

EL Notario

Revista del Colegio Notarial de Madrid
NOVIEMBRE-DICIEMBRE 2018 [nº 82] 9€

DEL SIGLO XXI



Constitución Española

ESPECIAL 40 ANIVERSARIO





Cosas que puedes hacer con el tiempo que te ahorras.

NUEVOS SERVICIOS DE CITA PREVIA ON LINE *

-  Certificados de antecedentes penales.
-  Certificado de antecedentes por delitos de naturaleza sexual.
-  Certificados de contratos de seguros de cobertura de fallecimiento (Seguros de Vida).
-  Certificados de Últimas Voluntades.
-  Legalizaciones y apostillas de documentos.

 www.mjusticia.gob.es

*Solo para la oficina del Ministerio en C/ Bolsa 8, Madrid.

 Porque sabemos que tu tiempo vale mucho.



Cuarenta años, mirando hacia el futuro

El indiscutible éxito de la Constitución de 1978, pilar de nuestra vida democrática durante estos últimos cuarenta años, no puede hacernos desconocer los retos a los que va a enfrentarse de manera inmediata en un futuro muy próximo. Es cierto que, como conoce todo inversor prudente, rentabilidades pasadas no garantizan rentabilidades futuras, pero lo que está por ver es si en este caso el riesgo principal descansa, más que en la siempre perfectible arquitectura constitucional, en nuestro escaso talante cívico y democrático. Porque no conviene olvidar que, al modo de las profecías autocumplidas, cuando uno no desea que algo le resulte útil, normalmente no le es útil.

Es obvio que con sus naturales deficiencias, nuestra Constitución es parangonable a la de los Estados más democráticos del mundo. Ha garantizado bien nuestras libertades individuales y nuestro progreso colectivo. Pero ha hecho algo más que eso: ha creado un orden de convivencia cívica que es sinónimo de libertad y democracia, más que su simple garantía. No es creíble ni concebible un supuesto estado natural democrático y libre con carácter previo a la Norma Fundamental. Por eso, mientras queramos preservar esa libertad debemos movernos necesariamente en el marco constitucional, aunque sea para reformarlo, pero siguiendo siempre sus procedimientos. Los que tan alegremente la denigran deberían ser muy conscientes de que, al margen de la Constitución, solo existe el imperio del más fuerte, con el siempre evidente riesgo de que, ese, a la postre, resulte ser otro.

Después de cuarenta largos años en los que hemos asistido a tantos cambios sociales, económicos y tecnológicos, nadie puede negar, sin embargo, la conveniencia de su adaptación. Y puestos a ello, resulta preferible afrontar una reforma constitucional de manera franca y directa, que buscar su adecuación a las necesidades actuales de manera indirecta a través de medios no pensados especialmente para ello, desde la legislación ordinaria u orgánica hasta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esa vía no haría otra cosa que agudizar las luchas partidistas y el desprecio a las reglas del juego.

Eso no significa desconocer la innegable dificultad de cualquier reforma ambiciosa. Bien sabemos que, en política, lo que es posible hacer está generalmente limitado por lo que es posible legitimar socialmente. Y hoy en día, en la sociedad en la que vivimos, resulta difícil legitimar casi cualquier cosa importante. Pero semejante dificultad no puede significar un impedimento definitivo, sino un acicate para iniciar de una vez un debate serio, riguroso y racional; eso sí, presidido por la lealtad institucional y la defensa de los intereses comunes.

La política, por muy enconada y bloqueada que parezca, no es un juego de suma cero. Para los que quieren servirla y no servirse de ella, siempre ofrece posibilidades de colaboración y de resolución de problemas de forma satisfactoria para todos. Si, como deseamos, prevalece al final la responsabilidad y la altura de miras, la Constitución seguirá garantizando nuestra vida en libertad durante las próximas generaciones. ●

FUNDADA EN MAYO DE 2005
POR JOSÉ ARISTÓNICO GARCÍA

EL NOTARIO DEL SIGLO XXI es una revista bimestral editada en Madrid, que analiza la actualidad desde un punto de vista jurídico.

COMITÉ EDITORIAL

NOTARIOS: José Aristónico García Sánchez, Ignacio Solís Villa, Rodrigo Tena Arregui, José A. Martínez Sanchiz, Alfonso Madridejos Fernández, José Manuel García Collantes, Ignacio Gomá Lanzón, Fernando Rodríguez Prieto, Juan Pérez Hereza, Fernando Gomá Lanzón, Concepción Barrio del Olmo, Álvaro Delgado Truyols, Javier Manrique Plaza, Ignacio Maldonado Ramos, Amanay Rivas Ruiz, Blanca Villanueva García-Pomareda, Joaquín Fernández-Cuervo Infiesta, Álvaro Lucini Mateo, Carlos Pérez Ramos, Valerio Pérez de Madrid y Ricardo Cabanas Trejo

COMITÉ DE DIRECCIÓN

RODRIGO TENA, IGNACIO GOMÁ, AMANAY RIVAS, BLANCA VILLANUEVA, JOAQUÍN FERNÁNDEZ-CUERVO

PRESIDENTE

JOSÉ ARISTÓNICO GARCÍA

DIRECTOR

IGNACIO SOLÍS

SUBDIRECTOR

RODRIGO TENA

EDITA

COLEGIO NOTARIAL DE MADRID, CENTRO DE PUBLICACIONES DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Administración y Redacción:

Yolanda Ballesteros García-Asenjo
Calle Ruiz de Alarcón, 3 - 28014 MADRID
Tel. 912130039 - Fax. 912130046
revista@madrid.notariado.org

A fin de garantizar un correcto envío mantenga sus datos actualizados

Coordinación: Elena López Ewert

Maquetación: Juan A. del Prado, José Brey

Fotografía: José Brey, Edu Ortega, Mónica Castro, Agencias

Ilustraciones: Iván Mouronte Barreiro

Soporte: Israel Crespo Real

Publicidad: COLEGIO NOTARIAL DE MADRID

(912130058), EDITORIAL MIC (902271902)

Impresión: EDITORIAL MIC

Web: AXIONNET NETWORK

NIPO (Papel): 051180382

NIPO (Electrónico): 051180398

Depósito Legal: M. 26.028-2005

ISSN: 1885-009X

Sumario

Editorial

Cuarenta años, mirando hacia el futuro 3

La Opinión

La Constitución de 1978 y el Notariado: al servicio del Estado de Derecho D. Delgado García 6

Nuestra Constitución J. A. Martínez Sanchiz 9

Significado de la Constitución Española de 1978 M. Aragón Reyes 12

Érase una vez una buena Constitución... B. Pendás García 16

Contribución al balance de la Constitución española de 1978 al cumplir 40 años S. Muñoz Machado 20

El futuro del Estado autonómico y de nuestra democracia constitucional J. M. Castellà Andreu 24

Tres cuestiones sobre la Declaración de Derechos de nuestra Constitución J. J. Solozabal Echavarría 32

La independencia judicial F. Sosa Wagner 36

La "cuestión territorial" en Europa J. J. López Burniol 42

Constitución, Autonomía, Derecho Privado y razón -o sinrazón- política R. Cabanas Trejo 46

La crisis de los 40 A. Nacarino-Brabo 55

El notario y los valores constitucionales I. Gomá Lanzón 58

España en Datos

La Constitución en 1978 G. González Sanz 64

LEGISLACIÓN, TRIBUNALES Y RESOLUCIONES DE LA DGRN

67

Práctica Jurídica

La propiedad en la Constitución Española J. I. Navas Oloriz 116

La protección contractual de los consumidores 40 años después de la Constitución española J. Pérez Hereza 122

Acerca de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil

I. Maldonado Ramos 128

Seguridad jurídica y función social A. Castro-Girona Martínez 134

A FONDO. El informe del Consejo de Estado sobre reforma constitucional en materia de aforamientos R. Tena Arregui 140

DERECHO FISCAL. Constitución y fiscalidad J. Gómez Taboada 144

DERECHO FISCAL. La doble vertiente del principio de capacidad económica en la jurisprudencia constitucional D. Marín-Barnuevo Fabo 146

Fundación SIGNUM. ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Los sistemas alternativos de resolución de disputas bajo la óptica constitucional F. Rodríguez Prieto 150

Sección Corporativa

Fundación Aequitas-Consejo General del Notariado. Foro 40 Aniversario de la Constitución 154

40 años de Constitución: historia, arte, periodismo, música y testimonios para celebrar cuatro décadas de democracia 157

Panorama

Constitución: ni sagrada ni pecado original R. Paz Macazaga 160

El asombro de la Constitución M. A. Aguilar 162

LOS LIBROS. «Summa constitutionis» J. Aristónico García Sánchez 166

COLECCIÓN "LA OFICINA NOTARIAL"

TOMOS NUEVOS ACTUALIZADOS

TOMO I. LOS PODERES. LAS ACTAS NOTARIALES

AUTORES: 79,87€ IVA NO INCLUIDO

Martínez Ortega, Juan Carlos; Infante González de la Aleja, José Ramón y Rodríguez Domínguez, Rafael
411 Págs. 2ª edición, Octubre 2017



TOMO II. LA COMPRAVENTA Y LOS CONTRATOS PREPARATORIOS

AUTORES: 79,87€ IVA NO INCLUIDO

Martínez Ortega, Juan Carlos; Infante González de la Aleja, José Ramón y Rodríguez Domínguez, Rafael
430 Págs. 2ª edición, Mayo 2018



TOMO VII. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA NUEVA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN LA OFICINA NOTARIAL

AUTORES: 83,87€ IVA NO INCLUIDO

Martínez Ortega, Juan Carlos; Infante González de la Aleja, José Ramón y Rodríguez Domínguez, Rafael
514 Págs. 1ª edición, Junio 2017



CÓMPRELO AHORA
957 310 098

Otros títulos de la Colección

- TOMO III - Urbanismo. Edificación y Propiedad Horizontal... 66,90€
- TOMO IV - El Testamento y la Herencia ... 89,80€
- TOMO V - Derecho Matrimonial y Donación ... 79,87€
- TOMO VI - Los Instrumentos de Garantía Contractual ... 59,90€

NUEVO TODO TRANSMISIONES 2018

Una guía perfecta para la gestión del Impuesto sobre Transmisiones. Ofrece respuestas claras y fundamentales para resolver cuantas dudas surjan en la gestión tributaria de este impuesto.

~~149,99 €~~ **139,07 €** 5% DTO. IVA NO INCLUIDO
INCLUYE ÍNDICE ANALÍTICO

La obra de referencia
1ª Edición, Julio 2018
840 Págs. Aprox.

CÓMPRELO AHORA
957 310 098

AUTOR: Javier Máximo Juárez González (Notario)

CONTENIDO:

Numerosos ejemplos: que ayudan a comprender desde la práctica las situaciones complejas. **Comentarios fundamentados:** los comentarios del autor se basan en la normativa vigente, tanto de carácter tributario como civil y mercantil, y las consultas de tributos, resoluciones del TEAC y los pronunciamientos de los Tribunales. Recoge las cada vez más numerosas e importantes especialidades autonómicas de los diferentes territorios del Estado con relación a tipos de gravamen y beneficios fiscales. **Cuadros y esquemas:** que sintetizan, resumen y agrupan los pasos a seguir en cada situación. **Anexo normativo:** normativa estatal y normativa autonómica.



NUEVO TODO SUCESIONES 2018

Todo Sucesiones aporta un enfoque global del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, apoyándose para ello en la experiencia de autores especializados y añadiendo a cada punto tratado la casuística y la práctica necesaria para una adecuada comprensión de la materia.

~~144,26 €~~ **137,05 €** 5% DTO. IVA NO INCLUIDO
INCLUYE ÍNDICE ANALÍTICO

Una obra llena de ventajas
1ª Edición, Julio 2018
800 Págs. Aprox.

CÓMPRELO AHORA
957 310 098

REDACTADO POR LOS MEJORES AUTORES: Javier Máximo Juárez González (Notario) Juan Galiano Esteban (Inspector Hacienda)

CONTENIDO:

Comentarios sobre el funcionamiento del impuesto, y con las especialidades autonómicas. Fundamentación normativa, administrativa y jurisprudencia. Ejemplos y supuestos prácticos. Anexo normativo estatal y autonómico

LLEGUE A LA SOLUCIÓN EN SEGUNDOS:

Al grano: resuelva su duda de manera rápida y con garantías



LA OBRA DE REFERENCIA

Sin duda la herramienta más rigurosa para el notario, registrador, gestor, experto en fiscalidad, etc. Imprescindible en su despacho

ACTUALIZADO

Con todas las novedades producidas hasta Julio 2018. Entre otras:
· Modificaciones introducidas por el Real Decreto 1074/2017 en el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, como por ejemplo la inclusión de la referencia catastral en el supuesto de transmisión de inmuebles.
· A nivel autonómico contempla exhaustivamente todos los cambios legislativos producidos en sucesiones y donaciones: nuevas reducciones, bonificaciones para los distintos grupos, etc.



LOS REGIMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES DE MUNDO

2ª REIMPRESIÓN

45,67€ IVA NO INCLUIDO

1ª Edición, Enero 2018 · 1071 Págs. Aprox.

CÓMPRELO AHORA
957 310 098

AUTORES: Edición del colegio de Registradores. Oliva Rodríguez, Antonio Manuel, Registrador Oliva Izquierdo, Antonio Manuel, Registrador Oliva Izquierdo, Alexis, Diplomático de Carrera

CONTENIDO:

No sólo se centra en el estudio de los regímenes legales de primer grado de cada uno de los ciento noventa y cuatro Estados independientes del mundo, sino también en los demás regímenes existentes en los mismos, como puedan ser los regímenes facultativos o, en su caso, los supletorios de segundo grado. También se examinan en esta obra otras cuestiones de relevancia, como una introducción relativa al régimen político constitucional de cada país; las características del activo, pasivo, y facultades de gestión de los patrimonios sobre los que se proyecta el régimen matrimonial; las vicisitudes del referido régimen, las causas que motivan su disolución, y su forma de liquidación





La Constitución de 1978 y el Notariado: al servicio del Estado de Derecho

Dolores Delgado García
Ministra de Justicia

El Notario del Siglo XXI N°82

Al contrario que la figura del notario, la Constitución escrita tal y como hoy la conocemos -como es la Constitución española de la que celebramos su 40º aniversario-, con fuerza normativa y efectos vinculantes, es un fenómeno relativamente reciente en la historia de la organización de las sociedades humanas, que ha ido evolucionando hasta nuestros días.

En realidad, el origen de la figura del notario es muy anterior a la conceptualización siquiera de la constitución. Ya el *escriba* del antiguo Egipto recordaba a las funciones del notario actual, aunque los antecedentes directos pueden ser trazados al *“singrapho”* griego y el *“tabulario”* romano, naciendo como profesión en el siglo XII en la Universidad de Bolonia. *Rolandino Passaggeri*, profesor y notario de la citada ciudad italiana sentó las bases del Notariado científico en la *“Summa artis notariae”* que fue difundida por toda Europa. En España, podemos remontarnos al Fuero General de Jaca y al Fuero Real de Castilla (1255) que concedían a la carta sellada por notario la máxima autoridad. De hecho, en las Partidas del rey Alfonso X “El Sabio”, el Notariado era considerado una función pública, y previeron su actuación con bases que se han mantenido vigentes hasta la Ley del Notariado de 1862, todavía en vigor.

Desde entonces, y hasta hoy, durante tantos siglos en los que no existía una constitución normativa, el notariado ha contribuido a la seguridad jurídica, un principio sin el cual no podría conceptualizarse el Estado de Derecho.

En la actualidad, la Constitución española consagra el Estado de Derecho como un presupuesto jurídico constitucional y lo desarrolla a lo largo del texto en multitud de artículos. De hecho, no es baladí que el primer artículo de nuestra Carta Magna establezca que *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna*

como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

En este sentido, el Notariado y la Constitución confluyen en la defensa de las libertades individuales y patrimoniales de la ciudadanía. De hecho, la interrelación entre Notariado y Constitución se ha intensificado a medida en que se ha profundizado en lo que la doctrina ha denominado *“la Constitucionalización del Derecho Privado”*.

El reconocimiento de la cláusula del Estado Social por el Derecho Constitucional, fruto del aumento de la interacción entre Estado y Sociedad, provocó una serie de modificaciones en el ordenamiento jurídico occidental de gran calado.

La configuración del Estado como social de Derecho, vino a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad. La incorporación de derechos de carácter económico y social reflejados

en diversos preceptos de la Constitución conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de una trascendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos, especialmente, pero no solo, de los de contenido patrimonial como el de propiedad, en los que el Notariado juega un papel muy destacado.

Además, el reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas contribuyó a poner *“de manifiesto el progresivo desdibujamiento de la línea divisoria que separa la dicotomía tradicional entre el derecho público y el derecho privado”*, produciéndose un progresivo entrecruzamiento de ambas esferas. *“Ciertas relaciones jurídicas-privadas se han visto publicitadas tanto por la injerencia del poder público en la ordenación de las mismas que ya no quedan a la libre autonomía de voluntad de las partes, como, más concretamen-*

El Notariado y la Constitución confluyen en la defensa de las libertades individuales y patrimoniales de la ciudadanía



te, por la presencia de los derechos fundamentales, instrumentos del derecho público por excelencia, con el fin de garantizar en el seno de las relaciones privadas ciertas esferas de libertad e igualdad frente a los poderes socioeconómicos” (STC 18/1984, FJ 3). De manera que en los textos constitucionales han ingresado materias que tradicionalmente pertenecieron al Derecho Privado.

La aprobación de la Constitución española como marco de convivencia entre los ciudadanos hace 40 años, y norma fundamental de relación entre los poderes públicos y la ciudadanía, ha posibilitado el periodo más largo y próspero en la historia de nuestro país a través de la realización diaria de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico: la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo jurídico.

Está fuera de toda duda que el Notariado ha contribuido, está contribuyendo y lo seguirá haciendo a la consolidación de estos cuatro valores y de muchos principios constitucionales esenciales para el Estado de Derecho.

Efectivamente, desde sus orígenes, el notario constituye una herramienta para la demanda de las libertades individuales y patrimoniales, tanto entre particulares como

frente a los poderes públicos. El notariado ayuda, asesora y garantiza que un contrato o negocio esté ajustado a la más estricta legalidad, constituyendo una pieza esencial en las sociedades democráticas y en las economías de mercado, y proporcionando a los ciudadanos la seguridad jurídica que promete la Constitución española en su artículo 9 en el ámbito del tráfico jurídico extrajudicial.

En el desarrollo de estos cuatro valores superiores del ordenamiento jurídico, los notarios han desempeñado, desempeñan y seguirán desempeñando una labor esencial. Son muchos los ejemplos que ilustran esta obvia afirmación. El más conocido y evidente es la contribución a la seguridad jurídica a través de la escritura, reuniendo condiciones de autenticidad, ejecutoriedad, y legalidad.

Además, a través de la ley de Jurisdicción Voluntaria se permite que una persona acuda a un notario para resolver diversos asuntos civiles, mercantiles o sucesorios en los que no se requiera la participación de un juez por la inexistencia de una controversia.

De especial relevancia es su labor en el control y la prevención de delitos como el blanqueo de capitales, la finan-

ciación del terrorismo y el fraude fiscal, para cuya prevención se ha creado por parte del Consejo General del Notariado el Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales, colaborando en miles de peticiones remitidas por órganos judiciales, administrativos y policiales, y cuya labor ha obtenido el reconocimiento de la Unión Europea.

El espíritu europeísta e internacional que inspira la Constitución, con los efectos tan determinantes que tienen en el ordenamiento jurídico español, también tiene reflejo en la actividad internacional de los notarios, pues el Consejo General del Notariado de España es miembro del Consejo de los Notarios de la Unión Europea (CNUE), formado por 22 países (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, República Checa y Rumania). El Notariado español también pertenece a la Unión Internacional del Notariado (UINL) junto con otros 76 países: 23 de América, 16 de África, 3 de Asia y 34 de Europa.

La revolución tecnológica en la que estamos inmersos en el siglo XXI plantea un gran reto para el ordenamiento jurídico, también para el notariado. Fenómenos como la Administración electrónica, la Inteligencia Artificial, o la tecnología de *blockchain* supondrán una revolución social, cultural y económica que desafiarán los paradigmas jurídicos actuales.

El compromiso con la modernidad de los notarios de España y su apuesta permanente por ofrecer un servicio público de calidad está suficientemente acreditado. Es una de las profesiones jurídicas que más están experimentando con las nuevas tecnologías. Asimismo, es otra de las profesiones en las que el ascenso femenino más se ha notado

En cualquier caso, el compromiso con la modernidad de los notarios de España y su apuesta permanente por ofrecer un servicio público de calidad está suficientemente acreditado. Aunque es una de las profesiones más antiguas, el Notariado es una de las profesiones jurídicas más vanguardistas y que más están experimentando con las

nuevas tecnologías y con su aplicación al quehacer cotidiano de las operaciones mercantiles, para conseguir agilizar procedimientos, reducir tiempo y costes y aumentar la eficacia. Asimismo, es otra de las profesiones en las que el ascenso femenino más se ha notado. Mientras en el resto de Europa la representación masculina supera el 70% y las mujeres tienen menos del 30% -según el informe "Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU" (2017)-, en España son ya varios los años en que las féminas superan a sus compañeros varones en el acceso a la Notaría (sin ir más lejos, este 2018 el porcentaje fue 61%-39% a favor de las mujeres).

Para concluir, no me cabe ninguna duda de que el marco jurídico flexible pero garantista que establece nuestra Carta Magna y la labor del Notariado constituirán un firme elemento de referencia en la tutela de los derechos e intereses de la ciudadanía. ●

Palabras clave: Constitución Española, Democracia, Notariado.

Keywords: Spanish Constitution, Democracy, Notarial Profession.

RESUMEN

La aprobación de la Constitución española como marco de convivencia entre los ciudadanos hace 40 años, y norma fundamental de relación entre los poderes públicos y la ciudadanía, ha posibilitado el periodo más largo y próspero en la historia de nuestro país a través de la realización diaria de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico: la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo jurídico.

Está fuera de toda duda que el Notariado ha contribuido, está contribuyendo y lo seguirá haciendo a la consolidación de estos cuatro valores y de muchos principios constitucionales esenciales para el Estado de Derecho.

ABSTRACT

The approval of the Spanish Constitution as a framework for the coexistence of the country's citizens 40 years ago, and a fundamental rule for relationships between the public authorities and citizens, has led to the longest and most prosperous period in Spanish history, through the daily realisation of the fundamental values of the legal system: freedom, equality, justice and legal pluralism.

It is beyond doubt that the Notarial Profession has contributed and will continue to contribute to the consolidation of these four values, and of many constitutional principles essential for the rule of law.



Nuestra Constitución

José Ángel Martínez Sanchiz

Decano del Colegio Notarial de Madrid.
Presidente del Consejo General de Notariado

El Notario del Siglo XXI Nº82

Dedicamos este número bajo el patrocinio del Ministerio de Justicia a la celebración de los cuarenta años de la Constitución. Nuestra Norma Fundamental nació de la conciliación, no de la imposición de una u otra facción política y de este modo su dignidad jurídica se encuentra respaldada por su fuerza moral en pos de la justicia y la paz.

La efeméride nos permite recalcar en los importantísimos logros alcanzados y mirar al horizonte con las alforjas llenas de esperanza, porque su misma existencia justifica nuestra otrora cuestionada capacidad de convivencia, avallada por un ideario ético que se trasluce en sus páginas y en nuestras vidas, ante el hecho de que la Constitución no es un ente abstracto sino una pauta de conducta que aplicamos en el acontecer diario. De su mano hemos aprendi-

do a caminar juntos, no pese a nuestras discrepancias, sino de hecho gracias a ellas, porque lo que nos une es precisamente la diferencia, el encuentro con el otro, el respeto a todo ser humano, que no hay justicia sin humanidad ni si falta la solidaridad, consecuencia de lo que los clásicos denominaban amistad o fraternidad.

Este aniversario nos interpela a todos. Tenemos la obligación de estar a la altura. Toda obra humana es imperfecta, la Constitución también lo es. Pero que lo sea no es óbice para reconocer sus indudables méritos y su generosidad. Así en la articulación misma del Estado de las Autonomías, hoy en entredicho especialmente por parte de posiciones nacionalistas, amparadas por la misma norma de la que algunos reniegan, paradoja ésta que nos muestra sin embargo su grandeza.

No es un problema entre tantos. Se requiere dialogo.

El dialogo no es renunciación sino una vía para la mutua comprensión. Los conflictos a veces se enquistan, pero hay que intentar formas o cauces de hacerlos llevaderos, sin que degeneren, como está ocurriendo, en una ruptura de la convivencia que atenta contra la esencia de esos principios que mayoritariamente decimos compartir. Por ello deberíamos hacer examen de conciencia y reparar en que más allá de la ideología de cada cual, unos y otros participamos de unos valores comunes y de un estilo de vida que a fin de cuentas, como decía García Morente, constituye la esencia de una nación, más allá de su estructuración política y administrativa. Y por eso la oportunidad del momento. La Constitución a través de estos cuarenta años exhibe una historia de conciliación que no debe interrumpirse, pues como Ley de leyes nos representa a todos y nos ofrece la posibilidad de encauzar las desavenencias de modo que resulten asumibles e incluso resueltas.

Con razón argüía Eduardo García de Enterría que nuestra Constitución acoge un *"pactum libertatis"* que de acuerdo con la tradición constitucional norteamericana garantiza un *"higher law"*. De ahí resulta el carácter esencial del capítulo atinente a los derechos fundamentales que sujeta su reforma a los mismos requisitos que la edición de una nueva Constitución. Y esta garantía, más allá de consideraciones científicas, resulta capital para nuestra vida real.

El reconocimiento y preservación de los derechos fundamentales disipa cualquier crítica basada en la falaz observación de que el principio democrático no es más que la introducción de un procedimiento formal sin contenido. Todo lo contrario, el principio democrático es propiamente sustancial y en absoluto ajeno al ideal de justicia encarnado en estos mismos derechos. Nadie puede renegar de la justicia, por más que no nos sea

dable alcanzarla en su expresión más absoluta. Incluso para quienes no creen en ésta o la consideran utópica, queda la confesión de Kelsen: "La Justicia para mí se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia." Son palabras que como notarios sentimos muy próximas, pues para nosotros, como observaba Gonzalo de las Casas, "verdad y justicia son la misma cosa", *"iustitia est veritatis"*.

La forma democrática, lo es, porque legitima su contenido, en la medida en que suministra un cauce para la composición o un procedimiento imparcial para acoger, en palabras de Habermas, "la razón comunicativa", es decir, para contrastar la pretensión de validez de las diver-

La Constitución no es un ente abstracto sino una pauta de conducta que aplicamos en el acontecer diario

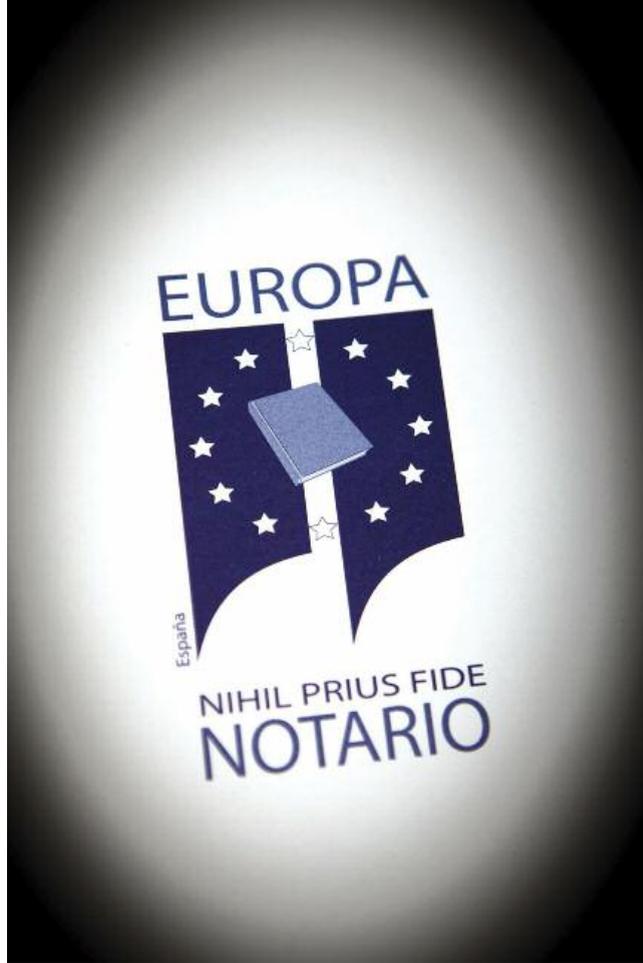
sas opciones morales. El derecho positivo pretende entonces basar su legitimidad en la legalidad, pero sin dar la espalda a los juicios morales.

Los notarios no podemos sino ser fieles a nuestro juramento o promesa, y aplicar sus preceptos, guiarnos por sus principios, y asumir los deberes que nos impone en bien de la sociedad, que es, a fin de cuentas, la razón de ser de nuestra existencia y del alto cometido constitucionalmente asignado a la fe pública como garante de la libertad, fuente de seguridad jurídica e instrumento para el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades básicas.

Así la función notarial cumple su misión, como un bien jurídico que protege al ciudadano en la medida en que asegura el ejercicio de sus derechos, frente a otras personas, incluso frente a la propia Administración y ante los Tribunales. Definitivamente, garantiza a los ciudadanos un espacio de libertad y justicia.

La fe pública notarial está llamada a proteger y amparar la libertad de los ciudadanos. Ese espacio abarca no solo la libertad contractual o la autonomía negocial de los particulares, sino que se extiende a otros ámbitos como el ejercicio de sus derechos, incluidos los fundamentales.

No son palabras vanas, sino realidades tangibles, que por cotidianas pasan a las veces desapercibidas.



Escribió Ihering "que la forma es hermana gemela de la libertad". En efecto, la libertad contractual alcanza su mayor expresión y garantía en los documentos notariales. Siempre fue así, y si no recuérdese el principio aragonés de *"standum est chartae"* que daría origen al dicho de "hablen cartas y callen barbas". Es cierto, sin embargo, que moderadamente la libertad contractual sufre a consecuencia de la contratación seriada y las condiciones generales predisuestas por el empresario o profesional. En estos casos el consumidor limita su consentir a una simple adhesión. Pero es aquí donde la función notarial está llamada a procurar un asesoramiento equilibrador en beneficio del contratante débil, con arreglo al artículo 147 del Reglamento Notarial. Sin embargo, la experiencia demuestra que es preciso profundizar en esta línea de actuación. Nuestro Tribunal Supremo con su jurisprudencia en materia de préstamos hipotecarios permite concluir que no es lo mismo "entender" que "comprender", que no basta la claridad expositiva en el contrato, sino que es preciso además conocer en la fase precontractual las posibles alternativas. De ahí que nos parezca muy acertada la introducción en la futura Ley de Crédito Inmobiliario de un acta notarial gratuita para informar o completar la información del consumidor con antelación al contrato.

Esta simbiosis entre la forma y la libertad tiene asimismo aplicación en el desarrollo de la libertad de empresa, amparada por nuestra Constitución. Prueba de ello es la intervención notarial en materia societaria. Hoy en día las sociedades son susceptibles de constituirse notarialmente en veinticuatro horas y prácticamente se pueden realizar telemáticamente todos los trámites precisos. El documento público societario asegura el cumplimiento de los requisitos legales, tanto los internos de la sociedad, como respecto de terceros a los que deviene oponible. Representa, asimismo, una garantía para evitar el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, gracias a la Base de Datos creada por el Notariado, acogida en el Reglamento

de Blanqueo de Capitales y que única por sus características ha sido recomendada a nivel mundial por el GAFI como una buena práctica.

Y están las actas notariales que, además de contribuir a la seguridad jurídica pues evitan muchos litigios, prefiguran una forma de amparar la propia libertad y el ejercicio de los derechos, incluidos los derechos humanos fundamentales.

El acta es también un modo de salvaguardar ciertos derechos o de hacerlos efectivos. Piénsese en las actas de reagrupación necesarias para que familiares no españoles puedan venir a España; o las que denuncian cualquier tipo de discriminación; la preservación del derecho de las minorías en las Juntas Generales de Sociedades; el excesivo ruido de una discoteca; la entrega de las llaves por el arrendatario u ocupante de una vivienda; el estado en que se encuentra una propiedad; la constatación de haber ofrecido al acreedor el cumplimiento de la obligación o, lo contrario, la constitución en mora

en caso de retraso del deudor; la consignación de cantidades a entregar una vez acreditados determinados requisitos; la demostración de haber presentado oportunamente determinada documentación, el resultado de un sorteo o, en otro orden de cosas, la declaración de herederos abintestato. Los ejemplos son innumerables.

Este breve recorrido respecto de la función notarial pone de relieve su asiento y adecuación con nuestra Norma Fundamental, tanto en aras de la legalidad y la seguridad jurídica, como garantía para el ejercicio de los derechos, incluidos de modo muy especial los fundamentales. La fe pública, en conclusión, cumple así su misión constitucional de ofrecer un espacio seguro de libertad y justicia. ●

Palabras clave: Norma Fundamental, Función notarial, Garantía para el ejercicio de los derechos.

Keywords: Fundamental principles, Notarial Function, Guarantee of the exercise of rights.

RESUMEN

Breve recorrido por la función notarial que pone de relieve su asiento y adecuación con nuestra Norma Fundamental, en aras de la legalidad y la seguridad jurídica, como garantía para el ejercicio de los derechos, incluidos de modo muy especial los fundamentales. La fe pública cumple así su misión constitucional de ofrecer un espacio seguro de libertad y justicia.

ABSTRACT

The article provides a brief overview of the notarial function, highlighting its establishment and adaptation to our Constitution, in the interests of legality and legal security, as a guarantee for the exercise of rights, and particularly those of a fundamental nature. Notarisation thereby fulfils its constitutional task of providing a safe haven for freedom and justice.



Significado de la Constitución Española de 1978¹

Manuel Aragón Reyes

Catedrático Emérito de Derecho Constitucional.
Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional.
Académico de Número de la Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación de España

El Notario del Siglo XXI N°82

Me parece que para apreciar el significado de nuestra actual Constitución han de tenerse en cuenta tanto su procedimiento de elaboración como su contenido. Respecto del procedimiento, sus dos características principales fueron el consenso y el gradualismo. La pretensión, feliz, de que no fuese una Constitución de un partido o de una determinada ideología se consiguió, tanto en la fase de iniciativa, que no surgió del Gobierno ni de un grupo parlamentario sino de una ponencia especial en la que estuvieron representadas las principales fuerzas políticas del Congreso, como en el posterior proceso parlamentario de discusión, enmienda y aprobación, de manera que su texto final logró concitar los apoyos de la inmensa mayoría del Congreso y del Senado, y fue ratificado también de manera muy mayoritaria por el pueblo español en el subsiguiente referéndum. En ambos supuestos las votaciones favorables (por encima del 90%) estuvieron próximas, pues, a la unanimidad.

De ese modo, la Constitución ha sido, sin duda, una Constitución de todos, un acuerdo basado en el consenso, en el que unos y otros renunciaron a imponer las ideas que los dividían y se unieron en la búsqueda de los objetivos que sí compartían: democracia pluralista, Estado de Derecho, autonomías territoriales sin quebranto de la unidad, derechos fundamentales con equilibrio entre los de libertad e igualdad. Fue así la Constitución un auténtico pacto de paz, que cerró las heridas de la Guerra Civil y de sus consecuencias en la etapa franquista. Con ese mismo espíritu de concordia se resolvió, además, la vieja querrela española entre

monarquía y república, optándose por la Monarquía parlamentaria, única forma de hacer compatible democracia y monarquía. Ese consenso en su elaboración es, sin duda, una de las mejores cualidades de nuestra Constitución y por ello un dato a tener muy en cuenta para entender, correctamente, su significado. Cierto es que ese consenso también tenía la inevitable consecuencia de que, para lograrlo, hubo de acudir, en ciertos puntos, a definiciones abiertas e incluso en algunos casos inconcretas o a silencios allí donde, en el proceso constituyente, no pudo llegarse a un acuerdo definitivo, pero aun en esos supuestos hubo consenso, aunque lo fuese “por indefinición”. Tiene importancia, claro está, el consenso sobre lo que la Constitución dice, pero no carece de ella el consenso sobre lo que silencia.

La otra característica del proceso constituyente fue el gradualismo, de tal manera que el texto constitucional no venía a establecer un sistema político enteramente nuevo, sino a consolidar y desarrollar unos cambios políticos y normativos que ya se habían producido antes de que la Constitución naciera e incluso antes de que el proceso constituyente formalizado se iniciase. El carácter gradual, evolutivo y no revolucionario, que tuvo la conversión de la anterior dictadura en un Estado constitucional democrático otorga un especial significado a la Constitución, y por ello ésta difícilmente podría comprenderse sin tener en cuenta la transición política que la precedió. La democracia que en diciembre de 1978 la Constitución proclamaría y regularía, ya era, en sus líneas generales, una realidad desde 1976-1977, como resultado de las reformas normativas que en ese tiempo se realizaron, y que hicieron posi-

ble la celebración, en junio de 1977, de unas elecciones democráticas, por sufragio universal, libre y transparente, de las que surgió un nuevo parlamento, las Cortes Generales, compuestas por un Congreso de 350 diputados designados directamente por la voluntad popular y un Senado en el que, si bien 41 senadores fueron designados por el Rey, los 207 restantes lo fueron por elección directa de todos los ciudadanos. Como es obvio, esas elecciones pudieron ser democráticas porque en el momento de su celebración la democracia, el menos en sus aspectos sustanciales, ya se había establecido.

La Monarquía parlamentaria que en diciembre de 1978 la Constitución proclamaría y regularía, también se fue adelantando a lo largo de la transición política. Primero, recuperándose el orden regular de sucesión en la Corona mediante la cesión, en mayo de 1977, por D. Juan de Borbón, de los derechos dinásticos a favor de su hijo, el Rey D. Juan Carlos, de manera que éste dejaba de ser solo el sucesor del General Franco para pasar a ser el “legítimo heredero de la dinastía histórica”, como reconocería el artículo 57.1 CE. Después, a partir de las primeras elecciones democráticas, con la ley sobre las relaciones provisionales entre el Gobierno y las Cortes Generales

(un adelanto del régimen parlamentario que la Constitución después regularía), y con una práctica seguida por el Rey de no usar los poderes que las Leyes Fundamentales del régimen anterior le atribuían (y que sí le valieron, destacadamente, para apoyar la transición política) y de desempeñar exclusivamente las funciones que, en la teoría y el Derecho comparado, eran las propias de una Monarquía parlamentaria.

El Estado con autonomías territoriales que prevé la Constitución ya había comenzado a prefigurarse antes de que ella naciera, con el establecimiento de las llamadas “preautonomías” que, si bien todavía de carácter administrativo, venían a anunciar un proceso de descentralización que la Constitución recogería. En este punto, y a diferencia de los anteriores (Estado democrático y Monarquía parlamentaria) la Constitución no concretó y desarrolló la forma territorial del Estado, que dejaba para un momento posterior: el del surgimiento de las Comunidades Autónomas y la aprobación de los Estatutos de Autonomía. Aquí, el gradualismo no culminó, pues, con el texto constitucional, sino que ese texto lo prolongó, lo que quiere decir que el proceso constituyente, no formal (que terminó con la emanación de la Constitución), pero sí material (aunque



Democracia.

¹ En este artículo se resumen las ideas expuestas por el autor el pasado día 4 de octubre de 2018 en el Senado en un congreso internacional celebrado sobre los 40 años de nuestra Constitución.

rebajado de jerarquía normativa: se llevaría a cabo mediante leyes orgánicas) se extendería, en el ámbito territorial, al llamado “proceso autonómico”. Aunque ello no supuso, de ninguna manera, una completa “desconstitucionalización” de nuestro Estado de autonomías territoriales, ya que la Constitución sí estableció las bases (mediante definiciones, principios, reglas de procedimiento y de atribución competencial) que habrían de regir la organización territorial cualquiera que fuese, como resultado del desarrollo autonómico, la concreción final del modelo de entre las varias que la Constitución permitía. Justamente porque existen esas “bases constitucionales”, es decir, porque la Constitución pone límites al principio dispositivo en materia territorial, es posible en nuestro sistema el control de constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía.

Atendiendo ahora al significado de nuestra Constitución por su contenido, lo que puede decirse, con la brevedad exigida a la presente reflexión, es que se trata de una Constitución parangonable con la de los Estados más auténticamente democráticos de nuestro tiempo, estableciendo una democracia representativa (con algunos complementos de democracia directa), una plena garantía de los derechos de los ciudadanos, una justicia independiente y unos mandatos de promoción de la igualdad y de respeto al pluralismo político y territorial. Regula, pues, un Estado democrático, social y de Derecho, con una moderna Monarquía parlamentaria que es pieza capital para la estabilidad del sistema, y con un firme reconocimiento de autonomía a las distintas comunidades que integran la Nación española.

Quizás sea, en materia de organización territorial, donde puede encontrarse, en el contenido de la Constitución, su aspecto más peculiar, caracterizado por la mezcla, en sus cláusulas de apertura, de elementos historicistas y racionales, que han conducido a que hoy tengamos un Estado, el autonómico, que pese a que pueda considerarse como una de las diversas formas que el federalismo adopta, posee rasgos específicos que lo singularizan. Fragar en una Constitución que se pretende racional-normativa, la mezcla, ya aludida, de elementos historicistas (identitarios) y racionales (generales o universales) no era fácil, pero en el ánimo de los constituyentes estaba la pretensión de que así podría conseguirse una mejor integración nacional basada en un equilibrio entre pluralidad y unidad.

Que esa mezcla tiene sus riesgos ya lo advirtió Manuel García-Pelayo al criticar el término “nacionalidades” del artículo 2 cuando la Constitución se elaboraba, además de que el reconocimiento de los “derechos históricos de los territorios forales” en la disposición adicional primera de la Constitución podría alentar futuras pretensiones confederales. No obstante, también cabía entender que esas posibles “fugas” de la idea de constitución racional-normativa estaban frenadas por otras disposiciones constitucionales que garantizaban la supremacía de la Norma Fundamental, su garantía por el Tribunal Constitucional y el aseguramiento de la igualdad de derechos de los españoles con la consiguiente prohibición de privilegios económicos y sociales derivados de la organización territorial.

En materia de la distribución territorial del poder no me parece, pues, un desacierto que el texto constitucional, además de inspirarse en el *esprit de géométrie*, también tuviera en cuenta el *sprit de finesse*. Sin embargo, ello obligaba a que el desarrollo autonómico, como prolongación material (que no formal) del proceso constituyente, debiera de hacerse por consenso (al menos entre los dos grandes partidos nacionales), lo que lamentablemente no sucedió con la última reforma del Estatuto de Cataluña (en realidad un nuevo Estatuto), y a que en la aplicación de la Constitución y de los Estatutos, en la vida de la Constitución, se mantuviera el delicado equilibrio que aquella

combinación ya aludida exige, esto es, que en materia territorial la pluralidad estuviese siempre acompañada de la lealtad, algo que, también lamentablemente, no se ha respetado por algunos partidos e incluso por algunas instituciones en determinadas partes del territorio nacional. Este es, sin duda, el principal problema con el que hoy, a sus cuarenta años de vigencia, se enfrenta nuestra Constitución. Y ese problema no creo que pueda derivarse necesariamente de su texto, cuanto de su inadecuada, e incluso desleal, observancia. Como también de ello deriva la delicada situación de nuestra forma parlamentaria de Gobierno en los últimos tiempos. El régimen parlamentario únicamente funciona de manera correcta si las normas constitucionales se aplican respetando su espíritu y finalidad, en este caso el propio de nuestro parlamentarismo racionalizado, que, para evitar la inestabilidad del ejecutivo e incluso la ingobernabilidad, obliga al pacto entre los partidos sostenedores del sistema cuando no hay una mayoría política clara en el Congreso.

Se trata de una Constitución parangonable con la de los Estados más auténticamente democráticos de nuestro tiempo

Quizás sea en materia de organización territorial donde puede encontrarse, en el contenido de la Constitución, su aspecto más peculiar



La investidura presidencial no está prevista solo para designar a un presidente del Gobierno, sino también para que éste pueda gobernar. Y lo mismo sucede con nuestra moción de censura “constructiva”, pues no está destinada solo a remover al presidente anterior, sino a que el candidato propuesto, además de obtener los apoyos parlamentarios suficientes, reciba igualmente esos apoyos para el concreto programa de Gobierno que ha tenido que presentar y defender en la Cámara. Es de lamentar que nuestras fuerzas políticas no lo hayan entendido así en los últimos tres años.

Dicho lo anterior, que se refiere más a la “realización” de la Constitución que al tenor de sus preceptos, si a la nuestra la juzgamos por su texto, me parece justo reconocer que tenemos una excelente Constitución, y si la juzgamos por el servicio que ha prestado durante los cuarenta años que lleva de vida, también me parece que los españoles nos podemos sentir orgullosos de ella. No es, por

RESUMEN

Nuestra Constitución no es, por supuesto, una Constitución perfecta, ninguna lo es. Pero sí una Constitución que ha sido útil para garantizar la convivencia de los españoles en paz, progreso y libertad. Y si bien es cierto que tiene algunos defectos que la práctica ha puesto de manifiesto, y en tal sentido hay que pensar, sosegadamente, en su reforma, los principales problemas políticos actuales que nos aquejan no derivan tanto de esos defectos de la Constitución cuanto de que, a veces, o no se ha aplicado o se ha aplicado de manera inadecuada.

supuesto, una Constitución perfecta, ninguna lo es. Pero sí una Constitución que ha sido útil para garantizar la convivencia de los españoles en paz, progreso y libertad. Es cierto que tiene algunos defectos que la práctica ha puesto de manifiesto, y en tal sentido hay que pensar, sosegadamente, en su reforma, pero los principales problemas políticos actuales que nos aquejan no derivan, como he dicho, tanto de esos defectos de la Constitución (algunos perfectamente resolubles por vía interpretativa) cuanto de que, a veces, o no se ha aplicado o se ha aplicado de manera inadecuada. Por ello, hoy, frente a los graves envites que está sufriendo desde posiciones por completo reprochables de deslealtad democrática y territorial e incluso de auténtica rebelión institucional, más que de reforma de la Constitución (siempre útil para mejorar el texto cuando las circunstancias políticas lo permitan), de lo

que debe hablarse es de la defensa activa de la Constitución frente a aquellos que quieren destruirla con absoluto desprecio a lo que su elaboración y aprobación significó y al servicio que ha prestado hasta ahora.

Una defensa que ha de producirse desde la cultura, la política, la vida social, la ejemplaridad institucional y, por supuesto, también desde el Derecho, pues nuestra Constitución, y cualquier otra, perecen si se abandona la convicción de que normatividad constitucional y política constitucional han de ir de la mano, y de que democracia y Estado de Derecho, unidad de la Nación y pluralidad territorial, son realidades que ni pueden ni deben separarse. ●

Palabras clave: Constitución española, Consenso, Gradualismo, Democracia pluralista.

Keywords: Spanish Constitution, Consensus, Gradualism, Pluralist democracy.

ABSTRACT

Our Constitution is not of course a perfect Constitution - no Constitution is. However, it is a Constitution that has been useful in guaranteeing the coexistence of Spanish people in an environment of peace, progress and freedom. While it is true that it has some shortcomings that have come to light in practice, and that calm consideration of its reform is necessary, the reason for the major political problems that Spain is currently experiencing is the fact that the Constitution has sometimes not been applied, or has been applied incorrectly, rather than its inherent shortcomings.



Érase una vez una buena Constitución...

Benigno Pendás García

Catedrático de Ciencia Política de la Universidad CEU San Pablo. Ex director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

El Notario del Siglo XXI N°82

...y esta Constitución fue aprobada por los españoles el 6 de diciembre de 1978, cumplió los cuarenta años de su edad y fue objeto de festejos y agasajos, bien organizados y muy merecidos, aunque con aire inevitable de oficialismo convencional. Con ese motivo se publicaron también muy buenos libros (algunos monumentales) y números monográficos de revistas científicas y corporativas. Se celebraron jornadas, seminarios y congresos para cobijar sesudos estudios académicos. Hubo discursos brillantes, en los que nunca faltó la palabra “consenso”. Se tomaron imágenes de los líderes políticos, en tregua durante un rato, que hicieron declaraciones de tono institucional y, por eso mismo, con discreto eco en los medios de comunicación. Por cierto que aquí ya faltaban unos cuantos, y el observador imparcial empezó a sospechar: “el famoso consenso... no es lo que era”.

He dedicado (y pienso dedicar) lo mejor de mi vida profesional al servicio de una defensa activa de la España constitucional. Acepto con mucho gusto, cómo no, la propuesta de EL NOTARIO DEL SIGLO XXI para aportar nuevas reflexiones sobre este cuadragésimo aniversario. ¿Nuevas? A veces tengo la sensación de haberlo dicho ya todo. Sintetizo ahora la vertiente positiva, con argumentos que utilizo habitualmente, pero me extiendo en la faceta negativa, en forma de inquietudes, preocupaciones, incluso disgustos. Vamos a ello.

Elogios

“Una confianza audaz en la libertad”: el célebre texto de Pericles (recreado, acaso inventado, por Tucídides) es el discurso más brillante de la Historia de las ideas Políticas. Con la sobriedad de los clásicos, resume a la perfección ese “proyecto sugestivo” orteguiano que los españoles emprendimos JUNTOS hace ahora cuarenta años: confianza, audacia y libertad. No es el momento de entrar en detalles sobre aquel tiempo apasionante, tal vez idealizado por la nostalgia. Porque, como dijera Antonio Machado, “solo me acuerdo de la emoción de las cosas y se me olvida todo lo demás... ¡Grandes son las lagunas de mi memoria!”. Esa reminiscencia platónica nos lleva a reconocer como merecen a los protagonistas de la Transición modélica desde la dictadura a la democracia. A través de ellos se refleja la *dignidad de la política*, espejo de la vida, actividad noble como pocas cuando se orienta hacia el “bien común” o el “interés general”: dejemos que cada uno lo diga según sus preferencias, muy significativas para el historiador del pensamiento. Esa Política con mayúsculas, honesta y pulcra, permite (cito a otra ilustradora orteguiana, María Zambrano), “humanizar la Historia,

y aún la vida personal”. Me viene a la memoria, con sus grandezas y servidumbres, la figura de Adolfo Suárez. Me preocupa (lo pienso mucho últimamente) que para mis alumnos de la Facultad sea tan solo el nombre de un aeropuerto... Recuperar lo mejor de la política es tarea urgente e inexcusable. Ahí nos jugamos literalmente el futuro.

Por eso merece respeto y afecto *la mejor Constitución de la historia de España*, expresión de un poder constituyente que se hace presente con legítimo orgullo: “la Nación española, en uso de su soberanía...” (Preámbulo); “España se constituye...” (art. 1.1); “la soberanía nacional reside en el pueblo español...” (art. 1.2). Los fundamentos de nuestra Norma Fundamental siguen, a mi juicio, plenamente vigentes: a) la *dignidad* de la persona, centro y eje de los derechos fundamentales, algunos tan anhelados en aquellos días como la libertad de expresión o la participación política; b) la *Monarquía parlamentaria*, tanto por el papel determinante de la Corona como por la centralidad de las Cortes Generales en la vida democrática; c) en fin, y aquí estamos en el terreno de lo discutible, el *Estado de las Autonomías*, una solución -creo- moderada y ponderada para dar respuesta

Recuperar lo mejor de la política es tarea urgente e inexcusable. Ahí nos jugamos literalmente el futuro



a una doble evidencia: la unidad y la pluralidad de España, como nación y como Estado. Nuestro país dejó atrás (o, al menos, eso parecía) esa vida “dividida y angustiada”, como gustaba decir don Américo Castro. Gracias a “las Transiciones” (no solo política y jurídica; también económica, social, cultural, incluso académica) España saltó, acaso con excesiva premura, *de premoderna a posmoderna* y pasamos a *gozar* (el verbo no es inocente) de una democracia igual de buena e igual de mala que nuestros socios y vecinos. Hemos vuelto a ocupar, gracias al Estado social y democrático de Derecho, el lugar que nos corresponde en Europa y en el mundo, y así lo reflejan (tengan el valor que tengan) las evaluaciones muy difundidas de *The Economist* o de *Freedom House*.

Constitución es democracia. Así se titula el capítulo introductorio que firmo en un libro ambicioso y coral que se acaba de publicar con ocasión de la efeméride: *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, prólogo del Rey Don Felipe VI, 5 volúmenes, 300 capítulos y más de 4.500 páginas, con participación de muchos de

los mejores en el ámbito del Derecho, la Economía, la Sociología y la Ciencia Política, la Historia o las Humanidades¹. Fuera de la Constitución, en efecto, volvemos al estado de naturaleza hobbesiano, a la “guerra de todos contra todos” (en sentido metafórico, espero y deseo); en definitiva, con términos de Mircea Eliade, el *cosmos* volverá a ser *caos*. También los académicos, los intelectuales, quienes tenemos voz en el espacio público, hemos de contribuir con buenos argumentos, abriendo espacios a la moderación, sin exageraciones ni sectarismos.

Termino con los elogios. El balance es claramente positivo: la España de 2018 es mejor, yo diría que *mucho* mejor, que aquella de 1978. Por eso la Constitución vale, y vale mucho. Un país incómodo ante ciertos aspectos de la Modernidad la hizo suya con entusiasmo juvenil, en la búsqueda proustiana del tiempo perdido. Llegamos “tarde, pero bien”, resume con acierto Javier Gomá. La Transición supo encerrar bajo siete llaves (casi) todos los viejos demonios históricos. Hemos construido una democracia hoy día *inquieta*, igual que todas las demás. El centro político, con sus matices, sigue siendo la clave: al margen de aventuras

¹ Comentado en la sección “Los Libros” de esta misma revista.

con poco recorrido, la derecha ha resistido mejor que la izquierda la tentación populista. Las instituciones democráticas funcionan más o menos bien. El Estado social hace frente con éxito razonable a las crisis periódicas. El Estado de Derecho, obviamente mejorable, garantiza los derechos y libertades.

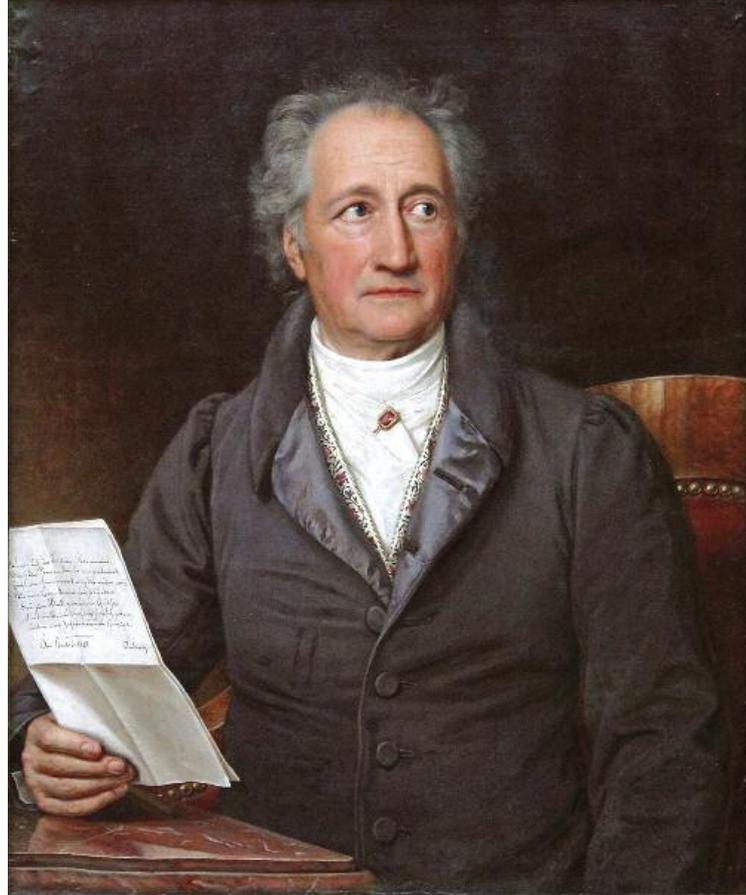
Hasta aquí las luces. Pero cuidado con las sombras: según advierte Goethe, “también en tierra firme hay naufragios”.

Inquietudes

Cuarenta años no pasan en balde. Hemos perdido la inocencia, no siempre feliz, de la infancia y la adolescencia para alcanzar tiempos de madurez, propios para hacer balance y aprovechar la experiencia. A mi juicio, repito, los fundamentos siguen siendo perfectamente válidos. Pero, como el personaje de Alejo Carpentier, “la tierra me iba cansando”. Abundan las metáforas, convertidas en lugares comunes: hay fatiga de materiales, dicen unos; no se debe abrir la caja de Pandora, contestan otros. Sobre una eventual reforma, es imprescindible distinguir entre quienes pretenden la *ruptura*, con grave riesgo para la convivencia, y quienes propugnan dicha reforma con intención de reforzar la Constitución. Con los primeros no hay mucho que hablar; con los segundos, es posible y deseable abrir un debate con argumentos racionales.

Para identificar las inquietudes, podemos clasificarlas en dos bloques: déficit democrático y quiebra territorial. Veamos por qué.

A) Nuestra democracia, faltaría más, es imperfecta. En rigor, escribe Sartori, “comparada consigo misma, la democracia siempre decepciona”. Seamos, pues, sensatos, porque no hay bálsamo de Fierabrás que cure de un día para otro todos los males. Pero los problemas están ahí. Los partidos (y sindicatos y entidades análogas) son como son: la tentación oligárquica aparece más pronto que tarde y no se libran de ella los “nuevos” partidos, en cuanto intuyen la proximidad del poder. Los derechos y libertades, a pesar de que el Título I es muy valioso, requieren una puesta al día: ahora hay “más” igualdad que hace cuarenta años, las nuevas tecnologías cambian el mundo cada día y algunos “principios rectores” exigen un replanteamiento: ¿tal vez como genuinos derechos? Conviene, en todo caso, no levantar expectativas imposibles (o muy difíciles) de cumplir, que son una fuente segura de frustraciones y protestas. La vida parlamentaria es mejorable, desde el proce-



¿Naufragio a la vista?

dimiento legislativo hasta los medios de control al Ejecutivo. La propia experiencia reciente con el artículo 99 (investidura) y 113 (moción de censura) invita a extraer conclusiones para el futuro. El Poder Judicial, su autogobierno, la independencia de los jueces, la ordenación de los procesos (en especial, los penales) son cuestiones abiertas y los “bandazos” del legislador y de los responsables políticos no ayudan a encauzarlos.

Este catálogo mínimo podría ampliarse a gusto del lector. No sé si me gusta, después de haber trabajado bajo su estela, la palabra “regeneración”. Pero aquí sigue, a falta de otra mejor, y todos nos entendemos. Un último apunte, de plena actualidad. Es muy lógico debatir sobre los aforamientos, aunque convendría escuchar todos los argumentos y no solo los más aparentes. Pero no es apropiado plantear una reforma aislada de la Constitución, por razones coyunturales y con evidente improvisación de los contenidos. Menos mal (para eso sirven las instituciones) que el asunto se encarga al Consejo de Estado, alterando sobre la marcha los planes iniciales del Gobierno. Este no es el camino de las reformas, y así lo piensa una mayoría muy notable de los expertos, incluidos muchos que son favorables a la reducción sustancial del número de aforados. En pocas palabras: la reforma de la Constitu-

ción no puede ser utilizada como arma arrojada en la política cotidiana.

Estoy sinceramente a favor de este reformismo de corte regeneracionista, siempre y cuando evitemos las precipitaciones y las ocurrencias. Ocurre, sin embargo, que el tiempo político no puede ser menos propicio: legislatura frágil, elecciones en el horizonte, propuestas contradictorias. Vamos a estudiar en serio y, más adelante, ya veremos cómo evoluciona la situación política.

B) El verdadero problema no resuelto se llama Cataluña. Tenemos la tentación, sin duda bienintencionada, de envolver una carga en profundidad contra la Constitución en una discusión técnica sobre la organización territorial. Los llamados significativamente “soberanistas” impugnan nada menos que la titularidad del poder constituyente. Después de muchos eufemismos, hablan sin matices de independencia. Es, pura y simplemente, la quiebra de la Constitución, de la nación y del Estado. Hay que ponerse muy serios, aunque sin incurrir en dramas ni histerismos. Acabar con un Estado nacional que cuenta ya varios siglos es un desafío de dimensión histórica. Mucho más, si lleva consigo la *exclusión* de la mitad de los ciudadanos de Cataluña, porque el “supremacismo” (sin eufemismos: racismo) es incompatible con la democracia constitucional. Es inútil rasgarse las vestiduras, buscar culpables por maldad o por torpeza o amenazar con el Apocalipsis: la realidad existe al margen de nuestras preferencias. Pero de ningún modo es admisible el derrotismo y, mucho

menos, el entreguismo: la España constitucional tiene razón desde el punto de vista histórico, político, jurídico-constitucional, socioeconómico y (yo diría que es lo principal) de la psicología social, los afectos y el sentido común. El enemigo no es imbatible y si sucede algo irreparable la culpa será tanto propia como ajena.

La batalla de las ideas es determinante. Para empezar, Cataluña, como España, Europa o cualquier otra entidad sociocultural, es una sociedad *abierto* y *plural*, muy lejos de las esencias historicistas (y retrógradas) cuyo monopo-

La reforma de la Constitución no puede ser utilizada como arma arrojada en la política cotidiana

lio pretenden ejercer los nacionalistas. Se puede ser catalán de muchas maneras; también, por supuesto, siendo al mismo tiempo español, europeo y cosmopolita, como yo mismo puedo aseverar por mi propia condición. Conste que hablo de mí (aunque somos unos cuantos millones) porque - como decía Unamuno- soy “el hombre que tengo más a mano”.

Cuando se hace frente a un conflicto existencial (y aquí es pertinente citar a Carl Schmitt y no a Hans Kelsen), suele ser inútil plantear soluciones intermedias, que el nacionalismo radical desprecia una y otra vez. A estas alturas, no sirve (no sirvió nunca, en realidad) hablar de “nación de naciones” o de más financiación y nuevas competencias. Tampoco, me temo, ofrecer el *federalismo*, un concepto que solo se puede utilizar en plural, como dice la profesora italiana Tania Groppi. Hay, en efecto, federalismo dual o cooperativo, *coming together* o *holding together* o -en otro nivel del discurso académico- *light* (elementos “federalizantes”), “serio” (Estatutos cuasiconstitucionales y poder judicial propio) y “fuerte” (muy cerca de la Confederación, que ya es un sujeto de Derecho Internacional y no de Derecho Constitucional).

Así pues, la España constitucional ha sido, es y (eso espero) será un *éxito* del que todos, *casi* todos, estamos orgullosos. No hay que dejarse llevar por la tristeza cívica, como decía el personaje de Dostoevski, o por ese pesimismo estéril que heredamos del 98. Los enemigos de la Constitución no son imbatibles, siempre y cuando la sociedad española actúe con madurez y los políticos con responsabilidad. Terminó con Borges, lúcido como siempre: “Hoy, si se emprende una aventura, está destinada al fracaso”. ●

Palabras clave: España constitucional, Reformas, Madurez, Responsabilidad.

Keywords: Constitutional Spain, Reforms, Maturity, Responsibility.

Para identificar las inquietudes podemos clasificarlas en dos bloques: déficit democrático y quiebra territorial

RESUMEN

La España constitucional ha sido, es y será un éxito del que todos, casi todos, estamos orgullosos. No hay que dejarse llevar por la tristeza cívica o por el pesimismo estéril. Los enemigos de la Constitución no son imbatibles, siempre y cuando la sociedad española actúe con madurez y los políticos con responsabilidad.

ABSTRACT

Constitutional Spain has been and will be a success that everyone - or almost everyone - is proud of. We must not let ourselves be swayed by civic disillusion or sterile pessimism. The enemies of the Constitution are not invincible, provided that Spanish society acts maturely, and our politicians act responsibly.



Contribución al balance de la Constitución española de 1978 al cumplir 40 años

Santiago Muñoz Machado
Catedrático de Derecho Administrativo

El Notario del Siglo XXI N°82

Poco hay en la Constitución de 1978 que sea herencia directa de las Constituciones españolas decimonónicas. La primera de ellas, la de 1812, formó parte de la generación de las constituciones revolucionarias, que pretendieron acabar con la sociedad estamental, resolver el problema de la concentración del poder en la persona del monarca absoluto, estableciendo su división, y hacer efectivos los tres derechos más caracterizados por los filósofos y políticos ilustrados: igualdad, libertad y propiedad. Seguía en todo esto el impulso de la primera Constitución revolucionaria europea, que fue la francesa de 1791.

Pese a su importancia, tanto la Constitución francesa de 1791 y sus sucesoras inmediatas como la española de 1812, fueron constituciones efímeras, sustituidas en cuanto que la monarquía fue restaurada y las fuerzas del Antiguo Régimen volvieron a tomar posiciones en toda Europa tras la caída de Napoleón.

En España el constitucionalismo fue suprimido, pura y simplemente, desde el regreso de Fernando VII y solo después de su muerte el Estatuto Real de 1834 recuperó de modo bastante infiel la idea constitucional. Desde entonces los textos constitucionales, incluido un breve restablecimiento de la Constitución gaditana, se aprobaron y fracasaron a buen ritmo.

Las cuestiones disputadas, que repercutieron en la estabilidad de las sucesivas Constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876 fueron las siguientes:

Primero, la titularidad de la soberanía. Reside ésta en el pueblo o nación según los constituyentes de Cádiz, a cuyas ideas trataron de acercarse las Constituciones de 1837 y 1869. Frente a esta concepción se situó la que defendió que la organización del Estado era una merced

del monarca, una carta otorgada, como había enseñado la Restauración francesa en 1814 y 1830, y asumió el Estatuto Real de 1834 en España. En medio de esas tendencias se situaron las constituciones que aceptaron soluciones compartidas, en concreto las de 1845 y 1876, que fueron las más duraderas del siglo: la soberanía, sostuvieron, reside en la nación y en el monarca conjuntamente.

Segundo foco de tensiones: la libertad de pensamiento y religión y la libertad de enseñanza, que fueron causa de violentas disputas a todo lo largo del siglo. La confesionalidad católica del Estado, las restricciones a la libertad

de expresión y el dominio absoluto de la enseñanza por las órdenes religiosas, fueron ámbitos que incubaron continuas crisis políticas.

Tercero, la descentralización del Estado. España fue, durante todo el siglo XIX (salvo el corto y excepcional periodo de la primera República proclamada el 11 de febrero de 1873), un Estado marcadamente centralista. Las leyes municipales establecieron las fórmulas adecuadas para hacerla efectiva, entre las cuales algunas de carácter orgánico, como el sometimiento de los alcaldes a la línea jerárquica que, pasando por el gobernador civil, llegaba al Ministerio del Interior. Y otras de condición funcional, como el sometimiento a autorización de las decisiones municipales más importantes. Esta concepción de la organización territorial del Estado originó muy duros conflictos y algaradas a lo largo del siglo, con fuerza para derribar constituciones.

Cuarto, la separación de poderes se implantó con salvedades. Predominó la concentración del poder en el ejecutivo, que adoptó con frecuencia medidas de excepción y no tuvo inconveniente en desplazar o desconocer a las mismas leyes. El control del Gobierno y de la Administración pública por los tribunales se limitó a concretos asuntos reglados. No solo estuvieron exentas de enjuiciamiento

to la mayor parte de las decisiones administrativas, sino que se dejó por completo en manos de la Administración la facultad plena de ejecutarlas.

Y quinto, durante todo el siglo XIX y hasta la Constitución de 1931, la supremacía de la Constitución sobre la ley no estuvo garantizada, de manera que el legislador ordinario adoptó decisiones que suponían desconocer los mandatos de la norma suprema sin necesidad de proceder a su reforma.

La idea de la Constitución como norma superior que vincula a todos los poderes del Estado se mantuvo durmiente a lo largo del siglo XIX y primer tercio del XX, tanto en España como, en general, en el resto de Europa.

Una segunda generación de constituciones emergió al término de la segunda gran guerra europea del siglo XX. Alguno de sus analistas las ha caracterizado por suponer un nuevo comienzo de la era constitucional; son las constituciones *new beginning*. Constituciones que no solo restablecieron los principios originarios del constitucionalismo sino que reforzaron el control del poder y las garantías de los derechos.

Es explicable que el liderazgo de esta generación lo tuviera la República Federal Alemana, que aprobó su Ley Fundamental en Bonn el 23 de mayo de 1949.

La renovación implicó a los derechos, para posicionarlos frente al legislador y convertirlos en fundamentales. La dignidad humana, pisoteada por el régimen nazi, emergió en la Ley Fundamental como el valor más elevado y más cuidadosamente protegido. El artículo 1, párrafo 1 se

refiere a él, antes que a cualquier otra cosa, marcando su preeminencia: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. E inmediatamente, en los dos párrafos siguientes del mismo artículo, declara la nueva posición constitucional de los derechos: “El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”. Y concluye: “Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”.

Este artículo primero de la Ley Fundamental de Bonn resume el programa innovador que ha caracterizado a toda la segunda generación de constituciones en relación con la primera. Las consecuencias de esta proclamación de los derechos son visibles a lo largo de todo el texto. Los derechos no dependen, para su realización, de regulaciones legales, sino que tienen eficacia directa desde la Constitución y vinculan a todos los poderes públicos, que han de respetarlos y tienen la obligación positiva de promover su plena realización. En tanto que se caracterizan por ser

Las constituciones *new beginning* no solo restablecieron los principios originarios del constitucionalismo sino que reforzaron el control del poder y las garantías de los derechos

“fundamentales”, la Constitución no los pone a disposición del legislador sino que los concibe como derechos subjetivos que pueden ser opuestos a cualquier decisión del poder público que los desconozca o limite indebidamente. Su observancia, en fin, puede ser exigida ante los tribunales de justicia.

