencia, al menos deberían ser citados al acta de notoriedad en la que se determina «el cumplimiento exclusivo de otros herederos», puesto que este determina también su incumplimiento y exclusión como herederos.

El art. 80.2 del R.H., determina que «el acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella». Ciertamente, este precepto reglamentario está pensado para las sustituciones hereditarias; pero, debe entenderse que en estos supuestos de llamamientos condicionales, también se produce una situación de indeterminación en cuanto a quién ha de ser el efectivamente llamado, dependiendo del cumplimiento o incumplimiento del hecho o acontecimiento condicional, cuyo cumplimiento o incumplimiento

también puede acreditarse mediante acta de notoriedad. El defecto debe ser confirmado, pues el art. 209 del Reglamento Notarial determina en su apartado 2.2 que «en el caso de que fuera presumible, a Juicio del Notario, perjuicio para terceros, conocidos o ignorados, se notificará la iniciación del acta por cédula o edictos, a fin de que en el plazo de veinte días puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos, debiendo el Notario interrumpir la instrucción del acta, cuando así proceda, por aplicación del número quinto de este artículo». Se hace necesaria, al menos, una citación efectiva y fehaciente a los demás herederos interesados, a los efectos de que puedan realizar las manifestaciones u oposiciones que puedan amparar su derecho.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7882.pdf>

- R. 14-7-2016.-R.P. VALENCIA Nº 1.- **PUBLICIDAD FORMAL: NOTA SIMPLE LITERAL.** Tiene este expediente por objeto la solicitud de expedición de una nota simple literal de determinada finca registral. Dicha solicitud ha sido realizada por una abogada que, en nombre de la titular registral, hace la petición. Alega como interés legítimo el hecho de que su representada no tiene la escritura por la que adquirió la propiedad de la finca. En relación con el caso objeto de este expediente hay que recordar lo establecido en el art. 332.3 del R.H. Es decir, se presumen que ostentan la representación de las personas por cuyo encargo manifiestan actuar, pero sin que ello signifique que no deban especificar el interés legítimo que justifica la solicitud, interés que ha de ser calificado por el Registrador. Como tiene declarado este Centro Directivo, la presunción del apartado 3 del art. 332 del R.H. a favor de determinados profesionales, les exime de acreditar el mandato recibido, pero no supone por sí sola una demostración o prueba de la existencia del interés legítimo, debiendo acreditarse tanto la cualidad de profesional del peticionario como la causa de la consulta, que debe ser acorde con la finalidad del Registro, tal y como dispone el propio precepto legal invocado en su inciso final. Solo se presume el interés, conforme al art. 221 de la L.H., respecto de «toda autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio o cargo», y el recurrente no se encuentra en ninguno de dichos supuestos. La solicitud se justifica «por no tener la escritura de propiedad», por lo que el mandato recibido de la titular parece referido exclusivamente a la inscripción que motiva la escritura de propiedad. Como se ha dicho en el apartado anterior ninguna dificultad existe en proporcionar a la titular registral nota simple literal si así lo solicita el interesado; pero en el presente caso, parece que el mandato se refiere exclusivamente a la inscripción de dominio «...por no tener la escritura de propiedad».

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7883.pdf>

- R. 14-7-2016.- R.P. ALCÁNTARA.- **CALIFICACIÓN REGISTRAL: EXPRESIÓN DE SU FECHA Y NOTIFICACIÓN. ACTA DE NOTORIEDAD DE RECTIFICACIÓN DE CABIDA: REQUISITOS.** El art. 18 de la L.H. después de afirmar que el plazo máximo para inscribir el documento será de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación, señala que el Registrador en la calificación negativa deberá expresar inexcusablemente la fecha de la calificación negativa a los efectos del cómputo del plazo de quince días. No puede apreciarse extemporaneidad en la interposición del recurso tal y como alega el Registrador en su informe, ya que el plazo para su interposición, para lo que está expresamente legitimado el Notario autorizante (letra b del art. 325 de la L.H.), es de un mes y se computa desde la fecha de la notificación de la calificación (párrafo segundo del art. 326 de la L.H.), notificación que solo consta haberse realizado el 30-5-2016, tras requerimiento al efecto efectuado por esta Dirección General, una vez ya interpuesto el recurso. No obstante, como indica la meritada R. 25-4-2016, «la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución queda cumplida mediante la interposición del recurso pues la notificación defectuosa por falta de plazo no produce otro efecto que admitir la posibilidad de interponer el recurso cuando se tenga por conveniente, aunque no indefinidamente. En la práctica ello supone que no corren los plazos para interponer el recurso o realizar cualquier otra actuación procesal y que serán admisibles cualquiera que sea la fecha de presentación por el interesado. Evidentemente la posibilidad de impugnar no se puede extender hasta el infinito y tiene sus límites derivados de los principios de seguridad jurídica y de buena fe (pueden verse sobre esta cuestión las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero y de 17-11-2008)».

Al haberse iniciado la tramitación del acta de notoriedad el 29-9-2015, resulta de aplicación la norma contenida en el art. 53.diez de la L. 13/1996, de 30 de diciembre, el art. 203 de la L.H. conforme a la redacción anterior a 1-11-2015 y sus concordantes de la legislación de desarrollo. Como es doctrina reiterada de esta Dirección General (RR. 5-3-2012 y 5-9-2014), la participación de los titulares de los predios co-

lindantes a la finca cuya cabida se rectifica reviste especial importancia por cuanto son los más interesados en velar que el exceso de superficie de la finca concernida no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes. Por último, en cuanto al defecto quinto de la nota relativo a la falta de aportación de plano a la misma escala que obre en el catastro, el apartado diez del art. 53 de la L. 13/1996, de 30 de diciembre, contempla este requisito, si bien debe destacarse que el plano exigido por el precepto es un plano de situación sin que se exija una verdadera representación gráfica, como, por ejemplo, se precisa en los procedimientos para la rectificación de descripción regulados en la L. 13/2015, de 24 de junio.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7884.pdf>

- R. 14-7-2016.- R.P. AOÍZ Nº 1.- **DERECHO NAVARRO: FIDUCIA CUM CREDITORE Y PACTO COMISORIO.** Es indiscutible la admisión de la fiducia «cum creditore» en Derecho navarro. La L. 466 del Fuero Nuevo así lo prevé. Además cabe añadir a la pura fiducia un pacto comisorio, plenamente admitido por el legislador navarro en este caso, a diferencia de lo que ocurre en Derecho común (art. 1.859 del Código Civil). Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el pacto comisorio no es de esencia de la fiducia en garantía, puede existir o no. Ahora bien, que sea plenamente admisible en el Derecho navarro la fiducia «cum creditore» y el pacto comisorio, no significa que, existiendo oposición por parte del deudor, dichas garantías tengan plena eficacia automática en el ámbito extrajudicial. Hay que significar que para que surtan eficacia dichas garantías se exige como primera premisa, que el deudor haya incumplido su obligación. En este sentido, existiendo oposición por parte del deudor respecto del hecho del incumplimiento, compete a la autoridad judicial declararlo así. En este sentido, formulada oposición por el deudor, deberá el acreedor acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos del comiso, esto es, la existencia de un incumplimiento, grave (S.T.S. 21-9-1993, en relación con el pacto comisorio regulado como excepción a la regla general prohibitiva en el art. 1.504 del Código Civil), que frustre el fin del contrato por la conducta del deudor, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7885.pdf>

- R. 14-7-2016.- R.P. ÁLORA.- **INSCRIPCIÓN PARCIAL: REQUISITOS. SERVIDUMBRE: PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.** Como ya señaló la R. 18-4-1994 «el Registrador tiene que denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento si entiende que las cláusulas que no deben acceder al Registro inciden en el total contexto pactado por las partes, pero lo que no puede hacer es alterar su contenido y transformar (...) inscribiendo lo que las partes no estipularon en la escritura pública». Añade la R. 13-2-2012 que debe recordarse, para los supuestos de inscripción parcial, que el principio de especialidad que impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (cfr. arts. 9 de la L.H. y 51.6 del R.H.), de manera que dicha inscripción parcial solicitada no puede desnaturalizar el negocio que ha sido celebrado por las partes. En el supuesto de este expediente, en la escritura se constituye una única servidumbre fijando como propósito la extracción de aguas del predio sirviente a favor de la dominante con la finalidad de satisfacer la necesidad de abastecimiento de este último. Dicha servidumbre se configura de modo complejo integrando diversas facultades de carácter jurídico-real que se atribuyen al titular del predio dominante, que si bien pudieran tener entidad para constituir servidumbres independientes, no quedan determinadas de tal modo en el título, en cumplimiento del citado principio de especialidad. En contra de lo que afirma el recurrente, no contiene el documento la constitución de cuatro derechos reales de servidumbre distintos, sino uno solo, resultando improcedente practicar la inscripción parcial pretendida, puesto que todas ellas tienen como causa única la saca/extracción de agua de la finca que constituye el predio sirviente y por medio del acueducto ser traslada al predio dominante, lo cual queda sujeta a la correspondiente autorización administrativa.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7886.pdf>

- R. 15-7-2016.- R.P. SAN FERNANDO DE HENARES.- **ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.** En primer lugar, debe admitirse que, como señala la recurrente, se trata de un documento administrativo, expedido y autorizado por una autoridad administrativa (alcaldesa-presidenta de un Ayuntamiento) investida de las facultades para ello, y que lo es también la certificación expedida por la secretaria del Ayuntamiento dando fe del contenido del Acuerdo del Pleno de 9-6-2014, por lo que desde un punto de vista formal puede tener acceso al Registro de la Propiedad por así disponerlo el art. 3 de la L.H. Respecto al contenido del acuerdo

plenario, esto es, acuerdo de inicio de un procedimiento de recuperación de oficio de un bien público, no queda claro en la certificación municipal, si lo que se pretende es la recuperación de la posesión o la recuperación del dominio, si bien parece esto último. Si la pretensión del Ayuntamiento fuera la recuperación de la posesión, como tiene declarado este Centro Directivo, la clara dicción del art. 5 de la L.H., «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles», supondría una excepción a los arts. 1 y 2.1.º de la misma Ley, por lo que es evidente, en consecuencia, que la posesión, y las acciones dirigidas a su tutela, no acceden a los libros del Registro –RR. 19-12-2006 y 4-7-2013, entre otras–. Si, en definitiva, lo que se pretende es la recuperación del dominio, como parece deducirse del recurso al que se anexa el escrito de demanda incidental en ejercicio de la acción declarativa de dominio y rectificación registral, presentado en el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, lo procedente es que se solicite, junto con la demanda, su anotación preventiva. En esta hipótesis, de acuerdo con el apartado primero del art. 43 de la L.H. «...no podrá hacerse la anotación preventiva sino cuando se ordene por providencia judicial, dictada a instancia de parte legítima y en virtud de documento bastante al prudente arbitrio del juzgador». Consecuentemente con lo expuesto, bien se pretenda la recuperación posesoria, bien la recuperación dominical, es correcta la actuación de la Registradora de denegar el asiento de presentación solicitado, de acuerdo con los anteriores fundamentos de Derecho.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7887.pdf>

- R. 15-7-2016.- R.P. VILLACARRILLO.- **HIPOTECA: CLÁUSULA SUELO A TIPO CERO.** La cuestión que se plantea en el recurso consiste en determinar si en los préstamos hipotecarios a interés variable en que se pacte que la parte deudora nunca podrá beneficiarse de descensos a intereses negativos, es decir, que no podrá recibir importe alguno como en tales supuestos, es precisa la confección de la expresión manuscrita por parte del deudor de comprender los riesgos que asume en presencia de dicha cláusula, a que se refiere el art. 6 de la L. 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, siempre que se den, como ocurre en el presente caso, los presupuestos de aplicación de la misma. Cuestión distinta, por tanto, a la del control de contenido o abusividad es la relativa a la transparencia de las cláusulas contractuales. Sobre tal extremo el Registrador, como señala la Resolución de esta Dirección General de 13-9-2013, no solo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. Así, frente a la opinión del Notario recurrente, que defiende una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros (vid. R. 29-9-2014). La alegación por el Notario recurrente de que la cláusula discutida, no constituye una cláusula suelo del cero por ciento sino una cláusula aclaratoria de la naturaleza del contrato de préstamo que se firma, ya que aunque no existiera, este no podría generar intereses negativos porque en tal caso vería alterada su naturaleza jurídica y, por tanto, esta aclaración no puede provocar la exigencia de la constancia de la expresión manuscrita, tampoco puede admitirse. Por todo lo cual, concurriendo todos los presupuestos de aplicación del art. 6 de la L. 1/2013 como son haberse hipotecado una vivienda, ser un profesional el prestamista y una persona física el prestatario, y constatarse una limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés pactada, aunque sea por la vía del no devengo, sin concurrir un límite equivalente de variabilidad al alza; esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7888.pdf>

1.2. REGISTRO MERCANTIL. *Por Ana del Valle Fernández, Registradora Mercantil..*

- R. 4-7-2016.- R.M. VALENCIA III.- **ACUERDOS SOCIALES. DECLARACIÓN DE NULIDAD.** La Resolución repasa sentencias del T.S. de 23 de febrero y 18-10-2012 y Resolución del propio Centro Directivo de 30-5-2013, sobre la posible convalidación de acuerdos sociales declarados nulos y declara que no cabe trasvasar, sin más, al campo societario los conceptos de ineficacia propios de la teoría general del negocio jurídico y en especial del contrato, pues la legislación societaria se inspira en dos grandes principios: el de seguridad jurídica y el de seguridad del tráfico.

La convalidación tiene efectos «ex tunc» con independencia de la conducta procesal de las partes, y en ese sentido han discurrido las novedades sobre la materia introducidas por la L. 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (art. 204.2 L.S.C.), que acaba con la distinción ente acuerdos nulos y anulables, de modo que ahora sólo se contemplan acuerdos impugnables, unificando el plazo de la acción en un año (salvo los contrarios al orden público par cuya impugnación la acción no caduca ni prescribe). Es posible por tanto la convalidación y regularización de determinados acuerdos a los que afectó la nulidad de una junta general, todo ello en aras del principio de estabilidad o conservación de los efectos de los acuerdos sociales de gestión, pues impedir la renovación o regularización de estos acuerdos podría tener consecuencias perjudiciales para los derechos adquiridos por socios y terceros, mas aún, vigente un nuevo marco legal que ofrece unas posibilidades incluso mayores de sanación, redundando a favor de la seguridad del tráfico.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7667.pdf>

- R. 7-7-2016.- R.M. BURGOS.- **CIERRE REGISTRAL. DEPÓSITO DE CUENTAS. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. TÍTULO PREVIO.** La R. 20-9-2001 admitió la inscripción de una escritura de disolución con simultánea liquidación y extinción de la sociedad, faltando los previos depósitos de cuentas, a pesar de no ser uno de los actos excepcionados del cierre registral, puesto que una vez realizada la liquidación carece de razón condicionar el reflejo registral de la extinción de la sociedad al cumplimiento de una exigencia prevista para la situación en que la sociedad se encuentre viva. El mismo razonamiento se aplica al caso ahora contemplado en el que con carácter previo a la inscripción de la disolución y liquidación debe practicarse la de un aumento de capital. Aunque el cierre del R.M. por falta del depósito de cuentas se aplica a la ampliación de capital, debe exceptuarse el caso en que sea título previo para la inscripción de otro título posterior para el que no se produce el cierre.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7674.pdf>

- R. 1-7-016.- R.M. MADRID Nº XIX.- **ANOTACIÓN DE DEMANDA. MEDIDAS CAUTELARES.** La legislación mercantil se remite en materia de impugnación de acuerdos sociales a las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 207 y 208 L.S.C.), que prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares con la finalidad de asegurar las resultas del procedimiento.

Entre dichas medidas expresamente se contemplan la anotación preventiva en el Registro de la demanda, así como la suspensión de eficacia de los acuerdos impugnados (art. 727 L.E.C.), e incluso «órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso» (art. 726.3).

Por su parte, el Reglamento del Registro Mercantil contempla tanto la mera anotación preventiva de demanda, como aquella en la que, además, se acuerda la suspensión de los acuerdos impugnados (arts. 155 a 157).

A diferencia de la anotación preventiva de demanda cuya eficacia se limita a garantizar la inscripción de la resolución que se adopte en perjuicio de eventuales terceros, la anotación de la medida cautelar que contiene orden de suspensión cierra el Registro a cualquier pretensión de inscripción de los acuerdos suspendidos o de los que de ellos traigan causa. La eficacia de la anotación no solo se proyecta hacia adelante, hacia los asientos que se puedan producir con posterioridad, sino que también impide, para el caso de que los acuerdos suspendidos hayan llegado a inscribirse, que acceda a los libros del Registro cualquier acto del que deriven.

En este caso se ordena la suspensión de acuerdos de junta general y entre ellos el de traslado de domicilio. Posteriormente acuerda ese traslado el consejo de administración como órgano competente, por lo que en principio podría entenderse que este acuerdo sería inscribible. Pero el Juez ordena expresamente «... que se abstengan de inscribir los acuerdos suspendidos y de tramitar el cambio de domicilio de la sociedad a la provincia de Madrid y apercibiendo al Consejo de Administración... de la prohibición de realizar cualquier acto de ejecución de los acuerdos suspendidos...» entendiéndose que la deslocalización del domicilio de la sociedad pudiera ocasionar daños difícilmente reparables a los socios impugnantes. Por ello se considera correcta negativa a practicar la inscripción.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7815.pdf>

- R. 5-7-2016.- R.M. MADRID nº VII.- **JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. PLAZO.** Conforme a la postura actual tanto del Tribunal Supremo como de la D.G.R.N., el cómputo del plazo relativo a la antelación con que debe hacerse la convocatoria de junta general debe llevarse a cabo teniendo en cuenta como día inicial el correspondiente al de publicación del anuncio, excluyéndose el de la celebración de la junta.

La infracción relativa al plazo previo de la convocatoria está expresamente excluida de la posibilidad de impugnar acuerdos por infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley (art. 204.3 L.S.C.). Y, en el supuesto contemplado, al haberse adoptado el acuerdo el 50% del capital social, no cabe la posibilidad de que todos los socios hubieran decidido celebrar válidamente la junta general a pesar de la indicada infracción.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7820.pdf>

- RR. 6-7-2016.- R.M. PONTEVEDRA nº II.- **CONCURSO DE ACREEDORES. AUDITORÍA DE CUENTAS.** A pesar de la declaración de concurso sigue manteniéndose la obligación de someter las cuentas a auditoría, sin que ni siquiera exista, como ocurría en la redacción original de art. 46 del al Ley Concursal, la exención en el primer ejercicio en estado de concurso.

Reitera doctrina anterior, en el sentido de que no es cierto que una vez abierta la fase de liquidación decaiga la obligatoriedad de auditar las cuentas. Por el contrario, subsiste la obligación de auditoría de las cuentas en fase de liquidación, dada la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste en tanto no se haya procedido al reparto del activo sobrante entre los socios y, una vez extinguida, a la cancelación de sus asientos en el Registro Mercantil.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7823.pdf>

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7824.pdf>

- R. 8-7-2016.- R.M. BADAJOZ.- **REDUCCIÓN DE CAPITAL. PÉRDIDAS. BALANCE. EXISTENCIA DE RESERVAS.** En la reducción meramente contable del capital social para compensar pérdidas tan solo persigue el restablecimiento del equilibrio entre aquél y el patrimonio. Pero aunque en este caso el activo social no varía, sí que posibilita que se puedan distribuir los beneficios futuros entre los socios, en lugar de ir destinados necesariamente a cubrir las pérdidas acumuladas. Por ello han de observarse las garantías básicas establecidas por la ley encaminadas a evitar que se lesionen las legítimas expectativas e intereses de socios y acreedores, y que sustancialmente buscan asegurar la certeza de la situación de desequilibrio financiero.

Los resultados del ejercicio en curso que figuran en el balance que sirve de base al acuerdo (un balance que no es el final del ejercicio sino uno intermedio) son beneficios de la sociedad, que tienen la misma naturaleza que las reservas aun cuando no aparezcan contabilizados como tales, y su presencia veda la posibilidad de acudir a la reducción del capital por pérdidas sin que los mismos se compensen con aquellas. Por otro lado, para que los acreedores quedaran incólumes sería imprescindible que la reducción viniera acompañada de un inmediato aumento que iguale o supere la cifra de capital inicial.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7829.pdf>

- R. 11-7-2016.- R.M. ZAMORA.- **AUDITORES. NOMBRADO A SOLICITUD DE LA MINORÍA.** Se trata de un supuesto en que existe inscrito un auditor nombrado por el Registrador a solicitud de la minoría para el ejercicio 2014 y a continuación inscripción de otro auditor nombrado por acuerdo de la junta para ese mismo ejercicio y los dos siguientes. Señala la D.G.R.N. que no debía haberse procedido a la inscripción del nombramiento de otro auditor, en este caso voluntario, para realizar la auditoría solicitada correspondiente al mismo ejercicio en cuestión del año 2014. No obstante mientras que la inscripción de nombramiento de auditor a instancia de la minoría continúe vigente, el Registrador debe calificar en función de su contenido no pudiendo entenderse que la inscripción del nombramiento de auditor voluntario implique cancelación de oficio posterior del expediente de solicitud de auditor de cuentas formulado por el socio minoritario, pues los asientos registrales solo podrían ser cancelados de oficio en los supuestos legalmente previstos, además del supuesto de revocación de auditor.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7834.pdf>

- R. 12-7-2016.- R.M. BARCELONA.- **CUENTAS ANUALES. CALIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN FEHACIENTE.** Se trata de un supuesto en el que se presentaron las cuentas anuales de determinados ejercicios que fueron

calificadas con defectos. No obstante no se notificó la calificación fehacientemente, siendo finalmente cancelados los asientos de presentación por caducidad. El recurrente solicita que se restablezcan esos asientos y se entienda que la subsanación efectuada se llevó a cabo dentro del periodo fijado por el art. 367 del Reglamento del Registro Mercantil. La D.G. desestima el recurso puesto que su objeto es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho y, por tanto, no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados y que, hayan sido o no extendidos con acierto, quedan desde entonces bajo la salvaguardia de los tribunales. Puede, sin embargo, acudir a los procedimientos de rectificación del Registro del art. 40 de la L.H., así como a la rectificación de los asientos practicados por error regulado en los arts. 211 y siguientes de la L.H., por acuerdo de todos los interesados y del Registrador, o por providencia judicial.

No obstante, la resolución se pronuncia sobre la obligatoriedad de notificar fehacientemente las calificaciones negativas por los Registradores Mercantiles en materia de depósitos de cuentas. Aunque a la fecha de la calificación no hubiese entrado aún en vigor la Instrucción de la D.G.R.N. de 9-2-2016, que contempla esta cuestión en su apartado sexto, no eran aplicables ni la resolución de 8-6-2001, ya que se dictó antes de la disposición adicional vigésima cuarta de la L. 24/2001, de 27 de diciembre, ni la de 14-12-20017, ya que fue rectificada por la de 3-7-2008. Por lo tanto, no se verificó adecuadamente la notificación, por lo que no procedía la cancelación de los asientos de presentación, conforme al art. 323 de la L.H. que establece que «si la calificación fuese negativa o el Registrador denegare la práctica de la inscripción de los títulos no calificados en plazo, se entenderá prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere el artículo anterior. De esta fecha se dejará constancia por nota al margen del asiento de presentación».

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7837.pdf>

1.3. REGISTRO DE LA PROPIEDAD. *Por Pedro Ávila Narvarro, Registrador Propiedad.*

- R. 1-7-2016.- R.P. CORIA.- **INMATRICULACIÓN: LA DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD ES TÍTULO SUFICIENTE.- DESCRIPCIÓN DE LA FINCA: REPRESENTACIÓN GRÁFICA PARA LA INSCRIPCIÓN DE UNA MODIFICACIÓN HIPOTECARIA.** Se trata de «una escritura de herencia de varias fincas no inscritas en la que se acompaña como título inmatriculador escritura de segregación y extinción de comunidad y otra escritura de agrupación. El Registrador señala como defectos que la extinción de comunidad no tiene naturaleza de título público traslativo como exige el art. 205 L.H., y que tras la segregación y agrupación las descripciones de las fincas resultantes no coinciden con la certificación catastral descriptiva y gráfica».

- La Dirección considera inmatriculable la disolución de comunidad: «Presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo; pero en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien» (ver S. 25-2-2011); y desde el punto de vista registral, causa un asiento de inscripción sobre la totalidad del pleno dominio de la cosa adjudicada; «lo relevante en estos supuestos es que el título inmatriculable no sea meramente declarativo [...] y que de las circunstancias concurrentes no resulte que la documentación se haya creado artificialmente para producir la inmatriculación» (considera especialmente que, en este caso, entre la adjudicación pro indiviso y la disolución de comunidad transcurrieron dos años).

- En cuanto la coincidencia con la certificación catastral, «como ha señalado la R. 8-6-2016, es posible prescindir de la representación gráfica para la inscripción de una modificación hipotecaria en los casos en que la finca resultante de la misma carezca de existencia actual por haberse producido otra modificación posterior en la que se aporte la representación gráfica que en definitiva tiene la finca y ambas operaciones accedan simultáneamente al Registro» (en este caso faltaba la representación gráfica de la finca segregada).

R. 1-7-2016 (Notario Andrés Diego Pacheco contra Registro de la Propiedad de Coria) (B.O.E. 9-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7664.pdf>

- R. 1-7-2016.- R.P. IBIZA Nº 4.- **EXCESO DE CABIDA: EDICTOS QUE LA CALIFICAN DE «INMATRICULACIÓN DE EXCESO DE CABIDA».** La resolución tiene por objeto un exceso de cabida tramitado por acta de notoriedad. El Registrador suspende la inscripción porque los edictos publicados calificaban el acta como de «inmatriculación de exceso de cabida», y por tanto «falta aportar el título previo que acredite la adquisición por el transmitente de la finca del exceso de cabida»; es decir, consideraba el acta como la de notoriedad complementaria de título público de los arts. 200 y 205 L.H. y 298 R.H. Pero la Dirección entiende que se trata del acta de presencia y notoriedad regulada en el art. 53.10 L. 13/1996, tramitada conforme al art. 203 L.H., y regida por la normativa anterior, según la disp. trans. L. 13/2015, al haberse iniciado su tramitación antes del 1 de noviembre de 2015; tras todo esto, dice que «se trata realmente de un exceso de cabida, supuesto menos grave potencialmente para los terceros destinatarios de tales edictos que el de la inmatriculación», y además, la expresión «inmatriculación de exceso de cabida», por impropia que sea, es la que utiliza el propio art. 298 R.H.

R. 1-7-2016 (Particular contra Registro de la Propiedad de Ibiza-4) (B.O.E. 9-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7665.pdf>

- R. 1-7-2016.- R.P. ÁVILA.- **HIPOTECA: EJECUCIÓN: ADJUDICACIÓN POR EL ACREEDOR POR LA CANTIDAD QUE SE LE DEBA POR TODOS LOS CONCEPTOS.** Reitera la doctrina de la R. 17-6-2016. El problema era «si ejecutándose un crédito en cuya garantía se constituyó hipoteca sobre dos fincas registrales y adjudicándose una de ellas conforme al art. 671 L.E.C., por la cantidad ‘que se le adeuda por todos los conceptos’ ha de entenderse referida dicha cantidad a la total que se le adeude en ese procedimiento de ejecución, con lo cual habría de dar carta de pago total, o si, por el contrario, cabe considerar dicha cantidad como la referida a la diferente responsabilidad hipotecaria atribuida a cada finca de modo que tras dicha adjudicación pueda todavía quedar un remanente que se le siga adeudando al ejecutante». La Dirección reitera esta segunda solución.

R. 1-7-2016 (Altamira Real State, S.A., contra Registro de la Propiedad de Ávila-2) (B.O.E. 9-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7666.pdf>

- R. 4-7-2016.- R.P. SABADELL Nº 4.- **IMPUESTOS: LA ESCRITURA DE RECTIFICACIÓN DE OTRA DE TRANSMISIÓN DE BIENES DEBE PRESENTARSE A «PLUS VALÍA».- REGISTRO MERCANTIL: LA ESCRITURA DE RECTIFICACIÓN DE OTRA DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD DEBE INSCRIBIRSE PREVIAMENTE EN EL REGISTRO MERCANTIL.** Reitera la doctrina de otras varias resoluciones (ver, por ejemplo, R. 5-5-1994 y R. 28-8-2015) sobre la calificación registral de la sujeción a impuestos del acto inscribible. En este caso reitera que los documentos sujetos pero exentos deben presentarse en la Oficina Liquidadora (art. 254.1 L.H.); y que «la falta de acreditación de la liquidación del Impuesto de Plusvalía supone el cierre del Registro (salvo en lo relativo a la práctica del asiento de presentación) y la suspensión de la calificación del documento»; en este caso «la Registradora suspende la calificación, pero advierte de un defecto, lo cual es posible y admisible en aras de una mayor brevedad procesal».

En cuanto al fondo del asunto, se trata de una escritura en la que se rectifica otra de constitución de una sociedad limitada en el sentido de que la recurrente no era socia ni aportaba determinados inmuebles, por lo que se pretende el cambio de titularidad de dichos bienes a su favor. Dice la Dirección que «es necesaria la previa inscripción en el Registro Mercantil, tanto porque así se deduce de la interpretación del art. 383 R.R.M., cuanto porque de no exigirlo se produciría una grave discordancia entre los Registros de la Propiedad y Mercantil, publicando un Registro una transmisión dominical a favor de la recurrente y el otro la permanencia como socio de la sociedad de la que ya no realizó aportación alguna».

R. 4-7-2016 (Iglesia Evangélica Gran Cosecha contra Registro de la Propiedad de Sabadell-4) (B.O.E. 9-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7668.pdf>

- R. 5-7-2016.- R.P. ORENSE Nº 3.- **OBRA NUEVA: LA DECLARACIÓN REQUIERE GEORREFERENCIACIÓN DE LA PORCIÓN DE SUELO OCUPADA.- OBRA NUEVA: NO ES NECESARIA GEORREFERENCIACIÓN SI COINCIDE CON LA TOTAL SUPERFICIE DE LA FINCA.- OBRA NUEVA: EL REGISTRADOR DEBE CONSULTAR LA GEOMETRÍA DEL EDIFICIO EN EL CATASTRO.- INMATRICULACIÓN: PUEDE SOLICITARSE LA INSCRIPCIÓN PARCIAL, DEL TERRENO, SIN LA EDIFICACIÓN.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de la R. 19-4-2016, «para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente

en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la L. 13/2015, será requisito en todo caso que la porción de suelo ocupada esté identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica», y reitera también la facilidad en el formato de georreferencia. Incluso debe tenerse en cuenta:

– «Si la superficie ocupada por la edificación coincidiese con la superficie de la parcela (lo que no es el caso) o si de la propia certificación catastral y/o de los servicios que ofrece la Sede Electrónica del Catastro resultase la ubicación exacta de los 19 metros cuadrados de edificación en planta baja dentro de la parcela de 39 metros cuadrados, sí se podría entender cumplido el requisito legal de la georreferenciación».

– El Registrador no sólo puede sino que incluso debe de oficio obtener en la propia sede del Catastro la geometría del edificio cuando los interesados declaran una edificación coincidente con la que consta dada de alta en Catastro (coincidencia que tampoco se da en este caso).

– «En el caso de inmatriculación de una finca con edificación, los interesados pueden pedir la inscripción parcial, es decir, que se inmatricule la finca en tanto que porción de suelo, aunque se suspenda la inscripción de la edificación que exista en su interior; pero tal posibilidad de solicitud de inscripción parcial ha de solicitarse por los interesados ante el Registrador, no siendo el recurso ante esta Dirección General el cauce procedimental para ello».

R. 5-7-2016 (Notario Vicente Martorell García contra Registro de la Propiedad de Ourense-3) (B.O.E. 9-8-2016).

Ver también las resoluciones que cita la Dirección, R. 4-8-2014 y R. 8-2-2016, y la Res. 29-10-2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la del Catastro: «En el caso de inscripción de edificaciones o instalaciones, habrá de remitirse también [por los Registradores al Catastro] las coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por las mismas».

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7669.pdf>

- R. 7-7-2016.- R.P. ALMUÑÉCAR.- **CALIFICACIÓN REGISTRAL: LA CALIFICACIÓN DEBE CONTENER ÍNTEGRA MOTIVACIÓN.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de otras resoluciones (ver R. 18-11-2013, R. 20-7-2012 y R. 18-2-2014). Se trataba de una «compraventa con permuta» con condición resolutoria expresa por incumplimiento de las estipulaciones pactadas. La calificación registral decía que «la condición resolutoria pactada en la estipulación sexta está indeterminada, de conformidad con el principio de especialidad».

R. 7-7-2016 (Particular contra Registro de la Propiedad de Almuñécar) (B.O.E. 9-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7670.pdf>

- R. 7-7-2016.- R.P. ÁLORA.- **DIVISIÓN Y SEGREGACIÓN: ES NECESARIA LA LICENCIA PARA INSCRIBIR LA FINCA RESTO TRAS SEGREGACIONES NO INSCRITAS.- URBANISMO: ES NECESARIA LA LICENCIA PARA INSCRIBIR LA FINCA RESTO TRAS SEGREGACIONES NO INSCRITAS.- DIVISIÓN Y SEGREGACIÓN: ES NECESARIA LA GEORREFERENCIACIÓN PARA INSCRIBIR LA FINCA RESTO TRAS SEGREGACIONES NO INSCRITAS.- URBANISMO: ES NECESARIA LA GEORREFERENCIACIÓN PARA INSCRIBIR LA FINCA RESTO TRAS SEGREGACIONES NO INSCRITAS.** Se trata de una escritura de compraventa de una finca resto tras varias segregaciones que no han accedido al Registro de la Propiedad (el supuesto previsto en el art. 47 R.H., que se trató en R. 2-12-2011). El Registrador «requiere aportar licencia de división o declaración municipal de su innecesariedad y que se acredite la presentación al Ayuntamiento de copia de la escritura otorgada, dentro del plazo de tres meses desde el otorgamiento de la licencia de división o declaración municipal de su innecesariedad» (art. 66 L. 7/17-12-2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía). La Dirección señala cómo en ese precepto «se impone a notarios y Registradores exigir la acreditación del oportuno título administrativo habilitante de toda división, segregación o parcelación que se pretende otorgar o inscribir»; y al mismo resultado conducen los arts. 26.2 R.D.Leg. 7/30-10-2015, Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, y 78 y 79 R.D. 1.093/4-7-1997, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística; no se trata ya del concepto de parcelación, que, «diferenciable del acto jurídico de división o segregación, presenta notas con un marcado componente fáctico, que debe ser probado en el correspondiente procedimiento administrativo o judicial», sino de la división o segregación; en el caso concreto,

«es evidente que tal porción de finca solo puede ser objetivada jurídicamente previa división de aquella originaria finca registral, y ello aun cuando a la porción ahora transmitida siga correspondiendo el mismo número de aquella registral; [...] por ello, deberá justificarse el cumplimiento de todas las exigencias legales en lo que se refiere a la formación de esta concreta nueva porción de finca que accede al Registro»; entre ellas, la presentación en el municipio a que se refiere la nota registral, «salvo que se justifique el requerimiento al notario autorizante para que envíe por conducto reglamentario copia autorizada de la misma al Ayuntamiento correspondiente».

Aunque no se planteaba en el recurso, la Dirección recuerda la necesidad de la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices (art. 9 L.H.); si bien la exigencia se refiere a «la porción que es objeto de inscripción en cada momento (ya sea la segregada o el resto, según los casos), sin que pueda exigirse representación gráfica de otras porciones que no son objeto del título en cuestión ni causan asiento de inscripción (cfr. art. 9 L.H.)» (ver también art. 47 R.H. y su referencia a cuando fuere posible).

R. 7-7-2016 (Particular contra Registro de la Propiedad de Álora) (B.O.E. 9-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7671.pdf>

- R. 7-7-2016.- R.P. CORIA.- **INMATRICULACIÓN: LA CERTIFICACIÓN CATASTRAL DEBE COINCIDIR EXACTAMENTE CON LA DESCRIPCIÓN DEL TÍTULO.- DESCRIPCIÓN DE LA FINCA: EL DOCUMENTO DEBE CONTENER LOS DATOS NECESARIOS PARA LA INSCRIPCIÓN.** Se debate sobre las materias indicadas en los títulos anteriores:

1) Para inmatricular, la certificación catastral aportada debe ser totalmente coincidente con la descripción contenida en el auto judicial; se reitera así una doctrina largamente repetida (art. 53.7 L. 13/30-12-1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), y que aún se considera aplicable, ya que la disp. trans. única L. 13/2015 establece que los expedientes regulados en el título VI de la Ley Hipotecaria iniciados en el momento de la entrada en vigor de la citada norma deberán continuar su tramitación conforme a la normativa anterior. Aunque en el caso concreto, «constando expresamente en el testimonio del auto la descripción e incluso los datos de polígono y parcela coincidentes con los de la certificación catastral descriptiva y gráfica aportada, el defecto alegado por el Registrador debe ser revocado».

2) «Todo título que pretende acceder al Registro debe, entre otros aspectos, incluir los datos precisos para extender el asiento de que se trate, cumpliendo de esta manera el llamado principio de especialidad o de determinación registral (art. 21 L.H.); por eso el Registrador considera como defecto que el auto describa la finca con dos cabidas diferentes. Pero dice la Dirección que «es evidente que la cabida que debe tenerse en cuenta a efectos de practicar la inscripción es la nueva resultante de la certificación catastral descriptiva y gráfica y consignada en el propio auto judicial».

R. 7-7-2016 (Particular contra Registro de la Propiedad de Coria) (B.O.E. 9-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7672.pdf>

- R. 7-7-2016.- LEGANÉS Nº 2.- **HIPOTECA: SUJECCIÓN A LA L. 2/2009 DE LA CONTRATADA PROFESIONALMENTE.- CALIFICACIÓN REGISTRAL: EL REGISTRADOR PUEDE TENER EN CUENTA DATOS QUE RESULTEN DE ORGANISMOS OFICIALES.- HIPOTECA: SUJECCIÓN A LA L. 2/2009 DE LA CESIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO.** Reitera sobre las materias indicadas la doctrina de la R. 13-7-2015: «Necesidad de que el cesionario de préstamos hipotecarios, si se acredita la habitualidad en la actividad de concesión de préstamos o en la subrogación activa en los mismos, deba cumplir los requisitos de inscripción en el registro público correspondiente y constitución de seguro de responsabilidad o de aval bancario».

R. 7-7-2016 (Grupo Inverpréstamo, S.L., contra Registro de la Propiedad de Leganés-2) (B.O.E. 9-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7673.pdf>

- R. 4-7-2016.- R.P. VÉLEZ MÁLAGA.- **HIPOTECA: EJECUCIÓN: EL CONVENIO CONCURSAL NO AFECTA AL ACREEDOR PRIVILEGIADO QUE NO SE HA ADHERIDO.** Se solicita certificación de dominio y cargas del art. 688 L.E.C. en procedimiento de ejecución hipotecaria sobre finca cuya titular se encuentra en situación de concurso, aprobado el convenio de acreedores; el convenio contiene una novación modificativa de es-

pera por la que quedará sin efecto cualquier tipo de procedimiento judicial...; el Juzgado de lo Mercantil dice que, aprobado el convenio por el acreedor hipotecario, este «no se ha adherido de forma expresa respecto los créditos privilegiados en virtud del art. 123.2 L. 22/09-7-2003, Concursal». «El Registrador deniega la expedición de la certificación por entender que al haber votado el ejecutante a favor del convenio, ello implica la pérdida de la exigibilidad aislada de su crédito al margen del convenio de conformidad con el art. 56 L. 22/2003». La Dirección estima el recurso, toda vez que, según el art. 123 L. 22/2003, el voto de un acreedor que, simultáneamente, sea titular de créditos privilegiados y ordinarios, se presumirá emitido en relación a estos últimos y sólo afectará a los privilegiados si así se hubiere manifestado expresamente en el acto de votación.

R. 4-7-2016 (NCG Banco, S.A., contra Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga - 2) (B.O.E. 12-8-2016).

El resumen anterior se refiere a la cuestión debatida en el recurso; pero la Dirección hace un amplio repaso sobre la ejecución de garantías reales separada del procedimiento registral; merece destacarse, en torno a los arts. 56 y 57 L. 22/9-7-2003, Concursal:

– «Los bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial no están sujetos a limitación en cuanto al inicio o continuación del proceso de ejecución»; si bien, como ha repetido tantas veces la Dirección, solo cabe la ejecución separada mediante resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

– La ejecución de los necesarios para tales actividades se paraliza por la declaración de concurso; y, abierta la fase de liquidación, podrá iniciarse o reanudarse, pero acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.

– Aprobado el convenio (o transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación), la ejecución hipotecaria de cualquier clase de bienes se rige por sus normas ordinarias, y sin perjuicio de lo previsto en el convenio.

Sobre ejecución de finca del concursado con convenio pueden verse también las R. 8-6-2015 y R. 4-4-2016.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7816.pdf>

- R. 4-7-2016.- R.P. TOTANA.- **EXTRANJEROS: UNIDAD DE LA SUCESIÓN EN EL REGLAMENTO (UE) 650/4-7-2012.- EXTRANJEROS: ELECCIÓN DE LA LEY NACIONAL EN EL REGLAMENTO (UE) 650/4-7-2012.- EXTRANJEROS: PRECAUCIONES NOTARIALES ANTE EL REGLAMENTO (UE) 650/4-7-2012.- EXTRANJEROS: REMISIÓN Y REENVÍO EN DERECHO SUCESORIO.** Reitera la doctrina de la R. 15-6-2016, sobre la herencia de un británico residente en España y que en testamento otorgado también en España instituyó heredera a su esposa: en aplicación del Rto.UE 650/4-7-2012, del Parlamento Europeo y Consejo, procede aplicar la ley británica y su libertad de testar, de manera que no es necesaria la comparecencia de los hijos como supuestos legitimarios.

En este caso el causante solo tenía bienes en España, y «como elemento nuevo ha de analizarse si es aplicable el reenvío desde la ley británica, dada la tradicional escisión de esa legislación entre bienes muebles, a la que se aplica la ley del domicilio, e inmuebles a la que se aplica la ley de situación de los mismos, lo que conduciría en ambos casos a la ley española»; así lo entiende la Registradora, según los arts. 12.2 C.c. (que admite sólo una remisión de primer grado, entiende la remisión al derecho extranjero como hecha a su ley material, sin tener en cuenta el posible reenvío) y 9.8 C.c. (que aplica el sistema de legítimas previsto en la ley que rija la sucesión). Pero la Dirección entiende que el art. 34 Rto.UE 650/2012 «introduce una nueva regulación en materia de reenvío, con diferente contenido y fundamentos: [...] recoge de forma imperativa determinados supuestos de reenvío desde la ley de un tercer Estado de primer o segundo grado que buscan la uniformidad internacional de soluciones y la proximidad con la ley aplicable; en el supuesto planteado en este expediente se está ante una elección anticipada de la ley aplicable conforme al art. 83.4 Rto.UE 650/2012, supuesto excluido conforme al art. 34.2 de la posible operatividad del reenvío previsto en el art. 34.1, por lo que debe entenderse que la sucesión se rige por la legislación británica, sin que sea precisa la comparecencia en la partición de los descendientes del causante».

R. 4-7-2016 (Notario Patricio Chamorro Gómez contra Registro de la Propiedad de Totana) (B.O.E. 12-8-2016).

Compárense los preceptos enfrentados en esta resolución:

– Art. 9.2 C.c.: La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.

– Art. 9.8 C.c.: La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.

– Art. 34.1 Rto.UE 650/2012: La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a: a) la ley de un Estado miembro, o b) la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley.

– Art. 34.2 Rto.UE 650/2012: En ningún caso se aplicará el reenvío respecto de las leyes a que se refieren los artículos 21, apartado 2, 22, 27, 28, letra b), y 30 (la excepción del art. 21.2 Rto.UE se refiere a la «*professio iuris*» del causante, que se trató en la R. 15-6-2016 y se reitera en esta).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7817.pdf>

- R. 5-7-2016.- R.P. MADRID Nº 17.- **HERENCIA: LA LEGÍTIMA ES «PARS BONORUM» Y EL LEGITIMARIO DEBE INTERVENIR EN LA PARTICIÓN.- HERENCIA: LA PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR NECESITA GENERALMENTE COMPLEMENTARSE CON LA LIQUIDACIÓN.** El testador había instituido herederos a sus dos hijas y había legado la legítima estricta a un nieto, hijo de una hija premuerta; en el testamento «adjudica para pago de los derechos legitimarios y hasta donde su importe alcance, los derechos que al testador le correspondan sobre...»; ahora las dos hijas otorgan la escritura de partición sin intervención del nieto legitimario, bajo la alegación de que el testador había realizado la partición conforme al art. 1-56 C.c. Según la Registradora, «la intervención de todos los legitimarios en la partición es inexcusable, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimario». La Dirección confirma la nota registral y considera necesario distinguir: «La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales –inventario, liquidación, formación de lotes con la adjudicación de los mismos–, mientras que en las normas para la partición el testador, se concreta en expresar la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos; [...] la simple norma de la partición vincula a los herederos, o en su caso, al contador-partidor designado para hacerla, en el sentido de que al hacerse la partición habrán de tenerse en cuenta las normas dictadas por el testador y adjudicar, siempre que sea posible, al heredero o herederos de que se trate los bienes a que la disposición testamentaria se refiere; por el contrario, la verdadera partición testamentaria, determina, una vez muerto el testador, la adquisición directa ‘iure hereditario’» (cita las S. 7-9-1993, S. 7-9-1998 y S. 15-7-2006; y las R. 1-3-2006 y R. 1-8-2012, según las cuales, la partición hecha por el testador necesita generalmente complementarse con la liquidación); y concluye que, siendo la legítima una «pars bonorum», «se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima»; no cabe, como pretende el recurrente, «dejar al legitimario la defensa de su derecho a expensas de unas ‘acciones de rescisión o resarcimiento’ o la vía declarativa para reclamar derechos hereditarios y el complemento de la legítima».

R. 5-7-2016 (Particular contra Registro de la Propiedad de Madrid-17) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7818.pdf>

- R. 5-7-2016.- R.P. A CORUÑA Nº 4.- **PROPIEDAD HORIZONTAL: LA DESVINCULACIÓN DEL USO DE ELEMENTO COMÚN REQUIERE AUTORIZACIÓN ESPECIAL DE LA JUNTA.** Según los estatutos de la propiedad horizontal, a una vivienda «le corresponde el uso y disfrute de la terraza que se forma en el tejado del edificio...»; los estatutos autorizan las operaciones de segregación y agregación sin necesidad de consentimiento de la

junta de propietarios; ahora, la sociedad propietaria de la vivienda «segrega» de ella el «anejo» del derecho de uso y lo «agrega» a otra vivienda también de su propiedad. La Dirección, aun admitiendo que se pueda considerar el uso y disfrute como un derecho anejo a las viviendas, «en tanto en cuanto supone la vinculación ‘ob rem’ de tal derecho a las viviendas», centra el problema en si la cláusula que autoriza las segregaciones autoriza a desafectar ese «anejo»; y contesta negativamente, porque «lo relevante no es que el derecho de uso en sí mismo sea privativo, que lo es, sino que dicho derecho de uso, que no de propiedad, recae sobre un elemento común, por lo que la alteración del régimen jurídico de los elementos comunes es materia que compete a la comunidad, y no sólo al concreto propietario del elemento que tenga asignado el derecho de uso sobre ese elemento común»; se hace pues necesaria la autorización de la junta.

R. 5-7-2016 (Notario Enrique-Santiago Rajoy Feijoo contra Registro de la Propiedad de A Coruña - 4) (B.O.E. 12-8-2016).

La Dirección recuerda cómo el art. 10.3 L.P.H. somete las operaciones de división o segregación de elementos privativos a autorización administrativa, previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación; no es necesaria la primera, por cuanto no se da la condición legal de que se formen otros elementos más reducidos e independientes; y en cuanto a la segunda, afirma que «no se discute aquí la validez, antes y después de la Ley 8/26-6-2013, de aquellas previsiones estatutarias del régimen de propiedad horizontal de un edificio transcritas en la nota de calificación que permiten a los titulares de las fincas realizar, sin necesidad de consentimiento o autorización de la junta de propietarios, la segregación, división, agregación o agrupación, distribuyendo o reuniendo según los casos la correspondiente cuota; tampoco se discute la validez de las cláusulas estatutarias que permitan la desafectación de determinados elementos anejos»; el único problema que se presentaba en el caso era que el llamado «anejo» no recaía sobre elemento privativo, sino común.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7819.pdf>

- R. 6-7-2016.- R.P. BURJASOT.- **HERENCIA: NO ES NECESARIO ACREDITAR LA INEXISTENCIA DE LEGITIMARIOS NO CITADOS EN EL TESTAMENTO.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de las R. 4-5-1999 y R. 6-5-2016; esta vez se trata de una escritura en que la hija heredera instituida se adjudica la herencia y menciona que el causante tuvo otra hija que falleció anteriormente al otorgamiento del testamento. «El hecho de que el testador no mencione que una hija suya fallecida previamente, tuvo a su vez descendientes legitimarios, significa que no existen, salvo que se pruebe lo contrario».

R. 6.7-2016 (Notario Germán-María León Pina contra Registro de la Propiedad de Burjassot) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7821.pdf>

- R. 6-7-2016.- R.P. BILBAO Nº 9.- **ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: LA DEL DERECHO HEREDITARIO REQUIERE PROBAR LA CUALIDAD DE HEREDERO.** Se rechaza una anotación preventiva de derecho hereditario, porque, «si bien es posible anotar por deudas del heredero bienes inscritos a favor del causante, en cuanto a los derechos que puedan corresponder al heredero sobre la total masa hereditaria de la que forma parte tal bien» (art. 166.1.2 R.H.), en este caso no se acredita la cualidad de heredero del titular registral; solo que el deudor es hijo del titular y se presenta una certificación negativa del Registro General de Actos de Última Voluntad; «la relativa eficacia de tal certificación (cfr. art. 78 R.H.), y la posibilidad de causas que impidan o hagan ineficaz el hipotético llamamiento de un hijo, hacen que sea imprescindible la presentación del título sucesorio que no puede ser otro que cualesquiera de los que enumera el art. 14 L.H.» (en este caso, probablemente, la declaración de herederos ab intestato).

