



NOTA INFORMATIVA Nº 3/2010

La Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Madrid en sesión celebrada el día 22 de febrero de 2010 acordó circular la siguiente nota informativa a todos los colegiados:

NOTA INFORMATIVA SOBRE LAS MENCIONES A CONSIGNAR EN LAS COPIAS DE DOCUMENTOS NOTARIALES QUE CONTENGAN OBLIGACIONES EXIGIBLES EN JUICIO EJECUTIVO.

La Junta Directiva acuerda aprobar la siguiente Nota Informativa y comunicarla a sus colegiados y notificarla al Consejo General del Notariado:

La reforma introducida en el Reglamento Notarial por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, ha incluido, entre otros muchos, un cambio importante en la materia referida a las copias y testimonios de escrituras y pólizas que contienen obligaciones exigibles en juicio ejecutivo. La modificación se ha centrado fundamentalmente en los artículos 233 y 250 del Reglamento que han recibido una nueva redacción que, lejos de limitarse a meras cuestiones formales o de detalle, han recreado, en cierto modo, el propio sistema de ejecución de títulos notariales. Esto no ha de extrañarnos si tenemos en cuenta que ambos artículos son consecuencia obligada de la profunda reforma llevada a cabo en el artículo 17 de la Ley del Notariado tras la redacción que al mismo le ha dado la Ley 36/2006, de 29 de noviembre.

Las dudas surgidas en su aplicación aconsejan la redacción de la presente nota, que viene además urgida por el conocimiento que esta Junta Directiva ha tenido de ciertos casos de inadmisión de demandas ejecutivas por parte de algunos Juzgados derivados del hecho de haber sido omitidas determinadas menciones en las copias y testimonios de títulos presentados para su ejecución. Es cierto que los posibles problemas se plantean con carácter transitorio, pero ello no resta importancia a los mismos.

Su adecuado estudio exige distinguir entre pólizas y escrituras públicas, diferenciando en ambos casos entre el régimen anterior y el posterior a la entrada en vigor de la Ley 36/2006 y del nuevo Reglamento Notarial.

1º).- PÓLIZAS.

A).- Como es de sobra sabido, el régimen documental de la póliza ha sido profundamente afectado por la nueva redacción que al artículo 17 de la Ley del Notariado otorgó la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, al establecer que "el no-

tario conservará en su libro-registro o en su protocolo ordinario el original de la póliza en los términos que reglamentariamente se disponga" (art. 17.6).

Como consecuencia de ello el nuevo artículo 17.7 señala que "a los efectos de lo dispuesto en el artículo 517.2.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considerará título ejecutivo el testimonio expedido por el notario del original de la póliza debidamente conservada en su libro-registro o la copia autorizada de la misma acompañada de la certificación a que se refiere el artículo 572.2 de la L.E.C.:"

Conviene recordar que el artículo 517.2.5 de la L.E.C. señala que llevan aparejada ejecución "las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro-registro y la fecha de éstos".

La necesidad de esta certificación era lógica y obligada en el sistema anterior de circulación de las pólizas (circulaba el original) pero carece de sentido con el sistema actual por lo que ha dejado de ser necesaria pues, bien en el testimonio o bien en la copia, como veremos a continuación, el notario hará constar su coincidencia con el original que él conserva así como la fecha de intervención. Es cierto que el artículo 517.2.5 de la L.E.C. no ha sido formalmente derogado, pero parece claro que ha de entenderse completado (o mejor, implícitamente derogado) con lo que señala en la actualidad el artículo 17.7 de la Ley del Notariado. No otro puede ser, además, el sentido de la referencia inicial que dicho párrafo hace precisamente al artículo 517.2.5 de la L.E.C.

El desarrollo reglamentario de las modificaciones que comentamos está constituido por el nuevo artículo 250 del Reglamento Notarial (complementado por el párrafo 4º del artículo 241 para los supuestos en los que la póliza se incorpora al protocolo ordinario) que establece minuciosamente los requisitos que han de reunir los testimonios que se expidan de los originales de las pólizas conservadas por el notario en su libro-registro. Este artículo regula las características que todo testimonio de las pólizas conservadas en el libro-registro ha de tener, con una especial referencia a los testimonios expedidos con finalidad ejecutiva.