Por primera vez, el legislador queda sometido a los derechos y no instalado por encima de ellos. Esta transformación constriñe la posición de la ley como expresión máxima de la soberanía parlamentaria, en favor de la retención por el pueblo de un núcleo indisponible de sus derechos. Se trata de una reserva última de soberanía por parte de su titular originario.

Esta nueva concepción de las relaciones entre el legislador y los derechos fundamentales de los ciudadanos tiene dos proyecciones visibles: primera, que las leyes que regulen los derechos no pueden hacerlo de un modo asfixiante que prive al derecho regulado de sus características principales. Esta es la denominada “garantía del contenido esencial de los derechos”. La segunda consecuencia es la implantación de un



sistema de control de la constitucionalidad de las leyes. En la época en que emergió la primera generación de constituciones, los constituyentes no quisieron entregar a los jueces y tribunales ordinarios esta clase de controles, y hubo que esperar siglo y medio para que se generalizaran en Europa. Las constituciones de la segunda generación atribuyeron estas garantías frente a las leyes a un Tribunal Constitucional.

La Constitución española de 1978 pertenece, sin duda posible, a la generación de constituciones de la renovación, del renacimiento constitucional del siglo XX, que siguen vigentes en los países europeos fundadores de ese movimiento. Es una hermana más joven y tardía que también, como aquéllas, surge de las aflicciones de una guerra y una larga dictadura. Todos los valores, principios e instrumentos de gobierno que acabo de destacar están manifiestos en nuestra Constitución. Su artículo se extiende en la protección de los derechos individuales en términos paragonables. Hay poco rastro, en su texto, de los problemas que plantearon las constituciones históricas del siglo XIX, todos los cuales han quedado superados.

Conviene destacar dos características más de nuestra Constitución, también concordantes con las actuales constituciones europeas más caracterizadas: se refieren ambas a la fijación de balances, contrapesos y límites al poder público, para evitar la concentración y el abuso. La primera alude a la plena sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como proclama el artículo 9.1, o a la ley y al Derecho, como concreta el artículo 103.1 en relación con la Administración Pública. Esta regla se hace efectiva mediante un control plenario de los poderes públicos bien por la justicia ordinaria para la impugnación de normas y resoluciones administrativas, bien ante el Tribunal Constitucional, cuando se trata de enjuiciar la validez de normas con rango de ley. Con esta plenitud del sometimiento a la legalidad de los poderes públicos se corresponde e derecho fundamental a la justicia (art. 24 CE).

La segunda nota destacable se refiere a la división del poder. La tradición de las constituciones revolucionarias, del constitucionalismo de primera generación, que tuvo su primera concreción en la Constitución francesa de 1791 y en la gaditana de 1812, acogieron el principio de separación de poderes, que era la fórmula que la filosofía ilustrada había considerado clave para que el poder no abusara del poder. El principio pasó a ser una regla en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.



El comienzo.

no. Su importancia para la organización ordenada de los poderes públicos se ha mantenido hasta hoy. La Constitución de 1978 protege esa separación repartiendo funciones exclusivas a cada poder. Utiliza predominantemente la técnica de las reservas: reserva de ley y reserva de jurisdicción son las más caracterizadas para impedir los abusos del poder más necesitado de control y vigilancia, que en la tradición europea continental siempre ha sido el ejecutivo.

En el constitucionalismo norteamericano de primera generación, coetáneo con el francés, se añadió a la división horizontal del poder, hecha efectiva mediante la separación indicada, otra división de carácter vertical, consistente en repartir el poder entre diferentes instancias territoriales.

En el caso de Estados Unidos, entre los diferentes Estados que formaron la Federación. Esta manera de diluir o achicar el poder ha tenido una entrada tardía en la Europa continental, si se exceptúa el caso de Suiza, y las frágiles soluciones alemanas de finales del XIX y primeros del XX. En España hubo un efímero y parcial ensayo de aplicar este tipo de soluciones federalizantes en la Constitución de 1931, pero la acogida efectiva de la división vertical del poder se ha generalizado, por primera vez en nuestra historia, en el marco de la Constitución de 1978.

Esta nueva organización territorial del Estado ha puesto fin a dos siglos de centralismo amparado en las constituciones promulgadas desde 1812. Ha supuesto una transformación radical del gobierno y administración de nuestro Estado, ejecutada en un tiempo asombrosamente breve. Los resultados del cambio han sido positivos en general, tanto en punto al reparto del poder como por lo que respecta a la atención más inmediata y cercana de los intereses generales. Todos los avances que el constitucionalismo de segunda generación ha impuesto, resolviendo los problemas con los que España tuvo que enfrentarse recurrentemente casi dos siglos seguidos, merecen ser celebrados. La Constitución de 1978 no es, todavía, la más longeva de nuestra historia, pero sí es la que con más éxito y de modo más directo y efectivo ha regido nuestra convivencia. El

único problema que se le ha resistido es el del nacionalismo catalán, ahora levantado de nuevo y vuelto de espaldas a sus mandatos. La solución de esta disidencia es el reto mayor de la actual generación de constitucionalistas. ●

Palabras clave: Constitución española de 1978, 40 aniversario, Renacimiento constitucional.

Keywords: Spanish Constitution of 1978, Fortieth anniversary, Constitutional Renaissance.

RESUMEN

La Constitución española de 1978 pertenece, sin duda posible, a la generación de constituciones de la renovación, del renacimiento constitucional del siglo XX, que siguen vigentes en los países europeos fundadores de ese movimiento. Es una hermana más joven y tardía que también, como aquéllas, surge de las aflicciones de una guerra y una larga dictadura. La Constitución de 1978 no es, todavía, la más longeva de nuestra historia, pero sí es la que con más éxito y de modo más directo y efectivo ha regido nuestra convivencia. El único problema que se le ha resistido es el del nacionalismo catalán, siendo la solución de esta disidencia el reto mayor de la actual generación de constitucionalistas.

ABSTRACT

The Spanish Constitution of 1978 undoubtedly belongs to the generation of constitutions dating from the constitutional renewal or renaissance of the twentieth century, which remain in force in the European countries that founded the movement. It is a younger sibling and a late arrival, which like its counterparts elsewhere emerged from the ordeals of a war and a long dictatorship. The 1978 Constitution is not yet the longest-lived in Spanish history, but it is the Constitution that has most successfully and most directly and effectively governed the Spaniards' coexistence. The only problem that it has been unable to resolve is the issue of Catalan nationalism, and a solution to this discord is the greatest challenge for the current generation of constitutionalists.



Calle Ferraz 67 – 28008 Madrid
Telf.: 91 543 00 50
grupovaleria@grupovaleria.com
www.grupovaleria.com

Buscamos la CASA de tus SUEÑOS

- ✓ Peritaciones Judiciales
- ✓ Asesoramiento Inmobiliario
- ✓ Valoraciones Gratuitas
- ✓ Alquiler de Inmuebles
- ✓ Venta de Inmuebles
- ✓ Agentes Colegiados nº1558





El futuro del Estado autonómico y de nuestra democracia constitucional

Josep Mª Castellà Andreu

Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Barcelona. Recientemente ha publicado *El Estado autonómico: pluralismo e integración constitucional* (Marcial Pons, 2018)

El Notario del Siglo XXI N°82

1. El Estado autonómico se halla actualmente en un momento de *impasse*, tras haber vivido una primera etapa de creación y puesta en funcionamiento rápida (1979-1992), otra de desarrollo y consolidación de la forma de estado, basada en la homogeneización entre las Comunidades Autónomas (CCAA) (hasta 2004) y una tercera de crisis del modelo, intento de reforma, a través sobre todo de los Estatutos de autonomía, y crisis a su vez de este intento (derivada de lo sucedido con el Estatuto catalán). Junto a esta última crisis, la crisis económico-financiera y la político-institucional, sobre todo a partir de 2008, han afectado profundamente al Estado autonómico y han puesto en evidencia sus carencias. Para una parte considerable de los ciudadanos (como pone en evidencia el CIS) la organización territorial ha sido parte del problema de la desafección política (distancia entre gobernantes y gobernados, entre instituciones y ciudadanía; su manifestación más preocupante, la corrupción, ha estado tan presente en las Comunidades Autónomas como en los otros niveles de gobierno). También la deuda y el déficit del sector público han afectado gravemente a las administraciones autonómicas. Al mismo tiempo, las CCAA no han contribuido a la salida de las crisis, con administraciones más saneadas, ágiles y eficaces a la hora de gestionar problemas cotidianos de los españoles, que en buena medida caen dentro de sus competencias, sobre todo relacionadas con el Estado social (educación, sanidad, asistencia social), aunque han contribuido a paliar algunos efectos de la crisis, a través del ejercicio de tales competencias (por ejemplo, la integración de inmigrantes).

La crisis económico-financiera y la político-institucional, sobre todo a partir de 2008, han afectado profundamente al Estado autonómico

2. Tampoco las CCAA han utilizado la autonomía que disponen como banco de pruebas o para experimentar soluciones innovadoras, pegadas a la respectiva realidad de cada una de ellas (los “estados como laboratorios de democracia” en expresión del juez Brandeis en USA), con propuestas de mejora de la calidad democrática e institucional: a través de reformas electorales ambiciosas para la elección de los parlamentos autonómicos (recientemente se han rebajado las barreras electorales o cambiado las circunscripciones como en Murcia), o de reformas en leyes institucionales o reglamentos parlamentarios para la mejora de la relación representativa entre representantes y representados en un ámbito, como lo es el autonómico, más cercano a la vida de las personas, o para favorecer el control efectivo de los gobiernos respectivos. Al contrario, a veces, con ocasión de la crisis financiera, y a efectos de aligerar el gasto institucional, se han suprimido órganos de control como el Tribunal de cuentas, el Defensor del pueblo o el Consejo Consultivo, difícilmente sustituibles por los correspondientes órganos estatales. Por otra parte, la limitación de mandatos del Presidente ha sido introducida en algunas CCAA (Castilla-La Mancha, Extremadura, Murcia y Castilla y León), la cual, aunque sea ajena a la tradición del sistema parlamentario, puede ser un instrumento eficaz para posibilitar la renovación de los dirigentes políticos por los partidos.

3. No se ha aprovechado la crisis para instaurar una cultura de colaboración interinstitucional en el Estado autonómico y favorecer las relaciones de colaboración entre gobiernos de las CCAA y de éstos con el Estado que permitiera la adopción de medidas consensuadas entre los dis-



A veces, con ocasión de la crisis financiera, y a efectos de aligerar el gasto institucional, se han suprimido órganos de control como el Tribunal de cuentas, el Defensor del pueblo o el Consejo Consultivo, difícilmente sustituibles por los correspondientes órganos estatales

tintos niveles de gobierno. En su lugar, el Estado central ha reforzado su posición, con menoscabo de ciertas competencias autonómicas. No es un fenómeno nuevo: en tiempos de crisis económica grave suele producirse una mayor centralización en la política económica y social (piénsese en Estados Unidos en los años 30). El Estado (y más en el Estado social) necesita instrumentos para gestionar la crisis y ha de poder coordinar y controlar mejor al resto de administraciones. Pero ello se puede hacer a través de una recentralización directa o bien utilizando competencias e instrumentos de coordinación y colaboración.

4. Además de la incidencia de las crisis económica e institucional en el Estado autonómico, algunos déficits estructurales o de funcionamiento de esta forma de Estado venían de antes: el Senado sigue sin encontrar su lugar en el bicameralismo español (lo cual tampoco es extraño en Derecho comparado) como “cámara de representación territorial” y la Comisión general de CCAA no ha servido como foro de debate interterritorial y lleva sin reunirse 12 años; la Conferencia de presidentes, creada en 2005, se reunió en 2017 tras cinco años sin hacerlo; las trabas a la unidad de mercado por las múltiples regulaciones subsisten

aún después de aprobada la ley; el sistema de financiación de las CCAA de régimen ordinario está pendiente de actualización desde 2014; y el régimen especial vasco lo ha sido, pero de forma muy dependiente de las necesidades de alianza parlamentaria del Gobierno del Estado con el PNV; y sobre el Tribunal Constitucional recae la decisión acerca de muchos conflictos que no se encauzan políticamente antes.

En el contexto de las crisis mencionadas, la puesta al día del Estado autonómico que intentaron las reformas estatutarias de 2006 y 2007 y otras reformas legislativas, se ha parado o no ha dado los resultados esperados. Y el intento de reforma constitucional de 2004-6, tras el Dictamen del Consejo de Estado de 2006, ni siquiera se presentó en las Cortes: seguramente faltaban en aquella legislatura las condiciones de acuerdo político para que pudiera salir adelante. Tras varios años de reformas mínimas en algunos Estatutos (para incluir el decreto ley), se ha aprobado la reforma integral del Estatuto de Canarias en noviembre 2018.

5. Lo anterior sucede en el momento en que el Estado ha debido afrontar la mayor crisis de la democracia constitucional en cuarenta años de vigencia de la Constitución: la crisis secesionista catalana. El “procés” comienza como tal el 11 de septiembre de 2012 (tras una primavera de gran tensión social por los recortes derivados de la crisis, y no en 2010, con la sentencia

del Estatuto: durante estos dos años Mas gobernó con el apoyo del PP en Cataluña y la escalada independentista, y según las encuestas, se produce en 2012). Se trata de una crisis territorial que deriva en crisis de la democracia constitucional misma. Ello contribuye también al *impasse* actual en el Estado autonómico: ante la crisis secesionista, todo lo demás pasa a segundo plano.

La crisis catalana no tiene que ver solo con un problema de funcionamiento del sistema (como los casos mencionados hasta ahora) sino que aprovecha una crisis de integración política, la cual es llevada al extremo: el Estatuto catalán de 2006 partía de un diagnóstico -discutible-

que va más allá del caso catalán: el desarrollo del Estado autonómico habría producido una “administrativización” de la autonomía (Carles Viver e informes del IEA), mediante la utilización expansiva por el Estado central de competencias compartidas (las bases estatales) y competencias transversales u horizontales que ahogaban la capacidad de decisión política de las CCAA. Al mismo tiempo, el Estado autonómico, tal y como se había concretado -de manera homogénea-, impedía -según esta opinión- una evolución “plurinacional” del mismo (que defendieron en 1998 los partidos nacionalistas del País Vasco, Galicia y Cataluña en la Declaración de Barcelona, precisamente en el momento en que las diecisiete CCAA equiparaban sus competencias, con los últimos traspasos en sanidad y educación).

6. El Estatuto catalán de 2006 y el Plan Ibarretxe de 2004 pretendieron alcanzar más autonomía política para sus Comunidades (con un nuevo sistema de distribución competencial desde el Estatuto catalán que “blindase” las competencias asumidas), y también más asimetría o diferenciación entre nacionalidades y regiones (frente al denostado “café para todos”). Los dos grandes partidos (PP y PSOE) rechazaron en el Congreso en 2005 la pretensión nacionalista vasca plasmada en un proyecto de Estatuto y el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional en 2008 la consulta sobre el derecho a decidir del pueblo vasco sobre su futuro político (STC 103/2008).

La aprobación del **Estatuto catalán** sin el consenso de los dos grandes partidos (la primera vez que ocurría) abrió una grave crisis política que iría a más con la impugnación del mismo por el PP (además de por del Defensor del pueblo y otras CCAA) y con la sentencia ulterior. La STC 31/2010 trató de reconducir las reformas al modelo autonómico existente. Este podía evolucionar pero no mutar sustancialmente. Para ello era indispensable la reforma constitucional. Ante la imposibilidad de la reforma constitucional en 2006 se había recurrido al atajo de las reformas estatutarias.

7. Tras el intento fallido de pacto fiscal en 2012, el nacionalismo catalán (que hasta poco antes había apostado por influir en Madrid) impulsa el “**procés**”, el cual pasa una fase soberanista, primero, con el intento de hacer caber en la Constitución sus demandas, mediante una interpretación de la misma “abierta” y forzada de la misma (2012-15: proclamación del carácter soberano y del derecho a decidir del pueblo catalán mediante una consulta popular) y, des-

pués, directamente secesionista o rupturista (desde 2015 hasta ahora: derecho a la autodeterminación, referéndum vinculante). El Tribunal Constitucional suspendió las resoluciones y leyes aprobadas por el Parlamento catalán y las declaró inconstitucionales. Respecto a lo aprobado en la primera etapa, el Tribunal siguió un criterio conciliador y de *self-restrain* (SSTC 42/2014 y 31/2015), considerando el derecho a decidir como una aspiración política legítima y declarando inconstitucional al mismo tiempo tanto la declaración de soberanía como la consulta o proceso participativo del 9-N de 2014. En relación con la segunda etapa, el Tribunal rechazó contundentemente el desafío que entrañaban dichas resoluciones y leyes (19 y 20/2017) a la Democracia constitucional y, en concreto, a los principios



básicos de la Constitución: soberanía del pueblo español, unidad y constitucionalidad, además de la violación de los derechos de los parlamentarios de la oposición durante los debates (SSTC 259/2015 y 114 y 124/2017). Esto último contrasta con la apelación constante de la mayoría parlamentaria secesionista al principio democrático, la cual ocurre al mismo tiempo que se limita la deliberación parlamentaria en perjuicio de las minorías, que no se acude al Consejo de Garantías estatutarias como pedían éstas de acuerdo con la ley, ni se sigue la iniciativa de reforma constitucional para la que estaba legitimado el Parlament. Todo ello forma parte de las garantías y procedimientos propios de la democracia constitucional. La declaración unilateral de independencia del 27 de octubre de 2017 acarreó la aplicación por vez primera del artículo 155 CE con el voto del bloque constitucional en el Senado (PP, PSOE y Cs: 214 de 262 votos). Lo ocurrido desde entonces es conocido. Basta solo añadir que para el Tribunal Constitucional,

la reforma constitucional es el instrumento adecuado para decidir la secesión de un territorio, sin que haya límites materiales a la misma. De ahí que pueda ser planteada siguiendo los procedimientos establecidos para ello.

8. Conviene volver al inicio de la crisis secesionista y a las carencias del Estado autonómico, sobre todo su no reconocimiento de las singularidades nacionales, que supuestamente estaría en el origen del “procés” (y antes del Estatut de 2006). Hay un “relato” del fracaso del Estado autonómico tanto como respuesta constitucional en España a los problemas históricos de integración de las nacionalidades en el Estado (reconocimiento y protección de identidades culturales, lingüísticas, históricas...), como a las demandas de autogobierno de las regiones, basadas en los principios de eficacia en la gestión de los asuntos públicos y de democracia o poder más cercano. Sin embargo, es importante subrayar que los casi cuarenta años de Estado autonómico han supuesto la experiencia más larga y exitosa de la España contemporánea a la hora de afrontar y encauzar constitucionalmente la cuestión territorial y su pluralidad. El resultado es un **Estado fuertemente descentralizado** en el plano autonómico (33% del gasto público respecto al PIB del sector público; y un 52% de empleados sector público en este nivel de gobierno) aunque no tanto en el local (12% gasto público; 21,5% de empleados sector público en este nivel de gobierno, con datos de 2015). La distribución de poderes permite a las CCAA llevar a cabo políticas propias -y no solo gestión administrativa- en ámbitos como sanidad, educación, universidades, calidad democrática (buen gobierno, transparencia, participación)..., lo que ha permitido la creación de un potente aparato institucional en todas las CCAA.

En las CCAA con “hechos diferenciales” se ha normalizado el uso de las lenguas territoriales, se ha desarrollado el derecho civil especial o foral mucho más allá de lo que se conservaba del mismo, Cataluña y el País Vasco disponen de policías propias integrales, y ha habido un reconocimiento muy amplio de la foralidad. Esto es, se ha producido un reconocimiento y protección efectiva de asimetrías vinculadas a la pluralidad de base del país. El límite a lo anterior ha sido la no admisión de dos tipos de CCAA con status



jurídicos distintos: las nacionalidades y las regiones, ni tampoco la aceptación del carácter plurinacional del Estado, que entrañaría una relación bilateral o confederal entre las naciones y el Estado en su conjunto así como la compartimentación del Estado en comunidades políticas separadas. Así, el resultado del desarrollo del Estado autonómico ha significado que hoy todas las CCAA hayan generado espacios políticos con entidad propia. Esto es: pluralismo territorial en acto.

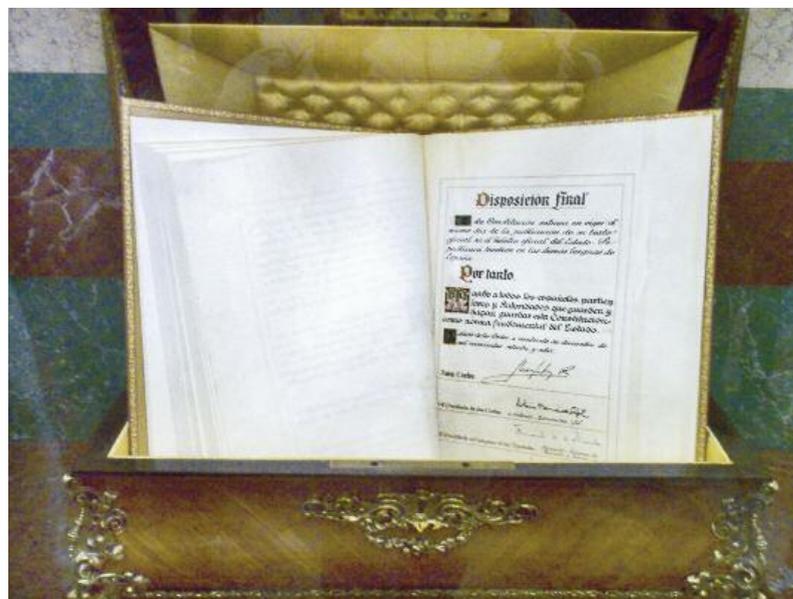
9. Tras casi cuarenta años de experiencia de Estado autonómico salta a la vista la necesidad de ciertas correcciones y reformas para adaptarlo a los tiempos

actuales y a los **retos del futuro** (cómo integrarse en la globalización y en el proyecto europeo sin perder las raíces propias -constitucionalismo multinivel- y cómo afrontar los populismos desde la democracia constitucional). También para subsanar déficits detectados, como la participación de las CCAA en las instituciones de la UE -ámbito en el que cada vez se adoptan más decisiones relevantes para la vida de los ciudadanos y que convierten a las autoridades nacionales en ejecutoras del derecho comunitario-, la intensificación de las relaciones institucionalizadas de colaboración entre CCAA y de estas con el Estado central en un escenario político multipartidista, en lugar del predominio del carácter político y coyuntural de las mismas (en función de la existencia o no de mayoría parlamentaria en el Congreso y basadas en los apoyos de los partidos nacionalistas), o la reforma del sistema de financiación en términos de claridad, corresponsabilidad y equidad.

Toda descentralización política sirve también para dividir territorialmente el poder político y así lograr un mejor equilibrio entre los niveles de gobierno, el control

de los poderes respectivos y la garantía de los derechos de las personas frente al poder. En esto la experiencia autonómica ha sido ambivalente: por un lado, las CCAA se han erigido como verdaderos contrapoderes políticos del Estado (y de los entes locales) -en España no lo es el Senado en el sistema bicameral, ni el pueblo en referéndum frente a las instituciones representativas-, como el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial son contrapoderes jurídicos. Pero por el otro: las instituciones autonómicas han creado espa-

En el contexto de crisis, la puesta al día del Estado autonómico, que intentaron las reformas estatutarias de 2006 y 2007 y otras reformas legislativas, se ha parado o no ha dado los resultados esperados



cios políticos prácticamente inmunes a la presencia del Estado central, que ha erosionado la autonomía de universidades, corporaciones públicas y de la sociedad civil en general mediante un intervencionismo notable. Este es otro tema a reformar o, al menos, utilizar los instrumentos que la Constitución dispone para revertirlo si es posible (alta inspección educativa, ley orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad, entre otras).

10. Cuestión distinta son los instrumentos jurídicos para llevar a cabo la **reforma del Estado autonómico**: a lo largo del tiempo, este se ha ido reformando gradualmente a través de acuerdos políticos que han dado lugar a modificaciones de leyes y Estatutos, además de la jurisprudencia constitucional. Valgan como ejemplos: las reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, particularmente en 2000 con la creación del instrumento de cooperación en el conflicto antes de la presentación de un Recurso de Inconstitucionalidad, o en 2007 con la participación de las Asambleas autonómicas en la designación de los magistrados constitucionales por el Senado, o en 2015 con la recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad contra Estatutos. O bien la participación de las CCAA en las instituciones de la UE por acuerdos de conferencias sectoriales. O las reformas de las relaciones de cooperación en la Ley del régimen jurídico del sector público de 2015. Y las revisiones quinquenales -en principio- de la LOFCA.

Se ha abogado por parte de la doctrina y de algunos partidos (se han publicado varios informes en el último año al respecto, como el encabezado por el profesor Muñoz Machado) o el FIDE por una **reforma constitucional** que consolide las reformas subconstitucionales ya pro-

ducidas, corrija carencias estructurales del modelo de Estado o complete la “constitucionalización” del Estado autonómico. En particular, se habla de la reforma del Senado y de las relaciones intergubernamentales, o del cambio en el sistema de distribución de competencias, lo cual incide sobre los contenidos y la forma de aprobación de los Estatutos: si se lleva a la Constitución toda la distribución competencial (por ejemplo con una lista de competencias del Estado y una cláusula residual en favor de las CCAA), los Estatutos devienen normas institucionales -y a lo sumo reguladoras de ciertos derechos- y por ello mismo pueden pasar a ser aprobados unilateralmente por el Parlamento de la Comunidad Autónoma (como ocurre con las constituciones estatales en Federaciones o con los Esta-

tutos de las regiones ordinarias en Italia desde 1999), sin perjuicio del control de constitucionalidad de los Estatutos en manos del Tribunal Constitucional.

11. Se puede estar de acuerdo en la necesidad o justificación técnica de ciertas reformas para la mejora del sistema (aunque habría de verse la alternativa que se quiere adoptar en cada caso, lo cual ya no es tan claro: Senado por ejemplo), pero otra cosa es la **oportunidad política de la reforma**. Una reforma constitucional del Estado autonómico ahora difícilmente escaparía de ser monopolizada por la cuestión catalana. Esto dificultaría llegar a acuerdos políticos tan amplios y a un consenso social y territorial equivalente al de su aprobación en 1978 (¿la aprobación de la reforma sin un quórum alto en Cataluña no afectaría políticamente a su legitimidad?), porque lo que se pretende reformar forma parte de la decisión política fundamental del constituyente y no se trata de cuestiones de detalle, como en 2004 y 2011. No parece este el momento adecuado para plantear serenamente la reforma constitucional de los déficits de funcionamiento ordinarios. La amenaza del referéndum de ratificación a iniciativa de un décimo de diputados o senadores en el procedimiento ordinario (y de su utilización con fines distintos a los propios de la ratificación del proyecto de reforma: esto es, para deslegitimar la misma Constitución y la Transición de la que trae causa) ha de ser tenida en cuenta, sobre todo en épocas propicias a populismos, y más a la vista de lo ocurrido en el Reino Unido o Italia en 2016. Mientras tanto, y sin perjuicio de que se aprovechen los tiempos actuales para evaluar el funcionamiento del Estado autonómico y se discuta sobre propuestas de reforma en sede parlamentaria (si bien la Comi-

sión creada para ello en el Congreso en 2017 está prácticamente muerta al quedarse solos PSOE y PP y no participar las minorías parlamentarias), se imponen soluciones más realistas, esto es, reformas normativas subconstitucionales y de comportamiento político.

12. Afrontar debidamente la crisis secesionista requiere partir de un diagnóstico acertado de lo sucedido y sus causas. Si se sostiene que el origen de la crisis está en la sentencia del Estatuto de 2010 (para Pérez Royo esta supone la ruptura del pacto constitucional), la solución pasa entonces por reestablecer el texto completo del mismo, que fue aprobado por el Parlamento catalán y las Cortes en 2006, mediante **otra reforma estatutaria** y su refrendo popular (en el de 2006 alcanzó la participación un 49%), para que Cataluña no tenga más un “Estatuto no refrendado” (como sostienen con expresión simplista Muñoz Machado, el Círculo de Economía y el Presidente del gobierno P. Sánchez). Los defensores de esta postura asumen que hay que votar en referéndum la renovación del autogobierno, como factor

Tras casi cuarenta años de experiencia de Estado autonómico salta a la vista la necesidad de ciertas correcciones y reformas para adaptarlo a los tiempos actuales y a los retos del futuro

de relegitimación, en lugar de uno de autodeterminación. Además, en la medida en que algunas declaraciones de inconstitucionalidad del Estatuto catalán en la STC 31/2010 tenían que ver con el tipo de norma utilizado para regular determinados contenidos (poder judicial, financiación, definición de las funciones a ejercer por cada instancia de poder en los distintos tipos de competencias), una **reforma constitucional** de

los mismos culminaría el proyecto reformista.

Se han planteado varias alternativas de reforma constitucional: una reforma de alcance general y de tipo federalizante, o bien otra que se dirige en exclusiva para Cataluña a través de una Disposición Adicional *ad hoc* que “blinde” determinados poderes autonómicos a toda intervención estatal, inclusive del control de constitucionalidad: lengua, educación, régimen institucional, o el sistema de financiación... (opción de Herrero de Miñón, que parece más fácil de alcanzar que la propuesta de reforma general en términos técnicos aunque políticamente sea más complicada,

ASOCIACIÓN DE PERITOS de la Comunidad de Madrid



- Profesionales en todas las disciplinas.
- Peritos con todos los requisitos legales y titulación oficial.
- Idoneidad para actuaciones en jurisdicción voluntaria por designación notarial.
- Profesionales con amplios conocimientos jurídico-procesales.
- Control deontológico y disciplinario de todos los profesionales.
- Capacidad, responsabilidad, rigor profesional y credibilidad en los dictámenes.



Asociación de Peritos
Colaboradores con la
Administración de Justicia
de la Comunidad de Madrid

Padre Jesús Ordoñez, 1 · 2ºB · 28002 Madrid
Tel. 91 562 59 18 · 91 411 35 46 · Fax 91 563 85 32 · peritos@apajcm.com
www.apajcm.com

porque introduce en el plano constitucional una asimetría nueva, lo que genera agravios en las otras CCAA, como ya advirtiera Stéphane Dion en relación con la experiencia canadiense de 1988 y 1992). Incluso se ha defendido una reforma que consagre un Estado plurinacional-confederación con atribución a la definición de “nación” de valor jurídico relacionado con la soberanía y que se expresaría en un procedimiento para ejercer el derecho a decidir... la secesión).

13. A nuestro juicio, sin embargo, no se puede comprender lo ocurrido en Cataluña sin tener en cuenta el impacto de las otras crisis, la financiera y la institucional, y el momento en que empezó, con el populismo como telón de fondo, y en concreto su variante nacionalista. En este sentido, la solución a la crisis secesionista requiere, antes que posibles reformas constitucionales (que difícilmente es esperable que introduzcan un régimen diferencial entre CCAA) y estatutarias, diagnosticar correctamente cómo se ha llegado hasta aquí y, teniendo en cuenta esto, renovar acuerdos amplios entre los catalanes, así como entre Cataluña y el resto de España. Para ello son necesarios interlocutores políticos a la altura del desafío y la normalización del clima social y político de sosiego. La premisa de lo anterior es el respeto pleno al Estado de Derecho

Una reforma constitucional del Estado autonómico ahora difícilmente escaparía de ser monopolizada por la cuestión catalana, lo que dificultaría llegar a acuerdos políticos tan amplios y a un consenso social y territorial

(a la Constitución, a la independencia de los tribunales) y la institucionalidad, inclusive la de la misma Generalitat. Esto es, de la democracia constitucional, alcanzada con trabajoso esfuerzo de todos en la Transición. En definitiva, si partimos de la base, como es nuestro caso, de que nos hallamos ante el inicio de un nuevo “momento constitucional” (fruto de lo sucedido en septiembre y octubre de 2017) que aún no ha cristalizado en un nuevo consenso político, se precisa tiempo y mucho esfuerzo para que se produzca tal acuerdo. Así, más que repetir soluciones basadas en el paradigma seguido en el pasado (como en 2004-6) y afrontar la crisis territorial, y la secesionista catalana en particular, mediante la negociación de mayor autonomía y asimetría entre las CCAA, se impone el esfuerzo de imaginar jurídicamente y trabajar políticamente por la renovación del proyecto sugestivo de vida en común para las próximas generaciones. No es tarea fácil pero al menos se habrá partido de la realidad actual para buscar respuestas coherentes con ella. ●

Palabras clave: Estado de las Autonomías, Reforma constitucional, Crisis.

Keywords: State of the Autonomous Communities, Constitutional reform, Crisis.

RESUMEN

El Estado autonómico atraviesa por un momento de *impasse* derivado de la acumulación de las crisis económica e institucional con la crisis secesionista catalana. De la crisis territorial se ha pasado a una crisis de la democracia constitucional. Se pasa revista a lo que ha supuesto el Estado autonómico en casi cuarenta años de existencia: el periodo más largo y profundo de descentralización política en la España contemporánea, y se comentan las vías que se han manejado para la superación de la crisis presente: ya sea con la reforma constitucional y estatutaria, volviendo, respecto a Cataluña, al paradigma de la década del 2000 (más autonomía y más asimetría), ya sea, como sostenemos, partiendo y comprendiendo lo que ha sucedido y las causas que han llevado hasta la crisis constitucional de septiembre y octubre de 2017, para plantear respuestas consensuadas ampliamente que permitan renovar el proyecto de vida en común y, cuando sea posible, afrontar las reformas constitucionales o de otro tipo que contribuyan a ello.

ABSTRACT

Spain's State of the Autonomous Communities is experiencing an *impasse* arising from the combination of economic and institutional crises and the Catalan secessionist crisis. The territorial crisis has led to a crisis of constitutional democracy. This article reviews what the Spanish State of Autonomous Communities has entailed during its almost forty-year history - the longest and deepest period of political decentralisation in contemporary Spain - and it discusses the means considered to overcome the present crisis: either constitutional and statutory reform, returning to the paradigm of the 2000s as regards Catalonia (more autonomy and more asymmetry), or maintaining, as we advocate, moving forward and understanding what has happened and the causes that led to the events of September and October 2017, in order to propose responses based on a broad consensus, which enable us to renew our project for coexistence and whenever possible, to address the constitutional reforms or other type that contribute to it.

MURPROTEC
Diagnosis / Tratamiento / Solución

Que las **humedades** no sean una parte más de tus proyectos

HASTA 30 AÑOS GARANTÍA

Mucho más que la garantía decenal. Nuestros tratamientos ofrecen una garantía de hasta 30 años.

GARANTIZADO PLAZOS DE EJECUCIÓN

Murprotec, protege el valor de tus proyectos

Solicita tu diagnóstico gratuito, personalizado, in situ y sin compromiso

900 30 11 30

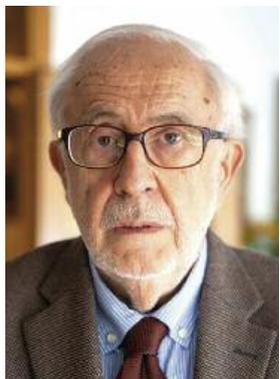
www.profesionales.murprotec.es

CONDENSACIÓN CAPILARIDAD FILTRACIONES

MURPROTEC colabora con **Cáritas**

Empresa líder del sector con certificación ISO 9001

Delegaciones Murprotec en: España / Portugal / Francia / Bélgica / Holanda / Luxemburgo / Italia



Tres cuestiones sobre la Declaración de Derechos de nuestra Constitución

Juan José Solozabal Echavarría
Catedrático de Derecho Constitucional UAM

El Notario del Siglo XXI N°82

Dos puntualizaciones previas: la noción de los derechos fundamentales y el nombre de los derechos de que hablamos

La comprensión de nuestra extensa Declaración de Derechos constitucional no es sencilla y plantea numerosos problemas. Aquí seleccionaremos tres o cuatro cuestiones, pero comenzaremos proponiendo dos puntualizaciones previas. Aclaremos, antes de nada, qué entendemos por derechos fundamentales, esto es, los derechos más importantes que tenemos, pues se trata de facultades y pretensiones referentes a ámbitos vitales esenciales, así libertad, la participación o determinadas prestaciones, relacionados con la dignidad de la persona y que son imprescindibles en el sistema democrático. La reflexión básica sobre los mismos siempre se refiere a su dimensión material, en razón de su proximidad con la dignidad de la persona y la vida democrática de la comunidad; o su dimensión formal, en cuanto que los derechos fundamentales tienen una determinada estructura necesariamente principialista y un rango obligadamente constitucional. También es pertinente una mínima observación relativa a su propia denominación. Preferimos llamar a los derechos de los que estamos hablando derechos fundamentales y no derechos humanos porque esta denominación denota una perspectiva iusfilosófica o internacionalista que no es la que nosotros asumimos. El constituyente de todos modos no siempre habla de derechos fundamentales y utiliza, y no con demasiada precisión, como sinónimas expresiones tales como derechos a secas, libertades e incluso garantías. Esta última expresión, la de garantías, tiene una cierta raigambre en el constitucionalismo histórico español pero no es asumible, fuera de su acepción consagrada en el caso de los derechos fundamentales procesales, por su marchamo de auxiliaridad o instrumentalidad. Asumimos la diferenciación entre derechos de libertad, derechos de participación y derechos de prestación, relacionados respectivamente con la condición liberal, democrática y social del

Estado, y recordando la pertinencia del profesor García de Enterría cuando señalaba que todos los derechos tienden a presentar las tres perspectivas aludidas, aunque en cada caso sea indiscutible la preeminencia de una de las mismas. Así el artículo 21 de la Constitución reconoce el derecho de reunión, que es concebible como derecho de libertad, garantizando su ejercicio sin trabas; como derecho de participación, si se presta atención al objeto ordinario de dicho derecho, esto es, patentizar determinada posición política o hacer públicas determinadas propuestas a los poderes del Estado; y como derecho de prestación en la medida en que se reclama del poder público asistencia para llevar a cabo el ejercicio del derecho en condiciones de igualdad y con toda la seguridad.

¿Quién colma la incompletud de los derechos fundamentales? Labor aclarativa del intérprete constitucional y de prolongación y desarrollo del legislador

Pasemos entonces a desplegar alguna de las cuestiones prometidas al comienzo de este artículo. Hablemos, entonces, de la incompletud de las cláusulas prescriptivas, en las que se muestran la indeterminación, amplitud o carácter abstracto de las mismas, pues los derechos fundamentales son, decía el maestro Rubio, derecho concentrado. La estructura normativa de los derechos fundamentales, junto a su rango -necesariamente los derechos más importantes que tenemos, como ligados a la dignidad de la persona y esenciales para la vida democrática, son constitucionales- requiere de una labor de prolongación, a cargo del legislador, y de clarificación por parte del Tribunal Constitucional.

¿Qué es lo que hace el intérprete y qué es lo que hace el legislador? El intérprete lleva a cabo una labor clarificadora de construcción del derecho; la labor del legislador es más de detalle o especificación. El legislador concreta el derecho fundamental: establece su régimen en términos



sustantivos o configuradores; o se limita a organizar su ejercicio. Lleva a cabo, además, su función de acuerdo con un propósito o ideología.

En efecto, la actuación normativa se produce a través del desarrollo que cumple la ley orgánica, en una contribución definidora y especificadora en relación con las facultades y pretensiones que el derecho necesariamente comprende; y de la regulación a través de la ley ordinaria o estatal, a mi juicio siempre con un significado secundario y con un propósito organizador y tuitivo, antes que configurador y organizativo. La cuestión es separar la actuación necesaria del legislador, y cuyos perfiles someramente recordados aquí ha dejado bien claros la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y la que lleva a cabo el supremo intérprete constitucional. Diríamos que la actuación del legislador es la ordinaria y es la que incluye una motivación política en su caso, cuestión esta delicada pues implica dar una respuesta positiva a la pregunta acerca de la existencia de una política de derechos fundamentales. Ciertamente admitir una ordenación legislativa de los derechos no supone ignorar que no todos los derechos lo son de configuración legal, aunque sí reconocer la necesidad de una regulación que especifique las facultades o pretensiones en que los derechos consisten.

La labor del Tribunal Constitucional, a pesar de ser reactiva, bien tenga lugar en la resolución de conflictos o amparos, es constructiva o definidora. Se trata además de una labor técnica en la que solo cuenta la razón del dere-

cho. Las sentencias que emite, como fuente, son superiores a la ley.

Temporalmente, la actuación del Tribunal Constitucional se produce tras la intervención del legislador, disponiendo sobre la misma. Aunque la superioridad en el sistema de fuentes de sus fallos sobre la ley, como acabamos de decir, no ofrece dudas, tiene no obstante condicionada su actuación desde una doble perspectiva, pues la sentencia constitucional, en primer lugar, por exigencias del principio de congruencia, no puede ni ampliar su control del solicitado ni, mucho menos, ejercerlo sin que quienes lo hayan demandado cuenten con la legitimación procesal correspondiente. Además, en segundo lugar, como también ha quedado ya apuntado, los criterios del Tribunal pronunciándose sobre la constitucionalidad de una ley o de una actuación concreta de un poder público, cuestionada a su vez ésta en razón de su lesión autónoma o derivada de la norma que le cubriese legalmente, han de ser exclusivamente técnico jurídicos, no dando opción a consideración alguna de tipo político, lo que veíamos no ocurría con la ley.

Con todo afirmar la superioridad definitoria del Tribunal sobre la ley no responde a nuestra pregunta sobre los términos de la intervención en tal materia del Tribunal, colmando o reduciendo la incompletud e indeterminación constitucional. Este problema solo se puede resolver recordando la condición del Tribunal como órgano o poder

La estructura normativa de los derechos fundamentales, junto a su rango, requiere de una labor de prolongación, a cargo del legislador, y de clarificación por parte del Tribunal Constitucional

constituido que está también sometido a la Constitución, aunque ésta sea lo que aquél como supremo intérprete diga. El Tribunal Constitucional no es un poder constituyente constituido con capacidad de cambiar la Constitución, directamente o inconstitucionalmente a través de una mutación constitucional. Ciertamente, es un intérprete dinámico de la misma, pero de modo que la adaptación no lleve al cambio de la Constitución. Importante es al respecto que no dificultemos su actuación conservadora de la Constitución, insistiendo en el procesalismo de ésta o la levedad de su contenido, olvidando la distancia entre la Constitución y otro tipo de normas cuya observancia corresponde garantizar al Tribunal Constitucional.

Por tanto el Tribunal no puede crear nuevos derechos, lo que por las razones que sabemos está vedado a quien no sea el constituyente. La actuación constituyente supone una decisión incondicionada sobre la planta institucional que se da una comunidad política y los derechos de sus ciudadanos. Por eso no hay otros derechos fundamentales que los establecidos en la Constitución, y los que figuran en la misma lo hacen de modo constitutivo, no a título ejemplificativo. Lo que hace el Tribunal con los derechos siempre es muy importante pero tiene un valor consolidador, certificando la corrección de la actuación del legislador o la aportación de la jurisprudencia internacional en relación con la determinación del contenido necesario, no obligatoriamente esencial, de los derechos. El Tribunal, además, puede llamar la atención sobre la conexión sistemática de algunos derechos entre sí, también puede proceder a una red denominación de los mismos. O a atribuirles un contenido que puede establecerse de modo un tanto inconventional o, al menos, desusado. Modélica en este sentido es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los derechos contenidos en el artículo 27 CE, referente al *derecho a la educación*. Así la Sentencia 86/1987 llama la atención sobre los diversos tipos de preceptos en dicha disposición, destacando que, a pesar de la ubicación constitucional del mismo, en él se contienen otro tipo de figuras que no son derechos, subrayándose asimismo la dimensión prestacional del derecho a la educación.

En la Sentencia 5/1981 por lo que toca a la conexión sistemática de los derechos fundamentales se afirma que la *libertad de enseñanza* ha de considerarse proyección de la libertad ideológica y religiosa (art. 16CE) y el derecho a expresar libremente el pensamiento, ideas u opiniones (art. 20 CE). Las facultades cuasitransformadoras del Tribunal Constitucional se muestran en el caso de la autono-

mía universitaria, que no debe ser considerado garantía institucional sino derecho fundamental, precisamente la dimensión institucional o colectiva de la *libertad académica*, nuevo nombre de la libertad de enseñanza cuya dimensión individual es la libertad de cátedra y consiste en aquellas facultades imprescindibles para asegurar un espacio de libertad intelectual en el que la Universidad cumpla con sus funciones de creación, mantenimiento y desarrollo de la ciencia, la técnica y la cultura (STC 187/1991).

La pretendida igualdad de los derechos fundamentales

Un segundo tema al que me gustaría aludir es el de la pretendida igualdad de los derechos fundamentales. Tiendo a negar jerarquía entre los derechos, pues todos ellos, decía antes, son manifestación de la dignidad de la persona y funguen como elementos estructurales de la democracia. Estoy en contra de algunas interpretaciones del Tribunal Constitucional que dan demasiada importancia a la dimensión institucional de los derechos, así sobre la libertad de expresión, cuando se resuelven los conflictos de la libertad de expresión con otros derechos, subrayando la condición institucional de aquélla, como si los demás derechos no fueran también instituciones; o sobre la relación especial con la dignidad de algunos derechos, como si no expresasen la misma todos los derechos de modo indefectible (véase, respectivamente, STC 104/1986 o la Sentencia sobre la Ley de Extranjería STC 107/1984).

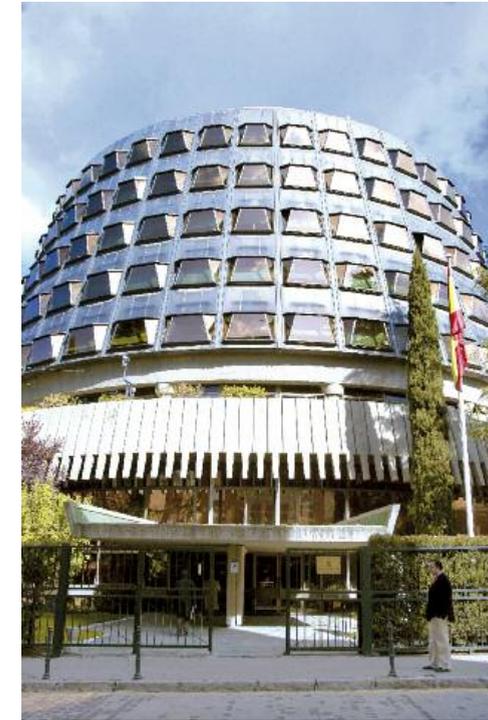
Lo cierto es que la discusión sobre la jerarquía de los derechos, de modo que éstos pudiesen graduarse según su importancia, es relevante tanto desde un punto de vista teórico, en cuanto posible criterio estructurador de una Declaración, como desde una perspectiva práctica, en cuanto instrumento para resolver los conflictos entre los derechos a favor del principal o prevalente. Sin embargo la resistencia a admitir la superioridad de unos derechos sobre otros, apreciando por decirlo así un núcleo duro de los mismos, se deriva de la condición de todos en cuanto, como decimos, manifestación de la dignidad de la persona, así como de su existencia coextensa, pues los derechos, como si fueran elementos de un sistema, se refuerzan entre sí. Con todo, en la Teoría General, suelen hacerse dos matizaciones: el derecho a la vida y la integridad física serían singularmente indispensables y las vulneraciones de los mismos especialmente odiosas; y los derechos sociales tendrían una especial proximidad con la dignidad, pues se puede ser per-

sona sin participar políticamente, pero no es posible una vida digna sin un mínimo vital de subsistencia asegurado.

Sin embargo en el plano internacional la sustancial igualdad de los derechos cabe ser cuestionada, como vio el maestro Rubio, de modo que la limitación, suspensión y sobre todo las sanciones de su inobservancia permite diferenciar entre unos derechos y otros. Así hay derechos que pueden ser suspendidos y limitados, aunque la suspensión sea temporal y la limitación deba ser justificada, mientras otros no lo son nunca. Y hay derechos cuya violación, sobre todo si tiene determinada dimensión o alcance, justifica la intervención o la responsabilidad internacional. En base a esos criterios, puede concluirse, podría decirse que no todos los derechos son iguales.

Los derechos sociales y su localización en la Tabla de Derechos

Habría que decir, finalmente, algo sobre los derechos sociales. En efecto decir una palabra sobre los mismos es interesante porque hace reflexionar sobre el criterio de la fundamentalidad de los derechos de los que estamos hablando y sobre la eficacia y protección de los mismos. Habermas, como sabemos, ligaba especialmente estos derechos, que dan título a una prestación por parte del Estado, y la dignidad de la persona. Sin embargo en el caso español su eficacia y protección es débil pues no son directamente exigibles ya que dependen de su desarrollo legal. Además hay una demanda, así en el caso del derecho a la salud o al trabajo, a su conversión en verdaderos derechos amparables, o, al menos, derechos fundamentales protegi-



bles en su contenido esencial ante el legislador, de manera que solo la ley puede regularlos, eso sí, sin desfigurarlos. Ocurre, como bien es sabido, que se trata de derechos dependientes de una base presupuestaria y con una necesidad organizativa grande, pues su prestación está al cuidado del servicio público.

En términos generales estaría bien distinguir entre las disposiciones que integran el Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución, con el rótulo bien equívoco de los Principios Rectores de la Política Social y Económica, las que establecen principios, mandatos o garantías institucionales, y aquéllas que contuvieran verdaderamente derechos, quiere decirse, cláusulas que ofrecieran una estructura propia de los mismos, esto es, que consistiesen en verdaderas facultades o pretensiones. Las cláusulas que contuviesen propiamente derechos deberían pasar a formar parte de los derechos integrados en el Capítulo Segundo del Título Primero. No serían por tanto derechos amparables. La razón para ello es que su disposición como tales podría anegar los juzgados de este tipo de demandas, atribuyendo a los jueces y tribunales un tipo de actuación que tiene carácter administrativo y legislativo y que no corresponde a la función jurisdiccional que es la que toca al poder judicial en un Estado de derecho. Pero sí serían derechos que gozarían de reserva legal reforzada cuya normación correspondería al legislador, que además debería respetar su contenido esencial. ●

Palabras clave: Derechos fundamentales, Derechos sociales, Declaración constitucional.

Keywords: Fundamental rights, Social rights, Constitutional declaration.

RESUMEN

La comprensión de nuestra extensa Declaración de derechos constitucional no es sencilla y plantea numerosos problemas. Se analizan aquí tres importantes cuestiones: la incompletud de los derechos fundamentales, su pretendida igualdad y los derechos sociales y su localización en la Tabla de Derechos.

ABSTRACT

Understanding our extensive Constitutional Bill of Rights is not a straightforward task, and poses many problems. Three important issues are examined in this article: the incompleteness of the fundamental rights, their supposed equality, and social rights and their position within the set of rights as a whole.



La independencia judicial

Francisco Sosa Wagner
Catedrático de Derecho Administrativo

El Notario del Siglo XXI N°82

I
La independencia judicial (evocada en el art. 117.1 CE) es algo bastante simple de explicar porque pasa por el nombramiento reglado del juez, la inamovilidad en su puesto y el derecho a una carrera -traslados voluntarios, ascensos, jubilación, etc.- a medida que se acumulan sobre él años, canas, lecturas de textos abstrusos y amarguras; de otro, su exclusiva vinculación a la ley y, en su caso, a la jurisprudencia de los tribunales, así como su ajenidad respecto de los intereses de las partes sometidas a sus decisiones (imparcialidad).

Pese a esta claridad, la historia de la independencia judicial es una historia a la búsqueda de su tergiversación. A lo largo del siglo XIX no hay momento que no haya sido vejada por gobiernos y parlamentos. Tan solo con la revolución de 1868 se inauguró una etapa más esperanzada pues se aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 que es el texto que con más precisión se ocupó del oficio judicial estableciendo las oposiciones para ingresar y dotando al ejercicio de la profesión de garantías incumplidas hasta entonces. Aunque tales oposiciones se celebraban condicionadas por filtros ministeriales en la selección de los candidatos, en el visto bueno a quienes pasaban las pruebas, en los certificados de conducta... Y porque la Revolución se vio en la dolorosa necesidad de limpiar los tribunales de isabelinos y llenarlos con personas cercanas -o que se decían cercanas- a los nuevos árbitros -Serrano, Prim...-.

Es esa Ley de 1870 la que además trata de zanjar un debate adicional que venía de muy atrás, el de la responsabilidad de los jueces (art. 98 de la Constitución de 1869): las Salas de Gobierno de las Audiencias y la del Tribunal Supremo se constituirían en salas de justicia para ejercer la potestad disciplinaria (que era el sistema instaurado en Cádiz).

La Restauración, con toda su aparente normalidad y sus simulados buenos modales, fue tan poco respetuosa con la inamovilidad judicial como los regímenes políticos que la precedieron. Con todo, algún avance en el *status* del juez hay que anotar, al menos para los jueces ingresados en virtud de pruebas públicas. Pero se abrieron nuevos agujeros por los que se desplazaban con tranquilidad las prebendas y el favor político: abogados que ingresaban en secretarías y vicesecretarías judiciales para poder optar a puestos de juez; cuarto turno para abogados; triquiñuelas en las convocatorias de oposiciones para permitir la acumulación de vacantes, etc.

Con todo, si queremos resumir, se podría decir que en esta etapa se culmina el proceso de “funcionarización” del juez logrando su mayor capacitación técnica y, con ella, su relativa neutralidad política. Un avance se enmarca en el proceso de incorporación de los jueces al espacio más amplio de los empleados públicos que están viviendo los estertores de las “cesantías”.

Más cuando Primo de Rivera instaura su peculiar régimen político, organiza una “Junta inspectora” para que en un plazo perentorio quedara purificado el estamento judicial de sus elementos patógenos y una “Junta organizadora del Poder judicial” constituida por magistrados y fiscales elegidos por sus compañeros y encargada de formular propuestas vinculantes para el Gobierno sobre nombramientos, ascensos, traslados etc. Un ejemplo de autogobierno tomado de la Constitución mexicana. Después se sustituiría -ya en 1926- por un “Consejo Judicial” donde mete la mano el Gobierno de Primo descaradamente.

Con ingenuidad, llegamos a creer en mi generación que, con el Consejo del Poder judicial de nuestra actual democracia, habíamos logrado el *rien ne va plus* de autogobierno judicial. Nadie imaginaba en los años ochenta del

Hay determinados cargos judiciales a los que se llega por medio de nombramientos en los que intervienen instancias que participan de la sustancia político / asociativa



El objetivo es la capacitación técnica y la neutralidad política.

siglo XX, cuando se cocinaba, en medio de excesos teológico-constitucionales, el citado Consejo, que la sombra del general Primo de Rivera se proyectaba sobre los trabajos de la democracia española de finales del siglo XX.

¿Qué ocurrió durante la II República, unos años que tanta nostalgia producen en la actualidad en ciertos ambientes? Pues que la Justicia -así llamada, evitando la palabra “poder”- reprodujo el modelo que venía de la monarquía con leves retoques. Nada menos que Azaña, ocupando la cabecera del banco azul, decía el 23 de noviembre de 1932: “yo no sé lo que es el poder judicial... aquí está la Constitución. Yo no gobierno con libros de texto, ni artículos, ni con tratados filosóficos y doctrinales, gobierno con este librito y digo que se me busque en este libro el poder judicial, que lo busquen aquí, a ver si lo encuentran... no es solo una cuestión de palabras, va mucha e importantísima diferencia de decir Poder judicial a decir Administración de Justicia, va todo un mundo en el concepto del Estado...”. Y en el mismo tono, solo que en términos más despachados, continuó: “pues yo no creo en la independencia del poder judicial...”. Gil Robles le interrumpe: “pero lo dice la Constitución”. A lo que Azaña replica: “lo que yo digo es que ni el poder judicial ni el poder legislativo ni el poder ejecutivo pueden ser independientes del espíritu público nacional... hostiles al espíritu

público dominante en el país”. Entonces se oye la voz de Santiago Alba: “eso ya lo dijo Primo de Rivera”. Y Azaña, rápido, da la puntilla argumental: “Pues alguna vez tenía que acertar Primo de Rivera”. Con este espíritu no extraña que las intromisiones en la carrera judicial de todos los gobiernos republicanos -y no digamos del Frente popular- fueran constantes.

En vísperas de la guerra civil se aprobaría otro proyecto de ley -9 de julio de 1936- por el que se establecía que los jueces, magistrados, presidentes de Sala y aun el mismo presidente del Supremo se jubilarían a la edad de sesenta y siete años. Más aún: similar medida -la jubilación- procedería cuando los citados funcionarios actuaran con manifiesta hostilidad a las instituciones republicanas. Todo ello demuestra el entrometimiento político permanente en las instancias judiciales. La guerra civil hará trizas los escalafones judiciales en ambos bandos cuyas autoridades se dedicaron con celo digno de mejor empeño a limpiarlos de “desafectos”.

En los años iniciales del franquismo fueron apartados unos sesenta jueces pero la medida más contundente fue la reserva del 50% de todas las plazas del empleo público a los excombatientes. Con todo, pasadas las primeras euforias, se instauró el ascenso de juez a magistrado por antigüedad pero, en los casos de nombramientos relevantes, la

antigüedad se combinaba con la idoneidad, lo que permitía al ministerio de Justicia designar a los magistrados de las Audiencias de las siete poblaciones más importantes, a los jueces de primera instancia e instrucción de esas mismas ciudades, a los jueces decanos y a los presidentes de Sala de lo civil de las Audiencias territoriales y de Sección de las provinciales. El viento de la democracia ni se llevó tales prácticas ni las convirtió en mustias escorias.

II

¿Qué es lo que se encuentran quienes empiezan a reconstruir la democracia en España después de la larga dictadura franquista? En vigor se hallaba la vieja Ley de 1870 y, cuando el legislador se pone manos a la obra, su primer producto es la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial de 1980 que era un órgano creado por la Constitución (art. 122) y que se hallaba falto de regulación concreta y detallada. Según lo en ella dispuesto, doce de sus miembros serían elegidos por los jueces y magistrados y ocho por el Congreso y el Senado. Su presidente sería al mismo tiempo presidente del Tribunal Supremo.

Esta es la letra de la ley. Su espíritu: entregar el poder, el inmenso poder del Consejo, a los jueces. En 1985, con el PSOE gobernando, se aprueba una reforma en la que anidan dos cambios sustanciales: el primero, la modificación del sistema de elección de los miembros del Consejo, ahora íntegramente en manos de las Cortes (de abrumadora mayoría socialista); el segundo consistió en la adopción de unas medidas sobre jubilación de los jueces y magistrados que afectó a más de la cuarta parte del escalafón entonces existente.

“Limpieza” pues de la justicia en el último tercio del siglo XX al modo más tradicional. En honor de la verdad procede subrayar que lo que buscaron, de buena fe, los beneméritos diputados que redactaron la Constitución a la hora de crear el Consejo fue robustecer la separación de los poderes y garantizar la independencia del Poder judicial, escrito con mayúsculas. Sin embargo, los mayores enredos se han vivido desde que fue necesario aprobar una ley orgánica para ponerlo en funcionamiento. Llegan hasta hoy sin que nunca se hayan podido librar de las acusaciones de “cambalache” y “secretismo” (palabra que ha sustituido ahora, se ignora por qué, a la de “secreto”). Y es que, en efecto, los partidos políticos han tratado de condicionar, contando con el Consejo, el nombramiento de los jueces de los altos tribunales y jugando para ello un papel decisivo las asociaciones judiciales: la Asociación Profesional de la Magistratura, llamada conservadora, en

todo caso, mimada por el Partido Popular; la otra, llamada progresista, es Jueces para la Democracia que se deja acariciar por el Partido Socialista. Existe otra, minoritaria, la “Francisco de Vitoria” que hace esfuerzos por denunciar desmanes y, por último, el Foro Judicial Independiente. Con muy pocos afiliados actúa la Asociación nacional de jueces. No hace falta ser muy espabilado para saber que serán los candidatos de las dos primeras asociaciones los que mayores perspectivas han tenido y tienen para avanzar hacia la victoria por estos accidentados parajes sembrados de minas partidarias.

¿A qué se dedica en puridad el Consejo? Básicamente, al nombramiento de magistrados; de otro, el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre este grupo de profesionales (en palabras de la Constitución “... nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario”).

Antes de seguir, quiero insistir en una realidad inequívoca: en España los jueces ingresan en la carrera por medio de duras pruebas públicas, ascienden de acuerdo con reglas previsibles, se especializan a base de estudio y sometiéndose a exámenes competitivos, sus sueldos pueden ser conocidos... Todo ello les permite ejercer su oficio con independencia. Siendo esto así ¿dónde está el problema? ¿por qué se habla de la politización de la justicia? Pues porque hay determinados cargos judiciales a los que se llega por medio de nombramientos en los que intervienen instancias que participan de la sustancia político / asociativa. Son fundamentalmente los de magistrados del Tribunal Supremo, presidentes de salas de ese mismo Tribunal, presidentes de la Audiencia nacional y de sus salas, presidentes de Tribunales superiores de Justicia y asimismo de sus salas, en fin, presidentes de Audiencias y magistrados de las salas de lo civil y criminal competentes para las causas que afectan a los aforados. A ellos preciso es

añadir los miembros no electivos de las salas de gobierno del Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores. Con carácter general, salvo parte de los últimos citados, es el Consejo General del Poder Judicial el que efectúa los nombramientos aunque -desde hace poco- está obligado a *motivar* su decisión. Advirtamos cómo se ha perdido el hilo de la regla previsible y cómo, por esta vía, se cuelean consideraciones que ya no son estrictamente profesionales.

A partir de estos datos, mi tesis (que he expuesto con mayor detalle en mi libro *La independencia del juez: ¿una fábula?* La Esfera de los libros, 2016) es la siguiente: creo que el juez -cubierto de canas y ahito de trienios- que aspi-

El juez que aspira a altos cargos no se merece la humillación que supone una negociación ruborosa en el seno del Consejo, epicentro de pugnas políticas y de pactos embolismáticos entre las asociaciones judiciales

Asegurar la independencia judicial exige dotar al juez de un *status* regulado íntegramente por la ley donde no tenga cabida la discrecionalidad y además se halle desterrado el uso de la carrera judicial como trampolín para el salto a la política



ra a estos altos cargos no se merece la humillación que supone una negociación ruborosa en el seno del Consejo, epicentro de pugnas políticas y de pactos embolismáticos entre las asociaciones judiciales. Una afirmación muy sencilla pero, a lo que se ve, muy difícil de asumir.

III

Que además nos lleva a olvidar lo sustancial y es que para que exista una justicia independiente es necesario que el juez -individualmente considerado- sea independiente. Una perogrullada -se me dirá con razón- pero en cuya receta es obligado insistir: pruebas públicas de ingreso, especialización como jurista, carrera sin sobresaltos ni trampas, trabajo bien valorado, jubilación reglada. Dicho de otra forma: un estatuto jurídico del juez regido por el principio de legalidad, alejado de componendas políticas y asociativas. A partir de ahí, no resta sino encajar la actividad del juez en un servicio público, el de la justicia, que ha de superar todas las carencias materiales y funcionales que hoy día padece, algo que no debemos contemplar como una quimera ya que otros servicios públicos -ej., la sanidad- cuentan con un nivel de eficacia y, por ello, de aceptación social muy elevados.

Meditemos: si el juez civil media a satisfacción de las partes en un conflicto, el juez de lo social lo hace en la relación del trabajador con el empresario, el penal manda a la cárcel a quien se haya hecho acreedor al castigo, el del orden contencioso-administrativo defiende a los particulares de las tropelías que pueda cometer la Administración o depura las ilegalidades de sus reglamentos, ordenanzas

etc... si todo eso ocurre estamos ya justamente ante el Poder Judicial con todas las mayúsculas que queramos poner y todo el énfasis constitucional con que queramos subrayarlo, adornarlo y engrandecerlo.

Envolver este Poder formidable -la función estatal jurisdiccional- en un sistema de autogobierno -el cuerpo orgánico que le sirve de base- creyéndolo ingrediente indispensable para garantizar la independencia, es fabricar un trampantojo. Lo relevante, lo que en puridad importa es la independencia del juez de Astorga o de Cáceres, del magistrado del Tribunal Supremo o del de la Audiencia Nacional. Y ésta se asegura solo y exclusivamente si se respeta el régimen jurídico señalado.

¿Qué deberíamos hacer con el pomposo Consejo general del Poder judicial? Una solución radical consistiría en suprimirlo si hubiera una reforma constitucional. Devolveríamos al ministerio de Justicia lo que el Consejo se llevó con bellas promesas de separación de poderes e independencia judicial como esos novios que conquistan a una joven cándida con artificios engañosos que olvidan en cuanto consiguen sus torpes propósitos.

Añado: un Consejo de estas características es innecesario al no formar parte de las exigencias del guión de la división de poderes como demuestran las experiencias americana, inglesa, alemana o escandinava. En ellas esta figura simplemente no existe. Si, por escrúpulos, no queremos llegar hasta la extirpación ni a otras formas de cirugía invasiva, echemos mano de la cirugía estética. Podría consistir en un sencillo implante: la atribución sin más de sus competencias al presidente del Tribunal Supremo a quien

se dotaría de una oficina que se encargaría de la política de personal y de nombramientos (suprimidos los discrecionales, claro es) más los servicios de inspección y los disciplinarios.

Analicemos otra opción que podría contemplarse sin cambio constitucional. A lo largo de varios decenios se ha reformado el modo de elegir sus vocales en tantas ocasiones como cambios políticos han desfilado ante nuestros ojos. En la actualidad para figurar entre los doce miembros "judiciales", cualquier juez puede presentar su candidatura aportando el aval de veinticinco miembros de la carrera judicial o el de una asociación judicial. Cuando se ha comprobado la regularidad de todas estas candidaturas, se envían a los presidentes de las Cámaras para que éstas elijan por mayoría de tres quintos de sus miembros.

Este es el momento en el que se levanta el telón de las intrigas de suerte que puede decirse que en el seno del Consejo y, a lo largo de su vida, se han reflejado como en un espejo bien bruñido, las imágenes de quienes han dominado la escena española los últimos cuarenta años. Lo que propongo es que la selección, una vez comprobada la regularidad de las candidaturas y establecida una comparación de los candidatos en sede parlamentaria, se haga mediante sorteo. Análogo sistema se podría emplear en relación con los ocho juristas "de reconocido prestigio".

El hecho de que la democracia sea hoy solo la representativa y, ésta a su vez, la vinculada a los procesos electorales, es el resultado de una evolución histórica. De ahí la oportunidad de rescatar, desde los renglones lejanos de la Antigüedad clásica, un mecanismo como el sorteo para seleccionar algunos cargos públicos enriqueciendo así la caja de herramientas de la política contemporánea. Pues bien, el espacio donde este sistema del sorteo puede reve-

larse muy fecundo y un buen antídoto contra los riesgos del clientelismo partidista y de la corrupción es en organizaciones como esta de la justicia (por lo demás, ya se conoce a la hora de seleccionar los miembros del jurado que han de conocer de delitos relevantes).

Porque se convendrá conmigo que, garantizada la idoneidad de todos los candidatos, es indiferente la persona concreta que sea designada. Y el azar le proporciona la ventaja de poder ejercer su función en perfectas condiciones de independencia y por tanto libre de compromiso adquirido -explícito o implícito- con "dedo" alguno. Y otra ventaja relevante: para este empeño no necesitamos más que retocar unos Reglamentos, los de las Cámaras. La Constitución quedaría ajena a este trasiego.

Termino: asegurar la independencia judicial exige dotar al juez de un *status* regulado íntegramente por la ley donde no tenga cabida la discrecionalidad y además se halle desterrado el uso de la carrera judicial como trampolín para el salto a la política y el retorno después a lucir puñetas en un alarde de reputado artista circense. Asimismo es preciso derogar el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial referido al nombramiento de magistrados para las salas de lo civil y penal de los Tribunales superiores de Justicia que proponen las Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas, salas que conocen de los asuntos en que se ven involucrados los que gozan del privilegio del fuero según sus Estatutos.

Con estas correcciones -simples en términos de alta política- se daría un paso de gigante en la custodia de ese gran valor del Estado constitucional de Derecho que es la independencia judicial. ●

Palabras clave: Poder judicial, Independencia judicial, Reformas.

Keywords: Judiciary, Judicial independence, Reforms.

Es preciso derogar el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial referido al nombramiento de magistrados para las salas de lo civil y penal de los Tribunales superiores de Justicia que proponen las Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas

RESUMEN

La historia de la independencia judicial a lo largo del siglo XIX demuestra el entrometimiento político permanente en las instancias judiciales. El viento de la democracia no se llevó tales prácticas y algunas perviven hasta nuestros días. El autor propone correcciones con las que se daría un paso de gigante en la custodia de ese gran valor del Estado constitucional de Derecho que es la independencia judicial.

ABSTRACT

The history of judicial independence in the nineteenth century shows that political interference with judicial authorities was a constant feature. Those practices did not entirely come to an end with the onset of democracy, and some persist to this day. The author proposes changes which would involve a giant step forward in the safekeeping of the great asset of Constitutional rule of law, which is judicial independence.



OJALÁ TODOS
LOS CAMBIOS
FUERAN ASÍ

Con **la hipoteca**
CAMBIO DE CASA
podrás comprar tu nueva
vivienda mientras vendes
tranquilamente la antigua.

Pregunta en tu inmobiliaria.

CAMBIO DE CASA
la hipoteca.
para crecer



La “cuestión territorial” en Europa

Juan José López Burniol
Notario

El Notario del Siglo XXI N°82

Tras el suicidio de Europa

Cuenta George Steiner que, el año 1934, Thomas Mann escribió la necrológica de Sammi Fisher, su editor, un judío húngaro afincado en Berlín que había contribuido en buena medida a que Mann fuese un escritor conocido. Mann recordó entonces el diálogo sostenido con Fisher la última vez en que charlaron, meses antes, cuando el anciano estaba ya muy enfermo. Fisher expresó su opinión sobre un conocido de ambos: “No es europeo” -dijo Fisher, mientras movía negativamente la cabeza-. “¿No es europeo, señor Fisher? ¿Por qué no?”, preguntó Mann. “No entiendo nada de grandes ideas” -respondió Fisher-.