R. 6.7-2016 (Particular contra Registro de la Propiedad de Bilbao-9) (B.O.E. 12-8-2016).

Ver también la R. 15.10-2008 y su comentario.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7822.pdf>

- RR. 8-7-2016.- R.P. ESTELLA Nº 2.- **HIPOTECA: CANCELACIÓN: LA CADUCIDAD SE CUENTA DESDE EL VENCIMIENTO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de las R. 26-9-2007, R. 4-6-2009, R. 15-2-2010, R. 14-10-2011, R. 20-2-2013, R. 4-7-2013, R. 10-1-2014 y R. 27-1-2014: consta inscrita una hipoteca que «se constituye por un plazo máximo de duración de ... años a contar desde el día del otorgamiento de la misma escritura, por lo que dicho plazo terminará el día ...; hasta esta última fecha

podrán adeudarse en el saldo garantizado de la cuenta especial débitos derivados del incumplimiento de las obligaciones aseguradas»; llegada la fecha señalada, se pretende ahora la cancelación por instancia del titular de la finca, conforme al art. 82.2 L.H.. Dice la Dirección que «si estuviéramos ante la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del art. 82.2 L.H., que posibilita la cancelación de la hipoteca cuando la extinción del derecho inscrito resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción; en otro caso debería esperarse al transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria (art. 82.5 L.H.); la cancelación convencional automática sólo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida por no saberse si se está refiriendo a la caducidad misma del derecho o si se está refiriendo al plazo durante el cual las obligaciones contraídas en dicho lapso son las únicas garantizadas por la hipoteca [cita las R. 29-9-2009 y R. 10-1-2014]; [...] en el presente caso, del análisis sistemático de todas la cláusulas del contrato resulta que el plazo de duración pactado debe entenderse referido no tanto a un plazo de caducidad de la hipoteca, sino más bien referido al plazo durante el cual las obligaciones contraídas antes del vencimiento del ‘dies ad quem’ son las únicas que quedan garantizadas con la hipoteca constituida».

R. 8-7-2016 (Cogesar, S.L.U., contra Registro de la Propiedad de Estella-2) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7825.pdf>

R. 8-7-2016 (Dareta Inmuebles, S.L., contra Registro de la Propiedad de Estella-2) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7826.pdf>

R. 8-7-2016 (Cogesar, S.L.U., contra Registro de la Propiedad de Estella-1) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7827.pdf>

R. 8-7-2016 (Dareta Inmuebles, S.L., contra Registro de la Propiedad de Estella-1) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7828.pdf>

- R. 11-7-2016.- R.P. ALICANTE Nº 3.- **COMPRAVENTA: BASTA LA MANIFESTACIÓN DEL VENDEDOR DE HABER RENUNCIADO EL ARRENDATARIO A LA ADQUISICIÓN PREFERENTE.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de la R. 11-1-2016; frente a la exigencia registral de que el arrendatario ratifique su renuncia, dice la Dirección que «la Ley de Arrendamientos Urbanos no exige este requisito a efectos de inscribir una escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad cuando el arrendamiento no esté inscrito, ya que si se admite a efectos de inscripción como suficiente la manifestación del vendedor de que la finca está o no arrendada o la identidad del arrendatario [art. 25.5 LAU], no hay razón alguna para que la validez de dicha manifestación no se extienda a otros elementos del contrato como es la existencia o no de los derechos de adquisición preferente».

R. 11-7-2016 (Particular contra Registro de la Propiedad de Alicante-3) (B.O.E. 12-8-2016).

La Dirección parece suponer que sí sería necesaria la ratificación del arrendatario cuando el arrendamiento estuviese inscrito; porque en tal caso debe presumirse que el derecho pertenece al arrendatario con todas sus facultades (art. 38 L.H.), y no puede admitirse la mera declaración contraria del arrendador. Siempre que, como es lógico, estuviese inscrito y que no apareciese en su inscripción la cláusula de renuncia.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7830.pdf>

- R. 11-7-2016.- R.P. NÁJERA.- **HIPOTECA: EJECUCIÓN: EN LA EJECUCIÓN JUDICIAL LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS PUEDE EXPEDIRSE AUNQUE LA HIPOTECA NO ESTÉ INSCRITA A FAVOR DE LA EJECUTANTE.- HIPOTECA: EJECUCIÓN: ES NECESARIA LA PREVIA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA EN FAVOR DEL EJECUTANTE QUE ADQUIRIÓ EL CRÉDITO.** Se trata de un decreto judicial de adjudicación en ejecución hipotecaria, del que resulta como parte ejecutante X, que se adjudica la finca, siendo así que la hipoteca está inscrita en favor de Y; en otro decreto se acuerda la subrogación de X en la situación procesal de Y, basada en un documento privado de compraventa de crédito hipotecario. Dice la Dirección que, así como es posible expedir la certificación de titularidad y cargas del procedimiento, por cuanto no es más que un trámite procesal que todavía no conlleva el cambio en la titularidad de la hipoteca o de la finca (R. 11-10-2013 y R. 5-5-2014), sin embargo «es necesario cumplir el tracto sucesivo en relación a la hipoteca cuando se pretenda inscribir cualquier vicisitud jurídica de trascendencia real en relación a la misma o a la ejecución de la finca derivada de ellas»; y el decreto de sucesión procesal no es suficiente para la inscripción en favor del ejecutante, ya que se basa en el contrato privado de compraventa celebrada y no altera el carácter privado

de ese documento; la necesidad de escritura pública se establece específicamente en el art. 149 L.H., y resulta también del principio general del art. 3 L.H., que, como ha repetido tantas veces la Dirección, al decir que los actos inscribibles deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, «no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse».

R. 11-7-2016 (Particular contra Registro de la Propiedad de Nájera) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7831.pdf>

- R. 11-7-2016.- R.P. PUNTA UMBRÍA.- **HIPOTECA: SUJECCIÓN A LA L. 2/2009 DE LA CONTRATADA PROFESIONALMENTE.- CALIFICACIÓN REGISTRAL: EL REGISTRADOR PUEDE TENER EN CUENTA DATOS QUE RESULTEN DE ORGANISMOS OFICIALES.** Reitera la doctrina de las R. 4-2-2015, R. 13-7-2015, R. 28-7-2015 y R. 31-5-2016.

R. 11-7-2016 (Particular contra Registro de la Propiedad de Punta Umbría) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7832.pdf>

- R. 11-7-2016.- R.P. FUENLABRADA Nº 3.- **DOCUMENTO JUDICIAL: NO PUEDE INSCRIBIRSE UNA SENTENCIA EN PROCEDIMIENTO NO SEGUIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.- DOCUMENTO JUDICIAL: MATIZACIÓN DE LA DOCTRINA DE S.T.S. (3.ª) 16-4-2013 EN PROCEDIMIENTO CIVIL.- REANUDACIÓN DEL TRACTO: NO PROCEDE POR SENTENCIA QUE DECLARA LA PROPIEDAD SI NO ESTÁN DEMANDADOS LOS TITULARES INTERMEDIOS.** Reitera en cuanto al tracto sucesivo la doctrina de otras varias resoluciones (ver, por ejemplo, R. 26-2-2014 y R. 1-3-2016); y en cuanto a la reanudación del tracto, la doctrina de las R. 9-12-2010, R. 11-5-2012, R. 15-10-2013 y R. 16-6-2015, declarando la improcedencia de la inscripción cuando no han sido demandados los titulares intermedios.

R. 11-7-2016 (Particular contra Registro de la Propiedad de Fuenlabrada-3) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7833.pdf>

- R. 12-7-2016.- R.P. ARONA.- **ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: DEBE DENEGARSE SI LA FINCA ESTÁ INSCRITA A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DEL DEMANDADO.- ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.** No puede inscribirse un mandamiento de embargo librado en un procedimiento dirigido contra «sucesores de don X, propietarios de Y, S.L.», por encontrarse las fincas inscritas a favor de persona distinta del ejecutado; lo impide el principio de tracto sucesivo contenido en el último párrafo del art. 20 L.H., trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva del art. 24 C.E. (ver R. 7-9-2005 y R. 23-11-2012); cuando el legislador quiere excepcionar la regla del tracto sucesivo lo establece expresamente, como ocurre en las causas criminales (en el citado párrafo del art. 20 L.H.) o en embargo al obligado tributario de acciones o participaciones en la sociedad titular sobre la que ejerza un control efectivo, siempre que en el mandamiento se justifique la relación de control (art. 170.6 L. 58/17-12-2003, General Tributaria); ciertamente existe la doctrina del levantamiento del velo (ver S. 17.12-2002, S. 16-5-2013 o S. 18-2-2016), «pero esa decisión sobre el levantamiento del velo, no puede tomarse al margen de un procedimiento civil entablado contra la propia sociedad titular del bien (cfr. arts. 24 C.E. y 1, 40 y 82 L.H.)».

R. 12-7-2016 (Comunidad de propietarios contra Registro de la Propiedad de Arona) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7835.pdf>

- R. 12-7-2016.- R.P. PUERTO DE SANTA MARÍA.- **URBANISMO: LA ADJUDICACIÓN HEREDITARIA DE FINCA POR MITADES INDIVISAS NO IMPLICA POR SÍ MISMA PARCELACIÓN.** Se debate «si, adjudicándose los dos únicos herederos en una partición hereditaria una finca no urbanizable por mitad y proindiviso, debe acreditarse la obtención de la correspondiente licencia urbanística de parcelación o declaración municipal de su innecesariedad, exigidas por el art. 66 L. 7/17-12-2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, para inscribir los actos que considera reveladores de una posible parcelación urbanística». Ese precepto se refiere, entre los actos reveladores de una posible parcelación urbanística, a las asignaciones entre diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble...; y añade la Dirección que «la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística»; pero en este caso «la transmisión se efectúa por título de herencia a los dos únicos

herederos que se la adjudican por mitad y pro indiviso, como los restantes bienes hereditarios; de este solo hecho no cabe deducir indicio alguno del que pueda extraerse la sospecha de una posible parcelación; [...] todo ello sin perjuicio de que la autoridad administrativa, utilizando medios más amplios que los que están al alcance del Registrador, pueda estimar la existencia o no de una parcelación ilegal».

R. 12-7-2016 (Particular contra Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María - 2) (B.O.E. 12-8-2016).

Reitera la doctrina de la R. 4-3-2013, en la línea de las R. 5-11-2013, R. 14-11-2013 y R. 25-6-2014; debe contrastarse con los supuestos en que sí se aprecian indicios de parcelación, como en R. 10-9-2015. <http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7836.pdf>

- R. 13-7-2016.- R.P. A CORUÑA Nº 2.- **HERENCIA: ES INSCRIBIBLE LA ADJUDICACIÓN EN CONCEPTO DE MEJORA GALLEGA DE FINCA EN COMUNIDAD POSGANANCIAL.** En una escritura «la otorgante, de vecindad civil gallega, ‘adjudica en concepto de mejora’ –sin entrega de bienes de presente– a su hijo, quien acepta, la totalidad –y no sólo en cuanto a la parte que pertenezca o pueda pertenecer a la mejorante– de una finca registral perteneciente a la sociedad de gananciales disuelta y aún no liquidada tras el fallecimiento de su consorte, en los términos y con los efectos del art. 206 L. 2/14-6-2006, de Derecho Civil de Galicia». Según el Registrador, «dada su ubicación sistemática en la L. 2/2006, ese precepto no es aplicable a los pactos sucesorios de mejora, siendo necesario, para poder practicar la inscripción, la previa liquidación de la ya disuelta sociedad de gananciales». Dice la Dirección que podría interpretarse que «el art. 1.380 C.c. como los arts. 205 a 207 L. 2/2006 son sólo aplicables cuando se trata de bienes gananciales, y no alcanzarían a los bienes de la comunidad posmatrimonial indivisa, de modo que el acto de disposición realizado por uno sólo de los cónyuges sería radicalmente nulo»; pero debe considerarse más ajustado a Derecho reconocer la validez de un legado de cosa perteneciente a la comunidad posganancial surgida tras la disolución del matrimonio (y cita las S. 11-5-2000, S. 28-5-2004 y R. 10-12-2012); siendo así, habría que aplicar por analogía el art. 1.380 C.c., que contempla la validez del legado de cosa ganancial y su efectividad; y concluye que «se tratará de una inscripción a favor del mejorado que pondrá de manifiesto una situación jurídica interina».

R. 13-7-2016 (Notario Enrique-Santiago Rajoy Feijoo contra Registro de la Propiedad de A Coruña - 2) (B.O.E. 15-8-2016).

La Dirección contempla las dos modalidades de disposición: la disposición de cosa ganancial por entero (art. 206) y la disposición del derecho que le corresponde al testador en la misma (art. 207). El art. 206 L. 2/2006, que es del que se trata, dice: Cuando se disponga de un bien por entero como cosa ganancial habrá de hacerse constar expresamente este carácter y la disposición producirá todos sus efectos si el bien fuera adjudicado a la herencia del testador en la liquidación de gananciales. Si ello no fuera así, se entenderá legado el valor que tuviera el bien en el momento del fallecimiento del testador.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7881.pdf>

- R. 13-7-2016.- R.P. CASTROPOL.- **HERENCIA: JUSTIFICACIÓN DE LA CONDICIÓN PUESTA A LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS.** La testadora instituyó herederos a aquel o aquellos de cuatro sobrinos nombrados que hubiese cuidado y atendido a la testadora hasta su fallecimiento, condición que se consideraría cumplida salvo prueba en contrario; ahora, dos de los herederos instituidos manifiestan haber sido los que han cumplido la condición y se adjudican la herencia sin intervención de los otros dos; se acompaña acta de notoriedad que declara «justificada la notoriedad pretendida por los requirentes en cuanto a la condición impuesta». El Registrador objeta que «no es posible que dos herederos designados en el testamento (habiendo sido llamados cuatro) puedan... decidir la eficacia o ineficacia de las condiciones impuestas a la institución de heredero». Dice la Dirección que «no hay designación de albaceas ni contadores-partidores, por lo que la única interpretación extrajudicial que se desprende de la voluntad del causante es la que hagan los herederos instituidos», y como señaló la R. 30-4-2014, «serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador y, a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los tribunales de Justicia». Sin embargo, parece admitir el acta de notoriedad con determinados requisitos; porque, tras recordar con la R. 16-4-2013 que «el notario no da fe de la verdad de ese hecho ni de la exactitud de su notoriedad sino que se limita a expresar un juicio sobre esa notoriedad», añade que el art. 80.2 R.H. la considera idónea para casos

similares; pero que, según art. 209.2.2 R.N., «se hace necesaria, al menos, una citación efectiva y fehaciente a los demás herederos interesados, [...] no se discute el valor de la notoriedad afirmada en el acta, sino la congruencia del juicio de notoriedad con los trámites legalmente exigibles del procedimiento seguido».

R. 13-7-2016 (Notaria Shadia Nasser García contra Registro de la Propiedad de Castropol) (B.O.E. 15-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7882.pdf>

- R. 14-7-2016.- R.P. VALENCIA Nº 1.- **PUBLICIDAD REGISTRAL: EL INTERÉS PARA LA CONSULTA DEL REGISTRO HA DE SER DIRECTO, CONOCIDO, LEGÍTIMO Y PATRIMONIAL.- PUBLICIDAD REGISTRAL: NO PUEDE DARSE PUBLICIDAD PARA FINALIDADES DISTINTAS DE LAS PROPIAS DE LA INSTITUCIÓN REGISTRAL.- PUBLICIDAD REGISTRAL: EL REGISTRADOR HA DE CALIFICAR EL INTERÉS LEGÍTIMO Y QUÉ DATOS HA DE INCLUIR O EXCLUIR DE LA INFORMACIÓN.- PUBLICIDAD REGISTRAL: DEBE PRESUMIRSE EL INTERÉS DEL TITULAR REGISTRAL EN SU PROPIA INSCRIPCIÓN.- PUBLICIDAD REGISTRAL: EN LA PEDIDA POR EL TITULAR REGISTRAL DEBEN SALVAGUARDARSE LOS DATOS PERSONALES DE OTRAS PERSONAS.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de otras resoluciones (ver por ejemplo, las R. 19-7-2012, R. 26-2-2013 y R. 30-5-2014). En este caso se solicitaba una copia simple literal de todo el historial de la finca por una abogada representante de la titular registral, «por no tener la escritura de propiedad», por lo que «procede estimar el recurso en lo referente a la negativa a expedir nota simple literal de la última inscripción de dominio en la que aparece como adquirente la interesada solicitante, y mantener la decisión [denegatoria] de la Registradora en cuanto a los demás derechos y cargas que pesan sobre la finca», para los que deben adoptarse «las debidas cautelas respecto de los datos personales de otras personas».

R. 14-7-2016 (Particular contra Registro de la Propiedad de Valencia-1) (B.O.E. 15-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7883.pdf>

- R. 14-7-2016.- R.P. ALCÁNTARA.- **RECURSO GUBERNATIVO: EL PLAZO DE INTERPOSICIÓN SE COMPUTA DESDE LA NOTIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN.- EXCESO DE CABIDA: EL ACTA NOTARIAL DE PRESENCIA Y NOTORIEDAD REQUIERE PUBLICACIÓN EN PRENSA CONFORME AL ART. 203.5 L.H.- EXCESO DE CABIDA: EL ACTA NOTARIAL DE PRESENCIA Y NOTORIEDAD REQUIERE NOTIFICACIÓN A LOS COLINDANTES.- EXCESO DE CABIDA: EL ACTA NOTARIAL DE PRESENCIA Y NOTORIEDAD REQUIERE APORTACIÓN DE PLANO.** 1. Recurso gubernativo.- La Dirección no estima que haya extemporaneidad en la interposición del recurso, por dos razones: omisión de la fecha en la nota de calificación, dato que «es determinante para entender realizada en plazo las preceptivas notificaciones señaladas en el art. 322 L.H.»; y omisión de la notificación de la calificación al notario autorizante, determinante también porque el plazo de un mes para la interposición del recurso se computa desde la fecha de la notificación de la calificación (art. 326 L.H.); aunque «la posibilidad de impugnar no se puede extender hasta el infinito y tiene sus límites derivados de los principios de seguridad jurídica y de buena fe (pueden verse sobre esta cuestión las S. 20-2-2008 y S. 17-11-2008)».

2. Exceso de cabida.- Se pretende la inscripción un exceso de cabida acreditado por acta notarial de presencia y notoriedad, a la que es aplicable la normativa anterior, según la disp. trans. única L. 13/2015:

– La Dirección aprecia la omisión de la publicación de un edicto en un periódico de gran circulación de la provincia (art. 203.5 L.H.): los destinatarios de la publicación son genéricamente cuantos puedan ostentar algún derecho sobre la finca; «por tanto, la pretensión del recurrente de que es innecesaria la publicación del edicto en un periódico de gran circulación de la provincia por haberse ya notificado a los titulares de fincas colindantes, debe ser desestimada».

– También reviste especial importancia la notificación a los titulares de fincas colindantes; pero en este caso resulta del acta que han sido notificados personalmente.

– En cuanto a la aportación de plano a la misma escala que obre en el Catastro, que exige el art. 53.10 L. 13/30-12-1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, debe ser un plano de situación, «sin que se exija una verdadera representación gráfica», y en el acta se incorpora certificación catastral descriptiva y gráfica, que se estima suficiente.

R. 14-7-2016 (Notario Andrés-María Sánchez Galainena contra Registro de la Propiedad de Alcántara) (B.O.E. 15-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7884.pdf>

- R. 14-7-2016.- R.P. AOIZ.- **FIDUCIA NAVARRA: LA ADQUISICIÓN IRREVOCABLE NO SE PRODUCE SIN SENTENCIA SI HAY OPOSICIÓN DEL DEUDOR.** «La cuestión que debe resolverse en el presente expediente es determinar si en una fiducia en garantía, constituida con arreglo a la ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra, es posible la adquisición irrevocable por el fiduciario, por la simple mora del deudor o, por el contrario, si consta en el Registro la oposición del deudor por la presentación de unas declaraciones del mismo, no cabe esa adquisición irrevocable». Dice la Dirección que el «que sea plenamente admisible en el Derecho navarro la fiducia ‘cum creditore’ y el pacto comisorio, no significa que, existiendo oposición por parte del deudor, dichas garantías tengan plena eficacia automática en el ámbito extrajudicial; [...] para que surtan eficacia dichas garantías se exige como primera premisa que el deudor haya incumplido su obligación; [...] existiendo oposición por parte del deudor respecto del hecho del incumplimiento, compete a la autoridad judicial declararlo así»; en ese caso sí, «la fiducia ‘cum creditore’ y el pacto comisorio desplegarán toda su eficacia, de manera que el acreedor devendrá propietario definitivo del bien dado en fiducia, sin necesidad de proceder a un proceso de ejecución dineraria sobre bienes inmuebles».

R. 14-7-2016 (Cinatron Internacional, S.L.U., contra Registro de la Propiedad de Aoiz-1) (B.O.E. 15-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7885.pdf>

- R. 14-7-2016.- R.P. ÁLORA.- **CALIFICACIÓN REGISTRAL: NO PUEDE PRACTICARSE UNA INSCRIPCIÓN PARCIAL DESNATURALIZANDO EL NEGOCIO CELEBRADO POR LAS PARTES.- SERVIDUMBRE: IMPOSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN PARCIAL DE FACULTADES INTERRELACIONADAS.** Se pretende la inscripción un derecho real de servidumbre de saca de aguas, de acueducto subterráneo, de conducción de energía eléctrica y de paso de personas y maquinaria para su mantenimiento. El recurrente manifiesta su conformidad con el defecto relativo a la necesidad de previa constatación registral del derecho de aprovechamiento de aguas, pero pide la inscripción parcial del documento, solamente en la parte no relacionada con la saca de aguas. La Dirección señala que los arts. 19 bis L.H. y 434 R.H. contemplan la posibilidad de practicar la inscripción parcial en virtud de solicitud del interesado; pero reitera su doctrina «de que el Registrador ha de atenerse a lo querido por las partes en el documento presentado, sin poder actuar de oficio ni practicar asientos distintos de los solicitados (R. 13-1-1995, R. 17-3-2004, R. 19-4-2004, R. 20-7-2006 y R. 26-7-2007); [...] tiene que denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento si entiende que las cláusulas que no deben acceder al Registro inciden en el total contexto pactado por las partes, pero lo que no puede hacer es alterar su contenido (...) inscribiendo lo que las partes no estipularon en la escritura pública» (R. 18-4-1994); en definitiva, «no puede desnaturalizar el negocio que ha sido celebrado por las partes» (R. 13-2-2012). En el caso concreto, si bien las diversas facultades concedidas «pudieran tener entidad para constituir servidumbres independientes, no quedan determinadas de tal modo en el título, [...] no contiene el documento la constitución de cuatro derechos reales de servidumbre distintos, sino uno solo, resultando improcedente practicar la inscripción parcial pretendida, puesto que todas ellas tienen como causa única la saca/extracción de agua».

R. 14-7-2016 (Particular contra Registro de la Propiedad de Álora) (B.O.E. 15-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7886.pdf>

- R. 15-7-2016.- R.P. SAN FERNANDO DE HENARES.- **RECURSO GUBERNATIVO: EL RECURSO POR FALTA DE PRESENTACIÓN DEBE PLANTEARSE ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL.- BIENES PÚBLICOS: LA RECUPERACIÓN DE OFICIO DE LA POSESIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN NO ES INSCRIBIBLE.- BIENES PÚBLICOS: LA ANOTACIÓN DE DEMANDA POR LA ADMINISTRACIÓN REQUIERE PROVIDENCIA JUDICIAL.** Se solicita «la inscripción y/o anotación de un acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento, de recuperación de oficio del espacio público denominado Plaza de España que se halla integrado en el complejo inmobiliario formado por dos fincas registrales» (la finca había sido aportada por el Ayuntamiento a una sociedad, actualmente en concurso en fase de liquidación, en el que se ha autorizado la venta de las fincas, y en el que Ayuntamiento ha interpuesto demanda incidental en la que alega que se trataba de bienes de dominio público y, como tales, inalienables). «La Registradora deniega la extensión del asiento de presentación de la citada instancia ya que por su naturaleza, contenido y finalidad no puede provocar operación registral alguna».

– La Dirección, en primer lugar, reitera que «la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación» (ver R. 11-2-2008, R. 14-7-2012 y R. 20.11-2013).

– En cuanto al fondo del asunto, dice que no queda claro en la certificación municipal si lo que se pretende es la recuperación de la posesión o la recuperación del dominio: La recuperación de oficio de la posesión (arts. 41.1.c, 55 y 56 L. 33/03.11-2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, 68 R.D. 1.373/28-8-2009, su Reglamento, 82 L. 7/02-4.1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y 44, 70 y 71 R.D. 1372/13-6.1986, Reglamento de Bienes de las Entidades Locales) es una especie de «interdicto administrativo» para que la Administración recupere, por sí misma y sin necesidad de acudir a la tutela judicial, la posesión que ha sido objeto de perturbación o despojo (ver S. 23-3-1999 y S. 03-3-2004); pero según el art. 5 L.H., los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles (ver R. 19-12-2006 y R. 8-7-2013, entre otras). Si lo que se pretende es la recuperación del dominio, la Administración no tiene la misma prerrogativa, por lo que «lo procedente es que se solicite, junto con la demanda, su anotación preventiva», que requiere providencia judicial (art. 43 L.H.). En cualquiera de los dos casos, es correcta la actuación de la Registradora de denegar el asiento de presentación.

R. 15-7-2016 (Ayuntamiento de San Fernando de Henares contra Registro de la Propiedad de San Fernando de Henares) (B.O.E. 15-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7887.pdf>

- R. 15-7-2016.- R.P. VILLACARRILLO.- **HIPOTECA: CONSTITUCIÓN: LA EXPRESIÓN MANUSCRITA SOBRE RIESGOS NO ES EXCUSABLE POR CLÁUSULA SUELO DE CERO.** Se trata de una escritura de préstamo hipotecario entre una entidad de crédito y personas físicas; la finca gravada es una vivienda que se va a destinar a su domicilio habitual; en la cláusula de interés variable consta que si el tipo de referencia resultase inferior a 0, «en ningún caso se devengarán intereses favorables para la parte prestataria»; se plantea si es necesaria la expresión manuscrita por parte del deudor de comprender los riesgos que asume en presencia de dicha cláusula, expresión a que se refiere el art. 6 L. 1/14-5-2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (por estipularse variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza). La Dirección no acepta la alegación del notario recurrente de que un préstamo con interés negativo dejaría de ser un préstamo para convertirse en otro contrato (tal vez de depósito retribuido), aunque admite que es posible interpretar la cláusula en el sentido de que «existirán unos periodos del préstamo en los que el contrato devengará intereses y otros en los cuales no concurrirá tal devengo, posibilidad que se infiere del art. 1.740 C.c.»; pero, «concurriendo todos los presupuestos de aplicación del art. 6 L. 1/2013, [...] y, por otro lado, constatarse una limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés pactada, aunque sea por la vía del no devengo, sin concurrir un límite equivalente de variabilidad al alza», desestima el recurso.

R. 15-7-2016 (Notario Gonzalo Largacha Lamela contra Registro de la Propiedad de Villacarrillo) (B.O.E. 15-8-2016).

La Dirección reconoce que «de ‘lege ferenda’ el control de transparencia debería entenderse cumplido con la manifestación expresa por parte del notario de haberse cumplido con las exigencias informativas y clarificadoras impuestas por la regulación sectorial, de que la cláusula es clara y comprensible y de que el consumidor ha podido evaluar directamente, basándose en criterios y explicaciones comprensibles, las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo derivadas de las cláusulas contractuales predisuestas».

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7888.pdf>

1.4. REGISTRO MERCANTIL. *Por Pedro Ávila Narvarro, Registrador Propiedad.*

- R. 4-7-2016.- R.M. VALENCIA.- **SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS: LOS ACUERDOS IMPUGNABLES SON SUSCEPTIBLES DE SUBSANACIÓN.** Se debate sobre si es posible la convalidación de unos acuerdos sociales de fusión declarados nulos por una sentencia. El Registrador entiende que «los acuerdos viciados de nulidad absoluta o radical, no son susceptibles de confirmación, ratificación o convalidación alguna, pues de tal ineficacia adolecen los que contravienen una norma imperativa o prohibitiva (arts. 6.3 y 1.310 C.c.)». La Dirección reitera la doctrina de la R. 30-5-2013, con reiteración también de las S. 23-2-2012 y S. 18-10-2012, y además ahora a la vista de las novedades introducidas por la L. 31/3-12-2014, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, y admite

la convalidación del acuerdo: con la S. 12-6-2008, dice que «no es transportable a las causas de nulidad de la L.S.A. el precepto del art. 6.3 C.c, ni las contravenciones legales tienen todas la misma entidad y efectos (...) en todo caso la doctrina jurisprudencial viene recomendando ‘extrema prudencia y criterios flexibles’ en la aplicación de la nulidad radical (S. 28-5-2001 y S. 2-2001, entre otras)».

«La novedad más relevante de tal reforma es haber eliminado la distinción entre acuerdos nulos y anulables, [...] de modo que ahora solo hay acuerdos impugnables, y para todos el plazo de caducidad ha quedado fijado en un año, con una única salvedad respecto de los acuerdos contrarios al orden público, que ni caducan ni prescriben; [...] cuestión diferente es la relativa a los que, tradicionalmente caracterizados como inexistentes, no pueden sobrevivir con el paso del tiempo, toda vez que nunca se ha dudado que un acuerdo inexistente, por ejemplo un acuerdo ‘inventado’ o simulado absolutamente, es un acuerdo cuya impugnación no caduca (piénsese en acuerdos adoptados en sedicentes juntas universales)»; lo mismo que antes, el art. 204.2.1 L.S.C. establece que no procede la impugnación cuando el acuerdo social haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación; pero en cambio, cuando se hubiera hecho después de interpuesta la demanda, dice ahora que el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto, «rectificándose así [...] el criterio jurisprudencial anterior»; obsérvese que «la norma considera el supuesto de la subsanación diferente al de la sustitución del acuerdo impugnado por otro (art. 204.2 L.S.C.), y lo hace porque conceptualmente son diferentes, ya que la subsanación no supone necesariamente la desaparición del acto impugnado, sino de la causa de impugnación, aunque el efecto será el mismo: subsanada la causa de impugnación (por ejemplo, un requisito de forma), el proceso termina».

Debe observarse que, aunque el caso es anterior a la reforma de 2014, dice la Dirección que «el sentido y líneas maestras de ésta ya latían en previos y anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo y en resoluciones de esta Dirección General, por lo que no se ve qué razón puede haber para apartarse ahora de tales criterios, claramente sancionados por una reforma legislativa».

Los anteriores argumentos quedan reforzados por tratarse de un acuerdo de fusión (la Dirección cita los arts. 47.1 L.M.E., 17 Dir.CE 56/26-10-2005, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital; art. 30 Rto.CE 2157/8-10-2001, del Consejo, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y Dir.U.E. 35/5-4-2011, que reitera la 3.ª Dir.CEE 855/9-10-1978/855, del Consejo).

R. 4-7-2016 (Urbem, S.A., contra Registro Mercantil de Valencia) (B.O.E. 9-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7667.pdf>

- R. 7-7-2016.- R.M. BURGOS.- **REGISTRO MERCANTIL: EL CIERRE POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS NO SE APLICA AL TÍTULO PREVIO A LA DISOLUCIÓN.** Están presentadas en el Registro Mercantil una escritura de aumento de capital y otra de disolución de la sociedad; el Registrador entiende que no puede despachar la primera porque el Registro está cerrado por falta de depósito de cuentas (arts. 282 L.S.C. y 378 R.R.M.), ni la segunda, por no coincidir la cifra de capital que consta en el pasivo del balance con la cifra de capital que figura inscrita (al no haberse inscrito el aumento de capital). La Dirección entiende que, estando exceptuada de la sanción de cierre la disolución de la sociedad y el nombramiento de liquidadores, debe aplicarse la doctrina de la R. 20-9-2001, en el sentido de que, «una vez realizada la liquidación, carece de sentido condicionar el reflejo registral de la extinción de la sociedad al cumplimiento de una exigencia prevista para la situación en que la sociedad se encuentre viva», y, «si bien el cierre del Registro Mercantil por falta del depósito de cuentas se aplica a la ampliación de capital, debe exceptuarse el caso en que sea título previo para la inscripción de otro título posterior del que no se produce el cierre, como es el caso».

R. 7-7-2016 (Notario Fernando Puente de la Fuente contra Registro Mercantil de Burgos) (B.O.E. 9-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/09/pdfs/BOE-A-2016-7674.pdf>

- R. 1-7-2016.- R.M. MADRID.- **SOCIEDAD LIMITADA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS: ANOTACIÓN DE SUSPENSIÓN DE ACUERDO DE LA JUNTA Y ADOPCIÓN DEL ACUERDO POR EL CONSEJO.** En la hoja de la sociedad aparece anotada una demanda de impugnación de los acuerdos de la junta general, con medidas cautelares, entre ellas «... se abstengan de inscribir los acuerdos suspendidos y de tramitar el cambio de domicilio de la sociedad a la provincia de Madrid...»; se presenta ahora una escritura elevación a público del acuerdo

del consejo de administración de traslado de domicilio a Madrid. La Dirección, tras fijar la aplicación de los arts. 726 y 727 L.E.C. (por remisión de los arts. 207 y 208 L.S.C.), y la amplitud de las posibles medidas cautelares (anotación preventiva de demanda, suspensión de los acuerdos impugnados...; ver también arts. 155 a 157 R.R.M.), dice que, ciertamente, «no puede atribuirse a la misma [anotación] más alcance que aquél que le es propio y el que, en su caso, se deriva de sus pronunciamientos», pero deben tenerse en cuenta los distintos motivos de impugnación, y en este caso el motivo conduce a la desestimación del recurso: «Por ejemplo, si la impugnación de los acuerdos de la junta general se basa en defectos formales de convocatoria de la junta o en defectos que tengan como consecuencia que no se ha constituido válidamente dicha junta, ningún obstáculo debería impedir para que se inscribiera otro acuerdo adoptado por el consejo de administración si éste es competente para ello, como es el traslado de domicilio social conforme al art. 265 L.S.C.; pero cuestión distinta sería si la impugnación se basara en una lesión del interés social, es decir cuando el acuerdo, tal y como expresa el art. 204.1.2 L.S.C., se impone de manera abusiva por la mayoría, en su propio interés y en detrimento injustificado de los demás socios, pues, si de este caso se tratara, el acuerdo suspendido parece evidente que no podría ser sustituido por otro, provenga del mismo órgano o de otro que fuera competente por razón de la materia; [...] el juzgador, al ordenar la suspensión de los acuerdos sociales, ha tenido en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el supuesto, bajo la consideración de que la deslocalización del domicilio de la sociedad pudiera ocasionar daños difícilmente reparables a los socios impugnantes...».

R. 1-7-2016 (Promociones Almonte 2000, S.L., contra Registro Mercantil de Madrid) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7815.pdf>

- R. 5-7-2016.- R.M. MADRID.- **SOCIEDAD LIMITADA: JUNTA: LOS 15 DÍAS DE ANTELACIÓN PARA CONVOCATORIA SE COMPUTAN INCLUYENDO EL DÍA INICIAL.** El Registrador suspende la inscripción de unos acuerdos de la junta general porque no ha transcurrido el plazo de quince días establecido en el art. 176 L.S.C. La Dirección reitera en el sentido indicado la doctrina de otras resoluciones (ver, por ejemplo, R. 1-6-2000, siguiendo la doctrina sentada por las S. 29-3-1994 y S. 21-11-1994: día inicial, el correspondiente al de publicación de la convocatoria social, excluyéndose el de la celebración de la junta). «Y, al haberse adoptado el acuerdo debatido por socios titulares de participaciones que representan únicamente el 50% del capital social, no cabe la posibilidad de que todos los socios hubieran decidido celebrar válidamente la junta general a pesar de la indicada infracción».

R. 5-7-2016 (Gluck Von K., S.L., contra Registro Mercantil de Madrid) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7820.pdf>

- RR. 6-7-2016.- R.M. PONTEVEDRA.- **SOCIEDAD LIMITADA: CUENTAS: SUBSISTE LA OBLIGACIÓN DE PRESENTACIÓN Y AUDITORÍA EN FASE DE LIQUIDACIÓN EN CONCURSO.** «Se debate en este expediente la cuestión de si, estando una sociedad obligada a auditar sus cuentas, una vez abierta la fase de liquidación y declarada su disolución en un proceso concursal, sigue siendo exigible que sus cuentas estén debidamente auditadas, así como que se acompañe la correspondiente certificación de que las cuentas presentadas se corresponden con las auditadas». Dice la Dirección que «es claro que aunque una sociedad sea declarada en concurso de acreedores, subsiste la obligación de auditar sus cuentas» (puede verse el art. 46.2 L. 22/9-7-2003, Concursal); y, como dijo la R. 26-5-2009, «no es cierto tampoco que una vez abierta la fase de liquidación decae la obligación de auditar las cuentas; este Centro Directivo ha señalado con reiteración que subsiste la obligación de auditoría de las cuentas en fase de liquidación, y ello, dada la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste en tanto no se haya procedido al reparto del activo sobrante entre los socios y, una vez extinguida, a la cancelación de sus asientos en el Registro Mercantil»; y de todo esto se sigue «la necesidad de incorporar la certificación acreditativa de que las cuentas se corresponden con las auditadas» (art. 366.1.7 R.R.M.)».

R. 6-7-2016 (Nieto Ares, S.L., contra Registro Mercantil de Pontevedra) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7823.pdf>

R. 6-7-2016 (Nieto Ares, S.L., contra Registro Mercantil de Pontevedra) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7824.pdf>

El recurrente cita una resolución de consulta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, pero

advierte la Dirección que esa resolución ha quedado sin efecto por la Res. ICAC 18-10-2013, que en esta materia considera aplicables a la sociedad en liquidación por concurso las normas generales de la legislación mercantil.

- R. 8-7-2016.- R.M. BADAJOZ.- **SOCIEDAD LIMITADA: REDUCCIÓN DE CAPITAL: IMPOSIBILIDAD DE REDUCCIÓN POR PÉRDIDAS CUANDO HAY BENEFICIOS.** Se trata de una «reducción de capital (de 784-00 euros a cero) para restablecer el equilibrio entre el mismo y el patrimonio contable disminuido como consecuencia de pérdidas, con el simultáneo aumento del capital (a 3-00 euros), cuando del balance utilizado a tal fin resulta la existencia de una partida positiva ('Resultados del ejercicio' por 109.341 euros)». La Dirección reitera en el sentido indicado la doctrina de las R. 17-4-2000, R. 28-2-2007 y R. 2-3-2007 (ver también R. 31-8-1993 y R. 23-11-1992), basada ahora en los arts. 322 y 323 L.S.C.; y no acoge el argumento del recurrente de que «los resultados del ejercicio en curso que arroja el balance que en este caso sirve de base al acuerdo tienen carácter provisional, a reserva de que subsistan al cierre del ejercicio, [...] porque] son beneficios de la sociedad, que tienen en esencia la misma naturaleza que las reservas en sentido estricto aun cuando no aparezcan contabilizados como tales» e impiden la reducción del capital para compensar pérdidas en en tanto no se compensen con aquéllas (art. 322.1 L.S.C.).

R. 8-7-2016 (Novasoft Wifi Extremadura, S.L.U., contra Registro Mercantil de Badajoz) (B.O.E. 12-8-2016).
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7829.pdf>

La Dirección insiste, con aquellas anteriores resoluciones, en la necesidad de evitar que «se lesionen las legítimas expectativas e intereses de socios y acreedores, [...] riesgo que también existe cuando tal reducción tan sólo persigue el restablecimiento del equilibrio entre aquél y el patrimonio, pues, si bien en este caso el activo social no varía, sí que posibilita que se puedan distribuir los beneficios futuros entre los socios, en lugar de ir destinados necesariamente a cubrir las pérdidas acumuladas (cfr. art. 273.2 L.S.C.)»; pero obsérvese que en este caso el riesgo era de distribuir los «resultados del ejercicio» sin más que restarles los 3-00 euros en que quedaba la cifra de capital.

- R. 11-7-2016.- R.M. ZAMORA.- **SOCIEDAD LIMITADA: CUENTAS: NO PUEDEN DEPOSITARSE SIN INFORME DEL AUDITOR PEDIDO POR LA MINORÍA. SOCIEDAD LIMITADA: CUENTAS: NO PUEDE INSCRIBIRSE EL NOMBRAMIENTO DE AUDITOR POR EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE HA PEDIDO POR LA MINORÍA.** En el Registro Mercantil aparecen dos inscripciones de auditor de cuentas, una en expediente de nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario, y otra posterior del auditor nombrado por acuerdo de la junta general, universal y unánime; se presentan las cuentas auditadas por el segundo. La Dirección confirma la calificación registral, de que sólo cabe practicar el depósito de las cuentas en virtud del informe del primer auditor: «Practicada la inscripción del nombramiento a instancia de la minoría en el Registro Mercantil, no procede el nombramiento de otro voluntario, y menos su inscripción (ver S. 9-3-2007 y varias resoluciones, por ejemplo, R. 18-4-2016); por tanto, es necesario acompañar el informe de verificación del auditor nombrado por el Registrador; y tampoco puede entenderse lo que pretende el recurrente, que la inscripción del nombramiento de auditor efectuado por acuerdo de la junta general implique cancelación de oficio posterior del expediente de solicitud de auditor de cuentas formulado por el socio minoritario, «pues los asientos registrales sólo podrían ser cancelados de oficio expresamente y en los supuestos legalmente previstos, amén del supuesto de revocación de auditor previsto en el art. 266 L.S.C.».

R. 11-7-2016 (Hisaplano Bricks, S.L., contra Registro Mercantil Zamora) (B.O.E. 12-8-2016).
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7834.pdf>

- R. 12-7-2016.- R.M. BARCELONA.- **RECURSO GUBERNATIVO: SÓLO PROCEDE CONTRA LA NOTA DE SUSPENSIÓN O DENEGACIÓN, NO CUANDO SE PRACTICA EL ASIENTO.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de otras muchas resoluciones; en este caso se trataba de una presentación de cuentas calificada como defectuosa y cuyo asiento de presentación se había cancelado por caducidad, sin que, según el recurrente, se le hubiesen notificado los defectos. Sin perjuicio de afirmar «la obligatoriedad de notificar fehacientemente las calificaciones negativas por los Registradores mercantiles en materia de depósitos de cuentas», la Dirección reitera que «el recurso contra la calificación negativa del Registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados [la cancelación del asiento de presentación] y que, hayan sido o no extendidos con acierto, quedan desde entonces bajo la salvaguardia de los tribunales».

R. 12-7-2016 (Produccions Educats Montmeló, S.L., contra Registro Mercantil de Barcelona) (B.O.E. 12-8-2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7837.pdf>

2. RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL D.O.G.C.

RECURSOS GUBERNATIVOS.

2.1. REGISTRO DE LA PROPIEDAD. *Por María Tenza Llorente, Registradora de la Propiedad.*

- R. 1.851/2016.- 21-6-2016.- R.P. MANRESA nº 4.- **RABASSA MORTA: CANCELACIÓN POR PRESCRIPCIÓN. DISPOSICIÓN TRANSITORIA 12.ª LIBRO V.** En cuanto a la necesidad de rogación para la inscripción parcial del documento, como la existente en este caso, aunque no se pronuncia la Direcció, es doctrina reiterada que por imperativo del principio de rogación es preciso que se solicite por el interesado o presentante bien en el documento presentado, bien en instancia posterior, en virtud de lo dispuestos por los arts. 6, 19.bis y 323 de la L.H. (así, F.D. Segundo de la R.D.G.R.N. de 10-4-2014 con cita de la de 28 de febrero de 2014).

Por lo que respecta al informe, su importancia se pone de relieve al indicar la falta de referencia en el mismo del defecto relativo a la identificación de las fincas como una de las causas que permiten entender que éste no es mantenido, de conformidad con el art. 327 párrafo seis de la L.H. El F.D. Tercero de la R. 3-3-2016 de la Dirección General revela, entre otras muchas, la importancia del informe que, si bien no puede añadir nuevos defectos, sí puede aportar nuevos datos y argumentos en defensa de la nota. La Resolución de la Direcció General de Dret 1.855/2016, de 21 de junio (F.D. 2.1) también se hace eco de la relevancia no meramente procedimental o de trámite, del informe.

En cuanto al fondo, la Direcció efectúa un exhaustivo análisis sobre el concepto y naturaleza de la rabassa morta, pero destaca el carácter casuístico de la materia. Además de las posturas que defienden que se trata de un arrendamiento o de una subespecie de censo, existen pronunciamientos, sin embargo, que incardinan este derecho en un tertium genus, como el sostenido por la S.A.P.B. (Sección 11.ª) de fecha 15-11-2000, reiterado por esa misma Sección en la S. 11-1-2001 (F.D. Tercero). En cualquier caso, materia concreta de cancelaciones de dichos derechos, la D.T. 12 párrafos 2, 3 y 4 determina el régimen de la cancelación registral de las *rabasses mortes* existentes. Con carácter general y teniendo en cuenta la tendencia ya iniciada por la L. 6/1990, de 16 de marzo, la entrada en vigor de la L. 5/2006 supuso una aclaración en cuanto al régimen de cancelación de estos derechos, al declarar innecesaria la tramitación del expediente de liberación de gravámenes, ya que con anterioridad la remisión a la legislación hipotecaria suscitó dudas interpretativas en orden a su aplicación para la cancelación de los censos, como pone de manifiesto la existencia de la R. 5-11-1991, del T.S.J., que lo entendía necesario, frente a la S.A.P. de Barcelona de fecha 20-1-1992 o la el Auto del Presidente del T.S.J. de Cataluña de 25-7-1999. La necesidad de que el titular de cualquier derecho sobre la finca inste expresamente la cancelación, como en el presente caso, viene impuesta por el art. 82.5 de la L.H., que es una manifestación del principio de rogación registral. Por otra parte, la aplicación del art. 353.3 del R.H. no es procedente puesto que el mecanismo de rogación presunta que prevé al entender solicitada la cancelación por el solo hecho de practicar un asiento o de solicitar una certificación opera sólo en casos de caducidad del derecho, no de prescripción.

Por último, conviene tener en cuenta en materia de cancelación de estos derechos la nueva redacción del art. 210.1 regla octava párrafo tercero de la L.H., que establece que a instancia de persona con interés legítimo, los asientos relativos a censos, foros y otros gravámenes de naturaleza análoga, establecidos por tiempo indefinido, podrán ser cancelados cuando hayan transcurrido sesenta años desde la extensión del último asiento relativo a los mismos. La finalidad de esta regla es la eliminación de cargas y la desjudicialización de los expedientes previstos tradicionalmente en la L.H. para la liberación de gravámenes, como indica el apartado IV del Preámbulo, ya que prescinde de cualquier tipo de expediente judicial para la cancelación. La D.A. Cuarta deja no obstante a salvo las previsiones que puedan contener las leyes especiales como la catalana, pero aún así, en el caso expuesto podría haberse citado como apoyo a la cancelación de estos derechos.

Como conclusión, si de los asientos del Registro resulta calificable un derecho como rabassa morta y habiendo transcurrido los términos previstos en la D.T. 12, cabe su cancelación por prescripción, la cual opera aunque existan adquirentes posteriores.

http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/AppJava/PdfProviderServlet?documentId=750598&type=01&language=es_ES

- R. 1.852/2016.- 21-6-2016.- R.P. PALAMÓS.- **CENSOS: COMISO DE FINCA. DERECHO INTERTEMPORAL. CALIFICACIÓN DOCUMENTOS JUDICIALES.** La aplicación de Derecho intertemporal ha sido abordada en algunas Resoluciones. Así, por lo que respecta a la prohibición de usos turísticos, la R. JUS 2.438/2015, de 15 de octubre rechaza la aplicación de la nueva redacción del Libro V operada por la L. 5/2015, de 13 de mayo, pues no estaba en vigor al tiempo de la adopción del acuerdo ni de la calificación. En este caso, en cambio, la existencia de Disposiciones Transitorias origina una solución distinta.

En lo que respecta a los censos, la R. JUS/1.357/2014, de 12 de junio, citada por la Direcció, concluye que el censo no está vigente, por lo que no cabe practicar operación registral alguna en relación a los mismos (F.D. Segundo). En el caso resuelto, la constancia de un domicilio a efectos de notificaciones de un censo materialmente extinguido. La consecuencia de esta doctrina es también objeto de exégesis por la R. JUS/1.229/2015, de 14 de mayo, para confirmar la nota de calificación desfavorable en un caso análogo. Por su parte, la R. JUS/451/2015, de 4 de marzo parte también del criterio de la extinción censo estaba materialmente extinguido, *ope legis*. De todos estos pronunciamientos cabe colegir que, con independencia de la naturaleza de la operación registral solicitada, no cabe su práctica aunque no conste formalmente cancelado.

Por otra parte, en lo que respecta a la herencia yacente y los herederos ignorados, aun no considerando necesario su nombramiento porque el concreto supuesto de hecho implicaba la denegación del asiento, considera justificada su exigibilidad y su necesidad estriba en el hecho de que la calificación ha de ser global y unitaria, lo cual imponía que el Registrador considerara imprescindible su nombramiento. En cuanto a la evolución doctrinal de la intervención de la herencia yacente en el procedimiento, la Dirección General de los había exigido, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo (art. 20 de la L.H. y 166.1 del R.H., por analogía), el nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente, en procedimientos judiciales seguidos contra herederos indeterminados del titular registral (arts. 790 y siguientes de la L. 1/2000, de 7 de enero), para evitar indefensión, con vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución). Sin embargo, con posterioridad se ha aclarado, para adecuar esa doctrina a los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia (véase, por todas, las Resoluciones de 27-7-2010 y 10-1-2011) que la exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Así, entre otras muchas, se pronuncian las RR. 25-2-2015 y R. 5-3-2015 y 29-4-2015 o 17-7-2015, F.D. Tercero, 19-9-2015 o 22-10-2015 y 1-3-2016. La Dirección General de Derecho mantiene una postura acorde a esta doctrina.

En resumen, no cabe inscribir el comiso de una finca sobre la que pesa un censo materialmente extinguido y sólo puede entenderse válidamente emplazada la herencia yacente mediante un defensor judicial de no existir persona legitimada pasivamente.

http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/AppJava/PdfProviderServlet?documentId=750618&type=01&language=es_ES

- R. 1.853/2016.- 21-6-2016.- R.P. SALOU.- **EXTINCIÓN DE PAREJA DE HECHO: CONTENIDO DEL CONVENIO REGULADOR. OBJETO DEL RECURSO GUBERNATIVO.** En materia de procedimiento, la Direcció General de Dret sigue las pautas interpretativas que limitan su objeto a las cuestiones directamente relacionadas con la calificación del Registrador y rechaza cualesquiera otras basadas en documentos no aportados en tiempo y forma. Así se pronuncia, entre otras muchas, la R. 3-3-2014 (F.D. Segundo, dictada en materia mercantil) y a diferencia de otros casos, como el resuelto por la R. 8-7-2013 (F.D. Tercero).

En cuanto al fondo, cabe hacer una remisión al comentario de la R. 26-11-2015. El Derecho civil catalán parte la equiparación de contenidos entre el convenio regulador de ruptura matrimonial y el de extinción de pareja estable pues tiene en cuenta el principio general de que la familia disfruta de protección jurídica

sin discriminación (art. 231.1 de la L. 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del C.C. de Cataluña). En este supuesto de hecho, en cambio, el matiz diferencial estriba en que se trata de una transmisión entre distintos patrimonios, no de una disolución de condómino, no amparada por tanto en ninguno de los preceptos legales, ni siquiera en el art. 234.6.4 del C.C., en redacción vigente tras la reforma operada por L. 6/2015, de 13 de mayo.