En lo que aquí nos interesa y respecto de estos últimos, hay que señalar que, entre dichos requisitos, se encuentran los que exigen que, además de indicar el nombre de la persona o entidad a cuya solicitud se expide el testimonio, se haga constar si la finalidad del mismo es o no ejecutiva, señalando también, si es ejecutiva, que el solicitante no ha pedido otro con tal carácter.

La finalidad de esta última mención, de gran importancia, es la de asegurar la imposibilidad de una doble ejecución derivada de la misma deuda documentada en la póliza.

La redacción de este nuevo artículo 250 es clara y el régimen en él establecido será de aplicación a las pólizas que hayan sido suscritas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 36/2006, entrada en vigor que tuvo lugar el uno de diciembre de 2006. Conforme a ello, el título ejecutivo estará constituido por el testimonio de la póliza expedido con los requisitos señalados en este artículo 250.

Y en el supuesto de que el notario haya optado por conservar el original de la póliza en su protocolo ordinario, el artículo 241, en su párrafo cuarto, establece un régimen idéntico (por remisión al artículo 233 al que luego nos referiremos), si bien cambiando obviamente los términos que pasan a ser los de “copia autorizada con carácter ejecutivo” en vez de “testimonio”.

En ambos casos, testimonio o copia, se prescinde del certificado de conformidad de póliza a la que hace referencia el artículo 517.2.5º de la L.E.C. y que ahora aparece suplido con la aseveración que hace el notario de que el contenido del testimonio o de la copia “coincide exactamente con su original” (Véase art. 241-4º que lo señala expresamente).

Conforme a todo lo dicho y a modo de recapitulación, habrá que decir que, a partir de ahora, habrá dos clases de testimonios (si la póliza se conserva en el libro-registro) o de copias (si se conserva en el protocolo): los expedidos con carácter ejecutivo y los expedidos sin dicha condición. Habrá que decir expresamente en la nota de expedición el carácter con el que se expide y no olvidar indicar, en el caso de que se trate de testimonios expedidos con carácter ejecutivo, quién es el solicitante así como que éste no ha pedido con anterioridad otro testimonio con tal carácter ejecutivo.

Precisamente esta última mención implica que solamente se puede expedir UN testimonio con eficacia ejecutiva. En caso de que se pretendiera expedir otro con tal condición, habrá de contarse con el consentimiento de los interesados (los deudores, en definitiva). No lo dice expresamente el artículo 250 pero habrá que entender que es así por establecerlo así expresamente el artículo 233 del Reglamento para las copias de las escrituras y concurrir en ambos casos identidad de razón.

B).- Alguna particularidad hay que reseñar en la determinación del régimen al que han de quedar sometidas las pólizas suscritas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley pero cuya ejecución se insta con posterioridad a dicha entrada en vigor.

En esos casos (y conforme al derecho vigente al tiempo de la suscripción e intervención de la póliza) el título ejecutivo estaba constituido por el original de la póliza completado con el certificado de conformidad con el asiendo del libro registro al que se refiere el artículo 517.2.5º de la L.E.C. ya visto.

Estamos pues ante dos sistemas diferentes: el anterior a la Ley 36/2006 que exige original de la póliza y certificado de conformidad y el posterior que, al implicar que el original queda en poder del notario, exige testimonio (o copia si la póliza ha ido al protocolo) con fuerza ejecutiva.

Pues bien, habrá que pensar que el sistema anterior sigue vigente con respecto a las pólizas antiguas, sin que se les aplique el nuevo régimen del artículo 250 del Reglamento.

El principio general de respeto a las situaciones jurídicas existentes con anterioridad así lo exige. Es cierto que la posible ejecución se produce estando ya vigente la nueva normativa. Pero no es menos cierto que el nuevo artículo 250

no aporta mayor garantía ni seguridad a la ejecución de las pólizas antiguas. Y además establece un sistema radicalmente incompatible con el sistema de ejecución anterior.