La unión de Europa es una gran idea europea alumbrada por europeos en circunstancias terribles, y que no todos los europeos entienden o -mejor aún- quieren entender y hacer operativa. Surgió en circunstancias dramáticas. Hay que imaginar lo que era Europa desde el Cabo Norte a Punta Europa, allá en Tarifa, y desde el Finisterre a los Montes Urales, la madrugada del 12 de mayo de 1945, el día siguiente a la rendición incondicional de Alemania ante los Aliados tras una guerra atroz de cinco años, precedida por una contienda civil española de tres. Era un escenario terrible de destrucción y muerte, en el que hombres y mujeres habían sufrido de manera increíble, hasta el punto de que, si todos los gritos de dolor y espanto proferidos durante aquellos años resonasen al unísono, el mundo entero sería incapaz de soportarlos. Fue entonces cuando europeos de toda laya -empresarios, intelectuales, político y sindicalistas- se juraron que aquel inenarrable desastre no podía repetirse jamás, y para ello concibieron un doble ideal: la unidad de



Europa, como antídoto para el enfrentamiento entre pueblos propiciado por el nacionalismo, y el Estado de bienestar, como antídoto para el enfrentamiento entre clases sociales. Tan es así, que Hannah Arendt recuerda las palabras que Georges Bidault, antiguo jefe de la Resistencia francesa y luego ministro de Asuntos Exteriores, dirigió poco después de la liberación de París a los soldados alemanes heridos y hospitalizados, expresando de manera breve y magnífica los sentimientos de quienes arriesgaron su vida frente a los nazis: “Soldados alemanes, soy el jefe de la Resistencia. He venido para desearles un pronto restablecimiento. Ojalá se encuentren ustedes pronto en una Alemania libre y en una Europa libre”. Es característico -apunta Arendt- que incluso en una situación semejante se persistiera imperturbablemente en la idea de Europa; unas palabras diferentes no hubiesen correspondido a la convicción de que la crisis europea era antes que nada una crisis de los Estados nacionales.

La idea de la unidad de Europa era tan fecunda que logró, al ponerse en marcha en su vertiente económica, un éxito innegable, al que deben los europeos más de medio siglo de paz y crecimiento económico. Pero, hoy, Europa se encuentra en una encrucijada. Está quedando claro que la unión económica no provoca, como una consecuencia necesaria, la unificación política. Es más: el paso de gigante que supuso la creación de una moneda única -el euro- ha puesto de relieve como Europa no es ni será viable sin unas instituciones políticas comunitarias con legitimación democrática directa y sometidas a un control democrático también directo, que puedan impulsar políticas dirigidas a hacer prevalecer el interés general europeo sobre los intereses particulares de sus Estados miembros. No será viable ni su moneda única. Así las cosas, tal vez sea bueno recordar una enseñanza que se halla en una de las raíces de la cultura europea: el Derecho romano.

La *societas* -sociedad- surgió en Roma como un contrato en el que varias personas ponían en común sus bienes, o parte de ellos, para obtener una ganancia también común. En esta figura -inspirada en parte por las sociedades mercantiles helenísticas para el comercio de esclavos o la recaudación de impuestos- se halla el germen de las sociedades mercantiles modernas, a las que se reconoce una personalidad distinta de la de sus socios y cuya esencia se halla en un triple rasgo: 1. Puesta en común de bienes. 2. Unidad de dirección. 3. Algún tipo de responsabilidad compartida, aunque sea limitada, por las deudas sociales.

La Unión Europea no escapa ni puede escapar, pese a su naturaleza política, de este esquema conformado por la tradición jurídica europea. Por consiguiente, solo habrá una auténtica Unión Europea si reúne estos tres requisitos: 1. Si pone algo en común: lo ha hecho en buena medida, al poner en común -cuanto menos- el mercado y la moneda -la divisa-, además de un presupuesto comunitario, bien es cierto que extraordinariamente parco. 2. Si existe unidad de dirección: no la hay suficiente, pues la UE carece, pese a la amplitud de sus competencias, de capacidad decisoria en diversos e importantes ámbitos que quedan reservados a los Estado miembros. 3. Si acepta la responsabilidad compartida por ciertas deudas: ni la acepta ni tiene, al parecer, intención de admitirla, con olvido de que es imposible una moneda única sin algún tipo de responsabilidad solidaria de los socios por las deudas de éstos, que sirva de garantía frente a terceros. Una garantía que haría posible, por ejemplo, la emisión de eurobonos.

La refacción de Europa

La historia es, con altibajos, un proceso de progresiva racionalización de la vida colectiva con arreglo al único criterio ético de validez universal no metafísico: que el interés general ha de prevalecer siempre sobre los intereses particulares. La progresión de este proceso se manifiesta en el hecho, claramente perceptible a lo largo de los siglos, de que cada vez son más amplios y extensos los ámbitos territoriales sujetos a una determinada ordenación racional: la tribu, la ciudad, el Estado y las uniones supraestatales, sin que pueda pensarse en llegar a un único ámbito mundial -un Estado universal-, dado el carácter binario -dialéctico- de la historia humana.

En este proceso de racionalización se incardina la paulatina conformación de la Unión Europea, surgida como reacción a la irracionalidad y vesania desencadenadas por la Primera y la Segunda Guerras Mundiales (una nueva “Guerra de los Treinta Años”), que fueron -de hecho- sendas guerras civiles europeas. No existe, por tanto, ninguna duda de que el objetivo último que perseguían los iniciadores de este proceso era llegar a constituir, con el tiempo, unos Estados Unidos de Europa. Pero -prudentes como eran a causa del desastre que vivieron y concedores de los atavismos nacionalistas que encarnan los Estados-nación europeos- promovieron inicialmente un mercado único, con la esperanza de que el roce provocado por éste facilitaría -primero- una mayor integración económica y -más tarde- una auténtica unión política.

Así, en esta línea de pensamiento y de acción, se implantó osadamente hace unos años, sobre la base de poco más que un mercado común, una moneda única -el euro-, a la espera de que detrás de ella se articularían necesariamente, por la misma fuerza de los hechos, unas políticas económica, fiscal y presupuestaria también compartidas. Todo ello, además, sin que existiesen previamente unas instituciones políticas comunitarias que hiciesen posibles aquéllas.

Pero ésto, que hubiese sido un milagro, no ha llegado a producirse. Y, de repente, estalló la última y profunda crisis económica, que cogió a Europa desvertebrada, es decir, sin las instituciones precisas y, por tanto, débil. Además, como sucede siempre, la enfermedad se ensañó con los miembros más endeble, esta vez bajo la forma de crisis de sus deudas soberanas. Ahora bien, si esta crisis se hubiese producido en el marco de una estructura federal o cuasi-federal, hubiera tenido una trascendencia limitada, similar a la de la quiebra de California, cuyos efectos han sido asumidos y neutralizados por la mera existencia del Sistema

La unión de Europa es una gran idea europea alumbrada por europeos en circunstancias terribles, y que no todos los europeos entienden o -mejor aún- quieren entender y hacer operativa

de Reserva Federal (FED). Pero la ausencia en Europa de una institución con competencias semejantes -en otras palabras, la falta de un Tesoro Europeo que controle y respalde a las diversas economías estatales- ha provocado que, al acometerse sin instrumentos adecuados la solución de los problemas surgidos, éstos se hicieran mayores, hasta llegar a una situación límite. El caso de Grecia -que suponía solo el 2% de la economía europea, frente al 18% de la americana que representaba la de California- es paradigmático.

El trance fue de una gravedad extrema y planteó, de forma abrupta, el problema de fondo en esta hora de la construcción europea: si existe o no una voluntad política para pasar de lo que es hoy la UE -una confederación de funcionamiento mejorable- a una federación con instituciones soberanas legitimadas democráticamente y sometidas a control democrático. Ha llegado para Europa el momento de la verdad: el de su refacción como un cuerpo político unitario. Se trata de una tarea que ha de ser obra de todos, pero en la que Alemania ostenta, por su hegemonía económica, una clara posición de liderazgo. Son explicables sus reservas: el recuerdo de la tremenda inflación de los años 20, la desconfianza por la falta de rigor fiscal de algunos países y, también, las ventajas puntuales que le brinda la actual situación. Pero ha de mirar a medio y largo plazo. De no hacerlo así, Europa se sumirá en el caos por tercera vez en poco más de un siglo. Y a la tercera va la vencida.

El retorno del pasado

La misma crisis económica que puso al descubierto las carencias institucionales y políticas de la Unión Europea produjo un segundo efecto que inicialmente no se percibió, pero que pronto cobró relevancia: una fuerte erosión de las clases medias (en las que descansa el buen funcionamiento de la democracia representativa) y un aumento de las desigualdades sociales. Se ha ido generando así, en los distintos países de la Unión, una situación no muy distinta a la de la Europa de los años 30, cuando las consecuencias de la crisis de 1929 propiciaron, junto con otros factores, una polarización social en torno a mensajes totalitarios, tanto a la derecha (fascismo) como a la izquierda (comunismo). En la actualidad, hay que añadir a este empobrecimiento de las clases medias y populares otros dos factores:



Frente a las incertidumbres, la gente busca refugio, aunque sea ilusorio.

los efectos de la globalización (entre ellos la deslocalización industrial) y el temor frente a una inmigración creciente, que -como siempre ocurre- afecta más duramente a los sectores más débiles de la sociedad. La concurrencia de todos estos fenómenos genera un creciente miedo al futuro en todas las sociedades europeas. No se trata tanto de la existencia de riesgos, que son previsibles y mensurables por naturaleza, sino de incertidumbres, que no pueden determinarse ni evaluarse. Y, frente a las incertidumbres, la gente busca refugio, aunque sea ilusorio. Un refugio que siempre se persigue, en cada país, de acuerdo con la idiosincrasia de éste. Así en Francia, país conservador donde los haya, muchos “indignados” apuestan por la extrema derecha de Marine Le Pen; en España, país con una cierta querencia “anarcoide”, votan a Podemos; y en Cataluña, al igual que en otros lugares de Europa, miran hacia atrás, hacia la Arcadia feliz de una Edad de Oro imaginada, profesan la fe nacionalista y buscan el amparo de un Estado propio ya existente o que se pretende crear de la nada. Una pura involución que, por otra parte, no es nueva en la historia. Así, tras la Revolución Liberal, se produjo una reacción legitimista que en España se encarnó en el carlismo; mientras que, en la actualidad, la globalización ha provocado también la oposición y el rechazo de amplios sectores de la población.

El nacionalismo supone, por tanto, una involución que va en sentido contrario a la tendencia a una progresiva formación de grandes uniones supraestatales como la Unión Europea, y es, además, un refugio coyuntural del populismo surgido tras la última crisis global. Las manifestaciones de este fenómeno son muy diversas: la victoria del presidente Trump en Estados Unidos (que acaba de

autodefinirse como nacionalista), el Brexit en Gran Bretaña (tan nostálgico de su “espléndido aislamiento”), la erosión democrática en Polonia y Hungría, y el secesionismo catalán (que ha sumado el impulso populista a una seria, fuerte y constante -más que secular- afirmación catalanista). En cualquier caso, todos estos fenómenos, en cuanto a Europa se refiere, suponen -incluida la formación de nuevos Estados por secesión de un Estado miembro- un paso atrás en el camino de la construcción europea, cuya idea germinal -recordémoslo- fue la superación de unos Estados-nación que habían llevado a Europa a su suicidio.

Los europeos han de tener muy presente, en estos momentos de zozobra, la aventura extraordinaria que constituye la construcción política europea, a partir de la desolación inmensa reinante en Europa tras su suicidio en las dos guerras mundiales. Y, al propio tiempo, tampoco han de olvidar que la Unión Europea es, en esencia, un proyecto político en el que la unión económica y monetaria no pasa de ser un instrumento al servicio de aquella. Este proyecto político de horizonte federal es, por tanto, incompatible con el populismo independentista allá donde éste se manifieste. De un modo casi testamentario dejó constancia de ello el presidente Mitterrand, en su discurso al Parlamento Europeo -en 1995-, cuando, teniendo presente la historia trágica de Europa, sentenció que “el nacionalismo es la guerra”. Por todo ello, lejos del rebrotar nacionalista, la Europa federal a la que se aspira no ha de apostar solo por proyecto polí-

Ha llegado para Europa el momento de la verdad: el de su refacción como un cuerpo político unitario

tico y económico, sino a la vez por un proyecto social que genere un sentimiento de pertenencia a la Unión hasta ahora inexistente.

Mucho se ha apelado a Europa en España durante los últimos años, con motivo del llamado por unos “problema catalán”, al que otros prefieren denominar “problema español”, el problema español de la estructura territorial del Estado, es decir, de la distribución del poder. Unos, insistiendo en la exclusión de Cataluña de la Unión en caso de proclamar unilateralmente su independencia; otros, dando por segura su permanencia en la Unión. Hay que recordarles a unos y otros que la Unión Europea es nuestra estación de destino, pero que los problemas internos debemos resolverlos entre nosotros y no pretender solventarlos remitiéndolos a una “instancia superior” como sería la UE. Indro Montanelli decía lo mismo respecto a Italia. De ahí la importancia de defender el “régimen del 78” y su piedra angular que es la Constitución que nos rige, que nos homologó con las democracias europeas y sigue siendo la base de nuestra ordenada convivencia. Atacar la Constitución es, por consiguiente, atentar contra los valores y principios que informan a la UE. Los problemas políticos hay que resolverlos políticamente. Así, la cuestión territorial ha de afrontarse con la ley como marco, la política como tarea y la palabra como instrumento. ●

Palabras clave: Unión Europea, España, Cuestión territorial.

Keywords: European Union, Spain, Territorial question.

RESUMEN

Mucho se ha apelado a Europa en España durante los últimos años con motivo del llamado por unos “problema catalán”, al que otros prefieren denominar “problema español”, el problema español de la estructura territorial del Estado, es decir, de la distribución del poder. Unos, insistiendo en la exclusión de Cataluña de la Unión en caso de proclamar unilateralmente su independencia; otros, dando por segura su permanencia en la Unión. Hay que recordarles a unos y otros que la Unión Europea es nuestra estación de destino, pero que los problemas internos debemos resolverlos entre nosotros y no pretender solventarlos remitiéndolos a una “instancia superior” como sería la UE. Los problemas políticos hay que resolverlos políticamente. Así, la cuestión territorial ha de afrontarse con la ley como marco, la política como tarea y la palabra como instrumento.

ABSTRACT

Many appeals have been made to Europe in Spain in recent years due to what is referred to by some as the “Catalan problem”, which others prefer to call the “Spanish problem”, or the Spanish problem of the territorial structure of the State, i.e. the distribution of power. Some have insisted that Catalonia would be excluded from the Union if it unilaterally proclaimed its independence; others assumed it would remain in the Union. Both sides need reminding that the European Union is our final port of call, but we must resolve our internal problems ourselves, and we should not try to resolve them by referring them to a “higher authority” such as the EU. Political problems must be resolved politically. The territorial question must therefore be addressed using the law as our framework, politics as our task and the word as our instrument.



Constitución, Autonomía, Derecho Privado y razón -o sinrazón- política

Ricardo Cabanas Trejo
Notario de Fuenlabrada

El Notario del Siglo XXI N°82

El presente trabajo solo es una breve reflexión -algo impertinente, sobre todo viniendo de un *parvenu* en estos temas- sobre cuestiones relacionadas con la Constitución Española -CE-, el Estado autonómico y el Derecho Privado, escritas al rebufo de dos recientes Sentencias del Tribunal Constitucional -STC-, en ambos casos por leyes emanadas del Parlamento de Cataluña.

La competencia en materia de legislación civil

La primera es la STC 95/2017 de 6 de julio, sobre la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código Civil de Cataluña -CCC-. Como cuestión previa se hace necesario recordar algo que debiera ser evidente y por ello un postulado indeclinable para cualquier legislador autonómico: el primer mandato inferido de la lectura del artículo 149.1.8ª CE es que se reserva al Estado en bloque la competencia genérica en materia de "legislación civil" y no solo respecto de las submaterias reservadas al Estado "en todo caso" que el precepto detalla a continuación. Consiguientemente, la competencia del Estado en materia civil es para la CE la regla general. Recordemos que la STC 31/2010 de 28 de junio salvó la constitucionalidad del artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cata-

luña -EAC-, sobre la base de condicionar su interpretación en los términos indicados, dejando muy claro que la "legislación civil", la materia civil, corresponde a la competencia exclusiva del Estado, sin perjuicio de la competencia autonómica para la "conservación, modificación y desarrollo" del Derecho Civil especial preexistente. Una interpretación *secundum Constitutionem* equivale a excluir la constitucionalidad de cualesquiera otras interpretaciones del texto, aunque sean admisibles en términos de estricta hermenéutica. Formalmente es desestimatoria del recurso, pero materialmente estima la inconstitucionalidad de los otros significados¹.

Destaco lo anterior, porque no parece que el legislador catalán se haya dado por aludido, al menos según resulta de las alegaciones de sus letrados en el procedimiento, quienes no sienten mayor empacho en invocar el voto par-

¹ Admitieron que esto era así, aunque en sentido muy crítico, EGEA, "Competencia en materia de Derecho Civil", *Revista Catalana de Dret Públic*, 2010, p. 344 ("de acuerdo con esta interpretación, la manera como el nuevo Estatuto ha asumido la competencia en materia de derecho civil no tiene -ni, por lo visto, puede tener- ningún tipo de consecuencia sobre el bloque de constitucionalidad"), y LLOVERES, "La competencia en Dret civil en la STC sobre l'Estatut", *InDret*, octubre 2010, p. 4 ("el TC... no té en compte la voluntat de l'Estatut i... podem entendre que queda declarada implícitament inconstitucional en acceptar-se, tot i dir el contrari, els principals motius del recurs d'inconstitucionalitat", p. 4). Mucho más ponderadas y certeras -y hasta proféticas, a la vista de lo sucedido años después- me parecen las observaciones de LLEBARÍA, "El desarrollo de un Derecho Civil de y para Cataluña: valor y función de la norma (entre la competencia legislativa y la legitimación social)", en AAVV, *Un codi per al Dret civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme?*, 2011, p. 119: "teniendo presente entonces que el TC no ha hecho más en 2010 que confirmar una doctrina que dejó sentada en 1993, numerosos juicios y críticas vertidas sobre el art. 129 del Estatut y sobre la sentencia no pueden por menos que dejar perplejo a cualquier observador que se precie de cierta imparcialidad. Porque una cosa es defender la plena constitucionalidad del art. 129, y otra muy distinta defender que esa debe ser la interpretación que el TC debía darle. Y lamentablemente esta última opción ha sido abanderada desde posiciones de alta responsabilidad política y hasta en el ámbito intelectual, lo que en coherencia obligaba a sus patrocinadores a deslegitimar tanto la decisión como la argumentación empleada por la sentencia 31/2010. Todo ello con el intencionado o negligente olvido de la doctrina establecida en 1993, y, por si fuera poco, de que esa doctrina, si bien contaba con detractores, había sido también sostenida por distintos autores de prestigio y de forma razonada. Tanto un mínimo conocimiento del método de interpretación jurídica como de la doctrina precedente del TC, imponía a cualquier observador no solo un respeto y cautela por la decisión final, sino, sobre todo, un cálculo de probabilidad de los riesgos. A cualquier abogado se le pide un mínimo juicio de pronosticación en la demanda judicial que se propone interponer, por lo que no se ve razón alguna de eximir de tal diligencia a los creadores de leyes. Pero si su omisión no es excusable, más grave me parece tratar luego de pulverizar su responsabilidad imputando la frustración y el presunto desaguizado a terceras personas o instituciones".



ricular a dos SSTC para sostener que la competencia autonómica es completa y no reducida a dicha "conservación, modificación y desarrollo" (STC 88/1993 de 12 de mayo -voto particular del Magistrado VIVER PI SUNYER- y STC 82/2016 de 28 de abril -voto particular del Magistrado XIOL RÍOS-). Por eso la STC que ahora me ocupa se ve en la necesidad de recordar su propia doctrina "mayoritaria" para rechazar la pretensión totalizante de la Comunidad Autónoma -CA-, tanto por la vía directa de reivindicar para sí aquella competencia completa, como por la más indirecta de sostener -otra vez- el carácter completo del Derecho Civil especial de Cataluña, pero ahora para que cualquier regulación innovadora aprobada por el legislativo autonómico presente -inevitablemente- la conexión exigida y así reputarla "desarrollo" de ese Derecho civil especial, o también por la mera invocación del principio de libertad civil como propio de ese Derecho. Como destaca la STC con rotundidad: "este planteamiento, en la medida que supondría por definición y de un modo apriorístico que cualquier crecimiento orgánico del

El primer mandato inferido de la lectura del artículo 149.1.8ª CE es que se reserva al Estado en bloque la competencia genérica en materia de legislación civil

Derecho civil catalán quedaría subsumido dentro del concepto constitucional 'desarrollo', sería tanto como afirmar que la competencia autonómica sobre el Derecho civil, fuera de los temas enunciados en el segundo inciso del artículo 149.1.8 CE, es ilimitada *ratione materiae*, que es precisamente el resultado que... rechazó la STC 31/2010 al interpretar el artículo 129 EAC".

No obstante, a pesar de rechazar estos argumentos generalistas de la parte recurrida, el TC salva la conexión con el Derecho catalán existente al tiempo de promulgarse la CE a través de las instituciones jurídicas de la enfiteusis y de la sustitución fideicomisaria. Para la STC: "la propiedad temporal que regula la Ley 19/2015 no supone la conservación o modificación de una institución existente en el Derecho civil especial de Cataluña, pues ha quedado claro que es una figura jurídico real que no estaba regulada en él al promulgarse la Constitución. Constituye, sin embargo, una actualización a las necesidades presentes de acceso a la vivienda de un principio preexistente en dicho ordenamiento, cual es la utilización de fórmulas de dominio dividido para facilitar el acceso a la propiedad.

Por esta razón la regulación recurrida debe calificarse, conforme a nuestra doctrina, como un supuesto de crecimiento orgánico del Derecho civil especial de Cataluña que resulta amparado por la competencia atribuida al legislador autonómico para el ‘desarrollo’ de su Derecho civil especial”.

La conexión de instituciones

Dos ideas saltan a primera vista. La primera, que algo de razón tenían aquellos Magistrados que en sus votos particulares a la STS 31/2010 se mostraron en contra de una solución meramente interpretativa para un precepto estatutario que *in actu oculi* resultaba abiertamente inconstitucional, por eso -quizá- hubiera sido preferible anularlo, al menos para que el legislador autonómico se diera por enterado². La segunda idea es que el TC hace una interpretación bastante generosa de la conexión de instituciones, hasta el punto de permitir un desarrollo casi ilimitado del Derecho propio de la CA. En los treinta años que he pasado como notario en activo en Cataluña he sido testigo de ese crecimiento exponencial de su Derecho especial, en términos que nunca han dejado de sorprenderme, siquiera sea por la comparación con el Derecho compilado que estudié en la Universidad de Barcelona al tiempo de entrar en vigor la CE (soy de la promoción 1977/1982 de su Facultad de Derecho). Por poner dos ejemplos, sigo sin ver qué conexión puede existir en materia de propiedad horizontal con el derecho catalán preexistente, sobre todo cuando el preámbulo de la Ley 5/2006 de 10 de mayo reconoce que adopta, actualizándolo, el modelo de la Ley estatal de 1960, “vigente en el momento de la aprobación de la presente ley”³, o por qué la Compilación del Derecho civil de Cataluña, que en el preámbulo de la Ley 3/2017 de 15 de febrero se reconoce apenas incluía disposiciones aisladas en materia de compraventa, particularmente relacionadas con la rescisión por lesión y la venta a carta de gracia, ofrece una conexión válida para regular, no solo esas figuras singulares, sino la compraventa en su conjunto, y para que se haga teniendo muy en cuenta el proceso de construcción del Derecho privado europeo de contratos. Sin un

acotamiento preciso y suficientemente justificado en cuanto a su extensión cualquier punto de apoyo, por nimio o insignificante que parezca, servirá para arrogarse la competencia para regular *in toto* la institución referida, aunque solo esté afectada incidental o muy parcialmente por la regulación pretérita, haciendo aplicación en el mundo del Derecho de la conocida ley de la palanca de ARQUÍMEDES.

En todo caso, de tener que asumir como inevitable una interpretación tan condescendiente con el desarrollo del Derecho civil especial, lo que ya resulta más discutible es que se haga de modo selectivo. En ese sentido causa auténtico pasmo que pocos meses después la STC 133/2017 de 16 de noviembre se mostrara mucho más cicatera con la CA gallega y su Ley 2/2006 de 14 de junio, en materia de adopción y autotutela, a pesar de la existencia de usos históricamente practicados en el territorio gallego conectados a instituciones familiares que habían cristalizado en normas legales. En su voto particular el Magistrado CONDE PUMPIDO no duda en denunciar que el TC se desvía de sus precedentes en la materia, y tras citar la STC 95/2017 concluye que la sentencia de la que discrepa puede, por tanto, “generar la impresión de que este Tribunal aplica distintas varas de medir cuando examina las conexiones de las legislaciones autonómicas en materia civil con las instituciones consuetudinarias de los territorios con Derecho civil foral o especial”. Al final resultará que el café es para todos, pero el carajillo solo para algunos.

La competencia legislativa en relación con las cláusulas abusivas

La segunda sentencia a la que me quiero referir es la muy reciente STC 54/2018 de 24 de mayo, que -creo- merece cierta atención, siquiera sea porque uno de los temas que enfrenta está detrás de un buen número de resoluciones de la DGRN, la mayor parte dictadas en recursos interpuestos por los -entonces- notarios de Torredembarra, yo mismo y mi compañera LETICIA BALLESTER AZPITARTE. El recurso de inconstitucionalidad se dirigió contra



El TC hace una interpretación bastante generosa de la conexión de instituciones, hasta el punto de permitir un desarrollo casi ilimitado del Derecho propio de la CA

dinero (pero referido a la fecha de devengo), y respecto de la cláusula suelo una exigencia de transparencia material reforzada en forma de la conocida expresión manuscrita⁴. Tampoco estoy en condiciones de afirmar que la discordancia con la ley estatal se buscara por el legislador catalán con algún propósito concreto, fuera del mero objetivo de ser diferente, tan grato nuestros a legisladores autonómicos. Así, respecto del interés de demora el Proyecto de Ley establecía el límite de 2’5 veces el interés legal del dinero, un poco en la línea de la Ley de Crédito al Consumo. Se presentaron cuatro enmiendas, ya con la LH reformada. En tres se subía el límite al triple, y en la cuarta se mantenía el inicial del 2’5, pero añadiendo esta última enmienda de forma expresa que sería el interés legal vigente en el momento de la firma del contrato, precisión que no estaba en el Proyecto. Las enmiendas no incorporan una justificación específica y tampoco el debate en el pleno del Parlamento arroja mucha luz, aunque un parlamentario de la CUP sí que se quejó abiertamente de que, al final, se habían limitado a copiar lo que hacía el Estado Español. Quizá no se percató de que hacían algo distinto, y sorprendentemente los Letrados de la parte recurrida han insistido en esa coincidencia en sus alegaciones al recurso⁵.

Como dije antes me tocó en suerte interponer el primer *-rectius*, primero de muchos- recurso gubernativo contra la calificación de un Registro de la Propiedad -RP- en aplicación de esa norma, en aquel caso por razón del interés de demora. En mi opinión la inconstitucionalidad de la norma catalana era “de libro”, y para probarlo basta citar alguna de las muchas SSTC en la materia, como la STC 157/2004 de 23 de septiembre: “la STC 71/1982, a pro-

varios artículos del Código de Consumo de Cataluña -CCC- tras su reforma por la Ley 20/2014 de 29 de diciembre, en particular el nuevo artículo 251-6.4 CCC cuando considera “abusiva” en el crédito/préstamo hipotecario la cláusula de interés de demora superior a cierto límite (tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma y no del devengo) y la cláusula suelo en determinadas condiciones. Esta reforma se produjo poco tiempo después de que el legislador estatal hubiera promulgado la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de un lado para establecer en ciertos casos en el artículo 114.II Ley Hipotecaria -LH- un límite al interés de demora de tres veces el interés legal del

² En su voto particular el Magistrado CONDE MARTÍN advierte que la CE cierra el paso a que Cataluña pueda asumir una competencia plenaria sobre el Derecho civil, esto es, extensible a todo el Derecho civil, y no a unas ciertas partes del mismo, y esto es cabalmente lo que pretendía el art. 129 EAC, por eso la técnica de la interpretación conforme con la CE podía caer en el riesgo de la inseguridad, al dejar márgenes abiertos para “una eventual interpretación de la interpretación”.

³ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *Las competencias legislativas en materia de derecho Civil (Art. 149.1.8º CE). El caso de la propiedad horizontal*, 2007, pp. 304-305: “que la materia propiedad horizontal constituye una materia o institución civil sobre la que ninguna CA puede ostentar competencia legislativa es una conclusión que resulta de dos hechos normativos notorios e irrefutables. En primer lugar, porque ... la propiedad horizontal nunca tuvo especialidad o particularidad normativa alguna en los Derechos forales o especiales ... En segundo lugar, porque desde la entrada en vigor de la Ley 49/1960 ... la materia ha estado regulada en nuestro ordenamiento jurídico por una ley extracodicial, esto es, por una ley civil especial o sectorial, de aplicación general y directa en toda España, sin excepciones en ninguna parte del territorio español”.

⁴ Debemos tener en cuenta el título competencial que invoca la Disposición Final -DF- 3ª de la Ley 1/2013: “esta Ley se aprueba al amparo de lo dispuesto en las reglas 6ª, 8ª, 11ª, 13ª y 14ª del artículo 149.1 de la Constitución Española, que atribuyen al estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil y procesal, legislación civil, bases de la ordenación del crédito, banca y seguros, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y hacienda general y Deuda del Estado, respectivamente”; no hay salvedad alguna a favor de las especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las CCAA, como sí hace, por ejemplo, la DF 32ª de la Ley Concursal. Por contraste, la Ley 20/2014 catalana se promulgó en uso de las competencias de la CA en materia de consumo, sin invocar las competencias en materia de Derecho civil del art. 129 de EAC; se dice en su preámbulo: “la reforma modifica la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, en uso de la competencia en materia de consumo que el artículo 123 del Estatuto de autonomía atribuye a la Generalidad y de acuerdo con lo establecido por los artículos 28, 34 y 49 del propio Estatuto, en el marco del artículo 51 de la Constitución, con relación a la actividad financiera de las cajas de ahorros y de las entidades de crédito a que se refieren los artículos 120.2 y 126.3 del Estatuto, respectivamente”.

⁵ De todos modos, en una comparecencia ante la Comisión competente de principios de 2014, el Registrador JOSÉ LUÍS VALLE, como portavoz de su colectivo profesional, ya les advirtió del conflicto que podía provocar esa discrepancia del Proyecto con la LH (tomado del Diario de Sesiones: “tendremos que la garantía hipotecaria ya no va a ser igual en todo el territorio y eso podría afectar a la unidad de mercado”).

pósito de la regulación de lo que deba entenderse por cláusulas contractuales abusivas en perjuicio del consumidor, consideró como de pertenencia estatal la normación de las condiciones generales de contratación o de las distintas modalidades contractuales... ya que el régimen de unas y otras materias, incardinado en la legislación civil... debe ser uno y el mismo para todo el territorio del Estado. No es, claro está, que a las normas autonómicas no les quepa disciplinar determinados tipos de venta o articular dispositivos preventivos o correctores de los eventuales abusos a que ciertos contratos puedan conducir. De lo que se trata es de que a través de tales normas no se produzca un novum en el contenido contractual o, en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas (STC 88/1986)".

Una interpretación conforme con la Constitución

Obviamente, el TC tiene el monopolio del juicio de validez de la Ley, pero el problema que en el caso se planteaba no era de validez de la Ley, sino de su aplicación en un ámbito muy concreto, el del RP, y en orden a una específica modalidad de inscripción. Si la CA solo puede legislar en el ámbito de su competencia, la normativa que promulgue también ha de ser interpretada y aplicada conforme con la CE, en este caso con la clara doctrina del TC, idea que tampoco habría de sorprender mucho si recordamos lo que dice el artículo 5.1 Ley Orgánica del Poder Judicial ("la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos"). Solo el TC puede darnos las pautas para interpretar las normas que integran el bloque de la constitucionalidad, pero ahora estamos ante la aplicación de una ley ordinaria.

Si prestamos atención al texto de la norma catalana, ésta no declara la invalidez de la cláusula por tal motivo, sino simplemente que "en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas". En otras palabras, no impone expresamente consecuencias civiles por su contravención. En cambio, sí que resulta su tipificación como infracción de consumo, con la oportuna sanción administrativa, que es precisamente la consecuencia prevista en el artículo 331-5.a) CCC, y estaría en línea con el objetivo proclamado en el preámbulo de "evitar cláusulas abusivas



Dirección General de los Registros y el Notariado.

en perjuicio de las personas consumidoras". Es decir, al menos en el ámbito registral, y sin prejuzgar una futura decisión judicial sobre la validez de una cláusula que infringiera la norma catalana, pero no la estatal, y que en ningún caso se vería obstaculizada por una previa inscripción -no convalidante-, cabe optar por la solución a primera vista más conforme con la doctrina del TC, que no permite imponer desde la CA nuevos condicionantes a la validez del contenido contractual, sin que ello suponga negar la validez de la norma legal, pero se ha de entender que a otros efectos.

La STC 54/2018 de 24 de mayo ha declarado la nulidad del artículo 251-6 CCC sobre la base de su reiterada doctrina en la materia

Imaginemos qué podría ocurrir si otras CCAA que tengan atribuida la competencia en materia de consumo -creo, son todas- empezaran a regular por su cuenta las cláusulas abusivas y lo hicieran en términos no coincidentes. Qué situación se crearía si una misma cláusula fuera inscribible en el RP de una CA, pero no en el de otra, y en ambos casos con expreso acatamiento a la normativa estatal. El resultado no parece muy conforme con los títulos competenciales invocados para la Ley 1/2013. Por supuesto, esta posible interpretación conforme con la CE a cargo de un centro administrativo como es la DGRN, para nada interferiría en el devenir futuro de un

recurso de inconstitucionalidad, o de no haberse interpuesto éste de una posible cuestión de constitucionalidad, pues el artículo 35 Ley Orgánica del TC, en la interpretación que hace del mismo el TC, se conforma con que la ley aplicable al caso pueda ser contraria a la CE, sin condicionar el planteamiento de la cuestión a la imposibilidad de la interpretación conforme con el texto de la CE (STC 273/2005 de 27 de octubre).

Por decirlo de forma resumida, con el recurso ante la DGRN solo se pretendía una solución provisional en el plano estrictamente registral para evitar el singular desconcierto que durante meses las notarías y los registros de Cataluña tuvimos que soportar por este tema, situación agravada por los seis meses de suspensión de la norma por razón del recurso del Gobierno de la nación y por la irrupción de la STS de 3 de junio de 2016 rec. 2499/2014 sobre el interés de demora. Al final la norma catalana solo sirvió para que los Bancos, a pesar de respetar escrupulosamente la nueva doctrina sentada por el TS, terminaran liándose con la cifra de responsabilidad hipotecaria cuando el interés ordinario era variable, pues además del incremento de dos puntos sobre el tipo máximo del ordinario, debían tener en cuenta el triple del interés legal en el momento de la firma (ley catalana), pero sin excluir la variación futura del mismo por razón de la norma estatal (ley estatal). Escrituras que han tardado meses en inscribirse, asientos de presentación caducados, clientes atónitos cuando les explicabas por qué tenían que firmar una rectificación. Añádase a eso, de haber tardado más tiempo el TC en resolver el recurso, el riesgo de metástasis territorial por el habitual efecto emulación entre parlamentos autonómicos.

La postura de la Dirección General

La Res. de 25 de septiembre de 2015 que puso fin a ese primer recurso parece compartir la premisa de partida, o al menos lo tiene muy claro para justificar su propia competencia; se dice en la resolución: "esas competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de consumo se circunscriben básicamente a la regulación de órganos y procedimientos de mediación, de los procedimientos administrativos de queja y reclamación, regulación de la información en materia de consumidores, y a los actos de

ejecución reglados que le atribuya la legislación estatal sobre la actividad de las entidades de crédito (arts. 123 y 126 del Estatuto de Cataluña). Congruentemente con este ámbito competencial, la legislación catalana no contiene normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos, sino que se limita a establecer unas sanciones en forma de multa e indemnización". Sobre esta base la DGRN considera "a primera vista" que esta materia de la fijación de los límites de los intereses moratorios corresponde a la legislación estatal, "dado que es el Estado quien ostenta competencias para garantizar la igualdad de todos los españoles

No es solo que los legisladores autonómicos estén dispuestos a desbocar sus competencias, es que muchas veces el Parlamento central se lo pone muy fácil cuando abdica de su obligación de legislar

en el ejercicio de sus derechos y sobre la legislación mercantil, civil-bases de las obligaciones contractuales- y de ordenación del crédito". Pero al final discrepa de mi recurso en la consecuencia, pues entiende que la norma catalana está vigente y en tanto no se anule por el TC se ha de aplicar por el RP, y como el RP solo puede aplicar consecuencias civiles, no hay más remedio que reconocerle ese tipo de consecuencias a la norma autonómica, y al no haberla fijado expresamente la Ley catalana solo cabe aplicar la misma que la ley estatal ha previsto para las cláusulas abusivas, es decir, la invalidez. El legislador autonómico no ha de molestarse en declarar que la cláusula es nula o no inscribible, pues ese resultado ya se lo proporciona el legislador estatal, por el mero hecho de haberla tipificado aquél como abusiva. A la ley autonómica le basta con esto, todo lo demás *va de soi*. Pero de este modo, aunque sea por vía indirecta, se introduce un *novum* en el contenido contractual o, en otros términos, se introducen derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas, que es justamente lo que rechaza el TC. No obstante, así será siempre que la norma autonómica y la estatal se puedan aplicar de forma "armónica y coordinada", y aquí está la trampa.

La decisión de la DGRN me llamó la atención, pues en otras ocasiones no ha tenido inconveniente en reconocer al RP la facultad de aplicar preferentemente la norma que corresponda de acuerdo con la distribución competencial, aunque esto supusiera dejar de lado la otra regulación (Res.de 4 de marzo de 2014), pero tampoco puedo decir que me sorprendiera. La liturgia que rodea nuestro RP hacía muy difícil que la DGRN le dejara al margen del festín hipotecario de las cláusulas abusivas, aunque de puer-

tas para adentro pensara que la norma era insostenible y estuviera deseando que se la cargaran antes de que la cosa fuera a más -el riesgo de metástasis antes señalado-. Mi sorpresa vino después, cuando la DGRN al resolver otros recursos fue dando contenido a esa exigencia de aplicación “armónica y coordinada”. Respecto del interés de demora las posteriores Ress. de 9 de octubre de 2015, de 10 de octubre de 2015, de 17 de noviembre de 2015 y de 9 de marzo de 2016 confirmaron el defecto porque la norma estatal no era aplicable, ahora bien, cuando por concurrir los requisitos de aplicabilidad ambas leyes confluyen, sí que lo revoca, pero no queda claro si lo hace por una razón de mera competencia (alude a “jerarquía normativa”), o simplemente porque existe la posibilidad de que la norma catalana sea menos favorable al prestatario, en cuyo caso se viene a reconocer la competencia autonómica, pero solo por razón del resultado final (Ress. de 10 de noviembre de 2015 y de 4 de enero de 2016).

Es decir, la norma catalana no puede hacer válido lo que es inválido según la ley estatal, pero sí a la inversa, lo que es tanto como reconocer la prevalencia de la norma estatal, pero solo a medias, en el sentido de la prohibición, no de la permisón. Para la DGRN una ley autonómica más restrictiva no hace imposible la aplicación de la norma estatal, pues de la prohibición acotada a ciertos casos de esta última no es deducible una admisión en sentido contrario (en términos deónticos, permitiría lo que no prohíbe). De ser así la norma autonómica prohibiría lo que la norma estatal acepta, en cuyo caso no aplicaría la segunda en su vertiente de permisón implícita, y esto también supone infringir la jerarquía normativa invocada. Sin embargo, para la DGRN no existe esa permisón, solo una prohibición concreta, que puede convivir armónicamente con otras prohibiciones, aunque provengan de una instancia legislativa cuya competencia para dictarlas no parece reconocer la DGRN. En el fondo, la misma interpretación conforme con la CE que previamente ha dicho que el RP no puede hacer, pero disfrazada bajo la apariencia de la aplicación solo de la norma más favorable al consumidor, como si el legislador autonómico estuviera desarrollando la legislación básica del Estado, cosa que puede hacer, pero no mediante normas civiles. Esta desactivación encubierta de la norma autonómica aún se hace más evidente en el caso de la cláusula suelo, donde la DGRN incurre en la incoherencia

de negar el único efecto civil que según sus propias premisas debería resultar de la calificación como abusiva de la cláusula (éste es el nombre que le ha dado el CCC), que solo puede ser su exclusión del contrato (art. 83 Ley General Consumidores y Usuarios), y en su lugar lo convierte en un tema de mera transparencia que salva con la expresión manuscrita, aunque la cláusula sea abusiva para el CCC (Ress. de 9 de octubre de 2015 y de 21 de diciembre de 2015). La DGRN se habría evitado todas estas incongruencias dejando muy claro que cada Ley fija sus propias consecuencias, pero con arreglo a la competencia que tiene atribuida. Es decir, las de naturaleza civil de la ley estatal solo son para “sus” cláusulas abusivas, mientras que las de la ley autonómica habrán de discurrir en el plano del derecho administrativo sancionador.



Al final el tema ha quedado solucionado en el sentido que era de esperar. Con inusitada rapidez, sobre todo si tenemos en cuenta que aún no se ha resuelto el recurso contra la Ley madrileña 1/2012 de 26 de marzo, la STC 54/2018 de 24 de mayo ha declarado la nulidad del artículo 251-6 CCC sobre la base de su reiterada doctrina en la materia, insistiendo en que “establecer a través de un sistema de listado de exclusiones lo que se entiende por cláusulas abusivas en un determinado tipo de contrato, tratándose de un tema capital del derecho de contratación, queda comprendido dentro del título competencial del artículo 149.1.8 CE que requiere regulaciones uniformes en todo el territorio, por lo que ha de prevalecer sobre el título competencial más genérico de defensa del consumidor y del usuario”.

La incertidumbre de la razón política

Ahora bien, para nadie es un secreto que los criterios de oportunidad política muchas veces preponderan a la hora de interponer el recurso de inconstitucionalidad. Imaginemos por un momento que la razón política hubiera llevado a la no interposición de este recurso o a desistir del mismo, máxime a la vista de la pacata doctrina sentada por la DGRN en la aplicación “registral” de la norma ¿en qué situación se encontraría el mercado hipotecario español a la espera de que en algún momento se planteara una cuestión de constitucionalidad? Afortunadamente es política ficción, pero a juzgar por las fechas ha sido por muy poco que este recurso no entrara en una posible negociación dirigida a “desinflamar” la cuestión catalana⁶.

De todos modos, esta segunda sentencia obliga a llamar la atención sobre otra circunstancia. No es solo que los legisladores autonómicos, ciertamente algunos más que otros, estén dispuestos a desbocar sus competencias sin prestar demasiada atención a los límites que les marca la CE y su máximo intérprete, es que muchas veces el Parlamento central se lo pone muy fácil cuando abdica de su obligación de legislar. Así el retraso en la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/17/UE, sobre los Contratos con los Consumidores para Bienes Inmuebles de Uso Residencial, cuyo Proyecto de ley lleva meses dormitando en la Comisión de Economía del Congreso de los diputados, fue aprovechado por las CCAA de Cataluña y de Andalucía, que no dudaron en invocar esa Directiva en el Preámbulo de sus respectivas leyes⁷.

En su *Informe sobre España* el profesor MUÑOZ MACHADO no duda en calificar el Título VIII de la CE de “desastre sin paliativos”, con un reparto de competencias hecho con muy poco rigor y bastante ingenuidad, que restaba a la espera de la simétrica apropiación de competencias por la otra parte en los respectivos EEA, muchas veces

acometida sin otro objetivo estratégico que abarcar todo lo que fuera posible y con un uso espurio de la conocida cláusula “sin perjuicio”. La resolución de los más que previsibles conflictos se ha dejado a la intervención del TC, y en paralelo al pastero político que las circunstancias de cada caso hiciera más conveniente a los sujetos implicados. A estas alturas, como señala IGLESIAS GONZÁLEZ, “la situación actual de la producción normativa en España resulta... sencillamente poco razonable, por utilizar una expresión suave [n]o solo es un problema de volumen legislativo, también es un problema cualitativo, y la unión de los dos provoca una evidente inseguridad jurídica para los ciudadanos, además de afectar de forma evidente a la unidad de mercado”⁸.

El lector me permitirá que acabe con un autoplagio, del todo legítimo pues se hace con cita expresa. Uno de los ejemplos que en este tema siempre me ha resultado más curioso es el de las sociedades cooperativas. Como

el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, y las sociedades cooperativas tradicionalmente se ha entendido que no son sociedades mercantiles, algunas CCAA no dudaron en atribuirse competencia en la materia. Cuando la CA vasca promulga en el año 1982 la primera Ley autonómica de cooperativas, al TC se le plantea el problema de determinar su alcance; para la STC 72/1983 de 29 de julio: “si la regulación de las cooperativas hubiera de calificarse de mercantil y si, por ello, hubiera de sostenerse la conclusión de que la CA no tiene competencia legislativa en la materia, habría de afirmarse simultáneamente que la inclusión de la competencia en el artículo 10 EA no era correcta, ya que corresponde a las incluidas en el 11 o 12. Por ello, ha de afirmarse que el mencionado artículo 10.23 atribuye a la CA competencia para regular por Ley las cooperativas, con el alcance territorial que luego se verá.

Para nadie es un secreto que los criterios de oportunidad política muchas veces preponderan a la hora de interponer el recurso de inconstitucionalidad

⁶ Describe muy bien la situación general, GÓMEZ DE LA ESCALERA, cit, p. 28: “el recurso directo de inconstitucionalidad resulta, en la práctica, un recurso de existencia eventual, ya que su formulación, desgraciadamente, viene marcada más que por criterios de estricta legalidad (constitucionalidad), por criterios de oportunidad política, dada la naturaleza política de los sujetos u órganos que ... están legitimados para la interposición ... Este contexto político condiciona tanto la interposición como el mantenimiento posterior de los recursos ... formulados, lo que explica que algunos recursos de inconstitucionalidad que, a la luz de la estricta legalidad constitucional, resultarían de ineludible formulación, sin embargo no se interpongan, como sucede con la regulación sobre la propiedad horizontal catalana que nos ocupa o que, incluso, algunos recursos que se llegaron a interponer, luego, por el nuevo clima político, terminen sin una sentencia de fondo por causa del desistimiento del recurrente”.

⁷ Todo hay que decirlo, siendo Andalucía bastante más respetuosa con la distribución de competencias, como destaca en el Preámbulo de la Ley 3/2016 de 9 de junio: “resulta necesario destacar que la protección prevista en esta ley se asegura solo con medidas administrativas y, por tanto, no suponen ninguna obligación civil o mercantil. Circunscribiéndose al ámbito propio de la defensa de las personas consumidoras y usuarias, ejercitable por competencia propia a esta comunidad autónoma”.

⁸ “Una crítica del reparto de competencias en la Constitución, su desarrollo y alguna sugerencia”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 28, 2013, p. 153; los datos numéricos que ofrece el autor sobre la actividad normativa comparada del Estado y de las CCAA entre los años 1978-2008 son bastante reveladores.

Conclusión a la que conduce la interpretación sistemática de los preceptos de la CE y del EA, situado en el marco constitucional, y que prescinde de cualquier posición doctrinal acerca de si las cooperativas han de calificarse o no como Sociedades mercantiles, ya que la interpretación ha de situarse en el contexto del ordenamiento vigente”. Eso es lo que se llama un gol por toda la escuadra.

Salvo error al contar, llevamos ya trece leyes autonómicas de cooperativas (no tengo en cuenta que algunas CCAA ya van por la segunda). Con ocasión de estudiar la problemática de la subdivisión de las masas en el concurso de acreedores, tuve que prestar atención al tema de la sociedad cooperativa en formación e irregular y para ello examinar todas esas leyes; llegué entonces a la siguiente conclusión: “realmente causa pena el estado de nuestra legislación cooperativa en esta materia. Poco acertado ha estado el legislador estatal, pero cuando se añaden las ocurrencias de otra decena larga de legiferantes, el resultado final acaba siendo estremecedor. Normas tomadas de aquí y de allá, unas veces de la entonces vigente LSA, otras de una o de varias leyes de cooperativas, ya fueran del Estado o de otra CA, sin haber entendido muy bien su sentido, entrelazadas de forma caótica, formando un panorama donde no se sabe muy bien cuál es el supuesto de hecho y cuál la consecuencia jurídica”⁹. Quizá ya sea el momento de plantearse si la rica variedad legislativa no ha dejado paso al caos normativo, en este y en otros temas. ●

Palabras clave: Comunidades Autónomas, Cataluña, Reparto de competencias, Derecho civil.

Keywords: Autonomous Communities, Catalonia, Distribution of powers, Civil Law.



⁹ Régimen de gananciales y concurso de la persona física (la división de las masas en la LC), 2012, p. 596.

RESUMEN

El presente trabajo examina con sentido crítico el actual reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con el Derecho civil, o mejor cómo algunas Comunidades llevan al límite esa competencia, en términos que fuerzan la interposición del oportuno recurso de inconstitucionalidad. Se presta también especial atención al tema de los consumidores y las cláusulas abusivas, en relación sobre todo con la abundante doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado y el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el Código de Consumo de Cataluña.

ABSTRACT

This article is a critical examination of the current distribution of competences between the Spanish Government and those of the Autonomous Communities relating to civil law, and how some Communities appropriate these competences to their maximum limits, in ways that leave no alternative to filing the appropriate appeal on the grounds of unconstitutionality. The article focuses particularly on the issue of consumers and abusive clauses, especially as regards the extensive doctrine established by the General Directorate of Registries and Notaries, and the recent ruling by the Constitutional Court on the Consumer Code of Catalonia.

La crisis de los 40



Aurora Nacarino-Brabo
Politóloga

El Notario del Siglo XXI N°82

El momento de politización más importante para mi generación fue el 15M. Aquel movimiento aglutinó las frustraciones y el malestar de una generación que transitaba a la edad adulta en medio de un huracán económico y que manifestó en las plazas de toda España su despertar político. La crisis financiera global había evolucionado hacia una crisis política y social que exhibía un sesgo de edad evidente: los jóvenes aparecían como los perdedores del sistema.

Durante los años de la crisis se destruyó, como ha explicado Kiko Llaneras, un 11% del total de contratos indefinidos en nuestro país. Esa cifra casi se multiplicó por cuatro para los empleos temporales y por seis en el caso de los temporales jóvenes: casi dos tercios de ellos se quedó sin trabajo. Juventud significaba temporalidad, y temporalidad significaba paro y precariedad.

Había, por tanto, razones para ese malestar generacional que primero se expresó en las calles, y que después se articularía institucionalmente para transformar el sistema de partidos que había protagonizado nuestro parlamentarismo desde el fin de la Transición. Las elecciones de 2015 significaron la quiebra del bipartidismo y la irrupción de nuevas dinámicas políticas. A las viejas siglas de PP y PSOE les aparecieron dos nuevos competidores, uno en la izquierda del eje ideológico y otro en el centro.

La irrupción de Podemos y Ciudadanos introdujo cambios en la formación de gobiernos y mayorías, hasta entonces protagonizadas por un solo partido que, bien valiéndose de una mayoría absoluta, bien apoyándose en formaciones periféricas o minoritarias, se las arreglaba para configurar un gobierno robusto y estable. El tránsito del bipartidismo al pluripartidismo obligaba a replantear la estrategia de alian-

zas. Algunos saludaron un modelo que permitiría articular mayorías gracias a la suma de tres grandes partidos de ámbito nacional, disminuyendo el poder de los partidos nacionalistas de condicionar la política estatal. Otros, menos optimistas, advirtieron de los riesgos para la estabilidad del sistema que plantearía el nuevo modelo.

Unos y otros tenían algo de razón. El fin del bipartidismo significaba que ya nadie podría gobernar de espaldas a la mitad del país merced a una mayoría robusta. El parlamento fragmentado obligaba a dialogar, negociar y llegar a acuerdos con partidos rivales, y eso parecía saludable. Pero la falta de práctica también podía conducir a la intransigencia, la parálisis y la inestabilidad política.

Efectivamente, transitar del bipartidismo al multipartidismo exigía un aprendizaje que en el caso de nuestro país, nos costó una repetición electoral y la inauguración de una legislatura accidentada. Por otro lado, la fracasada investidura de Pedro Sánchez, que había llegado a un acuerdo de gobierno con Ciudadanos, parecía una señal de cuán difícil iba a resultar poner de acuerdo a tres de los cuatro grandes partidos para formar gobierno. Esto significaba que, *de facto*, no podíamos más que aspirar al acuerdo de dos grandes partidos, lo cual recuperaba el papel bisagra de los nacionalistas.

¿Qué acuerdos a dos eran posibles en el posbipartidismo? Un acuerdo bajo el consenso constitucionalista entre PP y Ciudadanos, un acuerdo bajo un consenso progresista entre PSOE y Podemos, o un acuerdo bajo un doble consenso, constitucional y progresista, entre PSOE y Ciudadanos. En los tres últimos años hemos asistido a las tres modalidades de pacto. Ya hemos dicho que el acuerdo PSOE-Cs fracasó y que dio origen a una repetición electoral que beneficiaría al PP, inclinando la balanza hacia un nuevo entendimiento entre PP y Cs. El

Las elecciones de 2015 significaron la quiebra del bipartidismo y la irrupción de nuevas dinámicas políticas. A las viejas siglas de PP y PSOE les aparecieron dos nuevos competidores, uno en la izquierda del eje ideológico y otro en el centro

nuevo acuerdo renunciaba a la dimensión progresista que había caracterizado el pacto “reformista y de progreso” suscrito entre Sánchez y Rivera, pero conservaba el consenso constitucionalista, que a la postre sería crucial para afrontar la crisis catalana de otoño del 17.

Sin embargo, la sentencia de la Gürtel precipitó una moción de censura que nos llevaría por unos derroteros políticos desconocidos. El fracaso de la investidura de Sánchez había dado lugar a su defenestración política. Sin embargo, Sánchez se las había apañado para volver por sus fueros ganando unas primarias contra el aparato y blindando después su poder al frente del PSOE. Ahora sí podría intentar lo que su partido no le había permitido antes: buscar un acuerdo con Podemos y las fuerzas nacionalistas.

Este acuerdo daba lugar, por primera vez, a un gobierno que se había configurado fuera del consenso constitucional del 78. Podemos se ha referido al marco que regula la convivencia en España como el “régimen del 78” y ha reiterado su voluntad de emprender un “nuevo proceso constituyente” que supere el ordenamiento actual. Por su parte, varios de los partidos nacionalistas implicados en el acuerdo que ha permitido el gobierno de Sánchez no solo son ya declaradamente independentistas, sino que son los protagonistas del golpe contra el orden constitucional perpetrado en Cataluña hace un año.

Hay un hilo conductor que permite unir esta serie de sucesos que hemos referido: la crisis económica, la crisis generacional, la crisis política, el fin del bipartidismo y la formación de un gobierno inédito tras los márgenes del consenso constitucionalista.

Y este hecho insólito coincide en el tiempo con los fastos del cuarenta aniversario de nuestra Constitución de 1978. Es cierto que el momento de máxima gravedad constitucional parece superado. El Estado de derecho consiguió doblegar la insurrección que entre septiembre y octubre del año pasado llevó a la demolición de las instituciones para el autogobierno catalán, a la suspensión de la aplicación de las leyes autonómicas y constitucionales y, en último término, a la proclamación de una independencia en suspenso. La restauración del orden fue posible, artículo 155 mediante, gracias, precisamente, a un gran acuerdo a tres partidos dentro del consenso constitucionalista. La unidad de los partidos fue decisiva, pero solo posible gracias a un concurso más amplio: el de todos los poderes del Estado y la sociedad civil.

El mensaje del rey había trazado una línea de unidad a PP, PSOE y Ciudadanos, en un momento en que el gobierno de Rajoy parecía sobrepasado por la situación y el PSOE amenazaba con reprobación a la vicepresidenta por la actuación policial del 1 de octubre. Al papel de la corona



El movimiento 15M aglutinó las frustraciones de una generación.

hay que sumar la actuación de los jueces, a los que demasiadas veces se sobrecargó con el fin de eludir decisiones que también debían ser políticas. Fue muy revelador que las empresas emprendieran un éxodo ante la inestabilidad política y la inseguridad jurídica que se anunciaba. Por último, pero no menos importante, fue decisivo que la sociedad catalana rompiera la espiral de silencio para desfilar masivamente por las calles de Barcelona en defensa de la unidad territorial y la Constitución.

Un año después, esa urgencia ha quedado atrás. Los principales cabecillas del golpe se encuentran en prisión a la espera de juicio o bien prófugos de la justicia, y nada sugiere que pueda producirse una nueva quiebra de la legalidad equiparable a la de entonces. Sin embargo, quizá siga habiendo razones para decir que vivimos un momento de crisis constitucional.

Esa crisis se expresaría en la vía emprendida por el sanchismo para gobernar por medio de una alianza con los impugnadores del modelo del 78. No obstante, es preciso señalar que esa crisis no guarda relación con el contenido constitucional o con el agotamiento del modelo, sino, más bien, con la irrupción de actores o el cambio de posición de formaciones que cuestionan la validez de las reglas del juego que los españoles votaron y aprobaron masivamente en referéndum hace 40 años.

Ninguno de los grandes retos que afronta nuestro país exige una reforma inevitable de nuestra Constitución de 1978. Ni la dualidad que condena a nuestros jóvenes al desempleo y la precariedad, ni la crisis territorial catalana, ni las urgentes tareas de regeneración y despolitización de las instituciones que otra vez han puesto a nuestros jueces a los pies de los caballos, ni la reforma electoral que tantas veces se reivindica en las calles hacen necesaria una revisión del texto constitucional. Decía Raymond Aron que las crisis constitucionales suceden cuando la discusión política no transcurre *dentro* de las reglas del juego, sino *sobre* las reglas del juego. Y los socios del presidente Sánchez ponen en cuestión precisamente esas reglas del juego.

¿Es posible una reforma constitucional que permita incorporar a esos sectores al consenso constitucionalista? Es difícil pensar que unas formaciones abiertamente independentistas puedan encontrar acomodo en el texto constitucional español, que en ningún caso podrá reconocer la posibilidad de la secesión. Es también improbable que Podemos abandone su demanda de un nuevo proceso constituyente para apoyar una reforma del texto constitucional que goce de un amplio consenso.

Sí es posible, sin embargo, que una parte de los electorados de estos partidos pudiera sentirse atraída por una reforma constitucional que incorpore el reconocimiento de ciertos derechos sociales, la reforma del título VIII de la norma, la supresión de la prioridad del varón sobre la

Nadie debería abrir la caja de los truenos de una reforma constitucional sin la certeza de poder llegar a un acuerdo tan amplio como el que se celebró hace 40 años

mujer en la sucesión al trono o la ciudadanía europea. Y, desde luego, es imprescindible que todos los partidos interioricen la necesidad de respetar las reglas del juego, bien por convicción, bien por estrategia, bien por mediación de la coerción que sigue al quebrantamiento de la legalidad.

Las constituciones más longevas son aquellas que tienen la flexibilidad suficiente para adaptarse a los cambios políticos y sociales y evolucionar con su tiempo. En ese sentido, sacralizar la Constitución es tanto como convertirla en cristal: es hacerla rígida y frágil. Sin embargo, nadie debería abrir la caja de los truenos de una reforma constitucional sin la certeza de poder llegar a un acuerdo tan amplio como el que se celebró hace 40 años.

Esa posibilidad no se anuncia en el horizonte, así que, por el momento, haremos bien en celebrar el cumpleaños del texto que inauguró el tiempo más próspero de la historia de España. Hoy, nuestra norma fundamental atraviesa su particular crisis de la mediana edad: enseña algunas arrugas y una barriguita incipiente, clarea la coronilla, luce plateado el pelo sobre las sienes, cuenta estrías, experimenta la gravedad newtoniana y esa dichosa celulitis. Algunos dirán: “Que nos quiten lo bailado”, y otros opinarán que es hora de retirarse. Yo, en cambio, les digo: cálcense las botas, que toca seguir bailando. ●

Palabras clave: Constitución española, Crisis, Reforma, Pluripartidismo.

Keywords: Spanish Constitution, Crisis, Reform, Multi-party system.

RESUMEN

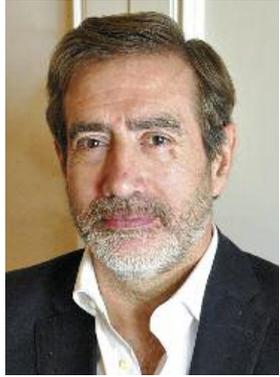
Las constituciones más longevas son aquellas que tienen la flexibilidad suficiente para adaptarse a los cambios políticos y sociales y evolucionar con su tiempo. En ese sentido, sacralizar la Constitución es tanto como convertirla en cristal: es hacerla rígida y frágil.

Por el momento, haremos bien en celebrar el cumpleaños del texto que inauguró el tiempo más próspero de la historia de España. Hoy, nuestra norma fundamental atraviesa su particular crisis de la mediana edad: enseña algunas arrugas y una barriguita incipiente, clarea la coronilla, luce plateado el pelo sobre las sienes, cuenta estrías, experimenta la gravedad newtoniana y esa dichosa celulitis. Algunos dirán: “Que nos quiten lo bailado”, y otros opinarán que es hora de retirarse. Yo, en cambio, les digo: cálcense las botas, que toca seguir bailando.

ABSTRACT

The longest-lived constitutions are those that are flexible enough to adapt to political and social changes and evolve as times change. This means that consecrating the Constitution is like turning it into glass: it makes it brittle and fragile.

For the time being, we would do well to celebrate the anniversary of the text that began the most prosperous period in Spain's history. Today, our Constitution is going through its own midlife crisis: it has a few wrinkles and its belly is beginning to sag, the top of its head is shiny, its hair is silvery around the temples, it has stretch marks, it is suffering from Newton's law gravity and cellulite. Some people will say: "it was worth every minute," and others will think it's time to retire. But I say "let's not stop now, we're just getting started."



Ignacio Gomá Lanzón
Notario de Madrid

El notario: de órgano preconstitucional a ¿poder legitimador?¹

El notario y los valores constitucionales

El Notario del Siglo XXI N°82

Una importante efeméride como lo es el cuadragésimo aniversario de la Constitución española merece los elogiosos comentarios que sin duda motivará, y las propuestas de reforma o mejora que probablemente suscite. Pero en una revista como la presente será también inevitable una referencia, aunque sea modesta y mínima, a la relación que la profesión notarial haya podido tener con la Constitución, el encaje que en ella le corresponda y el papel que hay podido tener en el desarrollo de sus valores y el cumplimiento de sus normas.

El encaje del Notariado entre los poderes constitucionales

Pero no es fácil la tarea, pues pareciera que Constitución y Notariado tuvieran una relación esquiva y distanciada; aunque de ser así no sería por el Notariado, siempre respetuoso con los requerimientos y preocupaciones de aquella, y atento a sus necesidades, sino por la Norma Madre, más atraída por otros de sus hijos, instituciones de mejor ver y quizá, en sus pensamientos, de mayores posibles y proyección. Sus antepasadas tampoco le hicieron mucho caso. Solo la Constitución de 1812 se acordó de los escribanos aunque, lamentablemente, solo fue para incorporar en su artículo 100 una especie de modelo de poder para usar con ocasión de las elecciones. Poco reconocimiento reducirnos a formulario. Ni siquiera el título de Notario Mayor del Reino está constitucionalizado, pues es el artículo 9 de nuestra vetusta Ley Orgánica del Notariado la que lo otorga al Ministro de Gracia y Justicia. El Notariado lleva discretamente esta preterición de las modernas Leyes Supremas. Su ego está cubierto con el reconocimiento de las leyes más antiguas, como las Partidas.

El notario no es un policía, pero lucha contra el blanqueo de dinero; no es un juez, pero proscriba prácticas ilegales; no es un inspector de Hacienda, pero ayuda a la regularidad fiscal; no es un abogado, pero asesora a las partes para la consecución de sus fines lícitos...

La Constitución de 1978 menciona en su articulado a diversas instituciones sociales que considera relevantes (la Iglesia, los sindicatos, las organizaciones empresariales y profesionales) y lógicamente contempla con más detalle la organización del Estado, porque precisamente es esa una de sus finalidades. Pero no es fácil encuadrar la función notarial dentro de las áreas que regula la Constitución. Y no lo es porque la propia naturaleza del Notariado es híbrida y mestiza. “Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho”, dice el artículo 1 de nuestro Reglamento, mostrando una acción poco frecuente, e incluso quizá *frankensteiniana*, de funciones, unas públicas y otras privadas, que nos llevan, por un lado, a estar encuadrados en el Ministerio de Justicia, pero que, por otro, nos permiten vivir de quienes requieren nuestro ministerio; o a tener limitada la competencia, y a la vez ser responsables económicamente de nuestra actividad.

Pero, si bien como institución social que no formara parte del Estado el Notariado bien podría ser ajeno a la Constitución, sí cabe plantearse en qué área hubiera de estar encuadrado como funcionario público, pues



como tal le reconoce el artículo 1 de la Ley Orgánica del Notariado y el mismo artículo del Reglamento Notarial. Porque, ¿qué tipo de funcionario es? ¿A qué poder del Estado debería entenderse que corresponde? o, mejor ¿cuál de las funciones -ejecutiva, legislativa o judicial- ejerce? Por un lado, el notario se encuentra adscrito al Ministerio de Justicia, y concretamente a la Dirección General de los Registros y del Notariado y, desde este punto de vista, pudiera entenderse que corresponde al Poder Ejecutivo, al estar ejerciendo una función administrativa. Algunos antiguos notarialistas así lo creyeron.

Pero, desde otro punto de vista, cabría entender que en realidad su función se aproxima más a la jurisdiccional, y concretamente a la jurisdicción voluntaria. De hecho, hay autores, como Lavandera y Bellver Cano, que defendieron esta postura a principios del siglo XX y, de alguna manera, el artículo 3 del Reglamento Notarial parecía confirmar esta tesis al calificar al notario como “órgano de jurisdicción voluntaria”; precepto este clarividente pues cuando se promulgó no había duda de que no éramos tal cosa, pero sus afirmaciones han resultado premonitorias porque en 2015 la Ley de Jurisdicción Voluntaria tuvo a

La del notario no es la seguridad del tráfico, más propia del negocio abstracto que del causal, o del predominio de lo declarado sobre querido, o de la inscripción, como triunfo del propietario diligente sobre el real

bien adjudicarnos numerosos expedientes de esta jurisdicción que hasta ese momento habían correspondido a la Judicatura. Es más, cabría decir que, de alguna manera, esta norma cambió nuestra función, porque con la atribución de dichos expedientes puede entenderse que, de alguna manera, aumentó cualitativamente nuestras funciones, al incrementar la potestad de realizar los juicios y calificaciones que hasta ese momento se realizaban, pero también la de efectuar valoraciones y tomar ciertas decisiones, más propias de la Judicatura. Ahora bien, desde el momento en que tales funciones son oficialmente nuestras, la aproximación a la función judicial decae un tanto.

O, excluida la adscripción al mundo judicial, con un poco de imaginación y voluntarismo, podría llegar a pensarse que, de alguna manera, el notario participa de las funciones legislativas, en cuanto redacta contratos, que son leyes entre las partes conforme al artículo 1091 del Código Civil y que, con frecuencia, transitan zonas del vida jurídica aun no exploradas, ignotas o recién nacidas.

¹ Una versión más extensa de este artículo se publicará en la *Revista Jurídica del Notariado* en un número conmemorativo de los 40 años de la Constitución Española.

No queda muy definida, pues, qué función distinta realiza el notario ni a qué poder debería ser adscrito. A tal punto llega la cosa que algunos autores consideraron en su día que el Notariado constituía un poder autónomo entre la clásica división de poderes del Estado -legislativo, ejecutivo, judicial-. Nada menos que don José Castán Tobeñas, en su libro *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho*, de 1945, propugnaba “el encuadramiento la actividad notarial dentro de la función reguladora o legitimadora que es propia de un Poder del Estado (el Poder legitimador)” (pág. 18). Es decir, proponía que se admitiera otro poder o función, la función legitimadora, que comprendería todas aquellas normas e instituciones por las cuales el Poder público asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos, actos y negocios jurídicos: el órgano más característico de este poder o función sería precisamente el Notariado².

Pero, a pesar de estas opiniones doctrinales, quizá sea un tanto voluntarista suponer que nuestra función constituye un nuevo Poder del Estado, uno nuevo y fantasmagórico que ni siquiera aparece mencionado en la Constitución. Pero no deja de ser cierto que nuestra inadaptación a las estructuras dogmáticas tiene un sentido: que el notario surge de la sociedad y no de una norma, aunque es recogida por esta por su utilidad, y ello explica su papel y su funcionamiento. El Notariado moderno surge con el trabajo de los escribanos que redactan los contratos porque saben leer y escribir y que con el tiempo acaban asesorando y controlando la legalidad encuadrados en la estructura del Estado. Ello genera un producto específico, la escritura pública, al que la ley concede efectos privilegiados porque en su origen ha habido elementos especiales de seguridad y control.