En relación con la posibilidad de inscribir bienes privativos, en sede de crisis matrimonial, a favor del otro miembro de la pareja, el Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en R. 24-11-2015. En ese caso se trataba de una sentencia por la que se aprobaba el convenio regulador en un en el que se adjudicaba a uno de los cónyuges una finca privativa que había constituido la vivienda habitual del matrimonio y cuya adquisición ha sido financiada con préstamos hipotecarios satisfechos de forma prácticamente íntegra durante la vigencia de la sociedad de gananciales, por lo que la considera inscribible, después de efectuar un largo *excursus* sobre la interpretación de esta materia. Esta posibilidad aparece abierta en la Resolución comentada, a tenor de sus consideraciones finales, donde hace referencia a la naturaleza del bien y una eventual causalización como hipótesis diferentes a la aquí planteada.

En resumen, no es inscribible un acuerdo derivado de una extinción de pareja de hecho aprobado judicialmente por el que se articula una transmisión de una finca de uno de sus miembros al otro.

http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/AppJava/PdfProviderServlet?documentId=750619&type=01&language=es_ES

- R. 1.855/2016.- 21-6-2016.- R.P. BARCELONA Nº 22.- **DISOLUCIÓN PARCIAL DE COMUNIDAD: ADMISIBILIDAD. CAUSA.** El acrecimiento de cuota a favor de un comunero y, en definitiva, la reducción del número de estos, ha sido tratada por la Direcció General de Dret para el caso de renunciaciones abdicativas. Así, la R. 19-7-2012 (O. JUS/1.622/2012) entiende que la mencionada renuncia produce un doble efecto: por una parte, supone la extinción del derecho del copropietario renunciante y por otra, el acrecimiento del derecho de los copropietarios. Por su parte, la Resolución de la Direcció JUS 975/ 2015 de 22-4-2015 afirma, para un caso de titular de derecho de aprovechamiento por turno, que la renuncia de una cuota de un derecho que se ostenta en comunidad ordinaria produce un acrecimiento automático, sin que requiera el consentimiento de los demás cotitulares, sin perjuicio de su derecho a renunciar a la cuota vacante.

Más concretamente, la extinción parcial de condominio ha sido tratada por la D.G.R.N. en algunas RR. 11-11-2011, en que cuatro hermanos dueños, cada uno de ellos, de una quinta parte indivisa de una finca rústica. En la parte dispositiva, acuerdan que la quinta parte que corresponde a uno de ellos se adjudique, por terceras e iguales partes, a los otros tres, compensando cada uno de ellos al cedente una cantidad, el Centro Directivo rechaza que se trate de una auténtica disolución de comunidad, que sólo puede existir en el caso de que se adjudique a uno de ellos. Aduce además que tampoco aparece contemplada en el C.C. (fundamentos de Derecho tercero y cuarto) y sienta el criterio de que una disolución de condominio o es total o *no es tal* (F.D. Sexto), de modo que la reducción del número de comuneros no se sería un acto de naturaleza especificativa o determinativa sino traslativa. Esta calificación incide en cuestiones tales como el art. 34 de la L.H., como destaca la Registradora en este recurso, como en materia de capacidad, rescisión por lesión o revocación de donaciones entre otros. Por su parte, en cambio, las RR. 3-3-2006 y, a modo de obiter, la de 9-12-2011 habían admitido disoluciones de condominio que se alejan de la postura del pronunciamiento comentado, pues son favorables a la articulación de la liquidación adjudicando a un condeño la nuda propiedad y a otra el usufructo, como de hecho contempla el art. 552.11.3 del C.C. catalán, citando como apoyo la R. 16-6-2003. A su vez, el F.D. Tercero de la R. 16-12-2014 considera la reducción del número de comuneros como un acto válido amparado en la autonomía de la voluntad aunque no se trate de disolución de condominio *stricto sensu*. Como punto final de esta evolución, destaca la R. 4-4-2016. El supuesto de hecho consistía en que dos hermanos titulares en pro indiviso de dos fincas adquiridas por herencia efectúan una extinción parcial de comunidad en la que se adjudica a uno de los comuneros el 100% de la propiedad de una de las fincas y el 26,875% de la otra; mientras que al otro le adjudica el 73,125% de la segunda finca. La Dirección admite este negocio jurídico pues entiende que, aun no existiendo disolución de comunidad, es un acto encaminado a ello y cita algunos ejemplos en su F.D. Tercero *in fine*. En el caso de la Resolución objeto de este comentario, también reconoce la Direcció General de Dret que la terminología no es correcta, pero que debe admitirse por razones de economía procedimental.

Para acabar, desde la perspectiva fiscal, la S.T.S. 12-12-2012 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.ª, F.D. Cuarto y Quinto) dictada en unificación de doctrina ha declarado que, cuando uno de los

comuneros, miembros de una comunidad sobre varios bienes, adquiere la cuota de algunos de ellos, se produce realmente una transmisión de cuota que no se puede calificar de exceso de adjudicación. En Cataluña, como apunta la Direcció, la cuestión fiscal puede venir matizada por el art. 552.11.5 del Código, que establece que no se considerarán precios excesivos de adjudicación derivados de la disolución de condominio, aunque es destacable que no distinga si se refiere a la extinción por adjudicación a uno o si comprende la parcial. En cualquier caso, la Consulta 67/13, de 15-5-2013 de la Direcció General de Tributos acoge el criterio del Tribunal Supremo.

En definitiva, resulta inscribible la disolución parcial de comunidad, reduciendo el número de condóminos, aun existiendo compensaciones en metálico, con independencia del acierto en cuanto a la calificación jurídica del negocio celebrado como tal.

http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/AppJava/PdfProviderServlet?documentId=750584&type=01&language=es_ES

- R. 1.856/2016.- 21-6-2016.- R.P. SITGES.- **DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR: PLAZO.** La Direcció General de Dret se pronuncia en esta Resolución sobre la naturaleza jurídica del derecho de uso, entendiendo que es una manifestación del deber de prestar alimentos y no equiparable al derecho real de uso regulado por el Libro V. Sobre este particular, el derecho de uso sobre la vivienda tiene como fundamento la tutela al interés familiar y, especialmente, de los hijos (arts. 39 y 47 de la Constitución Española). El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia, atribuido en casos de crisis matrimonial ex art. 233.20 a 233.35 del C.C. de Cataluña y sus correlativos en el C.C., es un derecho de naturaleza jurídica muy discutida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Así, si bien el T.S. ha sostenido en ocasiones que se trata de un derecho de naturaleza real (S.T.S. 11-12-1992) también se ha sostenido que es un derecho personal o, incluso, un *ius ad rem* (R. 25-10-1999). Según recientes Resoluciones del Centro Directivo es un derecho de carácter familiar y, por tanto, ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito, ya que el expresado derecho de uso no tiene ésta un carácter patrimonial (R. 5-6-2008, 10-10-2008, 18-11-2009, RR. 11-4-2012I y 8-5-2012; F.D. Cuarto de la S.T.S. 8-10-2010). Del mismo modo, la S.T.S. 14-7-2010, con cita de las S. 26-12-2005, 14 y 18-1-2010, recuerda en su F.D. Segundo que la calificación de este derecho depende a su vez de la calificación de la relación jurídica sobre la que se constituye e incluso de la existencia o no de contrato entre las partes.

Con esta especial configuración, como regla general el Centro Directivo no había exigido la determinación de plazo, pese al principio de especialidad registral, que es la base del F.D. Segundo de esta Resolución y la desestimación del recurso (R. 20-2-2004). En cambio, matiza esta postura en la R. 2-6-2014 (fundamentos de Derecho tercero y cuarto) sí considera, para un supuesto de escasa claridad en su configuración) que se cumplan con ambos principios y en el F.D. Segundo hace referencia a la necesidad de la fijación de un día cierto cuando legislación civil especial así lo establezca, como ocurre precisamente con el C.C. Catalán (art. 230.20.5). La Direcció General ya se había hecho eco de la especial naturaleza del derecho y su alcance y límites en la R. 16-2-2007 (F.D. 2.4).

En cuanto a la jurisprudencia, las circunstancias del caso concreto es la que rige los distintos pronunciamientos de los Tribunales en orden a la fijación de la duración, que la Direcció denomina «indirectos». Así, las Sentencias de la Sala 1.^a del T.S. de 3-4-2014 y 2-6-2014 o 18-5-2015 (F.D. Segundo), entienden que los tribunales no pueden limitar temporalmente el derecho de uso, pero ello no impide que se tengan en cuenta la fijación de ciertos criterios que lo dotan de temporalidad. En el mismo sentido, el Auto del T.S.J. de Cataluña de 26-1-2015, citando su S. 63/2013, de 7 de noviembre, también pone de manifiesto que la regla general respecto de la atribución del derecho de uso es la temporalidad que dependerá de la mayor necesidad, la cual no siempre ha de quedar fijada, de forma exclusiva y excluyente, por una peor situación económica, sino contemplando otros parámetros concurrentes en cada supuesto. Esta doctrina es seguida por las SS. 12-2-2015 y 14-4-2016.

En resumen, para la inscripción del derecho de uso, su duración ha de venir determinada, aunque sea de forma indirecta, por mor del principio de especialidad.

http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/AppJava/PdfProviderServlet?documentId=750660&type=01&language=es_ES

- R. 1.857/2016.- 21-6-2016.- R.P. TORTOSA Nº 2.- **URBANISMO: VINCULACIÓN *OB REM*.** En el ámbito jurídico-civil y sin implicaciones urbanísticas como las concurrentes en este supuesto, la Resolución de la Direcció General de Dret (JUS/1.659/2014, de 2 de julio), afirmó que la finalidad de las vinculaciones *ob rem* única-

mente es hacer posible su transmisión conjunta, constituyen una limitación a la libre disposición de las mismas que los propietarios de las fincas que pueden imponer en ejercicio de sus facultades dominicales y sin necesidad de que las juntas de propietarios de las respectivas propiedades horizontales en las que eventualmente se integren hayan de prestar su consentimiento (art. 553.37.1). Sobre esta cuestión, y también para el supuesto de fincas rústicas, entre otras, la R. 22-4-2016 de la D.G.R.N. (F.D. Tercero) entiende que la configuración jurídica de una finca registral con el carácter de *ob rem* de otras trae como consecuencia esencial que su titularidad venga determinada mediatamente por la titularidad de las fincas principales al igual que ocurre con las servidumbres prediales; la titularidad de la finca *ob rem* corresponde pues a quien ostente la titularidad de la finca principal. Como señalaba la R. 29-11-2007, los elementos vinculados son titularidades *ob rem*, que no pueden seguir un régimen jurídico distinto que el elemento principal al que están adscritos, por lo que la hipoteca (en ese caso) de la vivienda unifamiliar conlleva la de la participación indivisa que le está vinculada, máxime cuando elemento principal y vinculado aparecen descritos expresamente. Existe vinculación *ob rem* entre dos (o más) fincas, cuando se da entre ellas un vínculo que las mantiene unidas, sin que pueda separarse la titularidad de las mismas, que han de pertenecer a un mismo dueño, por existir una causa económica y a la vez jurídica que justifique dicha conexión, como una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad e incluso de servicio. Esta unidad orgánica que constituye una finca funcional supondría la aplicación del art. 44 del R.H. En este caso se ha de tener en cuenta que la existencia de una sola finca registral fue entendida como un obstáculo por el Registrador para inscribir la vinculación, pues de conformidad con el principio de folio real existente en nuestro sistema hipotecario (arts. 7 y 243 de la L.H.) la vinculación *ob rem* se produce entre dos fincas registrales. No obstante, la Resolución no lo considera un obstáculo.

En materia de constancia registral de limitaciones urbanísticas, además, cabe destacar que, con carácter general, el art. 74 del R.D. 1.093/1997, de 4 de julio, que permite la constatación en el Registro de la Propiedad de las limitaciones establecidas por las licencias, no sólo de obras, en consonancia con lo establecido a su vez por el art. 65.1 letra d) del R.D. Legislativo 7/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. En lo que respecta a los requisitos formales, la R. JUS/2.759/2010, de 22 de julio, de la Dirección General de Dret, para un caso también de vinculación de fincas rústicas para permitir un aprovechamiento y un uso que individualmente no podrían obtener, exige el otorgamiento de escritura pública (cuestión apuntada en la Resolución objeto de comentario pero no resuelta por no haber sido objeto de calificación). Pero entiende que el cumplimiento de los requisitos objetivos será de necesaria apreciación administrativa (F.D. Segundo). Para el concreto el caso de las Tierras del Ebro, la realización de obras contrarias a las determinaciones del Plan Director determinan su nulidad y el consiguiente derribo de las construcciones, como entendió la S.T.S.J. de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 100/2012, de 10 de febrero, de ahí la importancia de la constatación registral de los requisitos exigidos *ex ante*. No obstante, señala por último la Dirección que no vincularía a la Administración, pues quedaría supeditada además al cumplimiento de otros requisitos cuyo eventual incumplimiento darían lugar al correspondiente procedimiento de disciplina urbanística y reflejo registral (art. 65.1 letra c) del R.D. Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, arts. 56 y siguientes del R.D. 1.093/1997, de 4 de julio y art. 113 del D. 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística de Cataluña).

Como conclusión, es posible inscribir una vinculación *ob rem* a la que queda supeditado el otorgamiento de una licencia, sin que el Registrador pueda entrar a valorar si se cumplen el resto de los requisitos exigidos para su concesión.

http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/AppJava/PdfProviderServlet?documentId=750570&type=01&language=es_ES

3. NO PUBLICADAS EN EL B.O.E.

3.1. RESOLUCIONES DE AUDITORES. *(Solo aparecen en el Boletín publicado en la Intranet Colegial).*

3.1.1. RESOLUCIONES DE AUDITORES DE ABRIL, MAYO Y JUNIO DE 2016.

3.2. EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. *(Solo aparecen en el Boletín publicado en la Intranet Colegial).*

3.2.1. CONVOCATORIAS REGISTRALES DE JUNTA GENERAL.

VI. SENTENCIAS Y OTRAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES.

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Por D. Juan José Jurado Jurado, Secretario del Boletín y Secretario del Boletín*

- S.T.C. 21-7-2016.- **TASAS JUDICIALES. INCONSTITUCIONALIDAD Y NULIDAD LAS MISMAS TANTO PARA EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN COMO PARA LA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.** SENTENCIA 140/2016, DE 21 DE JULIO DE 2016. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 973-2013. INTERPUESTO POR CIENTO NUEVE DIPUTADOS DEL GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS RESPECTO DE DIVERSOS PRECEPTOS DE LA LEY 10/2012, DE 20 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE REGULAN DETERMINADAS TASAS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DEL INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA Y CIENCIAS FORENSES. DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ACCESO A LA JUSTICIA Y ACCESO AL RECURSO) Y A LA IGUALDAD EN LA LEY; PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA Y CONTROL DE LEGALIDAD DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: NULIDAD DEL PRECEPTO LEGAL QUE DETERMINA LA CUOTA TRIBUTARIA DE LA TASA POR EL EJERCICIO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL EN LOS ÓRDENES CIVIL (RECURSOS DE APELACIÓN, CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL), CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SOCIAL.

http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2016_074/2013-00973STC.pdf

http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2016_074/Nota%20Informativa%20n%C2%BA%2074-2016%20PARA%20LA%20PAGINA.pdf

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7905.pdf>

- SENTENCIA 125/2016, DE 7 DE JULIO DE 2016. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 1044-2006. INTERPUESTO POR MÁS DE CINCUENTA DIPUTADOS DEL GRUPO POPULAR DEL CONGRESO EN RELACIÓN CON EL REAL DECRETO-LEY 13/2005, DE 28 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE MODIFICA LA LEY 4/1986, DE 8 DE ENERO, DE CESIÓN DE BIENES DEL PATRIMONIO SINDICAL ACUMULADO. LÍMITES A LOS DECRETOS-LEYES: AUSENCIA DEL PRESUPUESTO HABILITANTE NECESARIO PARA REFORMAR CON CARÁCTER DE URGENCIA EL RÉGIMEN DE RESTITUCIÓN DE BIENES Y DERECHOS INCAUTADOS A LAS ORGANIZACIONES SINDICALES EN APLICACIÓN DE LA LEY DE RESPONSABILIDADES POLÍTICAS.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/10/pdfs/BOE-A-2016-7732.pdf>

- SENTENCIA 126/2016, DE 7 DE JULIO DE 2016. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 6524-2014. INTERPUESTO POR MÁS DE CINCUENTA DIPUTADOS, INTEGRANTES DE LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS SOCIALISTA; IU, ICV-EUIA, CHA: LA IZQUIERDA PLURAL; Y UNIÓN, PROGRESO Y DEMOCRACIA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 2.1 DEL REAL DECRETO-LEY 10/2014, DE 1 DE AGOSTO, POR EL QUE SE CONCEDEN CRÉDITOS EXTRAORDINARIOS Y SUPLEMENTOS DE CRÉDITO EN EL PRESUPUESTO DE LOS MINISTERIOS DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN, DE DEFENSA Y DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE. LÍMITES A LOS DECRETOS-LEYES: AUSENCIA DEL PRESUPUESTO HABILITANTE NECESARIO PARA LA CONCESIÓN URGENTE DE UN CRÉDITO EXTRAORDINARIO EN EL PRESUPUESTO DEL MINISTERIO DE DEFENSA.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/10/pdfs/BOE-A-2016-7733.pdf>

- SENTENCIA 127/2016, DE 7 DE JULIO DE 2016. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 1757-2015. PLANTEADA POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 32.1 DE LA LEY 5/1997, DE 22 DE JULIO, DE ADMINISTRACIÓN LOCAL DE GALICIA. COMPETENCIAS SOBRE RÉGIMEN LOCAL: INADMISIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA QUE SE ADUCE INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DE UN PRECEPTO LEGAL AUTONÓMICO (STC 102/2016). VOTO PARTICULAR.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/10/pdfs/BOE-A-2016-7734.pdf>

- SENTENCIA 128/2016, DE 7 DE JULIO DE 2016. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 3493-2015. INTERPUESTO POR EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO EN RELACIÓN CON DIVERSOS PRECEPTOS DE LA LEY DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA 3/2015, DE 11 DE MARZO, DE MEDIDAS FISCALES, FINANCIERAS Y ADMINISTRATIVAS. SOBERANÍA NACIONAL, PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA Y SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN; COMPETENCIAS SOBRE URBANISMO, ENERGÍA, TRANSPORTE FERROVIARIO Y METEOROLOGÍA: NULIDAD DE LOS PRECEPTOS LEGALES AU-

TONÓMICOS QUE CONFIERE AL SERVICIO DE METEOROLOGÍA DE CATALUÑA UNA FUNCIÓN DE APOYO A LA NAVEGACIÓN AÉREA, REGULAN LA IMPLANTACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES EN LOS PUERTOS DE TITULARIDAD PÚBLICA, EL PLAN DIRECTOR DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA DE CATALUÑA, EL CATÁLOGO DE INFRAESTRUCTURAS ESTRATÉGICAS Y EL PLAN DIRECTOR DE LOS SECTORES DE ENERGÍA, TELECOMUNICACIONES, SISTEMAS DE INFORMACIÓN Y TRANSPORTE FERROVIARIO; INTERPRETACIÓN CONFORME DE LOS PRECEPTOS RELATIVOS AL INVENTARIO DEL PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE CATALUÑA Y DE CREACIÓN DE LA AGENCIA CATALANA DE PROTECCIÓN SOCIAL.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/10/pdfs/BOE-A-2016-7735.pdf>

- SENTENCIA 129/2016, DE 18 DE JULIO DE 2016. RECURSO DE AMPARO 4455-2011. PROMOVIDO POR DON C.S.T. RESPECTO DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LA SECRETARÍA JUDICIAL DE UN JUZGADO CENTRAL DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONVOCANDO A LAS PARTES PARA LA CELEBRACIÓN DE VISTA EN UN PROCESO EN MATERIA DE PERSONAL. VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS: DEMORA DE APROXIMADAMENTE DOS AÑOS EN LA CELEBRACIÓN DE LA VISTA DEL JUICIO EN UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (STC 63/2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7894.pdf>

- SENTENCIA 130/2016, DE 18 DE JULIO DE 2016. RECURSO DE AMPARO 624-2013. PROMOVIDO POR DOÑA G.R.R. EN RELACIÓN CON LAS RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL Y DE UN JUZGADO DE INSTRUCCIÓN DE MADRID QUE ARCHIVARON LAS DILIGENCIAS PREVIAS POR UN DELITO DE TORTURAS. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN RELACIÓN CON EL DERECHO A NO SER SOMETIDO A TORTURAS NI A TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES: INVESTIGACIÓN INSUFICIENTE DE UNA DENUNCIA DE TORTURAS QUE SE DICEN SUFRIDAS BAJO CUSTODIA POLICIAL (STC 34/2008).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7895.pdf>

- SENTENCIA 131/2016, DE 18 DE JULIO DE 2016. RECURSO DE AMPARO 5646-2014. PROMOVIDO POR DON B.A. EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DESESTIMATORIA, EN APELACIÓN, DEL RECURSO INTERPUESTO FRENTE A RESOLUCIÓN SANCIONADORA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA DICTADA POR LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN VALENCIA. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: RESOLUCIONES ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL QUE NO PONDERAN LAS CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES Y DE ARRAIGO AL ACORDAR LA EXPULSIÓN DE UN EXTRANJERO DEL TERRITORIO NACIONAL (STC 140/2009).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7896.pdf>

- SENTENCIA 132/2016, DE 18 DE JULIO DE 2016. RECURSO DE AMPARO 5671-2014. PROMOVIDO POR EL MINISTERIO FISCAL RESPECTO DE LOS AUTOS DICTADOS POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS Y UN JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE TELDE SOBRE INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO POR TRASTORNO PSIQUIÁTRICO. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: RESOLUCIONES JUDICIALES QUE NO ADOPTARON, DE OFICIO, LA MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAMIENTO EN PROCESO DE INCAPACITACIÓN (STC 34/2016).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7897.pdf>

- SENTENCIA 133/2016, DE 18 DE JULIO DE 2016. RECURSOS DE AMPARO ACUMULADOS 5814-2014 Y 475-2015. PROMOVIDOS AMBOS POR LA MERCANTIL ANDORCIO, S.L., EN RELACIÓN CON LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS DESESTIMATORIAS DE LA IMPUGNACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DE LOS IMPUESTOS SOBRE EL VALOR AÑADIDO Y DE SOCIEDADES CORRESPONDIENTE A LOS EJERCICIOS 2005 Y 2006. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ACCESO A LA JUSTICIA): INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE QUE EXTIENDE AL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO LAS LIMITACIONES DE COGNICIÓN DEL RECURSO TRIBUTARIO DE ANULACIÓN (STC 23/2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7898.pdf>

- SENTENCIA 134/2016, DE 18 DE JULIO DE 2016. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 824-2015. PLANTEADA POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 2 DEL REAL DECRETO-LEY 20/2012, DE 13 DE JULIO, DE MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA ESTABILIDAD

PRESUPUESTARIA Y DE FOMENTO DE LA COMPETITIVIDAD, Y 2.1 DE LA LEY DE LA REGIÓN DE MURCIA 9/2012, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA REGIONAL EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA AL REAL DECRETO-LEY 20/2012. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS INDIVIDUALES: INADMISIÓN PARCIAL DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR INADECUADA FORMULACIÓN DEL JUICIO DE APLICABILIDAD Y RELEVANCIA E INCORRECTA REALIZACIÓN DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA A LAS PARTES; EXTINCIÓN PARCIAL, POR PÉRDIDA DE OBJETO (STC 83/2015).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7899.pdf>

- SENTENCIA 135/2016, DE 18 DE JULIO DE 2016. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 1372-2015. PLANTEADA POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO EN RELACIÓN CON EL APARTADO 1 DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXAGÉSIMA SEXTA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1994, DE 20 DE JUNIO, INCORPORADA POR LA LEY 22/2013, DE 23 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2014, QUE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS LIBERADOS DE PRISIÓN. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A LA LEGALIDAD SANCIONADORA (NON BIS IN IDEM); LÍMITES MATERIALES DE LAS LEYES DE PRESUPUESTOS: STC 123/2016 (PÉRDIDA DE OBJETO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7900.pdf>

- SENTENCIA 136/2016, DE 18 DE JULIO DE 2016. RECURSO DE AMPARO 3136-2015. PROMOVIDO POR DON MANUEL TENA GALLENCH RESPECTO DE LOS AUTOS DICTADOS POR UN JUZGADO DE INSTRUCCIÓN DE MADRID DESESTIMATORIOS DE LA IMPUGNACIÓN DE LA DENEGACIÓN DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ACCESO A LA JUSTICIA): DENEGACIÓN DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA FUNDADA EN UN PRETENDIDO ABUSO DEL DERECHO.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7901.pdf>

- SENTENCIA 137/2016, DE 18 DE JULIO DE 2016. RECURSO DE AMPARO 4120-2015. PROMOVIDO POR DON E.M.H. RESPECTO DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA SOBRE LIQUIDACIÓN DE CONDENA. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: RESOLUCIONES JUDICIALES QUE NO PONDERARON ADECUADAMENTE EL TIEMPO SERVIDO EN PRISIÓN CON ANTELACIÓN A LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE ABONO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA (STC 261/2015).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7902.pdf>

- SENTENCIA 138/2016, DE 18 DE JULIO DE 2016. RECURSO DE AMPARO 5664-2015. PROMOVIDO POR DOÑA E.I.C.L., DON F.I.C.S. Y LA MERCANTIL TÉCNICOS EN PLANES PARCIALES, S.L., EN RELACIÓN CON LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL Y UN JUZGADO DE LO PENAL DE VALENCIA EN PROCESO POR DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (RESOLUCIÓN FUNDADA EN DERECHO): SENTENCIAS QUE SE APARTAN CONSCIENTEMENTE DE UNA DOCTRINA REITERADA Y CONOCIDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (STC 63/2005).

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7903.pdf>

- SENTENCIA 139/2016, DE 21 DE JULIO DE 2016. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 4123-2012. INTERPUESTO POR EL PARLAMENTO DE NAVARRA EN RELACIÓN CON DIVERSOS PRECEPTOS DEL REAL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y MEJORAR LA CALIDAD Y SEGURIDAD DE SUS PRESTACIONES. LÍMITES DE LOS DECRETOS-LEYES, DERECHO A LA SALUD Y COMPETENCIAS SANITARIAS, DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: NULIDAD DEL PRECEPTO LEGAL QUE REMITE EN BLANCO AL REGLAMENTO LA DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE INGRESOS QUE NO DEBEN SUPERAR QUIENES, SIN TENER VÍNCULO ALGUNO CON EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, ASPIREN A ACCEDER A LA CONDICIÓN DE ASEGURADOS. VOTOS PARTICULARES.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7904.pdf>

- SENTENCIA 141/2016, DE 21 DE JULIO DE 2016. CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA 4911-2013. PLANTEADO POR EL GOBIERNO DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA RESPECTO DE DIVERSOS PRECEPTOS DEL REAL DECRETO 239/2013, DE 5 DE ABRIL, POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS NORMAS PARA LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 1221/2009, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2009, RELATIVO A LA PARTICIPACIÓN VOLUNTARIA DE ORGANIZACIONES EN UN SISTEMA COMUNITARIO DE GESTIÓN Y AUDITORÍA MEDIOAMBIENTALES (EMAS) Y POR EL QUE SE DEROGAN EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 761/2001 Y LAS DECISIONES 2001/681/CE Y 2006/193/CE, DE LA COMISIÓN. COMPETENCIAS SOBRE ORDENACIÓN GENERAL DE LA ECONOMÍA Y MEDIO AMBIENTE: NULIDAD DE LOS PRECEPTOS REGLAMENTARIOS ESTATALES EN LOS QUE SE REGULA EL EJERCICIO Y SUPERVISIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LOS VERIFICADORES MEDIOAMBIENTALES, EL RÉGIMEN TRANSITORIO DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE LOS VERIFICADORES ACREDITADOS AL MOMENTO DE APROBARSE EL REGLAMENTO Y SE INVOCA LA COMPETENCIA SOBRE ORDENACIÓN GENERAL DE LA ECONOMÍA.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7906.pdf>

- SENTENCIA 142/2016, DE 21 DE JULIO DE 2016. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 6014-2015. INTERPUESTO POR LA GENERALITAT DE CATALUÑA EN RELACIÓN CON DIVERSOS PRECEPTOS DE LA LEY 28/2015, DE 30 DE JULIO, PARA LA DEFENSA DE LA CALIDAD ALIMENTARIA. COMPETENCIAS SOBRE ORDENACIÓN GENERAL DE LA ECONOMÍA, AGRICULTURA Y SECTOR AGROALIMENTARIO: NULIDAD DE LOS PRECEPTOS LEGALES ESTATALES RELATIVOS A LOS PRINCIPIOS GENERALES Y PERÍODO TRANSITORIO DEL RÉGIMEN SANCIONADOR, LA CLASIFICACIÓN DE INFRACCIONES, RESPONSABILIDAD Y PUBLICIDAD DE LAS SANCIONES, MULTAS COERCITIVAS, SANCIONES ACCESORIAS Y RÉGIMEN SANCIONADOR EN MATERIA DE CLASIFICACIÓN DE CANALES DE VACUNO Y PORCINO.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7907.pdf>

- RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD Nº 3628-2016, CONTRA LOS ARTÍCULOS 1, APARTADO 2; 6, APARTADO 4, PÁRRAFO SEGUNDO; 9, APARTADO 3; 13 A); 44; 53, APARTADO 1 A), PÁRRAFO SEGUNDO; Y 127 A 133; DISPOSICIONES ADICIONALES SEGUNDA Y TERCERA, Y DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA, APARTADOS 1 Y 2, DE LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/01/pdfs/BOE-A-2016-7353.pdf>

- RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD Nº 3774-2016, CONTRA LOS ARTÍCULOS 39; 49 H), PÁRRAFO SEGUNDO, Y POR CONEXIÓN, LA DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA, 1; 52.2 DESDE "TENIENDO EN CUENTA" HASTA EL FINAL DEL APARTADO; 81.3; 83.2.C Y, POR CONEXIÓN, LA DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA, 2; 120.2; 121; 122; 126; 129.2; 157.3, ÚLTIMO PÁRRAFO, Y POR CONEXIÓN CON LOS CITADOS PRECEPTOS, LA DISPOSICIÓN FINAL DECIMOCUARTA DE LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/01/pdfs/BOE-A-2016-7354.pdf>

- RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD Nº 3849-2016, CONTRA EL REAL DECRETO LEY 1/2016, DE 15 DE ABRIL, POR EL QUE SE PRORROGA EL PROGRAMA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/01/pdfs/BOE-A-2016-7355.pdf>

- RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD Nº 3865-2016, CONTRA LOS ARTÍCULOS 1, EN CONEXIÓN CON EL TÍTULO VI (ARTÍCULOS 127-133) DE LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/01/pdfs/BOE-A-2016-7356.pdf>

- RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD Nº 3903-2016, CONTRA LOS ARTÍCULOS 50.2 D), 48.8 Y DISPOSICIONES ADICIONALES SÉPTIMA Y OCTAVA DE LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO.
<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/01/pdfs/BOE-A-2016-7357.pdf>

- CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Nº 2839-2016, EN RELACIÓN CON EL SEGUNDO INCISO DEL ARTÍCULO 8 DE LA LEY 10/1999, DE 26 DE MAYO, DE CREACIÓN DE COLEGIOS PROFESIONALES DE CASTILLA-

LA MANCHA, POR POSIBLE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 149.1.18 DE LA CE Y EL ARTÍCULO 3.2 DE LA LEY 2/74 DE COLEGIOS PROFESIONALES.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/01/pdfs/BOE-A-2016-7358.pdf>

- CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA Nº 2740-2016, CONTRA DETERMINADOS PRECEPTOS DEL REAL DECRETO 1/2016, DE 8 DE ENERO.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/01/pdfs/BOE-A-2016-7359.pdf>

- INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (ARTÍCULOS 87 Y 92 LOTC) DICTADA EN LA IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN AUTONÓMICA (TÍTULO V LOTC) N.º 6330-2015, CONTRA LA RESOLUCIÓN 263/XI DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA, DE 27 DE JULIO DE 2016.

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/08/02/pdfs/BOE-A-2016-7398.pdf>

2. TRIBUNAL SUPREMO.

2.1. SENTENCIAS SALA DE LO CIVIL. *Por Juan José Jurado Jurado, Registrador de la Propiedad y Secretario del Boletín*

- S.T.S. 15-7-2016. SALA DE LO CIVIL.- SECCIÓN 1ª.- **RECONOCIMIENTOS DE COMPLACENCIA DE LA PATERNIDAD: VALIDEZ; POSIBILIDAD DE QUE EL RECONOCEDOR IMPUGNE SU PATERNIDAD; ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN QUE PROCEDE CUANDO EL RECONOCEDOR CONTRAE MATRIMONIO CON LA MADRE DEL RECONOCIDO. FIJACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SALA.**

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7742371&links=%22494%2F2016%22&optimize=20160722&publicinterface=true>

- S.T.S. 19-7-2016. SALA DE LO CIVIL. SECCIÓN 1ª.- **UNIPERSONALIDAD SOBREVENIDA: FALTA DE INSCRIPCIÓN EN EL R.M. EN LOS SEIS MESES SIGUIENTES. RESPONSABILIDAD PERSONA, SOLIDARIA E ILIMITADA DEL QUE DEVIENE SOCIO ÚNICO RESPECTO DE LAS DEUDAS SOCIALES NACIDAS DESPUÉS DE LA UNIPERSONALIDAD.** El socio único no deviene obligado solidario sino responsable solidario: responde si no cumple la sociedad deudora, sin perjuicio de que por su carácter solidario, tras dicho incumplimiento, los acreedores pueden dirigir su acción indistintamente frente a la sociedad y frente al socio único, sin que en este último caso se exija la previa excusión de los bienes y derechos de la sociedad, y ello sin perjuicio de la acción de repetición del socio único frente a la sociedad por la suma satisfecha. La responsabilidad del socio único está vinculada al incumplimiento del deber de publicidad registral de la condición de unipersonalidad sobrevenida de la sociedad.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7746305&links=&optimize=20160729&publicinterface=true>

- S.T.S. 21-7-2016.- SALA DE LO CIVIL. SECCIÓN 1ª.- **APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES. NULIDAD DE PLENO DERECHO DE AQUELLOS CONTRATOS QUE NO CONTENGAN LA DETERMINACIÓN DE LA DURACIÓN DEL RÉGIMEN:** El legislador ha querido que el contrato tenga una duración determinada, que generalmente estará unida a la de duración del régimen.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7746307&links=&optimize=20160729&publicinterface=true>

VIII. INFORMACIÓN JURÍDICA Y ACTUALIDAD EDITORIAL. *Por el Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.*

- INFORMACIÓN JURÍDICA Y ACTUALIDAD EDITORIAL. Nº 162. PRIMERA Y SEGUNDA QUINCENA AGOSTO DE 2016.

IX. ENLACES DE INTERÉS.

1. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO:

http://www.boe.es/diario_boe/

2. MINISTERIO DE JUSTICIA.

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/inicio>

3. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial

4. CONSEJO DE ESTADO.

<http://www.consejo-estado.es/>

5. NOTARIOS Y REGISTRADORES.

<http://www.NotariosyRegistradores.com/web/>

E y C Estudios y Colaboraciones

NOVEDADES SUSTANTIVAS EN MATERIA DE ESTADO CIVIL*. *Por Susana Jimenez Bautista, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Guadalajara, actualmente Letrada del Gabinete Técnico de la Sala Primera del T.S.*

RESUMEN DE LA PONENCIA

REPASO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON LA FILIACIÓN, RÉGIMEN DE NOMBRE Y APELLIDOS, LA CAPACIDAD DE OBRAR, Y EN ESPECIAL LA EDAD, LA DISFORIA DE GÉNERO EN LOS MENORES DE EDAD, LAS MODIFICACIONES DE LA CAPACIDAD DE OBRAR, CONFORME A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006 DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA RECIENTE DOCTRINA CONSTITUCIONAL QUE DESARROLLA EL ART. 763 L.E.C, REGULADOR DE LOS INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS TEMPORALES POR TRASTORNO PSÍQUICO.

En el Registro Civil constarán los actos y hechos relativos a la identidad, estado civil «y demás circunstancias de la persona» según dispone el art. 4 L.R.C. 2011. En el art. 1 L.R.C. 1957 se refiere que se inscribirán «los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la Ley».

Se corrige la técnica legislativa, pero se sigue manteniendo, como no podía ser de otra manera, el sistema de numerus apertus en la materia. Lo cierto es que esta materia tradicionalmente calificada como de imperativa, con el carácter de indisponible para los particulares, consecuencia de la necesidad de preservar el orden público, sustrayéndose al ámbito de la autonomía de la voluntad, va cediendo poco a poco, siendo cada vez mayor el margen de operatividad de la voluntad del particular, en aras a la prevalencia de otros derechos constitucionales de contenido individual, como el derecho a la personalidad, a la dignidad, intimidad, incluso a la propia imagen, ejemplo de lo cual sería la reforma relativa al régimen jurídico del nombre y apellidos, la transexualidad, la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida y la maternidad subrogada o vientres de alquiler, materias en la que cada vez se hace más presente la voluntad del interesado, otrora impensable.

Orden público al que como concepto jurídico indeterminado, lo podemos definir, conforme a la S.T.S. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, de la Sala de lo Civil, es «esencialmente el sistema de derechos y libertades garantizados en la Constitución y en los Convenios Internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que éstos encarnan». Por otro lado, como dice la S.T.S. 12 de mayo 2011 «El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales».

* Ponencia presentada en el Encuentro entre Magistrados encargados de los Registros Civiles, Notarios y Registradores de la Propiedad celebrado en el C.G.P.J. los días 13, 14 y 15 de junio de 2016).

Consecuencia del cambio operado en los últimos años en la sociedad, fruto de la globalización y fundamentalmente de su percepción sobre el estado civil. Con todo las novedades más importantes en la materia, lo son en materia de **filiación, y como consecuencia de ella el régimen de nombre y apellidos, la filiación respecto de las parejas del mismo sexo, la capacidad de obrar, y la incidencia en la misma de la edad, la disforia de género en los menores de edad, y las modificaciones de la capacidad de obrar, en concreto la aplicación de la Convención de Nueva York de 2006 de las personas con discapacidad. Por último analizaremos brevemente la jurisprudencia constitucional que desarrolla el art. 763 L.E.C., ante los problemas que plantea su aplicación en la práctica.**

I. FILIACIÓN. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. NOVEDADES.

Conforme al art. 44 de la L.R.C. 2011, según redacción dada por la Ley 19/2015, y por tanto en vigor, la filiación se determinará a efectos de inscripción de nacimiento, conforme a las leyes civiles y la Ley 14/2006, T.R.H.A. Siempre se hará constar la filiación materna, salvo en el caso de menores desamparados y menores no inscritos, (art. 48 de la misma ley, en cuyo caso las entidades públicas deberán promover su inscripción).

La filiación paterna en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar:

a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido del C.C., o aun faltando, si concurre el consentimiento de ambos progenitores, aun en caso de separación legal o de hecho.

b) Cuando el padre manifieste su conformidad a la determinación de la filiación siempre que no sea contrario a las presunciones establecidas en la legislación civil y no exista controversia.

La D.F. 2.ª Ley 19/2015, de 13 de julio, ha modificado el art. 120 C.C. y establece que la filiación no matrimonial podrá determinarse legalmente, además de los supuestos ya previstos de reconocimiento ante el encargado, en testamento o en otro documento público, por resolución de expediente registral o por sentencia firme, y lo novedoso es que ahora se puede hacer en el momento de la inscripción del nacimiento por la declaración conforme del padre realizada en el formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil, esto es, la hecha en el propio centro sanitario.

Si estamos ante una filiación no matrimonial y no existe controversia alguna, la filiación paterna se determinará a favor del padre que en el documento oficial manifieste su conformidad, art. 44.4.b L.R.C. 2011 en relación al 120.1.º C.C.

Si la mujer consta como casada y el reconocimiento de filiación paterna lo hace persona distinta del marido o es de aplicación el plazo de la presunción de paternidad del marido de mujer casada, art. 116 C.C., en este caso, la inscripción de nacimiento del recién nacido se hará con la sola filiación materna. Ello supone una modificación sustantiva, pues, si la madre estaba casada en el momento del nacimiento, para desvirtuar la eficacia probatoria de la presunción de filiación matrimonial, presunción iuris tantum, era necesario acreditar la existencia de separación legal o de hecho de los cónyuges al menos trescientos días antes del nacimiento. En otro caso, era obligado inscribir la filiación matrimonial dada la presunción de paternidad del marido de la madre dispuesta en el art. 116 C.C., sin que la mera declaración de las partes negando tal filiación pudiera considerarse como prueba con fuerza suficiente para destruirla (por todas, Resolución D.G.R.N., 13.ª, de 27 de marzo de 2015).

Siguiendo con la reforma, a continuación de la inscripción del recién nacido con la sola filiación materna se abrirá un expediente registral para destruir esta presunción y si se hace, se resolverá determinando que la filiación paterna no corresponde al marido. En ningún caso puede haber oposición de parte interesada o del Ministerio Fiscal. Si se da este supuesto, será entonces necesario acudir a los procesos de filiación regulados en los arts. 764 y ss. L.E.C. ejercitando la correspondiente acción de reclamación de filiación no matrimonial o por parte del marido la acción de impugnación de la paternidad (arts. 133 y 136 C.C., nueva redacción por Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y la adolescencia). En definitiva la reforma va orientada a que predomine por encima de todo la verdad biológica.

El nº 7 del art. 44 Ley 20/2011, regula al supuesto de inscripción de una persona con la exclusiva determinación de la filiación no matrimonial materna y el reconocimiento que con posteridad realiza ante el encargado del Registro Civil quien se considere el padre del inscrito. Partiéndose de la base de no ser eficaz

la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria (art. 113.2.º C.C.), establece que para que este reconocimiento de filiación paterna no matrimonial se refleje registralmente se exigirá «el consentimiento expreso de la madre». Luego, si la madre no presta este consentimiento, le obligará a que se considere el padre del inscrito, a acudir al procedimiento regulado en la L.E.C.

Este precepto es una copia parcial del art. 124 C.C. En éste, se condiciona la eficacia del reconocimiento del menor al consentimiento expreso de la madre o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y de la propia madre. En su párrafo 2.º refiere que no será necesario este consentimiento ni la aprobación judicial si el reconocimiento se realiza en testamento, cuyo art. 741 C.C. impide la revocación del reconocimiento de un hijo realizado en el mismo, «o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento». Quiere decir que si el que se considera el padre, en el plazo de 72 horas o 10 días desde el nacimiento, hace este reconocimiento en el plazo fijado se reflejará registralmente dicho reconocimiento de filiación paterna no matrimonial. Ello es coherente, el «dentro de plazo», se considera que ordinariamente son veraces las declaraciones que se realizan en inmediación temporal con los hechos a que se refieren (Circular D.G.R.N. de 2 de junio de 1981).

Si la inscripción del reconocimiento de paternidad se ha suspendido por petición de la madre, será necesaria la aprobación judicial dictada en el expediente correspondiente del reconocimiento de filiación no matrimonial.

Respecto de la regulación de la inscripción de la filiación adoptiva, siempre figurará la madre biológica y la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción (art. 44.6 L.R.C. 2011). Si los adoptantes lo solicitan, tanto para adopciones nacionales como internacionales, cabría la posibilidad de practicar un nuevo asiento de nacimiento, cancelando el anterior, en donde figure como lugar de nacimiento del adoptado el del domicilio de los adoptantes, un nuevo nombre para el adoptado, si quieren, el orden de los apellidos, en fin, en iguales condiciones que la filiación por naturaleza (art. 108.2.º C.C.). Este nuevo asiento sería accesible para todo el que tenga interés en conocer el mismo, ya no aparece rastro alguno de la filiación adoptiva, y el cancelado quedará sujeto a publicidad restringida (art. 83.1.a) Ley 20/2011, y 21 La Ley 1958 y 22 R.R.C. 1958), de manera que solo tienen acceso al mismo los adoptantes y el adoptado al alcanzar la mayoría de edad.

Por último, novedad supone el traslado al art. 44.5 Ley 20/2011 de la regulación prevista en el art. 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, redacción dada por Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificación de sexo; la modificación que se produjo en la L.T.R.H.A. mediante la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificación registral del sexo, incluyó una regla totalmente extraña para el C.C., como es la posibilidad de que sean tenidas como madres de un hijo dos mujeres casadas entre sí, quedando afectado, por tanto, el dogma del *mater semper certa est*, consagrado en nuestro C.C. La manifestación de la mujer casada con otra ante el Encargado del Registro Civil, y previa al nacimiento del hijo de su cónyuge, incorporada en el art. 7.3 L.T.R.H.A. debe considerarse como un nuevo título de determinación de la filiación vinculado a la voluntad del progenitor e independiente del reconocimiento. Ahora la propia declaración en el formulario oficial será suficiente para que se refleje registralmente la filiación matrimonial de la cónyuge que no estaba embarazada.

Por otro lado, y en contraste, siguiendo los principios básicos del C.C. en la materia, especialmente el citado principio *mater semper certa est*, la L.T.R.H.A. decreta la nulidad del contrato de maternidad subrogada. Con lo que el parto se erige en límite a la autonomía de la voluntad en la determinación de la filiación, con la única excepción de lo anteriormente expuesto, tras la reforma de 2007 para la esposa de la madre.

De estos problemas tratan las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que expondremos a continuación. Las de fecha 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014, se refieren a la posibilidad de determinar judicialmente, por la vía de la posesión de estado, la filiación extramatrimonial en favor de una mujer homosexual, respecto del hijo biológico de la que fue su pareja de hecho, nacido durante su relación de pareja mediante el empleo de las técnicas de reproducción asistida. En este caso, el consentimiento no había sido prestado previamente ante el encargado del Registro Civil, sino en la clínica donde se llevó a cabo el tratamiento y las dos integrantes de la pareja no estaban casadas entre sí.

La de 6 de febrero de 2014 se enfrenta al problema de si es posible la inscripción en el Registro Civil español de la filiación respecto de los padres de intención (una pareja homosexual) que había recurrido a un vientre de alquiler en EE.UU.

En ambos casos el principio *mater semper certa est* se ve afectado y se debe ponderar también cuál es el valor que debe concederse a la autonomía de la voluntad en ambos casos. Veamos, pues, cómo se resuelve la cuestión en cada uno de los supuestos sometidos a la consideración del Tribunal Supremo.

1. Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014.

En el caso enjuiciado por esta Sentencia la anterior pareja de la madre pretendía que fuese determinada la filiación respecto de ella. La Sala, partiendo de los principios constitucionales de no discriminación por razón de filiación o nacimiento y de protección de la familia y de las madres con independencia de su estado civil, así como de la debida ponderación del interés superior del menor, considera compatible la figura de la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida, de modo que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de dichas técnicas integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada. En este caso, el consentimiento prestado en su momento por la demandante vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada.

En orden a acreditar esa posesión de estado, el Tribunal Supremo recuerda que este caso tiene como antecedente necesario otro en el que el propio Tribunal atribuyó a la aquí recurrente un régimen de relaciones personales como «allegada» con el menor, declarando unos hechos reveladores del «tractatus» como elemento impulsor de la posesión de estado, entre otros, que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño.

En el concepto de la posesión de estado se puede apreciar una evolución jurisprudencial en el seno de parejas homosexuales. En un principio, parece que esta institución quedaba excluida con el argumento principal de que no concurría el criterio de la fama o *reputatio* puesto que no podía considerarse por parte de la sociedad que las relaciones que tuviesen los miembros de la pareja podría generar ningún tipo de descendencia. Esto queda superado por esta resolución y la anterior de la Sala, S.T.S. de 5 de diciembre de 2013, y en ellas, en el caso de la filiación en el seno de parejas homosexuales, prevalece el trato o la relación personal entre progenitores e hijos, que se dispensan un tratamiento como tal.

Como dije, en este tipo de filiación, el lugar que para el Código ocupa la verdad biológica, en la L.T.R.H.A. lo ocupa la voluntad de quien desea ser progenitor. De este modo, se permite la doble maternidad biológica cuando la «mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido» (cfr. art. 7.3 L.T.R.H.A.), según redacción vigente en dicho momento.

Para el Tribunal Supremo en este caso no se puede supeditar la determinación de la filiación a un requisito formal como es el previo consentimiento ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, que sí que se prestó en este caso, puesto que ello podría vulnerar el art. 39 de la Constitución.

En la Sentencia del T.S. de 5 de diciembre 2013, S.T.S. 5765/2013, confirmando el criterio del J.P.I. y de la A.P., considera el Tribunal Supremo que el consentimiento informado para la fecundación *in vitro* que firman ambos miembros de la pareja homosexual antes de contraer matrimonio es suficiente, una vez disuelto, para fundar una demanda de reclamación de filiación. Todo ello en base a la figura de la posesión de estado del art. 131 del C.C. y la doctrina de los actos propios, puesto que la propia demandada había instado expediente de rectificación de errores en el Registro Civil, al tiempo de la inscripción de nacimiento de las hijas, para que se hiciera constar como progenitora a la demandante, interponiendo incluso posterior recurso ante la D.G.R.N. Inclusive, la parte demandante había adoptado, una vez casada, a otra hija anterior de su cónyuge, concebida también por fecundación *in vitro*.

En opinión del T.S. en esta Sentencia: «La remisión a las leyes civiles “salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos” que efectúa la Ley posibilita además el ejercicio de la acción que aquí se ejercita al amparo del artículo 131 del C.C., sobre posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque “constituye la

voluntad libre y manifestada por ambas litigante del deseo de ser progenitoras”, hasta el punto, dice la sentencia recurrida, que “dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige”».

Por otra parte, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014 se considera relevante en orden a acreditar la posesión de estado que el propio Tribunal, en una Sentencia anterior, atribuyó a la recurrente un régimen de relaciones personales como «allegada» con el menor, «declarando unos hechos reveladores del “tractatus” como elemento impulsor de la posesión de estado, entre otros, que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño».

En conclusión, en este caso, el principio *mater semper certa est* viene desvirtuado respecto de la pareja de la madre, puesto que su consentimiento y sus actos posteriores en relación con el hijo son determinantes, a juicio del Tribunal, para que quede determinada su filiación.

2. Sentencia del Pleno del T.S. 6 de febrero de 2014. Determinación de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución.