En efecto, es obvio que, en estos casos, puesto que existe un único original en poder del acreedor-ejecutante, su presentación implica la imposibilidad de una doble ejecución. No hay, pues, peligro, por esa vía. Pero es que, además, pretender aplicar el artículo 250 del Reglamento Notarial a estos supuestos no tiene sentido por cuanto que la reproducción que el notario haga de lo que consta en su libro registro no es de un original. Por su propia naturaleza, el notario sólo podrá decir que está expidiendo una "copia de la copia del original" que está en su libro registro.

Aunque hubiera sido deseable mayor claridad, no es ajena a esta solución la dicción literal de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 45/2007 aprobatorio del nuevo Reglamento Notarial cuando señala que "las certificaciones de asiento de las pólizas intervenidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 36/2006 de 29 de noviembre...se regirán por las disposiciones del Real Decreto 1251/1997 de 24 de julio". Aquí estaba contenido el régimen reglamentario de los antiguos corredores de comercio colegiados y más en concreto es en el artículo 36 del mismo en el que se contenía la regulación del certificado de conformidad con los asientos del libro-registro.

2º).- ESCRITURAS.

A).- En lo que se refiere a las escrituras públicas, el nuevo régimen de las copias es el contenido en el nuevo artículo 233 del Reglamento Notarial, reformado para adecuarlo a la nueva redacción del artículo 17.4 de la Ley del Notariado en la formulación de la Ley 36/2006.

Merece la pena detenerse, en primer término, en este último artículo, el 17.4. Se dice en él: "Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes. A los efectos del artículo 517.2.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter. Expedida dicha copia, el notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la solicitó".

Este artículo también introduce notables novedades con respecto a la situación anterior desde el momento en el que se desvinculan los conceptos de "primera copia" y "título ejecutivo". En efecto, este artículo 17.4 nos está diciendo que la primera copia es aquélla que tiene derecho a obtener "por primera vez" cada uno de los otorgantes. Es decir, el concepto de "primera copia" que maneja está referido ahora, a diferencia de la situación anterior, únicamente al carácter cronológico de la misma, la que se expida en primer lugar para cada otorgante. Nada tiene que ver con su carácter ejecutivo o no. El carácter ejecutivo de las copias viene determinado a continuación, en la frase siguiente, no por su condición de primera o segunda copia, como sucedía hasta ahora, sino por haber sido expedida con tal carácter de ejecutiva. Lo que lleva aparejado ejecución ("a los efectos del artículo 517.2.4 de la L.E.C.", nos dice el artículo 17.4) es la copia que el interesado solicita que se le expida con carácter de ejecutiva. (Como muy bien dice A. Rodríguez Adra-

dos, a partir de ahora podrá haber una primera copia – en sentido cronológico - sin efectos ejecutivos y una segunda copia con dichos efectos).

El desarrollo reglamentario de este precepto es, como hemos dicho, el artículo 233. En él se nos indica, reiterando el contenido del artículo 17.4 de la Ley, que se considera título ejecutivo “aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter”. Añade a continuación la necesidad de expresar, en toda copia de escritura que contenga obligación exigible en juicio, si dicha copia se expide o no con carácter ejecutivo, así como la necesidad de incluir también la mención de que no ha sido expedida otra copia con anterioridad con igual carácter ejecutivo. Es decir, el régimen es el mismo que el del artículo 250 visto.

Ha desaparecido, muy acertadamente, cualquier referencia a la distinción antigua entre “primera” y “segundas o posteriores copias” (aunque aún se conserve una inadecuada e incorrecta alusión en el párrafo tercero de este artículo 233 a ello). A partir de ahora no habrá “primeras” y “segundas o posteriores” copias en el sentido y con los efectos que tales expresiones tenían en el reglamento anterior. Solamente hay ahora copias expedidas “con carácter ejecutivo” y copias expedidas sin tal carácter. Y con carácter ejecutivo únicamente puede ser expedida UNA copia, que lo es a instancia del acreedor ejecutante. Nuevas copias con tal eficacia solamente pueden ser libradas “con sujeción a lo dispuesto en la L.E.C.” (artículo 233-2º R.N.), esto es, con la conformidad de los deudores.

Late aquí también en el fondo y en la forma de esta nueva regulación el deseo de evitar una posible doble ejecución por una misma deuda, al igual que sucede con las pólizas.

La nueva regulación es clara y su aplicación a las escrituras otorgadas tras la entrada en vigor de la ley 36/2006 es indudable.