Quizá no sea desacertado concluir que la función notarial no encaja definitivamente en ninguno de los poderes constitucionales y también que quizá tampoco sea uno nuevo y diferente de los clásicos. Pero ello no impide que la institución notarial, híbrida y multifuncional, a medio camino entre la actividad privada y la pública -y siempre en un delicado equilibrio entre ambas- cumple una tarea de tutela cautelar de las relaciones privadas que redundan desde hace siglos, y también en la era

constitucional, en una mayor eficiencia y regularidad del tráfico jurídico privado, y que ello complementa, modesta pero dignamente, la labor de los Poderes constitucionales.

La contribución del Notariado al desarrollo de los valores constitucionales y al cumplimiento de sus normas

Hemos visto que la Constitución no encuadra a los notarios en ningún sitio, y también que esto no es necesariamente malo. Ahora hemos de preguntarnos cómo el notario desarrolla la Constitución en el desempeño de su labor. Pero preguntarnos qué valores constitucionales contribuye el notario a desarrollar es tanto como preguntarse qué hace el notario y esto implica cuestionarse qué es.

Además, no resulta fácil anudar la función del notario a un valor constitucional (o de otro tipo) con una exclusividad suficientemente identificadora de su esencia. A un niño se le puede explicar que un Juez busca la Justicia, un policía el orden público y un médico, la salud. La función notarial es abstracta y multifuncional y aquel notario que haya tratado de explicar lo que hace a sus hijos no lo ha tenido fácil. Pues no es fácil visualizar unitariamente el

El valor con el que trata el notario es, fundamentalmente, el de la libertad, con todo lo que ello significa de aire fresco, de creación



concepto de redactar actos y contratos, asesorando imparcialmente a las partes sobre el modo más eficaz de obligarse o actuar, mientras que, a la vez, se controla la legalidad y se da fe del contenido del documento, conservando su matriz indefinidamente para garantizar la justificación de los derechos en él contenidos; y, menos, que ello es

útil por sus efectos ejecutivos, probatorios y legitimadores. Ah, y que, además, se da fe de hechos singulares que se quieran demostrar a través de las actas.

Demasiados conceptos, demasiados valores involucrados para las mentes no familiarizadas con nuestro trabajo. De hecho, el carácter adaptable que nuestra naturaleza híbrida provoca ha hecho que, según las diferentes etapas sociales y políticas, nosotros mismos hayamos ido resaltando unos valores u otros.

Por ejemplo, en otros tiempos se destacó como función esencial del notario la fe pública -es la tesis más clásica y antigua- y esta, ciertamente, explica alguna parte de nuestra actividad, pero no toda la función, que es más variada y compleja; otros, en su momento, destacaron el componente del asesoramiento, pero esto, igualmente, supone coger la parte por el todo; algunos autores de tanto renombre como González Palomino incluso entendían que el asesoramiento era algo que el notario hacía *por ser* notario, pero no *como* notario, pero hoy nuestro Reglamento lo desmiente consagrándolo como elemento esencial en su artículo 1.

Se ha destacado en los últimos tiempos la faceta de controladores de legalidad -la función auditora y de *gate-*

keeper- que se podría vincular al principio de legalidad del artículo 9.3. En su día fue puesta en duda -al impugnarse algunos artículos de la modificación del Reglamento de 2007- como si en la realidad vivida (y en varias leyes) no fuera adaptar la voluntad de las partes a la legalidad una de nuestras principales funciones y quizá una de las que más perviven en la mente de los ciudadanos, junto con la socorrida de “dar fe”. Es más, el control de legalidad notarial ha experimentado en los últimos tiempos, a consecuencia de sucesivas normas, un incremento cuantitativo y también cualitativo, pues ahora tiene como objetivo o ideal no solo la regularidad formal, sino también la material, lo que se manifiesta en una nueva actitud ante las cosas, más vigilante y proactiva.

Pero, aun siendo así, ese control material tiene un límite que podríamos llamar *constitucional*, porque no puede comprender aquellas cosas que están fuera de su alcance jurídico e incluso gnoseológico; por ejemplo, las intenciones no manifestadas ni evidentes -finalidades fraudulentas ocultas- o, incluso, la abusividad de las cláusulas incorporadas a los contratos que no hayan sido declaradas como tales por la ley o por un juez. El notario solo debe lle-

MTCSoft
software a medida

Disfrute de su tiempo libre
Deje que Óptima* trabaje por usted

Madrid - 91.5678.423 - Granada - 958.215.280
www.mtcsoft.es - direccion@mtcsoft.es

* Óptima Ultimate es la última versión de nuestro programa de gestión integral de despachos notariales

² Ver las diferentes teorías sobre la función notarial en el libro *Derecho Notarial*, Bosch, 2011, de José Enrique Gomá Salcedo con la colaboración de Ignacio y Fernando Gomá Lanzón (pág. 31).

gar a lo que tiene ante sí: las declaraciones de las partes y los documentos presentados que, eso sí, han de ser lícitos, claros, coherentes y hasta poco sospechosos.

Pero al notario no le compete realizar presunciones sobre la licitud de las cosas apoyándose en su simple criterio subjetivo. Admitir lo contrario conduciría a consagrar una especie de “juicio notarial” carente de procedimiento contradictorio, que se incoaría con la única legitimidad de la subjetividad personal del notario ante la concurrencia de sospechas más o menos fundadas, y se sustanciaría sin disponer todos los elementos de juicio, que no podría exigir.

Ello nos conectaría, pero negativamente, con la Constitución, porque admitir tales juicios preventivos sería contrario al principio de tutela judicial efectiva, que prescribe el artículo 21.4 de la Constitución; incluso supondría un coartamiento de la autonomía de las partes en oposición al principio de libertad de su artículo 10.2, si partimos de la base de que en un sistema de democrático lo que no está prohibido está permitido (por el valor superior de la libertad consagrado en el art. 1), por lo que no cabría negarse a autorizar documentos por sospechas, máxime cuando la actuación del notario es obligada de acuerdo quizá, con un cierto derecho a la forma pública que todos los ciudadanos tienen y que se podría entender enmarcado en el artículo 9.3 de la propia Constitución. En resumen, el notario ejerce un control de legalidad, incluso de regularidad material, pero éste no nos define absolutamente porque tiene límites, más allá de los cuales se encuentran los jueces. No es fácil encontrar el límite entre la persecución de la regularidad material y la labor de los jueces, pero hay que buscarla, porque ese es nuestro campo de actuación constitucional.

Tampoco otros aspectos accesorios como el de ser sujetos obligados en materia de blanqueo de dinero y colaboradores con la Administración pueden definir nuestra función, por muy importante que hoy sea y por mucho que hayan suscitado el cambio cualitativo a la regularidad material mediante la incorporación del concepto de evaluación del riesgo en la lucha contra el blanqueo de dinero. Por supuesto, el notario es un evaluador nato por su lugar central en el tráfico; y, merced a los adelantos tecnológicos, un potente recolector y suministrador de información a todo tipo de organismos públicos lo que, con la ayuda de esas mismas tecnologías, genera un enorme poder: el que surge de la capacidad de vincular datos diferentes para controlar operaciones y personas, pulsar las diferentes situaciones sociales, formular estadísticas y generar planes estratégicos. Y ello cada vez recaba mayor parte de nuestra atención y esfuerzos, pero estas actividades no son, ni mucho menos, las que nos



definen ni contienen los valores básicos o constitucionales que desarrollamos. Es más, centrarnos en ellos puede, a veces, distraer nuestra atención de la que se suponga que es nuestra actividad fundamental.

¿Y cuál es esta? Porque el notario no es un policía, pero lucha contra el blanqueo de dinero; no es un juez, pero proscribía prácticas ilegales; no es un inspector de Hacienda, pero ayuda a la regularidad fiscal; no es un abogado, pero asesora a las partes para la consecución de sus fines lícitos... Ninguna de estas profesiones nos define totalmente. En las épocas más recientes ha sido el valor de “seguridad jurídica” el que más se ha usado para definirnos, al punto de ser representados como abanderados de la seguridad jurídica preventiva o de la seguridad cautelar. Y, sin duda, también lo somos, pero quizá no como elemento único ni esencial. Hace casi 20 años, mi padre, José Enrique Gomá Salcedo, se planteaba, en un trabajo surgido de una conversación veraniega, qué había estado él haciendo como notario durante tantos años. Se negaba a aceptar que su función fuera solo la de proporcionar seguridad jurídica pues, por mucho que ésta sea un valor constitucional recogido en su artículo 9.3, es un valor técnico-jurídico, instrumental y, aunque él no lo decía así, un poco como de segundo orden, de carácter auxiliar. No, decía, el notario lo que hace es redactar escrituras públicas, es decir, trabajar con negocios jurídicos y la sustancia del negocio jurídico es la autonomía privada, la autodetermi-

nación, la configuración creadora. O sea, el valor con el que tratamos es, fundamentalmente, el de la libertad, con todo lo que ello significa de aire fresco, de creación. Como decía González Palomino, el notario “pelea en las avanzadillas del Derecho”³. Y, por supuesto, el notario con ello crea seguridad, porque al encauzar la voluntad de las partes la depura; al advertirles de los riesgos les previene, al proscribir lo nulo evita contiendas, al imprimir fe pública garantiza su prueba y al conservarlo en su protocolo asegura su pervivencia.

Pero no es la seguridad jurídica en sí misma el objeto de su actuación; más bien aquella es una consecuencia natural de ésta: la que resulta del encauzamiento de la libertad de los ciudadanos entre el horizonte de sus intereses y los límites de la ley. Además, la del notario no es la *seguridad del tráfico*, más propia del negocio abstracto que del causal, o del predominio de lo declarado sobre querido, o de la inscripción, como triunfo del propietario diligente sobre el real. El notario más bien se mueve en la seguridad jurídica del negocio bien diseñado, porque quiere actuar en el terreno de lo real y no de lo declarado, averiguando las verdaderas intenciones, valorando la capacidad o avisando a terceros inadvertidos. No se trata de sorprender en la buena fe, sino al contrario, destruirla con las advertencias y preguntas adecuadas. Es decir, el notario crea seguridad jurídica afrontando la realidad, no ignorándola.

Por supuesto, durante estos 40 años de Constitución ha habido actuaciones notariales singulares directamente

relacionadas con los nuevos valores constitucionales. Basta recordar las regulaciones de las separaciones de hecho o las uniones de hecho cuando estaban proscritas jurídicamente, en las que el notario llegaba donde no llegaba la ley pero sí la Constitución; o las actas de notoriedad para

El notario crea seguridad, porque al encauzar la voluntad de las partes la depura; al advertirles de los riesgos les previene, al proscribir lo nulo evita contiendas, al imprimir fe pública garantiza su prueba y al conservarlo en su protocolo asegura su pervivencia

determinar quiénes eran militares al servicio de la República en las que se facilitaba el reconocimiento de derechos relacionados con la reconciliación nacional; o las actas de presencia para constatar en un organismo público que a un ciudadano no se le dejaba hacer algo a lo que tenía derecho, actuando como contrapeso del propio Estado. Y tantas otras.

Pero quizá la mayor contribución del Notariado a los valores constitucionales no está en esas actuaciones singulares, sino en su quehacer diario

cuando encauza la libertad del ciudadano en el tráfico jurídico, cohonstando lo que conviene a la comunidad con lo que interesa al Estado y todo ello con lo que quieren los ciudadanos, con espíritu a la vez tuitivo y pedagógico, y siempre aspiracionalmente ejemplarizante. Todos ellos valores de siempre, pero ahora elevados a la máxima jerarquía legal. ●

Palabras clave: Función notarial, Constitución, Poderes constitucionales.

Keywords: Notarial function, Constitution, Constitutional powers.

³ Gomá Salcedo: “¿Qué he hecho yo todos estos años?” *La Notaría*, abril 2001, págs. 52-58.

RESUMEN

La función notarial no aparece mencionada en la Constitución, a pesar de su antigüedad. Su naturaleza híbrida y multifuncional la hace de difícil encuadramiento en los tres poderes constitucionales clásicos, al punto de que algún autor ha considerado la existencia de un nuevo poder, el legitimador. Esa misma naturaleza híbrida es la que hace difícil saber qué valores constitucionales desarrolla básicamente el notario: se ha hablado de la dación de fe, del asesoramiento, de que es un órgano de control de la legalidad o un órgano de seguridad preventiva o cautelar. Pero el valor que mejor lo define es el de la libertad y autodeterminación del ciudadano.

ABSTRACT

Despite its age, the notarial function is not mentioned in the Spanish Constitution. Its hybrid and multi-faceted nature means that it is difficult to classify within the three classic constitutional powers, to the extent that some authors have argued for the existence of a new power, that of legitimation. The same hybrid nature makes it difficult to determine the constitutional values the notary basically implements: those discussed have included bearing witness, advice, being a body for the oversight of legality, and a body for preventive or precautionary security. However, the value that best defines it is that of the citizen's freedom and self-determination.



La Constitución en 1978

Gonzalo González Sanz
Sociólogo

El Notario del Siglo XXI N°82

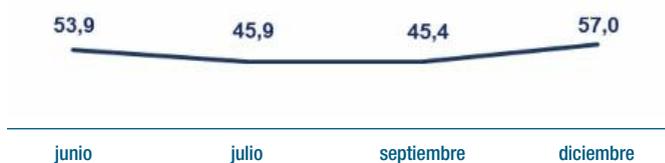
El 31 de octubre de 1978 las Cortes españolas aprueban, en sus respectivas sesiones plenarias de Congreso y Senado, la vigente Constitución, sancionándola Juan Carlos I el 27 de diciembre del mismo año. Previamente, el 6 de diciembre el pueblo español la ratifica mediante referéndum cuando el sí al proyecto constitucional obtiene el 87,9% de las papeletas (10 veces el número de noes); votó el 67,1% del censo electoral (17.873.301 de electores sobre un total de 26.632.180). Santa Cruz de Tenerife es la provincia con mayor porcentaje de aprobación (el 93,1% de los votos a favor y una participación del 56,5%) mientras que las provincias donde el apoyo, a pesar de mayoritario, resulta el menor de toda España son Vizcaya, Álava y Guipúzcoa (71,6%, 71,4% y 63,8% respectivamente). En Lérida y Tarragona, por ejemplo, el sí a la Constitución obtiene el 91,3% y 91,0% de los sufragios, respectivamente, mientras que en Barcelona logra el 90,4% y en Gerona el 89,8%; es decir, en todas las provincias de Cataluña nueve de cada diez catalanes confirma el proyecto constitucional de 1978¹.

¿Qué piensa la sociedad española sobre la Constitución inmediatamente antes de la aprobación de la misma?²

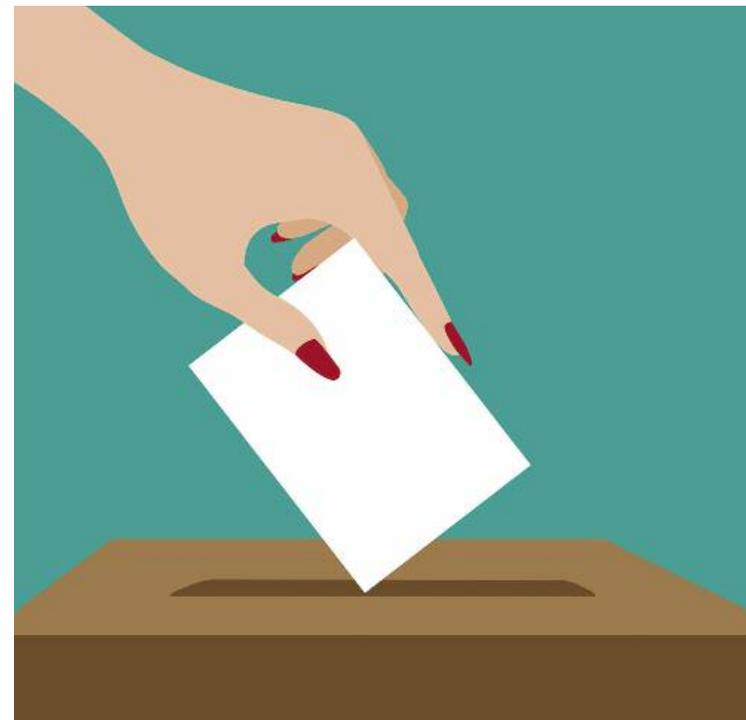
En el mes de junio, el 73,5% de los españoles reconoce que no se siente suficientemente informado acerca de los debates que se producen en las Cortes constituyentes. En julio el grado de información relativo a los debates parlamentarios disminuye ocho puntos respecto del mes anterior y se sitúa en el 45,9%, con una valoración media de los trabajos constitucionales de 5,5 sobre 10 siendo la actuación el PSOE la mejora valorada con un 6,06. En septiembre el índice de información continua en el 45,4%; en diciembre repunta con fuerza y alcanza el 57%, volviendo así al nivel de junio.

No obstante, en junio el 53,9% afirma encontrarse informado de los debates (el 33,7% prácticamente a diario) frente al 45,1% que no lo está. Por el contrario más de la mitad (el 59,0%) ignora cuál es el principal proyecto en el que están inmersas las Cortes (la elaboración de la Constitución) frente al 30,4% que sí lo conoce.

NIVEL DE CONOCIMIENTO DE LOS DEBATES CONSTITUYENTES JUNIO-DICIEMBRE 1978



PRINCIPAL PROYECTO LEGISLATIVO SEGÚN LOS ESPAÑOLES EN JUNIO DE 1978



En relación con la intención de ir a votar o abstenerse en el referéndum, el 51,3% declara en junio que irá a votar con toda seguridad mientras que el 22,1%, sin ser rotundo, dice que probablemente lo hará; la suma de estos porcentajes (73,5%) no coincide con el nivel real de participación (67,1%), seis puntos menor. Respecto del sentido del voto, el 35,8% manifiesta que votará a favor de la Constitución frente al 2,2% que lo hará en contra aunque todavía un 35,0% de los futuros electores no se ha decidido. Las zonas de España donde el porcentaje de apoyo (o intención de voto favorable) es mayor son Aragón y Logroño (el 46,8%), Cataluña y Baleares (el 44,0%), País Vasco y Navarra (el 40,5%) y el área metropolitana de Barcelona (con el 37,0%).

En el mes de septiembre, el 49,2% muestra que irá a votar con toda seguridad mientras que el 20,1% manifiesta que probablemente lo hará (ligeramente menor que en

EVOLUCIÓN DE LA INTENCIÓN DE VOTO EN EL REFERÉNDUM SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE 1978



junio en ambos casos). En relación con el sentido del voto, el 32,7% apunta que votará a favor de la Constitución (3 puntos menos que en junio) frente al 2,8% que lo hará en contra aunque un 43,0% de los posibles votantes no ha tomado ninguna postura y se presenta como indeciso.

En la primera semana de diciembre (durante los días previos al referéndum) crece el apoyo a la Constitución en el conjunto de España, alcanzando la intención de voto favorable el 52%. El índice de información permanece estable: el 57% considera que está informado frente al 54% de junio; los cambios de criterio, por tanto, no se pueden atribuir a un mayor o menor conocimiento (subjetivo) de la Constitución y a los debates que conducen a su redacción definitiva.

Según el territorio, por ejemplo, aumenta el propósito de votar sí al texto constitucional en Andalucía (en seis meses pasa del 30% al 60%, aproximadamente), Castilla la Nueva (del 32,4% en junio muda al 61% en diciembre), Cataluña y Baleares (logra en diciembre el 56%, doce puntos más que en junio) y en Barcelona, donde se incrementa el respaldo en 15 puntos (llegando en diciembre al 52%). En Aragón y Logroño votará afirmativamente alrededor del 45% y en el País Vasco desciende bruscamente del 40,5% en junio al 28% en la semana previa al referéndum, donde solamente el 14% de los votantes del PNV es favorable a la Constitución frente al 78% de los votantes del PCE, el 68% del PSOE o el 66% de la UCD; la razón de tan rápida caída reside en que los datos presentados en junio incorporan Navarra y en diciembre solamente País Vasco (Vascongadas en 1978). En este sentido, el grado de aceptación de la Constitución es menor en las localidades de 10.000 a 50.000 habitantes que en el resto de municipios.

Según el sexo, el deseo de aprobar la Carta Magna es mayor en hombres que en mujeres (el 58% frente al 49%, respectivamente); en relación a la edad las diferencias no son significativas: todos los porcentajes se encuentran en la media nacional (52%) siendo algo más bajos entre los españoles de 26 y 45 años (48% y 50% respectivamente).

FINALIDAD QUE SE ATRIBUYE A LA CONSTITUCIÓN EN JUNIO DE 1978



¹ BOE núm. 305, de 22 de diciembre de 1978.

² CIS, Estudios 1158, 1159, 1163 y 1176 de junio, julio, septiembre y diciembre (días previos al referéndum) de 1978, respectivamente.

A pesar de que en julio el 24,5% y en septiembre el 29,9% afirma conocer (o al menos tener una idea) de qué es una Constitución y en diciembre la mitad de los españoles no exterioriza (sabe) su opinión sobre la finalidad de la misma, el fin que atribuyen los españoles a la Constitución es triple: establecer un marco legal, establecer la democracia y fundar las condiciones para que haya libertad, es decir, ley, democracia y libertad, precisamente los valores que, ampliados (justicia, libertad, seguridad, bien común, igualdad, pluralismo político) recoge la Constitución en su preámbulo y artículo 5.

¿Cuál es el sostén que hoy ha brinda la opinión pública a la Constitución?

El 47,3% de los ciudadanos se halla hoy³ muy satisfecho o bastante satisfecho (el 7,4% muy y el 39,9% bastante) con la manera en que nos han ido las cosas con esta Constitución. No obstante, el 69,6% cree que en estos momentos sería necesario reformarla o modificarla, hacer cambios; de éstos, el 49,3% juzga que la enmienda constitucional ha de ser importante, incluso el 14% sostiene que ha de ser casi total. El objetivo y las materias de la reforma habrían de consistir, sobre todo, en coordinar mejor las competencias en educación y sanidad (32,4%), incrementar la transparencia y el control de la actividad política (28,9%), mejorar la protección de los derechos sociales (22,7%), garantizar una mayor igualdad de las mujeres y regular las competencias de las Comunidades Autónomas (19,3% en ambos casos), proteger en mayor medida los derechos y libertades de los ciudadanos (17,2%), modificar el sistema electoral (16,7%) y la sucesión de la Corona (12,6%).

Cuarenta años después de aprobarse la Constitución y siendo explícita la necesidad de su actualización, la gran

mayoría de los españoles (el 67,3%) estima que la forma en que se llevó a cabo la transición a la democracia en España constituye un motivo de orgullo para todos. Ahora bien, la mayoría de la sociedad española (el 54,8%) en la actualidad se encuentra poco o nada satisfecha con la calidad de la democracia en nuestro país frente al 44,6% que sí lo está. En este punto ¿habría de encenderse un piloto rojo de alarma? No, simplemente preocupación sana y afán de mejora pues al hablar sobre los distintos regímenes políticos la democracia es preferida a cualquier otra forma de gobierno por el 85,8% de los españoles, siete puntos más que hace una década (en 2009 este porcentaje es el 78,8%). ●

Palabras clave: Constitución, Reforma, Democracia.

Keywords: Constitution, Reform, Democracy.



³ CIS barómetro de septiembre de 2018.

RESUMEN

El 47,3% de los ciudadanos se halla satisfecho con la manera en que nos han ido las cosas con esta Constitución. No obstante, la mayoría cree que en estos momentos sería necesario reformarla o modificarla, hacer cambios. Cuarenta años después de aprobarse la Constitución y siendo explícita la necesidad de su actualización, la gran mayoría estima que la forma en que se llevó a cabo la transición a la democracia en España constituye un motivo de orgullo para todos. Además, la democracia es preferida a cualquier otra forma de gobierno por el 85,8% de los españoles.

ABSTRACT

47.3% of citizens are satisfied with the way things have gone with this constitution. However, most believe that at this time it would be necessary reform it or modify it, make changes. Forty years after the Constitution was adopted and the need for its updating was explicit, the great majority believed that the way in which the transition to democracy in Spain was carried out was a source of pride for all. Moreover, democracy is preferred to any other form of government by 85.8% of the Spanish citizens.

Legislación, Tribunales y Resoluciones de la DGRN

DERECHO ESTATAL

- **¿Quién paga AJD en préstamos hipotecarios?** (Pág. 69)
- **Registro Civil: cambio de nombre de personas transexuales** (Pág. 70)

DERECHO AUTONÓMICO

- **Navarra: tributos** (Pág. 82)
- **La Rioja: vivienda** (Pág. 83)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- **Protesta de representante de los trabajadores en pleno de Ayuntamiento** (Pág. 85)
- **Transmisión de licencias VTC en Cataluña** (Pág. 89)

TRIBUNAL SUPREMO

- **Si bien la cotitularidad en una cuenta bancaria no hace presumir la copropiedad del numerario depositado en ella, ¿hay donación por el hecho de la apertura conjunta?** (Pág. 95)
- **La volatilidad del amor: divorcio y testamento** (Pág. 97)
- **Autocartera y asistencia financiera: una interpretación teleológica** (Pág. 98)

RESOLUCIONES DGRN

- **Cabe prescindir del contador-partidor por acuerdo unánime de los herederos** (Pág. 107)
- **Desierta la subasta de vivienda habitual del deudor, puede el acreedor adjudicarse la misma, pero por el 70% del valor de tasación** (Pág. 112)
- **Cabe cancelar la hipoteca dejando subsistente total o parcialmente la deuda** (Pág. 113)

Puede consultar en www.elnotario.es los textos íntegros de las normas, sentencias y resoluciones aquí comentadas

Legislación de la UE	68
Legislación Estatal	69
Legislación Autonómica	78
Tribunal de Justicia de la UE	84
Tribunal Constitucional	85
Tribunal Supremo	91
Jurisprudencia Fiscal	102
DGRN	104

Fotografías tomadas en Nueva York (EE UU).

Legislación de la Unión Europea

María de Zulueta Sagarra, notaria; Elena López Ewert, abogada

DERECHO PENAL

BLANQUEO DE CAPITALES
Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal. DO L 284 de 12 de noviembre de 2018, p. 22/30

El blanqueo de capitales, así como la financiación del terrorismo y la delincuencia organizada relacionadas con el mismo, siguen siendo problemas importantes a escala de la Unión, por lo que perjudican la integridad, estabilidad y reputación del sector financiero y constituyen una amenaza para el mercado interior y la seguridad interior de la Unión. Para afrontar estos problemas, el propósito de la presente Directiva es luchar contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, permitiendo una cooperación transfronteriza más eficaz y rápida entre las autoridades competentes.

REFORMAS ESTRUCTURALES

DOTACIÓN FINANCIERA
Reglamento (UE) 2018/1671 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2017/825 con el fin de incrementar la dotación financiera del programa de apoyo a las reformas estructurales y adaptar su objetivo general. DO L 284 de 12 de noviembre de 2018, p. 3/5

El programa de apoyo a las reformas estructurales se estable-



Estatua de la Libertad.

ció con el objetivo de reforzar la capacidad de los Estados miembros para preparar y ejecutar reformas administrativas y estructurales favorables al crecimiento de interés para la Unión, también mediante la prestación de asistencia en el uso eficiente y efectivo de los fondos de la Unión. En la actualidad conviene hacer hincapié en su contribución a responder a los desafíos económicos y sociales, reforzando la cohesión económica y social, la competitividad, la productividad, el crecimiento sostenible, la creación de empleo, la inversión y la inclusión social también podrían contribuir a los preparativos para la futura participación en la zona del euro de aquellos Estados miembros cuya moneda no es el euro.

ESCRITOS PROCESALES

e-CURIA
Decisión del Tribunal General, de 11 de julio de 2018, sobre la presentación y notificación de escritos procesales a través de la aplicación e-Curia. DO L 240 de 25 de septiembre de 2018, p. 72/73

Se ha desarrollado una aplicación informática que permite presentar y notificar escritos procesales por vía electrónica. La aplicación, basada en un mecanismo de autenticación electrónica que combina el empleo de un nombre de usuario y de una contraseña, satisface las exigencias de autenticidad, de integridad y de confidencialidad de los documentos transmitidos. Se ha decidido que su utilización sea obligatoria para la presentación y la notificación de escritos procesales en los procedimientos seguidos ante el Tribunal General.

Legislación Estatal

María Nogales Sánchez y José María Mateos García (coordinador), notarios

FISCAL

El sujeto pasivo de IAJD en préstamos hipotecarios será la entidad prestamista

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS: MODIFICACIÓN
Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. BOE 9-11-2018

El Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, disponía en el número 2 de su artículo 68 que el sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de documentos notariales, era el prestatario, cuando se tratase de escrituras de constitución de préstamo con garantía.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sus Sentencias 1505/2018, de 16 de octubre, 1523/2018, de 22 de octubre, y 1531/2018, de 23 de octubre, ha anulado el número 2 del artículo 68 del citado reglamento; acordando el 6 de noviembre de 2018 el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, volver a hacer recaer sobre el prestatario la obligación del pago del impuesto, lo que ha generado una situación de inseguridad jurídica, que afecta al mercado hipotecario en su conjunto, y que es preciso abordar con carácter inmediato.



The Immigrants.

El Real Decreto-Ley, tras justificar las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 como presupuestos habilitantes para la aprobación de un real decreto-ley, contiene tres modificaciones normativas:

- 1.- Modificación del artículo 29 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que recoge expresamente que "Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista".

2.- Modificación del artículo 45.I.B) del mismo Texto Refundido, donde se añade un apartado 25 para considerar exentas de tributación las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria en las que el prestatario sea alguna de las personas o entidades incluidas en la letra A) del mismo artículo 45.I (Administraciones Públicas, entidades sin fines lucrativos, fundaciones bancarias, ciertas iglesias y entidades religiosas, etc.).

Estas dos medidas se aplicarán solo a los hechos imposables devengados a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, que se produjo el 10 de noviembre.

3.- Modificación del artículo 15 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, mediante la adición de una letra m) para atribuir la consideración de gasto fiscalmente NO deducible en el Impuesto de Sociedades de la entidad prestamista la deuda tributaria del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad Actos Jurídicos Documentados, documentos notariales.

En este caso, debe tenerse en cuenta el artículo 27 de la Ley 27/2014, para su aplicación a periodos impositivos sucesivos a la entrada en vigor de la modificación acordada.

en el Registro Civil, por no cumplir los requisitos del artículo 4 de la Ley 3/2007, expuestos anteriormente.

En caso de menores de edad, la solicitud se formulará por sus padres o tutores actuando conjuntamente, debiendo los representantes del menor, actuando conjuntamente, declarar que el mismo siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable. La solicitud será también firmada por el menor, si tuviera más de doce años. Si el menor tuviera una edad inferior, deberá en todo caso ser oído por el encargado del Registro Civil, mediante una comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez.

REGISTRO CIVIL

La mención registral del nombre podrá rectificarse por la que sienta el interesado, por declaración o por documento público

REGISTRO CIVIL: CAMBIO DE NOMBRE DE PERSONAS TRANSEXUALES

Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales. BOE 24-10-2018

La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que se encuentra actualmente en vigor, únicamente permite a las personas mayores de edad, y con capacidad suficiente para ello, la rectificación de la mención registral del sexo, que conllevará el cambio del nombre propio de la persona a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral. Además, exige (art. 4): (a) que la persona que solicite el cambio de sexo acredite “que le ha sido diagnosticada disforia de género”, mediante informe de médico o psicólogo clínico, que deberá hacer referencia a la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia, y a la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de dicha disonancia, y (b) que dicha persona ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado.

En la época en que se aprobó la citada Ley 3/2007 la transexualidad estaba clasificada como una enfermedad entre los “trastornos de la personalidad de la conducta y del comportamiento del adulto” según la Clasificación In-

ternacional de Enfermedades de la OMS (CIE-10, del año 1990). En la actualidad, tras la publicación por la OMS del CIE-11 (que entrará en vigor en enero de 2022), la misma no aparece calificada como enfermedad, sino como “condición”, en el epígrafe dedicado a las “condiciones relacionadas con la conducta sexual”, denominándola “incongruencia de género”, y caracterizándola como una marcada y persistente incongruencia entre el género experimentado por un individuo y el género que se le asigna.

La Ley de 2007 solo puede producir efectos legales en relación con los mayores de edad. Actualmente se está tramitando por el Parlamento una Proposición de Ley que previsiblemente modificará la anterior de 2007, despatologizando la incongruencia de género, y permitiendo el cambio de la constancia registral del género sentido mediante la simple expresión de la voluntad de formalizar dicho cambio por el sujeto, incluso siendo el mismo menor de edad, sobre la base, en este caso, de la protección del interés preferente del menor, al que la Exposición de Motivos de la Ley le reconoce el carácter, o al menos muchos de los efectos propios de un principio de orden público en nuestro ordenamiento jurídico.

La presente Instrucción permite que en el supuesto de que un mayor de edad o un menor emancipado solicitara el cambio de nombre, para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente del resultante de la inscripción de nacimiento, tal solicitud sea atendida, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, el solicitante declare que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo

VARIOS

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES: MODIFICACIÓN

Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre. BOE 29-9-2018

El Real Decreto-Ley tiene por finalidad completar la trasposición en normas de rango legal de las Directivas 2014/65 y 2016/1034 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, y sus complementarias, relativas a los mercados de instrumentos financieros, salvaguarda de los mismos y fondos pertenecientes a los clientes, obligaciones en materia de gobernanza de productos, y normas aplicables a la entrega y percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios.

El RD-Ley completa la trasposición la Directiva 2014/65/UE, fundamentalmente el régimen de autorización, conducta y supervisión de las empresas de servicios de inversión, las que reconocen nuevas facultades de supervisión a la CNMV y las que establecen nuevas obligaciones de cooperación entre la CNMV, las restantes autoridades nacionales supervisoras de la UE y la Agencia Europea de Valores y Mercados (AEVM), a fin de constituir una ley marco reguladora de los mercados de valores y las empresas de servicios y actividades de inversión, favoreciendo la seguridad jurídica del mercado de valores, estableciendo normas de conducta que aseguran la adecuada protección al inversor y el régimen de supervisión, inspección y sanción, haciendo atractivo el mercado español para la instalación de nuevas empresas y actividades de inversión procedentes de otros países.

Se dota a la CNMV de las nuevas facultades de supervisión y de las herramientas de cooperación interadministrativas.

Se modifica el Título Preliminar, que contiene las disposiciones generales y delimita las entidades que quedan excluidas del ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.



Flatiron Building



Times Square.

Se modifica el Capítulo V del Título IV recogiendo la posibilidad de que la CNMV pueda imponer límites al volumen de una posición neta que se pueda mantener en determinados derivados, así como las obligaciones de difusión y comunicación de posiciones en determinados derivados por parte de los centros de negociación. Se establecen normas reguladoras de las obligaciones de transparencia pre y post negociación para los centros de negociación.

Igualmente modifica los Capítulos III, V, VI del Título V del texto refundido, sobre régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios y actividades de inversión (ESAI), así: en la actuación transfronteriza, se ordena lo relativo al establecimiento de sucursales y la libre prestación de servicios, distinguiendo su regulación en el ámbito de la Unión Europea y en el ámbito de terceros países; el establecimiento de sucursales de empresas de servicios y actividades de inversión autorizadas en otros Estados miembros no requiere autorización previa de la CNMV sino simplemente comunicación previa; se regulan los agentes vinculados, que pueden designar las sucursales o las entidades que actúen en régimen de libre prestación de servicios en nuestro país.

En cuanto a la actuación transfronteriza, la actividad en España de las empresas de países no miembros de la Unión

Europea, requiere necesariamente una sucursal si la prestación de servicios y actividades de inversión se dirige a clientes minoristas.

Se establecen las obligaciones que deben cumplir las ESAI cuando lleven a cabo actividades de negociación algorítmica, así como las obligaciones que deben cumplir cuando faciliten el acceso electrónico directo a un mercado.

Se introduce un nuevo Título V BIS regulando los servicios de suministro de datos, detallando el procedimiento de autorización así como los requisitos de organización interna que deben cumplir.

Se modifica el Título VII, sobre normas de conducta que deben respetar las ESAI para garantizar la adecuada protección al inversor. Destacan las prescripciones sobre la vigilancia y control de productos financieros, por las que las empresas de servicios y actividades de inversión que diseñen instrumentos financieros para su venta a clientes, deberán asegurar una calidad mínima de los mismos y una adecuación al segmento del mercado al que se dirijan.

En cuanto a la información que deben prestar a sus clientes: se detalla el contenido antes de la prestación del servicio, especialmente en relación con el tipo de asesoramiento que se ofrece indicando si se presta o no de forma independiente y, sobre los instrumentos financieros y estrategias de inver-

sión propuestos y los costes y gastos asociados al servicio de inversión. Se prevé la existencia de un formato normalizado para ofrecer toda esta información. Una vez se ha prestado el servicio, la empresa de servicios de inversión debe proporcionar también información sobre los costes de las operaciones y servicios realizados, considerando el tipo y complejidad de los instrumentos financieros y la naturaleza del servicio.

Por último, se presta especial atención a los casos en los que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero, o se ofrezca un servicio de inversión junto con otro servicio o producto o como parte de un paquete o como condición del mismo acuerdo o paquete, se debe informar al cliente de la posibilidad de comprar o no por separado los distintos componentes y los costes y cargas de cada uno de ellos.

La Sección 7.^a del Capítulo I del Título VII trata de los pagos y remuneraciones en la prestación de servicios e incluye algunas de las novedades más significativas de la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014. Así, se hace explícita la regla general de que las remuneraciones no entren en conflicto con la obligación de la empresa de servicios y actividades de inversión de actuar en el mejor interés de sus clientes. Se detallan las condiciones admisibles para la prestación de asesoramiento independiente y del servicio de gestión discrecional de carteras. También se establecen las obligaciones y condiciones necesarias para poder percibir incentivos. De este modo, si no se cumplen obligaciones tales como que se aumente la calidad del servicio para el cliente, no se podrán percibir incentivos a la comercialización, más allá (en los grupos de entidades financieras verticalmente integradas) del resultado del reparto de los beneficios generales de la sociedad que produce el instrumento financiero que se va a comercializar, por la realización de su actividad. Finalmente, se cierra la mencionada sección con una referencia a los conocimientos y competencias que deben reunir las personas que prestan asesoramiento o proporcionan información a los clientes.

La sección 8.^a del Capítulo I del Título VII se ocupa de la gestión y ejecución de las órdenes de clientes, que es un área que también se ha visto reforzada para garantizar una mejor protección al inversor, en la que destacan las especialidades para el caso de ejecución de órdenes a precio limitado. También se incluye el concepto de contraprestación total para determinar cuál es el mejor resultado posible para un cliente cuando se ejecutan sus órdenes, y la forma de comparar centros de ejecución para determinar cuál es el mejor resultado posible para el cliente.

Aparecen otros dos elementos nuevos importantes en este ámbito: el primero es la prohibición de que la ESAI perciba remuneración, descuento o beneficio no monetario alguno por dirigir órdenes a un determinado centro de negociación o de ejecución. Y el segundo es la obligación de publicar anualmente los cinco principales centros de ejecución de órdenes con los que trabajan, acompañando información sobre la calidad de la ejecución.



34th St.

Los instrumentos que utiliza el Derecho Europeo para garantizar la adecuada protección del inversor son en esencia los mismos que los que se recogían en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tras la modificación operada por Ley 47/2007, de 19 de diciembre. La diferencia es que el nivel de exigencia y concreción en las obligaciones de información al cliente, o el grado de control que se exige sobre cualquier circunstancia que afecte a los conflictos de intereses de una ESAI son mucho más intensos ahora.

Por lo que se refiere a las facultades de supervisión, se modifican y se añaden algunas, por ejemplo, se incorpora la facultad de la CNMV de requerir o solicitar información so-



Vista de Manhattan desde Astoria.

bre el volumen de una posición, de limitar la capacidad de cualquier persona de suscribir un contrato de derivados sobre materias primas, o de suspender la comercialización o venta de determinados instrumentos financieros.

Hay modificaciones destacadas en el Capítulo II del Título VIII que se refiere a la cooperación con otras autoridades. Respecto a la cooperación de la CNMV con otras autoridades de la Unión Europea, se incluyen las materias relativas a los derechos de emisión y la cooperación de la CNMV con la Oficina Española de Cambio Climático, así como las que conciernen a derivados sobre materias primas agrícolas y la cooperación de la CNMV con el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

También se añade un artículo para incorporar la obligación de la CNMV de notificar a la Autoridad Europea de Valores y Mercados cualquier exigencia de limitación de posiciones y cualquier límite a la capacidad de las personas de contratar un instrumento financiero.

Respecto a la posibilidad de que la CNMV llegue a acuerdos de cooperación con otras autoridades competentes de Estados no miembros de la Unión Europea, que incluyan intercambio de información, se hace mención de la supervisión de las personas que operan en los mercados de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y de derivados so-

bre materias primas agrícolas, para tener una visión de los mercados financieros y de contado.

De la misma manera, se añaden cuatro excepciones a la obligación de guardar secreto profesional por parte de la CNMV, relativas a la información sobre derechos de emisión, la información relativa a derivados sobre materias primas agrícolas, la información que facilite la CNMV a otras autoridades competentes de la Unión Europea, y la información que la CNMV intercambie con otras autoridades competentes de Estados no miembros de la Unión Europea. En todo caso, en el marco, con los límites y con los requisitos que imponga la normativa aplicable.

Se introducen dos nuevos capítulos en el Título X, relativos a la comunicación de infracciones y a la publicidad de las mismas, incorporando las novedades derivadas de la normativa europea transpuesta.

Entró en vigor el día 30 de septiembre de 2018, salvo determinadas materias que requieren desarrollo reglamentario, que entrarán en vigor cuando lo haga el real decreto que lo desarrolle, es el caso del Capítulo III del Título V, relativo a las sucursales y Libre prestación de Servicios, lo relativo a la Organización Interna y Funcionamiento de las ESI, así como lo concerniente a los Clientes Liberales y contrapartes elegibles.

COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL: AUXILIO JUDICIAL

Acuerdo de 27 de septiembre de 2018, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2018, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional. BOE 15-10-2018

El presente Acuerdo considera imprescindible que en un mismo reglamento se integren todas las disposiciones que incidan en la organización y gestión de la actuación de los órganos judiciales españoles en materia de cooperación jurisdiccional internacional, así como todas aquellas que perfilen el papel que debe desempeñar en este cometido el Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial.

El Título I se dedica, precisamente, a la actuación de este órgano constitucional en apoyo del auxilio judicial internacional y en la aplicación del Derecho de la Unión Europea por los jueces y magistrados, regulando su organización y gestión, que podrá contar con intervención de los puntos de contacto de la Red Judicial Europea en materia penal, de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, de la Red de Expertos Nacionales en Equipos Conjuntos de Investigación, de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed), de la Red Judicial Europea sobre Ciberdelincuencia, de la Red para la Investigación y Persecución del Genocidio, Delitos contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya, de la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional, de la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea, y de otras redes que pudieran existir o de Eurojust. Regula también el Prontuario de Auxilio Judicial Internacional como un elemento de asistencia en cooperación judicial internacional activa, una herramienta facilitadora de las actividades de auxilio judicial internacional que está a disposición de todos los miembros de la carrera judicial, fiscal y del cuerpo de letrados de la administración de justicia.

El Título II se refiere a la organización y funciones de las redes en materia internacional del Consejo General del Poder Judicial y de otras redes internacionales de cooperación judicial: la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional, cuyo objetivo es asistir a los órganos judiciales españoles que lo soliciten y auxiliar a otros miembros de redes de cooperación judicial; la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea, que asiste a los órganos judiciales en todo lo concerniente a la aplicación del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y los miembros de las redes de cooperación judicial internacional pertenecientes a la carrera judicial, a los que se refiere el artículo 33 de la Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula

el Estatuto del Miembro Nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior.

Y finalmente el Título III se ocupa del Registro y reparto de las solicitudes de cooperación judicial internacional pasiva.

Entró en vigor el 16 de octubre.

VALORES CATASTRALES: COEFICIENTES DE ACTUALIZACIÓN

Orden HAC/994/2018, de 17 de septiembre, por la que se establece la relación de municipios a los que resultarán de aplicación los coeficientes de actualización de los valores catastrales que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019. BOE 29-9-2018

Esta Orden se dicta por la Ministro de Hacienda dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 32.2 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo) que dispone que las leyes de presupuestos generales del Estado podrán actualizar los valores catastrales de los inmuebles urbanos de un mismo municipio por aplicación de coeficientes en función del año de entrada en vigor de la correspondiente ponencia de valores del municipio siempre que: 1) lo solicite el Ayuntamiento a la Dirección General del Catastro; 2) hayan transcurrido al menos cinco años desde la entrada en vigor de los valores catastrales derivados del anterior procedimiento de valoración colectiva de carácter general; y 3) que existan diferencias sustanciales, que afecten de modo homogéneo a la totalidad del municipio, entre los valores de mercado y los que sirvieron de base para la determinación de los valores catastrales vigentes.

También se aplicarán de oficio dichos coeficientes a los municipios beneficiarios de las medidas relativas a sus deudas con acreedores públicos previstas en el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros; y a los que se acojan al compartimento del Fondo de Ordenación y que se encuentren en la situación descrita en el artículo 39.1.a) del Real Decreto Ley 17/2014, de 26 de diciembre. En ambos casos debe de tratarse de municipios que hayan sido objeto de un procedimiento de valoración colectiva de carácter general para los bienes inmuebles urbanos aprobada con anterioridad al año 2003.

Se enumeran los municipios afectados con indicación del año de entrada en vigor de la ponencia de valores.

Entrará en vigor el día 1 de enero de 2019.



Vista de Manhattan desde Astoria.

CARRETERAS: EXPROPIACIÓN

Real Decreto-ley 18/2018, de 8 de noviembre, sobre medidas urgentes en materia de carreteras. BOE 9-11-2018

El presente Real Decreto-Ley modifica la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras adoptando distintas medidas, entre las que destaca la modificación del apartado 2 del artículo 12, que va a permitir que la aprobación definitiva de los proyectos de carreteras del Estado implique la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes, modificación de servicios y adquisición de derechos correspondientes, a los fines de expropiación, de ocupación temporal o de imposición o modificación de servidumbres. No obstante, en el mismo acto de aprobación provisional podrá declararse la urgencia del proyecto, en cuyo caso, dicha aprobación definitiva implicará la urgencia a los fines de expropiación.

Entró en vigor el 10 de noviembre.

ORGANIZACIÓN: ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA

Real Decreto 1162/2018, de 14 de septiembre, por el que se regula la Comisión interministerial de coordinación de la Administración periférica del Estado. BOE 29-9-2018

El presente real decreto tiene por objeto regular las atribuciones, la composición y el funcionamiento de la Comisión interministerial de coordinación de la Administración peri-

férica del Estado a que se refiere el artículo 78 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que se configura como el órgano colegiado responsable de coordinar la actuación de la Administración periférica del Estado con los distintos Departamentos ministeriales. Entró en vigor el 30 de septiembre.

ADMINISTRACIÓN: ALTOS CARGOS

Real Decreto 1208/2018, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrollan los títulos Preliminar, II y III de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. BOE 29-9-2018

Este Reglamento, en desarrollo de los títulos preliminar, II y III de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, tiene por objeto regular los instrumentos y procedimientos para cumplir con las obligaciones previstas en dicha ley.

En el Capítulo I del Reglamento se precisa el ámbito de aplicación determinando cuáles son los cargos asimilados a los altos cargos que se relacionan en el título preliminar de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, en las letras d) y f) del apartado 2 de su artículo 1.

Este mismo Capítulo I también regula los procedimientos para que la Oficina de Conflictos de Intereses tenga conocimiento de los nombramientos en puestos de altos cargos en organismos y entidades del sector público, así como la

documentación que ha de recibir para comprobar si estos reúnen los requisitos previstos en el artículo 2 de la citada ley.

En su Capítulo II se regulan las disposiciones comunes al registro de actividades y al registro de bienes y derechos patrimoniales de los altos cargos (la dependencia y gestión de los Registros, información sobre las obligaciones de declarar, subsanación de las declaraciones y causas de incompatibilidad, y permanencia de las declaraciones en los Registros), cuyos respectivos regímenes específicos se desarrollan en los Capítulos III y IV, estableciendo su dependencia y gestión a cargo de la Oficina de Conflictos de Intereses, así como el contenido de las declaraciones que los altos cargos han de presentar, las funciones de la citada Oficina ante el incumplimiento de estas obligaciones, así como el acceso a cada uno de esos registros.

Entró en vigor el 30 de septiembre.



Manhattan.

EHA/3012/2008, de 20 de octubre, por la que se aprueba el modelo 347 de declaración anual de operaciones con terceras personas, así como los diseños físicos y lógicos y el lugar, forma y plazo de presentación, la Orden EHA/3786/2008, de 29 de diciembre, por la que se aprueban el modelo 303 Impuesto sobre el Valor Añadido, autoliquidación, la Orden EHA/3111/2009, de 5 de noviembre, por la que se aprueba el modelo 390 de declaración-resumen anual del Impuesto sobre el Valor Añadido y se modifica el anexo I de la Orden EHA/1274/2007, de 26 de abril, por la que se aprueban los modelos 036 de declaración censal de alta, modificación y baja en el censo de empresarios, profesionales

y retenedores y 037 declaración censal simplificada de alta, modificación y baja en el censo de empresarios, profesionales y retenedores, y la Orden HAP/2194/2013, de 22 de noviembre. BOE 31-10-2018

CALENDARIO LABORAL

Resolución de 16 de octubre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2019. BOE 20-10-2018

IVA: MODELOS 303, 390, 347

Orden HAC/1148/2018, de 18 de octubre, por la que se modifican la Orden EHA/3434/2007, de 23 de noviembre, por la que se aprueban los modelos 322 de autoliquidación mensual, modelo individual, y 353 de autoliquidación mensual, modelo agregado, y el modelo 039 de comunicación de datos, correspondientes al régimen especial del grupo de entidades en el impuesto sobre el Valor Añadido, la Orden

ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CANARIAS: MODIFICACIÓN

Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. BOE 6-11-2018

RÉGIMEN ECONÓMICO Y FISCAL DE CANARIAS: MODIFICACIÓN

Ley 8/2018, de 5 de noviembre, por la que se modifica la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias. BOE 6-11-2018

Legislación Autonómica

José Gascuñana Villaseñor, Cristina Silla Rincón, Santiago Tomás Roy, Manuel Úbeda Muñoz y María López Mejía (coordinadora), notarios

ANDALUCÍA

OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO

Decreto 186/2018, de 2 de octubre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente al año 2018. BOJA 5-10-2018

MEDIDAS FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO

Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía. BOJA 15-10-2018



Manhattan desde el Río Este.

IGUALDAD DE GÉNERO

Ley 9/2018, de 8 de octubre, de modificación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. BOJA 15-10-2018

BOLETÍN OFICIAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Decreto 188/2018, de 9 de octubre, de ordenación del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. BOJA 15-10-2018

LEY AUDIOVISUAL

Ley 10/2018, de 9 de octubre, Audiovisual de Andalucía. BOJA 16-10-2018

BALEARES

SANIDAD

Ley 10/2018, de 6 de noviembre, de modificación del Decreto 100/2010, de 27 de agosto, por el que se regula el procedimiento de autorización sanitaria de centros, servicios y establecimientos sanitarios y el funcionamiento del Registro de centros, servicios y establecimientos sanitarios de las Illes Balears. BOIB 13-11-2018

APARCAMIENTO EN HOSPITALES PÚBLICOS

Ley 11/2018, de 6 de noviembre, por la que se establece la gratuidad de las plazas de aparcamiento de los hospitales públicos de las Illes Balears. BOIB 13-11-2018

COMUNIDAD VALENCIANA

MANCOMUNIDADES

Ley 21/2018, de 16 de octubre, de la Generalitat, de mancomunidades de la Comunitat Valenciana. DOGV 19-10-2018

Esta ley tiene por objeto establecer un marco legal para las mancomunidades de municipios constituidas o que se constituyan en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana, y definir el régimen jurídico que regule la creación, los órganos de gobierno, las normas de organización y funcionamiento, el régimen económico y el procedimiento para la supresión de dichas mancomunidades.

CATALUÑA

FUNDACIONES: INSTRUMENTOS DE TRANSPARENCIA

Orden JUS/152/2018, de 12 de septiembre, por la que se establece el nivel de sujeción de las fundaciones y de las asociaciones declaradas de utilidad pública a los instrumentos de transparencia establecidos por la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública. DOGC 17-9-2018

AGENCIA TRIBUTARIA: NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS

Resolución VEH/2210/2018, de 28 de septiembre, por la que se regula la práctica de las notificaciones electrónicas en el ámbito de la Agencia Tributaria de Cataluña. DOGC 2-10-2018

CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN

Resolución VEH/2352/2018, de 9 de octubre, sobre el uso del sistema de código seguro de verificación y por la que se crean sellos electrónicos de la Agencia Tributaria de Cataluña. DOGC 17-10-2018



Empire State Building.

RENTA GARANTIZADA DE CIUDADANÍA

Ley 3/2018, de 23 de octubre, de modificación de la Ley 14/2017, de la renta garantizada de ciudadanía. DOGC 25-10-2018

SEDE JUDICIAL ELECTRÓNICA

Orden JUS/183/2018, de 31 de octubre, por la que se crea la Sede judicial electrónica de Cataluña. DOGC 12-11-2018

**ESCRITURAS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO:
TIPO DE GRAVAMEN**

Decreto Ley 6/2018, de 13 de noviembre, relativo al tipo de gravamen aplicable a las escrituras públicas que documentan el otorgamiento de préstamos o créditos con garantía hipotecaria. DOGC 15-11-2018

EXTREMADURA

SOCIEDADES COOPERATIVAS

Ley 9/2018, de 30 de octubre, de sociedades cooperativas de Extremadura. DOEX 2-11-2018

El artículo 15 se refiere a la escritura pública de constitución: 1. La sociedad cooperativa se constituirá mediante escritura pública, que deberá otorgarse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de la asamblea constituyente o, en su caso, desde la calificación previa del proyecto de estatutos sociales, y se inscribirá en el Registro de Sociedades Cooperativas de Extremadura, en cuyo momento adquirirá la personalidad jurídica derivada del tipo social cooperativo. 2. La escritura pública de constitución deberá presentarse en el Registro de Sociedades Cooperativas de Extremadura para su inscripción en el plazo de dos meses a contar a partir del día siguiente al de su otorgamiento. El incumplimiento de este plazo no cierra el Registro, sin perjuicio de la responsabilidad de los obligados a instar la inscripción.

MADRID

ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Decreto 146/2018, de 2 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 86/2003, de 19 de junio, por el que se regula la asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la Comunidad de Madrid. BOCM 4-10-2018

El objetivo de la norma es adecuar la composición de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita a lo establecido en la normativa vigente, así como agilizar al máximo posible la tramitación de las certificaciones presentadas por los Consejos Generales de Abogados y de Procuradores, de forma que dichas certificaciones pasarán a tener carácter mensual y no trimestral.

VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

Ley 5/2018, de 17 de octubre, para la Protección, Reconocimiento y Memoria de las Víctimas del Terrorismo. BOCM 25-10-2018

Se busca constituir un sistema integral de reparación de los daños causados por las acciones terroristas, con el fin de que las víctimas y sus familias se sientan protegidas por la Administración tanto a nivel económico como asistencial. Sus disposiciones, a excepción de las relativas a daños materiales, son de aplicación, desde el punto de vista temporal, a los hechos ocurridos desde el 1 de enero de 1960,

permitiendo su eficacia retroactiva a favor de quienes, de acuerdo con la legislación anterior, hayan podido recibir ayudas de cuantía inferior a las que se reconocen al amparo de esta ley.

MURCIA

GENERACIÓN DE EMPLEO ESTABLE

Ley 10/2018, de 9 de noviembre, de Aceleración de la Transformación del Modelo Económico Regional para la Generación de Empleo Estable de Calidad. BORM 10-11-2018

NAVARRA

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Decreto Foral 79/2018, de 3 de octubre, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Decreto Foral 174/1999, de 24 de mayo. BON 11-10-2018

Introduce reformas en materia de rentas exentas, exención de las becas para estudios concedidas por fundaciones bancarias, exención de los rendimientos por trabajos realizados en el extranjero, en relación con la determinación de los rendimientos netos del trabajo que tengan un periodo de generación superior a dos años o que no se obtengan de forma periódica o recurrente, así como en materia de prestaciones por fallecimiento de contratos de seguros y también se introducen reformas en relación a premios de juegos, rifas o combinaciones aleatorias.

Se determina qué se entiende por condiciones equiparables a la hora de aplicar la reducción del 40% a determinados rendimientos del capital inmobiliario,

Se suprime la presunción en relación con la afectación a actividades empresariales y profesionales de los elementos de transporte.

Se adapta el tratamiento de la amortización mínima a las modificaciones mercantiles y fiscales en el rendimiento neto de actividades agrícolas, ganaderas y forestales en estimación objetiva.

Se incorporan al Reglamento el concepto de vivienda habitual que recogía el artículo 62.1 de la Ley Foral del Impuesto, así como el concepto de rehabilitación, ya que es necesario mantenerlos para la aplicación de la exención por reinversión en vivienda habitual.

Se recoge el desarrollo para la integración de los incrementos de patrimonio por cambio de residencia al extranjero.



7th Ave.

Se adaptan a la Ley Foral del Impuesto determinados aspectos de las rentas del trabajo en especie.

Se adapta el desarrollo reglamentario de la deducción de las pensiones de viudedad y de jubilación contributivas a las modificaciones introducidas en la Ley Foral del Impuesto por la Ley Foral 6/2017.

En relación con las rentas sujetas a retención o ingreso a cuenta, respecto a las rentas derivadas de la transmisión de derechos de suscripción, se recoge la obligación de retener, el obligado a retener, el momento y la base de la retención. Iguales extremos se recogen en relación con la obligación de retención o ingreso a cuenta sobre las rentas de los Planes de Ahorro a Largo Plazo cuando se haya incumplido el plazo de mantenimiento de cinco años.

En relación con el arrendamiento y subarrendamiento de inmuebles se elimina "urbanos", de forma que la obligación de retener será sobre todos los rendimientos de inmuebles tanto si se trata de inmuebles urbanos como rústicos.

Por último, se adapta a la Ley Foral del Impuesto la disposición adicional quinta respecto a la consideración de pago a cuenta de las cuotas del Impuesto sobre Actividades Económicas.



Chinatown.



Bermon Blvd.

TRIBUTOS

Ley Foral 20/2018, de 30 de octubre, de modificación de diversos impuestos. BON 8-11-2018

Se modifica la Ley Foral 26/2016, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades en relación al beneficio fiscal de las patentes.

También se modifica el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en relación a la deducción en la cuota diferencial por la percepción de prestaciones de maternidad y paternidad

Por otro lado, introduce reformas en las contribuciones empresariales a seguros colectivos que instrumentan los compromisos por pensiones, así como en los seguros colectivos a prima única

Se añade una disposición transitoria al Texto Refundido de las Disposiciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, con efectos para los hechos imposables producidos a partir del 1 de enero de 2018. La disposición transitoria tiene el propósito de establecer que los hechos imposables producidos con anterioridad a 1 de enero de 2018 (en cuanto los tipos de gravamen de esos hechos imposables incluidos en el art. 34 hayan sido modificados por la Ley Foral 16/2017) no

se vean afectados, en lo relativo a la aplicación de las reglas de la acumulación de donaciones reguladas en los artículos 51 y 52 del Texto Refundido. Debe señalarse que estos artículos regulan la acumulación de donaciones entre sí y la acumulación de donaciones a la herencia. Así, las donaciones que se otorguen por un mismo donante a un mismo donatario dentro del plazo de tres años se considerarán como una sola transmisión y los tipos aplicables serán fijados en función de la suma de todas esas donaciones. De manera concordante, las mencionadas donaciones se acumularán a la sucesión que se cause por el donante a favor del donatario, siempre que se produzcan dentro del plazo de los tres años.

Esta acumulación de donaciones es inoperante en términos de cuota cuando se aplica el tipo de gravamen proporcional del 0,8% (es decir, en la sucesión entre parientes en línea recta y entre cónyuges).

PAÍS VASCO

IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO

Norma Foral 2/2018, de 11 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. BOPV 28-9-2018

Su artículo 1 (Naturaleza y objeto del impuesto) establece que el impuesto sobre el patrimonio es un tributo de naturaleza personal y directa que grava el patrimonio neto de los contribuyentes en los términos previstos en la presente Norma Foral.

A los efectos de este impuesto, constituirá el patrimonio neto del contribuyente el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, minorado en las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, y con deducción de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder el contribuyente.

El artículo 2 recoge el ámbito de aplicación de la norma y según el artículo 30 la base liquidable será el resultado de practicar en la base imponible una reducción, en concepto de mínimo exento, de 700.000 euros.

GRAVAMEN ESPECIAL SOBRE LOS PREMIOS DE LOTERÍAS

Resolución de 10 de octubre de 2018, de la Presidenta de las Juntas Generales de Gipuzkoa, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto Foral-Norma 2/2018, de 17 de julio, por el que se modifica la Norma Foral 3/2014, de 17 de enero, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del Territorio Histórico de Gipuzkoa, en lo relativo al gravamen especial sobre los premios de determinadas loterías y apuestas. BOPV 22-10-2018

ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Decreto 153/2018, de 30 de octubre, de Asistencia Jurídica Gratuita. BOPV 6-11-2018

El presente Decreto tiene por objeto la regulación del procedimiento para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, consagrado en el artículo 119 de la Constitución Española, así como el régimen de funcionamiento y colaboración de los órganos e instituciones que intervienen en el mismo.

LA RIOJA

PLAN DE VIVIENDA DE LA RIOJA

Decreto 30/2018, de 20 de septiembre, por el que se regula el Plan de Vivienda de La Rioja 2018-2021. BOR 26-9-2018

Esta norma permite que los riojanos se beneficien de las ayudas estatales de vivienda que se articulan en nueve programas: programa de subsidiación de préstamos convenidos; de ayuda al alquiler de vivienda; de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual; de fomento del parque de vivienda de alquiler; de fomento de mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad en viviendas, de fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad en viviendas; de fomento de la regeneración y renovación urbana y rural; de ayudas a los jóvenes y de fomento de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad. Además de los programas autonómicos específicos, las incluidas en el programa de apoyo a la gestión del alquiler social y la colaboración con municipios riojanos para la redacción de proyectos y contratación de la ejecución de las obras de rehabilitación de viviendas de propiedad municipal para su destino al alojamiento de personas en riesgo de exclusión.

AYUDAS A JÓVENES PARA VIVIENDA

Orden FOM/70/2018, de 24 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas a los jóvenes para la compra de vivienda en la Comunidad Autónoma de La Rioja. BOR 28-9-2018

Básicamente los requisitos es ser español o residente, menor de 35 años, para adquirir una vivienda habitual en un municipio de menos de 5000 habitantes, con ingresos anuales iguales o inferiores a tres veces el IPREM y que el precio de la vivienda sea igual o inferior a 100.000 euros.

AYUDAS A LA REHABILITACIÓN

Orden FOM/71/2018, de 24 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión en la Comunidad Autónoma de La Rioja de las ayudas al fomento de la Rehabilitación Edificatoria del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021. BOR 28-9-2018

Las ayudas van dirigidas principalmente a los edificios finalizados antes del año 1996 y que constituyan el domicilio habitual y permanente de sus propietarios o arrendatarios, e incluso a viviendas con antigüedad igual o posterior al año 1996, si existen circunstancias que lo aconsejen.

AYUDAS AL ALQUILER

Orden FOM/81/2018, de 22 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de la ayuda al alquiler de vivienda en la Comunidad Autónoma de La Rioja. BOR 24-10-2018

Para ser beneficiarios los ingresos máximos de las personas que tengan su domicilio habitual y permanente en la vivienda arrendada, tienen que ser iguales o inferiores a tres veces el IPREM, o 4 veces si son discapacitados.

Nuevo pack recuperador de timbres 8
Para aquellos documentos que no figuren en papel timbrado







especialidad notarial
Productos específicos
Notaría
Carpetas y papelería
Encuadernación de Protocolo
902 10 87 88
825 20 04 88
notarias@especialidadnotarial.es
www.especialidadnotarial.es

Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE

Lucía Cagigas Courel y Fernando Pedro Romero Fernández de Henestrosa, notarios

PRÁCTICAS DESLEALES. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN. IMPOSIBILIDAD DE SUSPENDER EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA STJUE 19 de septiembre de 2018

Supuesto de hecho: el 30 de enero 2006 se celebra un contrato de préstamo con garantía hipotecaria entre varios prestatarios y Bankia, con un tipo de subasta de 195.000 € y un plazo de 25 años. El mencionado contrato fue objeto de dos novaciones. En el marco de la segunda novación, en escritura de 18 de octubre de 2013, se amplía el plazo a 40 años y se reduce el tipo de subasta a 57.689 €. Posteriormente se inicia el procedimiento de ejecución. Los prestatarios interponen demanda por entender que la novación contenía cláusulas abusivas, en un doble sentido: 1) la reducción del tipo de subasta se hizo en su perjuicio; 2) exigían la dación en pago, quedando en la vivienda como arrendatarios, en aplicación del Código de Buenas prácticas. Así, el Juzgado español decidió suspender el procedimiento y elevar al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. Si la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a su artículo 11, por dificultar o impedir el control judicial de los contratos y actos en los que puedan existir prácticas comerciales desleales, una normativa nacional como la vigente en la ejecución hipotecaria española (arts. 695 LEC) en la que no está previsto el control de las prácticas comerciales desleales.



El TJUE lo niega. Se basa, por un lado, en que un contrato que sirve de título ejecutivo no puede ser declarado inválido por la única razón de que contiene cláusulas contrarias a la prohibición general de prácticas comerciales desleales establecidas en el artículo 5.1 de la mencionada Directiva; por otro, que del efecto útil de la Directiva no se deriva que los Estados miembros estén obligados a autorizar al juez del procedimiento de ejecución hipotecaria a controlar, a diferencia de lo que

ocurre con las cláusulas abusivas, la validez del título ejecutivo en relación a la existencia de prácticas comerciales desleales.

2. Si se opone a la Directiva una normativa nacional que no garantiza el efectivo cumplimiento del código de buenas prácticas si el ejecutante no decide aplicarlo, y que, por tanto, no permite al consumidor a instar su cumplimiento mediante dación en pago y extinción de responsabilidad.

El TJUE lo rechaza también sobre la base de que la Directiva no impone al Estado miembro que establezca un código de buenas prácticas que tenga ca-

rácter jurídicamente vinculante pues, como dice el artículo 2.f) de dicha directiva, establece que éste es un “acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposición legal, reglamentaria o administrativas de un Estado miembro”; la Directiva no exige a éstos que establezcan sanciones o consecuencias a los comerciantes que no cumplan dicho código después de haberse adherido a él.

Sentencias del Tribunal Constitucional

Miguel Llorente Gonzalvo, notario

PROTESTA EN EL PLENO DE UN AYUNTAMIENTO DE UN REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES. DESPIDO NULO

Pleno. Sentencia 89/2018, de 6 de septiembre de 2018. Recurso de amparo 4422-2017 contra sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García. Estimatoria

Demandante de amparo vigilante de seguridad y miembro del comité de empresa de una mercantil. En 2015 su empresa entrega escrito al demandante y al comité de empresa comunicando a aquél la apertura de expediente disciplinario. Alega, pero la empresa le despide disciplinariamente fundándolo: 1º) En su asistencia a sesión del pleno del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en 2014, en la cual junto a otros representantes de los trabajadores, el recurrente se levantó de su asiento, poniéndose una careta del conocido personaje “El pequeño Nicolás”, exhibiendo una camiseta con lema: “Donde hay corrupto hay un corruptor. Tanto o más importante que el nombre del político corrupto, es conocer el de la empresa de seguridad corruptora”, y con una imagen impresa de dos personas entregándose dinero. El empleador argumenta que dicho acto se efectúa en clara alusión a la empresa para la que prestaba servicios el demandante, siendo esta entidad además, la adjudicataria desde hace años de los servicios de vigilancia y seguridad del citado Ayuntamiento. 2º) En la asistencia del empleado a rueda de prensa en la sede de Intersindical Canaria, apoyando manifestaciones del secretario de la organización sindical vistiendo además una camiseta idéntica, lo que la empresa



Subway.

juzga como el reconocimiento público que por parte del sindicato Intersindical se ha abanderado dicho slogan, con el fin de denunciar el amiguismo que subyace entre la empresa referida y todas las administraciones públicas. Añade que, en dicha rueda de prensa por parte de los manifestantes y con la pasividad del demandante, se amenaza y coacciona a esta entidad y a sus clientes, con secundar futuras concentracio-



Brooklyn Bridge.

nes ante las instalaciones de éstos y se vertieron gruesas amenazas y descalificaciones contra los altos cargos de la empresa empleadora e incluso ciertas acusaciones de que éstos hubiesen cometido algún delito. El trabajador interpuso demanda de nulidad el despido, en base a que éste atentaba contra los derechos fundamentales a la libertad sindical, libertad de expresión e información y a no ser discriminado; subsidiariamente que fuera declarado despido improcedente por prescripción de las faltas disciplinarias. El Juzgado de lo Social de las Palmas de Gran Canaria, estimó parcialmente la demanda declarando el despido improcedente por considerar acreditados los hechos que se relatan en la carta de despido, concernientes a la participación del demandante en el pleno del Ayuntamiento si bien que las referencias a las empresas y empresarios en relación a la corrupción son genéricas y no identifican a un empresario individual ni a una empresa concreta, realizándose una imputación genérica de corrupción a los políticos, hecho debido a la acumulación de asuntos de este tipo que hoy en día es habitual en los medios de comunicación. Señala que ni los miembros del Ayuntamiento, ni terceros presentes en el pleno, tenían por qué saber que eran trabajadores de la empresa, por lo que no tenían por qué conocer a qué empresa se dirigían tales comentarios. Ambas partes recurren en súplica y el Tribunal Superior de Justicia de Canarias desestimó el recurso del demandante y estimó el de la empresa demandada, y, en consecuencia, revocó la sentencia del Juzgado de lo Social y declaró la proce-

dencia del despido del actor por causas disciplinarias. No lo basa en lo acaecido en la rueda de prensa, sino en el pleno del Ayuntamiento respecto de la que dice que la conducta del actor no está amparada por el ejercicio de las libertades sindical y de expresión, y que la misma constituye una grave transgresión del deber de buena fe contractual, pues se viene a acusar de corrupción no solo a la empresa de seguridad sino al “político” correspondiente. La imagen ofrecida es manifiestamente perjudicial tanto para la Administración como para la empresa que presta el servicio de seguridad privada. Dicta que se traspasaron los límites inherentes del respeto al derecho al honor de los responsables de la empresa y también de la Administración receptora del servicio, sin que pueda sostenerse que aquella se circunscriba al estricto ámbito de las relaciones laborales, por todo lo cual no puede preponderarse en este caso el derecho fundamental a la libertad de expresión en relación con el de libertad sindical. El trabajador recurre en casación para la unificación de doctrina, que es inadmitido por Tribunal Supremo. El trabajador recurre al Tribunal Constitucional en demanda de amparo contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, imputando a la misma la vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y a la libertad sindical (art. 28.1 CE), e interesando que se declare la nulidad del despido y se reconozca al recurrente el derecho a ser readmitido en su puesto de trabajo. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional alegó interesando el otorgamiento del am-

paro y que se declarara vulnerado el derecho a la libertad sindical en relación con la libertad de expresión del demandante y la nulidad de la Sentencia.