La determinación de la filiación cuando se ha acudido a un contrato de maternidad subrogada es otra de las cuestiones que está generando actualmente una gran problemática. La gestación por sustitución es un reflejo más del papel de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones familiares, aunque en este caso limitada por un principio de orden público cual es el de *mater semper certa est*, plasmado legislativamente y por lo tanto, como norma de Derecho imperativo en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

No obstante, existen parejas españolas que acuden a la gestación por sustitución en países en los que está permitida esta práctica, generando problemas de Derecho internacional privado, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

En este caso en concreto, el matrimonio formado por dos hombres de nacionalidad española acude al estado de California donde se permite el contrato entre la denominada «madre de alquiler» y «los padres de intención». Cuando se acude a este recurso, el reconocimiento de la filiación no es automático, sino que requiere que la parte interesada inste el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del «California Family Code» que pretende que la filiación pueda determinarse conforme a la voluntad de las partes fijadas en el contrato. Este procedimiento dirigido a confirmar los derechos parentales pretende establecer la filiación del nacido respecto de los miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia que declara la filiación a su favor (sec. 7633 California Family Code). Este procedimiento tiene asimismo la finalidad de extinguir la filiación que se pueda establecer respecto de la gestante y de su marido, si está casada. La sentencia ordena al centro dónde tiene lugar el nacimiento que después del parto incluya los nombres de la pareja comitente en el certificado original de nacimiento. Este certificado debe inscribirse en el «California Office of Vital Records» durante los diez días siguientes al nacimiento junto con la sentencia. De no hacerlo, el citado Registro designará a la gestante como madre legal y, si está casada, a su marido en virtud de la presunción de paternidad matrimonial vigente en el Derecho californiano. Cuando quien recurre a la gestación por sustitución es una pareja homosexual, la pareja puede ordenar que conste el nombre de los dos hombres en el certificado.

La D.G.R.N. había resuelto esta cuestión como un problema de Derecho Internacional Privado, viendo como esta resolución extranjera, procedente del Estado de California (o de cualquier otro Estado donde el contrato de maternidad subrogada sea lícito), podría tener efectos en España.

Ello es objeto de tratamiento en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la D.G.R.N., sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Para la inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, dice la citada Instrucción, habrá de presentarse junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. Como regla general y salvo que resultara aplicable un convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur. En este caso, para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento

análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el Encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España, no hará falta exequátur. Con lo que en este último caso, el Encargado del Registro debe llevar a cabo un control de legalidad de modo que aquél debe controlar la regularidad y autenticidad formal de la resolución extranjera y de los documentos presentados. Asimismo debe i) controlar que el tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, ii) que se han garantizado los derechos procesales de las partes, especialmente el de la madre gestante, iii) que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante (capacidad, vicios del consentimiento) iv) que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables (en otro caso, que haya transcurrido el plazo para revocar). Nada dice la Instrucción acerca de la conformidad del hecho o acto inscribible con el orden público español.

En aplicación de dicha Instrucción, a través de diversas resoluciones, se considera que no cabe apreciar motivo alguno para denegar el reconocimiento de la resolución judicial de Filiación del Tribunal extranjero.

Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo que es objeto de comentario considera que el art. 10 L.T.H.A. constituye el orden público internacional español en la materia, definiéndolo como el «sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España y los valores y principios que estos encarnan» y considera que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras.

Por otro lado, en cuanto al «interés superior del menor» que es alegado como principio superior que permitiría la determinación de la filiación respecto de los padres de intención, en opinión del Tribunal Supremo, este concepto ha de ser interpretado mediante una ponderación de todos los bienes jurídicos en juego, así como los principios de respeto a la dignidad de la gestante, y también el interés del menor en no ser objeto de tráfico mercantil.

En opinión del Alto Tribunal, el ordenamiento jurídico español y los de otros países con similares principios y valores no aceptan que los avances en las técnicas de reproducción asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilicen la gestación y la filiación o permitan a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza.

Por último, la Sentencia, con base en la obligación de los poderes públicos de atender al interés del menor, declara que debe permitirse la integración del niño en su familia, y ante la falta de datos en el procedimiento sobre la situación familiar de estos menores, insta al Ministerio Fiscal, al que corresponde velar por la protección del menor, que inicie las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y su protección dentro de su propio núcleo familiar a través de figuras como el acogimiento familiar o la adopción, incluso podría determinarse la filiación respecto de aquél de los progenitores que aportó su material genético.

No deniega la inscripción de los menores en el Registro Civil español, pero sí la constancia de su filiación por no ser procedente en el sentido que habían interesado los recurrentes.

Se formuló voto particular, redactado por el magistrado Seijas Quintana y al que se adhieren los magistrados Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol, quién parte de la obligación de los jueces de resolver y tutelar situaciones concretas. Sostiene que no debe analizarse la cuestión desde la legalidad de la resolución extranjera, puesto que la filiación viene ya determinada por una autoridad extranjera, sino desde la perspectiva del reconocimiento en España de una decisión extranjera válida y legal conforme a la normativa californiana, para lo que no ha de acudir al artículo 10 de la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida como hace la sentencia, sino que debe hacerse el análisis desde el orden público internacional en relación con el interés superior del menor. Sostiene que corresponde al legislador, garantizar los derechos de todas las partes, pero que en este caso la aplicación del principio del orden público perjudica a los menores privándoles de su identidad y de su núcleo familiar.

En definitiva la solución a la que llega el Tribunal Supremo en la indicada sentencia ha sido defendida por algunos tribunales europeos ante el mismo supuesto. Y en esta línea se utiliza la vía de reconocer el certificado de nacimiento sólo respecto de uno de los comitentes (el que aportó su material genético) permitiendo al otro que recurra a la adopción para ser también padre o madre legal.

En el caso enjuiciado por el T.E.D.H. en la Sentencia de 26 de junio de 2014, un matrimonio de nacionalidad francesa y con residencia en Francia, celebra contrato de gestación por sustitución en California. Mediante sentencia se determina en California que los Sres. Z debían ser considerados padres y que en el acta de nacimiento así se debería hacer constar. Por sentencia de 18 de marzo de 2010, la Cour d'Appel de París, ordena anular la transcripción de las certificaciones de nacimiento y proceder a la transcripción de la sentencia al margen de la inscripción de nacimiento anulada. Se apoya su resolución, en esencia: a) en no ser conforme con el orden público internacional francés, b) existencia de fraude de ley y c) los contratos de gestación por sustitución están prohibidos en Francia, considerándose nulos de pleno derecho, por tanto sin necesidad de buscar si existe o no un fraude de ley, cabe afirmar que la sentencia californiana que valida indirectamente un contrato de gestación por sustitución es contraria al orden público internacional. Entiende que la invocación del interés superior del menor no puede permitir, hacer válido a posteriori un proceso cuya ilicitud está consagrada por el legislador francés, si bien precisa que la ausencia de inscripción no tiene por efecto privar a los dos niñas de su estado civil americano e impugnar el vínculo de filiación que les ha sido reconocido por el derecho californiano. Dicha sentencia fue confirmada por la Sentencia de 6 de abril de 2011 de la Cour de Cassation.

El T.E.D.H. en la sentencia ya indicada, considera que la Sentencia de la Cour de Cassation vulnera el derecho de los hijos al respecto a su vida privada: «el respeto de la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, algo que incluye su filiación, un aspecto esencial de la identidad del individuo está en juego desde el momento en que afecta a la filiación». Mediante la denegación del reconocimiento de efectos a la sentencia extranjera, se admite la filiación de los menores conforme al derecho de otro Estado pero, contrariamente, en el foro se impide la condición de hijos con todas las consecuencias negativas que ello conlleva, nacionalidad, efectos sucesorios, responsabilidad parental, etc. Es esta contradicción, y los obstáculos que se derivan de ella, la que atenta contra la identidad de las personas, y hace que el Estado que deniega la inscripción de la filiación en tales casos, sobrepase el margen de apreciación que le está permitido (art. 8 C.E.D.H.).

II. NOMBRE Y LOS APELLIDOS.

El nombre y los apellidos se configura como un elemento de identidad derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Su función es identificadora o individualizadora. Históricamente, el nombre y apellidos de la persona física ha venido desempeñando una función de control público de la identidad del individuo. Las pautas de la D.G.R.N. son las siguientes: 1. la libertad de elegir el nombre propio, y 2. que las limitaciones existentes, que no prohibiciones, han de ser interpretadas restrictivamente.

En la regulación vigente se prohíben los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo. En la regulación de la Ley 20/2011 nada se menciona sobre el sexo, por lo que los nombres neutros ya no ofrecen ninguna duda sobre su admisibilidad.

En el caso en que el nombre elegido por el progenitor/es estuviera dentro de estas limitaciones, se cita a la oficina registral a los mismos y aperebirles de ello, concediendo el plazo de tres días para que elijan otro (art. 50.3). Si insisten en el mismo u otro al que se apliquen las limitaciones citadas, será el Encargado quien impondrá al recién nacido un nombre de uso corriente.

Al respecto de los **apellidos**, al recién nacido se le impondrán los que le correspondan según filiación (art. 49.1). En principio, y si la filiación está determinada por ambas líneas, serán ambos progenitores los que, antes de la inscripción registral, decidan el orden de transmisión de su respectivo primer apellido. Con la legislación vigente el padre y la madre de común acuerdo pueden decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. En el caso de no ejercitar dicha opción, rige lo dispuesto en la Ley, y conforme a ésta, el primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre. Con la Ley 20/2011, ya no ocurrirá así. Si hay desacuerdo entre los progenitores o no se han hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, se requerirá a los progenitores para que en tres días comuniquen el orden de apellidos. Si nada dicen en este plazo, será el propio Encargado el que, atendiendo al **interés superior del menor**, acordará el orden de los apellidos.

En la imposición de los apellidos para los ciudadanos de nacionalidad española hay unos principios jurídicos rectores. Cada español ha de ser designado legalmente por dos apellidos bajo el principio de infungibilidad de las líneas. Quiere decir que en caso de determinación bilateral de la filiación por ambas líneas, nuestra legislación impone la duplicidad de apellidos y la duplicidad de líneas (art. 53 y 55 L.R.C. 2011 y 194 R.R.C. 1958). Y esto es un **principio de orden público**, que no permite variación alguna; en consecuencia, la transmisión exclusiva de los dos apellidos por una sola de las líneas, sea la paterna o la materna, resulta contrario a nuestro orden público.

Destacamos las SS.T.S. de fecha 11 y 12 de noviembre de 2015, nº de recursos 2446/2014 y 1493/2014 respectivamente.

Ambas tratan del ejercicio de una acción de reclamación de paternidad no matrimonial instada por el padre frente a la madre. En la de fecha 12 de noviembre de 2015, la madre estando conforme con el reconocimiento de la filiación reclamada, interesa no se efectúe el cambio de apellidos del menor y subsidiariamente se mantenga como primero el de la madre. Dictada sentencia en primera instancia, declara la filiación del padre y se imponen el primer apellido del padre y el segundo de la madre. Recurre en apelación la madre el cambio de apellidos, y la Audiencia Provincial desestima el recurso. Recurre en casación la madre, y se resuelve mediante la sentencia indicada.

Expresamente se recoge en el F.D. Tercero:

«TERCERO. Decisión de la Sala.

1. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Sala recientemente en sentencia de 17 febrero 2015, Rc. 2923/2013, por lo que viene impuesto seguir el discurso lógico y ordenado que contiene.

2. En términos de estricta legalidad vigente al tiempo de dictarse la sentencia recurrida no existe duda sobre su decisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del C.C., artículo 53 y siguientes de la Ley de Registro Civil y artículo 194 del Reglamento de Registro Civil. Así, en defecto de la opción prevista en el artículo 109 del C.C., que es el caso presente, “el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre...”.

3. La respuesta, sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor; por lo que la Sala cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de éste (SS. 29 de marzo de 2011; 1 de abril de 2011; 10 de octubre de 2011; 5 de noviembre de 2012).

Así se hacía ver en la sentencia de 27 de octubre de 2014, con cita de la normativa que se ha ido promulgando, tanto estatal como internacional y autonómica, subrayando que el interés superior del menor late como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte.

El mayor exponente ha sido la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del C.C. y de Enjuiciamiento Civil que ha sufrido una modificación por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infracción y a la adolescencia, pues, como afirma su Preámbulo, “[...] transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se ha producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución.”.

4. Resulta de sumo interés la Ley del Registro Civil 20/2011 de 21 de julio en cuya Exposición de motivos se afirma que “en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el Artículo VI, relativo a hechos y actos inscribible. “...El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos”.

Al acudir a la norma que la exposición motiva se aprecia que el artículo 49 dispone lo que sigue:

«1. En la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación [...] ».

2. La filiación determina los apellidos.

Si la filiación está determinada por ambas líneas los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.

En caso de desacuerdo o cuando no se haya hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos. El progenitor podría determinar el orden de los apellidos [...]»

Es, pues, el interés superior del menor el que inspira al legislador de esta Ley para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el Encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión.

Evidentemente meritada Ley no estaba en vigor al dictarse la sentencia, pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor.

La propia Disposición Final décima de la Ley motiva su largo periodo de “*vacatio legis*” cuando recoge que “*Hasta la entrada en vigor de la presente Ley, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles dentro del proceso de modernización de la Justicia*”.

Se trata de una dilación exigida por razones estructurales y organizativas del nuevo Registro Civil, que no por inexistencia de los principios que informan sus novedades sustantivas.

Así ha venido a confirmarlo el propio legislador que, ante las dilaciones de la entrada en vigor de la Ley, ha decidido que algunos preceptos, entren en vigor el 15 de octubre de 2015 y no el 30 de junio de 2017, en virtud de la redacción dada a la disposición final décima por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, en concreto por el apartado diez del artículo segundo de esta.

5. Así lo interpretó el Tribunal Constitucional en la sentencia de su Sala Segunda 167/2013 de 7 de octubre, Rc. 614/2010, por entender comprometido el derecho fundamental a la propia imagen del menor del artículo 18.1 de la Constitución Española, al alcanzar a este el cambio de apellidos a una edad en que tanto en la vida social como en la escolar es conocido por el primer apellido en su día determinado. Se hacía ver que en el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por Sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

6. En atención a la doctrina de la Sala procede la estimación del recurso y, asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Mónica Díaz contra la sentencia 24 de octubre de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Las Palmas de Gran Canaria, ordenando que en el orden de los apellidos del menor el primero sea el de la línea materna y el segundo el de la paterna.

Así lo impone el interés del menor si se tiene en consideración que: (i) el menor nació el 28 de diciembre de 2009; (ii) que el padre inició el procedimiento de reclamación de paternidad con fecha 20 de septiembre de 2011, esto es cuando ya tenía casi dos años de edad; (iii) que desde su nacimiento el menor ha utilizado como primer apellido el de la madre; (iv) que a la finalización del procedimiento judicial y sus recursos tendrá cerca de seis años; (v) que por ende durante este largo periodo es conocido con el “nomen” primigenio tanto en el ámbito familiar como en el escolar y social».

En la de fecha 11 de noviembre de 2015, en primera instancia se estimó íntegramente la demanda, declarando que el menor nacido en Alicante el 27 de noviembre de 2009, es hijo biológico no matrimonial de don Z, y librando oficios al Registro Civil de..., para que se anote en la hoja de nacimiento del menor, con la consiguiente modificación de apellidos, pasando a ser el primero del padre y el segundo de la madre. Recurrida en apelación la sentencia por la madre, la audiencia provincial lo desestimó, por lo que recurrió interponiendo recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. Por lo que a este último interesa, el T.S. lo resolvió estimando dicho recurso, y en su F.D. Quinto, si bien en sus números 1 a 5 reitera la doctrina puesta en la resolución anterior, y en el nº 6 añade:

«6. En atención a la doctrina de la Sala el recurso debe estimarse y, asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por doña contra la sentencia dictada el 4 de diciembre de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Alicante, ordenando que en el orden de los apellidos del menor el primero sea el de la línea materna. No se trata, como afirma la sentencia de instancia, de si usar como primer apellido el del padre perjudica al menor, sino de indagar cual será el interés superior de éste respecto de dicho extremo. Y si a la fecha que se resuelve el recurso el menor tiene cerca de seis años, durante los cuales familiar, social y escolarmente se ha identificado para el primer apellido con el de la madre, con él debe permanecer.»

III. EL ESTADO CIVIL Y LA CAPACIDAD DE OBRAR: EDAD Y MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR.

A. La capacidad de obrar y la edad.

Ejemplo de la importancia práctica que la cuestión suscita, lo es la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del T.S. de fecha 16/12/2015, recurso de casación nº 859/2014, en la que el debate se centró en si se computaba el plazo de residencia durante la minoría de edad, subyaciendo en el fondo la cuestión relativa a la capacidad de obrar, pues la expresión que utiliza el párrafo 2º del art. 225 R.R.C. es la de “no regir su persona”. En la indicada resolución se concluyó que solo se computa en el plazo de residencia de diez años, aquellos que corresponden con la plena capacidad de obrar y por tanto con la mayoría de edad.

Con tal preámbulo y en relación a la capacidad para realizar actos y negocios jurídicos por los menores de edad, partimos del art. 322 C.C., según el cual, la mayoría de edad supone el momento a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones previstas(por ejemplo para adoptar). Ahora bien, sin duda se ha ido produciendo un progresivo aumento en la capacidad de obrar de los menores, ampliándose considerablemente el abanico de negocios jurídicos en los que puede intervenir, requiriéndose tan solo la asistencia, a veces el complemento de quienes por ley están llamados a completarla, ya sea a través de la institución de la patria potestad o a través de los organismos tutelares. Para determinar esa asistencia o en su caso complemento de capacidad, junto al criterio objetivo de la edad se atiende a otros como el de grado de madurez del interesado y la trascendencia del acto o negocio jurídico; de modo que no se atenderá, o al menos no solo se atenderá, a un dato/ criterio objetivo, de ostentar una cierta edad, sino que habrá de atenderse a otros factores; y es lo que fundamenta que, el legislador, para ciertos actos y negocios jurídicos, exija un plus a añadir a la mayoría de edad(verbigracia para adoptar), y para otros, no requieran de dicha mayoría(verbigracia hacer testamento).

En relación a la capacidad del menor de edad no emancipado, y la progresiva ampliación de su ámbito de actuación en la esfera de los derechos de la personalidad, son claros ejemplos, la L.O.P.J.M. de 1/1996, y fundamental la S.T.C. de 154/2002, de 18 de julio(en esta se consideró al menor, que tenía 13 años, con la suficiente capacidad natural y madurez como para decidir en conciencia sobre aspectos serios que afecten a su vida)y que tuvo su respuesta inmediata a nivel legislativo en el art. 9 de la ley de Autonomía del Paciente del año 2002.

En efecto, y en este contexto, la Constitución Española establece en su artículo 39 la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Entre estos acuerdos e instrumentos internacionales destacan dos Convenciones de Naciones Unidas, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990 y sus Protocolos facultativos, y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007. Además, resultan reseñables dos Convenios impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el de 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010. Por otra parte, deben destacarse también tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de no-

viembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. Y, finalmente, el Reglamento (C.E.) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (C.E.) n.º 1347/2000.

Fruto de esa progresión son la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, y la Ley 26/2015. La primera de las Leyes reforma la L.O.P.J.M., reforzando el principio del interés jurídico del menor, al objeto de hacerlo prioritario, se desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 12 de noviembre de 2010; y con los criterios recogidos en la Observación n.º 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Se sustituye el término juicio por el de madurez, tanto en la presente ley orgánica como en la ley ordinaria de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y que es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia, tales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011, entre otros.

Especialmente interesante es la modificación del art. 9.2 de la L.O.P.J.M., al establecer que:

«2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. **La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.**

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente».

La Ley 26/2015, por lo que al presente interesa e incide en la capacidad de obrar del menor, modifica los arts. 1263 y 1264 del C.C., y art. 9 de la Ley de autonomía del paciente. La Ley de la Autonomía del Paciente es reformada en la disposición final segunda incorporando los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. Esta Circular postula en sus conclusiones la necesaria introducción del criterio subjetivo de madurez del menor junto al objetivo, basado en la edad. Este criterio mixto es asumido en el texto legal. Se introduce, para mayor claridad, un nuevo apartado 4 en el artículo 9 referido a los menores emancipados o mayores de 16 años en relación a los cuales no cabe otorgar el consentimiento por representación, salvo cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud. Por otra parte, se añade a ese artículo 9 un apartado 6 en el que se establece que en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, la decisión debe adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, y en caso contrario deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente.

Los artículos afectados por la reforma son los siguientes:

«Artículo 1263 C.C.: No pueden prestar consentimiento:

1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.»

«Artículo 1264 C.C.: Lo previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer».

Igualmente se modifican los apartados 3, 4 y 5 y se añaden los apartados 6 y 7 al artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que quedan redactados como sigue:

«3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intel.e.c.tual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.»

La reciente Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2015 contiene importantes reformas de C.C.. Uno de sus aspectos más relevantes es el relativo a la capacidad de contraer matrimonio y la edad requerida para su autorización. Elimina la dispensa judicial a partir de los 14 años y asocia el matrimonio con la capacidad de los sujetos a partir de la emancipación.

Tema de reciente actualidad lo es el de la transexualidad de los menores, y la constitucionalidad de su falta de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral de sexo, tal y como lo ha planteado a el A.T.S. de la Sala de lo Civil, en Pleno de 10 de marzo de 2016.

La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en su artículo 1.1 solo reconoce legitimación para instar la modificación a los mayores de edad con capacidad suficiente.

A falta de una norma que regulase la materia, inicialmente, la cuestión se resolvía por la jurisprudencia, al amparo del artículo 10.1 de la Constitución, que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el que ha de entenderse incluida la facultad de vivir conforme a las tendencias del sexo psíquico, ya que «nadie puede ser obligado a mantenerse dentro de los márgenes de un sexo que psíquicamente no le corresponde o que repele» (S.T.S., Sala de lo Civil, 2 julio 1987). Una vez constatado el cambio social de sexo, se admitía la rectificación de la mención del sexo, mediante una «sentencia firme recaída en juicio ordinario» (art. 92 L.R.C.), de carácter constitutivo, que daba derecho al transexual a cambiar su nombre por otro coherente con su nuevo sexo legal. Para ello el T.S. exigía que el interesado se hubiese sometido a una operación quirúrgica de cambio de sexo y a tratamiento hormonal (S.T.S., Sala de lo Civil, 6 septiembre 2002). Sin embargo, esta exigencia pronto se suavizó por la jurisprudencia menor.

La nueva Ley articula el cambio a través de expediente gubernativo, con lo que se evita tener que acudir a la vía del juicio ordinario prevista en el artículo 92 de la vigente Ley del Registro Civil. La disposición final segunda, apartado 4, de la Ley 3/2007 modificó la redacción del artículo 93.2.º de la Ley del Registro Civil, que en la actualidad establece:«...pueden rectificarse previo expediente gubernativo:...2.º La indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias, así como la mención registral relativa al sexo de las personas en los casos de disforia de género».

De acuerdo con el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, la legitimación para incoar el expediente corresponde al interesado, que ha de ser una persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente. Intervendrá el Ministerio Fiscal, y una vez instruido el expediente y oído el Ministerio Fiscal, el Encargado dictará, en forma de auto, la resolución que proceda, y contra ella, cabe recurso ante la D.G.R.N.

La rectificación registral de la mención del sexo se acordará siempre que la persona acredite que presenta disforia de género y que ha sido tratada medicamente durante dos años para acomodar sus características físicas a las del sexo que reclama. La disforia debe acreditarse mediante un informe de médico o psicólogo clínico, en el que se debe hacer referencia a la existencia de discordancia entre el sexo morfológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante, así como a la estabilidad y persistencia de esta disonancia. Asimismo, deberá poner de manifiesto la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de modo determinante, en la referida disonancia, art. 4.1.a) Ley 3/2007.

La justificación del tratamiento médico, por su parte, se efectuará a través de un informe emitido por el médico colegiado bajo cuya dirección se haya llevado a cabo y, en defecto de éste, por un médico forense especializado, art. 4.1.b). No obstante, el tratamiento médico no será necesario cuando concurren razones debidamente acreditadas de salud o edad que hayan imposibilitado su seguimiento, art. 4.2 de la misma Ley.

No es preciso que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual (art. 4.2). La resolución que acuerde la rectificación habrá de inscribirse en el Registro Civil, produciendo efectos constitutivos a partir de entonces. La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, si bien no determinará alteración en la titularidad de sus derechos y obligaciones anteriores (art. 5).

Pues bien, solicitada la rectificación de la mención del sexo por un menor a través de la representación de sus progenitores, el A.T.S. de 10 de marzo de 2016 ha planteado una cuestión de constitucionalidad en relación con la legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral de sexo y nombre, contemplada en el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo.

Entrando ya en el examen del Auto referido. Los antecedentes son los siguientes: los progenitores X e Y, en representación de su hija menor de edad, iniciaron un expediente gubernativo para el cambio de la mención del sexo y del nombre en el Registro Civil, instando que se rectificase la inscripción de nacimiento de la interesada, de manera que apareciese como hombre, no como mujer, y que, en coherencia con ello, se sustituyera su nombre por uno masculino. El Juez Encargado del Registro Civil rechazó la solicitud, por considerar que, al ser la persona interesada menor de edad, no concurrían los requisitos de legitimación exigidos por la Ley 3/2007.

A la vista de lo anterior, los progenitores, en representación del menor, promovieron un juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, en el que se solicitaba la rectificación de la inscripción de nacimiento en el sentido indicado anteriormente. La demanda se basaba en el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 4 de la Ley 3/2007 —es decir, el diagnóstico de disforia de género y la acreditación del seguimiento de un tratamiento médico para acomodar las características físicas a las del

sexo reclamado— y en la convicción de que la minoría de edad, si bien impedía al interesado la vía del expediente gubernativo de rectificación de las menciones de sexo y nombre, no suponía la imposibilidad de acudir al juicio ordinario del artículo 92 de la Ley del Registro Civil. Mediante sentencia de 5 de enero de 2015, el referido Juzgado desestimó la pretensión de los demandantes, al entender que, conforme al artículo 1.1 de la Ley 3/2007, sólo los mayores de edad resultaban amparados por este texto legal. La sentencia consideró que con tal decisión el legislador trataba, de buena fe, de proteger los derechos de los menores, siguiendo con ello las recomendaciones de los estudios científicos en la materia, que han puesto de manifiesto las dificultades de diagnóstico de la disforia de género en la época puberal, mientras que, si la identificación del menor con otro sexo persiste al final de la adolescencia, el riesgo de remisión es prácticamente nulo.

Apelada la sentencia, la A.P. desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia. Resolvió que la limitación de la legitimación activa a las personas mayores de edad y con capacidad suficiente constituía «una decisión del legislador adoptada conscientemente para dar “cobertura y seguridad jurídica” a la transexualidad con una “legislación específica”, al igual que los “países de nuestro entorno”, en palabras de la exposición de motivos de la Ley 3/2007». Asimismo, señaló que el artículo 1.1 de la Ley 3/2007 tenía carácter general por lo que la exigencia de la mayoría de edad resultaba aplicable no sólo al expediente gubernativo de rectificación de la mención registral del sexo y el nombre, sino también al juicio declarativo en que se ejercita la acción de rectificación. Finalmente, la Audiencia entendió que no cabía defender la aplicación restrictiva de la legitimación del artículo 1.1 a los procedimientos gubernativos, invocando los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y los derechos del menor a su desarrollo y a una formación conforme a su personalidad contenidos en el artículo 5.1 del Código de Derecho Foral de Aragón, por cuanto la Ley 3/2007 no niega la rectificación de la mención registral de sexo, sino la legitimación de los padres del menor en su representación y del propio interesado antes de alcanzar la mayoría de edad.

Contra esta sentencia se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. El A.T.S. de 23 de septiembre de 2015 admitió a trámite el recurso y dio traslado al Ministerio Fiscal, que formalizó su oposición al mismo. Emplazadas las partes, para presentar sus alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la exigencia de la mayoría de edad por el artículo 1 de la Ley 3/2007, el Ministerio Fiscal se mostró a favor de elevar cuestión al Tribunal Constitucional, al objeto que se pronunciase al respecto y, en su caso, sobre las garantías, condiciones y edades a considerar para proteger los derechos e intereses de los menores. Por su parte, el demandante solicitó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no sólo respecto de la edad requerida por la Ley 3/2007, sino también sobre otros dos requisitos exigidos para acordar la rectificación de la mención registral del sexo: la acreditación del diagnóstico de disforia de género y del tratamiento médico durante al menos dos años. Después de analizar los requisitos de pertinencia y relevancia, el A.T.S. de 10 de marzo de 2016 acuerda «plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 1 de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por presunta vulneración de los artículos 15, 18.1 y 43.1, en relación al 10.1, todos ellos de la Constitución, en cuanto que solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre».

La cuestión relativa a los menores ya se planteó por algún Grupo Parlamentario durante la tramitación de la norma, alegando que no tenía mucho sentido constreñir a una persona a sufrir un desarrollo hormonal, contra el que después se vería obligada a luchar, y a recibir una educación contraria a su género, para luego permitirle cambiar con la mayoría de edad. Por ello, se propuso la introducción de un precepto en el articulado del Proyecto de Ley que permitiese a los menores modificar su inscripción de nacimiento, aunque, eso sí, a través de sus representantes legales y mediante un proceso judicial con todas las garantías precisas. No obstante, parece que el legislador prefirió dar prioridad al principio de seguridad jurídica, probablemente, por el temor al denominado «riesgo de remisión», ya que, hasta el momento, las principales clasificaciones diagnósticas que contienen referencia a la disforia de género en niños coinciden en señalar su «escasa evolución hacia el transexualismo en la edad adulta».

Ante tal situación algunos progenitores intentan el cambio registral del nombre, incoando el expediente contemplado en el artículo 209.4.º del Reglamento del Registro Civil, con desigual éxito, pues el artículo 54 de la Ley del Registro Civil, entre otros, prohíbe los nombres «que induzcan a error en cuanto al sexo».

En su auto de 10 de marzo, el T.S. rechaza la interpretación propuesta en el recurso, en virtud de la cual la legitimación establecida en el artículo 1.1 de la Ley 3/2007 vendría referida exclusivamente al expediente

gubernativo de rectificación de la mención registral del sexo –único procedimiento que es objeto de regulación en dicha Ley–, pero no al juicio declarativo del artículo 92 de la Ley del Registro Civil, por varios motivos.

En primer lugar, el Tribunal Supremo entiende que, de aceptarse esta tesis, la solicitud de rectificación de la mención registral del sexo a través de juicio ordinario quedaría carente de regulación sustantiva, ya que la única existente es la de la Ley 3/2007. En segundo lugar, según la Sala, tampoco avalaría la teoría del interesado el hecho de que, una vez entre en vigor la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la única vía que permitirá llevar a cabo la modificación de la mención de sexo será la registral. Finalmente, tomando en consideración que en los países de nuestro entorno en que se ha planteado la misma cuestión ésta se ha decidido por el Constitucional, el Supremo estima que procede el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, conforme al artículo 5.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

El T.S. parte de la consideración de que, obviamente, todos los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos –y, particularmente, el respeto a la dignidad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad– en los que tanto nuestro Tribunal Supremo como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos vienen fundamentando la procedencia del cambio en la mención registral del sexo de las personas transexuales, amparan también a los menores de edad.

Como se recuerda en el auto, es cierto que, en relación con ellos, concurren dos circunstancias que en ocasiones pueden determinar la restricción del ejercicio de los derechos fundamentales: «la falta de madurez de la persona para el ejercicio del derecho fundamental, como puede ocurrir por ejemplo con el derecho de sufragio o el derecho a contraer matrimonio; y, la más importante, la necesidad de protección de la persona menor de edad que la propia Constitución reconoce (art. 39.3 y 4), puesto que, en palabras del Tribunal Constitucional, constituye una categoría de personas «típicamente necesitada de una mayor protección: la de los menores de edad (art. 39.3 y 4 C.E.). Sin embargo, no es menos cierto que, como estas circunstancias no operan de manera uniforme durante toda la minoría de edad, admiten modulaciones, «siendo más intensas las justificaciones a la restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales cuanto menor es la edad de la persona».

Por el contrario, cuando no guarde relación con la madurez del menor o con su necesidad de protección, difícilmente podrá defenderse la limitación del ejercicio de sus derechos fundamentales amparada en motivos de orden público, en cuanto, en un Estado social y democrático de Derecho, el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos constituye, precisamente, el núcleo esencial del orden público. Además, respecto de la materia que nos ocupa, la jurisprudencia ha declarado que algunas cuestiones tradicionalmente incluidas en el orden público, como la indisponibilidad del estado civil, en la actualidad presentan una importancia secundaria respecto al ejercicio de los derechos fundamentales y, en consonancia, no pueden impedir la modificación de la rectificación registral del sexo.

Ha de determinarse, por tanto, si la limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales del menor que supone privarle de la facultad de solicitar el cambio de la mención registral del sexo y el nombre, de la que sí disfrutaban los mayores de edad, está debidamente justificada desde el punto de vista constitucional. Para ello, debe comprobarse si la medida adoptada es adecuada –es decir, si persigue un fin de relevancia constitucional y es apta para su consecución– y proporcional –esto es, si existe un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que se derivan de ella, de forma que, aunque en cierto modo sea gravosa, no resulte desmesurada–.

Por lo que se refiere a la adecuación, en un supuesto como el del demandante –«se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad, y cuando la discrepancia entre el sexo psicológico y el registral le provoca unos sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad incompatibles con las exigencias del derecho a la integridad moral del art. 15 de la Constitución y a la salud, entendida en su sentido más integral de bienestar físico y moral, del art. 43 de la Constitución, y le expone al conocimiento público de su condición de transexual cada vez que ha de identificarse en el ámbito escolar, de relaciones con las administraciones públicas, etc., con la vulneración que ello supone de su derecho a la intimidad del art. 18.1 de la Constitución»–, el Tribunal Supremo manifiesta sus dudas acerca de la indispensabilidad de la medida para garantizar la consecución de la finalidad perseguida, que no es otra que la protección de la seguridad jurídica, en relación con la indisponibilidad y estabilidad del estado civil.

Asimismo, al enjuiciar la proporcionalidad, el Alto Tribunal se muestra escéptico sobre la existencia de una ponderación razonable entre la exigencia de estabilidad en el estado civil –que, en efecto, podría verse amenazada por el «riesgo de remisión», al ser éste mayor en las personas que se hallan en las primeras fases de la adolescencia, por lo que, desde luego, en tales supuestos, se recomienda una minuciosa evaluación de las circunstancias– y los graves daños que se le pueden irrogar al menor impidiéndole solicitar la rectificación registral de la mención del sexo.

Por lo que se refiere a la segunda exigencia del artículo 35.2 de la Ley Orgánica 2/1979, el auto que nos ocupa se refiere a un litigio en el que el demandante es un menor de edad a quien, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, no han reconocido legitimación para llevar a cabo la rectificación de la mención registral del sexo, en virtud del artículo 1 de la Ley 3/2007, aun cuando su capacidad procesal estuviera integrada al comparecer representado por sus padres. El precepto mencionado –sostiene la resolución del Supremo– constituye una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, en cuanto «si las personas menores de edad están o no legitimadas para solicitar el cambio de la mención registral del sexo y el consecuente cambio del nombre por otro adaptado al sexo es una cuestión fundamental para dictar la sentencia que resuelva el recurso de casación formulado por el menor demandante».

En opinión del Supremo, en cambio, carece de relevancia para la validez del fallo el artículo 4.1 de la Ley 3/2007, cuya constitucionalidad, según el demandante, también debería cuestionarse; téngase en cuenta que, en relación con el primer requisito que exige ese precepto, consta acreditado el diagnóstico de disforia de género mediante un informe que reúne las condiciones exigidas en la Ley. Otro tanto puede afirmarse del segundo, puesto que, aunque el demandante no hubiese completado los dos años de tratamiento médico para acomodar sus características físicas a las del sexo reclamado, tal y como prevé al artículo 4.2 de la Ley 3/2007, este requisito podrá excepcionarse «cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento».

En base a todo lo expuesto, la Sala acuerda plantear la cuestión de inconstitucionalidad en relación al artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, por presunta vulneración de los artículos 15, 18.1 y 43.1, en relación con el 10.1, todos ellos de la Constitución.

La resolución cuenta con voto particular. En dicho voto, su autor refiere que la opción legislativa consistente en supeditar la rectificación registral a la mayoría de edad se halla plenamente justificada, en cuanto –como se lee en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2007– tal modificación se dirige «a constatar como un hecho cierto el cambio ya producido en la identidad de género», circunstancia difícil de diagnosticar de modo definitivo en la adolescencia. «La restricción de la legitimación a las personas mayores de edad –afirma el autor del voto discrepante– no puede considerarse desproporcionada cuando la propia norma legal toma en consideración como parámetro justificativo del cambio de la mención registral “la identidad de género sentida por el solicitante” cualificada por su “estabilidad y persistencia” [art. 4.1.a).1]». Suprimir la exigencia de la mayoría de edad supondría equiparar a los menores con los mayores de edad, a pesar de que la minoría no constituye una situación uniforme, con lo que se estarían unificando «realidades evolutivas de características dispares» sin establecer las garantías adecuadas. En opinión de este magistrado, la decisión al respecto «excede a un pronunciamiento de inconstitucionalidad, y queda en el ámbito del legislador, quien si decide permitir en algún caso el cambio de la mención registral del sexo de un menor de edad, deberá establecer otras garantías y requisitos vinculados al proceso de maduración y a la estabilidad y persistencia de la identidad de género sentida por el interesado».

B. La modificación de la capacidad de obrar.

En relación con dicha cuestión, debemos partir de la S.T.S. del Pleno de fecha 29 de abril de 2009. Habiéndose ratificado por España, la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad de 2006, en 2007, se hizo preciso adaptar nuestra normativa interna a dicha convención. A través de este epígrafe, vamos a repasar jurisprudencialmente dicha cuestión.

1. Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia del Pleno 282/2009 de 29 de abril de 2009, Rec. 1259/2006.

En su F.D. Quinto se declara: «QUINTO. REGLAS INTERPRETATIVAS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE INCAPACITACIÓN.

Antes de entrar a examinar los diversos motivos del recurso de casación esta Sala debe establecer las reglas interpretativas que permitirán compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York, de 2006 y lo establecido en el C.C., a partir de la reforma de 1983. La cuestión interpretativa que plantea la Convención se centra en su Art. 12 que establece lo siguiente:

“Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

El problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del Ministerio Fiscal se centra, en consecuencia, en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces.

1.º La Convención, en sus Arts. 3 y 12, de la misma manera que en su título y en Propósito expresado en el Art. 1, pretende *“promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad”* de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, entendida ésta en el sentido que se ofrece en su Art. 1.2 de la Convención, que las identifica como aquellas que tengan *“deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. España ha tomado ya algunas decisiones de contenido diverso en el mismo sentido que se establece en la Convención ya a partir de la reforma del C.C. ocurrida por Ley 13/1983, de 24 de octubre y, además, en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de patrimonio de las personas con discapacidad*; la Ley 51/2003, de 2 diciembre, *de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad* y la Ley 39/2006, de 14 diciembre *de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia*. De este modo debe afirmarse que el Derecho español, en aplicación de lo establecido en el Art. 49 C.E., ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social. Cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección. Y el caso es que la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo establece que el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley *“reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención [...]”*.

2.º En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 marzo 1947 donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la C.E. De este modo puede afirmarse que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad.

En consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada concreta situación: a) la incapacitación; b) la curatela, y c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del C.C. efectuada por la Ley 41/2003.

3.º El derecho de la persona está recogido en el artículo 10 C.E., que se basa en el reconocimiento de la dignidad de la persona. En consecuencia, la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona, impide la división en bienes o situaciones aisladas. En el artículo 10 C.E. la persona es un valor, que debe ser tutelado por el legislador y el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento.

Pero el problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección.

Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

4.º Debe ser positiva la respuesta a la pregunta de si está de acuerdo con los valores constitucionales una regulación específica de la situación jurídica del incapaz. Todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular. Así el artículo 162 C.C. exceptúa de la representación de los padres “los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo” (un caso emblemático es el recogido en la S.T.C. 154/2002, de 18 julio sobre libertad religiosa del hijo menor de edad, aunque mayor de 14 años) y aunque el Art. 162 C.C. aparece referido sólo a menores, esta misma norma se aplicará cuando se prorrogue la patria potestad, al incapacitarse hijos mayores y, por su propia naturaleza, a los incapacitados, ya que la sentencia tiene contenido variable, según dispone el Art. 760.1 L.E.C. y se establ.e.c.ía en el ahora derogado Art. 210 C.C. después de la reforma de 1983; también el Art. 209 del Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 15 julio) excluye de la representación los actos “relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que lo regulen lo dispongan de otro modo” y ello tanto en lo que se refiere a la tutela de menores, como a la de los incapaces.

Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la C.E. y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 C.E., por lo que,

a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 septiembre 1999 que declaró que “implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial”.(asimismo S.T.S. de 14 julio 2004).

b) No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 C.E., al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 C.E. Por tanto, en principio, el C.C. no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

c) La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 C.E.), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.

SEXTO. DERECHO COMPARADO.

Los anteriores argumentos han sido adoptados en países de nuestro entorno cultural, firmantes asimismo de la Convención de 2006.

1. Debe citarse el C.C. del Québec, cuyo Art. 285, traducido, dice que el Tribunal instituirá la tutela si se ha determinado que la ineptitud de la persona mayor para autogobernarse (“prendre soin de lui-même”) es parcial o temporal y que tiene necesidad de ser representado en el ejercicio de sus derechos civiles. Puede nombrar el Tribunal un tutor para la persona y los bienes o bien un tutor para la persona y uno para los bienes.

2. El Codice civile italiano, a partir de su reforma de 9 enero 2004, distingue dos sistemas de protección: la denominada “amministrazione di sostegno” (artículo 404 Codice civile) y la incapacitación (artículos 414 y ss). La primera es una forma de protección de la persona que se produce por efecto de una enfermedad o de una discapacidad, aunque sea parcial o temporal; la persona se ve imposibilitada de proveer a sus propios intereses, mientras que la incapacitación, que producirá el nombramiento de un tutor, afectará a los menores emancipados y los mayores de edad que se encuentran en condiciones habituales de enfermedad mental que les hace incapaces de proveer a sus propios intereses; en esta situación se procederá al nombramiento de un tutor, que representará al sometido a esta medida.

3. El Code civil francés, establece en el Art. 491 un sistema de rotación del mayor de edad que por una de las causas previstas en la ley, necesita estar protegido en los actos de la vía civil. Reconoce que conserva el ejercicio de todos sus derechos. Este sistema recibe el nombre de “suavegarde de justice”. Prevé también la tutela (artículo 492) para los casos de un mayor que tenga necesidad de ser representado de forma continuada en todos los actos de la vía civil. En general, considera que se trata de mayores de edad protegidos por la ley. Esta regulación proviene de la modificación del Code realizada por la Ley nº 68.5 de 3 enero 1968.

4. El B.G.B. reformó en 1998 las cuestiones relacionadas con la capacidad; cuando se trata de mayores de edad, el § 1896 (1) establece (traducido) que “si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o una discapacidad física, psíquica o mental no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas, a petición suya o de oficio, le nombra un asistente legal. [...]. Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal sólo puede ser nombrado a petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad”; a continuación el § 1902 B.G.B. establece:

“representación del asistido. Dentro del ámbito de sus funciones, el asistente legal representa al asistido en juicio y fuera de él”.

De este repaso se puede llegar a la conclusión que, aunque utilizándose distintos nombres, los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno establecen sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle. Estos sistemas tienen una intensidad variable, pero siempre prevén que en aquellos ámbitos en los que se establezca la medida de protección, el asistente o tutor representará al incapaz. Y vienen a coincidir, aunque con nombres diversos, en los tres grados de protección previstos en el C.C. español y explicitados en el Fundamento Jurídico 5.º de esta sentencia.

SÉPTIMO. LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN.

Otra cosa distinta es si el sistema de protección debe ser o no rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección.

Esta Sala, en la ya citada sentencia de 5 marzo 1947, entendió que la ley entonces vigente tenía una laguna, cuando no permitía regular los efectos de la debilidad o el atraso mental como distintos de los de la demencia o locura, laguna que colmó ajustando la extensión de la tutela al grado de intensidad con que se manifiesta en cada caso la perturbación, sentencia que fue seguida por las de 13 mayo 1960, 25 marzo 1961, 17 abril 1965 y 6 febrero 1968. La reforma del Código de acuerdo con la Ley 13/1983, de 24 octubre introdujo un sistema proteccionista, pasando del concepto tradicional capacidad/incapacidad a una situación adaptable a las necesidades de protección del destinatario de la medida. Desde entonces se viene sosteniendo por la jurisprudencia y la doctrina que la incapacitación sólo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrá discutirse la cualidad de persona del sometido a dicho sistema de protección. La Ley 41/2003, de 18 noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, introduce un nuevo sistema de protección, sin incapacitación, para personas en razón de su discapacidad, con relevancia en el ámbito del Derecho civil; este sistema no depende, pues, de la incapacitación, ni constituye un estado civil y se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% (Art. 2.2).

La S.T.C. 174/2002, de 9 octubre dice que “En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 C.C.), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 C.C. (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 L.E.Civ.) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 C.C.), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación [...]. La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable”.

De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el C.C. sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 C.C. y del artículo 760.1 L.E.C.

2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.»

2. Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 261/2016 de 20 abril de 2016, Rec. 920/2014.

Versa esta resolución sobre contratos de constitución de hipoteca sobre un inmueble ganancial celebrados por ambos cónyuges, estando uno de ellos incapacitado y sin previa autorización judicial: tipo de ineficacia, duración de la acción y requisitos de la confirmación. Legitimación para anular los contratos: exigencias de la buena fe y doctrina de los actos propios. Protección del artículo 34 L.H. a quien resultó adjudicatario del inmueble en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Se desestima el recurso, se declara que la acción sería de anulabilidad, no de nulidad, por aplicación del art. 1322 C.C.; se protege al tercero que adquirió de buena fe, art. 34 L.H.

En su F.D. Tercero, dispone:

«[...] A continuación, debemos plantear cuál es el tipo de ineficacia que corresponde a los actos de disposición sobre bienes gananciales efectuados por el cónyuge capaz sin la preceptiva autorización. Debe advertirse que en el presente supuesto no puede aplicarse la doctrina contenida en la sentencia del Pleno de esta Sala de 22 abril 2010 y en la de 8 julio 2010 que la aplica, que declaran la nulidad de los actos de disposición efectuados por el titular de la patria potestad y por el tutor sin la autorización judicial. La imposibilidad de aplicar la doctrina contenida en esas sentencias deriva de la existencia de normas específicas y expresas relativas a la ineficacia de los actos de disposición relativos a los bienes gananciales efectuados por el esposo sin autorización judicial, contenidas en el citado Art. 1389.2 C.C.»

En los casos resueltos en las citadas sentencias, se parte de la base contraria a la que existe respecto de la disposición de bienes gananciales, porque el C.C. contiene una norma específica reguladora de la ineficacia de estos actos o contratos, que hay que aplicar necesariamente cuando se trata de disposición de bienes gananciales con las correspondientes autorizaciones. Se trata de la norma contenida en el Art. 1322 C.C., que dice que cuando la ley exija para un acto de administración [o disposición] que un cónyuge actúe con el consentimiento del otro, “los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido”. El supuesto contemplado en el Art. 1398.2 C.C. está incluido en este supuesto, que obedece a la misma razón.»

Por tanto la ineficacia de los actos otorgados por el cónyuge tutor sin autorización judicial no es la nulidad general de los Arts. 1259 y 4 [rectius, 6.3] C.C., como ocurre con la disposición por el padre o tutor de los bienes de sus hijos o pupilos sin la autorización judicial, sino la de los artículo 1389 y 1322 C.C., que establecen un tipo de ineficacia concreto para la disposición de gananciales sin la preceptiva autorización.»

[...] Declarado que la ineficacia producida es la anulabilidad, hay que determinar en qué momento se inicia el plazo para el cálculo de los cuatro años de caducidad establecido en el Art. 1310 C.C. para el ejercicio de la acción. Ciertamente, el Art. 1301 C.C. establece una norma específica para determinar el inicio del plazo en los casos en que la acción se dirija a “invalidar los actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando ese consentimiento fuere necesario”. Este plazo empieza a contar “desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato”. A dicho supuesto debe equipararse el caso de falta de autorización judicial, ya sea porque el cónyuge no disponente se encuentre incapacitado, ya sea porque se ha producido dicha disposición directamente y en contra de lo dispuesto en el Art. 1322 C.C.»

3. De considerar aplicable al caso de autos lo dispuesto en el artículo 1389.II C.C. y la citada doctrina de la Sentencia de 23 de septiembre de 2010, habrá que concluir que es la anulabilidad (no la nulidad absoluta o de pleno derecho) el tipo de ineficacia predicable de los contratos de constitución de las tres hipotecas sobre la vivienda; y que el 28 de septiembre de 2010, fecha de interposición de la demanda iniciadora del presente proceso, ni siquiera había comenzado a correr el plazo de cuatro años para anular dichos contratos, ya que don Miguel Ángel y doña Amparo continuaban casados y en régimen de sociedad de gananciales: nadie ha afirmado nunca lo contrario».

3. Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 716/2015 de 17 diciembre de 2015, Rec. 2577/2014.

Sobre proporcionalidad de las medidas adoptadas en la esfera patrimonial del discapaz. En su F.D. Segundo dispone:

«Lo que pretende la Convención, en sus Arts. 3 y 12, de la misma manera que en su título y en Propósito expresado en el art. 1, dice la citada sentencia, “es promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad” de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, entendida ésta en el sentido que se ofrece en su art. 1.2 de la Convención, que las identifica como aquellas que tengan “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”; protección que solamente tiene justificación con relación a la persona afectada, “como trasunto del principio de la dignidad de la persona” (SS.T.S. 16 de septiembre de 1999 y 14 de julio de 2004).

Siempre teniendo en cuenta, de un lado, que esta persona sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que las cautelas que se imponen son sólo una forma de protección, y, de otro, que estas medidas no son discriminatorias porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuya patología no le permite ejercer sus derechos como tal porque le impide autogobernarse; medidas que no son contrarias a los principios establecidos en la Convención ni constituyen una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 C.E., al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente lo que, como ocurre en este caso, determina que se le proporcione un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 C.E.

La conclusión, como dice el Ministerio Fiscal, es la que establece la Audiencia Provincial. Una cosa es que el recurrente pueda seguir por su propia iniciativa el tratamiento prescrito y deje de ingerir sustancias nocivas, y otra distinta que con los antecedentes constatados a través de la prueba, se haga necesario establecer en su beneficio las medidas prescritas en la sentencia; medidas que en ningún caso son desproporcionadas sino adecuadas al estado de salud de quien recurre».

4. Tribunal Supremo, Sala primera, de lo civil, Sentencia 181/2016 de 17 marzo de 2016, rec. 1624/2015.

Discapaz y derecho de sufragio. Resuelve que:

«El artículo 29 de la Convención (SS.T.S. 24 de junio 2013, 1 de julio 2014, entre otras) garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1.b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de este estado, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal.