El Fiscal comparte con la Sala que no hay indicios de delitos de corrupción en el sentido técnico de la expresión, pero considera que se ha generalizado tanto el uso de la palabra corrupción, en relación con diferentes prácticas ilícitas o inmorales, que dicha expresión ha acabado empleándose no solo en el sentido de soborno, sino en las muchas acepciones que tiene en el diccionario de la Real Academia Española. A ello añade que, teniendo en cuenta que el titular de la empresa estaba siendo investigado por fraude a la Seguridad Social, según noticias periodísticas, y que existía en la empresa una evidente conflictividad laboral que estaba dando lugar a varios pleitos en los juzgados de lo social, puede suponer que la referencia a la corrupción, como forma de llamar la atención sobre los problemas laborales de la empresa, no resulte tan gratuita como pudiera parecer a primera vista. El Tribunal Constitucional admite el recurso. **La demanda plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina del Tribunal Constitucional: el alcance del contenido de la libertad de expresión en relación con el derecho a la libertad sindical cuando ésta opera, además, como instrumento de participación política mediante la crítica a la actuación de determinados cargos o instituciones públicas.** Entiende que no se puede responsabilizar al demandante de los hechos sucedidos en la rueda de prensa al no haber participado en los mismos, pero sí analizar su actuación en el Pleno del Ayuntamiento. El Tribunal Constitucional dice que el derecho a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas, opiniones, creencias, juicios de valor y también la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática”. Se excluyen expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto. La celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como también que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas. El ejercicio de la libertad de expresión en el ámbito laboral está modulado por los derechos y obligaciones recíprocas de la relación contractual laboral, y que la buena fe entre las partes en el contrato de trabajo es “condicionamiento” impuesto por la relación laboral en el ejercicio del derecho constitucional. Ahora bien, ni dicho principio, ni tampoco el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador pueden servir en



Rockefeller Center.



Guggenheim Museum.

ningún caso para limitar indebidamente derechos fundamentales dada su posición preeminente en nuestro ordenamiento jurídico, que, en cuanto “proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona” (art. 10.1 CE) y fundamento del propio Estado democrático proclamado en el artículo 1 CE, operan como límites infranqueables que el empresario no puede rebasar en ejercicio de su poder de dirección. Además las manifestaciones del trabajador que en otro ámbito pudieran ser ilegítimas no tienen por qué serlo dentro del ejercicio de las facultades de los representantes de los trabajadores cuando actúan en la defensa de los derechos de los trabajadores a quienes representan. Tienen éstos un mayor ámbito de libertad y protección en la actuación de los representantes de los trabajadores. El Tribunal Constitucional garantiza a los representantes de los trabajadores en su actuación en defensa de los trabajadores, frente actos impositivos del ejercicio de esa libertad, la indemnidad, esto es, el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Además, en cuanto a los límites del ejercicio de la libertad de expresión en relación con la libertad sindical, cuando éstas se ejercen frente a personas que realizan funciones públicas, en estos casos el

ejercicio del derecho alcanza el nivel máximo de protección, convirtiéndose en prácticamente inmune a restricciones que en otros ámbitos serían admisibles constitucionalmente. El Tribunal Constitucional dice que al mayor ámbito de libertad y protección reconocida a la libertad de expresión en el ámbito sindical cuando se ejerce por representantes de los trabajadores, se le añade la existencia de un contexto de debate útil para la formación de la opinión pública. Dicho derecho se ejerce en relación con personas que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos resulten afectados por opiniones. Así el Tribunal Constitucional afirma que el despido disciplinario vulneró el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) en relación con el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a)], pues el demandante actuó en calidad de miembro del comité de empresa, en el ejercicio de la libertad de acción sindical, cuestionando a través de la protesta la pasividad del ayuntamiento en su deber de velar por los derechos de los trabajadores de la empresa adjudicataria del contrato de seguridad y vigilancia; y el mensaje contenido en las camisetas y exhibido en el pleno del Ayuntamiento ni identificó como “empresa de seguridad corruptora” a la mercantil empleadora,

ni menos aún a ningún responsable de la misma, sin que por otra parte, atendida su significación, el contexto, forma, lugar y propósito en que se manifestó, pueda considerarse que excediera los límites constitucionalmente admisibles.

Debemos concluir, por ello, que la conducta del recurrente se desarrolló dentro de los márgenes que delimitan el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales de libertad sindical (art. 28.1 CE) en relación con el derecho a la libertad de expresión [(art. 20.1 a)]. El Tribunal Constitucional anula las dos sentencias y declara nulo el despido.

TRANSMISIÓN DE LAS LICENCIAS VTC EN CATALUÑA. ÁMBITO DE LA COMPETENCIA ESTATAL

Pleno. Sentencia 105/2018, de 4 de octubre de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 5333-2017. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del artículo 1 del Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 5/2017, de 1 de agosto, de medidas urgentes para la ordenación de los servicios de transporte de viajeros en vehículos de hasta nueve plazas. Ponente el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón. Estimatoria

El Gobierno recurre por inconstitucional el artículo 1 del Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 5/2017, de 1 de agosto. Alega vulneración de la competencia estatal (art. 149.1.21 CE) exclusiva sobre los transportes terrestres que transcurran por más de una Comunidad Autónoma independientemente del domicilio de la autorización o del itinerario del servicio que en cada momento se preste; dice que según el artículo 99.4 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (LOTT), el arrendamiento de vehículos con conductor es modalidad de transporte de viajeros y su ejercicio está condicionado a obtener la correspondiente autorización de la Administración General del Estado o, en su caso, de la Comunidad Autónoma del domicilio de dicha autorización, siempre previa delegación por el Estado. Entiende respecto de dichas auto-

rizaciones que la potestad legislativa y reglamentaria se atribuye en todo caso al Estado, si bien solo se delega la estricta potestad de otorgamiento individual (o su revocación, inspección, control), esto es, la mera individualización de la norma general al caso concreto. Critica que el artículo 1 del Decreto-ley impugnado requiera, para la validez de la transmisión de la licencia, que el cedente ha de ser titular de la autorización que transmite al menos dos años antes, puesto que ello no es exigido por la normativa estatal. Añade que no se cumple la necesidad extraordinaria y urgente para usar de la técnica normativa del Decreto-ley. El Parlamento de Cataluña considera justificada la necesidad extraordinaria y urgente del decreto-ley, según su preámbulo. Se subraya la finalidad especulativa de la obtención de la titularidad de las autorizaciones VTC (vehículos de turismo con conductor) y las consecuencias de sentencias dictadas en recursos frente a la denegación de autorizaciones por la Generalitat (de 431 autorizaciones VTC otorgadas, el 67% han sido transmitidas a otras empresas, estando en la actualidad en situación de pendencia judicial un total de 3000 autorizaciones VTC, cuyo probable destino serán nuevas transmisiones). Cataluña dice que el cambio decisivo resultó de la mano de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (la denominada “Ley ómnibus”), que derogó los artículos 49 y 50 LOTT y, con ello, la posibilidad de restringir la libre concurrencia al transporte por carretera en caso de desajustes entre la oferta y la demanda que impedirían una correcta prestación de los servicios. Después la Ley 9/2013, de 4 de julio, modificó el artículo 48.2 LOTT y contempló de nuevo limitaciones al otorgamiento de nuevas autorizaciones. La jurisprudencia consideró que por el tiempo transcurrido entre la Ley 25/2009 y la Ley 9/2013, las solicitudes de autorizaciones de arrendamiento de vehículo con conductor no se encontraban sometidas al criterio de proporcionalidad, al quedar sin efecto por carencia de cobertura legal. Pero el desarrollo reglamentario de la modificación operada por la Ley 9/2013 no se materializó sino más de dos años después,

ENCUADERNACIONES DEL SURESTE

25

Especializados en encuadernaciones para notarías.
La mejor calidad de encuadernación al mejor precio.

C/ Manchayo, 3 Bajo · Murcia · T: 610 454 167 · encuadernacionesdelsureste@gmail.com · www.encuadernacionesnotariales.com



Empire State Building.

en el Real Decreto 1057/2015, que dio nueva redacción a los artículos 181 y 182 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (ROTT). Durante ese periodo de tiempo (2009-2015) han sido solicitadas más de 3000 nuevas autorizaciones de alquiler de vehículos con conductor en Cataluña, cuyo otorgamiento está pendiente del pronunciamiento del Tribunal Supremo, pues se han interpuesto recursos frente a las sentencias de diversos tribunales superiores de justicia, entre ellos el de Cataluña, que han reconocido el derecho a obtenerlas por entender que la regla sobre la proporción 1/30 no estuvo vigente hasta la aprobación del Real Decreto 1057/2015. Cataluña considera que dicha inseguridad fundamenta urgente necesidad de un Decreto-ley. Entre tanto la Justicia ha precisado que la empresa Uber, que se sirve de licencias VTC, es una empresa de transporte y no una plataforma digital, por lo que las autoridades nacionales pueden exigirle licencias como las que se requieren a los profesionales del taxi, transporte que está excluido de la libre prestación de servicios en general así como de la directiva relativa a los servicios en el mercado interior y de la directiva sobre el comercio electró-

nico. El Tribunal Constitucional estima el recurso. En cuanto a la urgente necesidad habilitante para el Decreto-Ley el Tribunal Constitucional entiende que no puede justificarse en un conflicto entre profesionales pero sí en la situación derivada de la evolución descrita y la necesidad de medidas que mitiguen la alarma social creada y problemas de orden público. El Tribunal Constitucional aprecia que las circunstancias reflejadas en el preámbulo del decreto-ley y en la fase de convalidación reflejan la situación de hecho que permite concluir que existen razones suficientes para apreciar la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad. En cuanto al motivo de impugnación de carácter competencial, analizando el artículo 5 de la Ley Orgánica 5/1987 (funciones que se delegan en las Comunidades Autónomas respecto de servicios de transporte público discrecional de viajeros prestados al amparo de autorizaciones cuyo ámbito territorial exceda del de una Comunidad Autónoma), y analizando el artículo 6 la Ley Orgánica 5/1987 (puntos de conexión para el ejercicio de las funciones anteriores, en razón del territorio en el que esté fijado el lugar de residencia del vehículo o esté situada la sede central de la empresa o la sucursal a la que va referida la autorización), se concluye que ninguna de las concretas funciones o facultades enumeradas incluye la competencia de la Generalitat de Cataluña para dictar una norma que innove el régimen jurídico de las autorizaciones de transporte, en un aspecto relevante como es, en este caso, la prohibición temporal de transmisión de las autorizaciones. La interpretación conjunta de los artículos 14 y 16 de la Ley Orgánica 5/1987, se deduce que la potestad normativa autonómica en las materias objeto de delegación no es incondicional, sino que está sujeta a un doble premisa: la primera, de orden funcional, es que la potestad normativa autonómica se debe ceñir a la “ejecución o desarrollo de las normas estatales”, pues la función legislativa y la potestad reglamentaria quedan, “en todo caso”, reservadas al Estado; la segunda, de orden formal, es que el ejercicio de la potestad normativa autonómica requiere, en todo caso, una expresa previsión en la legislación estatal de la “ejecución o desarrollo por las Comunidades Autónomas”. Pues bien, como ya se ha indicado, el establecimiento de una prohibición temporal de transmisión de autorizaciones no puede considerarse como una norma de “ejecución o desarrollo de las normas estatales”, sino como una norma que integra el régimen jurídico de tales autorizaciones. El único reconocimiento explícito de competencia normativa en favor de las Comunidades Autónomas que, por delegación del Estado, hubieran asumido competencias en materia de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor se encuentra en el último párrafo del apartado 3 del artículo 181 ROTT, y allí dicha competencia solo alcanza a modificar la llamada “regla de proporcionalidad” señalada en el párrafo anterior (una autorización VTC por cada treinta de taxi), y siempre que sea para sustituirla por una menos restrictiva.

Sentencias del Tribunal Supremo

Marta García-Jalón, Jesús Leonart, Carmen Madrigal, Joaquín Rubio, Javier Semelas, Cristina Silla y Mónica Castro (coordinadora), notarios

DERECHOS REALES

EL SIGNIFICADO DEL TÉRMINO “EN ADELANTE” DEL ARTÍCULO 591 DEL CÓDIGO CIVIL

STS 16 de octubre de 2018. Ponente: Don Antonio Salas Carceller. Estimatoria

El Alto Tribunal casó las sentencias de Primera Instancia y de la Audiencia. El artículo 591 CC señala en su apartado 2 “Todo propietario tiene derecho a pedir que se arranquen los árboles que en adelante se plantaren a menor distancia de su heredad”. Se refiere a aquellos que no cumplan la distancia mínima de 2 metros para árboles y 50 centímetros para arbustos pero, ¿a qué se refiere el legislador con el término “en adelante”? El juzgado y la Audiencia entienden que la regla se aplica para aquellas plantaciones que se hayan realizado después de que se haya adquirido la propiedad del predio afectado por el legitimado a exigir dicho arranque. Por ello, no podrían ejercitar este derecho los propietarios que hayan adquirido la finca con el árbol ya plantado. Si bien el Tribunal Supremo ha señalado como doctrina jurisprudencial, sentencia de 21 de octubre de 2015, que el cómputo del plazo es desde que entró en vigor el Código Civil basándose en proteger las relaciones de vecindad y salvo en el caso de que la finca adquirida se haya creado en un momento posterior a dicha entrada en vigor. En este caso, el término “en adelante” impediría plantar árboles incumpliendo la norma después de que se haya delimitado la nueva finca pero no con anterioridad como resulta lógico puesto que dicha finca no existía y no se daría el supuesto de hecho del artículo 591 CC. Finalmente la Sala



Vista nocturna.

hace referencia a la presunción de la propiedad libre de cargas, ex artículo 348 CC, recayendo la carga de la prueba en el que declare la existencia de la carga o gravamen rectificando la decisión de la primera instancia de exigir al propietario que probará la inexistencia de una servidumbre. **J.R.**



Calatrava Butterfly.

EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL ES EL GENERAL DEL ARTÍCULO 1964 DEL CÓDIGO CIVIL

STS 14 de septiembre de 2018. Ponente: Don Antonio Salas Carceller. Estimatoria

Una sociedad demanda a unas comunidades de propietarios por los daños y perjuicios causados en un local de su propiedad como consecuencia del incumplimiento del deber de conservación del inmueble por parte de las referidas comunidades. Lo que se discute es el plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños dimanantes del incumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 10.1 LPH. Si está sujeta al plazo de prescripción de un año -por tratarse de un supuesto de responsabilidad extracontractual- o al plazo general de quince años -actualmente cinco años- por tratarse de una acción personal sin plazo especial de prescripción sujeta a lo dispuesto por el artículo 1964 CC.

El Tribunal Supremo aclara que para resolver la cues-

ión controvertida es necesario tener en cuenta que la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios causados parte de la afirmación, no discutida, de que los daños y perjuicios que se dicen producidos nacen precisamente del incumplimiento de una obligación legal que a las comunidades de propietarios impone el artículo 10 LPH en el sentido de llevar a cabo las obras que resulten necesarias para el mantenimiento y conservación de los elementos comunes, de modo que no causen daño alguno a otros bienes comunes o a los privativos. Se trata de una obligación legal, en el sentido a que se refiere el artículo 1089 CC, que no resulta asimilable a las derivadas de actos u omisiones ilícitas, que comprenden un ámbito distinto y a las que resulta de aplicación el plazo de prescripción anual del artículo 1968.2.º. No cabe dissociar el plazo de prescripción para exigir el cumplimiento de las obligaciones legales del correspondiente a la acción para exigir las consecuencias dañosas de dicho incumplimiento. Concluye que la acción de reclamación de daños y perjuicios ejercitada no está prescrita al ser aplicable el plazo de cinco años, según la redacción del artículo 1964 CC que resulta aplicable. **C.M.**

EL PLAZO DE CADUCIDAD DEL RETRACTO DEL ARTÍCULO 27 DE LA LEY DE MODERNIZACIÓN DE EXPLOTACIONES AGRARIAS ES DE 60 DÍAS SI HA HABIDO NOTIFICACIÓN DE LA VENTA CON LAS CONDICIONES NECESARIAS, AUNQUE NO HAYA TRANSCURRIDO UN AÑO DESDE LA INSCRIPCIÓN
STS 17 de octubre de 2018. Ponente: Don Eduardo Baena Ruiz. Estimatoria

En esta sentencia se discute el plazo de caducidad del ejercicio de la acción del retracto de colindantes del artículo 27 de la Ley de Modernización de explotaciones agrarias. En este caso, la venta de una finca rústica se inscribió en el Registro el 4 de septiembre de 2013, y se notificó a la parte demandante antes del 13 de noviembre del mismo año la escritura de compraventa en la que constaban todos los datos necesarios para que se pudiera ejercitar su derecho de retracto. Interpuesta la demanda el 19 de junio de 2014, se discute si ha transcurrido el plazo de 60 días que concede el artículo 27 de la Ley 19/1995.

El Tribunal Supremo entiende caducada la acción. Reitera que existen dos retractos de colindantes, el regulado en los artículos 1523 y ss. CC y el establecido en el artículo 27 de la Ley 19/1995. El de la Ley 19/1995 hace referencia a la explotación agraria prioritaria, a diferencia del retracto del Código Civil que se ciñe a cualquier caso de propiedad de fincas rústicas; aquél toma en consideración la unidad mínima de cultivo como requisito, mientras que el del Código Civil se basa en que la finca retraída no exceda de una hectárea. También difieren en el plazo de caducidad de la acción. Son, por todo ello, retractos distintos con una regulación diferente, si bien ambos con una misma finalidad. La singularidad en cuanto al plazo de caducidad es la siguiente: “El plazo para ejercitar este derecho de retracto será el de un año contado desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, salvo que antes se notifique fehacientemente a los propietarios de las fincas colindantes la venta de la finca, en cuyo caso el plazo será de sesenta días contados desde la notificación”. Se aprecia que el retracto de colindantes de la normativa especial, en contra de lo previsto en el del Código Civil, tiene dos plazos, según se esté a la inscripción en el Registro de la Propiedad de la venta de la finca o a la notificación fehaciente de ésta a los propietarios de las fincas colindantes. En este sentido siguiendo otra sentencia de 2008 reitera que “El retracto legal puede ser definido como el derecho que por ministerio de la ley tienen ciertas personas y en determinadas situaciones para adquirir la cosa que fue objeto de un contrato de compraventa, subrogándose en el lugar del comprador; aunque, en realidad, no supone una subrogación en sentido propio, sino más bien una venta forzosa por parte del comprador al retrayente. Se trata, en cualquier caso, y concretamente en el del retracto de colindantes o asurcanos, de limitaciones impuestas a la propiedad rústica a modo de cargas de derecho público, pues, aunque puedan

redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general. En cuanto supone una limitación a la libre disponibilidad de los bienes por su propietario y una excepción al principio de libertad de contratación, es objeto de una rigurosa regulación legal y merece una interpretación restrictiva pues en definitiva supone que quien ha adquirido una finca, por compraventa o dación en pago, pierde la propiedad en virtud de una disposición legal que le impone su transmisión a un tercero, quedando sin efecto su adquisición por causas ajenas a la misma. De ahí que se establezca un breve plazo de caducidad de nueve días para su ejercicio en el artículo 1524 CC, transcurridos los cuales ya no puede tener lugar el retracto”. “Sin embargo, la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias, contiene una ampliación extraordinaria de dicho plazo de caducidad que establece en un año (art. 27) contado desde la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad, salvo que antes se notifique fehacientemente a los propietarios de las fincas colindantes la venta de la finca, en cuyo caso el plazo será de sesenta días contados desde la notificación. Si el ejercicio del retracto según las condiciones impuestas por el Código Civil ya merece un tratamiento restrictivo por las razones señaladas, aún mayor habrá de ser la rigurosidad en la exigencia cuando se trata de un supuesto extraordinario como el especial previsto en dicha Ley”. **C.M.**

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LA BUENA FE DEL COMPRADOR EN LA DOBLE VENTA: LA IMPORTANCIA DE LA NOTA SIMPLE INFORMATIVA

STS 14 de septiembre 2018. Ponente: Doña María de los Ángeles Parra Lucán. Desestimatoria

En los supuestos en los que, aun habiendo un lapso de tiempo importante entre una y otra, se realizan dos ventas a diferentes compradores, hace tiempo que el Tribunal Supremo consideró de justicia unificar la respuesta para aquellos, y reconducirla a la aplicación del artículo 1473 CC. Es decir, la existencia de dos ventas a diferentes personas es un caso de doble venta, aun cuando la primera se haya consumado. Ni siquiera en este caso debe aplicarse la teoría de la venta de cosa ajena (todo ello sin perjuicio del resto de supuestos que pueden darse de verdaderas ventas de cosa ajena). Más discutida es si la aplicación de los criterios del artículo 1473, cuando se refiere a la inscripción en el Registro, exigen, en connivencia con el principio general de publicidad de nuestro ordenamiento y con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, los requisitos que se le piden al adquirente protegido por la fe pública registral, o si, por el contrario, la protección del Registro se consigue con un mero acceso al mismo, de forma que la ansiada guarda del asiento se con-



Ferry Staten Island.

vierte en un premio al más rápido en la carrera, un premio que no distingue entre conductas y diligencias, sino sólo entre velocidades (con la lógica aceleración que imprime el que sabe que tiene algo que debilita su pretensión).

En el presente caso, el Tribunal resuelve un caso de doble venta realizado por una promotora. Ésta vende, sobre plano y sin haberse iniciado la obra, a una primera sociedad, en documento privado. Años después, una vez otorgada por la promotora la declaración de obra nueva y la división horizontal, se niega a entregar la posesión a la primera compradora, y tampoco acepta elevar a público aquel contrato. Por esta razón, la compradora demanda a la promotora en busca de ver su derecho satisfecho. Como consecuencia de este litigio, se dicta mandamiento al Registro de la Propiedad ordenando la “anotación registral al margen” de la existencia de un litigio entre ambas. Tal y como alega el señor Registrador, sin que se pida anotación preventiva (que no va al margen, sino en el cuerpo del folio) ni haciéndose referencia al contenido del litigio ni a su posible trascendencia real. Por consiguiente, en la nota simple informativa solicitada por la notaría, no consta la circunstancia del litigio, ni de su contenido, ni siquiera de esa “nota marginal” que se practica por

el Registrador. Y es que, dicha nota se solicita desde la notaría para que la promotora venda en escritura a una pareja que instala su vivienda habitual en la finca doblemente vendida y que, para ello, además, financia su adquisición con un préstamo hipotecario. Todo ello acaba inscribiéndose en el Registro.

La primera compradora consigue, por otro lado, que se eleve a público su primer contrato privado (concedida la pretensión por el juzgado, tras la rebeldía procesal de la promotora). Dicha elevación, obviamente, no se inscribe en el Registro, al hallarse la finca ya inscrita a nombre de los segundos compradores. Así, la primera compradora demanda pidiendo la inscripción a su favor, previa nulidad del asiento, basando su pretensión en la mala fe de los segundos compradores.

El Tribunal Supremo, aplicando los criterios del artículo 1473, en los términos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, desestima el recurso interpuesto por la primera compradora ya que, en primer lugar, su adquisición nunca se consumó por falta de modo: no pudo haber entrega de la posesión si cuando se celebró el contrato privado la obra no estaba ni siquiera construida. En segundo lugar, resulta pro-

bado que los segundos compradores que confiaron en el Registro de la Propiedad, no conocían ni podían conocer que existía tal litigio sobre la propiedad que compraban y que su conducta, fue suficiente para probar la existencia de buena fe. Además, los segundos compradores, aún antes de haber inscrito su derecho en el Registro (con las condiciones exigidas por el art. 1473 CC), fueron primeros en la adquisición de la posesión, no solo material, sino también instrumental, a través de la tradición instrumental que se produce con la escritura pública. **J.L.C.**

SI BIEN LA COTITULARIDAD EN UNA CUENTA BANCARIA NO HACE PRESUMIR LA COPROPIEDAD DEL NUMERARIO DEPOSITADO EN ELLA, ¿HAY DONACIÓN POR EL HECHO DE LA APERTURA CONJUNTA?

STS 28 de septiembre de 2018. Ponente: Don Eduardo Baena Ruiz. Desestimatoria

En el presente caso, la causante fallece viuda y sin descendientes, habiendo nombrado como herederas a sus sobrinas. Era titular de una cuenta a plazo fijo en la que figuraba como cotitular don Mario, trabajador de la Caja de Ahorros de Asturias, existiendo entre éste y la causante una relación cuasifamiliar. Al fallecer la causante, Mario extrajo la mitad del dinero existente en la cuenta. Las herederas demandan la devolución de dicha suma a la masa hereditaria, alegando que la misma era de exclusiva propiedad de la causante y que la cotitularidad de una cuenta corriente no implica ninguna donación por el simple hecho de su constitución al faltar el *animus donandi* por parte del donante y la aceptación por parte del donatario.

El Tribunal Supremo, después de señalar que la existencia de una cotitularidad en una cuenta bancaria no implica una copropiedad del numerario depositado en ella, establece que si un cotitular pretende ser copropietario a título de donación ha de acreditar el ánimo de liberalidad. Siendo esta la cuestión a resolver en el presente caso, debiendo discernir si la causante al nombrar a Mario como cotitular, lo hizo con ánimo de liberalidad, de forma que no fuese un cotitular con meras facultades de disposición sino un cotitular de dominio; lo cual no puede presumirse por el mero hecho de abrir una cuenta a nombre de dos o más personas, sino que se ha de integrar con la penetración en las relaciones personales de los interesados. Finalmente, el Tribunal Supremo entiende que sí que existe ánimo de liberalidad como así se muestra en las declaraciones tributarias que los interesados hacían de los importes donados. Defendiendo además el Alto Tribunal que se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 632 CC para la donación, pues esta fue verbal y se acompañó con la entrega simultánea de la cosa donada y con la aceptación del donatario, al participar don Mario en la celebración del contrato de depósito. **F.J.S.**

¿LA ILEGALIDAD URBANÍSTICA DE UN LOCAL ES CAUSA SUFICIENTE PARA DECLARAR LA ANULABILIDAD DE UNA COMPRAVENTA?

STS 14 de septiembre de 2018. Ponente: Don Francisco Javier Arroyo Fiestas. Desestimatoria

El Alto Tribunal, junto con la Audiencia y la primera instancia, desestiman la demanda. El demandante alegaba para defender esa anulabilidad amparada en el vicio del consentimiento cuatro motivos. El primero, que el local comprado adolecía de una ilegalidad urbanística sin que el vendedor se lo hubiera hecho saber al comprador a lo que el Tribunal Supremo responde desestimándolo puesto que el precio de la venta fue muy inferior al de mercado y en el momento de la celebración del contrato el Ayuntamiento lo consideraba legalizable pero luego cambio de opinión. El segundo, que el local estaba fuera de ordenación señalando el Alto Tribunal que no ha lugar puesto que como resulta de la primera instancia se declaraba probado que el comprador conocía dicha situación. El tercer motivo es que conforme a la doctrina del *allium pro alio*, el local no podía obtener licencia de primera ocupación por lo que resultaba inútil para el fin comprado considerando la Sala que esa inutilidad no había sido probada puesto que en el contrato no se había concretado la actividad a la que se iba a destinar el local. Finalmente, como cuarto motivo, el demandante señalaba que no era válida la renuncia de derechos propios de los consumidores ni la exoneración de responsabilidades del vendedor conforme a los artículos 82, 86 y 88 LGDCU considerando el Tribunal que, en el supuesto que nos ocupa, estamos ante un contrato negociado individualmente y que por ello no se pueden aplicar dichas normas propias de los contratos de adhesión o bajo condiciones generales. **J.R.**

ARTÍCULO 16.2 DE LA LEY DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES: SE APLICA AUNQUE EL DEUDOR HAYA ENTREGADO VOLUNTARIAMENTE EL BIEN EL ACREEDOR PARA SU EJECUCIÓN. SE TIENE EN CUENTA EL VALOR DEL BIEN EN ESE MOMENTO Y NO EL PRECIO OBTENIDO

STS 3 de octubre de 2018. Ponente: Doña María de los Ángeles Parra Lucán. Estimatoria

Nos encontramos ante un contrato de préstamo de financiación suscrito entre un banco y los compradores para la adquisición de un vehículo. Ante la imposibilidad de hacer frente al pago de las cuotas, y sin requerimiento notarial previo por parte del banco, los compradores entregaron voluntariamente el vehículo al banco para que procediera o autorizara la venta. Tras la venta, el banco reclamó a los compradores la cantidad de la deuda pendiente de pago, después de deducir únicamente el precio obtenido con la venta.



Grand Central Station.

La sentencia de Primera Instancia rechazó la pretensión de los compradores de que de la deuda originaria no debía deducirse el precio obtenido en la venta sino el valor del vehículo conforme a unas tablas de referencia fijadas en el contrato. Entiende el juzgado que, independientemente del valor del bien, solo puede minorarse la deuda en la cantidad efectivamente obtenida, y que el resto queda pendiente de pago. En la misma línea, la sentencia de apelación niega dicha pretensión, señalando que el coche se entrega para su venta y no para que el acreedor se lo adjudique para sí, y que si entendían que se había producido alguna irregularidad en la subasta, debían haber ejercitado la acción correspondiente.

El Tribunal Supremo, por su parte, entiende que la inexistencia del requerimiento notarial previo a que se refiere el artículo 16.2.a), no impide la aplicación del artículo 16.2, que se aplicará a todos los casos en los que el deudor entregue los bienes al acreedor. Por lo tanto, resulta aplicable el artículo 16.2.e) que permite a las partes reclamar la cantidad que corresponda cuando el valor del bien, conforme a los índices pactados, sea inferior o superior al de la deuda reclamada. El Alto Tribunal estima el recurso, ordenando que la cantidad adeudada se minore no por el precio obtenido en la venta (menor) sino por el valor del bien al tiempo de la entrega conforme a las tablas de depreciación previstas en el contrato. **M.G.-J.L.**

LA NATURALEZA DE LA TRANSACCIÓN Y NOVACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

STS 19 de septiembre de 2018. Ponente: Doña María de los Ángeles Parra Lucán. Estimatoria

El Alto Tribunal, siguiendo la postura del juzgado de Primera Instancia, estima el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. Este sostenía, siguiendo la teoría de la naturaleza extintiva de la novación, que la celebración de un contrato de transacción y novación hipotecaria había dado lugar a una relación jurídica nueva y objetivamente cierta extintiva de la anterior y que, por tanto, al no haberse expresado en aquella la reserva por el banco de la facultad de controlar que el dinero prestado se destinaba al fin pactado, la ejecución de la obra, esta facultad del contrato primitivo se había extinguido y el banco había incumplido su obligación de poner a disposición del constructor dicho importe con independencia de que este, antes de la novación, no lo hubiera destinado al fin pactado.

Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que, siguiendo la teoría de la naturaleza modificativa de la novación, lo que hay no es una extinción del contrato primitivo sino una modificación del mismo. Que en modo alguno se podía llegar a interpretar que todo lo no pactado en el con-

trato novatorio que existía en el contrato primitivo se había extinguido. Es doctrina jurisprudencial de esta sala que la transacción no puede extenderse a los aspectos no acordados en la misma. Incluso llega a señalar que la Audiencia ha hecho una interpretación no razonable pues no es acorde a la verdadera intención de los contratantes, pues resultaría absurdo pensar que el banco quería renunciar a esta facultad. Además, dicha interpretación iría en contra del tenor literal del contrato novatorio en que se hizo constar expresamente que “En todo lo no modificado por la presente escritura, permanecen vigentes el resto de las condiciones y cláusulas de la escritura anterior”. A su vez la sentencia 66/2011, de 14 de febrero, señala que la interpretación de los contratos, en la que incluye la calificación contractual y el fin jurídico, no puede ser revisado en casación salvo que haya sido arbitrario, irrazonable o infrinja uno de los preceptos de interpretación de los contratos por la primera instancia. **J.R.**

DERECHO DE SUCESIONES

LA VOLATILIDAD DEL AMOR: DIVORCIO Y TESTAMENTO

STS 28 de septiembre 2018. Ponente: Doña María de los Ángeles Parra Lucán. Estimatoria

Tradicionalmente, desde la regulación del divorcio en nuestro ordenamiento jurídico, doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo que el divorcio, *per se*, no tiene la entidad suficiente para anular la disposición testamentaria hecha por el causante en favor de su cónyuge, cuando aún lo era, y que, acaecido el divorcio, si no se ha revocado el testamento, no puede entenderse ineficaz aquella disposición por haberse perdido la condición de cónyuge, salvo que así se hubiera establecido expresamente. Efectivamente, la condición nunca se presume. Y más si en un caso como el de autos, la testadora tuvo siete años, entre el divorcio y el fallecimiento, para revocar la disposición testamentaria. De hecho, el manteni-

miento de la misma durante un período de tiempo como éste más bien parecería indicar una voluntad tendente a su permanencia; pero no podía deducirse del divorcio una revocación tácita.

Sin embargo, con esta sentencia, el Tribunal Supremo cambia el criterio y defiende la tesis opuesta. Sostiene que, al no existir una regla de interpretación en el Código Civil de la voluntad hipotética del testador por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea, debe aplicarse el artículo 767.1 (sobre la nulidad de las disposiciones testamentarias basadas en las expresiones de causas falsas) de forma analógica dada la existencia de identidad de razón: se ha producido un cambio de circunstancias que da lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria. Por consiguiente, considera el Tribunal que, en el marco del artículo 675 CC, buscando la voluntad real del testador, la expresión por la que se instituye heredero “al esposo”, una vez éste ya ha sido identificado por su nombre y apellidos, no puede entenderse como una mera descripción de la relación matrimonial existente ni como identificación del instituido sino como expresión del motivo de la institución de heredero. Por esto, privada la disposición de tal motivo, una vez ha ocurrido el divorcio y disolución del vínculo matrimonial, no puede ser eficaz dicha disposición testamentaria. **J.L.C.**

INEFICACIA DE UN LEGADO A FAVOR DE LA PAREJA DE HECHO POR DESAPARICIÓN DE LA CAUSA DETERMINANTE QUE MOTIVÓ AL TESTADOR A HACER LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA

STS 26 de septiembre de 2018. Ponente: Doña María de los Ángeles Parra Lucán. Desestimatoria

En el presente caso, el testador ordena un legado a favor de quien era su pareja en el momento de otorgar testamento, con la siguiente redacción: “a su pareja D^a Cecilia, en pleno



CALVO GESTORIA OFICIAL C.B.

Calle Lope de Rueda, 17, 2^a A
(Semisquina O'Donnell) • 28009 MADRID
Teléfs. 91 435 49 71 - 91 435 49 72 - 91 575 80 34
Fax. 91 577 91 56
Email: calvogestoria@calvogestoria.com
pilarpicatosta@calvogestoria.com • www.calvogestoria.com

ESPECIALIZADA DESDE 1924 EN TRÁMITES PROFESIONALES DE NOTARIOS Y REGISTRADORES Y EN OPOSICIONES A AMBOS CUERPOS

- Laboral de Despachos Notariales - Gestión y tramitación de Escrituras (Liquidación del impuesto, Registro, PlusValía, etc..)
- Anuncios Extrajudiciales en BOE, BORME, BO Provincias, Periódicos, Revistas, etc...
- Legalizaciones, Consulados, Todo tipo de Certificaciones - Tráfico

dominio, ciento cincuenta mil euros”.

Un año después otorgan ante notario un convenio regulador de cese de la convivencia, en el que entre otros aspectos, se pacta una compensación a favor de Cecilia de 130.000 € por todo el tiempo que había durado la convivencia. Finalmente, el testador fallece a los dos años de la ruptura y Cecilia reclama a los herederos el pago del legado. La Audiencia Provincial declara la ineficacia del legado sobre la base del artículo 767 CC, atendiendo a la verdadera voluntad del testador al tiempo de ordenar la disposición. Siendo lo trascendente, que Cecilia fuera su pareja, pero como al tiempo del fallecimiento ya no lo es, el legado deja de tener razón de ser. Además Cecilia ya había recibido una compensación de 130.000 €.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de la legataria y mantiene el criterio seguido por la Audiencia Provincial, señalando que el artículo 767 CC resulta aplicable dada la identidad de razón existente con el supuesto. Y determina que, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz. Entendiendo que la expresión en el testamento de “a su pareja D^a Cecilia”, no puede ser interpretada como una mera descripción o identificación de la favorecida, sino que revela el verdadero motivo por el que el testador ordena el legado. Por lo tanto, se declara la ineficacia del legado. **F.J.S.**

ARTÍCULO 665 DEL CÓDIGO CIVIL: SE APLICA DESDE QUE LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN ES FIRME. ANTES SE PRESUME LA CAPACIDAD Y NO SON EXIGIBLES SUS REQUISITOS FORMALES

STS 28 de septiembre de 2018. Ponente: Don Eduardo Baena Ruiz. Estimatoria

Nos encontramos ante un testamento otorgado por una persona declarada parcialmente incapaz en sentencia anterior al testamento pero que en la fecha de éste no era firme todavía. La hermana de la testadora ejerció la acción de nulidad del testamento por incapacidad para testar.

El juzgado de instancia desestimó la demanda señalando que el notario había apreciado la capacidad legal para otorgar testamento y que la sentencia de incapacitación sometía al parcialmente incapaz al régimen de curatela, que imponía al curador asistir a la incapacitada en los mismos casos que el tutor, entre los que no se encuentra el testamento. La sentencia de apelación estimó el recurso, entendiendo que para un caso de incapacidad parcial es posible otorgar testamento en intervalo lúcido pero con los requisitos del artículo 665 CC que exige la intervención de dos facultativos, que no intervinieron en el testamento impugnado. Por ello, conforme al artículo 687 CC, declara la nulidad del testamento, por inobservancia de las formalidades legales.

Sin embargo, el Tribunal Supremo reitera su doctrina y sostiene que la sentencia de incapacitación tiene carácter constitutivo y sin efectos retroactivos, por lo que, mientras la sentencia de incapacitación no gane firmeza, no se aplica el artículo 665 CC y se presume su capacidad mental, que deberá ser apreciada por el notario al tiempo de otorgar testamento. Antes de la declaración de incapacidad los actos del incapaz se presumen válidos, sin perjuicio de la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte (en este caso, probando que al tiempo de hacer testamento no se hallaba en una situación psíquica en la que podía entender y querer).

Añade el Alto Tribunal que, aún en el supuesto de que la interpretación anterior fuere dudosa, no puede aplicarse con tal rigidez la exigencia de forma, que en materia de testamento trata de proteger al testador, sino que ha de conjugarse con el *favor testamentii*, sobre todo en aquellos testamentos otorgados ante notario. Sostiene que, constatada la autenticidad de la declaración y su capacidad, debe prevalecer la voluntad realmente querida por el testador. Por todo esto, el Tribunal Supremo estima el recurso y admite la validez del testamento. **M.G.-J.L.**

MERCANTIL

AUTOCARTERA Y ASISTENCIA FINANCIERA: UNA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

STS 1 de octubre 2018. Ponente: Don Rafael Saraza Jimena. Desestimatoria

A lo largo de la breve historia de la normativa societaria de nuestro país, el legislador ha considerado la situación de autocartera como merecedora de toda su desconfianza. Y ello debido a los perjuicios que de dicho fenómeno pueden producirse para la propia sociedad y, especialmente, para los socios y terceros interesados. La regulación actual, en la Ley de Sociedades de Capital, insiste en el mismo fundamento al establecer, con carácter general, la prohibición de la situación de autocartera (art. 134, para la originaria, y 140.2 para la derivativa), salvo determinadas excepciones de adquisición derivativa permitida (art. 140.1). Aún con todo, dicha situación excepcional se somete a un plazo de duración máximo de tres años, durante los cuales la sociedad puede optar entre proceder a su enajenación o amortizar dichas participaciones con la consiguiente reducción de capital. Transcurrido ese plazo, dice el artículo 141.2 en su primer inciso que “la sociedad deberá acordar inmediatamente su amortización y reducción de capital” y que “si la sociedad omite estas medidas, cualquier interesado podrá solicitar su adopción por el Secretario Judicial o por el Registrador Mercantil”.

En el caso de autos, en el que había transcurrido en exceso el plazo de tres años y se había procedido con posterioridad a la enajenación voluntaria de las participaciones por la sociedad, se plantea la validez de dicha venta o si, por el



Myrtle Promenade.

contrario, conforme al tenor de la ley, es nula, por contravención de norma imperativa, ya que solo se puede, transcurrido el plazo, proceder a la amortización vía reducción de capital.

El Tribunal Supremo considera que la exclusividad de la amortización es solo aplicable al procedimiento coercitivo judicial, que no puede atender a los requisitos de enajenación del artículo 141 y que, sobre todo, no puede coercer a terceros que no son parte del procedimiento (los adquirentes de las participaciones), doblegando su voluntad para comprar unas participaciones en autocartera. Ahora bien, considera que resulta contrario a la finalidad de la norma entender que, transcurridos los tres años, no se pueda proceder a la enajenación voluntaria de las participaciones por la sociedad. La norma, dice el Tribunal, busca dar efectividad a las cautelas que la Ley establece para la autocartera, y que una venta en tales condiciones no perjudica a la sociedad ni a la finalidad perseguida. Es más, declarar nula esa venta produciría el efecto contrario: la vuelta, por la restitución de las aportaciones, a la situación de autocartera, con la consiguiente reducción de patrimonio social debido a aquellas restituciones.

En dicha enajenación de participaciones, además, la sociedad había aplazado a los socios el pago del precio, lo cual constituye un supuesto de asistencia financiera prohibida por el artículo 143 de la Ley. Una asistencia que la sentencia de primera instancia declara nula, determinando la inmediata exigibilidad del precio aplazado. Se plantea al Tribunal si tal nulidad de la asistencia debe salpicar al negocio jurídico

que asiste: la compraventa. De nuevo, buscando la finalidad de la norma, considera que es la asistencia financiera la que produce efectos perniciosos para la sociedad, sus socios y los acreedores sociales y que tales efectos quedan automáticamente eliminados con la anulación de la asistencia financiera prohibida, no exigiendo la norma en ningún caso que afecte al negocio jurídico asistido. **J.L.C.**

EL INVENTARIO DE LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO NO TIENE CARÁCTER DEFINITIVO Y ES COMPATIBLE CON LITIGIOS POSTERIORES SOBRE LOS BIENES INCLUIDOS EN EL MISMO

STS 9 octubre de 2018. Ponente: Don Pedro José Vela Torres. Estimatoria

Nos encontramos ante un inventario de la masa activa del concurso en el que se incluyeron dos fincas que solo en parte pertenecían a la concursada y que no fue impugnado en el plazo previsto en el artículo 96 LC. Transcurrido este plazo, la propietaria de las fincas reclamó la exclusión de dichos bienes de la masa activa.

La sentencia de instancia rechazó su pretensión por haber transcurrido el plazo de impugnación del inventario y porque el hecho de que puedan plantearse acciones civiles con trascendencia patrimonial para el concurso no puede servir para eludir los límites de los artículos 96 y 97 LC. En la misma línea se pronunció la sentencia de apelación.

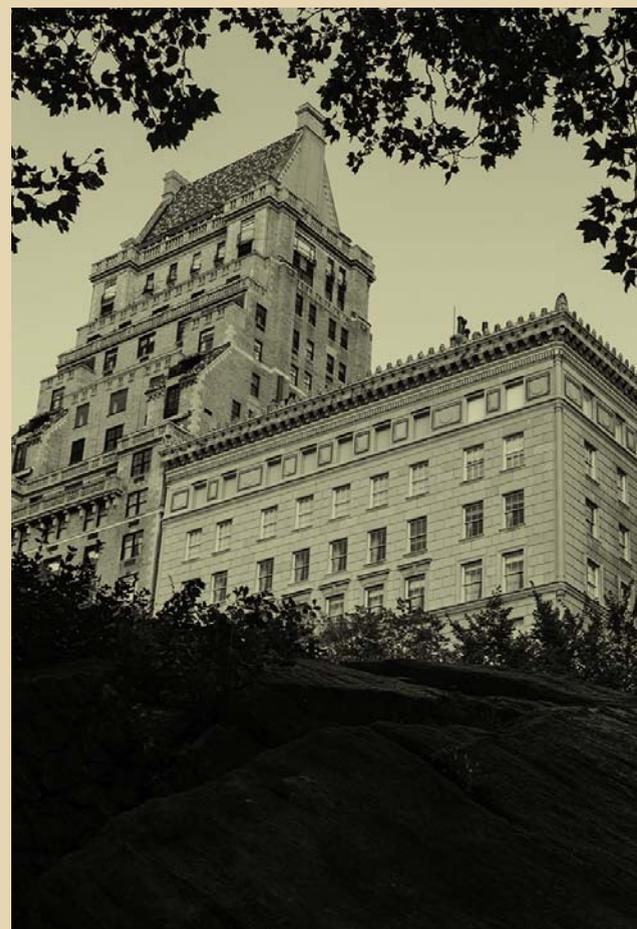
Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que el inven-

tario de la masa activa tiene un carácter meramente informativo para que los acreedores conozcan con qué bienes cuenta el concursado, pero que no es título traslativo ni crea ni extingue derechos. El inventario no es inamovible y es compatible con posibles procedimientos declarativos sobre dichos bienes. Cuestión distinta es la lista de acreedores (masa pasiva) que sí que tiene consecuencias jurídicas de fondo, pues la inclusión definitiva de un acreedor le confiere título ejecutivo bastante, y tiene carácter definitivo. **M.G.-J.L.**

EJERCICIO DE ACCIONES POR SOCIEDAD DECLARADA EN CONCURSO: INTERPRETACIÓN DEL CARÁCTER PERSONAL DE LA ACCIÓN: ARTÍCULO 54 DE LA LEY CONCURSAL

STS 15 de octubre de 2018. Ponente: Don Ignacio Sancho Gargallo. Estimatoria

La entidad X después de haber sido declarada en concurso de acreedores, ejercitó una demanda frente a Bankia en la que pedía la nulidad de una adquisición a su nombre de participaciones preferentes de Bankia por importe de 9.000 €,



Central Park.

con las prestaciones, comisiones e intereses cargados, el 3 de mayo de 2011 por falta de consentimiento en la adquisición. Además, la sociedad demandante ejercitaba una acción de indemnización de daños y perjuicios derivados del descubierto que había provocado Bankia con aquella operación y denegación de cobro de pagarés, que cuantifica en 3,669.154,49 €, pues la incontestada adquisición de preferentes generó un descubierto que provocó, por parte de otra entidad, que no renovara una esencial póliza de financiación-factoring, de cara a la campaña 2011/2012 y a su vez Bankia tampoco presentó al cobro un pagaré de un cliente muy solvente de la parte actora. Tanto en primera como en segunda instancia se estimó la nulidad de la adquisición de las preferentes, pero se desestimó la acción de indemnización, por falta de legitimación activa de la concursada, ya que la demanda tenía que ser interpuesta por la administradora concursal: artículo 54.1 LC.

El Tribunal Supremo estima el recurso: no dudando que se trate de una acción no personal, o patrimonial, como al tiempo de interponerse el recurso de apelación, la administración concursal no se había personado y sustituido procesalmente a la concursada, esta última seguía legitimada para actuar en el proceso sin perjuicio de la preceptiva autorización de la administración concursal, mientras esta no le sustituyera procesalmente. **MC.S.R.**

DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD DE CAPITAL POR CESE EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD QUE CONSTITUYE SU OBJETO SOCIAL: NO BASTA LA MERA TENENCIA DE ACCIONES EN OTRA SOCIEDAD CON OBJETO ANÁLOGO

STS 9 de octubre de 2018. Ponente: Don Rafael Saraza Jimena. Estimatoria

Una sociedad anónima, tras vender su activo principal, reinvierte la totalidad del beneficio en la compra de participaciones de una nueva sociedad con el mismo objeto social. La parte recurrente alega causa de disolución por cese en la actividad que constituye el objeto social, recogido en el artículo 363.1 LSC, careciendo la sociedad de recursos suficientes para el desarrollo de una actividad empresarial, manteniendo la forma jurídica empresarial únicamente por razones fiscales. La parte demandada, sin embargo, alega el ejercicio indirecto de la actividad que constituye el objeto social mediante la titularidad de participaciones de una sociedad con idéntico objeto social.

El Tribunal Supremo resuelve señalando que la mera tenencia de acciones o participaciones de una sociedad con idéntico o análogo objeto social no implica por sí sola el ejercicio de la actividad que constituye el objeto social, sino que además es necesario el desarrollo de una actuación que suponga un ejercicio efectivo, aunque sea de un modo indirecto, de la actividad que constituye el objeto social. **F.J.S.**

UN SEGURO QUE CUBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y ALTOS CARGOS DE UNA SOCIEDAD EXIGE PARA QUE SE DE EL RIESGO CUBIERTO QUE EL DAÑO OCASIONADO A LA SOCIEDAD SE PRODUZCA DIRECTAMENTE POR LOS ADMINISTRADORES

STS 11 de septiembre de 2018. Ponente: Don Ignacio Sancho Gargallo. Estimatoria

La sociedad tomadora demanda directamente a una compañía de seguros para exigir la indemnización que le corresponde por el riesgo cubierto. Se trata de un seguro de responsabilidad civil que cubría los daños y perjuicios ocasionados por los administradores y altos directivos en el ejercicio de sus funciones, en el que los asegurados eran los administradores y directivos de las sociedades del grupo de la tomadora. En este caso un administrador de una sociedad del grupo, que fue despedido, tuvo comportamientos irregulares e impropios de un “ordenado empresario” y de un “representante leal” pero no se ejercitó contra él ninguna acción de responsabilidad. La aseguradora alega que para que naciera su responsabilidad era necesario que previamente se declarara la responsabilidad civil del administrador asegurado. Se trataba de una responsabilidad regulada en la Ley de Sociedades de Capital.

El Tribunal Supremo declara que la acción directa, que permite dirigirse directamente contra la aseguradora, no elude de la necesidad de acreditar la responsabilidad del asegurado, en este caso el administrador de una sociedad por actos realizados en el ejercicio de su cargo. Por ello debía justificarse, declararse y cuantificarse esta responsabilidad. Añade que la responsabilidad cubierta con esta póliza de seguros era la propia del administrador de una sociedad, en este caso una sociedad de capital, sujeta a un régimen legal específico, contenido en los artículos 236 y ss. LSC. Básicamente podía ser: la acción social, cuando el daño se hubiera causado directamente a la sociedad, y, por lo tanto, persigue indemnizarla del perjuicio sufrido, al margen que quién sea el que, debidamente legitimado, ejercite la acción; o la acción individual, cuando el acto hubiera lesionado directamente los intereses de algún socio o de un tercero, estando legitimado para su ejercicio el directamente perjudicado. En este caso la demanda no especifica qué tipo de responsabilidad ha incurrido el administrador. Siguiendo otras sentencias declara que “La exigencia de responsabilidad a los administradores por los daños causados a la sociedad se hace a través de la denominada acción social, que regula el artículo 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, art. 238 TR LSC). Está legitimada directamente para ejercitar la acción la propia sociedad, previo acuerdo de la junta general, y va dirigida a restaurar su patrimonio, resarcido el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador. Como se ha dicho, el daño causado di-

rectamente a la sociedad puede, de modo reflejo, provocar también daños a los socios y los acreedores. La disminución del patrimonio social provoca la correlativa disminución del valor de las acciones o participaciones sociales de las que es titular el socio, y puede provocar que no se repartan dividendos, o se repartan en menor medida. En tal caso, la conducta ilícita del administrador provoca un daño indirecto al socio. Asimismo, dada la función de garantía que el patrimonio social tiene para el acreedor, el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador supone la disminución, o incluso la desaparición, de esa garantía frente a terceros como los acreedores. Por eso los apartados 4 y 5 del artículo 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actuales arts. 239 y 240 TR LSC, con ligeras variaciones) otorgan legitimación subsidiaria a la minoría de socios (al menos 5% del capital social) y, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos, a los acreedores, para el caso de que la acción no sea ejercitada por la sociedad, aunque ha de ser ejercitada en interés de esta, esto es, para reintegrar el patrimonio social. La exigencia de responsabilidad por daños causados directamente a los socios o a terceros (señaladamente, a los acreedores) se hace a través de la denominada acción individual, que está regulada en el artículo 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, art. 241 TR LSC). El texto del precepto explicita claramente el requisito del carácter directo de la lesión resarcible mediante el ejercicio de dicha acción, al disponer: “[n]o obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos” (énfasis añadido). Por esa razón, doctrina y jurisprudencia han excluido que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo reflejo en su patrimonio como consecuencia del daño causado directamente a la sociedad. Para que pueda aplicarse el artículo 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas se requiere la existencia de un daño directo a los socios o a terceros. Si el daño al socio es reflejo del daño al patrimonio social solo puede ejercitarse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, de reflejo, el individual de socios o terceros”.

El Tribunal Supremo concluye que, en este caso, determina la consecuencia de que sociedad tomadora careciera de acción individual frente al administrador de una sociedad del grupo para pedirle a la aseguradora la indemnización del perjuicio sufrido indirectamente por los daños ocasionados a la sociedad administrada, de la que tiene el 100% del capital social, y por lo tanto no surge la obligación de indemnizar el riesgo cubierto. **C.M.**

Resoluciones del TEAC

Vocalía Coordinadora. TEAC

EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR DE LA PRODUCCIÓN DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA (IVPEE) NO VULNERA
LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE CAPACIDAD ECONOMICA Y NO CONFISCATORIEDAD

EL TRIBUNAL CENTRAL RECUERDA QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO ENCUENTRA RAZONES PARA SOSTENER QUE LA REGULACIÓN DEL IVPEE VULNERA EL ARTÍCULO 31.1 CE
Resolución del TEAC de fecha 25 de septiembre de 2018 (Sala 2ª, Vocalía 8ª, RG 00/5749/2015)

La Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, procedió a crear en su Título I el Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (IVPEE). El IVPEE es un impuesto de carácter directo, de naturaleza real y con un ámbito de aplicación territorial estatal (sin perjuicio de los regímenes tributarios del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, respecto de los cuales el IVPEE es un tributo concertado), que grava la producción de energía eléctrica medida en barras de central y su incorporación al sistema eléctrico español de energía, por parte de cualquiera de las instalaciones a las que se refiere el Título IV de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, esto es, las instalaciones incluidas tanto en el régimen ordinario como en el régimen especial. El Tribunal Central, en la Resolución de referencia, examina si se ajusta a Derecho la denegación de solicitud de devolución del impuesto solicitada por una entidad, que fundamenta su solicitud en la pretendida inconstitucionalidad del IVPEE por infracción de los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad (art. 31.1 CE), al considerar que grava un indicio de capacidad, que no es propiamente un elemento patrimonial gravable, sino la consecuencia de la realización de una actividad económica,

como es la producción de energía eléctrica, y que incurre en doble imposición con respecto a lo gravado por el IAE. En lo concerniente a la inconstitucionalidad de la Ley reguladora del Impuesto, obviamente, no es competencia de este TEAC decidir sobre la legalidad de las disposiciones tributarias de carácter general. Por ello, el TEAC recuerda que esta cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional en su reciente Auto 69/2018, de 20 de junio de 2018, en el cual se inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 503-2018, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con diversos artículos de la Ley 15/2012, concretamente los configuradores de la naturaleza, hecho imponible, base imponible y tipo de gravamen del IVPEE. Por lo que se refiere a la doble imposición, el TC afirma que “(...) una misma actividad económica es susceptible de ser sometida a tributación por gravámenes distintos desde perspectivas diferentes (...), sin que ello suponga necesariamente una doble imposición, permitida o prohibida, por las normas que integran el bloque de la constitucionalidad. Lo anterior pone de manifiesto que no todo fenómeno de doble imposición está constitucionalmente prohibido, reconociendo el Tribunal que hay casos de doble imposición ‘permitida’”. La conclusión alcanzada es que la doble imposición entre el IVPEE y el IAE no vulnera *per se* ningún precepto constitucional. Y, respecto a una eventual violación del principio de no confiscatoriedad, así concluye el TC: “No se encuentran razones para sostener que la regulación del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica vulnera el artículo 31.1 CE (...)”.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO DE EXIGENCIA DE RESIDENCIA HABITUAL EN LA COMUNIDAD VALENCIANA, PREVISTO EN SU NORMATIVA AUTONÓMICA PARA LAS TRANSMISIONES MORTIS CAUSA, ES EXTENSIBLE A LAS TRANSMISIONES INTER VIVOS

AUNQUE LA DOCTRINA ESTABLECIDA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL TIENE SU ORIGEN EN UNA LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES, CABE EXTENDER LA DOCTRINA ESTABLECIDA EN DICHA SENTENCIA A LAS REDUCCIONES EN MATERIA DE TRANSMISIONES INTER VIVOS REGULADAS EN EL ARTÍCULO 10 BIS DE LA LEY 13/1997/AUTONÓMICA, PRECEPTO QUE EXIGÍA PARA LA APLICACIÓN DE DICHAS REDUCCIONES “QUE EL DONATARIO TENGA SU RESIDENCIA HABITUAL EN LA COMUNIDAD VALENCIANA A LA FECHA DEL DEVENGO”

Resolución del TEAC de fecha 16 de octubre de 2018 (Sala 4ª, Vocalía 9ª, RG 00/8518/12-50-IE)

En relación con la indicada norma, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 60/2015, de 18 de marzo de 2015 (BOE núm. 98, de 24 de abril de 2015), ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de los términos “que tengan su residencia habitual en la Comunitat Valenciana” contenidos en el artículo 12 bis a) de la Ley de la Comunidad Valenciana 13/1997, de 23 de diciembre, parcialmente transcrito. En los Fundamentos de Derecho quinto y sexto y en el Fallo de dicha sentencia se dice lo siguiente: “*Es importante tener presente que ningún óbice existe desde el punto de vista constitucional para la utilización de la residencia como un elemento diferenciador entre contribuyentes, siempre y cuando, claro está, la diferencia de trato responda a un fin constitucionalmente legítimo y, por tanto, no se convierta la residencia, por sí sola, en la razón del trato diferente*”. Si bien en la sentencia parcialmente transcrita el Tribunal Constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo que tiene su origen en una liquidación del Impuesto sobre Sucesiones, como se indica en el Antecedente de Hecho 2.a) de la misma, por lo que es explicable que no se haga mención alguna a lo dispuesto en el epígrafe c) del mismo artículo 12 bis, relativo a los beneficios aplicables a las donaciones, sin embargo, a juicio del Tribunal Económico-Administrativo Central, cabe extender a casos como el examinado en la resolución de referencia, que tienen su origen en una donación, la doctrina establecida en dicha sentencia, por las siguientes razones: a) por resultar común a los beneficios fiscales de sucesiones y donaciones regulados en la normativa autonómica la exigencia de “residencia habitual en la Comunidad Valenciana”, como se deduce de la lectura y comparación de los epígrafes

a) y c) del artículo 12 bis de la Ley 13/1997, ya reproducido, y b) por considerar de plena aplicación a las donaciones los motivos y argumentos expresados en los Fundamentos de Derecho de la sentencia para declarar la nulidad de los términos “que tengan su residencia habitual en la Comunitat Valenciana” contenidos en el epígrafe a) del mencionado artículo 12 bis. Por las mismas razones, se considera que cabe extender la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Constitucional a las reducciones en materia de transmisiones *inter vivos* reguladas en el artículo 10 bis de la mencionada Ley 13/1997 autonómica, precepto que requiere para la aplicación de dichas reducciones “que el donatario tenga su residencia habitual en la Comunidad Valenciana a la fecha del devengo”.

Informe de Consultas de la Dirección General de Tributos

■ **Renuncia a la herencia que implica derecho de acrecer a su hermana:** tener en cuenta que el beneficiario tributa por Grupo I y la parte que adquiere por la renuncia lo hace por el Grupo II que era el de la renunciante, por lo que en esa parte se liquida como si fuese de dicho Grupo (VC 2622/18, 28-9-2018).

■ **Cancelación de condición resolutoria por instancia privada en el Registro de la Propiedad:** no da lugar a tributación por AJD, que solo se tributa en documentos notariales (VC 2388/18, 4-9-2018).

Resoluciones de la DGRN

María Teresa García Ludeña, Ariel Sultán Benguigui, Santiago Tomás Roy, María de Zulueta Sagarra y Miguel Yuste Rojas (coordinador), notarios

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

PODERES EXTRANJEROS: JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA

Resolución de 7 de septiembre de 2018 (BOE 26 de septiembre de 2018)

En el supuesto de hecho que da lugar al presente recurso, la escritura pública presentada a inscripción reseña el conjunto de aspectos de los documentos extranjeros que son necesarios para calificar su eficacia formal pues resultan no solo los

datos de identificación del documento sino también el hecho de que se encuentran redactados en doble columna en idioma inglés y español, así como que resultan apostillados. Y la escritura calificada expresamente contiene un juicio notarial de suficiencia de los poderes exhibidos, por lo que debe considerarse bajo responsabilidad del notario que éste los ha juzgado equivalentes. Además, en la misma escritura el notario español testimonia íntegramente los poderes extranjeros sin que la registradora haya emitido juicio alguno sobre la falta de equivalencia de tales documentos que contradiga el referido juicio notarial.

COMPRAVENTA/CONTRATOS

COMPRAVENTA POR PERSONA DE NACIONALIDAD BELGA: CONSTANCIA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Resolución de 7 de septiembre de 2018 (BOE 26 de septiembre de 2018)

En la escritura se expresa que la compradora está casada bajo el régimen legal de comunidad establecido en la Ley Belga, en cuyo territorio tuvo lugar la primera residencia habitual común posterior el matrimonio. Además, la compradora manifiesta que se encuentra en procedimiento de separación o divorcio, que el dinero invertido es privativo suyo y que adquiere la finca con carácter privativo. El registrador suspende la inscripción porque, al no acreditarse el carácter privativo del dinero empleado en la compra, considera necesaria la ratificación del esposo de la compradora, tal y como advierte el notario autorizante de la referida escritura.

Señala la DGRN que en el presente caso el notario ha precisado la ley material aplicable, al expresar que el régimen económico matrimonial es el legal de comunidad establecido en la ley belga, extremo que no cuestiona el registrador, pero éste se limita a exigir la ratificación por parte del cónyuge de la adquirente, si bien tampoco expresa que dicha ratificación sea necesaria según la ley belga (resulta evidente que no son aplicables los arts. 1324 CC ni 95 RH sobre inscripción como privativo del bien adquirido por la esposa mediante la compraventa calificada). Y, a falta de prueba del derecho belga o manifestación por el registrador sobre su conocimiento, ningún obstáculo existe para que -habida cuenta de la solicitud de inscripción parcial expresada en la escritura por la única compradora- la finca adquirida se inscriba, **no como presuntivamente ganancial, sino con sujeción a su régimen matrimonial, especificando que éste es el legal supletorio, de comunidad, vigente en Bélgica** (art. 92 RH). Por tanto, la Dirección General estima el recurso y revoca la calificación.

COMPRAVENTA POR PERSONA DE NACIONALIDAD ALEMANA: FORMA DE HACER CONSTAR EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL SI ES EL LEGAL

Resolución de 10 de septiembre de 2018 (BOE 2 de octubre de 2018)

El registrador suspende la inscripción porque la compradora manifiesta estar casada con sujeción a un régimen económico-matrimonial, el legal alemán de participación en ganancias, que le permite adquirir la finca con carácter privativo y por tanto disponer en el futuro libremente de ella, pero no se aporta prueba ni dato alguno que sustenten su manifestación, ni tampoco el notario autorizante de la escritura hace declaración alguna acerca de las averiguaciones que él mismo haya realizado en orden a la determinación del régimen económico-matrimonial de la compradora, y la conclusión a que ha llegado; por lo que no puede saberse con certeza si efectivamente el régimen económico-matrimonial es el que como legal supletorio rige en Alemania. En cualquier caso, y dado que en definitiva de lo que se trata es de proteger los eventuales derechos del esposo de la compradora, sería admisible, señala, que éste, en documento público, confirmara la manifestación hecha por la compradora acerca de cuál es el régimen económico-matrimonial que rige el matrimonio de ambos.

La Dirección General da la razón al notario, atendidos los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 159 del Reglamento Notarial, señalando que el notario no tiene obligación de especificar cuáles son las razones por las que el régimen económico-matrimonial de carácter legal es aplicable. En este sentido, **al indicar que dicho régimen es el legal alemán resulta inequívocamente que el mismo no tiene carácter convencional.**

LA RESOLUCIÓN DE LA VENTA EXIGE LA CONSIGNACIÓN DE LAS CANTIDADES Y QUE SEAN NOTIFICADOS EN EL PROCEDIMIENTO LOS TITULARES DE ASIENTOS POSTERIORES

Resolución de 10 de octubre de 2018 (BOE 5 de noviembre de 2018)

La Dirección General reitera su doctrina respecto a los supuestos de reinscripción a favor del vendedor en los supuestos de resolución de la venta por incumplimiento del comprador, **exigiendo la aportación del documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución** (cfr. art. 175.6.ª RH). Además, al existir asientos posteriores a la venta cuya purga se solicita, es necesario para que se produzca la misma que hayan sido, no parte, pero **sí notificados los titulares de los asientos posteriores a la venta.**

OBRA NUEVA Y DIVISIÓN HORIZONTAL

PROPIEDAD HORIZONTAL. NECESIDAD DE LICENCIA

Resolución de 10 de septiembre de 2018 (BOE 2 de octubre de 2018)

Debe decidirse en este expediente si es o no exigible autorización administrativa para practicar la inscripción de la constitución del régimen de propiedad horizontal con la subsiguiente división en dos elementos independientes de una casa de dos plantas sita en Cantabria y cuya inscripción se practicó en el año 2012 por la vía de la declaración de obra nueva por "antigüedad". El registrador entiende que, precisamente por haber sido inscrita la obra por antigüedad sin licencia alguna que ampare la legalidad de la misma, es necesaria la obtención de previa autorización administrativa de la división horizontal, sin entrar a valorar si se trata de un conjunto inmobiliario, una propiedad horizontal propiamente dicha o una propiedad horizontal tumbada. El notario recurrente, por el contrario, defiende la innecesidad de dicha autorización administrativa.

Señala la Dirección General que en el presente caso no se dan las circunstancias para que sea exigible licencia de constitución del régimen de propiedad horizontal. **Declarada e inscrita la obra nueva terminada y dividida la edificación resultante en régimen de propiedad horizontal sin que de dicha división resulte, directa o indirectamente, la constitución de un complejo inmobiliario u operación jurídica alguna de la que pueda resultar una parcelación o fraccionamiento del suelo, carece de razón de ser la exigencia de licencia a efectos de inscripción.**



NO BASTA DECLARACIÓN RESPONSABLE PARA OBRA NUEVA DE UN EDIFICIO DE USO COMERCIAL
Resolución de 18 de septiembre de 2018 (BOE 5 de octubre de 2018)

El objeto del recurso es determinar el tipo de intervención administrativa que es exigible a efectos de permitir la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva en construcción con destino a edificio de uso comercial alimentario, en la ciudad de Madrid, cuestión ya resuelta en resolución de 28 de febrero de 2018, y recogida en el número 79 de esta revista, siendo la discusión sobre el régimen y el alcance de la normativa estatal, autonómica y local, a los efectos de concretar el título administrativo habilitante exigido a efectos de inscripción por el artículo 28.1 del texto refundido de la Ley de suelo y Rehabilitación, en el caso de una edificación destinada a uso comercial. El artículo 28-1 de la Ley del Suelo estatal contempla la admisión de la declaración responsable como sustituta de la autorización administrativa que garantice que la edificación reúne las condiciones para su destino al uso previsto por las normas. Sin embargo, no se contempla esta alternativa para el acto de edificación, que requiere acto administrativo expreso de autorización o aprobación.



Memorial World Trade Center.

EN LA COMUNIDAD VALENCIANA ES EXIGIBLE EL ARCHIVO DEL LIBRO DEL EDIFICIO INCLUSO EN VIVIENDAS UNIFAMILIARES PARA USO PROPIO
Resolución de 20 de septiembre de 2018 (BOE 10 de octubre de 2018)

El registrador exige en el supuesto de una vivienda unifamiliar para uso propio el archivo del Libro del Edificio en el Registro aduciendo el artículo 14 del Decreto 25/2011, de 18 de marzo, del Consell, por el que se aprueba el libro del edificio para los edificios de vivienda, mientras que el notario considera que este artículo debe interpretarse en el sentido de que se exige su formalización, pero no su archivo, según su apartado 3º.

La Dirección General, tras diferenciar desde el punto de vista competencial, entre normas de naturaleza registral (reguladoras netamente de requisitos de inscripción, y cuya competencia estatal no se discute) y normas de carácter material o sustantivo (materia en la que pueden tener aplicación preferente las normas autonómicas), señala que en el caso particular del libro del edificio, según su doctrina en resoluciones como las de 17 de enero de 2017 o 19 de febrero de 2018, **la norma material preferente es la**

autonómica, que podrá en su caso eximir de esta obligación de formalización y depósito del libro del edificio, algo que no hace precisamente la norma valenciana que **exige el archivo del Libro del Edificio en los supuestos reseñados.**

DERECHO DE FAMILIA/SOCIEDAD DE GANANCIALES

CONVENIO REGULADOR DE DIVORCIO: CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA
Resolución de 3 de octubre de 2018 (BOE 23 de octubre de 2018)

Se debate sobre la posibilidad de practicar la inscripción de la titularidad de una finca a favor de la ex esposa del demandado, como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria a la que quedó sujeta dicha finca en virtud del acuerdo de disolución de condominio que alcanzaron los cónyuges en el convenio regulador aprobado por la sentencia de divorcio de los mismos. La registradora deniega la inscripción porque entiende que es preciso, conforme el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, o bien su consentimiento o bien una sentencia firme de carácter contradictorio, obtenida en procedimiento declarativo, donde se dé por probada esa circunstancia y consecuentemente declarada la resolución.

La Dirección General da la razón al registrador toda vez que lo que falta es precisamente el previo título judicial en que se declare incumplidas las obligaciones del otro cónyuge y, por tanto, cumplida la condición resolutoria pactada.

DERECHO DE SUCESIONES

EN UNA ESCRITURA DE HERENCIA ES NECESARIO SEÑALAR EL NIF DE TODOS LOS INTERVINIENTES
Resolución de 17 de septiembre de 2018 (BOE 5 de octubre de 2018)

Se discute si es o no inscribible una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y adjudicación de herencia en la que no se acredita el número de identificación fiscal de uno de los intervinientes; el notario ha hecho advertencia específica de la necesidad de dicha acreditación a los efectos de liquidación del impuesto correspondiente y de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

La Dirección General desestima el recurso, señalando que **la obligación de consignación del número de identifi-**

Cabe prescindir del contador-partidor por acuerdo unánime de los herederos

CABE PRESCINDIR DEL CONTADOR PARTIDOR NOMBRADO A TAL EFECTO SI ASÍ LO DECIDEN LA UNANIMIDAD DE LOS INTERESADOS EN LA SUCESIÓN
Resolución de 5 de octubre de 2018 (BOE 23 de octubre de 2018)

Se presenta una escritura de aceptación de herencia en la que el causante de nacionalidad holandesa residente en España fallece bajo la vigencia de un testamento abierto siendo la ley rectora de la sucesión la ley española (Reglamento Sucesorio Europeo). En dicho testamento deshereda a sus tres hijos e instituye herederos a sus seis nietos por partes iguales (algunos de ellos son menores de edad y están representados por sus padres). Nombra un albacea contador partidor al que atribuye todas las facultades legales, incluso el pago en metálico a los herederos, pero los interesados deciden por unanimidad prescindir del mismo en la partición.

La registradora deniega la inscripción por varios motivos que son rechazados por la Dirección General confirmando los argumentos de la notaria recurrente, al afir-

mar que **los herederos de común acuerdo pueden prescindir en la partición del albacea contador partidor salvo que el testador haya prohibido que se prescinda del albacea contador partidor, o cuando, sin prohibirlo literalmente, el nombramiento contenga especificaciones o particularidades que revelen una voluntad del testador contraria a que se pueda prescindir en la partición de la intervención del nombrado.** Lo mismo ocurre cuando en la partición están interesados menores de edad. En cuanto a la desheredación, los tres hijos desheredados niegan que exista causa justa y tal negativa es asumida por los nietos herederos, que deciden no entablar juicio para probar la existencia de causa para desheredar. Por ello se hace la partición reconociendo a los tres desheredados su legítima estricta adjudicándose los nietos el resto del caudal sin que sea necesaria, afirma la Dirección General, la declaración judicial de nulidad de la causa de desheredación habiendo acuerdo de todos los interesados, ni tampoco autorización judicial por no entender que exista acto dispositivo alguno, sino conformidad en la falta de prueba de la existencia de causa de desheredación.

cación fiscal no está limitada al hecho de adquirir o transmitir un bien inmueble, sino que se extiende a todos los supuestos de participación en una relación jurídica con trascendencia tributaria lo que evidentemente ocurre en el presente supuesto.

EN LA PROTOCOLIZACIÓN DE OPERACIONES PARTICIONALES, AUNQUE TENGA ORIGEN EN UN AUTO JUDICIAL, DEBEN CONSTAR O REFERENCIARSE LOS CERTIFICADOS DE DEFUNCIÓN Y DE ÚLTIMAS VOLUNTADES
Resolución de 17 de septiembre de 2018 (BOE 5 de octubre de 2018)

Se discute si es o no inscribible una escritura de liquidación de sociedad conyugal y adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: se adjudican los bienes conforme auto del Juzgado del año 1998 dictado en procedimiento de testamentaría, por el que se aprueban las operaciones divisorias del caudal hereditario del causante y en el que, escuetamente y sin ninguna otra mención a las circunstancias del fallecimiento del causante, se acuerda la adjudicación de los bienes. El registrador señala como de-

fecto central que en la escritura calificada y en el auto judicial de aprobación de las operaciones particionales no consta cuál es el título sucesorio del causante y no se aporta ni testimonia dicho título sucesorio así como los certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad. El recurrente alega que habiendo un auto del Juzgado en el que se aprueban las operaciones particionales se entienden cumplidos todos los trámites previos necesarios. La Dirección General desestima el recurso y confirma la calificación registral.

IUS TRANSMISSIONIS: HA DE INTERVENIR EL CÓNYUGE VIUDO DEL TRANSMISARIO
Dos Resoluciones de 28 de septiembre de 2018 (BOE 16 de octubre de 2018)

El Centro Directivo recapitula su doctrina más reciente sobre el derecho de transmisión tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013. Señala que el derecho de transmisión del artículo 1006 CC no es una nueva delación hereditaria, ni fracciona el "ius delationis" de la herencia del causante, que mantiene su unidad orgánica y funcional. **Los transmisarios, al aceptar la herencia del**

transmitente, suceden directamente al causante. En un primer momento, la consecuencia que la Dirección extraía de esta sentencia era que, en la herencia del primer causante no era necesaria la intervención del cónyuge y demás legitimarios del transmitente, sino tan solo la de los transmisarios. Sin embargo, en resoluciones más recientes se matiza la interpretación de la citada sentencia, la cual pretendía sólo resolver la cuestión de si el contador-partidor de su supuesto debería haber individualizado la cuota correspondiente a cada transmisario, en lugar de formar un único lote correspondiente al transmitente. Ahora el criterio de la Dirección

es que el *ius delationis*, si bien se ejercita de manera directa -sin pasar por la herencia del transmitente-, solo puede referirse al acto de aceptar o repudiar la herencia del primer causante, pero no debe vulnerar las legítimas. Aunque este derecho consiste en una opción del transmisario, lo cierto es que tiene valor patrimonial, por lo que debe computarse a los efectos de determinar el importe de la legítima del transmitente; y al cónyuge viudo se le reconoce la misma protección que a los restantes herederos forzosos.

DERECHO MERCANTIL

ADMINISTRADORES

VENTA POR SOCIEDAD REPRESENTADA POR ADMINISTRADOR NO INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL EXISTIENDO JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA

Dos Resoluciones de 18 de septiembre de 2018 (BOE 5 de octubre de 2018)

Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se formaliza la compraventa de un inmueble otorgada, como parte vendedora, por una sociedad de capital representada por su Administrador único. La notaria autorizante reseña la escritura pública de nombramiento de tal Administrador de la sociedad vendedora (con especificación del notario autorizante, fecha del otorgamiento y de los acuerdos de junta general elevados a público y número de protocolo). Además, advierte sobre la falta de inscripción de tal nombramiento en el Registro Mercantil, y emite juicio notarial de suficiencia de facultades representativas del compareciente. El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, al no figurar inscrito en el Registro Mercantil el nombramiento del otorgante como Administrador único de la sociedad vendedora, no puede considerarse acreditada su legitimación para representar a la sociedad, aun contando con el juicio de suficiencia de la notaria autorizante.

La Dirección General desestima el recurso, señalando que en el caso de nombramiento de cargo no inscritos debe de acreditarse la validez del nombramiento y para ello **tiene que constar la reseña identificativa del documento de nombramiento con todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de Administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregis-**

tral. Y, en el presente caso, de la reseña que figura en la escritura de compraventa calificada no resultan los datos que acreditan el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos para que pueda reputarse válido el nombramiento.

CUENTAS ANUALES

DEBE RESPETARSE EL AUDITOR NOMBRADO POR LA MINORÍA

Resolución de 26 de septiembre de 2018 (BOE 16 de octubre de 2018)

Se rechaza el depósito de cuentas anuales de una sociedad porque, constanding inscrito en la hoja social el nombramiento por el registrador mercantil de determinado auditor a instancia de la minoría, el informe de verificación que se acompaña está emitido por un auditor distinto (art. 265-2 LSC).

CONCURSO DE ACREEDORES

EL PLAN DE LIQUIDACIÓN DEL CONCURSO DEBE SER CONOCIDO POR EL REGISTRADOR

Resolución de 20 de septiembre de 2018 (BOE 9 de octubre de 2018)

Se pretende la inscripción de una escritura de cesión onerosa de determinados créditos garantizados con hipoteca sobre inmuebles, estando la sociedad cedente declarada en concurso, en fase de liquidación, y sin que en la escritura conste ninguna referencia al plan de liquidación, que es exigido por el registrador, para calificar que la cesión lo ha respetado, exigencia que confirma la Dirección General, entre otros argumentos, porque **las reglas de liquidación contenidas en el plan aprobado por el juez no tienen como finalidad la tutela del interés individual de uno o varios acreedores, sino el interés colectivo de la masa pasiva.**

DERECHO HIPOTECARIO

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

RECTIFICACIÓN: ES NECESARIO DOCUMENTO PÚBLICO

Resolución de 4 de septiembre de 2018 (BOE 24 de septiembre de 2018)

No cabe asiento de presentación de un documento privado cuyo objeto es la solicitud de rectificación de una inscripción. No se trata de un documento público (art. 3 LH), ni es una de las excepciones del artículo 420 del Reglamento Hipotecario. Por otro lado, los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los Tribunales, que son los únicos que pueden declarar su nulidad, si no concurre el consentimiento de los interesados (art. 40 LH).

USUCAPIÓN CONTRA HEREDEROS DEL TITULAR REGISTRAL

Resolución de 4 de septiembre de 2018 (BOE 24 de septiembre de 2018)

No puede inscribirse una sentencia que declara la adquisición mediante prescripción por parte del actor. Han sido demandados los dos cónyuges titulares registrales y, constanding el fallecimiento de la esposa, otras tres personas más respecto de las cuales no se aclara en qué concepto se los demanda.

Es imprescindible que se aclare por el Juzgado dicho concepto. Si se les hubiese demandado como únicos herederos de la cotitular fallecida, sería preciso acreditar tal extremo mediante el oportuno título sucesorio. Si por el contrario, se tratase de un caso de demanda a la herencia yacente, bastaría acreditar que alguno de los demandados reúne la condición de heredero, cierto o presunto, sin que fuese preciso el nombramiento de defensor judicial.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO

Resolución de 13 de septiembre de 2018 (BOE 2 de octubre de 2018)

Por el presente recurso se solicita dejar sin efecto y anular una inscripción de un decreto de adjudicación y cancelación de cargas practicada en virtud de mandamiento judicial. El recurso no puede prosperar, pues practicados los asientos ordenados por la autoridad judicial como consecuencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria, los mismos se hallan bajo la salvaguardia judicial y no es posible, en el concreto ámbito de este expediente, revisar, como se pretende, la legalidad en la práctica de dicho asiento.

INSTANCIA SOLICITANDO RECTIFICACIÓN DOMINICAL

Resolución de 3 de octubre de 2018 (BOE 23 de octubre de 2018)

Se pretende la inscripción de una instancia que solicita la rectificación de la inscripción dominical. A dicha instancia se acompaña un auto de subsanación del decreto de adjudicación dictado en el seno de una ejecución hipotecaria. El registrador deniega la inscripción, que no se ha seguido contra el titular registral en el momento de presentación del mismo, ya que son parte exclusivamente la entidad de crédito ejecutante y los ejecutados, pues tiene por objeto exclusivamente la impugnación de la liquidación efectuada en el mencionado procedimiento, sin pretender en ningún caso determinar una situación dominical.

INMATRICULACIÓN/REANUDACIÓN

DE TRACTO/EXCESOS DE CABIDA

DOBLE TÍTULO: HERENCIA SEGUIDA DE APORTACIÓN A GANANCIALES

Resolución de 5 de septiembre de 2018 (BOE 24 de septiembre de 2018)

Se admite la inmatriculación pretendida mediante escritura de aportación a gananciales precedida, como título de la parte aportante, de una escritura de herencia otorgada el mismo día, pero referida a causantes fallecidos hace más de un año. Tampoco constituye obstáculo a la inmatriculación pretendida el hecho de que, en la escritura de herencia, no se justificase el título de adquisición de los causantes, haciendo constar como tal únicamente la pertenencia a los mismos "por justos y legítimos títulos". El artículo 205 de la Ley Hipotecaria no exige acreditar tres títulos diferentes. La Dirección recuerda su doctrina sobre los requisitos de dicho artículo: **debe haber dos títulos públicos; el título público a inmatricular debe ser traslativo; la adquisición previa (y no necesariamente el título que la documente) debe haberse producido al menos un año antes del título inmatriculable.** Y, cuando el título previo sea de herencia, el plazo de un año del artículo 205 LH se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, ya que: los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde su muerte (art. 657 CC); los efectos de la aceptación y la repudiación de la herencia se retrotraen al momento de la muerte del causante (art. 989 CC); la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia (art. 404 CC).

INMATRICULACIÓN: EL PLAZO DE UN AÑO A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 205 DE LA LEY HIPOTECARIA SE PUEDE COMPUTAR DESDE EL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE DE LA HERENCIA

Resolución de 13 de septiembre de 2018 (BOE 2 de octubre de 2018)

En el presente expediente el título previo de adquisición es una escritura de aceptación y adjudicación parcial de herencia en la que la fecha de fallecimiento de los causantes es anterior en mucho más de un año respecto de la fecha del título traslativo. En los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad se otorga título traslativo de ellos a un tercero, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 de la Ley Hipotecaria **se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se entiende adquirida por el heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público de formalización de la aceptación y adjudicación de herencia.**

Además, la nota de calificación recurrida se fundamenta en el hecho de no poder acreditar el título de adquisición de los causantes, requisito que de ser exigido implicaría la necesidad de acreditar tres títulos diferentes en el procedimiento de inmatriculación, más allá de lo previsto en la propia redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

EXCESO DE CABIDA DECLARADO JUDICIALMENTE SIN DUDAS REGISTRALES

Resolución de 27 de septiembre de 2018 (BOE 16 de octubre de 2018)

Se rechaza una sentencia declarativa dictada en rebeldía fuera de plazo por la que se modifica la descripción de dos fincas, una de las cuales se describe con un defecto de cabida superior al 10% de la superficie inscrita. A pesar de este obstáculo insalvable procedimental, establece el Centro Directivo una interesante doctrina al afirmar que **las dudas del registrador sobre la identidad de la finca impiden la inscripción de la diferencia de cabida documentada en escritura pública o certificación administrativa, pero no en los supuestos de expediente de dominio, donde este juicio y en general la valoración de la prueba corresponde exclusivamente al Juez.** Tampoco constituye obstáculo el hecho de que la referencia catastral de una de las fincas difiera en una letra entre su expresión en los fundamentos de la sentencia y su constancia en la parte dispositiva; porque **el registrador puede obtener**

datos de los organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, para lograr más acierto en la calificación y liberar de este trámite a los interesados.

OPOSICIÓN DE LOS COLINDANTES Y REPRESENTACIÓN GRÁFICA

Resolución de 27 de septiembre de 2018 (BOE 16 de octubre de 2018)

Se presenta escritura de segregación a la que se aporta representación gráfica alternativa a la catastral. Una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, el registrador suspende la inscripción por existir oposición de propietarios colindantes. En el supuesto resuelto, de las alegaciones de los colindantes opositores no se deriva contradicción con la representación gráfica que pretende inscribirse (las alegaciones se refieren a la existencia de una obra nueva sobre una de las fincas colindantes; y a la incorrecta descripción de una servidumbre existente sobre la otra). No es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando una prueba escrita del derecho de quien la formula, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa, desvirtuando la propia esencia de este expediente de jurisdicción voluntaria.

DOBLE TÍTULO HEREDITARIO CON IUS TRANSMISIONIS

Resolución de 28 de septiembre de 2018 (BOE 16 de octubre de 2018)

Son inmatriculables unas fincas en virtud de dos escrituras de herencia. En la primera, otorgada en 2016, una hija acepta la herencia de su madre, integrada por fincas catastradas a nombre de la causante que se manifiestan adquiridas de los padres de ésta, abuelos de la otorgante. Como título previo, se aporta otra escritura, otorgada en 2018 por la misma compareciente, quien manifiesta reiterar la aceptación tácita y la adjudicación que su madre hizo en su día de la herencia de sus propios padres, fallecidos más de veinte años antes que su hija. En este supuesto concurre el dilema siguiente: **o bien entender que se trata de un caso de de ius transmissionis del artículo 1006 CC (interpretado como exponente de una sola transmisión del primer causante), en el cual, fallecida la hija sin haber aceptado ni repudiado la herencia de sus padres, pasaría el derecho de hacerlo a su propia hija, quien sucedería directamente a sus abuelos, por lo que no habría doble título inmatriculable; o bien -como entiende la Dirección- que se trata de dos herencias sucesivas, que permiten la inmatriculación.** Todos los años transcurridos entre la muerte de los primeros causantes y el fallecimiento de su hija, son mucho tiempo para que los actos de administración y conservación de la herencia no se hayan realizado sino con la cualidad de heredera.

ACTA DE EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE RECTIFICACIÓN DE FINCA INSCRITA

Resolución de 4 de octubre de 2018 (BOE 23 de octubre de 2018)

En el presente caso, la pretensión deducida ante el registrador y el título presentado para su inscripción fue el acta en que se documentó el expediente de rectificación de superficie de finca inscrita del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, a cuyas normas rectoras queda por tanto sujeta dicha pretensión, y que en definitiva abocan, a falta de acuerdo entre todos los interesados, a la obtención de una previa resolución judicial a través del cauce procesal adecuado, como señala el registrador en su calificación.

INMATRICULACION: LA COMPETENCIA DEL NOTARIO PARA AUTORIZAR LAS ACTAS COMPLEMENTARIAS DE TÍTULO PÚBLICO ADQUISITIVO ES TERRITORIAL

Resolución de 8 de octubre de 2018 (BOE 30 de octubre de 2018)

La única cuestión que plantea este recurso es la relativa a la competencia territorial del notario para la autorización de un acta complementaria de título público, acreditativa de la previa adquisición de la propiedad de la finca, a los efectos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Considera la registradora que carece de competencia el notario autorizante por no ser el del lugar de situación de la finca o extensivamente, distrito colindante. A ello se opone el notario autorizante alegando, además de una interpretación sobre la aplicación legal y jurisprudencial de la competencia notarial en este tipo de actas, resultante de doctrina de este Centro Directivo, previa a las reformas legales de 2015, la proximidad de Arona-Los Cristianos con La Gomera, como forma de ampliar el derecho de elección de notario.

La Dirección General estima el recurso, señalando que el acta notarial de notoriedad, complementaria del título público para la inmatriculación de fincas (arts. 205 LH y 298 RH) **está sujeta a competencia territorial, como el resto de las actas**

notariales relativas a la coordinación de la realidad extrarregistral con el contenido del Registro introducidas por la Ley 13/2015 (expedientes inmobiliarios). Y, en el presente caso, ponderando la finalidad última de la ley, que es facilitar el acceso de los ciudadanos al servicio notarial, y atendiendo a los medios de transporte existentes concluye que el notario en este caso concreto es competente para autorizar esta acta.

HIPOTECA

SUBASTA DESIERTA DE VIVIENDA NO HABITUAL: ADJUDICACIÓN NO INFERIOR AL 50 DE LA TASACIÓN

Dos Resoluciones de 6 de septiembre de 2018 (BOE 26 de septiembre de 2018)

No son inscribibles los decretos de adjudicación dictados en sendos procedimiento de ejecución hipotecaria sobre finca que no es vivienda habitual, en los cuales, tras quedar desierta la subasta, el ejecutante solicitó la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, que era notablemente inferior a la mitad del valor de tasación. Como en casos anteriores, la Dirección descarta la interpretación literal del artículo 671 LEC, cuya interpretación debe hacerse a la luz del artículo 651, referido a muebles, con el que comparte espíritu y finalidad. En consecuencia, **aunque el ejecutante solicite la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, no siendo vivienda habitual, la adjudicación nunca podrá hacerse por cifra inferior al 50 del valor de tasación.**

ES NECESARIO DEMANDAR AL TERCER POSEEDOR QUE TIENE INSCRITO SU DERECHO ANTES DE LA EJECUCIÓN

Resolución de 19 de septiembre de 2018 (BOE 9 de octubre de 2018)

La inscripción en favor del tercer poseedor varios años antes



OGA GESTORÍA
HERRERO
GUTIERREZ C.B.

**TODO TIPO DE TRÁMITES:
ESPECIALISTAS EN HERENCIAS NO
RESIDENTES, PUBLICACIONES
EDICTOS Y ESCRITURAS
NOTARIALES, ETC, ETC**

**OPOSICIONES Y CONCURSOS,
NOTARIOS Y REGISTRADORES**

C/ Rodríguez San Pedro, 2 · Of. 707 · 28015 - MADRID
Web: www.ghg.es

Tfno: 91 00.292.00
E mail: Info@ghg.es

Desierta la subasta de vivienda habitual del deudor, puede el acreedor adjudicarse la misma, pero por el 70% del valor de tasación

SUBASTA DESIERTA DE VIVIENDA HABITUAL DEL DEUDOR: ADJUDICACIÓN DE VIVIENDA AL ACREEDOR

Resolución de 5 de septiembre de 2018 (BOE 24 de septiembre de 2018)

Tras quedar desierta la subasta en un procedimiento de ejecución hipotecaria, se adjudica al acreedor la vivienda habitual del deudor por el 60% del valor de tasación. El valor total de lo adeudado no alcanza el 70% de dicho valor, pero excede del 60%, quedando, un remanente de deuda pendiente de abono al acreedor. Aun cuando según una inter-

pretación literal del artículo 671 LEC (tras su reforma por Ley 1/2013) sería factible dicha adjudicación, pero acarrearía un resultado distorsionado y un grave perjuicio para el deudor, con lo cual se resuelve que **no ha lugar a la inscripción de la adjudicación**. El Centro Directivo interpreta el artículo 671 LEC entendiendo que, **en caso de subasta desierta, la adjudicación al acreedor de la vivienda habitual del deudor se hará por el 70 del valor de tasación o, si la cantidad reclamada es inferior a este porcentaje, por la cantidad adeudada, y sin dejar remanente pendiente de abono, pero con el límite mínimo del 60 del valor de subasta**.

de que se iniciara el procedimiento de ejecución hipotecaria requiere, para rectificar o cancelar los asientos, que la titular registral de la finca sea demandada y requerida debidamente de pago (arts. 685 y 686 LEC), o en su caso, conste su consentimiento o la pertinente sentencia firme en procedimiento declarativo entablado directamente contra la misma, como exigen los artículos 1, 40 y 82 LH.

SE INCLUYEN COMO COSTAS TANTO EL IVA DE LA FACTURA DE ABOGADOS Y PROCURADORES COMO EL COSTE DE LOS ANUNCIOS A LOS EFECTOS DEL LÍMITE DEL 5 DEL ARTÍCULO 575.1 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Resolución de 19 de septiembre de 2018 (BOE 9 de octubre de 2018)

En una ejecución de hipoteca se excede, a juicio de la registradora, el límite del establecido en el apartado 1 bis del artículo 575 LEC, apartado introducido por el artículo 7.4 de la citada Ley 1/2013: “En todo caso, en el supuesto de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el límite del 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva”.

La recurrente entiende que no se deben incluir en esas costas el IVA de los honorarios de abogados y procuradores y el gasto en los anuncios.

La Dirección General confirma la calificación, ya que todas las excepciones deben ser expresas, como se hace en el artículo 243.2, párrafo cuarto, LEC, y todo ello responde mejor a la interpretación finalista de la reforma introducida por la Ley 1/2013, esto es, la protección del deudor hipotecario.

LA DACIÓN EN PAGO DE UNA FINCA HIPOTECADA NO PERMITE LA CANCELACIÓN DE LOS ASIENTOS POSTERIORES

Resolución de 20 de septiembre de 2018 (BOE 9 de octubre de 2018)

Ante el impago de la deuda se inicia el procedimiento de ejecución de la hipoteca que la garantiza, si bien el acreedor y el deudor llegan a un acuerdo en transacción judicial, homologado por el cual se determina la deuda total y se da el inmueble hipotecado en dación en pago, si bien el adjudicatario pide la cancelación de anotaciones preventivas posteriores a la inscripción de la hipoteca, a lo que la registradora se niega al entender que no se han protegido los derechos de los titulares de las mismas.

La Dirección General confirma la calificación, **tras analizar la figura de la transacción judicial y de la dación en pago, asimilando ésta última con la compraventa, y señalando que la tutela judicial efectiva requiere observar los trámites, formalidades y requisitos del procedimiento hipotecario** para que puedan ser cancelados los asientos posteriores a la hipoteca, lo que no se produce en el presente caso.

NO CABE INSCRIBIR LA EJECUCIÓN SIN HABER REQUERIDO AL TERCER POSEEDOR QUE INSCRIBIÓ ANTES DE LA MISMA

Resolución de 24 de septiembre de 2018 (BOE 16 de octubre de 2018)

Había que haberle demandado y requerido de pago. El requerimiento de pago al tercer poseedor, es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (art. 132-1 LH) y procesal (art.

Cabe cancelar la hipoteca dejando subsistente total o parcialmente la deuda

CANCELACIÓN DE HIPOTECA CON PAGO PARCIAL Resolución de 17 de septiembre de 2018 (BOE 5 de octubre de 2018)

Se otorga una escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca sobre una finca que responde de principal de 394.860 euros. En la escritura de cancelación de tal hipoteca se expresa que “las Sras. Comparecientes, en el concepto en que intervienen, confiesan haber recibido un cheque por importe de doscientos cuarenta mil euros (240.000 €), en concepto de pago parcial del capital pendiente del préstamo y consienten la cancelación en el Registro de la Propiedad de la hipoteca que grava la finca descrita”. El registrador en su nota señala que no se solicita la cancelación parcial con señalamiento de las nuevas responsabilidades a que queda afecta la finca; Y, si en cambio, la cancelación de la hipoteca constituida.

La Dirección General estima el recurso, señalando que cuando el titular del derecho real de hipoteca no se

limita a dar un mero consentimiento para cancelar, sino que **dispone unilateralmente de su derecho a cancelar la hipoteca, hay que interpretar que estamos ante una abdicación unilateral de la hipoteca por su titular, ante una renuncia de derechos, acto que por sí sólo tiene eficacia sustantiva suficiente conforme al artículo 6.2 CC para, por su naturaleza, producir su extinción y, consiguientemente, dar causa a la cancelación de la hipoteca** conforme a los artículos 2.2.º y 79 LH. Por tanto, **renunciando el acreedor de forma indubitada al derecho real de hipoteca son intrascendentes, a la hora de su reflejo registral, las vicisitudes del crédito por él garantizadas que se hayan reflejado en la escritura, se haya extinguido o subsista, sea con unas nuevas garantías o tan solo con la responsabilidad personal del deudor, pues todo ello queda limitado al ámbito obligacional de las relaciones *inter partes*.**

685 LEC), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad. **No basta la mera notificación que, sobre la mera existencia del procedimiento, le haya realizado el registrador al tiempo de expedir la certificación (art. 689 LEC), cuyo efecto es solo avisarle de la ejecución y permitirle pagar y subrogarse, pero no sustituye trámites procesales más rigurosos.** Esta doctrina se ha visto confirmada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 abril 2013.

CONCURSO Y TRACTO SUCESIVO DE TÍTULOS JUDICIALES

Resolución de 26 de septiembre de 2018 (BOE 16 de octubre de 2018)

En su día se había declarado por la Juez mercantil, en incidente concursal, la nulidad de una compraventa, ordenando la cancelación de las inscripciones que derivasen de ella. Ahora se presenta mandamiento judicial solicitando la cancelación de una hipoteca que se constituyó por el comprador a favor de Bankia, y que actualmente consta inscrita a nombre de otra entidad por título de cesión de crédito. En el mandamiento calificado consta expresamente que la sentencia fue notificada a las dos entidades -cedente y cesionaria-, sin que hayan realizado manifesta-

ción alguna contra dicha resolución. No hay obstáculo cancelación de la hipoteca, en la medida en que la referida notificación judicial tuvo por objeto evitar la indefensión del titular de la hipoteca, dándole la opción de presentar alegaciones, de la cual no hizo uso.

HIPOTECA SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL DE UN CÓNYUGE QUE NO ES LA VIVIENDA FAMILIAR: NO ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE NO TITULAR

Resolución de 9 de octubre de 2018 (BOE 30 de octubre de 2018)

Se formaliza un préstamo hipotecario sobre una vivienda, manifestando la prestataria e hipotecante que “que es dueña de aquella, en pleno dominio y con carácter privativo, siendo además la vivienda habitual de la misma”, pero “no es la vivienda habitual conyugal”, ya que su esposo, por razones médicas, tiene su domicilio habitual en otro término municipal, señalando, además, en la propia escritura de préstamo, la calle y el número del domicilio habitual de éste. El Registrador suspende la inscripción, ya que no ha concurrido al otorgamiento, el cónyuge, no titular de la vivienda, pese a que se ha hecho constar en la escritura, que se trata de “vivienda habitual” de la hipote-

cante, y siendo preciso, para la inscripción, que su esposo ratifique la escritura otorgada. Señala que las “razones médicas” alegadas por la esposa, para que su esposo tenga otro domicilio habitual, no permiten arrebatarle a éste su derecho a consentir o no la escritura, salvo que se obtenga la pertinente resolución judicial. El notario autorizante, impugna la calificación anterior, alegando que, en definitiva la finalidad de la protección que ampara el artículo 1320 CC, se encuentra indisolublemente conectada a la protección del domicilio conyugal (residencia habitual y permanente de ambos cónyuges) por tanto **cuando un cónyuge (como es el caso) manifiesta que una vivienda no es su “domicilio conyugal” lo que está es manifestando que no es su vivienda habitual familiar a los efectos del artículo 1320 CC.**

La Dirección General estima el recurso. Entiende que **el matrimonio implica una comunidad de vida que, como regla general, se traduce en una “comunidad de vivienda”.** Sin embargo, a veces, por razones profesionales, laborales, médicas, de atención a familiares u otras de naturaleza análoga, esa comunidad de vida no comporta comunidad de vivienda. Para resolver la cuestión planteada, ha de partirse de que “el domicilio conyugal” ha sido fijado por los dos cónyuges de mutuo acuerdo y es el de su residencia habitual. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo 2016 pone el énfasis en la idea del domicilio conyugal, de suerte que si la vivienda objeto del acto dispositivo no es la conyugal, cumple con las exigencias legales requeridas, pues si se está en presencia de un matrimonio cuyos hijos son mayores de edad, el círculo se reduce, a quienes tienen que vivir juntos, por lo que no se aprecia qué puede añadir el vocablo “familiar” al vocablo “conyugal”.

EN LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS DE INMUEBLES QUE NO SEAN VIVIENDAS NO HAY DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE ARRENDATARIOS QUE NO ESTÉN INSCRITOS

Resolución de 11 de octubre de 2018 (BOE 5 de noviembre de 2018)

En una adjudicación hipotecaria el registrador exige la expresión de si los inmuebles, que son un local comercial y un trastero, está o no arrendado, a los efectos del artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La Dirección General admite el recurso, revocando la calificación, ya que no hay un arrendamiento inscrito previamente a la hipoteca, y todo ello respecto de los contratos de arrendamiento concertados con posterioridad a la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Incluso para los arrendamientos de vivienda derivados de estos contratos suscritos antes del 6 de junio de 2013, debe aclararse que, a partir del día 6 de junio de 2018, es decir, una vez trans-

curridos los cinco años de plazo mínimo a que se refería este precepto, quedan extinguidos cuando se resuelva el derecho del arrendador como consecuencia de una ejecución de hipoteca, **siendo por tanto ya innecesario exigir la declaración arrendaticia a los efectos de los derechos de tanteo y retracto regulados en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.**

ANOTACIONES PREVENTIVAS

CANCELACIÓN DE HIPOTECA POSTERIOR A LA ADJUDICACIÓN EN VÍA DE APREMIO POR LA SEGURIDAD SOCIAL

Resolución de 10 de octubre de 2018 (BOE 5 de noviembre de 2018)

Se trata de un supuesto de adjudicación directa de determinado bien inmueble en procedimiento de apremio seguido por la Tesorería General de la Seguridad Social y la cancelación de la inscripción de hipoteca posterior a la anotación preventiva de embargo de la que deriva dicha adjudicación. En la certificación de la Seguridad Social la hipoteca se tiene en cuenta como carga anterior, cuando en realidad, es posterior a la anotación de embargo preventivo que después se convierte en anotación de embargo ejecutivo en ejecución de la deuda que motivó el embargo, por lo que conserva su preferencia registral. El tipo mínimo del 25% de la licitación se tuvo en cuenta erróneamente, ya que se descontó la hipoteca como carga, cuando eso se debe hacer cuando es una carga anterior, pero no posterior, y finalmente la adjudicación produce la purga de los asientos posteriores, incluida la hipoteca.

SUBSISTEN LOS EMBARGOS SOBRE UN DERECHO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO RESUELTO JUDICIALMENTE SI LOS TITULARES DE LOS MISMOS NO HAN SIDO PARTE

Resolución de 11 de octubre de 2018 (BOE 5 de noviembre de 2018)

Se produce un desahucio judicial de una casa como consecuencia de la resolución de un arrendamiento financiero, si bien había dos embargos sobre el derecho del arrendatario, cuyos titulares no han sido parte en el procedimiento. La registradora cancela el derecho de arrendamiento, pero deja subsistentes los embargos por este defecto, mediante nota marginal, de tal modo que no podrán acceder al Registro en lo sucesivo ningún acto dispositivo o de gravamen, voluntario ni forzoso, que tenga por objeto tal derecho arrendaticio, pues, con exclusión de dichos anotantes, el mismo carecerá de vigencia, calificación confirmada por la Dirección General.

TESTAMENTO GENÉTICO KING GENETICS

¿OFRECE YA SU NOTARÍA EL SERVICIO DE TESTAMENTO GENÉTICO*?

* TESTAMENTO GENÉTICO, toma de muestra de ADN ante notario y su correspondiente **acta notarial de presencia.**

Ofrezca un servicio novedoso y complementario al testamento, que garantice las relaciones de parentesco y facilite un marco de prevención y seguridad familiar a sus clientes.

¿Qué se necesita para prestar el Servicio de Testamento Genético?

1. Registrarse en el Área de Notarios de www.testamentogenetico.com
2. Disponer del Kit de toma de muestra.

Dentro del Área de Notarios de www.testamentogenetico.com, encontrará toda la información.

- Casos de uso.
- Explicación detallada del procedimiento.
- Ejemplo de acta notarial de presencia.
- Ejemplo de modelo económico.
- Vídeo explicativo e instrucciones de toma de muestra.

El Notario facilita que su cliente ponga en valor su Herencia Genética.

KING GENETICS

www.testamentogenetico.com

Avda de Manoteras 38, oficina C007. 28050 Madrid
TLF: 919 919 465



LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

«Meum est quod ex re me súperest» (es mío lo que queda de una cosa mía)

J. Ignacio Navas Oloriz
Notario honorario. Abogado

El Notario del Siglo XXI N°82

Una de las primeras palabras que un niño aprende a decir es “mío”. No aprende a decir “tuyo” ni a reconocer con sus actos que aquel juguete que le entretiene “es de otro”, de la propiedad de otro, hasta que ha interiorizado educacionalmente esos conceptos. Estos comportamientos y estas expresiones nos llevan a pensar que nacemos con un instinto de propiedad muy desarrollado y que solo a través de la educación y el aprendizaje aprendemos a distinguir lo “mío” de lo de los “otros”. Cuando pensamos en propiedad, inmediata e instintivamente la referimos a la propiedad inmobiliaria, pero obviamente, puede recaer sobre cualquier tipo de bien. Incluso sobre los sentimientos y las emociones: mi amor, mi esposa, mi fe, mi patria, etc. Identificar el objeto, la religión, la ideología o el sentimiento sobre el que ejercemos la pertenencia, la propiedad, resulta determinante para identificarnos a nosotros mismos y para que los demás nos reconozcan. Es un sentimiento tan potente que incluso puede llegar a amortizar e incluso anular otros.

Aproximación a su concepto

Tradicionalmente se ha venido considerando a la propiedad como un derecho real que confiere a su titular un poder directo e inmediato sobre una cosa, un derecho que concede a su titular un derecho oponible *erga omnes*, que puede hacerse valer frente a cualquiera.

La propiedad es el derecho real más pleno, es la esencia y el ejemplo del dominio, la antonomasia aplicada al disfrute y goce de las cosas. El propietario puede gozar, disfrutar, disponer libremente de la cosa, puede, en definitiva recuperarla o reivindicarla de quien la posea sin título legitimador alguno, de quien la posea indebidamente.

*Cuius est solum, eius est usque ad coelum*¹. Esta máxima del jurista Venuleyo y que suele utilizarse para ejemplificar el potente contenido del derecho de propiedad, no se refiere a cualquier tierra sino expresamente a un sepulcro, que como *res religiosa* tenía entre los romanos un estatuto especial. De esta máxima no debe entenderse que el propietario de un fundo tenga un dominio absoluto, un *ius utendi et abutendi*, que consagraría el uso omnímodo y el

abuso hasta la destrucción del bien poseído en concepto de dueño. En el Derecho romano eran numerosas las disposiciones que impedían deteriorar o perjudicar la casa propia, obligando, incluso, a su reparación en caso de estar en mal estado². Podríamos afirmar incluso que el Derecho Romano y la praxis vinculaban lo privado y lo público mucho más que algunas legislaciones actuales. El propietario podría verse obligado a sufrir restricciones en su propiedad por razones de interés público.

En nuestro Derecho Constitucional la propiedad tampoco es absoluta. Además de cumplir una función social, como veremos más adelante, está sometida a una serie de limitaciones. La propiedad de un fundo está limitada por arriba por la ley de Navegación Aérea, y por abajo por las leyes de Aguas y de Minas. Las restricciones a las que está sometido el derecho de propiedad resultan del interés privado o del interés público. Los límites al derecho de propiedad proceden de las relaciones de vecindad, la medianería, los tanteos y retractos legales, patrimonio Histórico, Dominio público hidráulico, Costas, Vías públicas, Seguridad Nacional, etc. Son tantas que desdibujan al derecho de propiedad como *ius utendi et abutendi*. Otras limitaciones derivan de

La Constitución Española reconoce la propiedad privada no como un derecho ilimitado, sino llamado a cumplir una función social



la titularidad. No es lo mismo la propiedad en comunidad que la individual. Ya decían las Partidas que lo que es de muchos no es de nadie. La máxima latina también lo pone de relieve: *nullius est quod multorum esse potest*³.

Curiosa y envidiadamente esta percepción no se produce en el mundo anglosajón donde la propiedad municipal o estatal, que al fin y a la postre es la manera más sofisticada de la propiedad colectiva, se siente y se respeta como tal. No es así en nuestro sufrido país en donde cualquier bien público, por modesto que éste sea - señales de tráfico, bancos en calles y parques, papeleras...-, sufre las agresiones y deterioros de nuestros “ciudadanos”.

Mires al país que mires, te encuentras con el instituto de la propiedad, ya sea privada ya sea estatal, ya sea colectiva o familiar, ya sea plena o limitada. El adjetivo puede modalizar al sustantivo del modo en que se quiera, pero la propiedad está siempre - sea cualquiera que sea el ordenamiento jurídico- presente.

Son numerosísimas las teorías formuladas para justificar el derecho de propiedad privada, la teoría de la ocupación, del trabajo, de la convención, de la ley, o la socializadora como la acogida por la Constitución Española que reconoce la propiedad privada no como un derecho ilimitado, sino llamado a cumplir una función social.

Breve referencia a las teorías negacionistas

No hay mejor manera de entender la razón de la existencia de este límite de “la función social” que de examinar las teorías de los negacionistas. Pierre Joseph Proudhon pronunció su célebre frase de que “la propiedad es un robo” en el momento en el que se constató el fracaso de las revoluciones de las décadas anteriores.

“¿Qué es la propiedad?”, una de sus obras más populares en la década de los 70 del siglo pasado, se publicó diez años después de finalizar la dinastía de los Borbones. El conflicto de clases se había extendido, ciertas élites se enriquecieron y el pueblo continuó sumido en la pobreza, para éste nada había cambiado. Los ideales de libertad e igualdad de la Revolución de 1789 seguían inéditos. La corrupción y la desigualdad se habían instalado en la sociedad francesa. Proudhon sostuvo que los derechos a la libertad, la igualdad y la seguridad “eran naturales, absolutos e inviolables y formaban el sustrato mismo de la sociedad”, pero éste no era el caso del derecho a la propiedad, que en su opinión socavaba aquellos derechos fundamentales. “La propiedad era intrínsecamente antisocial”.

Para Marx, Proudhon era una especie de ideólogo de la pequeña burguesía -(había calificado al primero de intolerante y apóstol de una nueva religión, la de la lógica y de

¹ El propietario del suelo es propietario hasta el cielo. Venuleyo en Dig 43,24,22,4.

² Ley de la colonia Urso (Osuna en la Bética), año 44 a.C. cap.75.

³ No es de nadie lo que puede ser de muchos.



adoctrinar al pueblo)-: el mundo no cambia por las ideas sino por la acción física, material y práctica, condensación del materialismo histórico. El comunismo solo podía construirse sobre la base de la propiedad común de la tierra.

Estas teorías produjeron un gran impacto y se constituyeron en contrapunto del capitalismo, de forma que le obligaron a mostrar un lado más amable en su cerrada defensa de la propiedad privada omnímoda y especuladora. Pero tras la caída del Muro de Berlín y muerto el comunismo el capitalismo mostró su rostro menos humano. Occidente lo ha podido comprobar dramáticamente en los años pasados con la crisis financiera y las burbujas adhocráticas en cada país.

La función social de la propiedad es la manera por la que las diversas constituciones que la consagran, salvan el enorme conflicto que supone la configuración de la propiedad como un atributo de la personalidad, inatacable, inmodificable y no sujeto a restricción alguna. Pero ¿que significa “función social de la propiedad”? Por función social debe entenderse que la propiedad está subordinada al interés general o al bien común. Encuentra su fundamento en el artículo 128 de la Constitución que establece que: “Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titular, está subordinada al interés general”. No obstante esta proclamación constitucional, nuestro país sigue lejos de hacer realidad ese *desiderátum* de llevar a la práctica una política social de vivienda.

La política social de vivienda ha sido casi inexistente,

La construcción de viviendas sociales o la compra y utilización de las vacías ha de ser impulsada

y está ausente desde hace algunos años, no así la política económica que fue la que dio lugar a la pasada burbuja inmobiliaria. La Constitución Española contiene en su capítulo tercero “De los principios rectores de la política social y económica”, un artículo, el 47, que proclama de una manera rotunda y solemne que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada...”; a continuación señala la obligación de los poderes públicos de legislar de modo que se haga efectivo tal derecho, “regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. Cualquier lector mínimamente objetivo, con independencia de su posición social, no dejará de sonreír ante una declaración tan actualmente ingenua equivalente a la que utilizaba la Pepa de 1812 al señalar a los españoles como “justos y benéficos”. Es cierto que el alcance constitucional de tal precepto es el de informar a la legislación, pero es evidente que se ha hecho muy poco en tal sentido, y menos en el de considerar la vivienda como bien de uso necesario y no como un activo financiero sujeto a las fluctuaciones del mercado.

Brevísima referencia al pasado

Ya el liberal Melchor Gaspar de Jovellanos quiso formar un potente y eficaz parque de viviendas de propiedad pública para luchar contra la especulación. En el siglo XIX España experimentó dos desamortizaciones realizadas con la fina-

lidad de movilizar la propiedad, hacerla productiva y sacarla de las manos muertas, la de Mendizábal o desamortización religiosa y la de Madoz o desamortización civil. En ambas se puede decir que solo se consiguió que la propiedad cambiase de manos. Estas medidas autóctonas e ineficaces tuvieron, no obstante, una gran repercusión, mayor que las medidas alóctenas y pretendidamente necesarias que ciertas autoridades públicas tomaron recientemente y a las que más tarde haré referencia.

Declaración constitucional

Efectivamente la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), en su artículo 1 determina que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político y en su artículo 33 reconoce el derecho a la propiedad privada (que ya había sido reconocida por la de 1812) y a la herencia; pero en coherencia con lo señalado en su artículo 1, establece un nuevo límite constituido por la función social de ambos derechos. También establece la prohibición de que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y ajustándose a lo previsto en las leyes. Este artículo se ubica en la sección 2ª -de los derechos y deberes de los ciudadanos-, del Capítulo I -Derechos y Libertades-, por lo que se aparta de la idea liberal de considerar a la propiedad como un atributo de la personalidad.

La propiedad es según nuestra Constitución un derecho fundamental y solo caben en su ejercicio aquellas limitaciones que estén basadas por la función social de ese derecho y con arreglo a lo establecido legalmente. Nuestro Tribunal Constitucional acoge una interpretación de este precepto netamente social. Así, por ejemplo, en la Sentencia 154/2015, de 9 de julio de 2015⁴, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad 1832-2006, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Andalucía 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y suelo, en el que los Diputados recurrentes impugnaban en el proceso constitucional los artículos 12 y 13 de esa Ley por entender que establecer derechos de tanteo y retracto sobre viviendas

de protección pública iba en contra del derecho de propiedad (art. 33 CE) y de la prohibición constitucional de aplicación retroactiva de medidas restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), eran medidas inconstitucionales.

El Tribunal Constitucional dice en su fallo que “los preceptos señalados limitan derechos, que en Andalucía atribuía el ordenamiento jurídico a los titulares de vivienda protegida para transmitir estas sin que la Administración pudiera adquirirlas forzosamente con preferencia sobre otros. La nueva regulación ha delimitado de este modo, restringiéndola, la libertad con que contaban estos titulares de viviendas protegidas para elegir comprador o adquirente, gravándoles, además, con nuevas obligaciones de comunicación destinadas a asegurar que la Junta de Andalucía pueda ejercer sus derechos de adquisición preferente. Dicho de otro modo, el legislador andaluz ha cambiado la posición jurídica de una serie de titulares de vivienda protegida al variar el contenido estatutario de su derecho de propiedad.

(...) No por ello este derecho queda desprovisto de las garantías reconocidas en el artículo 33 CE, sin perjuicio de lo que después se dirá”.

(...) es también claro que en el marco del Estado social (art. 1.1 CE), el legislador está autorizado a negar pura y simplemente el derecho de propiedad por razones de utilidad pública e interés general -con los límites que impone el artículo 33.3 CE- o, sin llegar hasta este extremo, a restringirlo para ajustar su contenido a los más variados objetivos colectivos (arts. 33.2 y 128.1 CE) (...) la Constitución reconoce el derecho a la propiedad como un ‘haz de facultades individuales’, pero también como ‘un conjunto de derechos

y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad’ (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5). El legislador puede de este modo articular la función social de la propiedad imponiendo cargas o extrayendo facultades del haz que él mismo ha asegurado previamente a través...”

“... en este caso, el sometimiento del titular de viviendas protegidas a derechos de adquisición preferente responde claramente a una finalidad de interés general: el acceso a una vivienda digna por parte de personas necesitadas. La limitación coadyuva a este objetivo porque sirve a la evitación del fraude en las transacciones (el cobro de sobrepuestos en ‘negro’) y a la generación de bolsas de

La política social de vivienda ha sido casi inexistente, y está ausente desde hace algunos años, no así la política económica que fue la que dio lugar a la pasada burbuja inmobiliaria

⁴ Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Web oficial TC.

vivienda protegida de titularidad pública. La limitación señalada se ampara de este modo en razones que, por lo demás, son particularmente poderosas al entroncar con un pilar constitucional: el compromiso de los poderes públicos por la promoción de las condiciones que aseguren la efectividad de la integración en la vida social (art. 9.2 CE), en general, y con el mandato constitucional de protección social y económica de la familia (art. 39.1 CE), la juventud (art. 48 CE), la tercera edad (art. 50 CE), las personas con discapacidad (art. 49 CE) y los emigrantes...”

Es clara y radicalmente social la interpretación del Tribunal Constitucional en esta materia, en la que el Tribunal llega a afirmar la posibilidad de que el legislador está autorizado a negar pura y simplemente el derecho de propiedad por razones de utilidad pública e interés general, si bien con las limitaciones o límites que impone el artículo 33 CE.

Conclusiones

Las centraré en el ejercicio de la propiedad sobre su objeto más usual: la vivienda. Es cierto que la vivienda no tiene por qué ser disfrutada en propiedad, pero también lo es que, cualquiera que sea el título por el que se disfrute, la propiedad ha de pertenecer a alguien, ya sea un fondo de inversión, ya sea un particular, una persona jurídica o la Administración a través de sociedades públicas o como propiedad demanial. Esto determina que el uso que se dé a tal vivienda ha de acomodarse a la "función social" proclamada por la CE.

Una posición comprometida con la proclamación constitucional podría vertebrarse sobre la distinción entre diversos tipos de viviendas, dejando unas bajo las leyes del mercado y vigorizando la protección de otras. Esta tendencia ya es perceptible en nuestra legislación cuando distingue entre vivienda habitual y segundas viviendas. A las primeras las somete a mayor atención tuitiva y legislativa, y a las otras las abandona a los avatares del mercado. En esa línea camina toda la batería de medidas legislativas que se van aproximando a un ideal de equilibrio contractual en la contratación de créditos y préstamos para adquisición de vivienda habitual. No podía ser de otro modo, así lo exige el artículo 47 CE.

La protección de la vivienda habitual constituye una tendencia imparabla. Comienza a configurarse como la respuesta en clave de cumplimiento a una exigencia cons-



titucional. Diversas legislaciones autonómicas explicitan el propósito de acabar con el fenómeno de las viviendas vacías y tratan de impulsar el alquiler de las mismas, así como otra serie de medidas que resuelvan el secular problema habitacional de España. La construcción de viviendas sociales o la compra y utilización de las vacías ha de ser impulsada. Allí donde no llegue la iniciativa privada, su inacción debe ser completada con la acción del Estado. España en los años de la burbuja llegó a construir 800.000 viviendas anuales para abastecer a una demanda fijada en 450.000 viviendas al año. El número de viviendas vacías es altísimo, pero falta una localización geográfica de las mismas y un estudio serio y riguroso de su ocupación, no es lo mismo una vivienda desocupada y a la espera de ser vendida en un momento alcista, que la vivienda ocupada unos días al año por su propietario o familiares de éste. No obstante la legislación de viviendas de protección pública ha de ser revisada, la calificación de aquellas viviendas que se construyeran sobre suelos de reserva para viviendas protegidas, no debería de ser temporal sino permanente; deberían de ser mayoría las viviendas destinadas al alquiler, y sería necesario flexibilizar y fijar los programas en función de las necesidades de los solicitantes. La superficie y distribución de las viviendas no tiene por qué ser siempre la misma.

La función social de la propiedad y el derecho a una vivienda digna y suficiente, constituyen mandato y principio alumbrador constitucionales, que han de conjugarse con la prohibición de la especulación. La finalidad de las cesiones de suelo obligatorias era la de proveer a los municipios de suelo destinado a la construcción de viviendas

protegidas, y no a la venta en pública subasta al mejor postor para la construcción de vivienda libre. Las viviendas protegidas no tienen que estar situadas necesariamente en el mismo edificio, o en edificios que contengan únicamente viviendas de estas características. Una posible medida sería la de situar un número determinado de esta clase de viviendas en edificios de viviendas libres, de manera que además se impulsara el inter clasismo social.

Hoy en España es perfectamente posible saber en que barrio vive cualquier persona con observar su vestimenta y características físicas. Podríamos incluso hablar -con cierto tono de humor- de una adscripción geográfico-genética. La desigualdad se ha instalado no solo en el tratamiento legislativo y reglamentario que se da a las viviendas sociales, sino también en el agrupamiento que se aplica a las pocas que se construyen: periferia de las ciudades y zonas de ensanche.

Por otra parte el fenómeno de la gentrificación suele ir unido a la especulación. No solo se expulsa a los ancianos de la zona en donde siempre han vivido por operaciones especulativas disimuladas justificadas en necesidades urbanísticas, sino que se les traslada a zonas de desarraigo. ¿Es esta la función social de la propiedad?

Por otra parte también resultaría decisiva además de esencial la prohibición expresa de enajenación de viviendas protegidas a fondos o sociedades que no mantuvieran los arrendamientos al precio o renta fijado por la legislación. Una de las mayores agresiones al derecho a la vivienda y a los principios de igualdad ante la ley y al de seguridad jurídica fue el perpetrado por la anterior administración del Ayuntamiento y de la Comunidad de Madrid que procedió

La función social de la propiedad y el derecho a una vivienda digna y suficiente, constituyen mandato y principio alumbrador constitucionales, que han de conjugarse con la prohibición de la especulación

a la enajenación a través de un procedimiento muy discutible, de miles de viviendas sociales pertenecientes a la EMVS y al IVIMA a diversos fondos de inversión que al poco tiempo procedieron a la elevación de rentas. Fue un procedimiento repleto de irregularidades y con una absoluta falta de transparencia. No creo que sea esto lo que la CE pretende al proclamar la función social de la propiedad.

Es cierto que hemos avanzado muchísimo, en casi todas las áreas, pero no tanto como algunos creen. Hoy, en España, hay voces que reclaman la regulación constitucional de los derechos sociales -como es el derecho a una vivienda digna y adecuada-, en forma de garantía fundamental invocable ante los Tribunales de Justicia. Ello supondría que ese "derecho" pase de ser principio alumbrador de nuestra legislación, a derecho subjetivo, constitucionalmente protegido, invocable ante un Tribunal. Obviamente también hay quien cree que tal cambio es inoperable, entre otras razo-

nes por la de suponer un coste inasumible, pero no debemos perder de vista que el derecho a la vivienda no tiene que pasar necesariamente por el instituto de la propiedad. España es uno de los países de Europa en donde más viviendas se han construido y uno de los países de Europa donde mas viviendas vacías hay. Es necesario buscar una solución acorde con nuestra Constitución y sin perjudicar los derechos de nadie. Las perspectivas han cambiado, los paradigmas también, la inteligencia social ha de saber adaptarse al cambio. ●

Palabras clave: Propiedad, Vivienda, Función social.

Keywords: Property, Housing, Social function.

RESUMEN

Hoy en España hay voces que reclaman la regulación constitucional del derecho a una vivienda digna y adecuada. Ello supondría que ese "derecho" pase de ser principio alumbrador de nuestra legislación, a derecho subjetivo, constitucionalmente protegido, invocable ante un Tribunal. Obviamente también hay quien cree que tal cambio es inoperable, entre otras razones por la de suponer un coste inasumible. No debemos perder de vista que el derecho a la vivienda no tiene que pasar necesariamente por el instituto de la propiedad. Es necesario buscar una solución acorde con nuestra Constitución y sin perjudicar los derechos de nadie.

ABSTRACT

Spanish public opinion today is increasingly calling for the inclusion of the right to decent and adequate housing in the constitution. This would mean that this "right" would cease to be a guiding principle in Spanish legislation, and instead become a constitutionally protected subjective right, which can be invoked before a Court. Obviously, some believe that a change of this nature is unworkable, because of the cost involved, among other reasons. We must not lose sight of the fact that the right to housing does not necessarily have to involve the institution of property. A solution in accordance with our Constitution which is not prejudicial to any party's rights is required.



La protección contractual de los consumidores 40 años después de la Constitución española

Juan Pérez Hereza
Notario de Madrid

El Notario del Siglo XXI N°82

El modelo ideal de contrato como acuerdo de voluntades al que llegan libremente dos o más personas en situación de igualdad tras un proceso más o menos largo de negociación no concuerda con la realidad actual en que frecuentemente una de las partes contrata prestaciones que la otra produce de forma masiva.

El empresario, si quiere obtener rentabilidad y sobrevivir en un mercado competitivo, tiene que llevar a cabo una producción estandarizada que le imposibilita utilizar el contrato por negociación como instrumento para el intercambio de los bienes y servicios producidos. Un criterio de racionalización y de reducción de costes determina la necesidad de un contrato único o de tipos preestablecidos que se imponen a la contraparte, la cual sólo puede aceptar o rechazar el contrato que se le ofrece.

La defensa de los consumidores está consagrada como principio informador de nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 51 de la Constitución española según el cual "Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos"

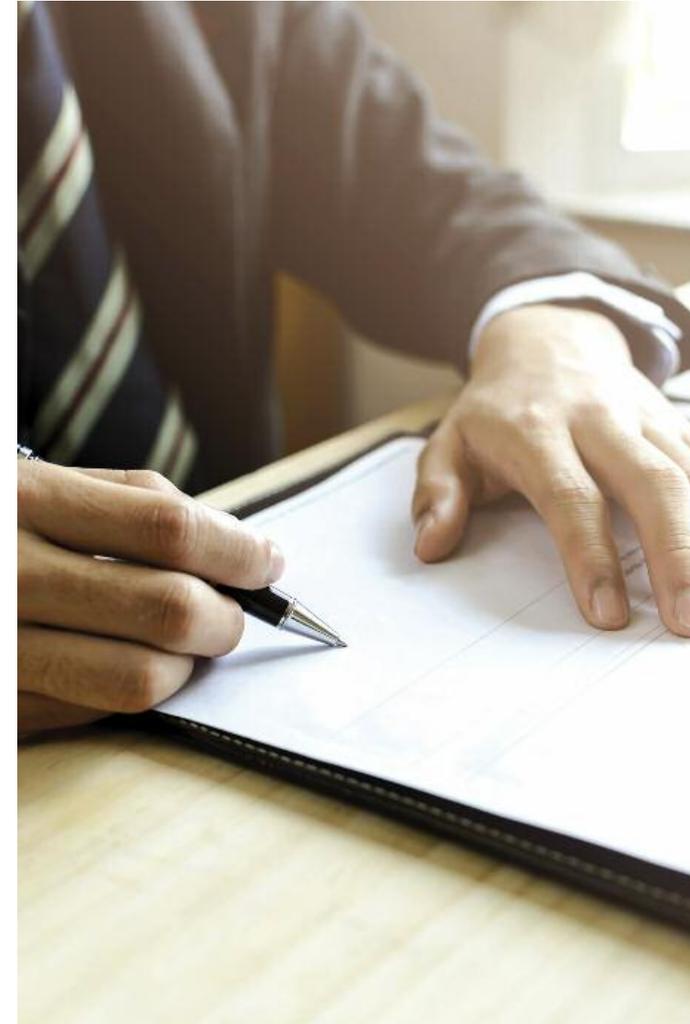
La aparición de esta forma de contrato a mediados del siglo XX, combinada con la concepción liberal dominante, favoreció que las empresas y sus asesores jurídicos sucumbieran pronto a la tentación de utilizar el contrato predispuerto como un instrumento para mejorar la posición jurídica del empresario. Surgen así las cláusulas de exoneración de responsabilidad, de imposición de gastos, de repercusión de cargas fiscales o de renuncia de derechos

que, por desconocimiento o necesidad, son aceptadas por el adherente. Este clausulado contractual es especialmente perjudicial cuando el bien o servicio no se acomoda a las características muchas veces publicitadas mediante agresivas técnicas comerciales o, lo que es más grave, cuando es causante de daños y perjuicios de cuya responsabilidad pretender librarse el empresario.

Las asimetrías de la información en el proceso de contratación y la complejidad de la economía moderna, desvanecieron la ilusión de que fuese el mercado el mecanismo corrector de estas ineficiencias: era necesario que el Estado interviniese para proteger a la parte débil.

Surge así el movimiento de defensa de los consumidores que en nuestro país encontró refrendo constitucional, estableciendo en su artículo 51 la Constitución española que "Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos". La defensa y protección de los consumidores es, desde ese momento, un principio informador de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (cfr. art. 53 CE). Este principio opera como límite al modelo económico capitalista que adopta nuestra Constitución y a la inherente libertad de empresa que reconoce en su artículo 38. En definitiva, el artículo 51 trata de equilibrar la posición preponderante en el mercado de las grandes sociedades productoras de bienes y prestadoras de servicios, con la de los consumidores, protegiendo a éstos de la indefensión en que pueden hallarse en sus relaciones jurídicas con aquéllas.

Aunque nuestra mejor doctrina¹ ya había buscado en la legislación civil preconstitucional instrumentos para la mejorar la posición contractual del consumidor, en cum-



plimiento del mandato constitucional se han ido dictando numerosas leyes especiales para la protección de sus legítimos intereses económicos.

Fundamentalmente son dos los instrumentos que utiliza el derecho contractual de consumo para reequilibrar la posición de ambas partes, en defensa del consumidor:

- reforzar la transparencia en la contratación en masa mediante el establecimiento de especiales obligaciones de información a cargo del predisponente;

- limitar la libertad contractual, declarando nulas determinadas cláusulas contractuales que se consideran abusivas aunque hayan sido aceptadas por las partes.

Es imposible en un artículo como el presente hacer, siquiera sea un resumen, de los logros y fracasos que se han producido en éste ámbito durante los últimos cuarenta años; por ello me limitaré a dar unas breves pinceladas sobre algunos aspectos que considero de interés.

1º.- El primer problema que se plantea cuando se trata de evaluar el derecho contractual de consumo español es

la dispersión normativa que dificulta su conocimiento y aplicación, determinando además, en muchas ocasiones, la existencia de incoherencias y lagunas.

Esta dispersión tiene causas diversas: *el carácter transversal de la materia*, pues desde el principio se ha advertido que la protección contractual del consumidor exige utilizar, además de remedios estrictamente contractuales, instrumentos propios del derecho público con son la inspección y sanción administrativa; *la falta de un planteamiento global y sistemático* por la frecuente utilización de la ley como respuesta a demandas sociales urgentes generadas por situaciones excepcionales (no hay que olvidar que la primera Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 se promulgó apresuradamente en respuesta a la alarma social que generó el síndrome tóxico producido por el aceite de colza adulterado y, en los últimos tiem-

A la confusión derivada de la dispersión normativa se añade otra de tipo conceptual ya que, a mi juicio, todavía sigue siendo necesario clarificar los presupuestos teóricos que deben presidir la protección contractual del consumidor

pos, la crisis económica ha traído como respuesta soluciones improvisadas en el ámbito bancario); *la confusión competencial*: aunque el Tribunal Constitucional ha sentado como regla general para distribuir las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas la naturaleza privada o pública de la norma esta división no siempre es clara y, aun cuando puedan serlo, la tentación populista de figurar como el adalid de la defensa del consumidor ha provocado que sean habituales las invasiones del Estado en las competencias autonómicas y viceversa. A lo anterior se añade el papel fundamental que, en éste ámbito, tiene la legislación y jurisprudencia europea como se ha puesto de manifiesto con especial intensidad en los últimos tiempos.

Es cierto que la dispersión se atenuó con la promulgación en el año 2007 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, pero la crisis económica ha demostrado que, cuando estalla un problema social, el legislador cede a las presiones y vuelve a dictar normas especiales que presentan soluciones parciales desconectadas de los principios generales.

2º.- A la confusión derivada de la dispersión normativa se añade otra de tipo conceptual ya que, a mi juicio, toda-

¹ Es luminoso en este sentido el artículo póstumo de D .Federico de Castro "Limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad" publicado en el año 1982 en *Anuario de Derecho Civil*.

vía sigue siendo necesario clarificar los presupuestos teóricos que deben presidir la protección del consumidor. No ayuda a ello la dicotomía entre adherente y consumidor, así como la falta de una definición unívoca del propio concepto de consumidor, todo lo cual provoca la existencia de diferentes grados de protección y genera frecuentes incoherencias.

Pero, más allá de lo anterior, se observa en la norma y en su aplicación práctica una tensión latente y no resuelta entre quienes siguen anclados en el dogma de la autonomía de la voluntad inclinándose por dar prevalencia de lo acordado en el contrato y quienes propugnan una mayor intervención estatal para limitar el efecto vinculante a aquellas declaraciones que pretenden fines injustos. El carácter especial del derecho contractual de consumo exige decidir cómo se debe armonizar con las normas generales de los contratos, si debemos prescindir por completo de ellas en esta nueva forma de contratar o si siguen siendo aplicables de forma subsidiaria en defecto de especialidad.

No es ajena a esta tensión la existencia de vaivenes legislativos y jurisprudenciales en cuestiones tan esenciales como la definición más amplia o restrictiva del concepto de consumidor, la posibilidad de extender el control sobre el contenido del contrato a aquellas cláusulas que han sido negociadas individualmente o a aquellas que definen la prestación principal del contrato; la posibilidad de integración del contrato parcialmente declarado nulo por incorporar cláusulas abusivas o la evolución del propio concepto de transparencia hacia la exigencia de una transparencia material.

3º.- Tradicionalmente se ha acusado al derecho contractual de consumo de tener una limitada eficacia práctica, que se manifiesta en la falta de correspondencia entre lo proclamado por las normas y la realidad efectivamente provocado por ellas. Analizando la literalidad de los textos legales se podría concluir que existe una adecuada protección del consumidor... lo que sería cierto si las normas se cumplieran o, al menos o, su incumplimiento generase graves consecuencias negativas para el incumplidor.

Sin embargo la realidad ha sido muy diferente. Fijándonos a título de ejemplo, en el consumidor bancario, más concretamente dentro del ámbito del préstamo hipotecario, desde la Orden de Transparencia de 1994 existen unos deberes impuestos a la entidad en la fase precontractual

cuyo cumplimiento debía haber producido un suficiente conocimiento del contrato por parte del adherente consumidor... sin embargo, es de todos conocido que dichas normas se incumplieron o cumplieron defectuosamente sin mayores consecuencias. Paradójicamente cuando la crisis ha estallado se ha llegado a la conclusión contraria y ni siquiera la acreditación de un riguroso cumplimiento de sus deberes ha asegurado a las entidades superar el requisito de la transparencia material.

Pero si hay un mecanismo de protección que no está alcanzando el éxito deseado es la prohibición genérica de incorporar cláusulas abusivas y la correlativa sanción de nulidad para las incorporadas contraviniendo dicha prohibición. Ello se debe fundamentalmente a dos razones: la dificultad de evitar preventivamente la incorporación

de cláusulas abusivas y la poca efectividad de las medidas represivas ya que el consumidor tiene pocos incentivos para iniciar la vía judicial a fin de obtener la declaración de nulidad. Todo ello ha desembocado, para algunos, en una amortiguación casi total de la protección que dispensa dicha norma, siendo muchos los casos de cláusulas incorporadas a contratos que, pudiendo calificarse como abusivas, de hecho se aplican y son eficaces en la práctica.

Sin perjuicio de compartir las críticas expuestas, conviene no ser derrotista en esta cuestión. La mayoría de las normas jurídicas se limitan a encauzar los comportamientos sociales para evitar que éstos se salgan de lo que es habitual o para castigar a quienes se saltan las pautas ordinarias. Sin embargo el derecho de consumo constituye un ejemplo de norma a contra corriente, se trata de corregir lo que el empresario ordinario tiende naturalmente a hacer (redactar y aplicar el contrato en su propio beneficio). Como cualquier norma que va en contra de la tendencia natural del comportamiento humano su efectividad encuentra más dificultades de ahí que deba ponerse el acento no solo en la proclamación de derechos y el establecimiento de obligaciones sino en el diseño de los instrumentos que aseguren su cumplimiento.

4º.- Para asegurar la efectividad de las normas de protección contractual del consumidor son preferibles los remedios preventivos por asegurar una aplicación general y uniforme para todos los consumidores. El remedio judicial debe ser un recurso final y excepcional ya que no se

Tradicionalmente se ha acusado al derecho contractual de consumo de tener una limitada eficacia práctica, que se manifiesta en la falta de correspondencia entre lo proclamado por las normas y la realidad efectivamente provocada por ellas

Tratándose de un contrato de adhesión formalizado en escritura pública o póliza, debe atribuirse al notario un papel principal en la protección del consumidor



extiende a todos los perjudicados (solo a los que toman la decisión de iniciar el proceso), no ofrece una respuesta unívoca (pues depende del resultado del proceso concreto que siempre es incierto) y además siempre es parcial porque repara el daño pero no lo excluye totalmente.

La situación en que se encuentra actualmente el préstamo hipotecario constituye una buena oportunidad para idear soluciones novedosas exportables a otros ámbitos y desechar otras vías que ya han demostrado su ineficacia.

Es absurdo insistir en formalismos huecos como la expresión manuscrita del prestatario o imponer la publicidad del clausulado en un registro cuyo fracaso ha quedado acreditado². Ninguna de esas soluciones va a mejorar el conocimiento del contrato por el consumidor y, por tanto, la transparencia del proceso de contratación. En el mejor de los casos estos requisitos no sirven de nada, y en el peor introducen una confusión que en nada facilita la clarificación de una materia tan compleja.