La decisión de privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación e.l.e.c.toral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada, como advierte la sentencia recurrida.

Ocurre en este caso, a diferencia del supuesto resuelto en el recurso de casación que dio lugar a la sentencia de 24 de junio de 2013, que tanto la sentencia del Juzgado como la de apelación no han actuado “de

forma rutinaria o con inadvertencia hacia este aspecto concreto”, antes al contrario, dicha persona fue objeto de atención específica, provocando que se formularan preguntas concretas de interés sobre el mismo, en las varias sesiones en que estuvieron con ella. “Consta, señala la recurrida, datos plenamente relevantes como que su nivel de competencia curricular sea del 1er. ciclo de educación primaria (de 6 a 8 años), su desconocimiento casi total del valor del dinero o de conceptos legales básicos, su carencia casi total de conocimientos políticos (ignorancia sobre los partidos políticos o sobre el contenido de las elecciones) o su falta de capacidad para adoptar decisiones elementales (cuestión relativa al incendio), que llevan a estimar soportada por prueba suficiente la decisión restrictiva adoptada en la sentencia recurrida, al carecer la demandada de las aptitudes básicas necesarias, con arreglo a los criterios que se han intentado exponer, para ejercer el derecho de sufragio”.

5. Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 635/2015 de 19 noviembre de 2015, Rec. 62/2015. Discapacidad. Nombramiento de tutor, artículo 234.1 del C.C., que regula el grado de discrecionalidad del juez a la hora de no seguir el orden de prelación legal de las personas llamadas a ocupar el cargo de tutor. Motivación suficiente para alterarlo.

En el F.D. Segundo, se dispone:

«1. Esta Sala, ha fijado doctrina jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa en la sentencia de 1 de julio de 2014. En principio, dice, “el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela”.

2. Motivación existe en este caso, y es además razonable y lógica, por más de la discrepancia de uno de los dos hijos en aceptarla. Es cierto que esta forma de tutela implica un trato menos personalizado del discapaz y como consecuencia un menor compromiso por parte de quien aparece designado como tutor. Ahora bien, la razón por la que la sentencia de la Audiencia consideró que era más conveniente nombrar a la Fundación y no a su hija, no radica en la falta de aptitud de esta para asumir la tutela, sino en la existencia de fuertes desavenencias y enfrentamiento entre los hermanos sobre el tema de su madre, que lo desaconseja. Sin duda, este conflicto familiar entre quienes están llamados a asumir el cargo de tutor, no afectar a la atención, al cuidado y a la representación de sus intereses personales y patrimoniales que se verían perjudicados o no tan bien atendidos cuando, además, aquéllos “*viven lejos, en Barcelona y Madrid*” y sus trabajos les obligan a viajar al extranjero con cierta frecuencia.

3. El interés superior del discapaz, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado. Este interés viene referido a una mujer de 87 años, con un evidente deterioro psíquico y físico, sobre la que han de tomarse decisiones muchas veces inmediatas o urgentes, que en lo personal no va a sufrir cambios sustanciales puesto que vive, y quiere seguir viviendo, en su casa debidamente atendida, lo que no se protege a distancia ni en su mejor beneficio, y va a poder seguir viendo a sus hijos, pues no lo impide las funciones tutelares, mientras que las decisiones en lo patrimonial no van a verse afectadas por el enfrentamiento de los hermanos en el ejercicio de la tutela.

4. La revisión en casación solo puede realizarse si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección de estas personas a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, y es evidente que la sentencia recurrida ha entendido que este interés está debidamente protegido y lo ha hecho con mo-

tivación suficiente, sin que la parte recurrente justifique que se oponga al mismo, por lo que no procede su revisión desde la perspectiva del mejor interés de la madre discapacitada».

6. Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 557/2015 de 20 octubre de 2015, Rec. 2158/2014. Incapacidad parcial. Curatela, tanto para los aspectos patrimoniales como para aquellos que afecten a la persona de la incapacitada.

En el F.D. Sexto, se resuelve:

«1. Las causas de incapacitación (SS.T.S. de 29 de abril de 2009 citada por la de 11 de octubre 2012 que a su vez cita la de 24 de junio 2013) están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, de modo que, a diferencia de lo que ocurría en la antigua redacción del C.C., no existe una lista, sino que el artículo 200 C.C. establece que “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Es evidente que el artículo 322 C.C. establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 de mayo de 1998, 26 de julio 1999, 20 de noviembre de 2002, 14 julio de 2004. Como afirma la sentencia de 28 de julio de 1998 “(...) para que se incapacite a una persona no es suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...) lo que verdaderamente sobrepasa es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto que sea permanente como que oscile en intensidad impida gobernarse a la afectada por sí misma”.

2. En el presente caso, aun partiendo de que la incapacitación de una persona, debe hacerse con criterios restrictivos (SS.T.S. 20 de junio de 2014, 11 de octubre de 2012), no sería discutible su declaración, que ya se llevó a cabo con carácter parcial en resolución judicial precedente, pues ha quedado acreditado: (i) Que padece doña Eva María una enfermedad psíquica consistente en un trastorno límite de la personalidad, siendo grave, de carácter permanente e irreversible; (ii) Tal enfermedad le provoca un deterioro de su capacidad de obrar y el agravamiento, en el curso evolutivo de su trastorno, le impide el correcto gobierno de su persona y bienes.

3. Lo que se cuestiona es su graduación, pues la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, y debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en su graduación. Como afirma la sentencia de 1 de julio de 2014, citada por la de 13 de mayo de 2015, Rc. 846/2014, “La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda.”

4. La justificación de la citada doctrina la ofrece la S.T.S. de 29 de septiembre de 2009 (Rc. 1259/2006), de Pleno, que reitera la de 11 de octubre de 2012 (Rc. 617/2012), que en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmado en Nueva York el 13 de diciembre 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, señala lo siguiente: “la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona”. El sistema de protección

establecido en el C.C. sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.»

5. Siendo reiterada la doctrina de la Sala en el sentido expuesto, la cuestión que plantea la recurrente, con apoyo del Ministerio Fiscal, es si debe acudir como institución protectora de la incapacitada a la curatela en vez de a la tutela.

6. La tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales (S.T.S. 1 de julio de 2014), si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por la curatela (SS.T.S. de 20 octubre 2014; 11 de octubre de 2011; 30 de junio de 2014; 13 de mayo de 2015, entre otras), en el entendimiento (S.T.S. 27 noviembre de 2014) que en el C.C. no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que el amparo de lo previsto en el artículo 289 C.C., podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad.

7. Si se atiende a los hechos que han quedado probados se observa que, partiendo de una enfermedad grave, persistente e irreversible, se pone el acento más en las necesidades terapéuticas y de supervisión de su enfermedad que en la graduación de su discernimiento si sigue las pautas adecuadas y necesarias para tratar su enfermedad. El médico forense, cuyo informe ha visto y oído la Sala, es claro cuando afirma: (i) la suerte que ha acompañado a la demandada de poder ingresar en el centro en que se encuentra por su idoneidad para el tratamiento de tal enfermedad; (iii) la mejoría que presenta merced al internamiento y tratamiento; (iv) la no finalización del mismo, siendo preciso que se concluya por no estar aún en condiciones de gobernarse por sí misma; (v) que recuperada conservaría habilidades anudadas a su capacidad.

El informe del psiquiatra que la viene tratando es contundente en el inadecuado comportamiento de la demandada a consecuencia de su enfermedad, pero de él también se infiere que tan graves acciones en detrimento de la convivencia vecinal, familiar e incluso propio, por sus intentos de suicidio, traen causa naturalmente de su enfermedad pero también de la falta de tratamiento de ésta, como reconoce cuando afirma que acude a su consulta con bastante irregularidad.

El inadecuado tratamiento de la deficiencia psíquica de la demandada, por su rebeldía a ser controlada, lo reconoce su familia, quien añade su falta de capacidad para administrar el dinero, con gasto superfluo e incontrolado.

Asimismo se constata que la protección que requiere no se la puede prestar la familia por la conflictividad existente con ésta y por el empeoramiento que experimenta cuando convive con ella.

8. Como ya decidió la Sala en supuesto extrapolable al presente, en sentencia de 24 de junio de 2013, Rc. 1220/2012, los hechos que en síntesis se han expuesto, fruto de la valoración de la prueba practicada, conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SS.T.S. 29 de abril y 11 de octubre de 2009).

9. En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), adecuada en función de sus adicciones. Como sí recoge la sentencia recurrida no queda afectado el derecho de sufragio».

Por último y en relación con la presente cuestión, debo destacar las siguientes Sentencias de fecha 7 de julio de 2014 y 17 de julio de 2015, y ello por cuanto para la Sala se establece, en el seno de sendos procedimientos de familia, en que se cuestiona la pensión de alimentos a cargo del padre, la equiparación de los hijos discapacitados mayores de edad sin recursos y con convivencia en el domicilio familiar, con los hijos menores de edad, procurándoles la debida protección.

7. Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 372/2014 de 7 julio de 2014, Rec. 2103/2012. Discapacidad.

Modificación de medidas definitivas. Alimentos hijo con una discapacidad reconocida superior al 65%, equiparación a los hijos menores. Se declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.

En el F.D. Segundo se dice:

«En el recurso ha sido parte el Ministerio Fiscal, aunque no lo fue en el procedimiento con anterioridad, al debatirse cuestiones que afectan a la situación de don X, de 27 años, que tiene una esquizofrenia paranoide reconocida superior al 65%. Lo hace en defensa de sus intereses y en virtud de lo que determina el artículo 3 de su Estatuto Orgánico en cumplimiento de la misión constitucional que le atribuye el artículo 124 CE, que adquiere especial relevancia cuando se trata de la defensa de colectivos o personas especialmente vulnerables, categoría que incluye, no solo a aquellas personas incapacitadas judicialmente sino, también, a quienes ostenten la condición de “persona con discapacidad”, según la definición contenida en la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad, que ha sido ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007, cuyo artículo 1 dispone que “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Legitimación que también confiere a dicho Ministerio el artículo 8.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para velar por los intereses de las personas desvalidas, entendiendo por tales aquellas que superan el 33% de discapacidad (artículo 1.2 Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), en cumplimiento del artículo 49 C.E. el interés casacional que ampara el recurso exige analizarlo desde una doble perspectiva. En primer lugar, desde la consideración que merece la privación de los alimentos por el simple hecho de haber alcanzado el hijo la mayoría de edad y ser posible receptor de una pensión contributiva por invalidez por parte de la Seguridad Social, equiparando este derecho a la real y efectiva existencia de recursos económicos del apartado segundo del artículo 93 del C.C. En segundo lugar, desde la situación personal del alimentado afectado por una grave situación de discapacidad.

En el primer caso, la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Y es evidente que aún cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (S.T.S. 5 de noviembre 2008), lo que no es del caso. El contenido ético del Derecho está presente en las normas del C.C., como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española (S.T.S. 8 de noviembre 2008). Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. Será la sentencia de incapacitación la que en su caso acordará esta rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con la madre y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente.

En el segundo, la Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano que al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y siguientes del C.C., no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y siguientes del C.C., como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 C.C., pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico».

En el mismo sentido tenemos la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 430/2015 de 17 julio de 2015, Rec. 31/2015. Alimentos. Discapacidad, equiparación de los alimentos que se prestan a un hijo discapacitado a los de los hijos menores del matrimonio. Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.

En el F.D. Segundo, se dispone:

«El recurso, que apoya el Ministerio Fiscal, se estima.

La sentencia no desconoce la doctrina de esta Sala. De hecho cita la sentencia de 7 de julio de 2004 (reiterada en la de 10 de octubre de 2014), pero lo hace sin extraer las conclusiones que se obtienen de la misma y sin dar respuesta inmediata a una situación real de discapacidad, posponiendo la solución a un momento posterior, con la evidente incertidumbre que la misma genera respecto de la alimentación de la hija afectada.

La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad, que ha sido ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007, dispone en su artículo uno que “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”; situación que resulta de padecer alguna de estas deficiencias, y que no está necesariamente condicionada por la previa declaración judicial de incapacidad legal, establecida en garantía y no en perjuicio del discapacitado, protegido por las medidas de apoyo que la Convención impone.

La Convención, dice la sentencia, “reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Y es evidente que aun cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (S.T.S. 5 de noviembre 2008), lo que no es del caso. El contenido ético del Derecho está

presente en las normas del C.C., como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española (S.T.S. 8 de noviembre 2008). Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. Será la sentencia de incapacitación la que en su caso acordará esta rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con la madre y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente”.

La Convención, añade, “sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano que al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y siguientes del C.C., no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y siguientes del C.C., como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 C.C., pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico”».

Las Sentencias del Tribunal Supremo están disponibles en la dirección:

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

IV. INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS TEMPORALES POR TRASTORNO PSÍQUICO. ART. 763 L.E.C.

Íntimamente relacionado con esto lo están los internamientos involuntarios, regulados en el art. 763 L.E.C., institución ésta extraordinariamente delicada por cuanto los intereses involucrados afectan a derechos constitucionalmente protegidos, como lo son el derecho a la libertad, derecho a la integridad propia y ajena, en definitiva confluyen el interés particular del interesado y el general (por cuanto en muchas ocasiones se ve afectado el interés de la comunidad) que han de ser debidamente ponderados. Pasemos a examinar la doctrina constitucional elaborada en torno al art. 763 L.E.C.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional están disponibles en la dirección:

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=20993>

1. Tribunal Constitucional Sentencia nº 141/2012, de 2 de julio de 2012.

«3. Por otra parte y con independencia de la singularidad del caso, este Tribunal si tiene asentada doctrina referente a la conformidad de la medida de internamiento involuntario, desde la perspectiva del derecho fundamental del art. 17.1 C.E., cuando es acordada directamente por la autoridad judicial bien como medida cautelar de un proceso ya iniciado, bien como medida definitiva impuesta en Sentencia. En concreto, tenemos declarado que dicha situación personal comporta para el afectado una privación de su libertad personal que “ha de respetar las garantías que la protección del referido derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España (art. 10 C.E),

y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales... la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el art. 5.1.e) del Convenio, ha de cumplir tres condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar dicho artículo en su Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp). Estas condiciones son: a) haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo” [SS.T.C. 112/1988, de 8 de junio, F.J. 3 y 24/1993 de 21 de enero, F.J. 4, respecto del internamiento como medida de seguridad (penal); S.T.C. 104/1990, de 4 de junio, F.J. 2, para internamiento decretado tras Sentencia civil de incapacitación; y S.T.C. 129/1999, de 1 de julio, F.J. 3, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad sobre el párrafo segundo del art. 211 del C.C., regulador entonces del internamiento cautelar en el orden civil].

Conviene tener presente asimismo en esta materia lo dispuesto en tratados y convenios internacionales suscritos por España, habiendo recordado recientemente al respecto que “las disposiciones tanto de los tratados y acuerdos internacionales ... en la medida que ‘pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales’ (S.T.C. 254/1993, de 20 de julio, F.J. 6), puedan constituir ‘valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce’ (SS.T.C. 292/2000, de 30 de noviembre, F.J. 3;y 248/2005, de 10 de octubre, F.J. 2; Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, D.T.C. 1/2004 F.J. 6; y en sentido similar, S.T.C. 254/1993, de 20 de julio, F.J. 6), convirtiéndose así en ‘una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional’ [SS.T.C. 64/1991, de 22 de marzo, F.J. 4.a); y 236/2007, de 7 de noviembre, F.J. 5], quien precisará su concreto contenido, entonces, ‘a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas’ (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, F.J. 6)” (S.T.C. 136/2011, de 13 de septiembre, F.J. 12; también, S.T.C. 37/2011, de 28 de marzo, F.J. 4).

Así, el derecho a la libertad personal y a la seguridad personales reconocido en el art. 9.1 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de 1966, con la consiguiente garantía de legalidad en su restricción, ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U. (cuyas resoluciones también hemos considerado fuente interpretativa válida: entre otras, SS.T.C. 41/2006, de 13 de febrero, F.J. 3; y 176/2008, de 22 de diciembre, F.J. 4) en el sentido de que tal derecho resulta “aplicable a todas las formas de privación de libertad... como por ejemplo las enfermedades mentales.”

Considerando por ello su repercusión directa sobre el derecho fundamental a la libertad personal, este Tribunal ha declarado que “la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 CE” (S.T.C. 129/1999, de 1 de julio, F.J. 2). De ahí que hayamos declarado la inconstitucionalidad, por ausencia del debido rango legal orgánico, de los concretos apartados de la norma en vigor que determinan la decisión del internamiento: así, respecto del ya citado art. 211 del C.C. (S.T.C. 131/2010, de 2 de diciembre, F.J. 6 y fallo); y en cuanto al art. 763.1 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil –que derogó al anterior– (S.T.C. 132/2010, de 2 de diciembre, F.J. 3). En ambos casos, no obstante, optamos por un pronunciamiento de inconstitucionalidad sin nulidad de las disposiciones, al no haberse cuestionado su contenido material y atendiendo al vacío no deseable que de otro modo se hubiera creado dentro del ordenamiento. Instamos entonces al legislador a que “a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica” (S.T.C. 132/2010, F.J. 3), sin que a día de hoy este requerimiento haya sido todavía atendido, por lo que procede reiterarlo.

4. En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 763 L.E.C. regula los requisitos y actos esenciales para la adopción de la medida cautelar civil de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Ésta podría también imponerse como medida definitiva en la Sentencia que declare la incapacidad del demandado (art. 760.1 L.E.C.), en cuyo caso el precepto es aplicable también para articular la revisión judicial de la

medida cada seis meses –o plazo inferior, si así se fija– en previsión de un esperable o eventual, según el caso, cambio de circunstancias.

Interesa detenernos, a los efectos de este amparo, en las condiciones fijadas para el internamiento urgente por el mismo precepto, cuyo régimen le fue aplicado al aquí recurrente. En este supuesto el legislador permite excepcionalmente y por “razones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”, que el responsable de un centro médico pueda ordenar el internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, con la obligación de comunicarlo al órgano judicial competente, a la sazón el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro, para que provea a la ratificación o no de la medida, previa realización de las diligencias determinantes a este fin:

a) Se configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la “urgencia” o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad.

b) La procedencia de la medida y su completa duración, deben satisfacer en cada caso concreto los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

5. La fase extrajudicial del internamiento urgente se encuentra determinada en su validez por el cumplimiento de cuatro exigencias básicas derivadas del respeto al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 C.E.), cuales son:

a) Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato: si bien el responsable del centro médico está facultado para tomar ab initio la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial.

b) Información al afectado o su representante acerca del internamiento y sus causas: resulta evidente que nadie puede ser privado de libertad sin conocer los motivos que lo determinan, como proclama el art. 17.3 C.E. para la detención.

c) Obligación del centro de comunicar al Juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, en el plazo de 24 horas: la imposición de un límite temporal ha de venir impuesto por la norma legal de desarrollo, en este caso el ya citado art. 763 L.E.C., donde se señala que “el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida”.

Plazo que el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el art. 17.2 C.E. para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SS.T.C. 341/1993, de 18 de noviembre, F.J. 6; 179/2000, de 26 de junio, F.J. 2; y 53/2002, de 27 de febrero, F.J. 6).

Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo, la comunicación al Tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. Precisión esta última importante, en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio, siendo en ese preciso momento cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del art. 763.1 L.E.C. para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial.

En todas aquellas situaciones donde el centro médico responsable incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de habeas

corpus por su representante o familiares, aplicable también a este ámbito del internamiento ex art. 1.b) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo (“Las [personas] que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar”).

d) Control posterior sobre el centro: desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del Juez, como hemos tenido ocasión de precisar en el ámbito de las detenciones judiciales (SS.T.C. 21/1997, de 10 de febrero, F.J. 4; y 180/2011, de 21 de noviembre, F.J. 5). Traslado que además tratándose de internamiento psiquiátrico contradiría la necesidad misma de la medida, de allí que lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario. En todo caso, el director de este último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido.

6. Por lo que respecta a la fase de control judicial en el internamiento urgente, expresión en nuestro sistema procesal del procedimiento revisor resulta exigible ex art. 17.1 C.E. y que en este ámbito garantiza también el art. 5.4 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se regula en el propio art. 763 L.E.C. que fija un plazo de setenta y dos horas, desde que se produce la comunicación al Tribunal competente de que ha tenido lugar la adopción de la medida por el centro, para que aquél practique las pruebas y ratifique el internamiento o, en caso contrario, ordene su cesación.

Interesa poner de manifiesto que el juicio de ratificación comprende desde luego la consideración del estado mental del interno a la fecha en que tienen lugar las pruebas judiciales sobre su persona, pero también la procedencia del internamiento cuando se adoptó por el responsable sanitario, esto es, la revisión de lo actuado por éste: primero porque el Juez, que es quien garantiza la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), independiente (art. 117.1 C.E.) e imparcial (art. 24.2 C.E.) de los derechos del interno, debe determinar si la medida estuvo justificada en su origen, pues lo contrario llevaría a convertir la fase extrajudicial previa en un limbo sin derechos para el afectado. Pero segundo, porque si aparecen dudas fundadas acerca de la no necesidad de la medida en aquel primer instante y, sin embargo, sí parece justificarse a posteriori con el resultado de las pruebas judiciales, deberá dilucidar el Tribunal si ello se debe a la implementación —o no— de un tratamiento inadecuado para el paciente, lo que dejando al margen otras consecuencias legales, podría ser justo motivo para no ratificarla.

Como garantías propias de esta fase del procedimiento, coherentes directamente con el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 C.E.), aparecen las siguientes:

a) El Juez ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento.

Además y conforme recoge expresamente el art. 763.3 L.E.C., el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con Abogado y Procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas.

b) En el plano probatorio, además de efectuar el examen directo del interno en el centro, el Juez proveerá a la práctica del reconocimiento pericial por un médico designado por él.

c) Sin duda una de las principales garantías de este marco regulador del internamiento urgente lo constituye el límite temporal del que dispone el Juez para resolver, inédito hasta la aprobación de la L.E.C. 1/2000. La base constitucional de dicho plazo, al tratarse de una privación de libertad judicial, no reside en el art. 17.2 C.E., sino el art. 17.1 C.E., como tenemos ya dicho (SS.T.C. 37/1996, de 11 de marzo, F.J. 4; 180/2011, de 21 de noviembre, F.J. 2).

El plazo ha de considerarse improrrogable, tal como hemos reconocido con otros plazos de detención judicial que desarrollan el art. 17.1 C.E. [SS.T.C. 37/1996, de 11 de marzo, F.J. 4.B); y 180/2011 de 21 de noviembre, FF.JJ. 5 y 6]. Por tanto no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el Auto y éste resulte confirmatorio. Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras

esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente.

Como consecuencia, la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 C.E.

En fin, las infracciones del procedimiento cometidas por el órgano judicial resultarán denunciables ante este mismo en orden a su inmediata reparación, solicitando una respuesta y en su caso recurriéndola. No obstante, en esta materia de internamiento involuntario civil hemos dejado abierta la puerta, en casos de inactividad objetiva del órgano judicial, para poder acudir al procedimiento de habeas corpus ante el Juez de instrucción competente en procura de la necesaria tutela de la libertad (S.T.C. 104/1990, de 4 de junio, F.J. 3).

7. Sentadas las consideraciones precedentes, nos hallamos ya en condiciones de pronunciarnos sobre el fondo de las quejas interpuestas en el presente recurso de amparo. El examen de las actuaciones habidas en el caso determinan, en primer lugar, que se produjo la lesión del derecho a la libertad personal (art. 17.1 C.E.) del recurrente en amparo de tres maneras diferentes:

a) En cuanto al cumplimiento de los plazos legales: estando acreditado que el demandante de amparo ingresó en el Hospital Universitario San Cecilio de la ciudad de Granada el día 2 de mayo de 2007, cuando se ordena su internamiento por diagnóstico de trastorno bipolar y que la comunicación al Juzgado competente se produce al día siguiente, según consta en el hecho primero del Auto del Juzgado, no hubo superación del plazo de las veinticuatro horas por parte del centro médico.

El Juzgado encargado del caso, sin embargo, no cumplió con el límite de las setenta y dos horas que le correspondía. Así, dictándose providencia de apertura del procedimiento el 4 de mayo de 2007, tenía el deber de haber dictado el respectivo Auto resolutorio el 7 de mayo tras la práctica de las pruebas. En cambio y sin constancia en las actuaciones de ningún obstáculo impeditivo, el Magistrado-Juez espera hasta el 9 de mayo, es decir, ya fuera de plazo, para constituirse con el médico forense en el hospital de referencia, sito en la misma ciudad del Juzgado y practicar el examen judicial y pericial del interno. Con todos los datos en su poder, sin embargo, tampoco resuelve de inmediato sino que de nuevo sin exponer motivo alguno el procedimiento se dilata doce días más, hasta el 21 de mayo. Antes de esa fecha, se produce un hecho tan importante como el alta médica del recurrente el 16 de mayo; alta que fue comunicada antes del día 21 al Juzgado.

En total, el Juzgado incurrió en un exceso de catorce días respecto de la fecha de vencimiento del plazo legal. El plazo de las setenta y dos horas, como ya se ha razonado en esta Sentencia, devenía improrrogable y no podía ser demorado ni siquiera aduciendo carga excesiva del Juzgado. Mas ni siquiera el Auto resolutorio intenta excusar este incumplimiento, limitándose a pronunciar su decisión como si el trámite hubiera discurrido con total normalidad, lo que claramente no ocurrió. Lejos después de censurar este hecho, la Audiencia Provincial califica este exceso como “leve y razonable demora”, trasladando toda la responsabilidad al centro médico en cuanto a su obligación de conceder el alta. Todo ello determina que el recurrente estuvo, en todo caso, privado ilegalmente de su libertad entre el 7 de mayo de 2007 y el 16 de mayo de 2007.

b) En segundo lugar, ha de darse la razón al recurrente cuando se queja de no haber recibido la necesaria información sobre sus derechos dentro del procedimiento, ni en cuanto a designar Abogado y Procurador para su defensa, ni sobre la práctica de posibles pruebas pertinentes. Las actuaciones remitidas muestran la ausencia de cualquier diligencia de notificación de tales derechos y en el acta de examen personal del interno levantada por el Sr. Magistrado-Juez, ninguna alusión se hace a esa puesta en conocimiento de sus derechos. Como ya hemos establecido, ese derecho a la información se integra por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una garantía propia del derecho a la libertad personal y su omisión además de infringir el propio art. 763.3 L.E.C. y no es constitucionalmente aceptable.

No cabe hablar estrictamente de la denegación de ciertas pruebas, como la testifical de algunos parientes del recurrente o de la aportación de otro dictamen pericial, como se queja la demanda de amparo, porque formalmente no hubo ni siquiera una petición que fuese rechazada. El problema arranca antes: faltando la información sobre el derecho a la defensa jurídica y a la prueba, estos sencillamente no pudieron ser ejercitados. En este concreto ámbito, en el que la persona interna se halla prácticamente indefensa mientras está encerrada, la ley y la jurisprudencia de derechos humanos impone que el órgano judicial tome la iniciativa

en la información, no presuponer su conocimiento por el afectado, como erróneamente sostiene el Auto de la Audiencia Provincial para disculpar lo sucedido, ni tampoco dar por cubierta esa defensa con la presencia del Ministerio Fiscal, el cual actúa en defensa de la legalidad y no como defensor judicial del interno, quien ha de tener por tanto siempre su propia voz y defensa dentro del procedimiento, ya que en este momento procesal no está declarado incapaz. El resultado es una nueva lesión del derecho fundamental del art. 17.1 C.E. del recurrente.

c) Respecto del contenido de la decisión adoptada en el Auto de 21 de mayo de 2007, ratificando la medida de internamiento, entendemos que ésta carece de la motivación reforzada que le era exigible, teniendo en cuenta su incidencia como medida privativa de la libertad personal (SS.T.C. 251/2005, de 10 de octubre, F.J. 4; 120/2008, de 13 de octubre, FF.JJ. 2 y 3; 191/2009, de 28 de septiembre, F.J. 4 y 179/2011, de 21 de noviembre, FF.JJ. 3 y 5).

El citado Auto, tras efectuar la transcripción completa del art. 763 L.E.C. e invocar “las actuaciones realizadas y ... los informes obrantes en autos”, afirma que el recurrente “tiene anuladas sus capacidades cognitivas y volitivas, y su estado de salud requiere de una intervención inmediata”, por lo que considera “correcta y adecuada la medida”.

Dicha respuesta ha de considerarse objetivamente incorrecta, porque el material de convicción del que el Juzgado dispuso para resolver, esto es, el informe de un folio del hospital universitario remitido el 3 de mayo de 2007, el acta de examen judicial personal del recurrente y el informe del médico forense, no permiten llegar al diagnóstico que describe el Auto en su fundamento segundo. Ninguno de esos informes ni tampoco el acta hablan de anulación de capacidades, ni cognitivas ni volitivas, del recurrente; limitándose los dos primeros (periciales) a referir un estado de trastorno bipolar de éste, y el acta judicial el resultado de su conversación con el Sr. Magistrado-Juez, sin ningún altibajo o anomalía en la conducta del interno referida en el acta y menos aún la constatación de un estado de enajenación fundante de la necesidad de mantenerle interno. Que tanto el informe del hospital como también el del médico forense, recomendaran en un texto pre-impreso que continuara el internamiento, sin una concreta argumentación acerca de la necesidad y proporcionalidad de la medida, esto es, sin explicar por qué no hubiera bastado con un tratamiento ambulatorio para tratar el referido trastorno, como al parecer ya venía sucediendo con el recurrente, hace indebida su asunción acrítica por el Juzgado, quien ante ese vacío debió solicitar como mínimo aclaraciones o ampliación de su informe al médico forense, fuese para dar por ciertas aquellas notas de necesidad y proporcionalidad, fuese para no ratificar la medida caso de no obtener una opinión científica convincente. No habiéndolo hecho así, no cabe considerar, ni razonable ni dotada de la debida motivación reforzada, su decisión.

Por lo demás y ahondando en esa falta de razón, el Auto no solamente no hace ninguna referencia al alta médica del recurrente el 16 de mayo de 2007, que ya conocía y que como mínimo circunscribía la ratificación al periodo anterior a esa fecha; sino que se incluye un requerimiento a la Unidad de Salud Mental del Hospital Universitario San Cecilio, “en la que se halla actualmente” –dice– el recurrente, para el seguimiento futuro de la medida (a saber: comunicar al Juzgado cualquier cambio de residencia y remitir informe acerca de su estado cada seis meses), cuyo contenido evidencia su desfase con la realidad de los hechos.

Nada se reconsidera tampoco en este punto en apelación, donde el Auto de la Audiencia parte de rechazar de plano cualquier control judicial en momento anterior a la práctica de las pruebas por el Juzgado, tesis que ya hemos rechazado aquí expresamente (fundamento jurídico 6) y se limita a considerar adecuada la valoración de medios hecha por el Auto de primera instancia.

8. Procede por tanto el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 C.E.) del demandante y la declaración de nulidad de los dos Autos impugnados. No obstante la Sentencia ha de tener efectos puramente declarativos, sin acordar retroacción alguna de las actuaciones destinada a subsanar la omisión de derechos dentro del procedimiento, teniendo en cuenta la situación de libertad del recurrente materializada tras aquel alta médica y que la tutela de su derecho fundamental queda garantizada con los pronunciamientos indicados, siguiendo así la doctrina de este Tribunal fijada para situaciones similares (SS.T.C. 12/2007, de 15 de enero, F.J. 4; 169/2008, de 15 de diciembre, F.J. 7 y 179/2011, de 21 de noviembre, F.J. 6).

Finalmente el ejercicio de las potestades atribuidas a este Tribunal por el art. 86.3 L.O.T.C., en materia de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la publicación y difusión de sus resoluciones, se ha resuelto que la presente Sentencia no incluya la identificación completa del recurrente, con el fin de res-

petar su intimidad teniendo en cuenta los hechos del caso (SS.T.C. 114/2006, de 5 de abril, F.J. 7; 176/2008, de 22 de diciembre, F.J. 9; y 77/2009, de 23 de marzo, F.J. 5).

En definitiva se declara que se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) del recurrente. y se declara la nulidad de las resoluciones dictadas.»

2. Tribunal Constitucional, Sentencia 34/2016, de 29 de febrero de 2016.

«3. Sentado lo anterior hemos de entrar ya en el examen de la controversia, que viene significada por la discrepancia que mantienen el Ministerio Fiscal y las resoluciones recurridas, acerca del cauce procesal idóneo para obtener la autorización judicial que permita mantener internada a una persona que presenta un cuadro de enfermedad mental degenerativa y lleva ya un tiempo prolongado recluida en un centro asistencial, como era el caso de doña M.R.S. durante varios meses.

Para el Fiscal, esa autorización judicial ha de concederse a través del proceso especial del art. 763 L.E.C., y toda negativa a otorgarla por esta vía supone vulnerar el derecho a la libertad (art. 17.1 C.E.) de la afectada. En cambio las resoluciones recurridas, sin negar que se trata de una situación privativa de libertad que debe ser sujeta a control judicial, son del criterio de que la autorización correspondiente ha de instarse dentro del proceso para la declaración de incapacidad de los arts. 756 a 762 L.E.C., pero no por los trámites del procedimiento del art. 763, pues falta el requisito de la “urgencia” que exige esta última norma como uno de sus presupuestos de procedencia.

Así trabado el debate, para responder adecuadamente al problema constitucional planteado debemos enjuiciar dos problemas distintos pero conectados entre sí: en primer lugar, si cabe hablar en nuestro ordenamiento de la posibilidad de “regularización” de internamientos involuntarios de personas por causa de trastorno psíquico, que se descubren materializados desde tiempo antes.

Y en segundo término y en función de lo anterior, si resulta correcta desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 C.E.), la decisión adoptada por el Juzgado y la Audiencia de declarar la inadecuación del procedimiento del art. 763 L.E.C. para conocer de la solicitud de “regularización” del internamiento de doña M.R.S.

En este orden abordaremos ambas cuestiones.

4. Respecto a la posibilidad de “regularización” de situaciones consumadas de internamientos de personas por trastorno psíquico, en contra de su voluntad o sin contar con ella porque el afectado no es consciente de la realidad que le rodea o está impedido para comunicarse y expresar su parecer, procede recordar, en primer lugar, cuál es la posición de este Tribunal acerca de la exigencia de control judicial previo a cualquier situación privativa de libertad en este ámbito. Y en segundo lugar, qué encaje ofrece dentro de esta doctrina constitucional, la “regularización” a la que se hace referencia.

A este respecto, en nuestra S.T.C. **141/2012**, de 2 de julio, F.J. 3, con cita de la anterior S.T.C. **129/1999**, de 1 de julio, F.J. 2, afirmamos que en atención a “su repercusión directa sobre el derecho fundamental a la libertad personal, este Tribunal ha declarado que ‘la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 C.E.’.

En relación al internamiento involuntario urgente por trastorno psíquico, señalamos en la misma S.T.C. **141/2012**, F.J. 4, que “en este supuesto el legislador permite excepcionalmente y por ‘razones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida’, que el responsable de un centro médico pueda ordenar el internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, con la obligación de comunicarlo al órgano judicial competente, a la sazón el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro, para que provea a la ratificación o no de la medida, previa realización de las diligencias determinantes a este fin”. Que, por tanto, “[s]e configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la ‘urgencia’ o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad”.

Y así, tras declarar que el plazo de 24 horas del que dispone el responsable del centro es improrrogable [FJ 5.c)]; y hacer lo propio en el F.J. 6.c) con el plazo de 72 horas que, a partir de ese momento, tiene el órgano judicial para resolver sobre su ratificación, concluíamos diciendo lo siguiente: "... Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente. Como consecuencia, la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 C.E."

Se sigue de la doctrina expuesta que, con la excepción de que se cumplan los requisitos y garantías que permiten llevar a cabo un internamiento involuntario urgente directamente por el centro médico o asistencial (con los controles legales y judiciales que le son inherentes), resultará imprescindible que la medida se acuerde previamente por el juez y siempre respecto de una persona que ha de encontrarse en ese momento en libertad. En este segundo caso, el internamiento no urgente podrá solicitarse por los trámites del art. 763 L.E.C. y sin el condicionante de las 72 horas para que el Juez resuelva, siempre que la adopción de dicha medida constituya el objeto exclusivo de tutela que se pretende en favor del afectado.

Por el contrario, si existen datos que desde el principio permitan sostener que el padecimiento mental que sufre la persona, por sus características y visos de larga duración o irreversibilidad, deben dar lugar a un régimen jurídico de protección más completo, declarando su discapacidad e imponiendo un tutor o curador para que complete su capacidad, con los consiguientes controles del órgano judicial en cuanto a los actos realizados por uno u otro, el internamiento podrá acordarse como medida cautelar (art. 762.1 L.E.C.), o como medida ejecutiva en la sentencia (art. 760.1 L.E.C.), en un proceso declarativo instado por los trámites del art. 756 y ss. L.E.C.

En relación justamente al proceso para la declaración de discapacidad, ya señalamos en la S.T.C. **174/2002**, de 9 de octubre, F.J. 5, que "en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.). En consecuencia, la declaración de incapacidad de una persona sólo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 C.C.), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 C.C. (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 L.E.C.) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacidad (arts. 199 y 200 C.C.), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacidad".

5. La demanda de amparo hace referencia a un caso concreto, el de doña M.R.S., cuyas circunstancias coinciden de manera sustancial con el de otras muchas personas que debido a su edad avanzada sufren una enfermedad neurodegenerativa y se encuentran recluidas en una residencia sin poder salir de ella, como medida de prevención. Han sido traídas allí por alguien de su entorno cercano, o a iniciativa de los servicios sociales; incluso en ocasiones se trata de un ingreso voluntario con el fin de recibir los cuidados de manutención y salud necesarios y, con el paso del tiempo, el afectado pierde la consciencia necesaria para emitir su voluntad de permanecer allí. La cuestión es que estos centros tienen bajo su cargo a personas que están privadas de su libertad ambulatoria y lo están, con cierta frecuencia en la práctica, sin ningún conocimiento ni autorización de la autoridad judicial.

La Fiscalía General del Estado, en su instrucción núm. 3/1990, de 7 de mayo, sobre "Régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad", ya ponía de manifiesto que: "De las investigaciones llevadas a cabo, y que esta Fiscalía General ha tenido conocimiento, se vienen observando graves y generalizadas irregularidades en los ingresos, especialmente en los Centros en régimen de internado. Concretamente, viene siendo usual que los ingresos sean convenidos entre los familiares del interno y el Centro, llegando incluso a pactarse el régimen del internamiento, restringiendo o excluyendo la libertad personal al convenirse el régimen de visitas, salidas al exterior o incluso comunicaciones telefónicas

o postales, lo que puede resultar gravemente atentatorio a derechos constitucionales básicos y a la dignidad de las personas. Esta práctica se viene amparando muchas veces en la imposibilidad en que se halla el anciano para prestar su consentimiento en condiciones de validez jurídica, por encontrarse afectado de enfermedad física o psíquica... En caso de enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, que impidan prestar tal consentimiento, a tenor de lo establecido en el artículo 211 del C.C., deberá solicitarse preceptivamente la autorización judicial con carácter previo al ingreso, o comunicarlo a la autoridad judicial en el plazo de 24 horas en los supuestos de urgencia”. Añade esta instrucción de la Fiscalía General del Estado, que el centro formalizará la solicitud al Juez en los mismos términos, a partir del momento en que se constate que “el deterioro físico o mental, como consecuencia del avance de la vida, se [ha] producido con posterioridad al momento del internamiento” –ingreso voluntario, se entiende-. Y concluye diciendo: “De cuanto antecede se desprende que la práctica de efectuar el ingreso sin el consentimiento del titular del bien jurídico que se dispone o sin que éste sea suplido por la autoridad judicial, en los casos y por las causas legalmente previstas... debe ser totalmente proscrita”.

Debe advertirse que los esfuerzos que vienen haciendo en los últimos años las Administraciones públicas competentes, para atender de manera objetiva y ordenada las demandas de personas necesitadas de cuidados integrales en residencias en régimen de internamiento, iniciativa ésta en sí misma digna de respaldo en el marco de nuestro Estado social y democrático de derecho (arts. 1 y 49 C.E.), en modo alguno sin embargo pueden suponer la cobertura a situaciones privativas de libertad sin la previa autorización judicial o, por excepción, sin haber recabado el responsable del centro dicha autorización en el plazo urgente de 24 horas que dispone el art. 763 L.E.C., cumpliendo los demás requisitos de este precepto.

Ni la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, al prever la atención residencial en la modalidad de “residencias de personas mayores en situación de dependencia” [arts. 15 e) (i) y 25], en centros públicos o concertados, a cargo de la red de servicios sociales de la Comunidad Autónoma con competencia estatutaria en la materia (art. 16.1, en relación con el art. 11.1 de la misma ley) o de otras administraciones; ni menos todavía la normativa de desarrollo que regula aspectos complementarios del sistema (Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia; Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia; normativa autonómica, etc.), como tampoco el reglamento de régimen interno de cada centro, pueden legitimar modalidad alguna de internamiento en la que quede eliminada o desplazada la tutela jurisdiccional, en los términos ya expuestos en el anterior fundamento jurídico de esta Sentencia.

En definitiva, por tanto, no resulta posible hablar de la “regularización” de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización del Juez, sea en un hospital, centro socio-sanitario o en su caso residencia geriátrica (esta última, como hemos señalado en la S.T.C. 13/2016, de 1 de febrero, F.J. 3, puede ser el “centro” al que se refiere el art. 763.1 L.E.C., siempre que disponga de médico psiquiatra que efectúe la valoración del estado de la persona que ingresa y motive la necesidad de su internamiento; así como los medios materiales y humanos para su tratamiento terapéutico, además de cumplir con los requisitos legales y administrativos para desarrollar su actividad). No cabe “regularizar” lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental (art. 17.1 C.E.).

Así las cosas, de todos los efectos que pueden derivarse de la privación ilícita de libertad de la persona internada en esas condiciones, interesa a este amparo el mecanismo procesal civil adecuado para poner fin a esa situación –que no para regularizarla–, teniendo en cuenta la naturaleza del padecimiento psíquico que concurre en este supuesto. Pasamos con ello al enjuiciamiento de las resoluciones impugnadas.

6. Para la mejor solución del debate planteado, conviene despejar algunas variables de relevancia:

a) La Fiscalía especializada de Las Palmas de Gran Canaria instó la vía del internamiento involuntario del art. 763 L.E.C., norma que recoge dos modalidades de control judicial, según antes indicamos: la del internamiento ordinario o no urgente, donde la autorización del Juez siempre ha de ser previa a la adopción de la medida; y la segunda, excepcional, el internamiento urgente ex art. 763.1, donde el centro médico o asistencial materializa la medida pero ésta ha de comunicarse al Juzgado en el plazo improrrogable de 24 horas para su ratificación. De las dos modalidades la Fiscalía optó por solicitar el internamiento urgente, al poner de manifiesto en su escrito que doña M.R.S. ya se encontraba en el centro sociosanitario El Pino al tiempo de formalizarse la solicitud ante el Juzgado.

b) Las resoluciones judiciales impugnadas no cuestionan la concurrencia de uno de los presupuestos para acudir a este proceso, como es la existencia de un trastorno psíquico con entidad suficiente para justificar una medida de internamiento. A doña M.R.S. se le ha diagnosticado la enfermedad de Alzheimer y, aunque el Auto del Juzgado no trae consideraciones al respecto, dándolo así tácitamente por suficiente, el dictado en apelación por la Sección *ad quem* de la Audiencia sí recuerda que es criterio suyo ya aplicado en supuestos similares, que entre los trastornos que permiten incoar el procedimiento del art. 763 L.E.C. “se encuentran comprendidas las deficiencias y enfermedades seniles de involución mental (por lo común de tipo degenerativo) asociadas a la t[e]rcera edad”, como es este caso.

c) El problema se centra, pues, en el cumplimiento del otro presupuesto de la modalidad procesal a la que acude la Fiscalía: la “urgencia” del internamiento.

El examen de las actuaciones respalda como razonable, la decisión de ambos tribunales de rechazar su concurrencia:

(i) Como hizo constar al Juez la hija de doña M.R.S., su madre había ingresado en la Residencia “del Pino” el 17 de diciembre de 2013, centro éste a cargo del Cabildo de Gran Canaria, previa resolución de la Viceconsejería de Políticas Sociales e Inmigración del Gobierno de Canarias de 20 de septiembre de 2012, por la que se le reconocía una situación de gran dependencia en grado III y el derecho a la prestación de atención residencial conforme al sistema de la Ley 39/2006.

(ii) La propia Fiscalía, en el escrito por el que solicita el internamiento, alega que el 12 de febrero de 2014 ya conocía el hecho del ingreso no voluntario de doña M.R.S. en aquel centro sociosanitario, incluso aparece entre los documentos que acompaña a la solicitud, un “informe de valoración médica” de la paciente, que elabora un facultativo del mismo Centro “para Fiscalía”, de fecha 10 de enero de 2014.

(iii) Pese a esto, la Fiscalía no acude todavía al órgano judicial sino que sigue requiriendo documentación al centro, y aguarda hasta el 7 de abril para presentar la solicitud de internamiento junto con aquellos informes; esto es, casi cuatro meses después de haberse producido el ingreso de doña M.R.S., del que todo indica que fue involuntario desde el principio.

En estas condiciones, no hay base objetiva para afirmar que se daban razones “urgentes” para su internamiento, pues nada consta que haya variado sustancialmente desde la fecha de su ingreso en el centro sociosanitario. El escrito de demanda invoca una “urgencia sobrevenida”, que funda en el deterioro cognitivo de la paciente detectado por la médico forense en la exploración realizada como prueba dentro del procedimiento judicial, el 14 de mayo de 2014. Tal sintomatología no entraña sin embargo un padecimiento nuevo (“sobrevenido”), sino a lo sumo la comprobación de la persistencia o irreversibilidad del mal que ya tenía. En fin, no puede reputarse urgente la autorización del internamiento porque el mismo se haya prolongado durante meses sin control judicial y se pretenda evitar así que tal situación continúe. No se trata de convalidar un internamiento ilícito, como ya hemos dicho.

d) Llegados a este punto, la Fiscalía sostiene que cualquier otra respuesta jurisdiccional que no sea admitir la vía del internamiento urgente, equivale a una falta de control judicial y a sumir a doña M.R.S. en un “limbo jurídico”. Las resoluciones impugnadas, en cambio, lo que entienden es que el control judicial sí es posible pero debe efectuarse a través de un procedimiento de incapacitación.

No puede objetarse tampoco en este punto la ratio decidendi de los autos que se analizan. En primer lugar, la enfermedad que se ha diagnosticado a doña M.R.S. parece permitir *prima facie* su subsunción en el concepto de “enfermedad o deficiencia persistente de carácter psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma”, art. 200 C.C., que define el presupuesto objetivo del proceso de incapacitación. Desde luego así parece que sucede, a la vista de las conclusiones que se contienen en el informe de la médico forense al que antes se aludía, al indicarse que las capacidades intelectivas y volitivas de doña M.R.S. “se encuentran abolidas casi por completo... Estos padecimientos son de carácter permanente y de evolución crónica e irreversible... Por todo esto se puede considerar que la peritada es incapaz del gobierno de sus bienes y su persona y que precisa de ingreso en un centro sociosanitario para poder recibir la asistencia diaria y constante que precisa”.

En segundo término, ningún argumento de orden legal o jurisprudencial da la demanda de amparo para inferir que no resulte posible que el Juez autorizase el internamiento como medida cautelar en un proceso de declaración de incapacidad ex art. 762 L.E.C., sin que ello, insistimos, implique dar validez a cualquier internamiento ilícito anterior. Resulta llamativo, además, que la propia Fiscalía haya hecho cita en su escrito de apelación de un Auto de la Sección *ad quem* de fecha 22 de enero de 2014 que así lo acordaba en un

asunto que calificó de “idéntico” al de doña M.R.S., pese a lo cual el recurso insistió en que la única vía procesal era la del 763 L.E.C.

Y en tercer lugar, pocas dudas ofrece que el proceso de incapacitación resulta el más adecuado desde una perspectiva de protección jurídica integral de la parte demandada en él, en este caso para tutelar la situación de doña M.R.S., pues las medidas que permiten acordarse aquí no conciernen única y exclusivamente a su persona, sino también al aseguramiento de su patrimonio, ámbito cuya importancia por cierto ha destacado la Fiscalía General del Estado en su instrucción núm. 4/2008 “Sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces”.

Las invocaciones que formula la demanda de amparo a los convenios internacionales en materia de derechos de personas discapacitadas, a favor de facilitar la igualdad de derechos de éstas con los demás ciudadanos y su mejor integración en la sociedad, junto con la elección de aquel régimen de representación o de asistencia que mejor se adapte a las circunstancias personales de cada afectado (cuestión a la que se refiere por su lado, la instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2010, “Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas”), son todos aspectos que no quedan en absoluto descuidados en el proceso de los arts. 756 y siguientes L.E.C., ni existe motivo fundado para dudar que serían tenidos en consideración por el Juez competente, al que correspondiera conocer de dicho proceso en relación con doña M.R.S.

Tiene razón el Fiscal cuando afirma que no cabe confundir el internamiento con la incapacitación. Pero tal cosa no significa lógicamente que sean instrumentos jurídicos opuestos, ni que en ocasiones, y esta es una de ellas, no puedan operar conjuntamente en una relación de continente a contenido, cuando cabe la apertura de un proceso de declaración de incapacidad, al hilo del cual promover la inmediata adopción de la medida.

7. Consecuencia de todo lo expuesto, es que las resoluciones judiciales aquí impugnadas no han vulnerado el derecho a la libertad (art. 17.1 C.E.) de doña M.R.S., por los concretos motivos que ha alegado la demanda de amparo. Sin embargo, poner fin en este punto a nuestro enjuiciamiento supondría desconocer un hecho fundamental, como es la propia situación personal de la persona afectada por la medida de internamiento, sobre la que no se adopta decisión alguna en las resoluciones impugnadas: ponerla en libertad e inmediatamente proveer a su protección a través del proceso de declaración de discapacidad de los arts. 756 y ss. L.E.C.

Por tal motivo este Tribunal, haciendo uso de la facultad excepcional que le concede el art. 84 de nuestra Ley Orgánica, según se ha dejado constancia en los Antecedentes de esta Sentencia, acordó abrir trámite de audiencia al Fiscal demandante de amparo, única parte personada, con el fin de que pudiera alegar lo procedente acerca de una posible vulneración del derecho a la libertad personal de doña M.R.S. por esta causa; a cuyo efecto emitió su parecer en sentido afirmativo.