Respecto a la justicia material del contrato las dificultades que plantea la identificación de las cláusulas abusivas determinan que, en gran medida, la respuesta final deba seguir siendo judicial. Esto no impide que pueda recurrirse a mecanismos preventivos combinados con una ágil política legislativa que vaya acotando normativamente las cláusulas permitidas y prohibidas. Pero debe huirse de soluciones mágicas como el establecimiento de contratos tipo de utilización obligatoria o la atribución del control genérico de abusividad a instancias extrajudiciales. Aunque esto suponga tolerar un cierto grado de ineficiencia e incertidumbre, no hay que olvidar que el contrato de adhesión con todas sus peculiaridades sigue siendo un contrato y que la determinación de su contenido no puede quedar en un mercado libre al arbitrio de una instancia administrativa.

5º.- Tratándose de un contrato de adhesión formalizado en escritura pública o póliza, debe reservarse al notario un papel principal en la protección del consumidor. Es obvio que, partiendo de la rígida predisposición establecida por una de las partes, el notario corre el riesgo de quedar reducido a un mero fedatario receptor pasivo de una voluntad que no ha contribuido a conformar. Para conjurar estos riesgos, mantener la utilidad de la función notarial y evitar que la escritura pública sea un recurso a disposición del empresario predisponente para asegurar, sin contrapartida, la validez y eficacia de sus contratos de adhesión, debe reforzarse la función notarial. La contratación sometida a condiciones generales exige una actitud especial del notario que ponga de relieve su independencia e imparcialidad asumiendo un papel activo en favor del consumidor para cumplir una función reequilibradora que permita restablecer la igualdad entre las partes.

El proyecto de ley de crédito inmobiliario da un buen paso en esta dirección introduciendo la actuación notarial en la fase precontractual para que el notario suministre al prestatario la información más relevante en forma comprensible en un momento en que éste todavía puede apartarse y decidir no contratar. Habrá que estar atentos para

² El Registro de Condiciones Generales de Contratación adolece de un defecto en su propia concepción pues una cláusula no es equiparable a una finca o una persona que son, por definición, únicas. ¿Cuándo una cláusula deja de ser la misma y pasa a ser otra? ¿Cuándo cambia una palabra, un carácter o sólo el orden en que está escrita? Por eso es ilógico pretender que el simple depósito de un clausulado por el solo efecto de su publicidad pueda generar efecto benéfico alguno; peor aún será si se pretende atribuir a este depósito algún valor legitimador o de presunción de legalidad por considerar que ha superado un filtro de legalidad que, como se ha expuesto, corresponde en puridad a Jueces y Tribunales.

analizar la eficacia de esta medida que, en caso de ser positiva, podría extenderse a otros ámbitos de la contratación en masa, singularmente las ventas de promociones inmobiliarias.

Con relación a las cláusulas abusivas el proyecto ofrece una solución general para todos los contratos de adhesión con consumidores, estableciendo un control de abusividad notarial y registral limitado a los cláusulas que por declaración legal y judicial son claramente abusivas, de tal forma que la calificación de la cláusula como abusiva no puede tener por base el mero juicio de equidad a notarios y registradores. Con esta norma se facilita que no nazcan a la vida jurídica contratos que incorporen cláusulas que pueden identificarse sin duda como abusivas pero el control abstracto de abusividad sigue residiendo en exclusiva en los jueces y tribunales quienes actúan en el marco de un procedimiento sujeto a los principios de audiencia y contradicción no predicables de la actuación notarial ni registral.

He pretendido señalar algunos aspectos que ponen de manifiesto las dificultades existentes para el legislador, los jueces y quienes aplicamos el derecho en nuestra práctica diaria, a la hora de conseguir una mejor protección del consumidor. Hay cuestiones que pueden y deben mejorarse, pero existen otros problemas que son inherentes a la propia dinámica del contrato de adhesión que no conviene sortear con atajos imprudentes o soluciones milagrosas.

Puede parecer que la situación del consumidor debería ser mejor, pero siendo esto cierto, también lo es que en



Debemos seguir trabajando para conseguir contratos más justos y transparentes.

los últimos cuarenta años se han producido evidentes avances que merecen ser reconocidos. A pesar de las dificultades expuestas es evidente que, hoy en día, la posición contractual del consumidor es mucho mejor lo que no es óbice para que el legislador y los operadores jurídicos debamos seguir trabajando para conseguir contratos más justos y transparentes. ●

Palabras clave: Consumidores, Constitución española, Modelo económico capitalista.

Keywords: Consumers, Spanish Constitution, Capitalist economic model.

RESUMEN

El movimiento de defensa de los consumidores en nuestro país encontró refrendo constitucional, estableciendo en su artículo 51 la Constitución española que “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.” La defensa y protección de los consumidores es, desde ese momento, un principio informador de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (cfr. art. 53 CE). La protección contractual del consumidor es un objetivo difícil de conseguir por razones prácticas y teóricas, pero estas dificultades deben ser un incentivo para que el legislador y los operadores jurídicos trabajemos con más intensidad con el fin de conseguir contratos más justos y transparentes.

ABSTRACT

The consumer defence movement in Spain has had constitutional backing, as Article 51 of the Spanish Constitution stipulates that “The public authorities shall guarantee the protection of consumers and users and shall, by means of effective measures, safeguard their safety, health and legitimate financial interests.” Ever since, the defence and protection of consumers has been a principle that informs positive legislation, judicial practice and the actions of public authorities (see Article 53 EC). Contractual protection for the consumer is a difficult objective to achieve for practical and theoretical reasons, but these difficulties should be an incentive for legislators and those involved in the legal system to work harder in order to obtain fairer and more transparent contracts.



Registro Turisme de Catalunya - HVA000751

Vive una experiencia inolvidable en Baqueira

PROMOCIÓN EXCLUSIVA

Consigue un descuento con el código promocional SKILAPLETA

Bienvenidos a Rafaelhoteles by La Pleta

PROMOCIÓN EXCLUSIVA

Realiza tu reserva en www.lapleta.com con el código promocional SKILAPLETA y consigue un **5% de descuento adicional** en tu próxima estancia

Incluye salida tardía del hotel (bajo disponibilidad) y copa de cava de bienvenida

Descuento no acumulable a otras ofertas

Promoción sujeta a disponibilidad (tasa turística no incluida: 2,48 € persona/día)



GASTRONOMÍA

La más amplia oferta del valle de Arán, con 4 restaurantes y jornadas con chefs con Estrellas Michelin.



SPA

El mejor bienestar para el cuerpo y la mente, con los tratamientos de salud y belleza más exclusivos.

CTRA. BAQUEIRA A BERET, S/N
25598 BAQUEIRA (LÉRIDA)

(+34) 973 645 550

reservas.lapleta@rafaelhoteles.com

www.lapleta.com



“Allí donde existan”

Acerca de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil

Ignacio Maldonado Ramos
Notario de Madrid

El Notario del Siglo XXI N°82

No es infrecuente que los legisladores nos sorprendan con errores, ambigüedades o imprecisiones al redactar las normas jurídicas que emanan de los mismos. A veces, son fácilmente subsanables en un primer momento (como ocurre con el ya habitual instrumento de la “corrección de errores” en el Boletín Oficial del Estado). Hay también situaciones en que el dislate opera como una bomba retardada, y no se perciben sus efectos hasta pasado un cierto período de tiempo. Esto se debe, unas veces, al hecho de no haber ya una relación inmediata con los redactores de la norma, que pudieran facilitar una interpretación “auténtica” de la misma y disipar las dudas al respecto. Pero en otras ocasiones, lo que ha ocurrido es que han variado las circunstancias en que deben aplicarse, que ya no responden exactamente a las del momento de su promulgación, y es entonces cuando se ponen de manifiesto esas imprecisiones a la hora de aplicarlas.

A título de ejemplo, podemos recordar la literatura en torno a ciertos casos del Código Civil de 1889, puestas de manifiesto hace mucho tiempo, pero que nadie se ha preocupado de corregir todavía, como la famosa expresión “ella” del artículo 1202, la distinción entre los llamados “instrumentos” públicos o auténticos del artículo 1008, o la referencia a “los tres párrafos anteriores” del 1967. A ellos podríamos añadir la determinación del sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en lo referente a los préstamos hipotecarios en la ley correspondiente, mediante la consideración de que lo serían las personas en cuyo interés se expidiera el documento en cuestión, vigente hasta hace muy poco tiempo, y centro de la conocida polémica vivida en las últimas semanas.

Es sabido que el proceso de alumbramiento de la vigente Constitución Española fue difícil, complicado y hasta tortuoso. No podía ser menos, por otra parte, dadas las circunstancias históricas de todo tipo concurrentes con el mismo, sobradamente conocidas. No es de extrañar,

pues, que en su redacción se hayan suscitado también dudas interpretativas acerca de ciertas disposiciones, que han sido siendo resueltas más o menos satisfactoriamente desde las distintas instancias del Estado. Uno de los aspectos donde más se han puesto de manifiesto esas imprecisiones, prácticamente desde su promulgación, ha sido el del Título VIII, relativo a las Comunidades Autónomas. En un principio fueron los poderes legislativo y ejecutivo los que tuvieron que afrontar esos problemas, y no sin polémicas, como se hizo mediante la aprobación de la en su día famosa LOAPA (Ley de Armonización del Proceso Autonómico), y también con la convocatoria del no menos polémico referéndum en Andalucía para optar por el sistema de elaboración y aprobación de su estatuto de Autonomía. Pero, una vez superados los primeros avances en la andadura del entramado autonómico, la labor interpretativa en la materia ha sido formulada esencialmente por la doctrina del Tribunal Constitucional (el Supremo carece aquí de competencias), que se ha preocupado, casi desde el primer momento (1981), en dilucidar las dudas al respecto, bajo los saludables principios de que “autonomía no es soberanía”, y que “el estado debe quedar siempre en posición de superioridad”.

No es de extrañar que el Tribunal Constitucional haya tenido que ir resolviendo dudas interpretativas constantemente, en función del desarrollo legislativo operado por las Comunidades Autónomas



“allí donde existan”. Esta regla fue a su vez exceptuada, reservando una vez más a la exclusiva competencia estatal, en todo caso, las cuestiones relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros e instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del Derecho.

Rizando más el rizo, esta excepción lleva otra contra-excepción, concretamente la de que en el tema de las fuentes se actúe con respeto hacia las correspondientes normas forales.

No es de extrañar que el Tribunal Constitucional haya tenido que ir resolviendo dudas interpretativas constantemente, en función del desarrollo legislativo operado no solo por las Comunidades Autónomas de territorios con Derecho Foral vivo y vigente, sino también respecto de otras que nunca lo habían tenido codificado o que lo perdieron en su día.

La cuestión fundamental es, pues, el significado que haya de darse a la expresión “allí donde existan”, único criterio ofrecido por el legislador constitucional para identificar las Comunidades favorecidas por la regla excepcional antes señalada. La doctrina del Alto Tribunal se ha preocupado de perfilar el término desde varios puntos de vista. Citaremos, por todas, la Sentencia de 16 de noviembre de 2017, que sintetiza magistralmente los criterios desarrollados en la materia por dicha institución.

El criterio territorial viene, en principio, delimitado por el temporal. Supuesta la preexistencia de los derechos especiales a la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, se aplicará la regla solo a las regiones donde los mismos estén en plena eficacia. Así, el término “existan” no implica solo una preexistencia, sino también la subsistencia de los ordenamientos forales, excluyendo, pues, a los territorios que pudieran haber tenido especialidades propias en el pasado, pero que carecieran de virtualidad en el momento de la promulgación del texto constitucional. La fecha de éste se convierte así en el primer punto de conexión para determinar el alcance y extensión de las diversas circunscripciones con derechos especiales.

Ahora bien, la norma no incluye solo los territorios que gozaban en el momento de la aparición de la Constitución de Códigos, Compilaciones o leyes Forales o Especiales (es decir, Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, Vizcaya y Álava) o tuvieran sus especialidades reconocidas judicialmente (el llamado “Fuero del Baylio” extremeño). También puede ser aplicable en otras partes, siempre que se pruebe

pero el legislador constitucional se encontró en este punto con el peculiar fenómeno del Derecho Foral, es decir, la vigencia de determinadas especialidades jurídicas en ciertos territorios, reconocidas expresamente por el poder político nacional, tras un accidentado periplo (en el caso de Navarra, la correspondiente codificación había culminado tan solo cinco años antes de la Constitución). La solución adoptada al respecto fue, partiendo del reconocimiento de dichos ordenamientos, integrarlos dentro de la nueva estructura nacional, confiándolos a las autoridades correspondientes de los territorios autonómicos donde se manifestaban.

Para ello se introdujo en el precepto antes reseñado una excepción, excluyendo de la competencia única estatal la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales,

la existencia allí de costumbres (regionales o locales) vigentes en aquel momento, como ha ocurrido respecto de Guipúzcoa y, en parte, con Valencia.

El criterio objetivo es así más amplio, pues no se circunscribe solo a las materias incluidas en los textos positivos, compilaciones o códigos particulares vigentes en 1978, sino también a las normas consuetudinarias aplicables en la misma fecha. Lógicamente, identificar estas últimas no es tarea fácil, ya que han de ser debidamente probadas, como reconoce expresamente el propio Tribunal Constitucional, excluyendo la virtualidad de las mismas si falta tal requisito. Quizá por ello, con el tiempo, las Comunidades Autónomas, en uso del poder legislativo que les es atribuido en la materia, se han ido preocupando de codificar estas costumbres e incorporarlas a los textos positivos correspondientes.

Lo que ocurre es que esta práctica ha sido objeto también de matizaciones por parte del Tribunal Constitucional que, si bien da por buena dicha técnica legislativa, no la admite cuando se emplea para introducir innovaciones absolutas, regulando materias en principio ajenas a los distintos Derechos Forales o Especiales, como pudiera ser la adopción. Recuerda, así, que la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas al respecto no es, en absoluto, ilimitada *ratione materiae (sic)*, y, si bien les permite actualizar cuestiones conexas con las instituciones ya reguladas por los distintos ordenamientos especiales, también les excluye de la posibilidad de practicar “aperturas en cualquier dirección o sobre cualquier objeto”.

Un caso particular, igualmente estudiado por el Alto Tribunal, es el relativo a las normas autonómicas en materia civil que se limitan a reproducir otras de carácter estatal sobre la misma materia. En este caso, no considera que esa coincidencia produzca siempre la, digamos, *purga* del texto foral. Solo si ambas instituciones gozan de competencias al respecto, podrá subsistir la norma autonómica, en función de las circunstancias de cada caso. En cambio, la inmisión del legislador foralista en materia de atribución exclusiva estatal, acarreará necesariamente la inconstitucionalidad de la disposición en cuestión (a salvo, por supuesto, la que hemos denominado “contraexcepción” referente a las Fuentes del Derecho).

Citaremos, por último, el que pudiéramos llamar “extraño caso” de la efímera vigencia del régimen de sepa-

ración de bienes en la Comunidad Valenciana. Como es sabido, el histórico reino valenciano tuvo su propio Derecho Foral, eliminado definitivamente por los Decretos de Nueva Planta de Felipe V. La actual Comunidad Autónoma ha intentado asumir competencias legislativas en materia civil, en base a una interpretación extensa de la expresión “allí donde existan” del artículo 149.8º CE, con desigual resultado. Así, en la materia de los llamados “Arrendamientos Históricos”, el Tribunal reconoció en parte su competencia al respecto, reconociendo la preexistencia de un *corpus* normativo consuetudinario, debidamente probado al respecto. En cambio, en el ámbito del régimen económico matrimonial supletorio de primer grado, el proceso ha sido inverso.

Así, frente a la norma del Código Civil, vigente en el territorio de la Comunidad Valenciana desde 1889, que se decanta por el de gananciales, la ley autonómica de 20 de marzo de 2007 estableció como régimen matrimonial aplicable, a falta de acuerdo al respecto entre los cónyuges, el de separación de bienes. Impugnada ante el mismo dicha disposición, el Tribunal Constitucional ha declarado su desajuste con la norma suprema en su Sentencia de 28 de abril de 2016.

Sus magistrados reiteran la interpretación del inciso “allí donde existan” en su sentido estricto, referido exclusivamente a las normas vigentes en el momento de la promulgación del texto constitucional, añadiendo que dicho criterio no puede valorarse con referencia a *cualquier coordenada temporal*, sino únicamente a la del tiempo de su entrada en vigor. Reiteran también que la disposición no se refiere solo a los textos codificados, sino también a las costumbres o usos de contenido jurídico. Igualmente recuerdan que la virtualidad de estas facultades no puede extenderse más allá de los límites impuestos por el propio precepto constitucional, es decir, las cuestiones relativas a las conservación, modificación o desarrollo del respectivo Derecho Foral o Especial, *medi-*

da y límite de las respectivas competencias. Siguen considerando presupuesto indispensable la prueba del derecho alegado, y concluyen dictaminando que, a falta de dicha acreditación, la *Generalitat* Valenciana carece de competencias en la materia, por no poderse apreciar la existencia de *probadas y subsistentes* costumbres al respecto. Por lo demás, respetan las situaciones creadas bajo la vigencia de la ley en cuestión, quedando subsistentes los efectos de los matrimonios celebrados bajo su vigencia.

Dado el actual reparto del poder político en España, es presumible que las futuras reformas del texto constitucional afecten al régimen de las autonomías y al reparto de competencias entre éstas y el Estado central

Sería una buena ocasión para clarificar los temas referentes al Derecho Civil y a la posibilidad de ampliar las funciones autonómicas al respecto

Puede resultar curioso el efecto de que los ciudadanos con vecindad civil valenciana que se casaron antes del año 2007 lo hicieron bajo el régimen de gananciales, los que celebraron su matrimonio entre dicho año y el de 2016 quedaron sometidos al de separación de bienes, en tanto que los que se casen a partir de entonces volverán a quedar sometidos al de gananciales. Lógicamente, estos hechos están dentro de la lógica estrictamente jurídica de los procesos legislativos y judiciales, pero el observador lego en derecho no puede dejar de sentir cierta perplejidad al respecto.

Hace ya algún tiempo que soplan vientos de reforma en cuanto al texto constitucional. Dado el actual reparto del poder político en España, es presumible que afecten al régimen de las autonomías y al reparto de competencias entre éstas y el Estado central. Sería, sin duda, una buena ocasión para clarificar los temas referentes al Derecho Civil y a la posibilidad de ampliar las funciones autonómicas al respecto, en modo parecido a como ha sucedido en estos cuarenta años pasados en cuestiones fiscales, sanitarias o medioambientales. ●

Palabras clave: Constitución Española, Comunidades Autónomas, Tribunal Constitucional, Derecho Civil, Normas consuetudinarias, Derecho Civil Valenciano, Régimen matrimonial de bienes.

Keywords: Spanish Constitution, Autonomous Communities, Constitutional Court, Civil Law, Customary norms, Valencian Civil Law, Marital Property Regime.

RESUMEN

La Constitución Española contiene ciertas imprecisiones terminológicas en su articulado, que son aclaradas por la doctrina del Tribunal Constitucional. Entre las mismas se encuentra la cuestión relativa a las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil. Se puede predecir que ésta sea una de las materias objeto de la probable próxima reforma del texto constitucional en España.

ABSTRACT

The Spanish Constitution contains certain terminological inaccuracies in its articles, which are clarified by the doctrine of the Constitutional Court. Among them is the question of the competences of the Autonomous Communities in matters of Civil Law. It can be predicted that this is one of the subjects object of the probable next reform of the constitutional text in Spain.

■ A L D A M A
■ I N F O R M Á T I C A L E G A L

NUESTRA EXPERIENCIA NOS AVALA

Carlos Aldama Saínz

Perito Ingeniero Informático

Colegiado nº 384 CPIICyL

*Miembro de la Asociación
Nacional de Peritos Colaboradores
con la Administración de la Justicia*

**La pericia informática es la única
manera de certificar la autenticidad
de evidencias digitales**

Ámbito de actuación nacional

- Autenticación de Correos y WhatsApp
- Análisis forense de equipos informáticos
- Fraudes a través de medios digitales



DIRECTORIO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS ESPECÍFICOS PARA DESPACHOS NOTARIALES

Notario

Aplicaciones informáticas y servicios de gestión integral

EMPRESA	DATOS DE INTERÉS	INFORMACIÓN Y CONTACTO
Accord Programas	Aplicaciones: aida, aidaWord, aidaDocumental, aidaFax y aidaTraspaso. Hardware: centralitas, servidores, impresoras...	www.accord.es Tel. 91 329 07 34
G&G Ingenieros	NOTAR-III: Índices, Control Gestión, Textos, Contabilidad, Integración, Redes, SMS, Fax al Registro, Imágenes, etc.	www.gging.com Tel. 93 322 61 62
e f e www.efeonline.com	Scriba® Gestión Integral Para Notarías, Ordenadores, Periféricos, Redes, Web	www.efeonline.com Tel. 976 52 54 40
JPA INFORMATICA	Aplicación de gestión integral e-gestion. Notaword. Instalación y mantenimiento de servidores, redes, PCs	www.jpa.es Tel. 902 102 111
MTCSoft software a medida	En 2018 lanzamos nueva versión de nuestro programa de gestión integral para ahorrar aún más tiempo en el trabajo diario	www.mtsoft.es Tel. 91 567 84 23
Notarnet	Solución integral software y hardware	www.notarnet.es Tel. 902 929 789
Notin	Solución integral de alta productividad para Notarías	www.notin.es Tel. 91 140 79 67

Asesoramiento Jurídico en Protección de Datos

EMPRESA	INFORMACIÓN Y CONTACTO
PICÓN & ASOCIADOS ABOGADOS	www.piconyasociados.es Tel. 91 457 56 14

Material de oficina

EMPRESA	INFORMACIÓN Y CONTACTO
JPA TECNOLOGÍA NOTARIAL	www.catalogonotarias.es Tel. 900 102 117

Servicio de elaboración de índices notariales

EMPRESA	INFORMACIÓN Y CONTACTO
notarline	www.notarline.com Tel. 91 405 77 90

Personal temporal para notarías

EMPRESA	INFORMACIÓN Y CONTACTO
NOWAIN EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL	www.nowain.es Tel. 93 275 49 72

Todas las empresas que ofrecen productos o servicios específicos para despachos notariales y estén interesadas en aparecer en este directorio, pueden enviar un correo a directorioservicios@elnotario.com o llamar al 91 213 00 58

CENTRAL de Compras

ASOCIACIONES PATRONALES DE NOTARIOS



www.centraldecompras-apn.es



La Central de Compras es una plataforma gestionada por la Asociación Patronal de Notarios de Madrid que ofrece los **productos** utilizados en notarías y **servicios exclusivos** para notarios. Todo a precios muy competitivos.

INFORMACIÓN, CLAVES DE ACCESO Y USUARIO:
 ✉ centraldecompras@madrid.notariado.org
 ☎ 912 13 00 61



Seguridad jurídica y función social

Almudena Castro-Girona Martínez

Notaria de Castellbisbal. Directora de la fundación Aequitas del Consejo General del Notariado. Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la UINL

El Notario del Siglo XXI N°82

Las Cortes Generales aprobaron y el pueblo español ratificó que el Reino de España adoptara el constitucionalismo democrático, colocando en lo más alto de las funciones que corresponden a los poderes públicos la de garantizar los derechos y libertades, y así, tras la Constitución actual de 1978 España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, apareciendo los términos de seguridad, Estado Social y Democrático de Derecho y la seguridad jurídica en el preámbulo, en el artículo 1 y en el artículo 9.3, respectivamente¹.

Seguendo a Wielholter, la evolución histórica del concepto seguridad, que nos lleva a hablar de la seguridad jurídica que consagra nuestra Constitución, se observa claramente en el paso del Estado Liberal al Estado Social. En el primero se sigue el postulado “porque hay libertad hay orden y seguridad” mientras que en el segundo se sigue un postulado más evolucionado “porque hay seguridad jurídica y orden hay realmente libertad”, por eso la seguridad jurídica se convierte en *conditio sine qua non* para que haya derechos fundamentales plenamente garantizados, es decir, libertad.

Desde un punto de vista histórico-Objetivo, siguiendo a Mezquita del Cacho, quien parte del Derecho Romano, podemos distinguir la seguridad jurídica del *respondere*, *postulare* y *cavere*, todas ellas tendentes a la cristalización de la justicia y que deben estar inspiradas por los criterios, principios y garantías que consagra nuestra Carta Magna:

a) El *respondere* aludiría a la teoría y a la dogmática, en fin, la seguridad jurídica del *respondere* sería la derivada de ellas y que cristaliza en el derecho positivo, es decir en el legislador.

b) Por su parte el *postulare* haría alusión a la sanción reparadora por la vulneración del derecho positivo, es decir, la seguridad jurídica del *postulare* es la certeza de que la violación de los derechos subjetivos y, por ende, del

La seguridad jurídica del *cavere*, encomendada fundamentalmente a los notarios, es la certeza de que con su actuación los derechos subjetivos van a quedar garantizados

ordenamiento jurídico, hace reaccionar al Estado a través de los jueces y conseguir una sanción para el que ha conculcado los derechos de otro y una reparación para el que se ha visto perjudicado en su situación jurídica, reparación que, en muchas ocasiones, no puede efectuarse *in natura*, sino por su estimación equivalente y que



realmente no procura una certeza presente y futura. Por eso sería una seguridad jurídica paliativa de una contravención ya producida y que no podría ya restablecer auténticamente la situación anterior a aquella contravención. Se referiría a la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

c) La seguridad jurídica del *cavere*, encomendada fundamentalmente a los notarios, es la certeza de que con su actuación, es decir, a través de la autorización de los instrumentos públicos, los derechos subjetivos van a quedar garantizados y, por ello, vacunadas las relaciones jurídicas en las que intervienen consagrándose la autonomía de la voluntad tanto en las relaciones personales como en las familiares o patrimoniales evitándose la actuación del *postulare*.

Por ello la seguridad jurídica es garantía de libertad, puesto que la libertad exige confianza e implica poder desarrollar nuestra voluntad y nuestros proyectos de la manera más fiable posible, pudiendo conocer y prever todo lo que pueda afectar o influir en el desarrollo y ejecución de esa nuestra voluntad, y de esta manera lograr el máximo desarrollo social y económico posible.

Ahora bien, en España enmarcamos a la función notarial dentro de nuestro texto constitucional, no solo en su

artículo 9 sino también en el propio artículo 1 que nos configura como un Estado Social y Democrático de Derecho, configuración que comparten los demás países de la Unión Europea que añaden el pilar social a sus constituciones tras las dos grandes guerras del siglo XX.

La institución notarial forma parte de la vertebración del Estado Social pues para que éste sea efectivo para todos los ciudadanos la actuación de los poderes públicos es esencial en una doble vertiente:

A) Garantizando los servicios o prestaciones necesarias en el orden social, sanitario, educacional o de ayudas públicas.

B) Promoviendo los instrumentos jurídicos necesarios que doten de medios a la persona para que ella misma pueda actuar desde su libertad, y en este ámbito la institución notarial es una pieza esencial.

Así, el notario, en contacto directo con la sociedad, recibe en sus despacho a personas de toda condición y procedencia, recibe sus anhelos, sus preocupaciones, sus proyectos, sus ilusiones y a través del instrumento público que autoriza le da la solución jurídica más adecuada a sus pretensiones evitando que el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad se quede en una bonita formulación teórica.

¹ PREÁMBULO:

La Nación Española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las Leyes conforme a un orden económico y social justo.

Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular.

Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

Establecer una sociedad democrática avanzada, y

Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente CONSTITUCIÓN:

Artículo 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Artículo 9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El tan manoseado estereotipo que identifica al notario con "firmar y cobrar" olvida que el notario es una autoridad pública que en el ejercicio de su función está íntimamente relacionado con la persona: con el ejercicio de sus derechos, su desarrollo personal, sus actividades económicas y sus intereses personales vertebrando con su intervención esa configuración de nuestro país como un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por ello, basta con enumerar algunos ejemplos que nos encontramos cada día en nuestros despachos:

a) Padres con hijos con discapacidad que tienen bajo su cuidado y atención y que temen que esa esfera personal se vea truncada el día que ellos no estén, esos mismos padres observan que pese a haber luchado por la integración escolar social y laboral de sus hijos, que tienen múltiples capacidades que pueden desarrollar, se les avoca por parte del derecho civil a una única vía que merma la integración civil de sus hijos, el anteriormente llamado procedimiento de incapacitación, esos padres son conscientes de que sus hijos necesitan apoyos en el ejercicio de su capacidad y buscan vías alternativas a ese drástico procedimiento que combinen el desarrollo personal y la seguridad jurídica, pensemos en el patrimonio protegido que la institución notarial ha convertido en un verdadero "traje a medida" para la persona.

b) Personas que se acercan a la edad de jubilación y que quieren ordenar sus recursos, escasos o abundantes, para dotarse de cierta calidez y confort previendo que la prestación pública que puedan recibir sea escasa o insuficiente.

c) Personas mayores que se han quedado solos por abandono voluntario o involuntario de su grupo familiar o porque carecen de él a quienes les preocupa ya no solo la gestión patrimonial sino quién les prestará una asistencia personal básica.

d) Familias en las que alguno de los miembros se encuentra en una fase inicial de una enfermedad degenerativa y que desean asegurar su futuro, su asistencia personal y patrimonial y por qué no, la gestión patrimonial de la empresa familiar a la que han dedicado su vida o las atenciones médicas que desean recibir para conservar su dignidad en el proceso de la muerte, pensemos en la autotutela, excluyendo a aquél que no queremos que nos asista o en los poderes preventivos que blindan la autonomía de la voluntad o en las voluntades médicas anticipadas que garantizan el respeto a sus ideales, creencias y por ende a su dignidad en el momento de la muerte paliando esa pre-



ocupación por el futuro, inherente a todo ser humano, porque el futuro es algo que no podemos controlar pero si prevenir.

e) Familias desestructuradas que desean regular, atendiendo al interés de sus hijos y aparcando sus diferencias, el ejercicio conjunto de la patria potestad cuando viven separados o cuando alguno de sus miembros debe abandonar el hogar familiar no por una crisis familiar sino por buscar mejores oportunidades en otros lugares lejanos.

f) Jóvenes emprendedores que desean montar su propia empresa y utilizar las nuevas tecnologías para ello, buscando esos *Business Angels* que auspicien sus ideas novedosas pero reclamando seguridad jurídica para protegerlas y para evitar que sean utilizadas como medio de inversión por el crimen organizado o el blanqueo de capitales.

g) Inmigrantes que han vivido en sus carnes el drama de las mafias en la trata de personas o la travesía en patera cruzando el Mediterráneo que desean evitar que sus familias, que se encuentran en su país de origen, sufran el calvario vivido por ellos y que buscan la seguridad jurídica necesaria para reagruparles o que buscan regularizar su situación en España.

h) Personas de cualquier edad o condición que desean dejar este mundo "evitando problemas y peleas familiares" pues en todos nosotros está la inquietud de dejar este mundo sin dejar problemas a los nuestros, o que temen faltar dejando a sus hijos pequeños..., todos ellos acuden a esa medicina preventiva que puede brindar el notario a través de la autorización de su testamento convirtiéndose éste en el confesor de lo que ellos consideran inconfesable pero que en la realidad es "el pan nuestro de cada día".

i) Personas que tras una larga vida de lucha han podido crear una pequeña empresa familiar, que también consideran "otro hijo" y que temen que las desavenencias de las futuras generaciones ponga en peligro la riqueza social creada y que acuden al notario para sus protocolos familiares o planificar la continuidad de la misma más allá de su jubilación o fallecimiento.

El notario es una autoridad pública que en el ejercicio de su función está íntimamente relacionado con la persona, vertebrando con su intervención esa configuración de nuestro país como un Estado Social y Democrático de Derecho

Son múltiples los ejemplos que recibimos en el día a día tantos como anhelos y preocupaciones tiene el ser humano, por ello la función notarial garantiza valores superiores y constitucionales como son la libertad, la igualdad, la justicia, la seguridad jurídica, la verdad y la paz social y que están inseparablemente ligados a los derechos de la persona.

Debemos recordar que hay muchas cosas en la vida que no se echan de menos hasta que las dejamos de tener, las damos por supuestas porque "siempre han estado ahí" sin preguntarnos el por qué, el cómo o las consecuencias

de su falta, pensemos en la salud, la seguridad jurídica y la libertad...

Por todo ello me atrevo a afirmar con carácter general que la seguridad jurídica notarial es un respaldo para la Justicia, el cumplimiento de los Derechos Humanos y una garantía de nuestra España Social. ●

Palabras clave: Función notarial, Seguridad jurídica, Estado Social y Democrático de Derecho.

Keywords: Notarial function, Legal security, Social and democratic rule of law.

RESUMEN

La función notarial garantiza valores superiores y constitucionales como son la libertad, la igualdad, la justicia, la seguridad jurídica, la verdad y la paz social y que están inseparablemente ligados a los derechos de la persona. La seguridad jurídica notarial es por ello un respaldo para la Justicia, el cumplimiento de los Derechos Humanos y una garantía de nuestra España Social.

ABSTRACT

The notarial function guarantees higher constitutional values, including freedom, equality, justice, legal security, truth and social peace, which are inseparably linked to the rights of the individual. Notarial legal security therefore guarantees Justice, the fulfilment of Human Rights and Spain's status as a social state.

Servicio de ayuda en la elaboración de los índices

Únase a los cientos de notarías que ya están disfrutando de sus ventajas

Proveedor del Colegio Notarial de Madrid desde 2007



notarline

www.notarline.com

Tlfs. 93 590 32 58 - 91 405 77 90



España constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas

En el marco del cuadragésimo aniversario de nuestra Carta Magna, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales ha publicado la obra *"España constitucional (1978-2018): Trayectorias y Perspectivas"* en cinco tomos, dirigida por don Benigno Pendás y con prólogo de SM el Rey Don Felipe VI. Un proyecto que, por fin, ve la luz y en el que más de trescientos autores especialistas en Derecho, Ciencia Política, Sociología, Historia y otras disciplinas de las Ciencias Sociales ofrecen, con maestría, un completo panorama de los últimos cuarenta años de nuestra historia, al amparo de la Constitución de 29 de diciembre de 1978.



Disponible en librerías jurídicas y
 en el Centro de Estudios Políticos
 y Constitucionales

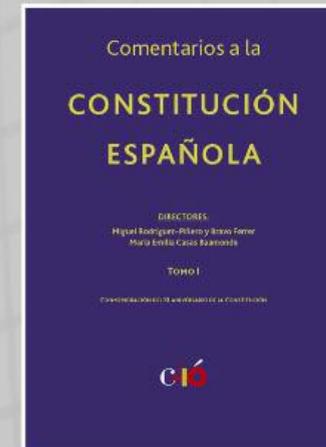
www.cepc.gob.es/tienda

ISBN 978-84-259-1760-8
 PVP 190 €

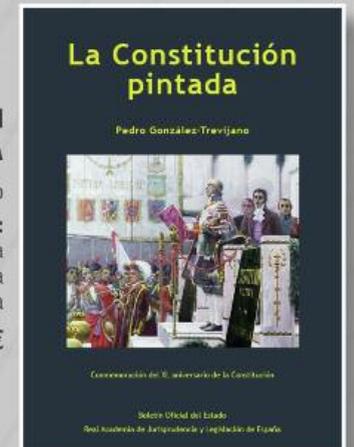
constituc4ón

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

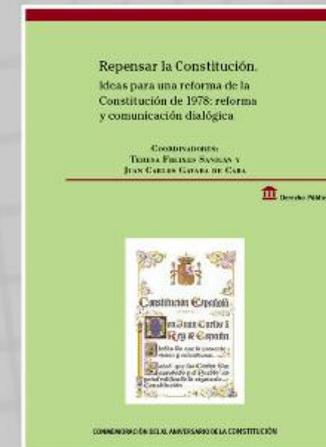
Commemoración del XL aniversario de la Constitución



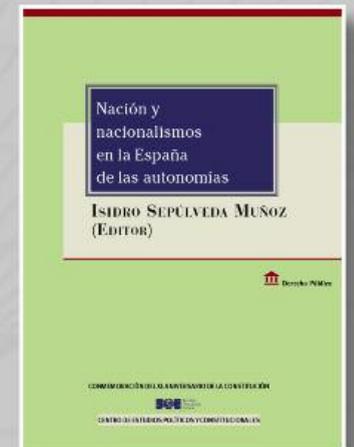
Comentarios a la
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
 (Dos tomos)
Directores:
 Miguel Rodríguez-Piñero
 y Bravo Ferrer
 María Emilia Casas Baamonde
Coeditado con:
 Fundación Wolters Kluwer
 Tribunal Constitucional
 Ministerio de Justicia
 PVP: 185 €



LA CONSTITUCIÓN PINTADA
 Pedro González-Trevijano
Coeditado con:
 Real Academia de Jurisprudencia
 y Legislación de España
 PVP: 25 €



REPENSAR LA CONSTITUCIÓN
 Ideas para una reforma de la
 Constitución de 1978: reforma
 y comunicación dialógica
Coordinadores:
 Teresa Freixes Sanjuán
 Juan Carlos Gavara de Cara
Coeditado con:
 Centro de Estudios Políticos
 y Constitucionales
 PVP: 30 €



NACIÓN Y NACIONALISMOS EN LA ESPAÑA DE LAS AUTONOMÍAS
 Isidro Sepúlveda Muñoz
 (Editor)
Editor:
 Isidro Sepúlveda Muñoz
Coeditado con:
 Centro de Estudios Políticos
 y Constitucionales
 PVP: 20 €

EDITORIAL
BOE
tienda.boe.es



El informe del Consejo de Estado sobre reforma constitucional en materia de aforamientos

Rodrigo Tena

Notario. Editor del blog Hay Derecho

El Notario del Siglo XXI N°82

Si uno de los principales objetivos a la hora de afrontar una reforma constitucional dirigida a resolver deficiencias en el funcionamiento de nuestro marco institucional sobre las que existe un amplio consenso social, es vincular a la ciudadanía a un proyecto ilusionante de regeneración que la haga reconectarse a nuestra democracia de partidos, entonces esta reforma que vamos a analizar resulta gravemente contraproducente, porque lo más probable es que provoque el efecto contrario.

Con fecha de 16 de noviembre el Consejo de Estado emitió su informe sobre la propuesta de reforma constitucional en materia de aforamientos, solicitado por el Gobierno el 21 de septiembre. En su solitud, el Gobierno deja claro que desea una reforma no para suprimir los aforamientos, sino para limitarlos a los delitos cometidos en el ejercicio del cargo. La respuesta del Consejo de Estado se ciñe, como es obligado, a la propuesta remitida, pero no desaprovecha la oportunidad para aclarar que considera preferible la opción planteada por el Gobierno a la de la supresión total.

El informe presenta el elevado nivel técnico característico de los productos de la casa, aunque forzado es reconocer que solo en los aspectos colaterales de la cuestión, dado que el fondo del asunto (la conservación del aforamiento para los delitos cometidos en el ejercicio del cargo) viene predeterminado por la opción política elegida por el Gobierno y prefijada en la consulta; opción que, por muchos esfuerzos que haga el Consejo de Estado al respecto, resulta muy difícil de justificar técnicamente.

En la página 20, el Consejo de Estado señala que “son muchas las razones de índole objetiva que justifican la existencia de ese fuero especial para Diputados, Senado-

res, Presidente y miembros del Gobierno”, pero lo cierto es que, en realidad, solo se cita una: la existencia de la acción popular en nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en otros. El problema es que tampoco en ningún momento se explica por qué la acción popular justifica esta institución. Únicamente se alega lo siguiente:

“Sin embargo no cabe ignorar que el ejercicio de esta acción puede generar unas prácticas procesales que no se dan en aquellos países, la mayoría de nuestro entorno, en los que el Ministerio Fiscal ostenta el monopolio de la acción penal, y que pueden distorsionar el normal desenvolvimiento de las actividades legislativa y ejecutiva si se elimina una prerrogativa como la mencionada”.

¿Qué prácticas procesales? El informe no lo aclara, quizás porque es imposible hacerlo sin comprometer el prestigio de los jueces de Instrucción o de los jueces del Tribunal Supremo, y eso es algo que el Consejo de Estado no tiene más remedio que esquivar. Efectivamente, pongámonos como nos pongamos, el fundamento último del aforamiento parte de la sospecha de que el juez de Instrucción es más proclive que un magistrado del Supremo a colaborar (por maldad o torpeza) en supuestas “venganzas políticas” urdidas por ciudadanos desaprensivos. No lo sabemos a ciencia cierta -puede que la inexperiencia sea un factor a tener en cuenta- pero, en cambio, lo que sí sabemos seguro es que un magistrado del Tribunal Supremo sí es mucho más susceptible de quedar sujeto a las “influencias políticas” de los partidos a los que pertenecen los aforados que un juez de Instrucción, desde el momento en que nombramiento depende de la voluntad de un Consejo General del Poder Judicial muy politizado.

Y si de lo que se trata es de afirmar que por muy escrupuloso que sea un juez, la actividad de un acusador siempre obliga a practicar diligencias desagradables para el



investigado, con poca sanción en el caso de que la acusación sea infundada, entonces se falta a la consideración de los magistrados instructores del Tribunal Supremo. Pues es obvio que también ellos estarían obligados a practicar las mismas diligencias, salvo el caso que pensemos que no lo van a hacer con el mismo celo profesional, lo que nos abocaría a reconocer que, pese a lo que se afirma enfáticamente, el aforamiento es un auténtico privilegio.

Incidentalmente, conviene recordar que si en España existe la acción popular, es para compensar la actuación de una fiscalía particularmente jerárquica y dependiente del poder político, como ha demostrado un informe de la Fundación Hay Derecho recientemente publicado, comparando las fiscalías de Alemania, Italia, Francia, Portugal y España¹. Valga entonces una particularidad de Derecho comparado para compensar a la otra. Porque a lo mejor lo que se nos está diciendo al invocar la existencia de la acusación popular para defender el aforamiento, es que, como el Poder Ejecutivo no pueden controlar las denuncias a través del monopolio de la acción acusatoria por la Fiscalía, hay que controlarlas por otra vía.

Si se conserva el fuero para los delitos cometidos en el ejercicio del cargo, no se está suprimiendo el aforamiento en España a los fines que realmente interesan, que es el de eliminar los riesgos derivados de la conexión entre el aforamiento y un CGPJ capturado por la partitocracia

Por último, se alega que esta solución de restringir el aforamiento a los delitos cometidos en el ejercicio del cargo es la típicamente adoptada por los países de nuestro entorno. Cierto, pero se olvida aclarar que la extensión subjetiva de esos aforamientos es infinitamente más restringida. Pienso que muchos críticos de la institución aceptarían conservar el aforamiento para delitos cometidos en el ejercicio del cargo si solo afectasen a los miembros del Gobierno (Francia, Dinamarca y Bélgica), o al Presidente de la República (Italia), o a este y al Primer Ministro (Portugal).

Pero una vez examinadas las no muy poderosas razones para conservar el aforamiento, aunque sea limitado al ejercicio del cargo, conviene apuntar algunos de sus inconvenientes.

Recordemos que desde Moncloa se rectificó la primera noticia dada por el Presidente Sr. Sánchez relativa a su intención de acabar con los aforamientos -en el sentido de que solo se quería eliminar los aforamientos para los delitos cometidos fuera del ejercicio del cargo- para luego volver a precisar que, en cualquier caso, se dejaría también al margen del aforamiento los “delitos de corrupción”. Pues bien, nada de esto último se dice en el informe, lo que es natural.

Efectivamente, la formulación utilizada para realizar la delimitación (“delitos cometidos en el ejercicio de las funciones propias del cargo”) solo puede ser abierta y genérica, pues la Constitución no debe petrificar un listado de delitos que luego cualquier reforma del Código Penal podría modificar. Esa expresión abierta no lleva consigo tanto la dificultad práctica de concretar su ámbito de aplicación -que también- como precisamente la imposibilidad de excluir del privilegio los delitos que más típicamente cometen los políticos en España: los de corrupción, inevitablemente en

ejercicio de su cargo. Pues resulta obvio que ni podemos excluir delitos concretos (por la misma razón alegada) ni tampoco utilizar una fórmula genérica, como sería la de referirnos sin más a la “corrupción”. Porque, realmente, ¿cómo se precisa en la práctica desde el punto de vista técnico-jurídico esa corrupción que tanto preocupa a la sociedad española?

Y, como estaremos completamente de acuerdo, si se conserva el fuero para los delitos de corrupción, no se está suprimiendo el aforamiento en

¹ La Fiscalía: propuestas de mejora desde una perspectiva europea comparada, https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2018/11/FHD_ComparativaFiscaliasVFINAL.pdf

España a los fines que realmente interesan, que es el de eliminar los riesgos derivados de la conexión entre el aforamiento y un Consejo General del Poder Judicial muy politizado con influencia directa en los nombramientos de los Tribunales superiores, conexión sospechosa de tratar con cierta benevolencia los “excesos clientelares” de nuestra actual partitocracia.

Es verdad que este no es un riesgo exclusivo de nuestro país, pero sí muy presente entre nosotros. El propio informe de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa de 2013, que cita el Consejo de Estado para justificar la reserva de cualquier privilegio procesal a los delitos cometidos en el ejercicio del cargo, señala también de manera expresa que el verdadero problema en ciertos países no es que los ministros sean excesivamente proclives a ser sometidos a responsabilidad penal, sino el contrario, que resulta excesivamente difícil exigirlos². Qué decir cuando estamos hablando no solo de ministros, sino especialmente de una amplísima pléyade de cargos públicos, estatales y autonómicos.

Precisamente, no cabe duda de que el mayor riesgo de abuso del aforamiento en España se produce en el ámbito autonómico. El Consejo de Estado sugiere en su informe al Gobierno, aunque de manera no muy decidida, la posibilidad de incluir una disposición de rango constitucional que limite los aforamientos al ejercicio del cargo también en el ámbito de las CCAA (lo que obligaría a interpretar en

Siendo una de las preocupaciones principales de la ciudadanía los delitos vinculados a la corrupción, que se cometen usualmente en el ejercicio del cargo, una reforma que permite conservar el fuero para esos casos solo va a generar desafección y escepticismo por el proceso de reforma constitucional

ese sentido los correspondientes Estatutos de Autonomía), pero lo cierto es que al final no la incluye en el texto de propuesta de reforma constitucional que elabora, lo que constituye una carencia muy notable.

Por todo ello, no hay más remedio que volver a la idea inicial. Una reforma constitucional que por sus graves limitaciones objetivas y subjetivas no va a servir para calmar la percepción social de riesgo de captura institucional, no solo resulta inútil, sino contraproducente, al generar más escepticismo y desafección. Máxime si se termina sometiendo a referéndum a instancia de algún grupo parlamentario. Por esa vía se corre el peligro de convertir a la Constitución, cuyo cuarenta aniversario ahora celebramos, en parte del problema y no de la solución. ●

Palabras clave: Reforma constitucional, Aforamientos, Consejo de Estado.

Keywords: Constitutional reform, Immunity, Council of State.

² 107. Dans certains pays, le problème n'est pas que les ministres soient trop souvent tenus pour pénalement responsables, mais l'inverse – il est excessivement difficile de faire en sorte qu'ils rendent des comptes en cas d'infraction pénale. Rapport sur la relation entre responsabilité politique et responsabilité pénale des ministres Adopté par la Commission de Venise lors de sa 94e session plénière (Venise, 8-9 mars 2013).

RESUMEN

El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional en materia de supresión de los aforamientos solo para los delitos cometidos fuera del ejercicio del cargo público, no llega a justificar con suficiente rigor técnico el fundamento de la propuesta política del Gobierno. Se alega como argumento para mantener los aforamientos la existencia de la acusación popular en nuestro país, pero sin explicarlo de manera convincente. Además, siendo una de las preocupaciones principales de la ciudadanía los delitos vinculados a la corrupción, que se cometen usualmente en el ejercicio del cargo, una reforma que permite conservar el fuero para esos casos solo va a generar desafección y escepticismo por el proceso de reforma constitucional, algo extraordinariamente peligroso en los tiempos que corren.

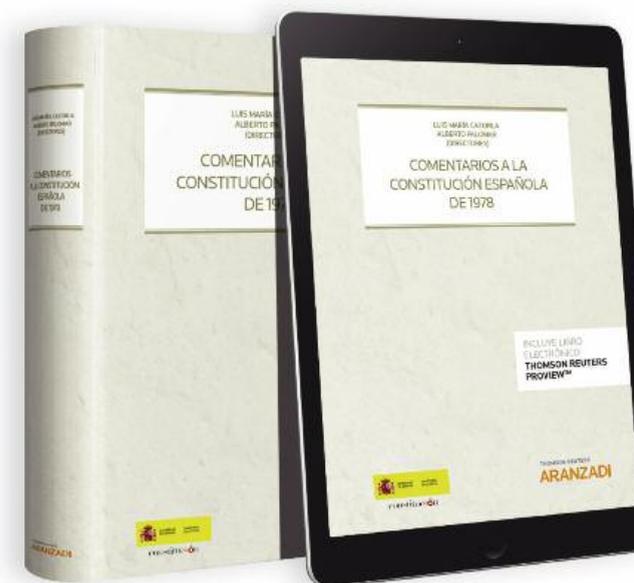
ABSTRACT

The Council of State's report on the constitutional reform regarding the abolition of immunity only for crimes committed by those not holding a public position fails to provide sufficiently high technical standards to justify the foundations of the Government's political proposal. The argument used to maintain immunities is the existence of private prosecutions in Spain, but no convincing explanation is provided. Furthermore, crimes linked to corruption, which are usually committed by those holding public office, are one of the main concerns of public opinion, and a reform that preserves immunity for these cases will only create disaffection and scepticism towards the process of constitutional reform, which is extraordinarily hazardous in the current circumstances.



constitución

Comentarios a la Constitución Española Volumen I y II



1ª edición

DIRECTOR: Luis M^a Carzorla Prieto

MARCA: Aranzadi

COLECCIÓN: Grandes Tratados

PÁGINAS: 2500

ISBN: 978-84-9197-213-6

PVP DÚO C/IVA: **247,37 €**

PVP PROVIEW C/IVA: **173,68 €**



DÚO



PAPEL + EBOOK
INCLUIDO EN EL PRECIO

Comentario sistemático de la Constitución Española en el año en el que se cumple el **40 aniversario** de su promulgación.

- Detallado comentario de cada uno de los artículos.
- Referencia a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha interpretado los artículos.

La publicación hace ahora 40 años de la Constitución Española entrañó una **reformulación esencial de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico**. Esta reformulación dio pie inicialmente a un conjunto de publicaciones que glosaron las novedades y la articulación del nuevo ordenamiento jurídico.

Tras muchos años de aplicación y una labor intensa de los tribunales y especialmente del Tribunal Constitucional, la perspectiva con la que se puede analizar nuestro texto constitucional es mucho más amplia y sólida. A la vista de ello, los presentes

Comentarios a la Constitución pretenden como meta fundamental dar cuenta y **analizar la evolución interpretativa del texto constitucional** y los términos en que las instituciones diseñadas por éste son conocidas y aplicadas en la actualidad.

Por otro lado, los Comentarios a la Constitución responden a una metodología común en la que la doctrina del Tribunal Constitucional y de los tribunales ocupa una posición esencial en la interpretación y la evolución del precepto de que se trate. Esto se completa con los **precedentes de Constituciones españolas anteriores a la actual y de las europeas más representativas** y más cercanas a nuestra propia configuración institucional.

Para el logro de lo anterior, se han dado cita, bajo la dirección del **Catedrático Luis María Cazorla** y la coordinación del **Magistrado Alberto Palomar**, muy ilustres juristas de rica y variada formación.



Constitución y fiscalidad: algunas luces, bastantes sombras

Javier Gómez Taboada

Abogado tributarista. Socio de MAIO LEGAL
(www.maiolegal.com)

El Notario del Siglo XXI N°82

Las Cortes -sobrevinidamente- constituyentes resultantes de las elecciones de 1977, alumbraron -con el abrumadoramente mayoritario Vº Bº de la población- la Constitución que ahora cumple cuatro décadas. Ésta, ya en su artículo 1.1, afirma que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Algunos de esos mismos elevados “valores” son los que determinan el andamiaje constitucional de nuestro “sistema” fiscal. Paradigma de ello es su artículo 31.1: “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”. A nadie se le escapa que este precepto está saturado de términos con una enorme carga de profundidad jurídica: “todos”, “capacidad económica”, “sistema tributario justo”, “igualdad”, “progresividad” y “alcance confiscatorio” son conceptos “gruesos” que, cada uno ya por sí solo, daría para un estudio monográfico.

Pero no es solo este artículo 31 el relevante en el soporte constitucional de nuestro “entramado” fiscal. Así, el derecho al principio de legalidad, a la jerarquía normativa, a la irretroactividad de disposiciones sancionadoras, a la seguridad jurídica, a la interdicción de la arbitrariedad (todos ellos promulgados en el art. 9), a la igualdad (art. 14), a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18), o a la tutela judicial efectiva (art. 24) son, también, pilares básicos que, de un modo u otro, informan (corrijo: deben informar) las relaciones entre los contribuyentes y el Estado (o Comunidad Autónoma o Ayuntamiento).

Y, así, desde la perspectiva meramente teórica -la del aséptico mundo de las ideas- sería irreal apuntar que la Constitución “desprotege” a los ciudadanos en su faceta de

contribuyentes. Todo lo contrario: sobre el papel, son muchos y relevantes los derechos que les reconoce... Pero el problema es que cuando un derecho no es fácilmente ejercitable, es menos derecho y más frustración. Y algo -bastante- de eso es lo que aquí hay.

Veamos, pues, algunas de las patologías que cansinamente han venido cuestionando esos pilares presuntamente básicos de nuestro “sistema”:

- Los ataques al principio de “legalidad” son tan continuos que ya forman parte de nuestro paisaje (y hasta, si me apuran, del paisanaje). Pensemos, solamente, en la multitud de supuestos en los que el Gobierno de turno hizo un uso indebido de la herramienta del Decreto-ley para introducir cambios tributarios. Sería tedioso dar cuenta de todos ellos.

- El pretendido respeto a la jerarquía normativa ha sido repetidamente burlado en múltiples episodios de excesos reglamentarios de carácter impositivo (paradigma de ello ha sido el abracadabrante episodio del Supremo atinente al “impuesto de las hipotecas”).

- La propia interdicción de la arbitrariedad queda en cuestión un día sí y otro también cuando se incumple el sacrosanto deber de motivar fundadamente las actuaciones administrativas.

- Un principio tan básico como el de igualdad debe aguantar -mal, por cierto- las tensiones derivadas de la cesión de capacidad normativa a las Comunidades Autónomas (ya no digamos el convivir con la inmensa autonomía fiscal de los territorios forales).

- La intimidad es un aspecto vidrioso que se pone en cuestión no pocas veces con ocasión de actuaciones de investigación de la Administración; siendo su culmen las entradas domiciliarias, en las que no siempre se sigue un pulcro procedimiento bajo paraguas judicial que, además, preserve con todas las garantías la cadena de custodia de las pruebas.

Sería irreal apuntar que la Constitución “desprotege” a los contribuyentes

- ¿Y qué decir de la tutela judicial efectiva? Basta apuntar que en un alto porcentaje de los recursos de amparo admitidos a trámite (los que pasan este filtro -ojo de la aguja- apenas son el 1% del total presentados) en materia tributaria, es este el derecho cuya vulneración se denuncia. Muchas son las patologías que pueden evidenciar una violación de este derecho fundamental, siendo un genuino paradigma de ellas el cotidiano desprecio a la suspensión cautelarísima.

Con todo, si me apuran, lo más grave no es lo ya apuntado -que basta y sobra- sino la generalizada sensación de indefensión. Porque, siendo cierto que todo contribuyente tiene derecho a cuestionar las actuaciones de la Administración, no lo es menos que esas vías de defensa son lentas -lo que, ya *per se*, minimiza su efectividad- y, además, no baratas. Así queda en cuestión el sistema de contrapesos necesario en todo Estado de Derecho que se precie. Es más: incluso cuando el resultado final es favorable al contribuyente (lo que sucede en no menos del 50% de los pleitos), ni éste se ve resarcido en la totalidad del perjuicio sufrido (pensemos, por ejemplo, en el daño reputacional), ni -en el lado de la Administración- nadie se siente preocupado como para asumir responsabilidad alguna...

En cualquier caso, sería injusto negar que la Constitución es, en sí misma, un baluarte que sirve -aunque sea tardíamente- como dique de contención de los excesos, tanto del Ejecutivo como del Legislativo (en muchas ocasiones, una mera “correa de transmisión” de aquél). Prueba de ello son los múltiples casos en los que el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad (e incluso nulidad) de normas tributarias con rango legal. Sin embargo, en no pocos de esos supuestos es bien cierto que la capacidad del contribuyente para verse resarcido se ve cercenada por aspectos temporales o procesales, siempre en aras de la seguridad jurí-



Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

dica (precisamente ésa que el Legislativo no preservó al dictar normas contrarias a la Carta Magna).

Quizá sea precisamente por ello por lo que en los últimos años ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que se ha revelado como una instancia más idónea para echar por tierra excesos normativos nacionales en el ámbito tributario. Casos como los del “céntimo sanitario” o el ISD de no residentes son solo algunos de ellos (el atinente al 720 esperemos que no tarde). Tan es así que no son pocos los que ya depositan más confianza en Luxemburgo que en el

Tribunal sito en la madrileña calle de Doménico Scarlatti.

Así las cosas, en lo que al ámbito tributario se refiere, la Constitución no precisa ni reforma, ni desarrollo; lo único que necesita es que se respete y, sobre todo, que se cumpla. ●

Palabras clave: Constitución, Derechos fundamentales, Recurso de amparo, Impuestos.

Keywords: Constitution, Fundamental Rights, Appeal for legal protection, Taxes.

RESUMEN

Sobre el papel, es evidente que la Constitución ha supuesto un avance del todo esencial para preservar los derechos de los contribuyentes. Sin embargo, una vez superado el teórico mundo de las ideas, no es menos cierto que esas garantías son más teóricas que reales, siendo del todo necesario reforzar la efectividad práctica de la defensa del estatus jurídico de los contribuyentes. Ahí hay una asignatura pendiente, no menor.

ABSTRACT

On paper, the Constitution has clearly been an entirely essential step forward in preserving taxpayers' rights. However, beyond the theoretical realm of ideas, it is equally true that these guarantees are more theoretical than real, and it is absolutely necessary to reinforce the practical effectiveness of the defence of taxpayers' legal status. This is a major outstanding issue that has yet to be resolved.



La doble vertiente del principio de capacidad económica en la jurisprudencia constitucional

Diego Marín-Barnuevo Fabo diego.marinbarnuevo@uam.es

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. *Of Counsel* en Pérez-Llorca.

Miembro de la AEDAF

El Notario del Siglo XXI N°82

El artículo 31 de la Constitución Española recoge los principios de justicia tributaria y establece que “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”. Vemos pues que el principio de capacidad económica, junto al de generalidad e igualdad, tiene reconocida una función esencial en la configuración de un sistema tributario justo. En todo caso, la identificación del significado y alcance de dicho principio exige conocer y analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia tributaria.

El significado del principio de capacidad económica

Las primeras sentencias del Tribunal Constitucional en materia tributaria fueron especialmente valiosas en la determinación del significado del principio de capacidad económica. En ellas se reconoció que “a diferencia de otras Constituciones, la española alude expresamente al principio de capacidad contributiva y además lo hace sin agotar en ella -como lo hiciera cierta doctrina- el principio de justicia en materia tributaria” (STC 27/1981, FJ 4º), y se afirmó que dicho principio contiene la exigencia lógica de “buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra” (STC 27/1981, FJ 4º).

También tuvo especial relevancia la concreción de que es constitucionalmente admisible el establecimiento de “impuestos que, sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago, respondan principalmente a criterios económicos o sociales orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza. Basta que dicha capacidad exista, como riqueza real o potencial, en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquel principio constitucional quede a

salvo” (STC 37/1987, FJ 13º). Con esta afirmación se reconocía la posibilidad de establecer tributos con fines extrafiscales y, también, la de gravar situaciones en las que el contribuyente no había obtenido renta pese a tener la posibilidad de hacerlo.

La consecuencia lógica de la anterior afirmación es que el principio estudiado “quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia” (STC 221/1992, FJ 4º). Y ello determinó, por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos, porque “fingiendo a efectos tributarios que han existido simultáneamente dos transmisiones distintas, es evidente que la disposición adicional cuarta LTPP

Las primeras sentencias del Tribunal Constitucional en materia tributaria fueron especialmente valiosas en la determinación del significado del principio de capacidad económica

está gravando, junto a una manifestación real de riqueza (la que se ha evidenciado con el verdadero negocio jurídico realizado: compraventa u otra transmisión a título oneroso), una riqueza inexistente, ni siquiera en potencia, vulnerando, de este modo, las exigencias que derivan del principio de capacidad económica constitucionalmente reconocido” (STC 194/2000, FJ 8º).

Ese mismo argumento constituyó el fundamento jurídico principal de la reciente declaración de inconstitucio-



nalidad del Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (SSTC 26/2017, 39/2017 y 59/2017).

La doble vertiente del principio de capacidad económica

El principio de capacidad económica tiene una doble vertiente que determina, a su vez, un doble criterio de control constitucional. Por un lado, constituye el *fundamento* de la imposición, de tal modo que solo pueden establecerse tributos cuyo hecho imponible sea revelador de capacidad económica. Esta exigencia determinó, por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad de la regulación del Impuesto sobre Actividades Económicas que no preveía la minoración de cuotas en caso de cese de actividad, porque gravaba “situaciones de hecho inexpressivas de capacidad económica, [por lo que] contradice frontalmente el principio de capacidad económica” (STC 193/2004, FJ 7).

Pero además de esa vertiente, el principio de capacidad económica debe manifestarse y respetarse en los elementos de cuantificación del tributo, de tal modo que la tributación efectiva soportada por cada contribuyente se corresponda realmente con su capacidad económica. Solo si la base imponible y los demás elementos de cuantificación del tributo respetan este principio se puede conseguir que todos contribuyan “de acuerdo con su capacidad económica” (art. 31 CE). Se trata, pues, del respeto al principio de capacidad económica como *medida* de la imposición.

Desde esta segunda perspectiva se declaró la inconstitucionalidad de la imputación de rentas inmobiliarias de la Ley 18/1991 (en la que el valor del inmueble se podía determinar en función de tres criterios distintos) pues si bien “la titularidad de bienes inmuebles no arrendados exterioriza la existencia de una renta

potencial, lo que permite someterla a imposición en el IRPF, es evidente que la renta imputada necesariamente debe ser la misma ante bienes inmuebles idénticos, careciendo de una justificación razonable la utilización de un diferente criterio para la cuantificación de los rendimientos frente a iguales manifestaciones de capacidad económica” (STC 295/2006, FJ 8º).

Y también desde esta perspectiva se consideró inconstitucional la norma de la Ley 40/1998 que, en el IRPF, atribuía “el derecho a practicarse la reducción por los gastos que genera el mantenimiento de los

descendientes, no a quienes efectivamente soportan esos gastos, sino exclusivamente al progenitor o progenitores con quien conviven”, asumiendo el criterio de la “convivencia” como factor diferencial en lugar del de la “dependencia económica”, lo que resultaba contrario al principio de igualdad y al de capacidad económica, “en la medida en que excluye de su aplicación, sin razón que lo justifique, a un grupo importante de contribuyentes que prestan asistencia económica a sus descendientes por el sólo hecho de no convivir con ellos” (STC 19/2012, FJ 5º).

Ámbito de aplicación del principio de capacidad económica

Pero, en nuestra opinión, la cuestión más relevante de todas consiste en determinar si cada tributo debe cumplir las exigencias derivadas del principio de capacidad económica o si, por el contrario, esa exigencia debe entenderse referida al sistema tributario en su conjunto.

Ello porque el Tribunal Constitucional ha vuelto a diferenciar el ámbito de exigibilidad del principio de capacidad económica, afirmando que el enjuiciamiento debe ser distinto cuando actúa *como fundamento del tributo* o como medida del mismo. Así, ha señalado que dicho principio “impide, ‘en todo caso’, que el legislador establezca

El principio de capacidad económica tiene una doble vertiente que determina, a su vez, un doble criterio de control constitucional

tributos sea cual fuere la posición que los mismos ocupen en el sistema tributario, de su naturaleza real o personal, e incluso de su fin fiscal o extrafiscal (...) cuya materia u objeto imponible no constituya una manifestación de riqueza real o potencial” (STC 26/2017, FJ 2º).

Pero seguidamente ha añadido que “aun cuando el principio de capacidad económica implica que cualquier tributo debe gravar un presupuesto de hecho revelador de riqueza, la concreta exigencia de que la carga tributaria se ‘module’ en la medida de dicha capacidad sólo resulta pre-

dicable del ‘sistema tributario’ en su conjunto”, de modo que “solo cabe exigir que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad en la realización del hecho imponible en aquellos tributos que por su naturaleza y caracteres resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el artículo 31.1 CE” (STC 26/2017, FJ 2º).

De este modo, ha recuperado la interpretación del principio de capacidad económica contenida en el Auto 71/2008, de 26 de febrero, para destacar que el principio de capacidad económica, como fundamento del tributo, es exigible en cada uno de los tributos que integra nuestro sistema tributario; mientras que el principio de capacidad económica como medida de la imposición es exigible para el conjunto del sistema tributario.

Se trata, en nuestra opinión, de una interpretación desafortunada y preocupante. Decimos que es desafortunada porque el artículo 31 CE no permite deducir, como se pretende, la existencia de una diferente exigibilidad para el cumplimiento del principio de capacidad económica como *fundamento* y como *medida* de la imposición. Tampoco tiene una clara fundamentación jurídica la pretensión de limitar esa exigencia a los tributos que por su naturaleza y caracteres resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir, porque supondría aplicar en este ámbito la misma solución arti-



El Tribunal Constitucional ha vuelto a diferenciar el ámbito de exigibilidad del principio de capacidad económica

culada para identificar el ámbito de aplicación del Decreto-Ley en materia tributaria, que tiene un fundamento específico en el artículo 86 CE.

Y decimos que nos parece preocupante porque esa interpretación implicaría una renuncia al control constitucional de los tributos que, por su naturaleza, deberían respetar el principio de capacidad económica como *fundamento* y también como *medida* de la imposición. Por ello, en caso de consolidarse esa interpretación, se debilitaría aún más la posición jurídica de los contribuyentes, que podrían quedar obligados a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante impuestos que no midieran correctamente su capacidad económica, esto es, de forma distinta a lo establecido en el artículo 31 CE. ●

Palabras clave: Capacidad económica, Justicia tributaria, Principios constitucionales.

Keywords: Economic capacity, Fiscal justice, Constitutional principles.

RESUMEN

El respeto al principio de capacidad económica es crucial para la existencia de un sistema tributario justo. El significado y alcance de dicho principio ha sido determinado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, entre otras características, ha diferenciado una doble vertiente de dicho principio: como *fundamento* del tributo y como *medida* de la imposición. Aunque esa consideración dual pueda ser útil a efectos didácticos, resulta muy difícil encontrar el fundamento jurídico de esa diferenciación y, sobre todo, resulta muy criticable la interpretación según la cual el principio de capacidad económica como medida del tributo sólo resulta predicable del “sistema tributario” en su conjunto, porque supone una injustificada limitación de las garantías del contribuyente.

ABSTRACT

Respect for the principle of economic capacity is crucial to the existence of a fair tax system. The meaning and scope of this principle has been determined by the jurisprudence of the Constitutional Court, which among other characteristics, makes a distinction between two aspects of this principle: as the basis of taxation and as a *measure* of taxation. Although this twofold consideration may be useful for didactic purposes, it is very difficult to find the legal basis for this distinction and above all, the interpretation according to which the principle of economic capacity as a measure of taxation can only be predicated on the “tax system” as a whole is open to a great deal of criticism, because it implies an unjustified limitation of the taxpayer’s guarantees.

1 de NOVIEMBRE de 2018 - 3 de FEBRERO de 2019

GALAICOS

UN PUEBLO
ENTRE
DOS MUNDOS

EXPOSICIÓN TEMPORAL

GALAICOS, Un pueblo entre dos mundos es una exposición que presenta el rico patrimonio cultural ligado a la prehistoria de Galicia. Muestra los cambios y las continuidades que se producen durante este largo período de 2.000 años de historia y pone en valor la cultura galaica a través de una selección de los objetos arqueológicos más representativos.

MUSEO ARQUEOLÓGICO NACIONAL

C/ Serrano, 13 · 28001 Madrid

www.man.es

www.galaicos.depo.gal





Los sistemas alternativos de resolución de disputas bajo la óptica constitucional

Fernando Rodríguez Prieto
Notario de Coslada (Madrid)

La celebración del 40 cumpleaños de nuestra Constitución es una buena ocasión para plantearnos el engarce con ella de los llamados métodos alternativos, o extrajudiciales, de resolución de disputas jurídicas.

En el momento de promulgarse nuestra Constitución la utilización de estos sistemas de resolución de disputas era residual y no había alcanzado la importancia que poco después ha venido progresivamente alcanzando. Por ello podría pensarse que estos instrumentos son ajenos al espíritu y a los principios inspiradores de nuestra norma suprema. Esta consideración, no obstante, debe ser desestimada. La Constitución está fundada en principios y valores permanentes, y una mirada reflexiva nos va descubrir que estos sistemas de resolución no solo no están al margen de aquéllos, sino que suponen para ellos un decidido apoyo y refuerzo.

La cuestión no ha estado exenta de polémica. Al desarrollarse los llamados MASC (Métodos Alternativos de Resolución de Disputas) como alternativa a la justicia judicial tradicional, en gran parte para superar sus limitaciones, no ha faltado quien ha deducido del artículo 28 de la Constitución, que establece

El principio de tutela judicial efectiva, que recoge el artículo 28 de nuestra Constitución, no supone un obstáculo al uso de otros métodos alternativos al proceso

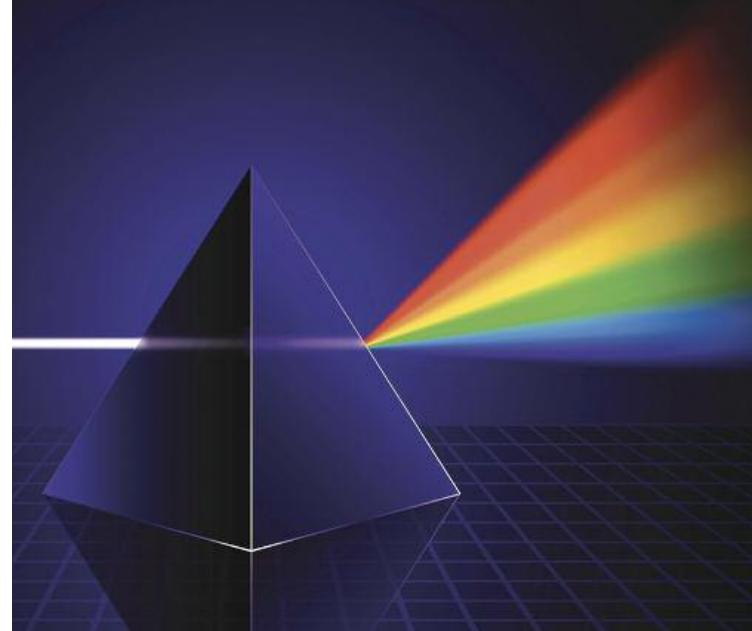
el derecho de todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, un principio restrictivo a su admisibilidad. Pero esta posición no puede hoy ser defendida. Es verdad que la existencia de un convenio arbitral impide someter el asunto a la jurisdicción judicial, pero ello se refiere solo a materias disponibles y esa exclusión se funda en la libertad y autonomía individual, valores esenciales también amparados por la Constitución. Los interesados pueden así tener acceso a un mecanismo de resolución de su disputa que se adapte mejor a sus intereses, con la ventaja de una mayor

flexibilidad del proceso, que puede adaptarse a las necesidades de las partes, una mayor rapidez, y una potencial mayor especialización y dedicación del neutral que va a resolver su disputa. En el caso de la mediación el recurso judicial (o arbitral en su caso) ni siquiera es excluido, sino tan solo postergado para el caso de que esta vía no concluya en un acuerdo que resuelva su disputa.

En otras ocasiones se ha pretendido blandir este principio constitucional de tutela judicial efectiva, no ya para impedir el uso voluntario de estos instrumentos, sino como obstáculo de políticas públicas de difusión de un medio aún tan desconocido como la mediación. Circunstancias en las que no podemos aquí entrar hoy hacen que los ciudadanos y las empresas les resulte difícil conocer este mecanismo y animarse a su utilización a pesar de su indudable utilidad cuando los mediadores son profesionales bien preparados.

Ese contraste entre la general satisfacción de quien utiliza este sistema de resolución y la dificultad, a pesar de ello, para su difusión, ha sido denominado por Giuseppe de Palo "la paradoja de la mediación".

En otros países, como Italia, Argentina, países anglosajones y otros países europeos, se ha probado con éxito la imposición de sesiones de mediación, o al menos sesiones informativas y exploratorias previas, para quienes deseen acudir a la vía judicial. Con lo que consiguen que esta vía pueda ser descubierta por la ciudadanía, con unos importantes ahorros, incluyendo los de tiempo, de incertidumbres y de costes emocionales en muchos supuestos. Algunos de los que, quizá más por desconocimiento que por necesidades de una eficaz defensa de sus intereses particulares, se han opuesto a estas iniciativas de prejudicialidad en España han alegado como argumento el que las mismas serían contrarias al citado artículo 28 de la Constitución. O que incluso el mismo debe constreñir decisivamente las facultades del juez para derivar a mediación cuando considere que puede ser un instrumento útil para las partes.



La jurisprudencia europea

Por ello tiene un enorme interés la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues ya se ha planteado ante ella esa cuestión, que ha resuelto con buenos argumentos. Concretamente en su Sentencia de 14 de junio de 2017 (asunto C-75/16) que ha de ser considerada en esta cuestión.

El conflicto versaba sobre una reclamación derivada de un crédito que unos ciudadanos italianos plantearon contra un Banco ante el Tribunal Ordinario de Verona. El tribunal considera que el recurso judicial, conforme a la Ley italiana, no es admisible si previamente no se ha intentado una mediación extrajudicial en la que los consumidores deben estar asistidos por un letrado. Pero a la vez alberga dudas sobre la compatibilidad de esas normas con el Derecho de la Unión, especialmente la Directiva sobre litigios en los que son parte consumidores, y consulta por ello sobre la cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Uno de los motivos que hacen dudar al Tribunal de Verona es que expresamente esa Directiva reconoce como esencial el derecho de las partes a acceder al sistema judicial. Es decir, el mismo principio de tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 28 de nuestra Constitución.

El TJUE en su resolución reconoce la vigencia del Derecho italiano, y su conformidad con el europeo, al manifestar expresamente que "la exigencia de un procedimiento de mediación con carácter previo al ejercicio de las acciones judiciales puede ser compatible con el principio de tutela judicial efectiva, si concurren determinados requisitos". Entre tales requisitos, que compete examinar al juez nacional, merecen destacarse como fundamentales los siguientes: 1) que dicho procedimiento de mediación no conduzca a una decisión vinculante para las partes al margen de su voluntad; 2) que no implique un retraso sustancial para ejercitar una acción judicial; 3) que no ocasione

gastos significativos y 4) que sea posible adoptar medidas provisionales urgentes que excluyan situaciones de indefensión. El TJUE cuestiona, no obstante, la exigencia de que el consumidor deba ser asistido necesariamente por un letrado. Y exige que el mismo pueda retirarse del proceso sin necesidad de expresar una causa justificada, como ya reconoce nuestra Ley de Mediación y las principales que regulan esta materia en el Derecho comparado.

En definitiva, cumplidos los requisitos expresados, la Justicia europea considera conforme con el principio de tutela judicial efectiva el que se obligue a quien desee litigar a participar antes en un proceso de mediación, y que el incumplimiento de esa obligación pueda dar lugar a consecuencias desfavorables, o incluso impedir el acceso a los tribunales. Las partes, por supuesto, no han de tener obligación de alcanzar acuerdos y pueden luego retirarse del proceso y darlo por concluido, después de un primer encuentro con el mediador, y sin necesidad de dar para ello una justificación. Y pueden acudir en su caso a continuación al amparo judicial, que permanecería siempre como garantía última.

Utilidad de obligaciones basadas en la responsabilidad social

Los profanos que desconozcan la mediación pueden considerar que, por esa vía de escape, esa obligación sería entonces inútil pues, como tantas veces ocurrió con el funcionamiento histórico de nuestra conciliación prejudicial, las partes acudirían solo para cumplir con un mero formalismo previo al proceso, con la intención de darlo por concluido lo antes posible para seguir en la vía judicial. Sin embargo en la práctica las cosas no son así. Un buen mediador sabe aprovechar la oportunidad de tener cerca o incluso reunidas a las personas enfrentadas para hacer ver las ventajas que podrían obtener de intentar un diálogo diferente y mucho más fructífero entre ellas gracias a su labor.

En todo caso esos requisitos fundamentales se cumplen ya en España en las derivaciones judiciales a mediación, y se podrían seguir cumpliendo incluso con una regulación acertada sobre sesión informativa y exploratoria previa obligatoria para algunos procesos. O incluso, como ha reconocido la citada Sentencia, con la exigencia de un intento serio de mediar, como ocurre ya en Italia para el acceso a ciertos procesos. Por tanto las políticas activas a favor de este procedimiento, incluso la imposición de la obligación de plantearse o conocer esa posibilidad, que tendría su justificación en la necesidad de evitar el abuso en la utilización del servicio público de Justicia, por sí ya saturados, no chocan en absoluto con nuestra Constitución.

Autocomposición y libre desarrollo de la personalidad

Pero no solo no existe en realidad ese obstáculo. Es que, además, la utilización de estos sistemas alternativos, especialmente los autocompositivos como la mediación, contribuyen a una mejor realización de los valores constitucionales, y entre ellos el de la Justicia. El fundamental artículo 10.1 establece que *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

En muchas ocasiones la persona involucrada en un conflicto jurídico (por ejemplo, con sus consocios, con sus hermanos por la herencia, o con su ex cónyuge con quien comparte hijos menores) se siente insegura y a la defensiva. El conflicto deforma su percepción de la realidad, con acumulación de malentendidos y asunción de estereotipos negativos de los contrarios. Y supone un alto coste en valor económico, en oportunidades perdidas y en desgaste emocional. Esos efectos negativos de los conflictos, especialmente (aunque no solo) cuando se involucran fuertes sentimientos, no hacen sino incrementarse demasiado a menudo por la fuerza hostilizante y destructiva de relaciones del proceso judicial. Las expectativas de quien espera que el juez le escuche, le comprenda y la dé la razón se ven pronto defraudadas en el proceso judicial, donde los motivos profundos de la crisis de la relación no pueden tener un adecuado tratamiento y tan solo se pueden abordar algunos de sus efectos con un tecnicismo jurídico inevitablemente empobrecedor.

Todo ello no favorece precisamente el libre desarrollo de la personalidad sino que, por el contrario, contribuye significativamente a lastrarla. La mediación, como proceso autocompositivo, puede y suele tener efectos positivos, contrarios a los antes expuestos respecto al proceso judicial, al permitir una percepción más completa de la reali-

dad, que incluye el comprender mejor los propios intereses y los de los contrarios. Y a partir de esa nueva comprensión se hace posible encontrar vías de acuerdos amistosos, más completos e imaginativos que las soluciones previstas por la Ley, y que satisfagan en la medida de lo posible esos intereses. Todo ello tiene un fuerte poder liberador de las cargas negativas de los conflictos y, con él, una devolución a las personas de su energía y autoestima para dedicarlas, ahora sí, a ese esfuerzo de desarrollo de la personalidad que a todos nos incumbe. Desde este punto de vista se pueden entender mejor las políticas públicas de impulso al conocimiento y uso de estas vías como una necesaria contribución a remover esos obstáculos que nos lastran e incapacitan inútilmente a lo largo de la vida.

La jurisprudencia europea ha reconocido que incluso la imposición de la obligación de intentar previamente una mediación, como requisito de la demanda, no viola la citada tutela

Nos hemos referido únicamente a los dos sistemas extrajudiciales de resolución hoy por hoy más importantes, el arbitraje y la mediación. Aparte de su combinación en virtud de las llamadas cláusulas escalonadas, existen también otros medios extrajudiciales de resolución llamados a tener un gran

desarrollo en el futuro si contemplamos nuestro entorno jurídico en el mundo occidental, como la evaluación neutral, o sistemas híbridos, como el llamado arb-med o el arbitraje colaborativo al que puede recurrirse en la Fundación Signum. Todos ellos dan gran protagonismo a la voluntad de las personas involucradas, y parten de la confianza en que ellas mismas son capaces de gestionar adecuadamente sus conflictos y contribuir a su solución. Tampoco esos medios chocan con normas constitucionales. Y también ellos pueden contribuir a que se realicen los citados valores que inspiran nuestra Carta magna. ●

Palabras clave: Constitución española, Métodos extrajudiciales alternativos de solución de conflictos.

Keywords: Spanish Constitution, Extrajudicial alternative dispute resolution methods.

RESUMEN

El autor defiende que los métodos extrajudiciales alternativos de solución de conflictos (MASCs) no solo no colisionan con principios constitucionales, como el de tutela judicial efectiva, como ya ha reconocido la jurisprudencia europea, sino que contribuyen además decisivamente a la realización de los valores constitucionales. Por ello considera justificadas las políticas públicas que ayuden a su conocimiento y utilización

ABSTRACT

The author argues that extrajudicial alternative dispute resolution methods do not only not contradict constitutional principles, such as due process, as European jurisprudence has already acknowledged, but also make a decisive contribution to the realisation of constitutional values. The author therefore believes that public policies that assist in their knowledge and use are justified.

ORIGAMI

El arte del
papel plegado.

9 noviembre 2018
3 febrero 2019



MUSEO CERRALBO

C/ Ventura Rodríguez, 17.
Madrid 28008

FUNDACIÓN AEQUITAS-CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

Foro 40 Aniversario de la Constitución: “Protección e igualdad de la persona en la Constitución”

Antes de finalizar el año 2018 la Fundación Aequitas y el Consejo General del Notariado van a conmemorar el 40 Aniversario de la Constitución y para ello se va a celebrar en Madrid el 12 de diciembre un Foro sobre “Protección e igualdad de la persona en la Constitución”. El Foro, teniendo siempre como pauta y base inicial la Constitución española de 1978, se dividirá en cuatro mesas redondas en las que se debatirán los principales temas que la Fundación Aequitas viene estudiando desde el año de su fundación.

Antes de profundizar en estos temas objeto del Foro se contará con la presencia de uno de los padres de la Constitución y patrono de Aequitas, don Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, que impartirá la Conferencia Inaugural.

A continuación el primer tema a tratar será “La protección e igualdad de las personas con discapacidad”. Las personas con discapacidad, su protección e igualdad es uno de los motivos principales de la existencia de la Fundación Aequitas. Desde la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006, ratificada por España y por lo tanto dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en su artículo 12, entre otros, se reconoce la capacidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad. Esto supone un cambio paradigmático ya que, desde ese momento, las personas con discapacidad no son “sustituidas” sino apoyadas, según sus necesidades, para que puedan ejercer todos sus derechos. Ya se han estudiado en la Comisión General de Codificación y en estos momentos se está debatiendo en el Congreso los cambios legislativos necesarios, fundamentalmente en lo que se refiere al Código Civil, para que los preceptos de la Convención de la ONU se trasladen a nuestro ordenamiento de forma clara. En este tema el principal ponente será Manuel Seda Hermosín, notario de Sevilla. Centrará su intervención en cómo mejorar, de forma efectiva, la protección e igualdad de las personas con discapacidad, haciendo especial referencia a la situación jurídica actual y su futuro, con



los cambios legislativos que se van a producir ahora con el cambio del Código civil. En el debate le acompañarán Juan Manuel Fernández Martínez, Presidente del Foro Justicia y Discapacidad y Vocal del Consejo General del Poder Judicial, el Presidente del CERMI, Luis Cayo Pérez Bueno, y el Teniente Fiscal de la Comunidad Valenciana, Gonzalo López Ebri.

En la segunda mesa se debatirá sobre la misma base de la protección e igualdad en la Constitución pero orientado a las personas mayores. Desde el punto de vista demográfico los mayores, con el paso de los años, constituirán el grupo de población más numeroso y de mayor trascendencia ahora que la esperanza de vida va aumentando ostensiblemente. Esa mayor longevidad también trae consigo un gran número de personas mayores que, por lo avanzado de su edad, se van convirtiendo, desgraciadamente, poco a poco, en personas con algún tipo de discapacidad, deterioro cognitivo o merma que hace que muchos de ellos no gocen de la autonomía personal a la que están acostumbrados. En esta Mesa el ponente principal será Jorge Díaz Cadórniga, notario de Vera. Con la moderación del Fiscal de la Sala 1ª del Tribunal Supremo José María Paz Rubio, debatirán la ponencia José Luis Seoane Spiegelberg, Presi-

Acto académico de inauguración de la Cátedra Extraordinaria de Derecho Privado Antonio Rodríguez Adrados

Con la celebración los días 12, 13 y 14 de diciembre de las jornadas “Préstamos Hipotecarios, Condiciones Generales, Cláusulas Abusivas. La Jurisprudencia Plenaria de la Sala Primera del Tribunal Supremo”, queda inaugurada la Cátedra Extraordinaria de Derecho Privado Antonio Rodríguez Adrados, erigida por convenio entre la Universidad Complutense de Madrid y el Colegio Notarial de Madrid.

En el acto académico de inauguración que se celebra el 14 de diciembre en el Salón de Grados de la Universidad Complutense de Madrid intervienen Juan José González Rivas (PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL), Carlos Andradas Heranz (RECTOR MAGNÍFICO DE LA UCM), Ricardo Alonso García (DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UCM), José Ángel Martínez Sanchiz (DECANO DEL COLEGIO NOTARIAL DE MADRID Y PRESIDENTE DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO), Ignacio Solís Villa (NOTARIO DE MADRID Y CO-DIRECTOR DE LA CÁTEDRA) y Mariano Yzquierdo Tolsada (CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL Y CO-DIRECTOR DE LA CÁTEDRA).



PROGRAMA DE LAS JORNADAS:

Miércoles 12 de diciembre

16:00 h. Mesa redonda. “Crisis económica, protección de los consumidores y evolución de la jurisprudencia civil”.

Moderadores: Ignacio Solís Villa o Mariano Yzquierdo Tolsada.

Participantes: Francisco Marín Castán (Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo), Javier Rodríguez Pellitero (Secretario General de la Asociación Española de Banca), Ignacio Gomá Lanzón (notario de Madrid), María José García-Valdecasas Dorrego (Abogada del Estado ante el TJUE) y Matilde Cuenca Casas (Catedrática de Derecho civil UCM).

18:30 h. “Seguros de vida e inversión (seguros *unit linked*) en la jurisprudencia plenaria del TS”.

Alberto Tapia Hermida (Catedrático de Derecho mercantil UCM).

Jueves 13 de diciembre

10:00 h. “Las cláusulas suelo en la jurisprudencia plenaria del TS. Aspectos sustantivos”.

Sergio Cámara Lapuente (Catedrático de Derecho civil Universidad de La Rioja).

11:30 h. “Las cláusulas de vencimiento anticipado en la jurisprudencia plenaria del TS”.

Cristina Marques Mosquera (notaria de Fuenlabrada).

12:30 h. “Las cláusulas sobre los gastos de constitución de la hipoteca en la jurisprudencia plenaria del TS”.

Segismundo Álvarez Royo-Villanova (notario de Madrid).

13:00 h. “Las cláusulas sobre ejecución (judicial y extrajudicial) de la hipoteca en la jurisprudencia plenaria del TS”.

Ricardo Cabanas Trejo (notario de Fuenlabrada).

17:00 h. “Las cláusulas sobre intereses remuneratorios y sobre intereses moratorios en la jurisprudencia plenaria del TS”.

Francisco de Paula Blasco Gascó (Catedrático de Derecho civil Universidad de Valencia).

17:45 h. “La hipoteca multidivisa en la jurisprudencia plenaria del TS”.

Patricia Gabeiras Vázquez (Doctora en Derecho y abogada especialista en derivados financieros).

18:30 h. “La función notarial ante las cláusulas controvertidas. Reflexiones a propósito de la jurisprudencia plenaria del TS sobre control de transparencia”.

Juan José Álvarez-Sala Walther (notario de Madrid).

Viernes 14 de diciembre

10:00 h. “Permutas financieras, comercialización de cuotas participadas y obligaciones preferentes en la jurisprudencia plenaria del TS”.

Juan Sánchez-Calero Guillarte (Catedrático de Derecho mercantil UCM).

11:00 h. Conclusiones de las jornadas. Mariano Yzquierdo Tolsada.

12:00 h. Acto Académico de inauguración de la Cátedra Extraordinaria de Derecho Privado “Antonio Rodríguez Adrados”, erigida por convenio entre la Universidad Complutense de Madrid y el Colegio Notarial de Madrid.

Al finalizar se sirve un vino español.



RESEÑA DE LOS ACTOS CONMEMORATIVOS DEL CUARENTA ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN

40 años de Constitución: Historia, arte, periodismo, música y testimonios para celebrar cuatro décadas de democracia

dente de la Audiencia Provincial de La Coruña, y Carlos Ganzenmüller Roig, Fiscal del Tribunal Supremo.

El siguiente tema que se abordará será el de las mujeres, y al igual que los dos anteriores contemplado desde el punto de vista de su protección, pero sobre todo de la igualdad. Para que esa igualdad sea efectiva las mujeres necesitan del apoyo institucional, jurídico y social. No es necesario enumerar la evolución del papel de la mujer a lo largo de la historia, concretamente en los últimos 50 años. Actualmente, por poner un ejemplo cercano, en las oposiciones a notarías hay más aspirantes mujeres que hombres y además, por lo general, obtienen las primeras plazas. En otros ámbitos como la judicatura, las mujeres actualmente son mayoría, como en muchas otras profesiones. El ponente principal de todos estos aspectos será Pascual Ortuño Muñoz, magistrado que en la actualidad está en la Audiencia Provincial de Barcelona y que ha sido durante años el Director de la Escuela Judicial y por tanto el garante de que esa igualdad sea efectiva desde los primeros pasos de un juez inculcando esos valores a las distintas generaciones que pasaron por la Escuela. En esta mesa el moderador es Pedro Garrido Chamorro, Director General de los Registros y del Notariado, y le acompañan Isabel Caballero Pérez, Coordinadora de la Fundación CERMI Mujeres, y Pilar Llop Cuenca, magistrada que en la actualidad ocupa el cargo de Delegada del Gobierno para la Violencia de Género.

La última mesa versará sobre la protección e igualdad de los menores. Dicen que una sociedad avanzada es aquella que protege a sus mayores y sin duda, en mayor medida, a sus menores. A los menores hay que ofrecerles un entorno seguro en el que puedan aprender y desarro-

llar libremente sus aptitudes, tienen que poder ejercer sus derechos y para ello necesitan de una especial protección. Su pleno desarrollo, libre y digno, es la parte esencial del bienestar de nuestra sociedad. Todo esto será estudiado en profundidad por Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, fiscal especialista en menores y que además ha sido Fiscal General del Estado, con la experiencia y bagaje que ello conlleva y que nos hablará de la protección de los niños y niñas en todos sus ámbitos. Moderará la Mesa el Presidente del Tribunal Constitucional, Juan José González Rivas, y le acompañarán el notario Jorge Prades López que en este caso interviene, más que por jurista, por ser el presidente de la Asociación de Familias de Acogida. El acogimiento, una labor callada, anónima y merecedora de todos nuestros elogios y agradecimientos, está en auge por el creciente número de inmigrantes y niños sin hogar que arriban a nuestras costas y fronteras sin ningún tipo de ayuda o amparo. También participará Marta Kindelan, de la Oficina del Defensor de Pueblo.

En los actos de Apertura y Clausura intervendrán nuestros presidentes, el de la Unión Internacional del Notariado, José Marqueño de Llano, y el del Notariado español y de la Fundación Aequitas, José Ángel Martínez Sanchiz.

Con este Foro se pretende que, con nuestra Constitución como base y pilar fundamental de nuestra convivencia y ordenamiento jurídico, se traten los ámbitos donde las personas necesitan una especial protección. La igualdad y la protección de las personas es fundamental para que nuestra sociedad sea más justa, equitativa, avanzada, sin discriminación, sin diferencias por tener una discapacidad, por ser mayor o menor y por no sentirse en igualdad de condiciones por el hecho de ser mujer. ●



El 6 de diciembre de 2018 no es solo un aniversario. Cuando se cumplen 40 años de vigencia de la Constitución del 78 las Cortes Generales quieren trasladar esta celebración a las calles, las escuelas, los teatros, los museos... Más allá de una fecha histórica, celebramos los grandes valores que se han establecido y consolidado en nuestro país en estas cuatro décadas, valores como la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia, la participación y el progreso que forman parte de nuestro día a día.

La cultura ha sido, es y será clave y constante en este aniversario, en el que queremos mirar al futuro y también, desde los ojos de hoy, recordar y comprender de dónde venimos, para saber en qué punto estamos y a dónde nos dirigimos. Por ello, es esencial hacer un repaso a los hitos históricos, políticos y sociales, reconocer a los protagonistas de los inicios de la democracia, y recordar los cambios y los logros alcanzados en estas últimas cuatro décadas, y hacerlo desde la fecha que supuso la línea de salida de este aniversario: el 15 de junio de 1977, las elecciones democráticas de las que surgieron las Cortes Generales que aco-

meterían la importante tarea de dotar al país de una Constitución.

2018 es el año del 40 aniversario, y el 1 de enero de 2018 se puso en marcha el portal constitucion40.com y los perfiles en redes sociales asociados a este importante aniversario -Twitter, Facebook, Instagram y Youtube-. La iniciativa fue presentada en por la presidenta del Congreso de los Diputados, Ana Pastor, y el del Senado, Pío García-Escudero, y en enero se constituyó el Consejo Asesor creado para esta conmemoración y se empezó a trabajar en las iniciativas pensadas para implicar a las instituciones y a los ciudadanos en esta celebración.

Una de las primeras actividades organizadas fue la concebida para dar la palabra a los más jóvenes, universitarios que se enfrentaron en un torneo de debate organizado junto al Instituto de la Juventud (INJUVE), y también en los primeros meses del año se pusieron en marcha actividades de largo recorrido, como la muestra itinerante “40 años de democracia”, que arrancó en Santander y sigue viajando para sacar a espacios públicos de varias ciudades españolas una selección de fotos del Archivo Gráfico de EFE que permite a los ciudadanos hacer un recorrido visual por algunos de los momentos más importantes de la vida política y social española desde 1978 hasta hoy.

En el inicio del curso escolar, el 6 de septiembre, se celebró un acto en el Congreso en el que los presidentes del Congreso, el Senado y el Gobierno presentaron algunas de las actividades previstas para el último trimestre del año, en las que participan las distintas instituciones del Estado.

En un homenaje a nuestra Constitución no podemos olvidar el origen del constitucionalismo. Así, el Oratorio de San Felipe Neri, en Cádiz, donde se elaboró la Constitución de 1812, fue el escenario elegido para dar un reconocimiento a la comunidad iberoamericana, que tanta influencia han tenido a lo largo de la historia del constitucionalis-

mo español, y también a los ponentes de la Constitución de 1978, representados en la figura del gaditano José Pedro Pérez-Llorca.

Periodismo, música y arte

Los periodistas también han sido la voz y el altavoz de estos 40 años de democracia, y así lo contaron cronistas del periodo constituyente y también quienes hoy relatan el día a día político, en un Congreso sobre Periodismo Parlamentario. El libro de entrevistas “De la dictadura a la democracia”, de Pedro Montoliù; y la publicación coordinada por Fernando Jáuregui y Federico Quedo “Los periodistas estábamos allí para contarlo”, que recopila artículos de más de 100 periodistas e imágenes que narran la historia política desde el visor de decenas de fotoperiodistas, reflejan también la importancia del periodismo en la consolidación de la democracia.

La banda sonora del aniversario de la Constitución llegó el 20 de octubre, con el concierto de pop-rock “40 años de música española”, organizado en colaboración con Radio 3, que reunió frente a la escalinata de la Puerta de los Leones a 18.000 personas que disfrutaron de las canciones de Iván Ferreriro, Carlos Jean, Luz Casal, Izal, Mikel Erentxun, Azahara, Pedro Guerra y Ángel Stanich. La música será también protagonista el 5 de diciembre, cuando el Auditorio Nacional acogerá un concierto homenaje a la Constitución española en el que se interpretará una obra compuesta para esta celebración por Iluminada Pérez Frutos, con el título “Sinfonía concertante para siete solistas”, y la Sinfonía n.º 9 de Bethoven, a cargo del coro y orquesta de RTVE.

Las Puertas Abiertas y el Día de la Constitución

En el arranque de la semana de la Constitución, el día 1 de diciembre, al atardecer, todo aquél que se acerque a la Carrera de San Jerónimo puede disfrutar de la proyección de imágenes sobre la fachada del Palacio del Congreso de los Diputados. Un espectáculo audiovisual que sirve para abrir boca a quienes vayan a pasar en Madrid el puente de la Constitución para disfrutar de las Jornadas de Puertas Abiertas, que son este año los días 3 y 4 de diciembre en el Congreso, y los días 4 y 5 en el Senado.

En esta ocasión, además ver el Hemiciclo, sentarse en los escaños y fotografiar las estancias más icónicas del



Congreso de los Diputados.

Palacio, los ciudadanos que acudan a las Puertas Abiertas podrán ver las exposiciones El Poder del Arte, con sedes en el Congreso, el Senado y también el Museo Reina Sofía, donde lleva el título “Poéticas de la democracia: imágenes y contraimágenes de la Transición”. En esta ocasión también se exponen en la Cámara Baja los originales de todas las constituciones españolas, custodiadas por el Archivo del Congreso.

El punto culminante de esta celebración es el acto institucional que, como cada año, se celebra en el Congreso de los Diputados, y que será el acto central de esta conmemoración, que presidirán Sus Majestades los Reyes y en el que participan los representantes de las altas instituciones del Estado.

Pero es un año especial, y las celebraciones no acaban el día 6. Ese mismo sábado, el 8 de diciembre, en la Sala Ernest Lluch del Congreso se realizará el sorteo especial de la Lotería Nacional por el 40 aniversario de la Constitución, organizado en colaboración con el Ministerio de Hacienda.

Estas son solo algunas de las actividades organizadas para celebrar un aniversario que queremos compartir con todos los ciudadanos, con quienes han sido testigos de los cambios que ha experimentado nuestra sociedad en estas últimas cuatro décadas, pero también con los más pequeños, para quienes se han editado publicaciones didácticas y divulgativas; y con los jóvenes, cuya participación en esta celebración ha sido, y seguirá siendo, esencial. ●

Comunicación Congreso de los Diputados.

RAFAEL TEGEO

1798
—
1856

27 de noviembre de 2018

17 de marzo de 2019



Museo del
Romanticismo



Constitución: ni sagrada ni pecado original

Rosa Paz

Periodista. Ha sido subdirectora de La Vanguardia y subdirectora del periódico semanal AHORA

La indignación social y la desconfianza en las instituciones, provocadas en gran medida por la gravísima crisis económica de la última década, tuvo en España una deriva particular: el cuestionamiento de la Constitución, que durante lustros se consideró intocable. La semilla de la desafección constitucional había sido plantada antes y había empezado a germinar en algunos representantes de la generación de españoles que tiene ahora 40 o 45 años, que argumentaban que esta es una Carta Magna con la que no se identifican porque ellos no la han votado.

Pero con la crisis, la crítica a la Constitución se dirigió a su origen. Las nuevas fuerzas políticas de la izquierda, que no se sienten herederas del Partido Comunista o reniegan de la actuación de los líderes de ese partido durante la Transición, atribuyeron las consecuencias de la crisis y las políticas de austeridad, impuestas por Europa, al “régimen del 78”, contaminado por el “pecado original”, que es, en su opinión, el de haber nacido “tutelada por el franquismo”. De ahí también el concepto de régimen del 78 utilizado peyorativamente.

No solo se vive un momento de revisionismo de la Transición, ese impulsado no solo por los izquierdistas, sino un desconocimiento, en muchos casos

intencionado, de qué ocurrió en España tras la muerte de Franco, de cuál era la situación política y civil que se vivía entonces y del esfuerzo de confluencia realizado por los políticos constituyentes, que se sintieron forzados al acuerdo por el anhelo de libertad de la inmensa mayoría de la sociedad española.

Fueron años difíciles. En los que había miedo, sí, pero era mayor la esperanza de que aquella situación desembocara en una democracia homologable a las del entorno geográfico. Pero el ejército era franquista y lo eran también las estructuras del Estado. Y la confirmación de que el riesgo existía se tuvo el 23 de febrero de 1981 con el intento de golpe de Estado de Armada y Tejero y también con la desarticulación de varias tramas golpistas en aquellos años: de la operación Galaxia, desarticulada en noviembre de 1978, un mes antes del referéndum en que se aprobó la Constitución, a la conspiración golpista preparada para el 27 de octubre del 1982, un día antes de las primeras elecciones que ganó el PSOE.

En aquellos años no solo había terrorismo de ETA y de los Grapo, hubo también asesinatos como el de



Comunistas, socialistas y nacionalistas decidieron situarse en posiciones de concordia.

los abogados de Atocha y algunos otros en manifestaciones perpetradas por pistoleros de extrema derecha. También hubo muertos en las protestas callejeras como consecuencia de la actuación de la policía.

Ese era el ambiente y la Transición fue posible porque algunos jóvenes políticos del régimen se pasaron al bando de los demócratas -Adolfo Suárez fue el que tuvo un papel esencial- y porque comunistas, socialistas y nacionalistas, que habían compartido bando en la Guerra Civil, decidieron situarse en posiciones de concordia y aceptaron, por ejemplo, la Monarquía y la bandera rojigualda, despojada del escudo con el águila de San Juan. Santiago Carrillo, el líder del PCE, desempeñó un papel clave en esa decisión. ¿Se convirtieron en monárquicos aquellos políticos? No, pero pensaron que mantener la recién reestrenada Monarquía facilitaría la consolidación de la democracia y una evolución incruenta de la dictadura a la democracia.

Ahora, muchos jóvenes piensan que se podía haber hecho de otra manera, que los políticos de entonces deberían haber sido más valientes, que hubiera sido mejor la ruptura que el consenso.

Pero lo cierto es que los políticos constituyentes consiguieron redactar una Constitución homologable, que no parece ser en sí misma la responsable de los males de España. Esos males, si acaso, habría que atribuirlos a los

gobernantes. Pero tampoco es un texto sagrado como les ha parecido a los principales partidos desde su aprobación hasta hace pocos años. De hecho, una reforma a tiempo podía haber prevenido la desafección posterior.

Aunque tampoco hay que engañarse, la sacralización de la Constitución respondía fundamentalmente al miedo a que al abrir una reforma las reivindicaciones nacionalistas se dispararan y no hubiera fuerza política suficiente para acotarlas. En eso tampoco acertaron los gobernantes que se autoerigieron en guardianes de la “santa Constitución”. Se ve claramente en lo que está ocurriendo en Cataluña con la evolución de lo que se llamaba el nacionalismo moderado (el de CiU y Jordi Pujol) a posiciones independentistas y el aumento del apoyo popular a esas aspiraciones soberanistas.

Una buena reforma a tiempo podría haber ahorrado algunos problemas. Así lo creía, al menos, Pasqual Maragall, que ya hace dos décadas empezó a defender un retoque constitucional. “Hay que remozar la Constitución cada 20 años”, solía argumentar. Tampoco aquí cabe el revisionismo histórico, pero vista la evolución de las cosas a lo mejor unas modificaciones constitucionales hubieran servido para involucrar emocionalmente a los jóvenes y para frenar las pulsiones separatistas.

Otro de los argumentos esgrimidos por quienes frenaron hace años cualquier reforma de la Carta Magna, los dirigentes del PSOE, por ejemplo, era la falta de consenso suficiente para hacerlo. Había que modificar el texto constitucional con el mismo grado de consenso con que se aprobó, esgrimían. Y ciertamente, el PP nunca estuvo por la labor. Algunos de sus dirigentes llegaron tarde a la defensa constitucional y cuando llegaron lo hicieron con la fé de los conversos, se convirtieron en acérrimos defensores del “no hay que tocarla”. Ahora, que los socialistas están dispuestos a reformarla, el PP sigue sin ver la necesidad.

En este momento, no obstante, el consenso sería aún más difícil que hace unos años. La irrupción de nuevas fuerzas políticas, Ciudadanos y Podemos, que no se sienten herederos del proceso constitucional, y que mantienen posiciones antagónicas entre ellos, complica la confluencia en aspectos clave, especialmente el territorial. También ahí las posiciones del PSOE y del PP son poco convergentes. De hecho, la tensión independentista catalana ha llevado a los partidos a posiciones enfrentadas, como se aprecia, sin ir más lejos, en la política de mano tendida y diálogo emprendida por el Gobierno de Pedro Sánchez a la que se opone una alternativa de mano dura, defendida por el PP y Ciudadanos. ●

Los críticos con la Carta Magna la consideran contaminada por la tutela franquista, mientras sus defensores la han visto como intocable durante lustros

Constitución Española



El asombro de la Constitución

Miguel Ángel Aguilar
Periodista

“**C**antaba una tonadilla/ cuando murió *El Espartero*/ los toritos de Mihura/ a nadie le tienen miedo”. Sonaba también una canción festivalera, *El telegrama*, que proclamaba la inminencia: “pronto llegará la televisión/ y yo cantaré/ y tú me verás!”. Años después, sin música alguna, y con muchas incertidumbres, estábamos anhelantes de que pronto llegaría la Constitución, descartados los ensayos chirriguerescos de retorcer las Leyes Fundamentales para darles la apariencia de lo que nunca podrían ser.

Volviendo a los inicios de la tele parece que sus esforzados pioneros quedaban exhaustos al concluir las dos horas de programación diarias oficiales en el altar de los altos del Paseo de la Habana, donde reinaba la veteranía de Victoriano Fernández Asís. Así que cuando concluían la jornada aquellos precursores se reunían en amigable tertulia, que siempre celebraba unánime las anécdotas y sucesos desgranados con ironía galaica por el jefe máximo, cuya trayectoria incluía méritos notables de caracterización camaleónica. Porque se había estrenado sirviendo en la secretaría particular de don Santiago Casares Quiroga, primer ministro con Manuel Azaña cuando el alzamiento del 18 de julio de 1936, y había sabido pasar al lado contrario sin desmerecer ni perder cota, lo cual era prueba indiscutida de singulares destrezas.

Contaba Luis Ángel de la Viuda -quien al cabo de los años le sucedería en el mando- cómo en una ocasión Fernández Asís observando la pérdida de fervor de uno de los habituales se lo hizo notar:

- ¿Qué le pasa, Andrade, que ya no se ríe?
- Yo es que ya soy fijo, señor director.

En aquella televisión de aquellos tiempos, dominaba la línea encomiástica del NODO, aunque los locutores que

íbamos a defraudar a los hispanistas porque en vez de comportarnos como pasionales ribereños del Mediterráneo nos inclinábamos a proceder con la frialdad de los bálticos, sin dar espectáculo, para asombro de propios y extraños

asomaban a la pequeña pantalla hablaban con un tono declamatorio muy rebajado respecto al empleado por Fernando Fernández de Córdoba el primero de abril de 1939 en la lectura del último parte de guerra. Desde julio de 1962, cuando fue nombrado para la cartera de Información y Turismo Manuel Fraga Iribarne, tenía el mando del poderoso electrodoméstico en sus manos y lo hacía valer viniera o no a cuento.

Por ejemplo, el 10 de febrero de 1964, cuando deseoso de ofrecer a la marquesa de Villaverde un acto de reparación y desagravio la hizo Madrina de la inauguración del nuevo centro emisor de TVE en Izaña (Tenerife). Un acto que hubo de transcurrir con las autoridades e invitados en pie, dada la situación averiada en que se encontraban las posaderas de Carmen Franco. Los daños traían causa de una errónea perdigonada que el sin par *Manoliño* había propinado a la marquesa durante una cacería en Santa Cruz de Mudela. Se cuenta que enterado el generalísimo, que era quien invitaba a la fiesta cinegética, dijo al ministro “Iribarne, cuando se viene de cacería, hay que saber a que se viene”.

Fuera de la nomenclatura, los de a pie, traíamos aprendidos del bachillerato antiguo los rudimentos de la lógica aristotélica y sabíamos como plantear y resolver un silogismo. Nos constaba que a la primera premisa universal del tipo “Todo hombre es mortal” le seguía otra particular “Fulano es hombre” y que de ambas se concluía necesariamente que “Fulano es mortal”. En nuestro caso, los experimentos no se hacían con gaseosa sino con fuego real. Se trataba de Francisco Franco. Su exaltación insaciable había llegado tan lejos que su condición humana -que fuera hombre- pareció durante muchos años una hipótesis en la bruma de la incertidumbre. Además, la referencia al vocablo muerte había dejado de serle de aplicación. En su



Adolfo Suárez, Presidente del Gobierno, con el Grupo Parlamentario de UCD tras la aprobación de la Constitución por el Congreso de los Diputados el 31 de octubre de 1978.

lugar se hablaba del momento en que se cumplieran las previsiones sucesorias. Luego, más adelante cuando los signos de deterioro físico arreciaban se acuñó la nueva expresión de cuando sucediera *el hecho biológico*.

Las evidencias quedaban desplazadas a favor de las convicciones que se profesaban de modo fervoroso en el entorno de la adhesión inquebrantable. Fuera de ese círculo, en la periferia, una y otra vez se procedía a una laboriosa elaboración del *wishful thinking*, desencadenada casi siempre a partir de un punto de ignición cinegético. En efecto, todo empezaba cuando crecían en intensidad los rumores de debilidad física mostrada por el Jefe del Estado en alguna partida de caza. Por ejemplo, un desvanecimiento que habría sufrido según se sabía de buena tinta. A partir de ahí, se encabalgaba la idea de que Franco proyectaba retirarse para dar paso al Príncipe Juan Carlos y se dejaba que corriera la voz entre el público propenso.

Así, hasta que el titular de la más alta magistratura aprovechaba o provocaba la ocasión y pinchaba el globo, desalentando a los maquinadores y reduciendo a escom-

bro todos sus trabajos. Bastaba para ello con que deslizara alguna frase en el discurso que le viniera más a mano. Por ejemplo “quien recibe el peso y acepta el honor del caudillaje, no puede darse al relevo ni al descanso”, “mientras Dios me dé vida estaré con vosotros” o “dado lo vitalicio de mi cargo”. De esta condición vitalicia Franco nunca tuvo dudas. Se cuenta que en algún momento de encendida protesta estudiantil, el Conde de Valledano Fernando Suárez de Tangil, titular de la cartera de Obras Públicas, intervino en una sesión del Consejo de Ministros para señalar alguna analogía de la situación con la actitud de los universitarios frente a la dictadura del general Miguel Primo de Rivera. Franco interrumpió al conde para señalarle las diferencias. Primo, dijo, tenía dos opciones -resistir o retirarse- pero “a mí solo me sacarán de aquí con los pies por delante”.

El caso es que para disipar cualquier habladuría que afectara a la salud o a la determinación de Franco, enseguida se procedía a difundir fotografías que demostraran su excepcional forma física. Un recurso del que se valía de manera ejemplar el aparato de propaganda del régimen de

Pekín filmando al “gran timonel” bañándose en el río Yangtsé. Cristóbal Páez, columnista de “Arriba” -el diario que encabezaba la Prensa y Radio del Movimiento y progenitor de uno de los hábiles gerentes que se sucedieron en el PP-, cifraba la plenitud de forma de Franco en su exigente agenda comprometida con “la caza, la pesca, el golf y la audiencia”. Y enseguida la agencia Efe documentaba gráficamente esas actividades, ya fueran masacres de perdices abatidas, salmones cobrados en los ríos asturianos, cachalotes izados a la cubierta del Azor; los diecinueve hoyos jugados en el Golf de la Zapateira o de San Sebastián o el listado de las audiencias civiles y militares recibidas en el palacio de El Pardo, el Pazo de Meirás o el palacio donostiarra de Ayete.

Los mejor avisados consideraban que cuanto más arreciaban y más frecuentes eran las proclamaciones de perennidad del régimen más signos inequívocos de lo contrario quedaban de manifiesto por aquello de dime de qué presumes y te diré de qué careces. De modo que, al final, en la defensa de la continuidad acabaron quedándose solos quienes alistados en los aparatos políticos y sindicales del régimen presentían que se jugaban nada menos que el cobro de su propia nómina de fin de mes. Otra cuestión es que muchos siguieran el ejemplo del tero, ese pájaro que en un lado pega los gritos y en otro pone los huevos, con el sólo efecto de hacer más patente la irremediable caducidad del sistema en fase de eclipse.

El preámbulo de la Ley del Movimiento decía que sus Principios “eran por su propia naturaleza permanentes e inalterables” pero, evitando fiarlo todo a esos desahogos dialécticos, Franco prefirió convocar el 29 de mayo de 1962 en el Cerro de Garabitas de la madrileña Casa de Campo a los Alféreces Provisionales, como precursores de la Confederación Nacional de Ex Combatientes, para entregarles otra garantía de continuidad, asegurándoles que todo quedaría “atado y bien atado, bajo la guardia fiel de nuestro Ejército”.

Por su parte, el almirante Luis Carrero Blanco, haciendo gala de su condición de exégeta más autorizado del generalísimo, había procedido poco después a patentar el hallazgo del “movimiento continuo”, que venía siendo buscado de modo tan incesante como infructuoso desde el comienzo de la humanidad. Así el que se pensaba incombustible ministro subsecretario de la Presidencia explicaba con las dotes pedagógicas que le caracterizaban cómo el acceso a la Jefatura del Estado requería la jura previa de

fidelidad a los Principios del Movimiento, a la manera de Alfonso VI en Santa Gadea de Burgos. Después, advertía, que si el juracantano los transgrediera incurriría en perjurio y perdería con ello toda legitimidad para continuar en el ejercicio del Poder del que habría de ser desalojado.

En estas estábamos cuando el 9 de julio de 1974, al producirse su ingreso hospitalario, quedó aclarado que Franco era hombre y que, en consecuencia, era mortal. Cuestión distinta es que quienes en el entorno familiar o político más próximo asumieron desde entonces el control de los cuidados que requiriese el paciente optaran por no ahorrarle la peor de las crueldades incluido un encarnizamiento final

que ni siquiera sus enemigos más enconados le habrían infligido. Pero cuando se averiguó imposible prorrogar la resistencia del agonizante más allá de la madrugada del 20 de Noviembre de 1975, afloró como un relámpago la caducidad del régimen y se abrió paso la conveniencia de optar por una transición que culminara homologando nuestro país con los de su entorno europeo. No habría franquismo sin Franco, como no había habido leninismo sin Lenin, ni stalinismo sin Stalin, ni nasserismo sin Nasser. Como si por su propia naturaleza ningún régimen personal pudiera mantenerse vigente más allá de la muerte del fundador.

Empezaba, pues, otro capítulo que estaba por escribir. Íbamos a defraudar a los hispanistas porque en vez de comportarnos como pasionales ribereños del Mediterráneo nos

inclinábamos a proceder con la frialdad de los bálticos, sin dar espectáculo, para asombro de propios y extraños. Fue un proceso difícil para el que no hubo facilidades por parte alguna porque los terroristas de ETA aceleraron sus atentados haciéndolos más mortíferos y porque la inteligencia de los reformistas se vio muchas veces confrontada con las impacencias rupturistas. Los conflictos, que en ocasiones fueron luminosos, evitaron incurrir en el cainismo y los consensos basados en la concordia huyeron de favorecer oscuridades cómplices.

El resultado fue la Constitución de 1978 que algunos recién llegados han querido presentar ahora como la suma de todos los miedos cuando fue la suma de todos los atrevimientos. No nos tocó en tómbola alguna. Requirió muchos esfuerzos y mucha generosidad de mucha gente que nunca pasó la cuenta. Estos días conmemoramos su cuarenta aniversario. Convendría que revisáramos aquellos momentos, recordáramos lo que entonces aprendimos y sintonizáramos con las actitudes que permitieron avanzar. Que sea para bien. ●

El resultado fue la Constitución de 1978 que algunos recién llegados han querido presentar ahora como la suma de todos los miedos cuando fue la suma de todos los atrevimientos. No nos tocó en tómbola alguna. Requirió muchos esfuerzos y mucha generosidad de mucha gente que nunca pasó la cuenta

NI SOMBRÁ DE
VIOLENCIA
EN LAS NIÑAS

La luz de
las niñas



entreculturas

ONG JESUITA PARA LA EDUCACIÓN Y EL DESARROLLO

laluzdelasninias.org



«Summa constitutionis»

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales celebra el cuarenta aniversario de la Constitución con una obra monumental que analiza de forma exhaustiva el pasado y el futuro de la Carta Magna

Por primera vez las librerías rebozan de obras y publicaciones conmemorativas de este singular aniversario en una eclosión editorial sin precedentes en la historia del constitucionalismo español. Tantas son las obras, libros y revistas que se no ofrecen que sería difícil enumerarlos y menos aun seleccionarlos con equidad y pertinencia. Y aún no están todos. Algunos están en camino, como el anunciado por *Tirant lo Blanc* y que ha levantado expectativas de originalidad en homenaje al catedrático Luis López Guerra, ex juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Magistrado emérito del Tribunal Constitucional, que con el título *Comentarios a la Constitución Española* ha sido ya presentado en Madrid por Yolanda Gómez Sánchez, Pablo Pérez Tremps y Óscar Alzaga Villaamil entre otros, aunque al día en que escribo no haya aun aparecido materialmente en estantes y escaparates de las librerías.

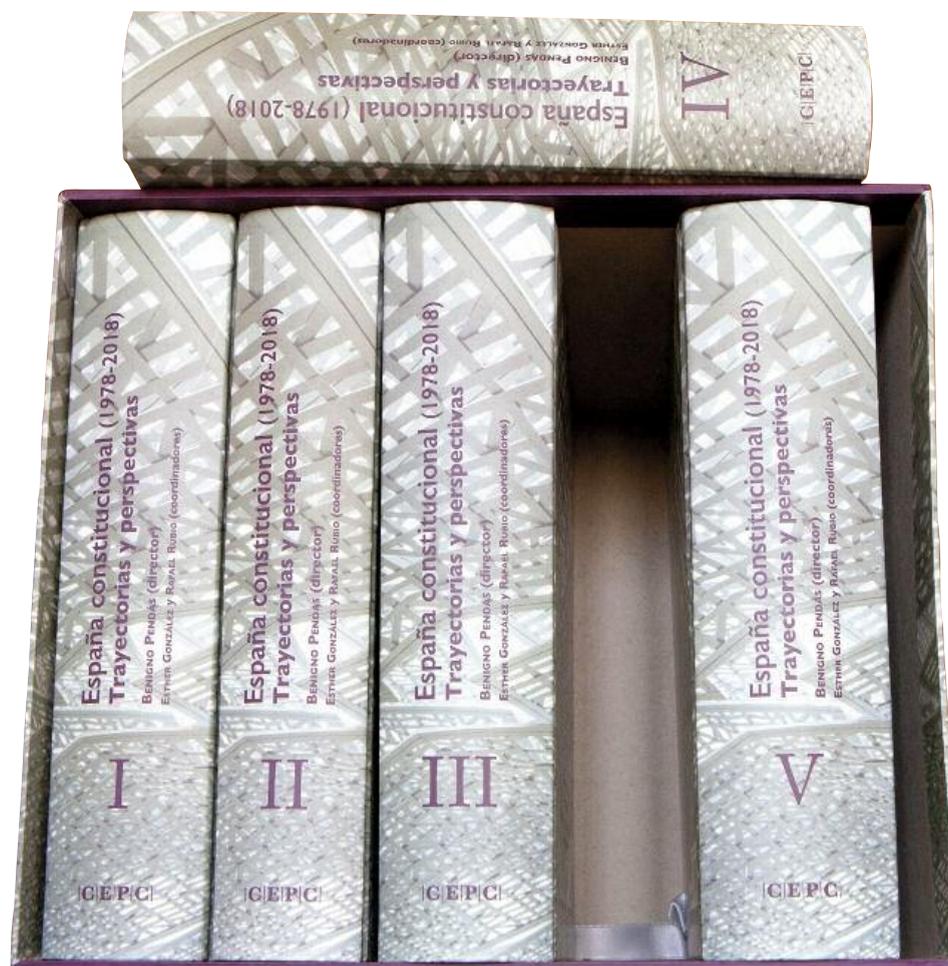
La efeméride lo justifica. Como es sabido, hace ahora 40 años, el 6 de diciembre de 1978, fue ratificado en referéndum por el 87,78% de los votantes -que representaban casi el 60% del censo electoral- el Proyecto de Texto Constitucional vigente que antes habían aprobado 325 (de 350) diputados y 226 (de 250) senadores, erigiéndose en acontecimiento preeminente en nuestra historia.

Era la primera vez que se establecía en España una verdadera *co-institutio*, es decir, una institución o carta conjunta o consensuada, no partidista o de ruptura. Era también la primera vez que se promulgaba una *lex suprema* con mandatos imperativos exigibles ante los Tribunales. La primera vez que se definían y delimitaban claramente las funciones de cada uno de los poderes del Estado. La primera vez que se consagraban derechos fundamentales expresión de valores superiores con vocación de supremacía incluso sobre las propias leyes. Y tal vez por estos méri-

Por su tamaño, su ambición, su consistencia y universalidad, destaca sobre todos los libros ya editados una obra ciclópea y con aspiraciones de alcanzar lo absoluto o la totalidad, editada en cinco voluminosos tomos por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

tos, hoy es también la primera vez que un texto constitucional (el de la Restauración ni se mantuvo de forma ininterrumpida en tiempo y texto durante tanto plazo) puede celebrar felizmente su cuarenta aniversario. Y lo puede hacer, pletórico de orgullo, en una celebración gloriosa, justificada y complacida en la que están participando los miembros más prominentes de todos los campos políticos, culturales y sociales del país.

Esa es la causa de la insólita proliferación editorial que citábamos, tanta que razones de tiempo y espacio nos obligan esta vez a restringir nuestra atención. No ha sido sin embargo difícil. Porque por su tamaño, su ambición, su consistencia y universalidad, destaca sobre todos los libros ya editados y me atrevo a aventurar también sobre los que se esperan, una obra ciclópea y con aspiraciones de alcanzar lo absoluto o la totalidad, editada en cinco voluminosos tomos por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, dirigida por Benigno Pendas, Director también del Centro, coordinada por dos miembros de su Consejo Editorial, Esther González Hernández y Rafael Rubio Núñez, a quienes todos debemos reconocer y agradecer el esfuerzo hercúleo que supone emprender y culminar trabajo tan descomunal solo comparable a los que asumió el héroe del mito aludido.



Es una obra colectiva de casi 300 autores representativos de todas las secciones del arco científico, político y doctrinal español, y como la Constitución parece reflejo de una voluntad compartida empeñada en conjugar tantos enfoques y perspectivas como hoy brillan en el firmamento constitucional de España

La obra, prologada por Su Majestad el Rey de España Don Felipe VI, se desarrolla como ya se ha dicho en 5 tomos, 300 capítulos y casi 5000 páginas, es también, como la carta magna que glosa, una obra colectiva de casi 300 autores representativos de todas las secciones del arco científico, político y doctrinal español, y como la Constitución parece reflejo de una voluntad compartida empeñada en conjugar tantos enfoques y perspectivas como hoy brillan en el firmamento constitucional de España.

Ese es su título, **España constitucional 1978-2018**. Su subtítulo **Trayectorias y perspectivas**, conceptos de matriz orteguiana como dice en el Prólogo el inspirador de la obra Benigno Pendas, quiere revelarnos su contenido: describir y examinar las trayectorias que ha seguido y sigue la España constitucional en estos 40 años, es decir, narrar su historia, y dar cuenta y razón de las perspectivas de futuro que se le presumen. Todo ello coordinando los distintos puntos de vista de los autores y consagrando la pluralidad para evitar el dogmatismo, aún con plena consciencia de las tensiones o choques que esta babélica integración puede originar. Ya nos avisa de ello el hecho de que en todas las portadas de cubiertas y fundas de la obra aparezca significativamente impresa la imagen que decora la Fundación Foster en Madrid repre-

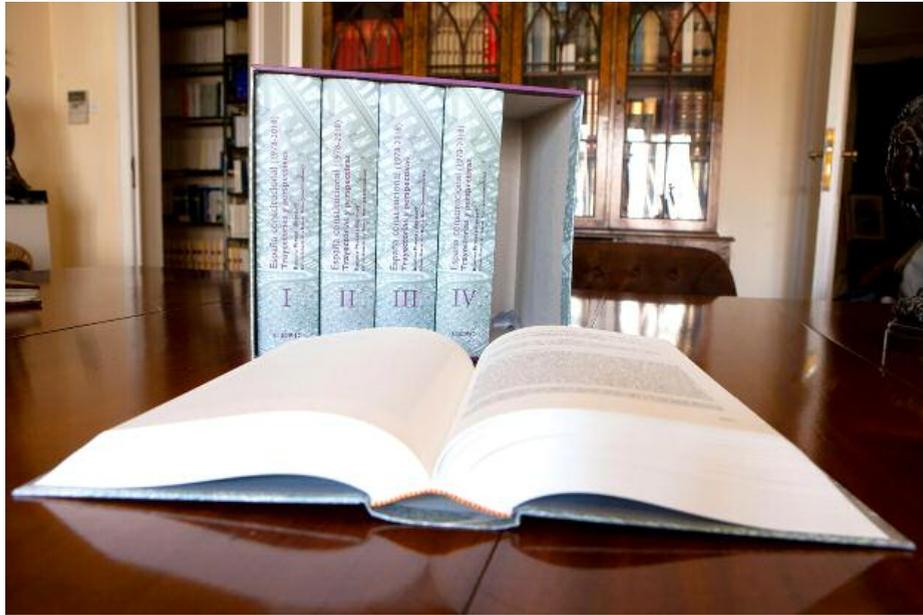
sentativa de la *ionosfera*, esa tercera capa atmosférica, situada mas allá de la estratosfera, pletórica de iones cargados de energía eléctrica.

El descomunal trabajo se presentó el 1 de octubre pasado en la Sala Constitucional del Congreso de los Diputados. Y el acto constituyó también una conferencia plural en la que informaron la Presidenta de la Cámara Ana Pastor,

la vicepresidenta del Gobierno Carmen Calvo, la magistrada del Tribunal Constitucional M^a Luisa Balaguer, la directora del Centro de EPC Yolanda Gómez Sánchez y el Director de la obra Benigno Pendas, lo que ratifica una vez más el carácter plural y a la vez integrador de la ponencia, corroborado también por el origen pluridisciplinar de los 300 autores de la obra y la variedad de tradiciones intelectuales, científicas y profesionales que representan. Hay hispanistas como Preston, que traza la semblanza del primer actor, Juan Carlos I, siguen lógicamente los llamados padres de la Constitución, Rodríguez de Miñón, Pérez-Llorca o Roca Junyent, políticos de distintos credos

como Gil Robles, Martín Villa o Nicolás Sartorius, filósofos como Gomá o catedráticos egregios como Garrigues, Tamames, Morodo, Laporta o Atienza, constitucionalistas como Sosa Wagner, López Guerra, López Aguilar o Diego López Garrido, incluso algunos recién fallecidos como Olivencia o Aurelio Menéndez, periodistas como Luis María Anson, economistas como Schwartz, magistrados como Encarnación Roca, Gimeno Sendra o Torres Dulce, o los Presidentes del Tribunal Constitucional desde García Pelayo a Pascual Sala o Emilia Casas, Martín Mingarro como representante de la abogacía, Gonzalo Aguilera de los registradores de la propiedad y en nombre del Notariado, su Presidente Jose Ángel Martínez Sanchiz... y así hasta los trescientos.

Una relación dispar y polifacética que quiere ser omni-comprehensiva, tanto como quiso ser esta Constitución y lo es la obra gigantesca que comentamos, que ambiciona agotar el estudio tanto de las trayectorias que han seguido en estos 40 años la sociedad, el Estado, las instituciones que ampara y la propia Carta Magna con su texto prácticamente incólume, como las perspectivas, no tan halagüeñas por cierto, a que está expuesta y que muchos le auguran, a pesar de que, como indicó el Rey, esta Constitución, fruto de la concordia y el deseo de reconciliación y paz, es una lección de convivencia que dignifica la política, y engrandece nuestra historia, como la mejor prueba de la generosidad, la madurez y la responsabilidad de todo un pueblo que gana la democracia y la libertad.



Su objetivo es describir y examinar las trayectorias que ha seguido y sigue la España constitucional en estos 40 años, es decir, narrar su historia, y dar cuenta y razón de las perspectivas de futuro que se le presumen

bibliotecario de *El hombre sin atributos* que manejaba y aconsejaba de libros sin haber leído ninguno, y quedarnos con la *visión de conjunto* que se propone y que es suficiente para que cualquier lector cultivado pueda desplegar su

capacidad de orientación y navegar con éxito en obra tan extensa.

Porque estamos ante una enciclopedia que discurre sobre todos y cada uno de los problemas y conflictos que una constitución puede plantear y que pueden ser infinitos. Si analizamos por ejemplo, como muestra, el propio nombre y concepto *Constitución*, advertiremos que su misma esencia, ontológicamente hablando, contiene elementos en colisión permanente. Nace con vocación de duración a perpetuidad, y al tiempo y de forma contradictoria, de flexibilidad y progresiva adaptación a las evoluciones de la sociedad constituyente, lo que la condena inexorablemente a posibles cambios o derogaciones, unas *de facto* por circunstancias sobrevenidas (ingreso en la CEE por ejemplo) o previsibles y tácitamente convenidas (orden de sucesión a la corona, por ejemplo), pero otras, mas graves, por posibles demandas de cambios profundos en el texto que en ocasiones pueden envenenar la convivencia constituida hasta degenerar en una crisis con quiebra constitucional. Otro ejemplo. También tiene raigambre estructural el conflicto intrínseco en cualquier constitución de la supremacía de los derechos humanos y valores universales sobre ella o a la inversa. O dicho de otro modo, si los principios jurídicos quedan por encima de la democracia o también están supeditados a la soberanía popular. Porque si se hacen prevalecer los principios se esta *limitando* la capacidad de una sociedad para *constituirse*, y si se estatuye una democracia desahogada se está aceptando que ésta puede vulnerar los derechos básicos y hasta la propia Constitución

Esta magna obra, *summa o universalia* de una Constitución ejemplar, magníficamente prologada por su promotor, desarrolla a través de sus páginas en los dos primeros tomos la semblanza de los protagonistas, la historia, fundamentos, debate y valoración del texto constitucional, su perspectiva cultural, económica, ética y comparada, y a partir del Tomo III analiza concienzudamente los conceptos, los principios en que se basa, las instituciones que crea y regula, el contenido del articulado que la integra, etc., y desde luego y de forma primordial los problemas y conflictos sobre los que se asienta y plantea.

Bien seguro que hasta las contradicciones de raigambre estructural con que nos topamos en cualquier texto constitucional las encontraremos solidamente tratadas por unos interpretes que con sutil sensibilidad hermenéutica, sabrán neutralizar o equilibrar mediante limitaciones compensatorias recíprocas

Puede parecer pretencioso comentar un libro sin haberlo leído en su integridad. Pero no siempre es así. Podría alegar que ya el maestro de la *no-lectura* como se llamó a Paul Valéry defendió que en ocasiones hojear un libro puede ser la manera más eficaz de apropiarse de él respetando su naturaleza profunda y su capacidad de enriquecimiento evitando perderse en los detalles. Pero no es alegato válido para una obra como la que comentamos concebida para el hojear y la consulta, aunque ésta sea ya imprescindible. Bastará por el momento adoptar la posición de la *no-lectura activa* que *Robert Musil* encarna en el

que se dio, lo que significa expulsar de su seno la misma idea de Estado de Derecho que es la que genera la voluntad constituyente.

Son ejemplos de contradicciones de raigambre estructural con las que topamos de entrada en cualquier texto constitucional y que encontraremos sólidamente tratadas, y desde puntos de vista divergentes, en la obra que comentamos, y que los intérpretes, con sutil sensibilidad hermenéutica, tratarán de neutralizar o equilibrar mediante limitaciones compensatorias recíprocas. Y la misma receta se aplicará a los múltiples dilemas y conflictos que el texto constitucional plantea. Llama por cierto la atención la cantidad de autores que, aun reconociendo los méritos indiscutidos reales y virtuales de esta Constitución, demandan reformas, en ocasiones además discordantes, caso de la reforma electoral o territorial de España. Pero ello es lógico. Porque como advierte en el Prólogo, Benigno Pendas, la Constitución tiene 40 años, y ha perdido lógicamente la inocencia feliz de los tiempos en que nació, pero a juicio

No esconde los conflictos por preocupantes que sean. Los plantea y hace propuestas. Con plena consciencia desde luego de las discordias y tensiones latentes en tan magna obra

de casi todos aún está en condiciones de prestar muchos y buenos servicios a la concordia cívica que tantas veces se ha quebrado en nuestra historia.

En resumen, estamos ante una obra enciclopédica, una *summa constitutionis* total que aborda todas las cuestiones y analiza todo lo referente, los sujetos, los derechos, los proyectos, los métodos, las pretensiones, las iniciativas. Y las analiza en todas sus fases y facetas. Y no esconde los conflictos por preocupantes que sean. Los plantea y hace propuestas. Con plena consciencia desde luego de las discordias y tensiones latentes en tan magna obra. Quizá esta sea la razón de que tomos, fundas y cubiertas tengan impresa, como se dijo, la reproducción de la ionosfera llena de átomos con carga eléctrica, cuya autora, Cristina Iglesias, define como *A place of silent Storms*, un *lugar de tormentas silenciosas*. ●

José Aristónico García Sánchez es Decano honorario. Presidente de El Notario del Siglo XXI

Normas de estilo para la publicación de artículos

1 Los artículos publicados en EL NOTARIO DEL SIGLO XXI han de ser siempre de **contenido original**, y no excesivamente largos. Los artículos deben mantenerse entre 1 y 3 páginas convencionales (tipo Arial 11, sin interlineado), equivalente a **entre 1.500 y 2.500 palabras** (máximo 13.000 caracteres sin espacios, 15.000 con espacios).

2 Los artículos han de utilizar el estilo propio de **colaboraciones periodísticas**: frases y párrafos se suceden de manera natural, eludiendo numeraciones o guiones, etc. En cambio, las distintas partes del artículo pueden ir separadas por pequeños titulares o subtítulos de no más de 8 palabras. Debe limitarse el número de **notas al pie de página** como máximo a 2 ó 3, siempre breves.

3 En el texto, es posible utilizar **negritas** moderadamente y sólo para cuestiones que se desea expresamente destacar, y **"cursivas"** para citas, referencias, etc. No así los subrayados, que nunca aparecerán en el texto impreso.

4 Le rogamos que subraye dentro del artículo aquellos párrafos que usted considera que, por su importancia, debemos llevar a **"destacados"** (párrafos que aparecen intercalados en el texto con letra de mayor tamaño y generalmente a color).

5 Se redactará un **resumen** (abstract) en torno a unas 10 líneas del artículo, que posteriormente traduciremos al inglés. Asimismo, al final del resumen se insertará el subtítulo **"Palabras Clave:"**, seguido de un máximo de tres palabras clave que la identifiquen en su contenido.

6 Se valorará la introducción de **bibliografía** que contemplen las referencias de documentos impresos, bibliohemerográficos, electrónicos y audiovisuales citados en el cuerpo de la colaboración. Los autores consultados, pero no citados, no se incluyen en las referencias. La cita puede hacerse según las normas del Manual de Publicación APA (en orden alfabético) o el Vancouver (en orden de aparición), respetando la concordancia entre las citas realizadas en

el cuerpo de trabajo y las mencionadas en las referencias.

7 Puede incluirse una **dirección de correo electrónico** del autor junto a la firma del artículo. Dicha inclusión no es imperativa, y por lo tanto queda a su elección.

8 Con el fin de ilustrar su colaboración, le rogamos nos haga llegar en formato electrónico una **fotografía** suya de busto, con suficiente resolución para ser reproducida (tamaño mínimo 1MB)

9 Con el fin de adaptar la maquetación de la colaboración al contenido del artículo, se sugiere a los autores que faciliten **ideas de ilustración** para el mismo, pudiendo indicar incluso **píes de foto** para las imágenes.

10 Por último, y aunque comprendemos que esto entraña particular dificultad, le encarecemos un esfuerzo adicional para el cumplimiento de los **plazos** de llegada de los originales.

Envíenos sus colaboraciones a revista@madrid.notariado.org



ALBERTO J. TAPIA HERMIDA
La responsabilidad civil del notario y su aseguramiento.

PEDRO JOSÉ GARRIDO CHAMORRO
La prueba documental en la economía digital.

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO
La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad.

ÁLVARO LUCINI MATEO
El documento público notarial en la perspectiva del proyecto de digitalización del Derecho europeo de sociedades.

JESÚS ALFARO AGUILA-REAL
Efectos de los acuerdos sociales inscribibles no inscritos.

ENRIQUE BRANCÓS NÚÑEZ
Panorama europeo en relación a la escritura pública en soporte electrónico.

FERNANDO GOMÁ LANZÓN
Actas y escrituras notariales: ámbito y aplicaciones en el mundo digital.

JOSÉ LUIS LLEDÓ GONZÁLEZ
Los Notarios y el pacto de Estado por la Justicia

ÁNGEL CARRASCO PERERA
Garantías y Registros sobre equipos aeronáuticos en el Convenio de Ciudad del Cabo.

SEGISMUNDO ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA
Traslado de domicilio social dentro de la CEE.

PEDRO CARRIÓN GARCÍA DE PARADA
Reglamentos europeos sobre regímenes económico-matrimoniales y parejas registradas.

JUAN PÉREZ HERESA
Contribución del notario a la seguridad del crédito inmobiliario.

JUAN JOSÉ ÁLVAREZ-SALA WALTHER
La función notarial entre la privacidad y la transparencia.

PROF. DR. REINER SCHULZE
La Protección de los consumidores en la contratación digital.

DE RECIENTE APARICIÓN
CONFERENCIAS DEL CURSO 2017/2018

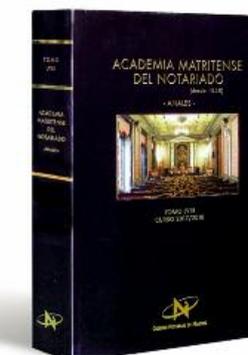


**ACADEMIA
MATRITENSE DEL
NOTARIADO**

- ANALES -

TOMO LVIII

CURSO 2017/2018



Precio: 50€ (IVA inc.)
Pedidos en librerías jurídicas y en el Colegio Notarial de Madrid



MUTUALIDAD ABOGACÍA

70 años proporcionando tranquilidad y seguridad a los profesionales del mundo del derecho y a sus familias.

+ de 196.000
mutualistas.

+ de 6.600 M/€
de ahorro gestionado.

+ del 5 %
de rentabilidad¹.

**Tú también
puedes ser
mutualista**

Plan Universal

Para complementar tu jubilación

Plus Salud

Seguro médico privado

**37 €/mes para
nuevos mutualistas²**

Plan de Ahorro 5

Ahórrate los impuestos

Plan Junior

Ahorro para los más pequeños de la familia

www.mutualidadabogacia.com
sam@mutualidadabogacia.com | T. 914 35 24 86

¹ 5,39 % de rentabilidad media del Plan Universal desde su creación en 2005. Rentabilidad a cuenta para el trimestre actual del Plan Universal, Ahorro 5 y Plan Junior: 4 %.

² 3 primeros años para menores de 50 años, modalidad Premium Dental. Cuadro médico de Adeslas.