La constatación por los Autos impugnados de que no se había instado el proceso adecuado para tutelar la situación de doña M.R.S., no impedía sino que, justamente al contrario, obligaba a que se diera una solución que pusiera fin a la ilicitud de su internamiento. Resulta llamativo que el propio Juzgado, que desde un principio optó por no sustanciar el procedimiento dentro del plazo judicial de 72 horas del art. 763.1 L.E.C. (lo que suponía, de algún modo, anticipar el sentido de su fallo), no dispusiera nada con este fin al dictar su Auto; una omisión en la que también incurrió la Audiencia.

En tal sentido, y sin diferimiento a un momento posterior, el Juzgado y en su defecto la Sección Juzgadora, debió proveer a su debida protección mediante la apertura del proceso de incapacitación, el cual, como se ha dicho ya, a criterio de ambos órganos judiciales sí resultaba idóneo. Con el poder *ex officio* que le concede el art. 762.1 L.E.C., con base en los informes médicos de los que se disponía, bien el Juzgado o bien la Audiencia al resolver la apelación, debieron acordar la adopción inmediata del internamiento como medida cautelar, procediendo por su parte el Ministerio Fiscal a promover la correspondiente demanda de incapacitación de doña M.R.S., caso de no hacerlo la propia afectada, lo que en este caso no parece posible, ni los parientes legitimados en primer término por la ley (art. 757 L.E.C.).

Procede, por este motivo, estimar la demanda de amparo, declarando la vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 C.E.) de doña M.R.S., con nulidad parcial de los Autos impugnados, por no haber adoptado ninguna decisión sobre la situación personal de la internada.

Acordamos igualmente la retroacción de las actuaciones, con el único fin de que el Juzgado de Primera Instancia provea a la tutela del derecho fundamental vulnerado de doña M.R.S., mediante las iniciativas procesales que se indican en este mismo fundamento jurídico.»

3. Tribunal Constitucional Sentencia nº 50/2016, de 14 de marzo de 2016.

«1. El Fiscal ante este Tribunal Constitucional interpone recurso de amparo contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Las Palmas de Gran Canaria en fecha 5 de marzo de 2014, por el que se acordó ratificar la medida de internamiento en centro hospitalario, por razón de trastorno psíquico y al amparo del art. 763 de la Ley de enjuiciamiento civil (L.E.C.), de doña R.A.S.

A dicha resolución judicial le atribuye la demanda la doble vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 C.E.) y la del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), al haberse omitido dos de las garantías esenciales de dicho procedimiento especial como son, de un lado, el proveer a la afectada de una defensa letrada antes de resolver el Juzgado sobre la ratificación del internamiento, con el fin de que aquélla pudiera actuar a su favor a partir de las pruebas practicadas, tal como además la propia interesada había solicitado; y de otro lado el contar con el dictamen del Ministerio Fiscal, también para que fuera tenido en cuenta al momento de dictar la resolución procedente. Se recurre también en este proceso el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 9 de mayo de 2014, desestimatorio del recurso de apelación promovido por la Fiscal actuante en el procedimiento, contra aquel Auto de primera instancia.

La representación procesal de doña R.A.S. ha comparecido en este proceso interesando el otorgamiento del amparo solicitado por el Fiscal, adhiriéndose a los motivos defendidos por éste en su demanda.

Debemos asimismo indicar que, de acuerdo con las potestades atribuidas a este Tribunal ex art. 86.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (L.O.T.C.) y el acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2015, en materia de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la publicación y difusión de sus resoluciones jurisdiccionales, la presente Sentencia no incluye la identificación completa de la persona sometida a internamiento por razón de trastorno psíquico, cuyos derechos ha tutelado el Fiscal mediante la interposición del presente recurso de amparo, con el fin de proteger así su intimidad, "...teniendo en cuenta los hechos del caso (SS.T.C. 114/2006, de 5 de abril, F.J. 7; 176/2008, de 22 de diciembre, F.J. 9; y 77/2009, de 23 de marzo, F.J. 5)" [S.T.C. 141/2012, F.J. 8; en el mismo sentido, SS.T.C. 182/2015; 13/2016, de 1 de febrero, F.J. 1, y 22/2016, de 15 de febrero, F.J. 1].

2. El presente recurso guarda sustancial identidad con el resuelto por este Tribunal en su reciente Sentencia 22/2016, de 15 de febrero. No solamente se tratan de resoluciones recaídas en procesos de internamiento urgente del art. 763 L.E.C., sino que han sido dictadas por los mismos órganos judiciales, su contenido es literalmente el mismo en sus pasajes principales, y coinciden también los motivos para su impugnación, en ambos casos promovida por el Ministerio Fiscal tanto en la instancia como aquí en amparo. Incluso —aunque este sea ya un dato anecdótico— son iguales las fechas en que se sustanciaron las dos causas ante el Juzgado a quo. Se diferencian por supuesto las personas afectadas y el diagnóstico ofrecido por los respectivos centros hospitalarios para justificar el internamiento de cada una, aunque esta última circunstancia, como se verá, no resulta relevante para la resolución del caso.

Por tanto y con el fin de preservar la necesaria unidad de criterio, seguiremos aquí los razonamientos y conclusiones alcanzados en la indicada S.T.C. 22/2016. Tal como expusimos en ella, antes de entrar en el análisis de las dos quejas constitucionales que tiene la demanda, han de despejarse las dudas sobre la concurrencia de los presupuestos procesales de la legitimación y la especial trascendencia constitucional del recurso.

En cuanto a la legitimación activa del Ministerio Fiscal, éste denuncia no solamente la omisión de una garantía del procedimiento a quo (falta de asistencia de abogado), que tiene como directa afectada a la persona sometida a internamiento, doña R.A.S., sino que alega también la inobservancia de la audiencia al Fiscal como parte del procedimiento, lo que deriva en la lesión de un derecho procesal propio, al margen del menoscabo que supone sobre otra de las garantías del procedimiento instrumentado a favor de la internada. Planteado en estos términos resulta de aplicación la S.T.C. 22/2016, F.J. 2, donde distinguimos los dos ámbitos de legitimación activa que coexistían en el recurso, los dos acreditados positivamente:

“a) En el primero de ellos, el que supone interponer el recurso de amparo a falta de la iniciativa del propio sujeto perjudicado y en defensa de éste, la doctrina este Tribunal, contenida en la S.T.C. **17/2006**, de 30 de enero, F.J. 4, enseña que: ‘La legitimación para recurrir en amparo que el art. 162.1.b) C.E. atribuye al Ministerio Fiscal, y que aparece igualmente recogida en el art. 46.1 b) L.O.T.C., se configura, según tuvimos ocasión de señalar en la S.T.C. **86/1985**, de 10 de julio, F.J. 1, como un *ius agendi* reconocido a este órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el art. 124.1 de la norma fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos...’ Más recientemente, SS.T.C. **208/2013**, de 16 de diciembre, encabezamiento; **12/2014**, de 27 de enero, F.J. 2 y **182/2015**, de 7 de septiembre, F.J. 2.

b) El segundo ámbito también encuentra reconocimiento en la doctrina de este Tribunal. En la antes citada S.T.C. **17/2006**, un recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal donde éste aducía indefensión (art. 24.1 C.E.) por falta de la debida audiencia en el acto de exploración de menores en la apelación de un proceso de divorcio, afirmamos su legitimación para reaccionar frente a este tipo de lesiones dada la finalidad de su intervención en el proceso, señalando en el F.J. 4 que: ‘...este Tribunal ha venido admitiendo la legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo no sólo en defensa de derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también para denunciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) del propio Ministerio Fiscal en su condición de parte procesal en el proceso a quo (así, SS.T.C. **148/1994**, de 12 de mayo, y **256/1994**, de 26 de septiembre). En el caso que nos ocupa conviene precisar que el Ministerio Fiscal interpone el recurso de amparo en su carácter de parte en el proceso judicial correspondiente y a su vez en su calidad de defensor de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos’.

La doctrina de referencia resulta trasladable al proceso de **internamiento involuntario** por trastorno psíquico que nos ocupa pues, como afirma el Fiscal ante este Tribunal Constitucional en su escrito de demanda, el Ministerio Fiscal ‘intervino como parte necesaria en el proceso *a quo* precisamente en su condición de defensor de los derechos fundamentales en juego’. Debe tenerse en cuenta que el art. 749.1 L.E.C. señala de manera clara que en los procesos ‘sobre capacidad de las personas... será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes’. El precepto no hace distinción dentro de los distintos procesos sobre capacidad que regula la ley procesal, y el art. 763 L.E.C. se incluye al final, pero dentro, del Capítulo correspondiente a todos ellos. En el procedimiento de **internamiento involuntario** se conoce de la posible merma de la capacidad de obrar de una persona, aunque sea transitoria, por causa de un trastorno mental, y su protección a través de la medida específica de tratamiento en un centro con medios y personal adecuados.

Cabe así concluir que se cumple el presupuesto subjetivo de la legitimación del Fiscal ante este Tribunal, para plantear las dos quejas que conforman su demanda de amparo”.

3. Por lo que respecta al presupuesto objetivo de la especial trascendencia constitucional del recurso, ex art. 50.1 b) L.O.T.C., señalamos en la S.T.C. **22/2016**, F.J. 3, que el mismo concurre pues “[c]on su admisión a trámite y el dictado de la presente Sentencia, tiene este Tribunal la ocasión de aclarar nuestra doctrina previa (S.T.C. **155/2009**, F.J. 2, apartado ‘b’), acerca del contenido y alcance del derecho de asistencia jurídica de la persona sometida a este procedimiento.

Tal precisión se formula ‘...en salvaguarda del principio de seguridad jurídica que, conforme a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de enero de 2015, dictada en el asunto *Arribas Antón contra España*, § 46, exige explicitar no solamente los criterios de definición del requisito de la especial trascendencia constitucional (a tal efecto, esencialmente, la precitada S.T.C. **155/2009**), sino también su aplicación en los asuntos que se admiten a trámite, con el fin de asegurar con ello una buena administración de la Justicia’ [S.T.C. **194/2015**, de 21 de septiembre, F.J. 2]”.

4. Ha de darse ya inicio al estudio de las quejas de la demanda de amparo, comenzando por la lesión del derecho a la asistencia letrada de la persona sujeta a internamiento, doña R.A.S. Durante el acto de exploración judicial ésta manifestó el deseo de que se le nombrara un abogado para su defensa y aunque se proveyó inicialmente a esa solicitud, acordando el Juzgado dirigir comunicación al Colegio de Abogados de Las Palmas de Gran Canaria para el respectivo nombramiento; sin embargo y sin recibir respuesta de éste, el Juzgado

dictó Auto de ratificación del internamiento ese mismo día 5 de marzo de 2014 pese a que, como ya se ha dicho, tenía margen hasta el día siguiente para resolver.

Conforme razonamos en la citada S.T.C. 22/2016, F.J. 4:

“Expuesto en estos términos, hemos de recordar que la S.T.C. **141/2012**, de 2 de julio, declaró en su F.J. 6.a), que en el procedimiento de internamiento urgente no voluntario por trastorno psíquico del art. 763 L.E.C.:

‘El Juez ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento.

Además y conforme recoge expresamente el art. 763.3 L.E.C., el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con Abogado y Procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas’.

Procede en este momento concretar el alcance de la segunda de las garantías así enunciada:

a) El derecho a la asistencia jurídica de la persona internada requiere siempre la actuación, en su nombre, de un representante procesal y un defensor. Así lo reconocimos con carácter general para todos los procesos sobre capacidad de las personas, en nuestra S.T.C. **7/2011**, de 14 de febrero, F.J. 5, por cuanto: ‘...este tipo de procedimientos se encuadra entre aquéllos en los que la garantía constitucional de la defensa letrada se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, lo que, como también se ha dicho anteriormente, ha llevado a este Tribunal a establecer que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial, ofreciendo al interesado una oportunidad de reparar tal omisión (S.T.C. **189/2006**, de 19 de junio, F.J. 2)...’.

Y no otra cosa cabe predicar en el procedimiento de internamiento del art. 763 L.E.C., sea o no urgente, porque así lo impone el apartado tercero del precepto, según se recuerda en la S.T.C. **141/2012** ya citada, encontrándonos, como ya se precisó antes, en uno de los procesos sobre capacidad de las personas.

Tal y como además declaramos en la misma S.T.C. **141/2012**, de 2 de julio, F.J. 6, el art. 763 L.E.C. instrumenta dentro de nuestro sistema de justicia civil, el procedimiento al que se refiere el art. 5.4 C.E.D.H. (‘[t]oda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal’).

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene señalando reiteradamente, en aplicación de este precepto, que la persona sometida a una medida de internamiento psiquiátrico debe tener, de un lado, el derecho a ser oída ante la autoridad competente, por sí misma o si carece de la capacidad para ello, a través de algún tipo de representación, pues de lo contrario no se cumpliría con una garantía esencial del procedimiento, para lo que deberán arbitrarse las salvaguardias especiales de orden procesal que permitan la protección de sus intereses. De otro lado, la persona también tiene derecho contar con un asesor legal, sin que recaiga sobre ella la iniciativa de su designación [entre otras, SST.E.D.H. de 24 de octubre de 1979, asunto *Winterwerp c. Holanda*, §§ 60 y 66; 12 de mayo de 1992, asunto *Megyeri c. Alemania*, § 22, apartados c) y d); 14 de febrero de 2012, asunto D.D. c. *Lituania*, §§ 163, apartado c), y 166].

b) Para hacer efectivo este derecho a la asistencia jurídica, que resulta irrenunciable para su titular, el Juez debe dirigirse al afectado; si es en la modalidad de internamiento urgente con la antelación necesaria dentro del plazo de las 72 horas en que ha de sustanciarse el procedimiento; antes o a más tardar durante el acto de exploración judicial del art. 763.3 L.E.C., a fin de informarle de la apertura del proceso y su finalidad, así como del derecho que tiene a una asistencia jurídica, pudiendo optar la persona por un abogado y procurador, sean de su confianza o designados por el Juzgado de entre los del turno de oficio. Si nada manifiesta al respecto, bien porque no desea hacerlo, bien porque no es capaz de comprender lo que el Juez le dice o de comunicar una respuesta, su representación y defensa deben ser asumidas por el Fiscal actuante en la causa, que es lo que establece en ese caso el art. 758 L.E.C., al que se remite de manera expresa y sin reservas el art. 763.3 de la misma Ley.

Sin embargo, de ser el Fiscal el promotor de la medida de internamiento no podrá ser designado como su defensor, ordenando en tal supuesto el propio art. 758 L.E.C. que se le designe un defensor judicial para que le represente; en este caso, se entiende, a los únicos efectos del procedimiento de internamiento. Dicho defensor judicial, que puede ser el representante legal del internado (si es menor de edad, quien ejerce la patria potestad; si es persona ya incapacitada por sentencia, su tutor) o sino quien designe el Juzgado, nom-

brará entonces abogado y procurador o solicitará al Juzgado su designación de entre los profesionales de oficio.

Con este sistema escalonado, en definitiva, se evita un vacío en la asistencia jurídica del internado durante este procedimiento especial, en el que está en juego, no debe olvidarse en ningún momento, el derecho fundamental a la libertad de la persona (art. 17.1 C.E.)”.

5. Las consideraciones que preceden y el examen de los hechos, conducen a la estimación de este motivo planteado por el Fiscal en su demanda de amparo. Según se ha relatado ya, la comunicación del centro médico al Juzgado Decano de Las Palmas de Gran Canaria se produjo el 3 de marzo de 2014, dando traslado de ella en el mismo día al Juzgado de Primera Instancia núm. 15, el cual habría de hacerse cargo del caso.

El Juzgado *a quo*, tras abrir la causa el propio día 3, sustanció todo el procedimiento y le puso fin el 5 de marzo de 2014, mediante el Auto de ratificación del internamiento, cuando todavía le restaba un día más dentro del plazo —expiraba el 6 de marzo—, con la consecuencia, producto de tal premura, de descuidar la efectividad del derecho a la asistencia jurídica de doña R.A.S.

Así, en principio y respetando la voluntad expresada por esta última en el acto de exploración, el Juzgado había proveído para que se le nombrara un Abogado, dirigiéndose a través de la Secretaría por fax al Colegio de Abogados de Las Palmas de Gran Canaria, a fin de que procedieran a su designación “inmediata” (doña R.A.S. no había hecho indicación de abogado de su preferencia), aunque sin hacer lo propio, como era debido, para la designación de un Procurador.

Sin embargo, desconociendo si el Colegio podía dar una respuesta al requerimiento efectuado el propio día 5 o al siguiente y, en caso de imposibilidad de éste, teniendo la alternativa de designar a la Fiscal actuante como defensora de doña R.A.S. (al no haber promovido el internamiento), el Juzgado en cambio optó por poner fin al proceso dictando el Auto de ratificación, lo que impedía ya toda asistencia jurídica a favor de la afectada en la primera instancia. El envío de un segundo fax al Colegio de Abogados el 6 de marzo, y en la misma fecha otra comunicación (por vez primera) al Colegio de Procuradores también de Las Palmas de Gran Canaria, ya sólo podía tener virtualidad a efectos de que, tras su posterior designación, dichos profesionales pudieran recurrir el Auto.

El hecho de que el art. 763.3 *in fine* L.E.C. garantice la posibilidad de recurso de apelación contra la decisión adoptada, no legitima la privación de una garantía esencial del procedimiento de primera instancia. No puede concederse por esto la razón a la respuesta dada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que en su Auto de 9 de mayo de 2014 minimiza esta cuestión señalando que los profesionales designados no recurrieron ab initio el Auto del Juzgado sino que se limitaron a adherirse al recurso presentado por el Fiscal. No repara la Audiencia en que, admitiendo en su Auto la condición de parte impugnante adherida al recurso de doña R.A.S., tal adhesión formalizada por su representante procesal suponía su oposición al internamiento, justamente por habersele privado de representación y defensa a doña R.A.S. en la primera instancia del proceso, por causa atribuible al órgano judicial, tal como se ha explicado.

6. La negación de esta intervención de su representante procesal y defensora produjo, pues, la vulneración del derecho a la asistencia jurídica, que en este ámbito del proceso de **internamiento involuntario** del art. 763 L.E.C. por trastorno psíquico, se reconduce a una lesión del derecho a la libertad del art. 17.1 C.E. (SS.T.C. **141/2012**, de 2 de julio, F.J. 1; **13/2016**, de 1 de febrero, F.J. 3, y **22/2016**, de 15 de febrero, F.J. 6), del que resulta titular doña R.A.S., lo que determina la estimación en este punto de la demanda de amparo, por lo que resulta innecesario analizar la otra queja vertida en esta última, acerca de la falta de valoración del dictamen del Ministerio Fiscal.

Como consecuencia, procede declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas. Además, de acuerdo a lo señalado en la S.T.C. **141/2012**, de 2 de julio, F.J. 8, “la Sentencia ha de tener efectos puramente declarativos, sin acordar retroacción alguna de las actuaciones destinada a subsanar la omisión de derechos dentro del procedimiento, teniendo en cuenta la situación de libertad del recurrente materializada tras aquel alta médica y que la tutela de su derecho fundamental queda garantizada con los pronunciamientos indicados, siguiendo así la doctrina de este Tribunal fijada para situaciones similares (SS.T.C. **12/2007**, de 15 de enero, F.J. 4; **169/2008**, de 15 de diciembre, F.J. 7 y **179/2011**, de 21 de noviembre, F.J. 6)” (en el mismo sentido, SS.T.C. **182/2015**, de 7 de septiembre, F.J. 7, y **22/2016**, de 15 de febrero, F.J. 6).

En consecuencia se estima el recurso de amparo interpuesto por el Fiscal ante el Tribunal Constitucional y, se declara que se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 C.E.) de doña

R.A.S y se ordena restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de las resoluciones dictadas».

4. Tribunal Constitucional Sentencia nº 13/2016, de 1 de febrero de 2016.

«Denuncia la demanda la lesión de los derechos fundamentales a la libertad personal (art. 17.1 C.E.) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), por el incumplimiento de dos de los presupuestos para el internamiento urgente por trastorno psíquico de la recurrente: en primer lugar, que el Samur social se dirigió al Decanato de los Juzgados de Madrid el 17 de febrero de 2014 solicitando la ratificación del internamiento, el cual ya se había producido tres días antes, el 14 de febrero de 2014, cuando miembros del “Equipo de Internamientos Involuntarios” del Samur social trasladaron a la recurrente desde su domicilio a la residencia geriátrica X rebasándose el límite legal e improrrogable de 24 horas para realizar la comunicación al órgano judicial. Y en segundo lugar, que la ratificación del internamiento se solicitó sin aportar un informe médico que motivara la procedencia de la medida, pues no tiene tal carácter el informe firmado por las trabajadoras sociales del Samur, en el que únicamente se describen ciertos hábitos de vida de la recurrente que podrán acaso requerir la ayuda de asistentes sociales, pero no su internamiento forzoso en una residencia. Tampoco ofrece la debida justificación de la medida el informe médico del doctor A.H.P.V., facultativo del Hospital Y –que no examinó a la paciente–, incorporado en la fase judicial, el cual tampoco motiva expresamente la necesidad de tenerla internada.

Así, planteada la doble queja de la recurrente, debemos precisar que, tal como señala el Ministerio Fiscal, la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), por incumplimiento de los presupuestos y garantías del procedimiento del art. 763 L.E.C., ha de reconducirse al ámbito de la lesión del derecho a la libertad personal (art. 17.1 C.E.), como hemos tenido ocasión de precisar para supuestos similares en materia de internamiento (SS.T.C. 104/1990, de 4 de junio, F.J. 1; y 141/2012, de 2 de julio, F.J. 1).

Para dar respuesta a esta doble queja, hemos de empezar recordando el tenor literal del art. 763.1 L.E.C., en lo que concierne a la regulación de la fase extrajudicial de este mecanismo de tutela de la libertad personal:

“1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida...”

Así, en los casos en que por razones de urgencia deba practicarse el **internamiento involuntario** con carácter previo a obtenerse la necesaria autorización judicial, el precepto es del todo claro al imponer el deber de comunicar la adopción de la medida “al responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento” y con el límite temporal de las 24 horas. La “obligación del centro de comunicar al Juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron” constituye una exigencia básica derivada del respeto al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 C.E.), como recuerda la citada S.T.C. **141/2012**, F.J. 5.c), que asimismo advierte de que el plazo de 24 horas para efectuar la comunicación “se trata, en todo caso, no de un plazo fijo, sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo la comunicación al Tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad” [S.T.C. **141/2012**, F.J. 5.c)].

Es pues este último, el responsable de cada centro, quién permite que se materialice la privación de libertad de quien ingresa (o ya residía antes, por entrada voluntaria), si el centro dispone de médicos psiquiatras que puedan emitir informe que diagnostique el trastorno mental del afectado y motive en su caso la necesidad del internamiento, y si el centro cuenta con los equipos y recursos materiales (medicinas, etc.) que se requieran para el cuidado integral del interno y para iniciar el tratamiento terapéutico que precise. En este contexto, nada obsta a que una residencia geriátrica pueda ser el “centro” al que se refiere el art. 763.1

L.E.C., siempre que, además de cumplir con todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con esas condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico.

La norma citada (art. 763.1 L.E.C.) no contempla por tanto que la comunicación al órgano judicial la efectúen quienes intervienen en un momento anterior al inicio del internamiento, como sucede con el traslado del afectado al centro, tarea ésta que puede corresponder en la casuística diaria a diversidad de personas, según las circunstancias (agentes policiales, personal de ambulancias, trabajadores sociales, o los propios parientes o conocidos de aquél). No de otro modo lo ha entendido la doctrina constitucional, que en la misma S.T.C. **141/2012**, F.J. 5 d), tras exponer los condicionantes que caracterizan a esta fase extrajudicial del procedimiento de internamiento urgente no voluntario por trastorno psíquico, en cuanto a la comunicación que corresponde realizar, se insiste, al responsable del centro, señala que “En todo caso, el director de este último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido”.

En el caso que nos ocupa ha de convenirse en que hubo un incumplimiento del trámite de comunicación al órgano judicial, si bien el problema no consistió sólo en que se rebasara el plazo máximo de las 24 horas previsto en el art. 763.1 L.E.C. por quien debía efectuar tal comunicación, sino que esta última tampoco se llevó a cabo por quien tenía que hacerlo. En efecto, el responsable o director de la residencia X en la que se internó a la recurrente en ningún momento se dirigió a los tribunales de Madrid para solicitar la ratificación del internamiento. En su lugar, actuando en una especie de sustitución oficiosa, lo hicieron dos de las trabajadoras sociales del “equipo de internamientos involuntarios” del Samur social, que habían trasladado a la recurrente a dicha residencia.

Tal delegación de responsabilidades, carente de validez a los relevantes efectos de la tutela del derecho a la libertad (art. 17.1 C.E.) que aquí está en juego, no queda subsanada por la aportación de una “nota informativa” con membrete de la residencia en cuestión, sin fecha ni autor conocido, que aparece entre la documentación obrante en las actuaciones del día 24 de febrero de 2014 y en la que no se emiten conclusiones médicas acerca de la necesidad del internamiento de la recurrente, limitándose a narrar su quehacer diario y las visitas recibidas en la residencia, con una mención a que presenta “deterioro cognitivo leve”. Así las cosas, situar el debate en determinar cuántos días se demoró el Samur social en solicitar la ratificación del internamiento implicaría aceptar la traslación de un deber que legalmente corresponde al responsable del centro, de acuerdo con lo expresado por el art. 763.1 L.E.C., precepto que lo configura como una de las garantías esenciales de la fase extrajudicial del procedimiento que regula, como señala la citada S.T.C. **141/2012**, F.J. 5.c). Y ese deber, tal como advierte el Fiscal en su escrito de alegaciones, no fue cumplido en el presente caso.

4. La indicada confusión de funciones explica también el incumplimiento del otro presupuesto de la fase extrajudicial, la existencia previa de un informe médico que justificara la medida de internamiento. Conforme tiene señalado este Tribunal en la S.T.C. **141/2012**, F.J. 4.a), “se configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la ‘urgencia’ o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad”. De esta suerte, la misma S.T.C. **141/2012**, F.J. 5.a), considera como una de las exigencias básicas en la fase extrajudicial (derivadas del respeto al derecho a la libertad personal que garantiza el art. 17.1 C.E.) para la validez del internamiento urgente no voluntario, la “existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato: si bien el responsable del centro médico está facultado para tomar ab initio la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial”.

El Samur social aportó con la solicitud el informe propio de los profesionales que desarrollan sus actividades en el “equipo de internamientos involuntarios”, que son trabajadores sociales, cuyo cometido no es examinar a la persona bajo “los conocimientos propios de la ciencia médica” [S.T.C. **141/2012**, F.J. 4 a)] y convencer al Juez si es el caso de la necesidad del internamiento, sino que aplican el saber adquirido en su titulación (derecho, psicología, sociología, etc.) y la experiencia adquirida, para establecer en su trabajo diario si se está o no en presencia de una “emergencia social” (utilizando la terminología propia de estos trabajadores sociales), a fin de brindar una solución, en este caso trasladando a la recurrente a un centro donde, justamente, debía llevarse a cabo el pertinente control médico a los efectos mencionados.

No cabe por tanto reprochar al Samur social la remisión de ese informe, pero sí al Juzgado *a quo* el haberlo considerado suficiente para, tras incoar el procedimiento, no ordenar de inmediato la puesta en libertad de la recurrente sino continuar su tramitación, cuando era evidente que la privación ilegítima de libertad ya se había consumado, al faltar el doble presupuesto requerido para llevar a cabo la medida sin la previa autorización del Juez, tanto de orden material [comunicación del internamiento y de sus motivos al Juez competente por el responsable del centro, con fundamento en un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento urgente: S.T.C. **141/2012**, F.J. 4 a) y 5 a) y c)] como temporal [efectuar dicha comunicación en el plazo máximo de 24 horas, contadas desde que se produce materialmente el hecho del **internamiento involuntario**: S.T.C. **141/2012**, F.J. 5.c)].

Por su parte, el auto de apelación dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (y el ulterior que rechaza la solicitud de aclaración), no repara la lesión del derecho a la libertad de la recurrente en amparo, al limitarse a dar por buena la resolución impugnada del Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Madrid.

5. Ha de estimarse, por tanto, la doble queja de la demanda de amparo por la vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 C.E.) de la recurrente, acordando la nulidad de las resoluciones impugnadas.

A diferencia de lo que sucedía en otros pronunciamientos dictados por este Tribunal en materia de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico del art. 763 L.E.C. [así, SS.T.C. **141/2012** y **182/2015**], no consta en las actuaciones del presente recurso de amparo que la recurrente haya sido dada de alta por el centro asistencial donde fue internada, por lo que hemos de acordar su libertad inmediata. Esto sin perjuicio de lo que haya podido decidirse respecto de su situación personal en el proceso de incapacitación seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. , bien sea como medida cautelar o incluso como pronunciamiento definitivo en sentencia.

En consecuencia se estima el recurso de amparo interpuesto por doña M.S.S. y, se declara que se ha vulnerado su derecho a la libertad personal (art. 17.1 C.E.) y se acuerda restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de las resoluciones dictadas.»

5. Tribunal Constitucional Sentencia nº 182/2015, de 7 de septiembre de 2015.

«3. Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las exigencias básicas derivadas del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1.C.E.), en relación con los plazos establecidos en el art. 763.1 L.E.C. Y así, en el apartado c) del fundamento jurídico 5 de la S.T.C. **141/2012**, de 30 de julio, afirmamos que “la imposición de un límite temporal ha de venir impuesto por la norma legal de desarrollo, en este caso el ya citado art. 763 L.E.C., donde se señala que ‘el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida’. Plazo que el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso más allá de las 72 horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el art. 17.2 C.E. para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SS.T.C. **341/1993**, de 18 de noviembre, F.J. 6; **179/2000**, de 26 de junio, F.J. 2; **53/2002**, de 27 de febrero, F.J. 6). Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo, la comunicación al tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las 24 horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. Precisión esta última importante, en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio, siendo en ese preciso momento cuando,

turnándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del art. 763.1 L.E.C. para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial”.

Más adelante, en el apartado d) del referido fundamento jurídico efectuamos algunas precisiones sobre el control judicial subsiguiente a la comunicación del ingreso psiquiátrico; concretamente sostuvimos que “desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del juez, como hemos tenido ocasión de precisar en el ámbito de las detenciones judiciales (SS.T.C. **21/1997**, de 10 de febrero, F.J. 4; **180/2011**, de 21 de noviembre, F.J. 5). Traslado que, además, tratándose de internamiento psiquiátrico contradiría la necesidad misma de la medida, de allí que lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario. En todo caso, el director de este último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido”.

Finalmente, en apartado c) del fundamento jurídico 6 de la reiterada Sentencia destacamos la importancia de la observancia del plazo de setenta y dos horas del que, como máximo, dispone el órgano judicial y, a su vez, resaltamos las consecuencias derivadas de su eventual incumplimiento: “Sin duda una de las principales garantías de este marco regulador del internamiento urgente lo constituye el límite temporal del que dispone el juez para resolver, inédito hasta la aprobación de la Ley 1/2000. La base constitucional de dicho plazo, al tratarse de una privación de libertad judicial, no reside en el art. 17.2 C.E., sino el art. 17.1 C.E., como tenemos ya dicho (SS.T.C. **37/1996**, de 11 de marzo, F.J. 4; **180/2011**, de 21 de noviembre, F.J. 2). El plazo ha de considerarse improrrogable, tal como hemos reconocido con otros plazos de detención judicial que desarrollan el art. 17.1 C.E. (SS.T.C. **37/1996**, de 11 de marzo, F.J. 4.B; **180/2011** de 21 de noviembre, FF.JJ. 5 y 6). Por tanto no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el auto y éste resulte confirmatorio”.

4. La argumentación jurídica que ofrecen los órganos judiciales converge en una misma dirección: hasta que el internamiento acordado por el centro psiquiátrico no se comunique, previo reparto del asunto al órgano judicial a quien en concreto corresponda conocer, no comienza a transcurrir el plazo de 72 horas que, conforme a lo previsto en el art. 763.1 L.E.C., constituye el límite máximo para la ratificación del referido internamiento. Como ha quedado expuesto, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la vinculación de los plazos estatuidos en el mencionado precepto con la garantía derivada del derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17.1 C.E. Sin embargo, esta es la primera ocasión –y en ello radica la especial trascendencia constitucional del presente recurso– en que se nos demanda un pronunciamiento sobre la eventual lesión del indicado derecho fundamental, a causa de una errónea interpretación sobre el dies a quo del límite máximo del que dispone la autoridad judicial para ratificar o revocar el internamiento psiquiátrico acordado extrajudicialmente. El marco legal de aplicación al caso se circunscribe al art. 763.1 L.E.C., cuyo tenor es el siguiente:

“El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o tutela, requerirá autorización judicial que será recabada del Tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieran necesaria inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiera producido el internamiento deberá dar cuenta al Tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la efectiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del Tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al Tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho Tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente Ley.”

Para el juzgador de instancia, el plazo previsto en el precepto objeto de cita no fue incumplido, toda vez que hasta el 16 de junio del 2014 el asunto no tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Las Palmas y, como así consta en el procedimiento, por Auto de 18 de junio de 2014 fue ratificado el internamiento acordado extrajudicialmente. La sucinta respuesta dada por el órgano de instancia es fruto una exégesis que se circunscribe al último inciso del segundo párrafo del art. 763.1 L.E.C. y, sobre ese aspecto, colige que hasta tanto la noticia del internamiento no llega a conocimiento del juzgado competente para resolver no comienza a correr el reiterado plazo de 72 horas. Por su parte, el órgano de apelación corrobora la legalidad de la actuación del órgano de instancia, si bien es consciente de que la problemática suscitada presenta una dimensión de mayor envergadura. Por ello, dispensa un razonamiento que expresamente contempla la significación jurídica del tiempo que el asunto tarda en llegar a conocimiento del órgano judicial. A ese respecto, las razones consignadas en el Auto resolutorio del recurso de apelación pueden compendiarse del siguiente modo: a) mientras la comunicación del internamiento no acceda al órgano judicial al que corresponda resolver, no cabe entender que dicho internamiento ha llegado a conocimiento del Tribunal, a los efectos previstos en el art. 763.1 L.E.C.; b) el plazo previsto para la ratificación del internamiento, por parte del órgano judicial, no comienza a transcurrir hasta que el asunto llega a su conocimiento tras el oportuno reparto; c) durante el intervalo que media entre la comunicación del internamiento al Decanato por parte de la autoridad médica y el reparto del asunto al órgano judicial, la privación de libertad del paciente tiene carácter gubernativo; d) el período de detención gubernativa a que se ha hecho mención es conforme a Derecho, siempre que entre la fecha del internamiento y la atribución al juzgado competente no transcurran más de setenta y dos horas, pues así lo avala la S.T.C. 141/2012.

5. La temática que se dilucida en el presente recurso concierne al derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17.1 CE. Por tanto, nuestro enjuiciamiento no se circunscribe a calibrar la racionalidad de la interpretación judicial sobre el contenido y alcance de un precepto legal, pues conforme manifestamos en la S.T.C. 3/2007, de 15 de enero, F.J. 4, “estando en juego un derecho fundamental sustantivo y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de la resolución judicial impugnada (entre las últimas, SS.T.C. 30/2000, de 31 de enero, F.J. 4; 173/2001, de 26 de julio, F.J. 4; 92/2005, de 18 de abril, F.J. 5; y 326/2005, de 12 de diciembre, F.J. 5). En particular, descartado el carácter inmotivado o arbitrario de la resolución judicial ahora analizada, respecto de lo que nada se alega en la demanda de amparo, no nos puede bastar en este proceso constitucional de amparo con la simple evaluación de su razonabilidad, sino que será preciso analizar si la misma resulta o no vulneradora del ejercicio de los derechos fundamentales alegados. Y ello porque es perfectamente posible que se den resoluciones judiciales que no infrinjan el derecho proclamado en el art. 24.1 CE, por contener una fundamentación que exprese razones —de hecho y de Derecho— por las que el órgano judicial adopte una determinada decisión, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de derechos fundamentales como los aquí en juego, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de la decisión adoptada (S.T.C. 126/2003, de 30 de junio, F.J. 5). Cuando se enjuicia la presunta vulneración de un derecho sustantivo, el criterio de razonabilidad que este Tribunal aplica a los derechos del art. 24 CE queda absorbido por el canon propio de aquel derecho (S.T.C. 14/2002, de 28 de enero, F.J. 4)”.

Llegados a este punto, procede resolver el aspecto nuclear del presente recurso. Con carácter previo, hemos de efectuar dos precisiones: en primer término cumple decir que este Tribunal no desconoce la finalidad tuitiva del internamiento urgente por razón de trastorno psíquico, que es netamente distinta de la que inspira la adopción de medidas cautelares en el proceso penal; no obstante ello, para nuestro enjuiciamiento lo verdaderamente relevante de esa medida es la privación de libertad que comporta y, por tanto, a esa perspectiva hemos de sujetarnos.

En segundo lugar, hemos de advertir que nuestro pronunciamiento no tiene por objeto dirimir, desde el prisma de la legalidad infraconstitucional, si el plazo para ratificar el **internamiento involuntario** comienza o no tras la entrada del asunto en el órgano judicial, previo reparto por el Decanato, pues ello convertiría a este Tribunal en un mero intérprete de la legalidad ordinaria que, en el contexto de una pretendida tercera instancia, estaría llamado a confirmar o refutar la interpretación realizada por los órganos judiciales. Desde la perspectiva en que se ubica este Tribunal, la respuesta que hemos de ofrecer se proyecta sobre una dimensión distinta, en concreto, sobre si la exégesis realizada en el ámbito jurisdiccional es respetuosa con el sistema de garantías que el legislador ha diseñado, mediante la instauración de los plazos máximos contem-

plados en el art. 763.1 L.E.C., para acomodar la privación de libertad por razón de trastorno psíquico a las exigencias impuestas por el art. 17.1 C.E.

Según se indica en el segundo párrafo del art. 763.1 L.E.C., la comunicación del internamiento por parte del responsable del establecimiento debe ir dirigida al “tribunal competente” y el denominado “tribunal competente” deberá ratificar el internamiento, en su caso, dentro del plazo máximo de 72 horas. En las demarcaciones judiciales que cuentan con un sólo órgano no se suscita ningún problema interpretativo, puesto que no hay necesidad de efectuar reparto alguno para determinar el concreto juzgado que deba resolver, pues, en esos casos, “el tribunal competente” será el único juzgado del lugar donde radica el centro de internamiento (art. 763.1, párrafo tercero). Sin embargo, el problema surge en aquellas demarcaciones con varios órganos judiciales, pues es perfectamente factible que la determinación del “tribunal competente” se produzca tras la recepción de la comunicación en el Decanato y el asunto sea turnado a un determinado juzgado. Eso es, precisamente, lo que aconteció en el supuesto concernido por el presente recurso, si bien no consta el motivo por el que el asunto fue repartido el día 13 de junio de 2014 y, sin embargo, no tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Las Palmas hasta el día 16 del citado mes y año.

Conforme al hilo argumental seguido por el órgano de apelación, el mencionado art. 763.1 L.E.C. admite la existencia de un intervalo intermedio entre la comunicación del internamiento al Decanato, por parte de la autoridad médica, y la asignación del asunto al órgano judicial que corresponda. Según se indica en el Auto de fecha 28 de julio de 2014, ese lapso es compatible con el límite temporal que el art. 17.2 C.E. establece respecto de las detenciones gubernativas y encuentra acogida favorable en la fundamentación jurídica de la S.T.C. **141/2012**. En consecuencia, al plazo de 24 horas con que cuenta el del centro psiquiátrico para notificar el internamiento no voluntario y al de 72 horas del que dispone el juez para ratificar la medida privativa de libertad, se suma un nuevo término cuya duración viene determinada por el tiempo que el Decanato tarde en remitir el asunto al órgano judicial que corresponda por reparto, si bien ese lapso no podrá exceder de 72 horas a contar desde que se produjo el **internamiento involuntario**. Conforme a ese planteamiento, entre la data de **internamiento involuntario** y la fecha de la ratificación judicial pueden llegar a transcurrir hasta seis días.

6. Hemos de anticipar que esa interpretación no merece favorable acogida. En primer lugar, la doctrina asentada en la S.T.C. **141/2012** no auspicia tales conclusiones, pues como se indica en el apartado c) del fundamento jurídico 5, en relación con el plazo de 24 horas de que dispone el responsable del centro para comunicar el internamiento, lo que afirmamos entonces es que el legislador podría ampliar el mencionado límite temporal hasta las 72 horas, lo cual, como es obvio, no faculta al intérprete judicial de la legalidad a extender el referido plazo sin el oportuno soporte legal habilitante; y ello con independencia de que el art. 17.2 C.E. establezca un plazo límite de 72 horas para la puesta a disposición judicial del detenido. En segundo término, hemos de recalcar que, en el apartado d) del indicado fundamento jurídico sostuvimos sin ambages que, desde que tiene lugar la comunicación por el centro hospitalario, la persona ingresada pasa a disposición del órgano judicial. De ahí que los razonamientos consignados en ese apartado tampoco patrocinan la prolongación de la “detención gubernativa”, en los términos señalados por la Audiencia Provincial. Ciertamente es que, de cara a ponderar si en aquel supuesto se había incumplido el plazo legal de 72 horas, tomamos como referencia la fecha de la providencia de apertura del procedimiento y, a partir de ese dato, colegimos que se superó con creces el plazo máximo previsto para la ratificación de la medida privativa de libertad. Sin embargo, de tal dato no cabe extraer ninguna conclusión trasladable al presente caso, habida cuenta de que, en el supuesto de hecho analizado en la S.T.C. **141/2012**, el tiempo empleado por el órgano judicial para resolver, desde que el asunto estuvo a su disposición, excedió catorce días del plazo previsto en el art. 763.1 L.E.C., lo cual constituye un claro matiz diferencial con el presente caso.

Como así lo refiere el Fiscal, parece que la interpretación efectuada por los órganos judiciales pretende conciliar los plazos estatuidos en el art. 763.1 L.E.C. con los condicionantes impuestos por la infraestructura del reparto de asuntos, principalmente derivados de la ausencia de un servicio de guardia durante los fines de semana. Sin embargo, desde la perspectiva constitucional en que se sitúa este Tribunal debemos desautorizar esa exégesis, pues no es dable alcanzar tal armonización mediante el reconocimiento de un lapso temporal intermedio –el tiempo que el asunto tarda en ingresar en el órgano judicial al que por reparto corresponde conocer–, que se ubica entre la comunicación del internamiento al Decanato y la operatividad del plazo judicial de 72 horas. Si admitiéramos tal posibilidad, el rigor hermenéutico con que se han de abordar las limitaciones del derecho a la libertad personal quedaría sustancialmente atenuado, con el consiguiente

destrimento de las garantías establecida en el art. 17.1 C.E. Por otra parte, la determinación del día a quo del plazo para la ratificación judicial del internamiento quedaría a expensas de un factor voluble e indeterminado, lo cual es incompatible con los principios de certidumbre y taxatividad inherentes a cualquier medida privativa de libertad.

En suma, desde la obligada pauta interpretativa que propicia la mayor efectividad del derecho fundamental y la correlativa interpretación restrictiva de sus límites, que hemos proclamado en diferentes resoluciones concernientes al derecho fundamental a la libertad personal (entre otras, SS.T.C. **19/1999**, de 22 de enero, F.J. 5; **57/2008**, de 28 de abril, F.J. 6, y **152/2013**, de 9 de septiembre, F.J. 5), afirmamos que la interpretación constitucionalmente adecuada del segundo párrafo del art. 763.1 L.E.C. no admite solución de continuidad entre la comunicación del **internamiento involuntario**, por parte de la autoridad médica, y el inicio del plazo de 72 horas estatuido para la ratificación judicial de esa medida, ni permite intercalar plazos implícitos entre esos dos acontecimientos procesales.

7. Los razonamientos precedentes conducen a la estimación del presente recurso de amparo, puesto que las resoluciones judiciales combatidas vulneran el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 C.E.) de M.I.F.E. A los efectos previstos en el art. 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, procede declarar la nulidad de las referidas resoluciones con carácter meramente declarativo, pues, como se refleja en los antecedentes de esta resolución, la persona afectada por el internamiento fue dada de alta el día 14 de julio de 2014, de manera que no persiste la privación de libertad ratificada judicialmente.

Se estima el recurso de amparo promovido por el Ministerio Fiscal y, en consecuencia y se reconoce el derecho a la libertad personal (arts. 17.1 C.E.) de M.I.F.E, declarando la nulidad, sin retroacción de actuaciones, de las resoluciones dictadas».

CP

Casos
Prácticos

CASOS PRÁCTICOS¹. *Por el Servicio de Estudios Registrales de Catalunya, coordinado por José Luis Valle Muñoz, por la cesión de estos casos del Seminario de Derecho Registral de Catalunya.*

1. INMATRICULACIÓN: REALIZADA DE CONFORMIDAD CON EL DEROGADO ART. 298 DEL R.H. DE 1998.

Nos encontramos ante la agrupación de dos fincas para formar una nueva, siendo el titular de ambas el Ayuntamiento. Una de las agrupadas se inmatriculó el 24-9-1998 por la vía del art. 205 de la L.H. En ese momento, aplicando el texto resultante de la reforma del reglamento hipotecario de 4 de septiembre anterior, se consideró que la inscripción ya gozaba de plena validez, aunque el edicto no se devolviese en el plazo de tres meses, quedando pendiente de la aportación del mismo el cómputo de dos años de suspensión de la fe pública registral, lo cual resulta de la inscripción de la finca inmatriculada, pues así lo hizo constar el registrador entonces titular. Con fecha 19-7-2013 se presenta el edicto acreditándose su publicación por un mes, procediéndose a hacer constar dicha devolución por nota al margen de la inscripción. La finca agrupada pretende venderse sin que conste la limitación de efectos de la fe pública registral. Se plantea a la registradora si la inmatriculación es válida. El Ayuntamiento adquirió la finca ya inmatriculada. En caso afirmativo, ¿se podría cancelar la limitación?

Nos encontramos ante un supuesto que se complicó como consecuencia de la anulación por el T.S., en sentencia de 31-1-2001, de parte del R.H. de 4-9-1998. La reforma del art. 298 quiso poner fin a una situación que no era buena para el funcionamiento del sistema, la anulación de inscripciones por falta de aportación del edicto en el plazo de tres meses. Así, la redacción anterior del precepto (art. 298, párrafo 6.º) señalaba que «las inscripciones practicadas en virtud de los documentos expresados en los cuatro primeros números y en la letra C) del número 5.º se notificarán a todos los que pudieran estar interesados en ella por medio de edictos, que autorizará el registrador; comprenderán las referidas circunstancias esenciales y se fijarán por espacio de un mes en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radique la finca, acreditándose este hecho por certificación o diligencia suscrita por el secretario del mismo Ayuntamiento a continuación del edicto. Este se archivará en el registro después de extendida la nota marginal expresiva del cumplimiento de la anterior formalidad. Si no se presentase el edicto en el registro dentro de los tres meses siguientes se cancelará ésta de oficio por nota marginal».

¹ El Seminario es una opinión consensuada exclusivamente por los asistentes al mismo sin pretender en ningún caso limitar la libre calificación que con arreglo a la ley corresponde al Registrador en cada caso competente.

La redacción de 1998 sustituye la cancelación de la inscripción de inmatriculación por la no iniciación del cómputo del plazo de suspensión de los efectos de la inscripción a que se refiere el art. 207 de la Ley. La sentencia del T.S. anuló esta modificación por entender que las limitaciones del art. 207 solo son aplicables a los excesos de cabida practicados por la vía del art. 205 (título público) no a los demás.

En el caso planteado ante este seminario los interesados plantean una aplicación parcial de ambas redacciones legales y, en consecuencia, considerar que la inscripción no debe ser cancelada por haberse practicado con arreglo a la redacción de 1998, por lo que no es relevante que el edicto con la certificación o diligencia no se haya presentado en el indicado plazo de tres meses, pero a la vez considerar que la limitación de efectos frente a terceros ha cesado dado que ya han transcurrido dos años desde la práctica de la inscripción.

Se entendió por los asistentes que no cabe trocear el articulado a gusto del interesado y que el registrador actual debe ajustarse a la forma en que el asiento aparece redactado y a la legislación que se tuvo en cuenta. Por lo tanto, hasta que no conste registralmente la publicación no comienza el cómputo del plazo. Esta constancia registral se produce el día 19-7-2013 por lo que, hasta el 18-7-2015 no podrá cancelarse la limitación de efectos.

2. EJECUCIÓN DE HIPOTECA. APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY 1/2013 EN CUANTO A LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE RESCISIÓN.

Se presenta en el Registro un decreto de adjudicación de 29-5-2013 siendo calificado como defectuoso por no acreditarse haber transcurrido el plazo para la interposición de un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de nuevas causas de oposición previstas en los arts. 557 y 695 de la L.E.C., o la desestimación del, en su caso, interpuesto. Ahora se añade una diligencia de ordenación señalando que no ha lugar a librar un mandamiento adicional toda vez que la entrada en vigor de la Ley 1/2013 no señala que se deban paralizar los procedimientos de ejecución hipotecaria hasta la terminación del plazo preclusivo señalado en su disposición transitoria 4.^a

La disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 «de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios», declara su aplicación retroactiva respecto de aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar. Asimismo, si el procedimiento está en curso y, siempre que el mismo no haya culminado ya con la puesta en posesión del inmueble al adquirente, el ejecutado dispone de un plazo preclusivo de un mes, computado desde el día siguiente a la entrada en vigor de la Ley, para formular un incidente extraordinario basado en la existencia de cláusulas abusivas que hayan determinado la ejecución o las cantidades exigibles.

El problema se nos plantea con todos aquellos Decretos de adjudicación o de aprobación de remate dictados antes del quince de junio de 2013, de los cuales debe resultar, o bien que no se ha planteado ningún incidente o que el mismo ha sido resuelto negativamente. En caso contrario existirá un defecto subsanable y no podrá practicarse la inscripción, aunque si la anotación preventiva por defecto subsanable.

Esta norma tiene su razón de ser en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14-3-2013, cuya mayor crítica al sistema de ejecución español se basa en la posibilidad de crearse situaciones inatacables, solo susceptibles de reparación económica, en base a cláusulas abusivas no discutidas en el procedimiento, pues las mismas, según la redacción anterior del art. 695 podrían ser discutidas en el procedimiento ordinario correspondiente pero sin provocar la paralización del procedimiento de ejecución. Incluso una posible anotación de demanda derivado de dicho procedimiento ordinario no tendría la virtualidad de suspender la ejecución pues el art. 131 de la L.H., tras la reforma llevada a cabo por la L.E.C. en el año 2000, señala que las anotaciones de demanda de nulidad de la propia hipoteca se cancelarán en virtud del mandamiento de cancelación de cargas dictado en el procedimiento si son posteriores a la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de cargas.

Se planteó en el seminario si la expedición de un testimonio posterior al quince de junio de 2013 (aunque el decreto fuese anterior) significaba ya que judicialmente se daba por cumplido el trámite y que, por tanto, el registrador no podría alegar ya este defecto. No hubo unanimidad en el seminario, pues frente a los que opinaban que si se hubiese interpuesto el incidente o se hubiera resuelto favorablemente el secretario no de-

bería expedir el testimonio y en caso de hacerlo quedaba bajo la responsabilidad del tribunal, otros asistentes se mostraron más riguroso, considerando que podía existir una actuación del secretario al margen de lo decidido por el Juez.

3. HIPOTECA: CLÁUSULAS ABUSIVAS. SE PLANTEA LA DENEGACIÓN DE UNA CLÁUSULA POR LA QUE SE DECLARA EL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS POR NO PUBLICACIÓN DEL ÍNDICE DE REFERENCIA.

El art. 26 de la O. 2.899/2011, de 28 de octubre, del Ministerio de Economía y Hacienda, señala que «en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.
- b) Que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

El art. 27 regula como tipos oficiales, los cuales se publicarán mensualmente en el B.O.E. y estarán también disponibles en la página electrónica del Banco de España, los siguientes:

1. Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.
2. Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro.
3. Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.
4. Referencia interbancaria a un año (Euribor).
5. Permuta de intereses/Interest Rate Swap (I.R.S.) al plazo de cinco años.
6. El Míbor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1-1-2000 conforme a lo previsto en el art. 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

La forma de cálculo de los tipos anteriores se determinará mediante circular del Banco de España. Por lo tanto, no se prevé la «no» publicación de los tipos de referencia oficiales. No obstante, aún en caso de falta de publicidad habría que aplicar principios generales como el «favor negotii» y las normas sobre interpretación de los contratos de los arts. 1.281 y siguientes de C.C. También la normativa de protección de consumidores, pues tiene especial trascendencia el hecho de que la resolución sería por una causa ajena a la voluntad de quien la sufre.

En este sentido la Directiva 93/13/CEE de 5-4-1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores señala en su art. 3 que «las cláusulas que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato», añadiendo el art. 4 que «el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa».

4. HIPOTECA: VENCIMIENTO ANTICIPADO POR FALTA DE TRES PAGOS. SE PLANTEA LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL A LAS HIPOTECAS EN FAVOR DE HACIENDA.

Una de las modificaciones que introduce la Ley 1/2013 en la L.E.C. es la necesidad, en el caso de que deje de pagarse una parte del capital del préstamo o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, de que venzan al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el notario en la escritura de constitución (art. 693.1).

La Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 justifica las nuevas medidas en atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones. Es cierto que no todas las normas implantadas, y entre ellas la ahora analizada, se circunscriben a la vivienda habitual, pero el cambio tiene por destino a deudores de préstamos hipotecarios. No parece lógico aplicar el mismo criterio a las deudas con hacienda, donde propiamente no hay un préstamo, sino la conversión de una deuda ya vencida en una operación financiera a plazo. No ha habido entrega de capital por parte de la Administración.

La modificación de la L.E.C. trae su causa de la sentencia de Luxemburgo de 14-3-2013, en la cual una de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juez de lo Mercantil (concretamente la segunda) fue «si tienen carácter abusivo las cláusulas que constituyen el objeto del litigio principal y que se refieren al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración, a la fijación de los intereses de demora y al pacto de liquidez».

Señala la Sentencia que «para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en este sentido. Mediante un análisis comparativo de este tipo, el juez nacional podrá valorar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente». En el caso analizado, esta cláusula no era abusiva por cuanto la L.E.C. preveía la posibilidad de pactar el vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota. No obstante, el Tribunal apunta que debe examinarse también si este incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo. Ante esta matización el legislador español ha optado por aumentar el plazo de uno a tres cuotas, pero en todo caso enmarcado dentro de la normativa de protección de consumidores, sin que en el caso del deudor a la Hacienda pueda hablarse propiamente de un consumidor.

CASOS PRÁCTICOS¹. *Por el Servicio de Estudios Registrales de Madrid, coordinado por Reynaldo Vázquez Lapuerta y con la colaboración de Marta Cavero Gómez, Sonia Morato González, Ana Solchaga López de Silanes y Carlos Ballugera Gómez, por la cesión de estos casos del Seminario de Derecho Registral de Madrid.*

1. REPARCELACIÓN: CORRESPONDENCIA CON FINCAS DE REEMPLAZO.

Hace veinte años se inscribió una reparcelación convalidante de una parcelación ilegal. Hubo varias fincas que estaban inscritas a nombre de los propietarios únicos iniciales. Algunas de estas fincas se habían vendido, otras no.

Los compradores de las ventas no hicieron caso a las comunicaciones recibidas de la Junta y del propio Ayuntamiento que participó muy activamente. Dado el interés en sacar adelante la actuación, que era muy grande, se tuvo como propietarios a los titulares registrales y a ellos se adjudicaron las de reemplazo.

Cuando vinieron las solicitudes de inscripción por los compradores se les suspendió la inscripción y rectificaron con los vendedores las compras. Aclararon la subrogación producida.

Ahora han fallecido tanto vendedores como compradores. ¿Puede inscribirse la escritura de 1980 sobre la finca de reemplazo de 1995? La correspondencia está muy clara porque se expresó en cada finca de reemplazo a cuál de procedencia correspondía.

El artículo 17 del R.D. 1.093/97 contempla tres supuestos: 1.º Acuerdo de los interesados. 2.º Acuerdo firme de la administración actuante con notificación al titular. 3.º Cuando esté claro por instancia. En este caso está claro, pero todos los supuestos del 17 son para casos de cancelación formal previa de asientos practicados después de la nota de vinculación y antes de la inscripción de la reparcelación.

El artículo 17 del Real Decreto de 4 de julio de 1997 contempla tres supuestos para el acceso al Registro de aquellos títulos que, habiéndose llegado a inscribir en el Registro, fueron objeto de cancelación formal, al haber accedido con posterioridad a la nota marginal de haberse expedido la certificación de dominio y cargas para un proyecto de equidistribución.

Si bien no es un precepto directamente aplicable, dado que aquí la compraventa, nunca ha llegado a ser inscrita, se estimó que sería admisible si se acompaña acuerdo firme de la administración actuante con notificación a los titulares registrales; salvo que, como en este caso, del estudio de los historiales registrales de las fincas objeto de reparcelación en su día, resultase indubitada la correspondencia de las fincas, en cuyo caso podría valer la instancia, acompañando el título. En el caso planteado se había hecho la inscripción haciendo constar la correspondencia, luego puede procederse a la inscripción.

2. VENTA EXTRAJUDICIAL. ANUNCIOS SUBASTA.

Se plantea al seminario si, en caso de ejecución de hipoteca por el procedimiento extrajudicial, se entiende que basta la publicación en el tablón de anuncios del B.O.E. entendiéndose derogado el sistema anterior por el Real Decreto 1.011/2015 de 6 de noviembre por el que se regula el procedimiento para formalizar el sistema de consignaciones en sede electrónica de las cantidades necesarias para tomar parte en las subastas judiciales y notariales (en vigor en 10-11-2015) o, por el contrario y dado que en Madrid los notarios aún no tienen puesto el sistema en funcionamiento, debe acudir al 236 f) del Reglamento Hipotecario y exigirse las publicaciones en el tablón de anuncios de Ayuntamiento, del Registro y B.O.C.A.M. en su caso.

El artículo 129 de la Ley Hipotecaria dispone que en el reglamento hipotecario se determinará la forma y persona a la que debe referirse la notificación y el procedimiento aplicado, recogiendo en el inciso final del precepto una remisión con carácter supletorio a la ley de enjuiciamiento civil. Y en este momento, con las últimas reformas, bastaría la publicación en el tablón de anuncios del B.O.E.

La R.D.G.R.N. de 25 de febrero de 2014 dice que «respecto de aquellos extremos del procedimiento de venta extrajudicial cuya determinación se remite al Reglamento Hipotecario –art. 129.2.e) de la Ley Hipo-

¹ El Seminario es una opinión consensuada exclusivamente por los asistentes al mismo sin pretender en ningún caso limitar la libre calificación que con arreglo a la ley corresponde al Registrador en cada caso competente.

tecaría—, debe entenderse que la regulación reglamentaria actualmente vigente, mientras no sea objeto de la correspondiente modificación, deberá ser aplicada en tanto en cuanto no sea contrario a la Ley 1/2013 o a la Ley de Enjuiciamiento Civil, e interpretada de conformidad con los principios del procedimiento regulado por las mismas, teniendo en cuenta además la aplicación supletoria de la Ley rituaria en lo no previsto específicamente». En nuestro caso, al estar regulada la publicación de la subasta en la L.E.C., no es preciso acudir al 236 del Reglamento Hipotecario.

3. DESHEREDACIÓN.

Un padre tiene dos hijas y deshereda a una de ellas, nombrando heredera a la otra. La hija desheredada, tiene a su vez una hija. En la partición, esta hija, que es menor de edad, está representada por el padre, al existir incompatibilidad con la madre, pero solo se le reconoce la legítima estricta.

¿No debería de reconocérsele la legítima ordinaria, es decir la mitad de 2/3 de la herencia? Al no nombrar el abuelo a la nieta en el testamento, ¿hemos de valorar si hay preterición y, en su caso, si es intencional o no intencional? Artículos 814 y 857 del Código Civil, entre otros.

Sobre esta materia, la doctrina clásica es la que expone Rivas Martínez en su tratado de sucesiones, según la cual solo tendría derecho a la legítima estricta. Para ello se invoca un doble argumento. Por un lado, la interpretación de la voluntad presunta del testador. Así, habiendo desheredación, (que además en este caso está admitida por la propia interesada quien comparece en la escritura reconociéndolo), se presume que la voluntad del testador, es que a la estirpe de ese hijo vaya lo menos posible. También sentencias antiguas del Tribunal Supremo como la de 23 de enero de 1959, lo interpretaban así.

El segundo argumento es la regulación que el propio Código Civil hace de la desheredación injusta, en la que aunque el desheredado injustamente reclame, tendrá que respetar las mejoras hechas por el testador. Lo que parece venir a avalar la línea interpretativa, de que en el caso planteado, la legítima de los descendientes sería la estricta.

No obstante, también hay autores como Hidalgo Santiago, que entienden que sería la legítima larga la que correspondería a los descendientes. En la partición lo cierto es que se le concede a la hija menor la legítima estricta y que, además, no se le adjudican bienes de la herencia, sino que se le paga su derecho en dinero, alegándose la indivisibilidad del inmueble, dándose la circunstancia de que la finca no se inventaría en su totalidad sino solo la mitad indivisa.

Por ello también se puso de manifiesto que la partición así realizada puede conculcar los derechos de la menor, y a tal respecto se cita la interpretación derivada del artículo 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del menor, según redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, que dispone «En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

En este sentido aunque la primera parte del artículo 857 del Código Civil podría inducir a entender que por ocupar la posición de la madre desheredada, no puede obtener la nieta mejor situación, sin embargo la segunda parte de dicho precepto remite a los derechos en la legítima, sin distinguir si global o estricta. En última instancia, la actuación del padre como representante de su hija menor de edad, se puede considerar asimilada a la de una renuncia parcial, por lo que procedería conforme al artículo 166 del Código Civil, la autorización judicial correspondiente.

Otros en el seminario consideran que no puede depender la cuantía que le corresponde en la herencia a un legitimario de su minoría o mayoría de edad. Si así lo hubiera querido el legislador, lo habría regulado.

INFORMACIÓN JURÍDICA

162

Y ACTUALIDAD EDITORIAL

PRIMERA Y SEGUNDA QUINCENA DE AGOSTO DE 2016

Registradores
DE ESPAÑA

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

► **Revista de Derecho de Sociedades**
Número 46

[2]

► **Revista de Actualidad Civil**
Número 7-8

[11]

► **Nueva Revista Española de Derecho
del Trabajo**
Número 188

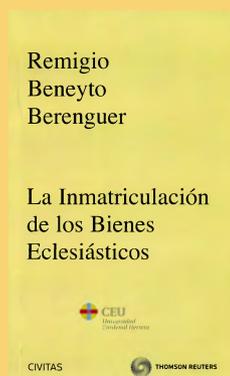
[6]

LIBROS

ADQUIRIDOS POR LA BIBLIOTECA



► *El concurso de acreedores y el arbitraje, por María Flora Martín Moral*



► *La inmatriculación de los Bienes Eclesiásticos, por Remigio Beneyto Berenguer*



► *La comunidad de bienes, por María José Reyes López*



► *La prenda de acciones, por Abel B. Veiga Copo*

Revista de Derecho de Sociedades

RdS
Derecho de Sociedades

ENERO - ABRIL 2016 - Nº 46

ESTUDIOS

- «El gobierno corporativo de las empresas públicas». **F. LEÓN SANZ**
- «Nuevo régimen jurídico de la retribución de los administradores de las sociedades de capital». **M. RUIZ MUÑOZ**
- «El deber de vigilancia de los administradores en el marco de su régimen de responsabilidad y las relaciones de confianza entre consejeros y directivos de la empresa social». **L. HERNANDO CEBRIÁ**
- «La comisión de auditoría de las sociedades cotizadas tras la reforma para la mejora del gobierno corporativo y la nueva ley de auditoría: ¿avanzando hacia un verdadero órgano de control?». **E. OLMEDO PERALTA**
- «El conflicto de intereses en la cesión global de activo y pasivo a favor del socio mayoritario de la sociedad cedente». **M. GÁLLEGO LANAU**

PRAXIS

- «¿Qué efecto tiene una reforma legal sobre los estatutos sociales que reflejan la regulación precedente? A propósito de la competencia para el traslado del domicilio social». **F. J. ARIAS VARONA/A. MARTINIVA**
- «La obligación de pago de intereses en créditos capitalizados en operaciones de aumento de capital». **T. RODRIGUEZ PEÑAMARÍA**
- «La convocatoria de junta general de socios por registradores mercantiles en el ámbito de los artículos 169 y 171 de la ley de sociedades de capital (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de noviembre de 2015)». **N. FERNÁNDEZ PÉREZ**
- «Administración de hecho derivada de un plan de privatización de empresa (Comentario a la STS de 8 de abril de 2016)». **N. LATORRE**
- «¿Puede funcionar un consejo con un número de vocales en el cargo por debajo del mínimo legal? A propósito de la RDGRN de 14 de marzo de 2016». **L. ASTARLOA ARALUCE**

DIRECCIÓN

Andrés Recalde Castells y Antonio Roncero Sánchez

SECRETARÍA

Guillermo Guerra Martín

ESTUDIOS · PRAXIS · LEGISLACIÓN · NOTICIAS

European
Company
and Financial
Law Review

RdS
Rev. prat. soc.
Rev. Sociétés
Riv. Società
ZGR

THOMSON REUTERS
ARANZADI



SUMARIO

ESTUDIOS

FRANCISCO JOSÉ LEÓN SANZ

EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS.....	25
---	----

MIGUEL RUIZ MUÑOZ

NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.....	53
---	----

LUIS HERNANDO CEBRIÁ

EL DEBER DE VIGILANCIA DE LOS ADMINISTRADORES EN EL MARCO DE SU RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD Y LAS RELACIONES DE CONFIANZA ENTRE CONSEJEROS Y DIRECTIVOS DE LA EMPRESA SOCIAL	131
---	-----

EUGENIO OLMEDO PERALTA

LA COMISIÓN DE AUDITORÍA DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS TRAS LA REFORMA PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO Y LA NUEVA LEY DE AUDITORÍA: ¿AVANZANDO HACIA UN VERDADERO ÓRGANO DE CONTROL?	167
--	-----

MARÍA GÁLLEGO LANAU

EL CONFLICTO DE INTERESES EN LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO A FAVOR DEL SOCIO MAYORITARIO DE LA SOCIEDAD CEDENTE.....	193
--	-----

PRAXIS

CUESTIONES

FRANCISCO JAVIER ARIAS VARONA/ ALINA MARTINIVA

¿QUÉ EFECTO TIENE UNA REFORMA LEGAL SOBRE LOS ESTATUTOS SOCIALES QUE REFLEJAN LA REGULACIÓN PRECEDENTE?.....	241
--	-----

12

RDS 2016 • 46

RDS

TOMÁS RODRÍGUEZ PEÑAMARÍA

LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE INTERESES EN CRÉDITOS CAPITALIZADOS EN OPERACIONES DE AUMENTO DE CAPITAL 259

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA*NURIA FERNÁNDEZ PÉREZ*

LA CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL DE SOCIOS POR REGISTRADORES MERCANTILES EN EL ÁMBITO DE LOS ARTÍCULOS 169 Y 171 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL 269

NURIA LATORRE CHINER

ADMINISTRACIÓN DE HECHO DERIVADA DE UN PLAN DE PRIVATIZACIÓN DE EMPRESA... 293

LUCÍA ASTARLOA ARALUCE

¿PUEDE FUNCIONAR UN CONSEJO CON UN NÚMERO DE VOCALES EN EL CARGO POR DEBAJO DEL MÍNIMO LEGAL? 309

LEGISLACIÓN*JOSÉ LUIS MATEO HERNÁNDEZ*

HACIA UNA MAYOR PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA REALIDAD EMPRESARIAL A TRAVÉS DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES 329

JUAN FRANCH FLUXÀ

COMENTARIO A LA LEY 22/2015, DE AUDITORÍA DE CUENTAS..... 343

NOTICIAS**NOTICIAS COMENTADAS***ASCENSIÓN GÁLLEGO CÓRCOLES*

EVALUACIÓN DEL IMPACTO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE «PROXY ADVISORS» POR LA AEVM 355

ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ

NUEVA EDICIÓN DE LA OBRA *PRECONCURSALIDAD Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL*, DE JUANA PULGAR EZQUERRA 373

RESEÑAS DE NOTICIAS**COMUNITARIAS***LUIS CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO*

CONSULTA PÚBLICA DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE DIRECTRICES PARA LA DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN NO FINANCIERA DE GRANDES COMPAÑÍAS 385

<i>ES</i>	SUMARIO	13
<i>PEDRO-JOSÉ BUESO GUILLÉN</i>		
LA AUTORIDAD EUROPEA DE VALORES Y MERCADOS (ESMA) PUBLICA SUS DIRECTRICES SOBRE POLÍTICA DE REMUNERACIÓN.....		387
<i>LOLA ARRANZ MADRID</i>		
COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LA MEJORA DEL MERCADO ÚNICO...		391
<i>ANA FELICITAS MUÑOZ PÉREZ</i>		
EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS EUROPEAS DE DESARROLLO DEL «CAPITAL MARKETS UNION».....		395
<i>CARLOS FRANCH JIMÉNEZ</i>		
CONSULTA SOBRE LA REVISIÓN DE LA DIRECTIVA DE FOLLETOS.....		399
<i>CARLOS MARTÍN HERNÁNDEZ</i>		
PUBLICACIÓN DE NUEVAS DIRECTRICES DE ESMA SOBRE «MEDIDAS ALTERNATIVAS DE RENDIMIENTO».....		403
COMPARADO		
<i>REBECA HERRERO MORANT</i>		
TERCER INFORME ANUAL SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO ITALIANO.....		409
<i>ENRIQUE MORENO SERRANO</i>		
CAMBIOS NORMATIVOS EN LA CONSTITUCIÓN DE <i>START-UP</i> ITALIANAS.....		413
<i>LOURDES GARNACHO CABANILLAS</i>		
PUBLICACIÓN DE UN INFORME SOBRE LAS NUEVAS MEDIDAS DE SUPERVISIÓN EMPRESARIAL POR LA AUTORIDAD BRITÁNICA DE REGULACIÓN PRUDENCIAL.....		417
<i>RAFAEL MANCHADO MONTERO DE ESPINOSA</i>		
NOVEDADES LEGISLATIVAS EN EL REINO UNIDO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA INFORMATIVA DE LAS SOCIEDADES.....		423
<i>REBECA HERRERO MORANT</i>		
EXTENSIÓN EN EL REINO UNIDO DE LA REGULACIÓN DEL REGISTRO DE TITULARES DE PARTICIPACIONES DE CONTROL SIGNIFICATIVO A LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA.....		427
<i>ANUNCIACIÓN PÉREZ PUEYO</i>		
CAMBIOS EN LA REGULACIÓN DEL DOMICILIO SOCIAL EN EL REINO UNIDO.....		431
<i>RAFAEL MANCHADO MONTERO DE ESPINOSA</i>		
PROYECTO DE LEY DE FUNDACIONES PRIVADAS EN GIBRALTAR.....		439

NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE

Derecho del Trabajo

NÚM. 188 · JUNIO 2016

DIRECTORES

ALFREDO MONTOYA MELGAR**ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO****IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**

Ayer y hoy del ET: (I) El contrato de trabajo, *Alfredo Montoya Melgar*

Reducción de jornada y desempleo parcial: convergencia y divergencia entre las normas laborales y de seguridad social, *Alberto Cámara Botía*

La nueva figura de las colaboraciones organizadas por el comitente en el «Jobs Act» del Gobierno Renzi, *Domenico Mezzacapo*

La incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo de los escritores de libros, *Raquel Yolanda Quintanilla Navarro*

La protección de la gente de mar frente a los créditos salariales derivados del abandono de buques y dotaciones, *Olga Fotinopoulou Basurko*

El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo, *Antonio Álvarez del Cuvillo*

El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución, *M^o José Cervilla Garzón*

La violencia en el lugar de trabajo. El estado de la cuestión en Canadá, *Francisco Trujillo Pons*

La desnaturalización de la figura del TRADE a través del fomento del ejercicio de su derecho a la conciliación profesional y familiar, *Esther Guerrero Vizueté*

El reconocimiento por la negociación colectiva de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género, *Lourdes Fraguas Madurga*

INCLUYE LA REVISTA EN
SOPORTE ELECTRÓNICO,
**THOMSON REUTERS
PROVIEW™**



**THOMSON REUTERS
ARANZADI**



SUMARIO

EDITORIAL

ALFREDO MONTOYA MELGAR

AYER Y HOY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: (I) EL CONTRATO DE TRABAJO..... 15

ESTUDIOS

ALBERTO CÁMARA BOTÍA

REDUCCIÓN DE JORNADA Y DESEMPLEO PARCIAL: CONVERGENCIA Y DIVERGENCIA ENTRE LAS NORMAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL..... 29

Short time work and partial unemployment benefits: convergences and divergences between labor standards and social security standards.

DOMENICO MEZZACAPO

LA NUEVA FIGURA DE LAS COLABORACIONES ORGANIZADAS POR EL COMITENTE EN EL «JOBS ACT» DEL GOBIERNO RENZI 59

The new figure of organized collaborations by Renzi government Jobs Act.

RAQUEL YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO

LA INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON EL TRABAJO DE LOS ESCRITORES DE LIBROS 79

Incompatibility of retirement pension with work as a writer.

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO

LA PROTECCIÓN DE LA GENTE DE MAR FRENTE A LOS CRÉDITOS SALARIALES DERIVADOS DEL ABANDONO DE BUQUES Y DOTACIONES 103

The Seafarers' wages claims protection resulting from abandonment of ships and crews.

10

NREDT 2016 • 188



ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

- EL CENTRO DE TRABAJO COMO UNIDAD ELECTORAL: UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO EN UN CONTEXTO DE CAMBIO ORGANIZATIVO 141
 The workplace 'establishment' as an electoral unit: an uncertain legal concept in a context of organizational change.

M.ª JOSÉ CERVILLA GARZÓN

- EL AVANCE HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD Y OTROS DERECHOS SOCIALES EN LOS SUPUESTOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN..... 179
 The recognition of the right to maternity benefit and other social rights in cases of surrogacy arrangement.

FRANCISCO TRUJILLO PONS

- LA VIOLENCIA EN EL LUGAR DE TRABAJO. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN CANADÁ... 201
 Violence in the workplace. The state of the question in Canada.

ESTHER GUERRERO VIZUETE

- LA DESNATURALIZACIÓN DE LA FIGURA DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO DEPENDIENTE ECONÓMICAMENTE A TRAVÉS DEL FOMENTO DEL EJERCICIO DE SU DERECHO A LA CONCILIACIÓN PROFESIONAL Y FAMILIAR 233
 La dénaturalisation de la forme du travailleur autonome dépendant économiquement à travers de la promotion de l'exercice de son droit à la conciliation professionnelle et familiale.

LOURDES FRAGUAS MADURGA

- EL RECONOCIMIENTO POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO 249
 Recognition for collective bargaining labour rights of victims of gender violence.

LEGISLACIÓN

- I. RESEÑAS DE LEGISLACIÓN 305

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

JURISPRUDENCIA

I. CONTRATO DE TRABAJO

A. DERECHOS FUNDAMENTALES

BORJA SUÁREZ CORUJO

- DERECHO AL HONOR DE LA EMPRESA EN EL ÁMBITO LABORAL ¿NUEVAS ARMAS EMPRESARIALES ANTE EL CONFLICTO? 317
 Employer's right to honour in the labour field: new instruments for the employer to face labour conflict





ELENA DESDENTADO DAROCA

- DESAPARICIÓN DEL CENTRO DE TRABAJO Y EXTINCIÓN DEL MANDATO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES: UNA LAGUNA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE 325
 Disappearance of the workplace and extinction of the employee's representative's mandate: a loophole.

B. MODIFICACIÓN CONDICIONES DE TRABAJO

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

- LOS MÁRGENES DEL CONVENIO COLECTIVO EN LAS VACACIONES RETRIBUIDAS: ¿ES POSIBLE CONCILIAR EL INTERÉS DEL TRABAJADOR Y LA PRODUCTIVIDAD DE LA EMPRESA? 333
 The role of the collective bargaining in the paid annual leave: how to balance employee's interest and productivity?

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

- NEGOCIACIÓN COLECTIVA VERSUS MODIFICACIÓN UNILATERAL DE CONDICIONES COLECTIVAS DE TRABAJO: PROBLEMÁTICA TRAS LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DE UN CONVENIO 341
 Collective bargaining collective versus unilateral modification of working conditions : problems after the loss of validity of an agreement .

II. DESPIDO

A. PERÍODO DE PRUEBA

AMPARO ESTEVE-SEGARRA

- LA REINTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL FRAUDE DE LEY EN EL DESISTIMIENTO EMPRESARIAL DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES 349
 Judicial reinterpretation of fraud law in the business withdrawal during the test period in the contract support to entrepreneurs

B. ACOSO Y DESPIDO

RUTH VALLEJO DA COSTA / M.ª ÁNGELES ROMERO CORONADO

- EL ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO: LA INDEPENDENCIA DE LOS ÓRDENES LABORAL Y PENAL 359
 Sexual harassment at work: the independence of the labor and criminal orders.

III. SEGURIDAD SOCIAL

A. DESEMPLEO

M.ª FUENCISLA RUBIO VELASCO

- LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO DE UN EXTRANJERO MÉDICO INTERNO RESIDENTE 371
 The unemployment benefits of a foreign medical internal resident.

**B. PORCENTAJE DE JUBILACIÓN***MARÍA ISABEL VARELA ÁLVAREZ-QUIÑONES*

BASES DE COTIZACIÓN COMPUTABLES EN PERIODOS DE TRABAJO EXENTOS DE COTIZACIÓN PARA TRABAJADORES CON 65 O MÁS AÑOS..... 379

Contribution bases computable in working periods exempt of contribution for workers aged 65 and above.

C. JUBILACIÓN ANTICIPADA*ANA DE LA PUEBLA PINILLA*

RECONOCIMIENTO DE LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO OBJETIVO Y ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA 387

Acknowledgment of the unfairness of the dismissal based on objective grounds and access to early retirement.

BIBLIOGRAFÍA**I. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS***RAQUEL YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO*

RECENSIÓN AL LIBRO «EL DESPIDO COLECTIVO EN LA EMPRESA. CAUSAS, PROCEDIMIENTO Y CONTROL JUDICIAL» DE SARA ALCÁZAR ORTIZ 397

DIEGO MEGINO FERNÁNDEZ

RECENSIÓN AL LIBRO «PODER DE CONTROL EMPRESARIAL, SISTEMAS TECNOLÓGICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES», DE SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO 407

II. INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA 413*CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI***CRÓNICA***ALFREDO MONTOYA MELGAR*

NÉSTOR DE BUEN: IN MEMORIAM 421

COLECCIÓN CIVIL

Director: *Xavier O'Callaghan Muñoz*

ACTUALIDAD **civil**

REVISTA JURÍDICA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CIVIL, MERCANTIL Y PROCESAL

Edición electrónica:
<http://smarteca.es>

NÚMERO 7-8

JULIO-AGOSTO DE 2016

A FONDO

El contrato de alimentos.
Revisión a la luz de la
experiencia notarial

ESTUDIO

DE JURISPRUDENCIA

Aplicación del art. 831 CC
en cuanto al pago de la legítima
estricta (SAP Madrid, 30 dic. 2015)

EL TS ESTABLECE

DOCTRINA

Aprovechamiento por turno
de bienes inmuebles de uso
turístico tras la Ley 42/1998



«Efectos fiscales
de la reintegración
concursal de
contratos civiles»



Wolters Kluwer

Sumario

ACTUALIDAD

civil

N.º 7-8 • JULIO-AGOSTO 2016

PERSONA Y DERECHOS

A fondo

- Determinación de la asunción de los gastos derivados del ejercicio de la función tutelar..... 4
Gloria Díaz Pardo

Estudio de jurisprudencia

- El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad..... 18
Victoria Rodríguez Escudero

Le puede interesar

- El fútbol un (cuasi) derecho para las personas. De simple juego a espectáculo global..... 32
Dr. Ricardo Cobo del Prado Reverte
Dr. Jesús Marí Farinós

DERECHO DE SUCESIONES

A fondo

- La sucesión mortis causa de la empresa familiar 38
María Elena Cobas Cobiella

Estudio de jurisprudencia

- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (secc. 12ª) de 30 de diciembre de 2015. Aplicación del art. 831 CC en cuanto al pago de la legítima estricta. Aspectos sustantivos y procesales..... 52
Victoria López Barrio

DERECHO DE CONTRATOS

A fondo

- Efectos fiscales de la reintegración concursal de contratos civiles 60
Enrique Díaz Revorio

- El contrato de alimentos. Revisión a la luz de la experiencia notarial: la selección del alimentista, la forma del acuerdo y su fiscalidad: propuestas de lege ferenda 70
C. Alicia Calaza López

EL TS establece doctrina

- Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico tras la Ley 42/1998..... 92
Sergio Cañellas Arcega

DERECHO GLOBAL Y COMPARADO

A fondo

- Tres aspectos polémicos de la partición hereditaria ante notario público en Cuba. Estudio comparado con el Derecho español..... 96
Raúl José Vega Cardona

El concurso de acreedores y el arbitraje

AUTORA

María Flora Martín Moral



Wolters Kluwer
LA LEY



Monografía n.º 18

Hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, nuestro ordenamiento jurídico no contenía una regulación específica sobre la relación entre el concurso de acreedores y el arbitraje.

Actualmente, la Ley Concursal consagra a la citada relación sus artículos 52, «De los procedimientos arbitrales», 53, «Sentencias y laudos firmes», y 86, «Reconocimiento de créditos», y su disposición final trigésimo primera, de «Reforma de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios». El primero de ellos ha sido profundamente reformado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. A lo largo de los citados preceptos se regulan los efectos de la declaración de concurso de acreedores sobre los convenios y procedimientos arbitrales, previendo ciertas especialidades en relación con el arbitraje de consumo, y la incidencia del laudo en el concurso, dándose, asimismo, carta de naturaleza a una acción de impugnación de convenios y procedimientos arbitrales fraudulentos.

El presente trabajo está dedicado al análisis de los problemas procesales provocados por el encuentro de estas dos instituciones de naturaleza tan diversa. El incremento del número de concursos de acreedores en los últimos años, sumado al impulso de los medios heterocompositivos de resolución de conflictos alternativos al proceso, hacen del tema elegido de especial interés y actualidad.

www.laley.es



El concurso de acreedores y el arbitraje
Monografía 18

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	XI
PRESENTACIÓN.....	XIII
PRÓLOGO.....	XV
ABREVIATURAS	XVII
INTRODUCCIÓN.....	XIX

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. LOS ANTECEDENTES PRELEGISLATIVOS DE LA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES SOBRE EL ARBITRAJE.....	3
1. El Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959 ..	3
2. El Anteproyecto de Ley Concursal de 1983	6
3. La Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995	12
4. Los Anteproyectos de Ley Concursal de 2000 y 2001	16
5. El Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002. Enmiendas..	19
III. LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL.....	22
IV. LA LEY 11/2011, DE 20 DE MAYO, DE REFORMA DE LA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE Y DE REGULACIÓN DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO	24

CAPÍTULO II

**LA DECLARACIÓN DE CONCURSO
 Y EL CONVENIO ARBITRAL**

I. INTRODUCCIÓN.....	31
II. LOS CONVENIOS ARBITRALES Y LA TRAMITACIÓN DEL CONCURSO.....	31



Monografía 18
 © LA LEY

VII

ÍNDICE

1. Los convenios arbitrales.....	32
1.1. Concepto, forma y efectos	32
1.2. La naturaleza jurídica del arbitraje y del convenio arbitral. Su incidencia en la regulación concursal	34
1.3. Existencia y validez de los convenios arbitrales	45
2. El inicio de los procedimientos arbitrales.....	46
3. La tramitación del concurso	55
3.1. El auto de declaración de concurso	55
3.2. El final de la tramitación del concurso	58
III. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS CONVENIOS ARBITRALES	62
1. Los efectos de la declaración de concurso sobre los convenios arbitrales. Situación anterior a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional de la Administración del Estado	63
1.1. Introducción	63
1.2. El alcance de la ineficacia de los convenios arbitrales.....	66
1.3. El tratamiento procesal de la ineficacia del convenio arbitral	83
2. Los efectos de la declaración de concurso sobre los convenios arbitrales. Situación posterior a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado	89
2.1. Introducción	89
2.2. Análisis del nuevo artículo 52.1 de la Ley Concursal	98
2.3. <i>Excursus</i> : Breve análisis de los efectos de la declaración de concurso sobre la mediación	114
IV. LA CELEBRACIÓN DE NUEVOS CONVENIOS ARBITRALES DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES	118

ÍNDICE

CAPÍTULO III

**LA RELACIÓN ENTRE EL CONCURSO DE ACREEDORES
Y LOS CONVENIOS ARBITRALES DE CONSUMO
Y LAS OFERTAS PÚBLICAS DE ADHESIÓN
AL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO**

I.	INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO	125
II.	LA INCIDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS CONVENIOS ARBITRALES DE CONSUMO Y LAS OFERTAS PÚBLICAS DE ADHESIÓN AL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.....	136
	1. Introducción.....	136
	2. La declaración de concurso y los convenios arbitrales de consumo	140
	2.1. El convenio arbitral de consumo	140
	2.2. La notificación de la declaración de concurso.....	146
	2.3. El alcance y el tratamiento de la ineficacia de los convenios arbitrales de consumo.....	152
	3. La declaración de concurso y las ofertas públicas de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo.....	162
	3.1. Las ofertas públicas de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo	162
	3.2. La notificación de la declaración de concurso.....	167
	3.3. El alcance y el tratamiento de las ofertas públicas de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo.....	173
	4. Sobre la posibilidad de celebrar nuevos convenios arbitrales de consumo u ofertas públicas de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo durante la tramitación de un concurso.....	176

CAPÍTULO IV

**LA DECLARACIÓN DE CONCURSO
Y EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL**

I.	INTRODUCCIÓN.....	181
----	-------------------	-----



Monografía 18
© I.A LEY

IX

ÍNDICE

II.	LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES Y LA DECLARACIÓN DE CONCURSO	181
1.	El procedimiento arbitral.....	182
1.1.	Introducción	182
1.2.	Los modos de terminación del procedimiento arbitral	183
2.	Los efectos de la declaración de concurso sobre los procedimientos arbitrales	188
2.1.	La continuación de los procedimientos arbitrales durante la tramitación del concurso de acreedores	188
2.2.	La posición del deudor concursado en los procedimientos arbitrales.....	194
2.3.	La asistencia judicial al arbitraje y el concurso de acreedores	202

CAPÍTULO V

LA EFICACIA DEL LAUDO ARBITRAL EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

I.	INTRODUCCIÓN.....	241
II.	EL LAUDO ARBITRAL.....	241
III.	LA EFICACIA DEL LAUDO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES	246
IV.	LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LOS CONVENIOS Y PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EN CASO DE FRAUDE.....	250
1.	Introducción.....	250
2.	Naturaleza jurídica	251
3.	Finalidad: La represión del fraude	252
4.	Objeto	252
5.	Aspectos procesales.....	257
6.	Efectos de su ejercicio.....	262
7.	Valoración.....	262
	CONCLUSIONES	265
	BIBLIOGRAFÍA.....	271

Remigio
Beneyto
Berenguer

La Inmatriculación
de los Bienes
Eclesiásticos



CIVITAS



THOMSON REUTERS

Remigio Beneyto Berenguer

LA INMATRICULACIÓN DE LOS BIENES ECLESIASTICOS

La inmatriculación de los bienes eclesiásticos en el Registro de la Propiedad, a través del procedimiento especial previsto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, es un tema polémico y complejo.

El autor, consciente de la polémica mediática suscitada en los últimos años, hace un repaso de los bienes que se pueden inmatricular, de qué entidades eclesiásticas pueden hacerlo mediante certificación, de qué autoridades eclesiásticas pueden extender dicha certificación, del contenido de la misma y la posterior calificación registral.

Previamente el autor se ha visto obligado a precisar qué son los bienes eclesiásticos, quiénes ostentan la titularidad sobre los mismos, cómo adquieren estas entidades eclesiásticas la personalidad jurídica civil y cuál es su capacidad de actuar en el ordenamiento jurídico civil.

Finalmente el autor aborda sucintamente el asunto de la inconstitucionalidad del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, atendiendo a los principios de aconfesionalidad y de igualdad, añadiendo la necesidad de tener en cuenta también los principios de libertad religiosa y de cooperación, intensificando las relaciones mutuas entre el Estado y las confesiones religiosas.

C.M.: 80005823

ISBN 978-84-470-4555-6



9 788447 045556

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS	9
1.1. Concepto de bienes eclesiásticos y titularidad de los mismos en derecho canónico	9
1.2. Personalidad jurídica civil y capacidad patrimonial de las personas jurídicas eclesiásticas públicas en el ordenamiento jurídico civil español.	12
2. INMATRICULACIÓN DE LOS BIENES ECLESIÁSTICOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD	25
2.1. Bienes inmuebles que pueden ser inmatriculados mediante certificación.....	28
2.2. Entidades eclesiásticas que pueden inmatricular por certificación	31
2.3. Autoridad eclesiástica con capacidad certificadora para inmatricular	36
2.4. Contenido de la certificación para inmatricular y calificación registral.	41
3. CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA.....	67
	7

3.1. Respecto a la posible vulneración del principio de aconfesionalidad..	72
3.2. Respecto a la posible vulneración del principio de igualdad.....	84
4. CONCLUSIONES	97
BIBLIOGRAFÍA.....	101
Jurisprudencia	103
Resoluciones de la DGRN.....	103

COMUNIDAD DE BIENES



Coordinadora
MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ



tirant lo blanch **tratados**

Las situaciones en las que existe comunidad de bienes o de derechos siempre se han caracterizado por su especial conflictividad en las relaciones propias del tráfico jurídico, fundamentalmente en los aspectos que implican actos de disposición.

Habida cuenta de la escasa regulación que ofrece el ordenamiento jurídico español, ello ha provocado que las respuestas a muchas de estas situaciones, y especialmente a aquellas que la realidad ha ido creando, hayan requerido ser interpretadas por parte de la doctrina jurisprudencial o, en su caso, de la DGRN, antes de verse plasmadas en normativas de regulación específica, o ser objeto de una nueva formulación por parte de ordenamientos jurídicos más recientes, como ofrece el CCCat.

Los participantes en esta obra, más de treinta teóricos y prácticos del Derecho privado, ofrecen un planteamiento actual de los conflictos de comunidad más habituales, estudiados desde la práctica judicial, notarial y registral, sin merma de su correspondiente bagaje doctrinal, pretendiendo con ello presentar un estudio exhaustivo de este régimen.



tirant lo blanch



Índice

ABREVIATURAS.....	29
-------------------	----

I. PARTE GENERAL

Concepto de comunidad	33
------------------------------------	-----------

MARÍA TERESA MARTÍN MORÓN

I. IDEAS GENERALES: TITULARIDAD DEL DERECHO SUBJETIVO. COTITULARIDAD	33
II. COMUNIDAD	34
1. Concepto	36
2. Características	39
III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE BIENES	40
IV. CLASES DE COMUNIDAD	43
1. La comunidad romana o por cuotas	43
2. La comunidad germánica	44
V. PRINCIPIOS RECTORES DE LA COMUNIDAD DE BIENES.....	48
1. Principio de autonomía privada	48
2. Principio de proporcionalidad	48
3. Principio de las mayorías o democrático	49
4. Principio de libertad individual.....	49
VI. ESTRUCTURA DE LA COMUNIDAD DE BIENES: SUJETOS Y OBJETO	50
1. Sujetos de la comunidad	50
2. Objeto de la comunidad	51
VII. CONSTITUCIÓN DE LA COMUNIDAD	52
1. Comunidad de origen legal	52
2. Comunidad de origen convencional o voluntaria.....	52
VIII. COMUNIDAD Y SOCIEDAD. DISTINCIÓN.....	54

Diferencias entre sociedad y comunidad	59
---	-----------

ASCENSIÓN LECIÑENA IBARRA

I. MARCO JURÍDICO EN EL QUE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE SOCIEDAD Y COMUNIDAD ENCUENTRA SU SIGNIFICADO	59
II. SOCIEDAD Y COMUNIDAD: DOS INSTITUCIONES COMPATIBLES EX ART. 1669 CC.....	63
1. Importancia de las técnicas contractuales en el reconocimiento de la falta de personalidad jurídica de las sociedades internas	63
2. La identidad societaria de estas organizaciones en el marco jurídico compartido con la comunidad de bienes.....	68

3. Contrato de sociedad y régimen legal de la comunidad. Un conjunto normativo que se complementa en la ordenación jurídica de las sociedades internas	73
Condominio y comunidad de bienes	85
MARÍA ELENA COBAS COBIELLA	
I. INTRODUCIENDO LA CUESTIÓN.....	85
II. MARCO CONCEPTUAL DE LA COMUNIDAD DE BIENES Y DEL CONDOMINIO	86
1. Concepto de la comunidad de bienes y el condominio.....	86
2. Objeto de la comunidad de bienes y el condominio	89
3. Presupuestos o requisitos de existencia de la comunidad de bienes y del condominio.....	92
4. Principios rectores que informan la comunidad de bienes y el condominio	96
5. Ideas preliminares acerca de la regulación en el CC de la comunidad de bienes	98
6. Supletoriedad y sistema de fuentes de la comunidad de bienes	101
7. Normas imperativas y dispositivas en orden a la comunidad de bienes y el condominio	103
8. Naturaleza jurídica de la comunidad de bienes y del condominio. Puntos de vista	105
9. Notas que identifican y diferencian la comunidad de bienes y el condominio	110
La usucapión en la comunidad de bienes	115
JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO	
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	115
II. USUCAPIÓN A FAVOR DE LA COMUNIDAD DE BIENES.....	119
1. Diversos supuestos de usucapión a favor de la comunidad de bienes .	119
2. La influencia de la buena y de la mala fe de los comuneros en la consumación de la usucapión a favor de la comunidad de bienes.....	122
III. USUCAPIÓN EN CONTRA DE LA COMUNIDAD DE BIENES.....	123
1. Usucapión realizada por un comunero en contra de la comunidad de bienes.....	124
2. Usucapión realizada por un tercero en contra de la comunidad de bienes.....	140
3. La interrupción de la usucapión por los conductos	141
IV. USUCAPIÓN DE CUOTA INDIVISA	144



Índice	9
El retracto de comuneros: perfiles dogmáticos y cuestiones litigiosas.....	147
M ^a DOLORES MAS BADIA	
I. PRESUPUESTOS PRELIMINARES.....	147
II. LA FINALIDAD DEL RETRACTO DE COMUNEROS.....	151
1. Determinación de la finalidad del retracto de comuneros.....	151
2. La finalidad del retracto de comuneros como criterio rector de la interpretación y aplicación de las normas que lo regulan.....	156
III. ELEMENTOS INTEGRANTES DEL SUPUESTO DE HECHO: REQUISITOS DEL RETRACTO DE COMUNEROS.....	160
1. La situación de comunidad.....	160
2. La enajenación de cuota como presupuesto del retracto de comuneros.....	166
3. Enajenaciones que dan lugar al retracto de comuneros.....	167
4. La necesidad de que el negocio transmisivo se haya perfeccionado, sea válido y esté consumado para que pueda ejercitarse el retracto....	170
5. Sujetos.....	184
6. Objeto del retracto.....	192
IV. EJERCICIO Y EFECTOS DEL RETRACTO.....	192
1. La posibilidad de ejercicio extrajudicial del retracto.....	192
2. Plazo de duración y dies a quo para el ejercicio del retracto.....	195
3. Reembolsos necesarios para hacer uso del derecho de retracto.....	199
4. Efectos del retracto.....	204
5. La extinta prohibición de disponer vinculada al ejercicio del retracto.....	208
V. CUESTIONES PROCESALES.....	209
1. Procedimiento y requisitos de procedibilidad.....	209
2. En especial la obligación de consignar el precio.....	210
VI. CONCURRENCIA DE SUJETOS CON DERECHO DE RETRACTO.....	221
1. Concurrencia de comuneros en el ejercicio del retracto.....	221
2. Colisión con derechos legales de adquisición preferente de distinta naturaleza.....	222
El retracto de comuneros: perspectiva jurisprudencial.....	225
MANUEL JOSÉ LÓPEZ ORELLANA	
I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	225
1. Concepto y características.....	225
2. Finalidad.....	227
3. Figuras afines. Retracto convencional. Tanteo.....	228
II. NORMATIVA APLICABLE.....	228
1. Régimen general.....	228
2. Otros retractos legales.....	229
III. EXIGENCIAS SUSTANTIVAS.....	231
1. Bienes: cosas muebles e inmuebles. Supuestos excluidos: propiedad horizontal. Inscripción registral.....	231

2. Intervinientes	232
3. Negocio jurídico. Cuotas. Simulación	233
4. Nacimiento de la acción. Venta consumada	236
5. Plazo de ejercicio. Caducidad de la acción. Cómputo. Acto de conciliación	237
6. Conocimiento completo, cumplido y cabal	241
7. Reembolsos: precio de venta, gastos del contrato y otros pagos legítimos, y gastos necesarios y útiles	242
8. Preferencias.....	245
IV. PARTICULARIDADES PROCESALES	246
1. Clase de juicio	246
2. Competencia territorial.....	247
3. Presupuestos procesales: principio de prueba del título y consignación del precio	247
4. Legitimación activa y pasiva. Compradores sucesivos	253
Venta de la cosa común realizada por uno solo de los comuneros sin el consentimiento de los demás	255
M ^a LUISA ATIENZA NAVARRO	
I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	255
II. TESIS TRADICIONAL: LA APLICACIÓN DEL ART. 397 CC A LA VENTA DE LA COSA COMÚN.....	257
1. Planteamiento de la tesis tradicional.....	257
2. Consecuencias de la aplicación del art. 397 CC a la venta de la cosa común.....	259
3. Revisión crítica de la tesis tradicional.....	262
III. SUPERACIÓN DE LA TESIS TRADICIONAL: LA VALIDEZ DE LA VENTA DE LA COSA COMÚN REALIZADA POR UNO SOLO DE LOS COMUNEROS SIN EL CONSENTIMIENTO DE LOS DEMÁS	266
1. La aplicación del régimen de la venta de cosa ajena a la realizada por uno solo de los comuneros	266
2. Peculiaridades de la aplicación del régimen de la venta de cosa ajena a la venta de la cosa común.....	269
La moderna configuración de la venta de cosa común	277
RAQUEL GUILLÉN CATALÁN	
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	277
II. LA NULIDAD DE LA VENTA DE COSA COMÚN	279
III. LA VALIDEZ DE LA VENTA DE COSA COMÚN.....	281
1. Presupuestos	281
2. Eficacia real del acto dispositivo	288
3. La protección jurídica del comprador y los terceros	291

Índice	11
IV. MENCIÓN A LA ACTUACIÓN DEL COMUNERO VENDEDOR COMO “FALSUS PROCURATOR”.....	293
V. SUCINTA REFERENCIA A LA DISPOSICIÓN AISLADA DE UN COMUNERO EN LA COMUNIDAD HEREDITARIA Y EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.....	295
VI. CONCLUSIÓN.....	297
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL POR ORDEN CRONOLÓGICO.....	301

La acción de división en la comunidad de bienes.

Análisis de los arts. 400 a 401 CC.....	303
--	------------

MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....	303
II. SIGNIFICADO DE LA ACCIÓN DE DIVISIÓN EN EL CC.....	305
1. Caracteres del derecho de división.....	307
2. Requisitos para el ejercicio de la acción.....	309
3. Capacidad.....	310
4. Legitimación activa.....	311
5. Legitimación pasiva.....	318
6. Límites a la facultad de pedir la división de la cosa.....	319
III. EXCLUSIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIVISIÓN. LOS ARTS. 401 Y 404 CC.....	327
1. La indivisión por resultar inútil para el destino de la cosa común.....	328
2. La aplicación a situaciones de comunidad del régimen de la propiedad horizontal de hecho. El art. 401.2 CC.....	330
3. El art. 404 CC.....	332
IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	337

II. COMUNIDAD DE BIENES EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO

La comunidad de bienes y el régimen económico matrimonial.....	341
---	------------

MARÍA EMILIA ADÁN GARCÍA

I. INTRODUCCIÓN.....	341
II. LA COEXISTENCIA DE DIVERSAS MASAS PATRIMONIALES.....	343
1. La comunidad ordinaria.....	344
2. La comunidad germánica.....	346
3. Relaciones entre masas patrimoniales: La vivienda habitual.....	351
III. ESPECIALIDADES FRENTE A LOS ACREEDORES.....	353
1. La anotación preventiva de embargo.....	353
2. La hipoteca.....	356
IV. LA EXTINCIÓN DE COMUNIDAD.....	357

1. La liquidación de las comunidades germánicas	357
2. La extinción de las comunidades romanas	358
3. Algunos supuestos especiales	359
V. CONCLUSIÓN	360
Gananciales: aspectos prácticos	363
LUIS FERNÁNDEZ SANTANA	
I. INTRODUCCIÓN	363
II. ANTES DE COMENZAR EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES	364
1. Sociedad de gananciales “de facto”	364
III. CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO Y COMIENZO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES	365
1. Negocios jurídicos sobre alteración del carácter privativo ó ganancial de bienes en sociedad de gananciales	366
IV. DURANTE LA VIGENCIA DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES	371
1. Actos de administración ordinaria	372
2. Actos de administración extraordinaria	375
3. Modificaciones hipotecarias	378
4. Obras Nuevas	380
5. Disolución de condominio	384
6. Actos de disposición	387
V. AL FINALIZAR LA SOCIEDAD DE GANANCIALES	388
1. Disolución de gananciales por muerte de un cónyuge	389
2. Disolución de gananciales por nulidad del matrimonio, separación o divorcio	390
3. Disolución de gananciales por cambio de régimen económico matrimonial	391
Uniones de hecho y comunidad de bienes	393
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE	
PEDRO CHAPARRO MATAMOROS	
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	393
II. LOS PACTOS PREVIOS TENDENTES A DETERMINAR LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA DISOLUCIÓN	394
III. LA INAPLICACIÓN A LAS UNIONES DE HECHO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES	398
IV. LA CONSTITUCIÓN TÁCITA DE UNA COMUNIDAD SOBRE BIENES CONCRETOS, EN PARTICULAR, SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR	401
V. LA CONSTITUCIÓN TÁCITA DE UNA SOCIEDAD IRREGULAR DE GANANCIAS	406

Índice 13

VI. LA CONSTITUCIÓN TÁCITA DE UNA COMUNIDAD DE BIENES EN RELACIÓN CON EL DESARROLLO DE UNA ACTIVIDAD EMPRESARIAL O PROFESIONAL	410
VII. EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO COMO CLÁUSULA DE CIERRE	411

III. COTITULARIDAD HEREDITARIA

La comunidad hereditaria	417
---------------------------------------	------------

GONZALO CARUANA FONT DE MORA

I. ORIGEN Y DEFINICIÓN	417
II. DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES	420
III. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES	421
IV. REGULACIÓN LEGAL	424
V. POSICIÓN DE LOS COHEREDEROS	425
1. Posesión de los bienes hereditarios	425
2. Uso de los bienes hereditarios	427
3. Disfrute de los bienes hereditarios	429
4. Actos de disposición	431
VI. RESPONSABILIDAD DE LOS COHEREDEROS	437
1. Deudas del causante	437
2. Gastos de los bienes del caudal hereditario	439
3. Acreedores de los herederos	439
VII. ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA	439
VIII. EXTINCIÓN	440

Algunas consideraciones sobre la comunidad hereditaria	443
---	------------

EDUARDO LLAGARIA VIDAL

I. INTRODUCCIÓN	443
II. CLASES DE COMUNIDAD	444
1. Introducción	444
2. Comunidades con base real	444
3. Comunidades con base personal	448
4. La comunidad hereditaria	452
III. LA SUCESIÓN	452
1. La persona física	452
2. El patrimonio	452
3. La sucesión	453
4. El caudal relicto	453
5. El sucesor	454
6. Titulares de la comunidad hereditaria	456
7. Comunidad hereditaria y comunidad postganancial	457
8. Administración de la comunidad	457

9. Disposición de un bien de la comunidad hereditaria.....	458
10. Prohibición de división	459
11. Responsabilidad de los integrantes de la comunidad hereditaria.....	460
12. Aportación a una sociedad.....	462
13. Partición no formal	462
IV. CESIÓN DE CUOTAS Y DERECHO DE RETRACTO.....	463
1. Introducción	463
2. Cesión de cuotas	464
3. Retracto de coherederos	465
4. Legitimarios	466
5. Legatarios de parte alícuota.....	467
6. Comunidad hereditaria.....	467
7. Legatarios.....	468
V. LA CESIÓN DE UNA COSA POR UN SOLO COMUNERO	469
1. Introducción	469
2. Reglas generales.....	469
3. Reglas particulares.....	470
VI. REALIZACIÓN DE LA PARTICIÓN.....	471
VII. EMBARGO POR ACREEDORES.....	472
1. Introducción	472
2. Embargo de bienes de la comunidad hereditaria	472
VIII. CUESTIONES SUELTAS	474
1. El valor de los bienes	474
2. Formas interesantes de dividir	475
3. El engañador que se equivocó	475
4. El caso al que no encontré solución.....	475

IV. COTITULARIDAD NAVAL

El condominio naval	479
PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA	
I. INTRODUCCIÓN	479
II. EL CONDOMINIO NAVAL DESDE LA PERSPECTIVA DOCTRINAL.....	480
1. La evolución histórica como punto de partida para la comprensión de la regulación del condominio naval en el Código de Comercio.....	481
2. La regulación del condominio naval en nuestro ordenamiento jurídico.....	482
3. La debatida cuestión de su naturaleza jurídica y la identificación de las situaciones de condominio naval	483
4. Características del condominio naval y diferencias respecto del condominio ordinario	487
5. Constitución, funcionalidad y extinción del condominio naval	488
6. Régimen de responsabilidad.....	494
III. EL CONDOMINIO NAVAL EN LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES.....	497

Índice	15
--------	----

IV. REGULACIÓN DE LA INSTITUCIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA.....	503
V. REFLEXIONES FINALES.....	506

V. COTITULARIDAD DE BIENES INMATERIALES

La comunidad de bienes en el ámbito de la propiedad intelectual.....	509
---	------------

ENRIC BATALLER RUIZ

I. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	509
II. LA CONCURRENCIA DE SUJETOS EN LA AUTORÍA.....	510
1. La obra en colaboración.....	513
2. La obra colectiva.....	521
3. La obra compuesta e independiente.....	526
III. ¿CABE LA COMUNIDAD DE BIENES EN LOS DERECHOS CONEXOS O AFINES AL DERECHO DE AUTOR?.....	527

La cotitularidad de patentes, marcas y otros bienes inmateriales: una perspectiva jurisprudencial.....	531
---	------------

TOMÁS VÁZQUEZ LÉPINETTE

I. INTRODUCCIÓN.....	531
II. EXCURSO. LA MODALIZACIÓN DE LA COTITULARIDAD SOBRE LOS BIENES INMATERIALES. EN ESPECIAL, LOS CONTRATOS DE INVESTIGACIÓN COLABORATIVA.....	533
1. Introducción.....	533
2. Los contratos de investigación colaborativa.....	533
III. EL NACIMIENTO DE LA COTITULARIDAD SOBRE LOS BIENES INMATERIALES.....	538
1. El nacimiento de las cotitularidades: cotitularidades originarias y cotitularidades derivadas.....	538
IV. LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN DE LA COTITULARIDAD.....	542
1. Introducción.....	542
2. La fijación de cuota.....	543
3. La administración del bien inmaterial común: El principio mayoritario.....	544
4. La administración del bien inmaterial común (sigue): En especial, la concesión de licencias de explotación.....	546
V. LOS DERECHOS DE LOS COMUNEROS RESPECTO DE SU CUOTA..	547
1. Los derechos individuales de cada comunero en la cotitularidad de bienes inmateriales.....	547
2. El derecho de disposición de cada comunero sobre su cuota individual.....	547
3. El derecho de uso y explotación de cada comunero sobre el bien inmaterial común.....	548

4. La facultad individual de conservación de los bienes inmateriales.....	551
VI. LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE EL BIEN INMATERIAL COMÚN.....	552
1. Introducción	552
2. Los actos de disposición jurídica sobre el bien inmaterial común.....	552
VII. LA TERMINACIÓN DE LA COTITULARIDAD DE BIENES INMATERIALES	554
1. Introducción	554
2. El cese de la situación de indivisión. Especial referencia al pacto de indivisión	554
3. Las otras formas de terminación de la cotitularidad.....	555

VI. ASPECTOS REGISTRALES

La comunidad de bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad. Aspectos generales.....	559
--	------------

JUAN M. LLOPIS GINER

I. INTRODUCCIÓN	559
1. Delimitación del tema	559
2. Elementos básicos de la comunidad desde el ámbito registral.....	561
II. LA TITULARIDAD REGISTRAL Y LA COMUNIDAD DE BIENES	566
1. El titular registral	566
2. Los comuneros como titulares registrales.....	571
3. El nacimiento de la comunidad y el Registro de la Propiedad: Artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 54 del Reglamento	573
4. La vida de la comunidad y el Registro de la Propiedad	581
5. La extinción de la comunidad.....	585

La renuncia abdicativa de dominio en la propiedad horizontal y sus implicaciones registrales	589
---	------------

JAVIER AVILÉS GARCÍA

I. ACTUALIDAD DE LA RENUNCIA ABDICATIVA DE DOMINIO EN EL MERCADO INMOBILIARIO	589
II. LA RENUNCIA ABDICATIVA DE DOMINIO. JUSTIFICACIÓN Y TRASCENDENCIA EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL	591
1. Precisiones sobre las diferencias y analogías entre abandono de bienes y renuncia abdicativa de derechos.....	591
2. La doctrina asentada sobre la teoría general de renuncia de derechos.....	594
3. Renuncia abdicativa en perjuicio de terceros: problemas planteados en la RDGRN de 30 de agosto de 2013	598

Índice	17
4. El art. 6.2 CC, con base en el eventual “perjuicio de terceros”, debe interpretarse según el correlato analógico del modelo asociativo privado	600
5. La argumentación de la DGRN que equipara la renuncia del socio con la renuncia abdicativa del comunero	605
6. La preceptiva notificación de la renuncia al resto de comuneros para poder inscribir la renuncia abdicativa. La exigencia de la buena fe....	606
7. No es posible exigir la inscripción de una nueva titularidad simultáneamente a la inscripción de la renuncia abdicativa de dominio.....	608
8. Efectos de la inscripción registral.....	609
Cotitularidad y parcelación encubierta: problemas urbanísticos y registrales.....	611
JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET	
I. PLANTEAMIENTO: COTITULARIDAD Y PARCELACIÓN.....	611
1. Precisiones conceptuales.....	613
2. El control de los asentamientos ilegales: licencia o comunicación fehaciente.....	616
II. NORMAS URBANÍSTICAS SOBRE COTITULARIDAD Y PARCELACIÓN	617
1. CA de Madrid.....	617
2. CA de Cataluña.....	618
3. CA de Valencia.....	619
4. CA de Andalucía.....	621
5. Ley estatal del Suelo	624
III. LOS CASOS EXAMINADOS POR LA DGRN	628
1. RR DGRN de 2000 (Comunidad Valenciana): La cotitularidad de uso exclusivo implica parcelación de la finca.....	629
2. RR DGRN 10 diciembre 2003 y 14 junio 2004 (Madrid): La división horizontal o la asignación de usos privativos dentro de una división horizontal no implica parcelación.....	634
3. RDGRN 16 julio 2005 (Andalucía): No hay propiedad horizontal, sino división de la finca	637
4. RDGRN 27 enero 2006 (Castilla y León): Hay que entender que no hay propiedad horizontal, sino división de la finca.....	639
5. RR DGRN 10 octubre 2005 y 15 abril 2013 (Andalucía): La venta de participaciones indivisas no requiere licencia de parcelación.....	641
6. RDGRN 12 julio 2010 (Andalucía): La venta de una cuota indivisa en circunstancias reveladoras de un desarrollo ilegal.....	642
7. RDGRN 2 marzo 2012 (Andalucía): Venta de cuota indivisa sin creación de nuevas participaciones	645
8. RDGRN 3 abril 2012 (Balears): La atribución de usos exclusivos como parcelación, aún sin respaldo específico en la legislación autonómica.....	647

9. RDGRN 23 enero 2013 (Balears): La licencia para la modificación de un complejo inmobiliario	652
IV. BREVE REFLEXIÓN FINAL.....	653
1. Una reacción proporcionada al riesgo de incumplimiento de la legislación urbanística.....	653
2. Una clara distinción de supuestos: La prevención de asentamientos ilegales y la reacción ante los hechos consumados.....	655
Extinción de condominio y Registro de la Propiedad.....	657
CRISTINA CARBONELL LLORÉNS	
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	657
1. Clases de extinción: Total o parcial.....	658
II. NATURALEZA JURÍDICA.....	660
1. Estudio de los artículos 205 Ley Hipotecaria y 298 Reglamento Hipotecario.....	661
2. Exigencia de título público de adquisición como título inmatriculador	662
3. Teorías acerca de la naturaleza de la extinción de condominio	662
III. PROBLEMÁTICA DE LOS TÍTULOS ACREDITATIVOS DE LA ADQUISICIÓN PREVIA.....	666
1. Títulos creados con carácter instrumental.....	666
2. Posición de la Dirección General de Registros y Notariado y “crítica” a la misma.....	666
IV. CONCLUSIONES.....	675
Los actos dispositivos y de administración de los cotitulares y el Registro de la Propiedad. Especial referencia al arrendamiento	677
GERMÁN RODRÍGUEZ LÓPEZ	
I. INTRODUCCIÓN	677
II. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS COPARTÍCIPES EN LA COSA COMÚN	678
1. Derechos	678
2. Obligaciones	680
III. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN SOBRE LA COSA COMÚN Y PRIVATIVA.....	683
1. Contribución a los gastos y participación en beneficios	684
2. Régimen de adopción de acuerdos	686
3. Inscripción de cuotas indivisas.....	690
IV. ARRENDAMIENTO DE LA COSA POSEÍDA EN COMÚN: RÉGIMEN GENERAL Y RÉGIMEN REGISTRAL	697

Índice	19
La comunidad de bienes y su relación con el Registro Mercantil.....	703
LAURA CANO ZAMORANO	
I. LA COMUNIDAD DE BIENES COMO SUJETO EMPRESARIAL A LA VISTA DE LA JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA	703
II. DIFERENCIACIÓN DE FIGURAS AFINES. SU RELACIÓN CON EL REGISTRO MERCANTIL.....	705
1. Distinción entre comunidad de bienes (stricto sensu) y comunidad de bienes con carácter empresarial	705
2. Distinción entre comunidad de bienes y sociedad. La personalidad jurídica como elemento diferenciador. La denominación atribuida a la figura constituida.....	706
3. Distinción entre comunidad de bienes entendida como sociedad civil y/o irregular y comunidad de bienes empresarial entendida como sociedad mercantil y/o irregular. Diferencias con el contrato de cuentas en participación.....	711
III. LA COMUNIDAD DE BIENES CON ACTIVIDAD EMPRESARIAL. CARENCIA DE PERSONALIDAD JURÍDICA. SU RELACIÓN CON EL REGISTRO MERCANTIL COMO SUJETOS SUSCEPTIBLES O NO DE INSCRIPCIÓN.....	716
IV. LAS COMUNIDADES DE BIENES. LA OBLIGACIÓN DE LEGALIZACIÓN DE LIBROS EN EL REGISTRO MERCANTIL EN RELACIÓN CON LAS MISMAS. ¿SON SUJETOS OBLIGADOS?	722
V. LAS COMUNIDADES DE BIENES. ¿OBLIGADAS A DEPOSITAR CUENTAS ANUALES?	727
Configuración jurídica de la comunidad de garajes.....	731
MANUEL MONTÁNCHEZ RAMOS	
I. PROBLEMÁTICA DE LA CUESTIÓN.....	731
1. Problemas desde el punto de vista civil y registral.....	731
2. Problemas desde el punto de vista urbanístico.....	737
II. LA REGULACIÓN DE LA COMUNIDAD DE GARAJES	739
1. Evolución histórica y estado actual.....	739
III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE GARAJES.....	742
IV. LA POSIBLE ASIGNACIÓN DE USO A LA CUOTA.....	743
1. Cuestiones registrales	743
V. MODALIDADES DE CONFIGURACIÓN DENTRO DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.....	746
1. El garaje como elemento común.....	746
2. El garaje como anejo de los elementos privativos	747
3. El garaje como elemento procomunal.....	747
4. El garaje como elemento privativo	748
5. El garaje como una subcomunidad	748

6. Configuración de las plazas de garaje como cuotas indivisas de un local y atribución a cada una de ellas del uso exclusivo y excluyente de una o más plazas.....	749
VI. LA COMUNIDAD DE GARAJES SIN ASIGNACIÓN A LA CUOTA DE UNA PLAZA DETERMINADA.....	749

VII. ASPECTOS PROCESALES

Legitimación procesal de la comunidad de bienes.....	753
RAFAEL JUAN JUAN	
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	753
II. LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	755
1. Concepto y configuración.....	755
2. Constitución de la relación jurídico-procesal.....	756
3. La intervención de un solo comunero. Requisitos.....	758
4. ¿Liticonsorcio activo necesario?.....	764
5. Conclusión.....	765
III. LEGITIMACIÓN PASIVA.....	766
1. Concepto y regulación.....	766
2. Construcción de la relación jurídico-procesal. El liticonsorcio pasivo necesario.....	770
IV. TRATAMIENTO PROCESAL.....	774

VIII. ASPECTOS FISCALES

Fiscalidad de las comunidades de bienes.....	779
MARÍA ROSA NAVARRO DÍAZ	
I. INTRODUCCIÓN: LAS COMUNIDADES DE BIENES EN LA LEY GENERAL TRIBUTARIA.....	779
II. LAS COMUNIDADES DE BIENES: EL ITPAJD Y EL IVA.....	781
1. Generalidades y modalidades.....	781
III. LAS COMUNIDADES DE BIENES: EL CONCEPTO OPERACIONES SOCIETARIAS Y EL IVA.....	787
IV. LAS EXTINCCIONES DE CONDOMINIO Y LOS EXCESOS DE ADJUDICACIÓN DECLARADOS.....	791
V. LAS EXTINCCIONES DE CONDOMINIO Y LOS REGÍMENES DE SEPARACIÓN.....	803
VI. LA BASE IMPONIBLE EN EL ITPAJD.....	804
VII. BREVE REFERENCIA AL IIVTNU, AL IRPF Y AL IAE.....	806
1. El Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana.....	806

Índice 21

- 2. El Impuesto de la renta de las personas físicas 808
- 3. El Impuesto de Actividades Económicas..... 809

IX. CONDOMINIOS ESPECIALES

Propiedad Horizontal: la modificación de los elementos comunes y privativos en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo..... 815

MARÍA DEL CARMEN ÉSCRIG ORENGA

- I. INTRODUCCIÓN 815
- II. ELEMENTOS COMUNES. SUS CLASES 819
 - 1. Elementos comunes por naturaleza 819
 - 2. Elementos comunes por destino 819
- III. TRANSFORMACIÓN DE UN ELEMENTO COMÚN POR DESTINO EN UN ELEMENTO PRIVATIVO 820
 - 1. Título constitutivo. Reserva de titularidad..... 820
 - 2. Desafectación 821
 - 3. Usucapión 821
 - 4. Ejercicio de acciones legales entre comuneros ante la modificación unilateral del condeño 824
- IV. ALTERACIÓN DE LOS ELEMENTOS COMUNES POR UN COMUNERO 833
 - 1. Facultad reconocida en el título constitutivo o en los estatutos..... 833
 - 2. Autorización por la junta de propietarios..... 834
 - 3. Alteración de elementos comunes por decisión judicial 837
 - 4. Matización de los anteriores criterios..... 837
 - 5. Ejercicio de acciones por la comunidad de propietarios: A) Acciones posesorias y acciones personales. B) Prescripción. C) Legitimación ... 841
- V. TRANSFORMACIÓN DE UN ELEMENTO PRIVATIVO O DE UN ELEMENTO COMÚN DE USO PRIVATIVO EN ELEMENTO COMÚN DE USO COMÚN A INSTANCIAS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS 844

Complejos inmobiliarios 849

OLGA CASAS HERRAIZ

- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES 849
- II. EL RÉGIMEN DE LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS PRIVADOS..... 851
 - 1. Requisitos 851
 - 2. Constitución del complejo inmobiliario: Artículo 24.2 LPH..... 856
 - 3. Estatutos y autonomía de la voluntad..... 859
 - 4. Adopción de acuerdos..... 861
 - 5. Representación del complejo inmobiliario: El presidente 864
 - 6. Contribución al sostenimiento del complejo inmobiliario..... 865
 - 7. Extinción del complejo inmobiliario 868
 - 8. Complejos inmobiliarios de hecho: Artículo 24.4 LPH 868



22

Índice

9. Copropiedad que no configura complejo inmobiliario.....	872
III. COMPLEJOS CONFIGURADOS BAJO FORMAS ASOCIATIVAS.....	873
IV. BREVE RESEÑA DEL ART. 553-53 A 59 DEL C.C. DE CATALUNYA	876

X. COMUNIDADES ESPECIALES

La medianería: nuevas perspectivas	881
---	------------

M^a PILAR MONTES RODRÍGUEZ

I. INTRODUCCIÓN	881
II. CONCEPTO. ENCUADRE SISTEMÁTICO.....	881
1. Concepto de medianería.....	881
2. La denominada medianería horizontal	883
3. Encuadre sistemático.....	884
III. LA CONSTITUCIÓN DE LA MEDIANERÍA EN EL CC. EL JUEGO DE LAS PRESUNCIONES.....	888
IV. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA MEDIANERÍA	893
1. Derechos de los medianeros	893
2. Obligaciones de los medianeros.....	899
V. LA EXTINCIÓN DE LA MEDIANERÍA. LA RENUNCIA	901

La medianería. Cuestiones jurisprudenciales	905
--	------------

JAVIER VIDAL ALONSO

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA	905
II. CONSTITUCIÓN DE LA MEDIANERÍA	907
III. EXTINCIÓN DE LA MEDIANERÍA	909

La comunidad vecinal de montes en mano común.....	911
--	------------

JUAN A. TAMAYO CARMONA

I. INTRODUCCIÓN	911
II. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS MVMC.....	912
1. Titularidad y régimen de aprovechamiento de los Montes Vecinales..	914
2. Los MVMC, la propiedad colectiva y el régimen de cotitularidad	923
III. COTITULARIDAD Y DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS MVMC.....	931
1. La comunidad vecinal y condición de comunero	932
2. Contenido y caracteres del derecho.....	943
3. Régimen de responsabilidad: deudas de la comunidad/deudas privadas	951
4. Naturaleza jurídica del derecho	954

Índice	23
La comunidad de pastos	961
MARÍA JESÚS MONFORT FERRERO	
I. INTRODUCCIÓN.....	961
II. COMUNIDAD DE PASTOS EN TERRENOS PRIVADOS Y COMUNIDAD DE PASTOS EN TERRENOS PÚBLICOS.....	963
III. REGULACIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE PASTOS.....	965
IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL APROVECHAMIENTO DE PASTOS: COMUNIDAD O SERVIDUMBRE DE PASTOS.....	969
V. CARACTERÍSTICAS DE LA COMUNIDAD DE PASTOS.....	978
VI. LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.....	980
1. Constitución.....	980
2. Extinción.....	981

XI. COMUNIDAD, BIENES Y EMPRESA

Contratos sobre comunidades convencionales	993
ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS	
I. PRELIMINAR.....	993
II. BASES DE LAS QUE SE PARTE PARA LA CONFIGURACIÓN DE LAS COMUNIDADES CONVENCIONALES.....	995
1. Contratos o pactos para modular las comunidades de bienes ya existentes, mediante exclusión total o parcial del régimen legal previsto por el CC.....	996
2. La comunidad de bienes no es, ni puede ser, un sujeto de derechos..	999
3. La personificación no requiere de la limitación de responsabilidad de los integrantes de la persona jurídica, pero sí de un patrimonio propio.....	1000
4. La obtención de beneficios no es ningún elemento estructural para la existencia de la comunidad de bienes.....	1002
5. Admisibilidad de la existencia en la comunidad convencional de órganos de gestión y representación de todos los comuneros frente a terceros.....	1003
III. EXCLUSIÓN DE LAS REGLAS DE LA COMUNIDAD DE BIENES MEDIANTE EL CONTRATO DE SOCIEDAD CIVIL.....	1004
1. Presupuestos objetivos de la comunidad frente a la sociedad civil.....	1006
2. Los “beneficios” de la comunidad frente a las “ganancias” de la sociedad civil: Entre la consecuencia de la actividad y el resultado como fin.....	1006
3. Normas imperativas en la comunidad de bienes regulada en el CC y su compatibilidad con reglas de equivalente finalidad en la sociedad civil.....	1008
4. Nacimiento de la comunidad de bienes y de la sociedad civil.....	1009
IV. ARTICULACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL BÁSICA CON LA REGULACIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES.....	1010

1. Determinación de la reglamentación de una sociedad civil básica mediante las presunciones legales del CC.	1011
2. Complementariedad de la regulación de la sociedad civil con la de la comunidad de bienes y a la inversa	1012
V. CONFIGURACIÓN VOLUNTARIA DE UNA COMUNIDAD DE BIENES.....	1014
1. Actos factibles condicionados por la cuota: Mayorías, beneficios, obligaciones personales y responsabilidad	1015
2. Pactos sobre la gestión de los bienes integrantes de la comunidad y representación de los comuneros.....	1018
3. Pactos sobre la duración, liquidación y atribución de bienes de la comunidad	1020
Contratos sobre comunidades convencionales. Cláusulas usuales.....	1023
KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN	
I. INTRODUCCIÓN	1023
1. La autonomía privada y la comunidad de bienes.....	1023
2. La comunidad de bienes el género, la copropiedad la especie.....	1027
3. Comunidad incidental y comunidad convencional (contractual)	1028
4. Comunidad convencional constitutiva versus sociedad interna.....	1029
II. LA COMUNIDAD CONVENCIONAL CONSTITUTIVA	1034
1. El debate doctrinal sobre su viabilidad jurídica	1034
2. La posición de la jurisprudencia y de la DGRN.....	1038
3. La atipicidad del contrato convencional constitutivo de la comunidad de bienes	1044
4. La aplicación subsidiaria de los artículos 392 y ss. CC	1044
5. La unanimidad en la constitución contractual de la comunidad de bienes.....	1045
III. LAS COMUNIDADES REGULADAS.....	1045
IV. CLÁUSULAS USUALES EN LAS COMUNIDADES CONVENCIONALES	1047
1. Cláusulas de uso y disfrute	1047
2. Cláusulas de administración	1052
3. Reparto convencional de beneficios y cargas	1056
4. Cláusulas sobre actos dispositivos	1058
5. Pactos de indivisión	1065
6. Pactos de división.....	1072
7. Cláusula de arbitraje.....	1074
Comunidad de bienes y explotación agraria.....	1077
FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ	
I. INTRODUCCIÓN	1077



Índice	25
II. LA COMUNIDAD DE BIENES: SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	1079
III. LA EXPLOTACIÓN AGRARIA Y SUS REQUISITOS	1082
IV. COMUNIDAD DE BIENES Y EXPLOTACIÓN AGRARIA	1092
1. La comunidad de bienes y la explotación agraria	1092
2. La comunidad de bienes y la explotación agraria prioritaria.....	1097
3. La explotación agraria en el caso de matrimonio y la titularidad compartida de la explotación	1099
4. La explotación agraria que pertenezca a una comunidad hereditaria y su consideración como prioritaria.....	1099
5. Comunidad de bienes, sociedad y cotitularidad en la explotación agraria.....	1100
6. Régimen de ayudas cuando la explotación pertenezca a una comunidad de bienes	1102
Gestión comunitaria de acuíferos subterráneos.....	1109
EMILIO PÉREZ PÉREZ	
I. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL ACUÍFERO SUBTERRÁNEO.....	1109
1. Nuevas formulaciones jurídicas sobre las aguas subterráneas	1110
II. REGULACIÓN LEGAL VIGENTE DE LA SOBREENPLOTAÇÃO DE ACUÍFEROS.....	1118
1. Normas de protección de acuíferos o unidades hidrogeológicas sobre-explotados	1118
2. Ordenación legal de la sobreexplotación de acuíferos.....	1119
3. Concepto de sobreexplotación	1120
4. Procedimiento de declaración de sobreexplotación. Fases y efectos de cada fase	1121
III. COMUNIDADES DE USUARIOS DE ACUÍFEROS SOBREENPLOTA- DOS.....	1124
1. Alcance de la regulación de la sobreexplotación de un acuífero.....	1125
2. Iniciación del procedimiento de declaración de sobreexplotación, determinación de participantes en la constitución de la comunidad de usuarios del acuífero sobreexplotado y primeros efectos.....	1128
IV. CONSIDERACIONES FINALES.....	1132
1. La actuación administrativa en el supuesto de afección a captaciones anteriores	1134
2. La integración en la planificación hidrológica de todos los aspectos de la gestión y administración de las aguas subterráneas	1135



XII. DOCTRINA Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La comunidad de bienes en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado 1139

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

I. CONCEPTO	1139
II. CLASES	1140
1. La comunidad de tipo romano.....	1140
2. La comunidad de tipo germánico	1140
III. PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA REGULACIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES	1142
1. El principio de autonomía privada.....	1142
2. El principio de proporcionalidad.....	1142
3. El principio de libertad	1143
IV. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS COMUNEROS EN RELACIÓN CON LA COSA COMÚN	1144
1. Actos de uso y disfrute.....	1144
2. Los gastos de conservación de la cosa común	1145
3. Las alteraciones en la cosa común.....	1146
4. La administración de la cosa común	1146
V. LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN	1147
1. La petición de división de la cosa común y sus límites	1147
2. La división en régimen de propiedad horizontal.....	1149
3. Efectos de la división de la cosa común	1150

La sociedad de gananciales en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado 1153

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES	1153
II. DESPLAZAMIENTOS DE BIENES PRIVATIVOS AL HABER GANANCIAL Y VICEVERSA	1154
III. CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO DE USUFRUCTO ADQUIRIDO POR UNO DE LOS CÓNYUGES A COSTA DEL CAUDAL COMÚN	1155
IV. ADQUISICIONES ONEROSAS A PLAZOS POR UNO DE LOS CÓNYUGES CON ANTERIORIDAD AL MATRIMONIO	1157
V. LAS MEJORAS INTRODUCIDAS EN LOS BIENES GANANCIALES Y EN LOS PRIVATIVOS	1158
VI. LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD Y LA CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD	1159
VII. LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LOS BIENES GANANCIALES POR LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR UNO DE LOS CÓNYUGES	1163

Índice	27
VIII. LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LOS BIENES GANANCIALES POR LAS DEUDAS PROPIAS DE UNO DE LOS CÓNYUGES.....	1165
IX. LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES	1166
La comunidad hereditaria en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado	1169
PEDRO CHAPARRO MATAMOROS	
I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA	1169
II. SUJETOS DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA.....	1170
III. DISPOSICIÓN DE LA CUOTA HEREDITARIA	1170
IV. DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES.....	1172
V. ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES DE LA HERENCIA A LOS COHEREDEROS	1172
VI. EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA	1175
La propiedad horizontal en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado	1177
JAVIER VIDAL ALONSO	
I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA	1177
II. CONSTITUCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.....	1180
III. MODIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.....	1185
IV. EXTINCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.....	1193
Las propiedades especiales en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado	1195
PEDRO CHAPARRO MATAMOROS	
I. INTRODUCCIÓN	1195
II. LA PROPIEDAD DE LAS AGUAS	1196
1. El aprovechamiento de aguas públicas adquiridas por prescripción...	1196
2. La inscripción en el Registro de Aguas de la titularidad de aguas privadas	1198
III. LA PROPIEDAD MINERA	1199
Virtualidad inmatriculadora del título de extinción de condominio.....	1203
MARÍA TERESA RUBIO QUESADA	
I. INTRODUCCIÓN. LA COMUNIDAD DE BIENES.....	1203

28

Índice

II. EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES	1204
III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN.....	1205
IV. PROCEDIMIENTOS DE DIVISIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA DIVISION CONVENCIONAL	1206
V. PROCEDIMIENTOS INMATRICULADORES CON ESPECIAL REFERENCIA A LA INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO	1207
VI. EL TÍTULO PÚBLICO DE EXTINCIÓN DE CONDOMINIO A EFECTOS INMATRICULADORES	1208
VII. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO	1209
VIII. SUPUESTO ESPECIAL. EXTINCIÓN PARCIAL DE LA COMUNIDAD DE BIENES	1212

ABEL B. VEIGA COPO

LA PRENDA DE ACCIONES

SEGUNDA EDICIÓN

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO
**THOMSON REUTERS
PROVIEW™**

CIVITAS



THOMSON REUTERS

Doce años después de la primera edición de «La prenda de acciones» este nuevo trabajo, más maduro, quizás más inquieto, vuelve sobre esa primera obra del autor, trabajo doctoral bisoño y con la pureza de la inocencia académica y el ensueño de la vocación universitaria e investigadora, que hoy como ayer sigue firme e incólume, y lo hace con los ojos de la crítica, del análisis más ensayístico y con la realidad jurisprudencial, pues ha sido mucha la dinámica interpretadora que en torno a este instituto aun se prodiga en nuestro país y la evolución legislativa que ha habido respecto a la misma en estos años sobre todo en los aspectos procesales de ejecución y de concurso de acreedores. Terrenos ambos estos donde ciertos aires de cambio se han prodigado pero no para insuflar realmente cambios de paradigma. La prenda sigue siendo una figura amplia, disoluta y muy aceptada y generalizada en el mercado crediticio y más específicamente en el de las garantías. Perfilar contornos, perfiles, limar aristas sigue siendo la tarea y el reto del investigador. En este libro se realiza un exhaustivo estudio de la prenda cuando recae sobre un objeto tan peculiar como las acciones de una sociedad anónima. Pero se analiza igualmente si el tipo social es diferente o si la acción no se llega a emitir, algo extendido sin duda en la práctica societaria. El procedimiento constitutivo del vínculo prendario queda condicionado a la modalidad representativa que los estatutos sociales hayan establecido. La importancia del tema no necesita ser destacada. El autor aborda la figura desde varias perspectivas. Así, en primer lugar, se examina el valor de las garantías en el sistema crediticio y, en particular, la función que cumple la prenda, que se ha desarrollado in extenso en esta nueva edición. Desde la óptica del título-valor se disocian los distintos tipos de representación de las acciones, así como su no representación y, en especial, sus modos de transmisión. En lo que constituye un aspecto fundamental de la obra se analizan las formas de constitución de la prenda, bien a través de derecho común, cartular o tabular, figuras específicas como la prenda rotativa de acciones, la prenda internacional de valores, etc. Asimismo se analiza de manera sistemática el ejercicio de los derechos sociales, partiendo del axioma de la unificación subjetiva en el ejercicio de los mismos, ya que con independencia del legitimado frente a la sociedad, se parte del principio del ejercicio *uti socius*, proscribiendo un ejercicio *in odium debitoris*. Finalmente, el autor examina la ejecución de la prenda, en especial la ejecución extrajudicial y bursátil, para concluir con el estudio de la prenda ante una situación concursal.

Esta publicación se facilita en formato DÚO (papel + ebook) por el mismo precio.

ACCEDE A LA VERSIÓN EBOOK SIGUIENDO
LAS INDICACIONES DEL INTERIOR DEL LIBRO.



CÓDIGO DE USO EXCLUSIVO POR LA EDITORIAL

C.M.: 80006294

ISBN 978-84-470-5074-1



9 788447 050741

SUMARIO

Página

Abreviaturas. 17

CAPÍTULO PRIMERO

LA PRENDA DE ACCIONES EN EL MARCO DE LA RECONFIGURACIÓN DE LA GARANTÍA REAL MOBILIARIA

1. **Viejas prendas, añejos anclajes, nuevas figuras** 23
 1.1. *El coste de las garantías ocultas* 49
 1.2. *La racionalización integradora de una prenda holística* 52

2. **Los perfiles de la garantía. Esencia y consistencia** 57

3. **El valor del crédito. Entre los costes de transacción y los privilegios** 72

4. **El valor de la garantía real** 89

5. **La garantía crediticia. Consideraciones generales** 95
 5.1. *La garantía y la responsabilidad patrimonial universal* 99
 5.2. *La función de la garantía real.* 102

6. **Garantía en sentido amplio y garantía en sentido estricto** 107
 6.1. *La garantía y la preferencia* 108
 6.2. *La garantía y el privilegio.* 109

7. **La eclosión de nuevas figuras crediticias** 127
 7.1. *Numerus apertus v. Numerus clausus* 131
 7.2. *La vis expansiva de la garantía.* 136



8

LA PRENDA DE ACCIONES

	<i>Página</i>
8. Clases de garantía	142
8.1. <i>Las garantías personales</i>	143
8.2. <i>Las garantías reales.</i>	145
8.3. <i>La garantía bancaria</i>	147
8.4. <i>La prenda global</i>	150
8.4.1. <i>La razón de la extensión global u omnibus</i>	154
8.4.2. <i>La admisibilidad o no de la figura y el problema de la indeterminación</i>	158
9. El problema de la publicidad y el falso dilema transparencia-ocultación o clandestinidad de las garantías	167
10. Prenda de derechos	186
11. La sustituibilidad, la disposición y, sobre todo, ejecución de valores garantizados	195

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PRENDA: EL DERECHO REAL

1. El derecho real de prenda	205
1.1. <i>La noción de prenda</i>	205
1.2. <i>El objeto prendario</i>	207
1.3. <i>Primeras y segundas prendas</i>	214
1.4. <i>Libertad de constitución, exigibilidad de ciertas formas.</i>	219
2. Caracteres de la prenda.	221
2.1. <i>Realidad, accesoriedad e indivisibilidad</i>	226
2.1.1. <i>La individualidad</i>	226
2.1.2. <i>La accesoriedad</i>	228
2.1.3. <i>La indivisibilidad</i>	233
3. Elementos constitutivos: la entrega o desplazamiento posesorio y la forma	236
3.1. <i>La entrega</i>	236
3.2. <i>La entrega a tercero</i>	243
3.3. <i>La forma</i>	246
3.4. <i>El ámbito de las condiciones generales como modulador de los derechos y obligaciones en el contrato de prenda</i>	251



SUMARIO

9

	<i>Página</i>
4. Facultades y obligaciones de las partes	258
4.1. <i>En cuanto al dominio y su defensa. De la conservación y custodia a la preservación del valor de la garantía prendaria</i>	258
4.2. <i>La prohibición de uso y disposición del objeto de la prenda</i>	277
4.3. <i>La facultad de hacer suyos los frutos e intereses.</i>	282
4.4. <i>Derecho a la realización de la garantía.</i>	287
4.4.1. <i>Derechos del acreedor prendario en caso de embargo del bien pignorado.</i>	291
5. Prenda de créditos	303
5.1. <i>Naturaleza jurídica</i>	318
5.1.1. <i>Las teorías en torno a la prenda de créditos</i>	318
5.1.2. <i>La prenda de créditos como cesión limitada del derecho de crédito</i>	320
5.1.3. <i>Requisitos de constitución. ¿Necesidad de notificación?</i>	322
5.1.4. <i>La forma y la persona que ha de notificar la prenda de créditos</i>	327
5.2. <i>La forma pública</i>	330
5.3. <i>Efectos de la prenda de créditos</i>	335
5.3.1. <i>La pignoración de créditos futuros</i>	337
5.4. <i>Vicisitudes de la prenda de crédito</i>	344
5.5. <i>La prenda de carteras de valores.</i>	350
5.5.1. <i>Introducción.</i>	350
5.5.2. <i>La constitución de la garantía sobre una cartera.</i>	353
5.5.3. <i>El anclaje legal-normativo de la prenda de una cartera de valores</i>	358
5.5.4. <i>La determinación del objeto</i>	369
5.5.5. <i>El ejercicio de los derechos sociales de valores integrantes de una cartera</i>	378
6. El incumplimiento de la obligación garantizada y su ejecución	395
7. La determinación de la cantidad líquida y exigible en los procedimientos de ejecución de la garantía	398

CAPÍTULO TERCERO

LA PRENDA DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES

1.	Los valores mobiliarios como objeto de la garantía	403
1.1.	<i>Los modelos de representación de los derechos de participación social</i>	403
1.2.	<i>El significado de la incorporación a un documento</i>	413
1.3.	<i>Las razones de la incorporación. La protección cartular de la transmisión</i>	415
1.3.1.	Incertidumbre de la fecha de la transmisión	415
1.3.2.	Riesgo de liberación del deudor	416
1.3.3.	Riesgo de pertenencia: adquisición a non domino	416
1.3.4.	Riesgo de consistencia del derecho	417
1.4.	<i>Los efectos desplegados por la incorporación al objeto de facilitar y proteger la circulación de los derechos</i>	418
1.4.1.	¿Es posible la cesión de derecho común de las acciones incorporadas?	420
1.4.2.	¿Son admisibles las formas de tradición instrumental en el ámbito de las acciones incorporadas?	425
2.	La acción como valor mobiliario y como valor negociable	427
2.1.	<i>La acción y el título accionario</i>	429
2.1.1.	El carácter declarativo del título	430
2.1.2.	Las fuentes de la relación cartular. El contrato de entrega y la apariencia	436
2.2.	<i>La incorporación del derecho al título: el contrato de entrega entre la sociedad y el socio</i>	438
2.2.1.	Frente a los sucesivos adquirentes del título, la apariencia es fuente de obligación de la sociedad.	440
2.3.	<i>Creación, emisión y suscripción de acciones</i>	440
2.4.	<i>Acciones nominativas y al portador, títulos nominativos y al portador</i>	441
2.5.	<i>Violación de la previsión estatutaria de incorporación</i>	446
2.6.	<i>El derecho del accionista a recibir el título de su acción</i>	447
2.7.	<i>La desincorporación de los títulos valores</i>	452
2.7.1.	El nacimiento de una nueva forma de representación. Evolución o ruptura	457
2.7.2.	Entre el valor mobiliario y el valor negociable	463
2.8.	<i>La acción en cuanto valor o valor mobiliario.</i>	465
2.9.	<i>La acción en cuanto valor negociable/instrumento financiero.</i>	466

SUMARIO

11

	<u>Página</u>
2.10. <i>El sistema de anotaciones en cuenta</i>	467
2.10.1. Una constante evolución doctrinal	469
2.11. <i>Acciones cotizadas y no cotizadas</i>	473
2.11.1. La inscripción constitutiva. Contenido del registro (escritura)	476
2.11.2. La elección del sistema tabular. Opciones	477
2.11.3. La activación del valor mobiliario	481
2.11.4. Las entidades de llevanza de los registros contables	486
2.11.5. Responsabilidad de las entidades de llevanza y errores del registro.	488
2.11.6. La elección de medio de representación	491
2.11.7. La discutida publicidad formal. El conocimiento del contenido del registro	494
2.11.8. La transmisión de los valores anotados.	495
2.12. <i>La transmisión de las anotaciones en cuenta.</i>	501
2.12.1. Legitimación para disponer.	501
2.12.2. Transferencia contable	502
2.12.3. Otros elementos necesarios para la transmisión (forma).	512
3. La legitimación para el ejercicio de los derechos	513
3.1. <i>Necesidad de la inscripción</i>	514
3.2. <i>Legitimación activa.</i>	515
3.3. <i>Legitimación pasiva</i>	516
3.4. <i>Especial Referencia A Los Certificados De Legitimación</i>	518
3.4.1. La naturaleza del certificado de legitimación	518
3.4.2. Certificados de legitimación y otros documentos: notas informativas, certificaciones de inscripción acreditativos de la adquisición y extractos de cuentas de valores	523
3.4.3. Robo, destrucción o pérdida del certificado de legi- timación	524
3.4.4. Período de vigencia	525
3.4.5. Emisión extensión y contenido	525
3.4.6. El certificado de legitimación como título ejecutivo	525



CAPÍTULO CUARTO

FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE PRENDA SOBRE ACCIONES

1. Introducción	529
2. Prenda de acciones no documentadas	532
2.1. <i>Transmisiones limitadas en la sociedad en formación.</i>	532
2.2. <i>La pignoración de acciones no representadas.</i>	540
3. La prenda de acciones representadas mediante títulos	552
3.1. <i>Constitución de prenda sobre acciones nominativas.</i>	552
3.1.1. Constitución por vía de Derecho común	553
3.1.2. Constitución por vía cartular	559
3.2. <i>La constitución de prenda sobre acciones y participaciones sometidas a restricciones a su libre transmisibilidad</i>	572
3.3. <i>Constitución de prenda sobre acciones al portador</i>	580
3.3.1. Requisitos de su constitución	580
3.4. <i>La prenda de resguardos provisionales.</i>	589
3.5. <i>El canje de acciones sujetas a prenda.</i>	590
3.6. <i>La prenda ante los títulos múltiples y la división o split de acciones</i>	592
4. La prenda sobre acciones anotadas en cuenta	595
4.1. <i>La prenda de acciones anotadas en cuenta por medio de derecho común</i>	597
4.2. <i>Constitución de la garantía por vía tabular</i>	600
4.2.1. Formalización del contrato de garantía	600
4.2.2. Perfeccionamiento del contrato.	603
4.2.3. El papel de la inscripción	605
4.2.4. La incidencia de la inscripción de la garantía frente a la sociedad	606
4.2.5. Práctica de la inscripción	609
4.3. <i>Del registro único al doble escalón y la constancia de la prenda</i>	613
4.4. <i>Efectos de la constitución de la prenda</i>	616
4.4.1. La pérdida de la fungibilidad de los valores	617
4.4.2. La obtención del certificado de legitimación.	618
4.4.3. Inmovilidad registral <i>versus</i> disponibilidad de los valores	623
4.4.4. La oponibilidad frente a terceros	628



SUMARIO 13

	<i>Página</i>
4.4.5. El requisito de la escritura pública en la prenda de anotaciones en cuenta	630
5. La prenda rotativa sobre acciones	632
6. La prenda de acciones propias	638
6.1. Régimen jurídico de la aceptación en garantía de acciones propias	647
6.2. Sistema sancionatorio para los casos de infracción	652
6.3. Estatuto de las acciones poseídas en concepto de garantía	653
7. La prenda internacional de valores	655
7.1. ¿Qué ley se aplica a la constitución de una prenda internacional?	659
7.1.1. Ley aplicable en caso de acciones no incorporadas	662
7.1.2. Acciones incorporadas en títulos nominativos	663
7.1.3. Acciones representadas en títulos al portador	663
7.1.4. Acciones anotadas en cuenta centralizadas y descentralizadas	663
7.2. Las relaciones entre la <i>lex rei sitae</i> , la <i>lex contractus</i> , la <i>lex societatis</i> , y la <i>lex concursus</i>	666

CAPÍTULO QUINTO

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA PRENDA DE ACCIONES, PARTICIPACIONES Y VALORES

1. Introducción	673
2. Límites en el ejercicio de los derechos sociales. Del ejercicio <i>odium debitoris</i> al <i>uti socius</i>.	677
3. La atribución de los derechos.	681
3.1. Ejercicio uniforme versus división en el ejercicio de los derechos	684
3.2. Activación de cláusulas restrictivas ante el ejercicio de los derechos sociales	687
4. El deber de colaboración del acreedor pignoraticio.	694
5. Los derechos en particular. El ejercicio de los derechos políticos	697
5.1. El derecho de asistir y votar en las Juntas de accionistas	697
5.1.1. Derecho de asistencia a la junta.	697
5.1.2. Particularidades según el sistema de representación	704
5.1.3. El derecho a intervenir	704

14

LA PRENDA DE ACCIONES

	<i>Página</i>
5.1.4. El derecho de voto	705
5.1.5. Derecho de impugnar los acuerdos sociales	720
5.1.6. Derecho de información	729
5.1.7. Derecho de separación	735
5.1.8. Otros derechos administrativos	738
6. El ejercicio de los derechos patrimoniales	739
6.1. <i>El derecho al dividendo</i>	<i>739</i>
6.1.1. Las tensiones entre dividendo e interés	739
6.1.2. El ejercicio en sí del derecho al dividendo	742
6.2. <i>Derecho sobre la cuota de liquidación</i>	<i>748</i>
6.3. <i>El derecho de suscripción preferente</i>	<i>753</i>
6.4. <i>Derecho de asignación gratuita de acciones</i>	<i>763</i>
6.5. <i>Reducción de capital</i>	<i>765</i>
7. El derecho-deber de pago de los dividendos pasivos hoy rebautizados como desembolsos pendientes	767
7.1. <i>Medidas integrativas de la sociedad</i>	<i>777</i>

CAPÍTULO SEXTO

PRENDA Y CONCURSO DE ACREEDORES

1. La prenda ante la insolvencia	781
1.1. <i>La posible integración del acreedor con garantía real en el procedimiento concursal</i>	<i>783</i>
1.2. <i>El acreedor prendario y la masa pasiva concursal en la Ley Concursal. Esbozos y perímetros</i>	<i>791</i>
1.3. <i>La insinuación de créditos. La formación del pasivo y su verificación</i>	<i>795</i>
2. Limitaciones a la integración, exclusiones a la atracción. El perímetro de la insolvencia	797
3. La necesidad de la verificación. Entre el impulso propio y la automaticidad	809
4. El problema de la constancia y el modo de constar	814
5. La facilitación del reconocimiento del acreedor prendario	818
6. Comunicación del concurso versus comunicación no siempre necesaria de créditos al concurso	823



SUMARIO 15

	<u>Página</u>
7. La no comunicación a aquellos acreedores que titulan créditos que gozan de reconocimiento automático	828
8. La comprobación holística de los créditos por parte de la administración concursal	835
9. La labor verificadora de la administración del concurso	837
9.1. <i>¿Labor analítica?</i>	837
10. La concursabilidad a través de la insinuación reconocimiento	843
11. La carga de insinuar el crédito	850
12. La comunicación de los créditos privilegiados	855
13. La individualización de los créditos. El problema de la constancia del crédito	860
14. La justificación de los títulos crediticios	863
15. La actividad de reconocimiento. Entre la individualización y justificación del reconocimiento de créditos	873
16. Créditos garantizados con garantía real inscrita. El problema de ciertas garantías reales novedosas. Las garantías omnibus o globales. Los negocios fiduciarios	886
17. La lista de acreedores y la impugnación de la misma. Planteamiento general	894
18. Las causas de preferencia de origen negocial y la garantía real	895
19. Preferencia negocial <i>versus</i> privilegio legal	928
20. La paralización temporal de la ejecución de las garantías reales.	933
21. La realización o ejecución de la garantía en el concurso	944
22. Créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda con desplazamiento	948
22.1. <i>Los privilegios sobre créditos con garantías no posesorias</i>	953
23. El rescate del bien objeto del privilegio especial por la administración concursal	963



CAPÍTULO SÉPTIMO

LA EJECUCIÓN DE LA PRENDA. PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS,
PROCEDIMIENTOS EXTRAPROCESALES

1. Introducción	967
2. La función y el valor de la garantía real a la hora de la realización de la garantía	975
3. La ejecución ordinaria de la prenda en procedimientos judiciales.	980
4. El derecho de realización del artículo 1872 del Código Civil.	992
4.1. <i>El plazo entre el anuncio de la subasta y el comienzo de la misma</i>	1003
4.2. <i>El avalúo de los bienes y la sujeción a tipo</i>	1011
4.3. <i>El papel del fedatario público y la constitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial</i>	1022
5. El pacto de no venta de la prenda	1028
6. a adquisición del bien en subasta versus la adjudicación en pago	1029
7. Ejecución de prenda que sirve de garantía a varios acreedores	1033
7.1. <i>Ejecución en caso de participaciones en una sociedad en formación, acciones vinculadas y acciones intransmisibles</i>	1034
8. El pacto comisorio	1039
8.1. <i>Concepto y perspectiva evolutiva</i>	1039
8.2. <i>Extensión de la interdicción legal. Del pacto comisorio ex intervallo al pacto marciano</i>	1046
8.3. <i>Problema de la estipulación comisorio con posterioridad a la celebración del contrato principal</i>	1050
Bibliografía	1053