B).- Pero también aquí, como en las pólizas, surgen ciertas incertidumbres en torno a la determinación del régimen aplicable a las copias de las escrituras (que contengan obligación exigible en juicio ejecutivo) otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 36/2006 pero cuya ejecución es instada con posterioridad a ella.

En el sistema anterior (véase el antiguo artículo 233 del Reglamento y el anterior artículo 17 de la Ley del Notariado) el carácter ejecutivo de las copias de las escrituras estaba determinado por la condición de “PRIMERA” copia (que tenía tal carácter) y “SEGUNDA o posteriores”, que carecían de fuerza ejecutiva. Esto suponía que la copia expedida con la mención de “primera” a instancia del acreedor era la única que podía servir de base para instar el juicio ejecutivo. Incluso si se expedía una segunda o posterior copia, era necesario indicar que la misma carecía de efectos ejecutivos. (Véanse los dos primeros párrafos del artículo 233 en su redacción anterior). De ahí que el artículo 517.2.4 de la L.E.C. dijese que “sólo tendrán aparejada ejecución...las escrituras públicas con tal que sea primera copia”.

Obsérvese que el concepto que se escondía detrás del término “primera” o “segunda y posteriores” copias venía determinada no tanto por su carácter

cronológico cuanto por el contenido de derechos que cada una de ellas incorporaba, ejecutiva una y carente de ejecutividad la o las otras. La "primera copia" era efectivamente la que en primer lugar se libraba, pero, además, y esto era lo importante, era la única que tenía efectos ejecutivos. Como podían ser expedidas "dos primeras copias" (una a instancia de cada otorgante), la "primera copia" librada a instancia del acreedor era la que se utilizaba para instar la ejecución.

Por ello eran antes muy frecuentes los casos en los que, ante la posible pérdida del título ejecutivo (la "primera" copia), la copia que se expedía en primer término con el carácter de "primera" lo era a instancia de los deudores (a efectos, por ejemplo, de la inscripción en el registro de la propiedad), de tal manera que el acreedor siempre conservaba la posibilidad de solicitar posteriormente "su primera copia ejecutiva" para el supuesto de que fuera necesario instar dicho juicio.

Este mismo temor, la pérdida del título ejecutivo, era el que estaba detrás de las cláusulas que se contenían -y se siguen conteniendo en las escrituras actualmente - permitiendo la posibilidad de solicitar copias con carácter ejecutivo por parte del acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor; cláusulas éstas que han sido puestas en duda por la resolución DGRN de 2 de septiembre de 2005.

Pues bien, es este sistema anterior el que ha de ser mantenido y considerado vigente con respecto a las escrituras otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 36/2006. Igual que se decía con respecto a las pólizas, la alteración del sistema no puede perjudicar a las situaciones nacidas bajo la vigencia del régimen anterior, lo que ha de suponer que las primeras copias expedidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 36/2006 no pueden perder su eficacia ejecutiva.

Esto significa que, a la hora de instar la ejecución de títulos anteriores a la entrada en vigor de la ley tantas veces dicha, nos podamos encontrar con las dos situaciones siguientes:

---Que no haya sido expedida con anterioridad a favor del acreedor una "primera" copia, en el sentido que tal término tenía en el antiguo texto del artículo 233 visto. (Por ejemplo, que hubiese sido librada primera copia con anterioridad pero a nombre del deudor ejecutado). En este caso se podrá expedir una nueva copia a instancia del acreedor, que tendrá carácter ejecutivo. Y como antes no había sido expedida ninguna otra a su instancia, no habrá obstáculo alguno en decir en la nota de expedición (es más, habrá que insertarlo necesariamente) que tal copia tiene la condición de ejecutiva y que no ha sido expedida con anterioridad otra copia con tal carácter a favor de él.

---Que hubiese sido expedida "primera" copia a instancia del acreedor, en cuyo caso tendrá que ser ésta última la que sirva de base a la ejecución sin más requisitos siempre que conste con claridad tal carácter de "primera" copia. En este caso no podrá ser librada otra copia con carácter ejecutivo a instancia del acreedor, pues ya había sido librada una.

Este segundo supuesto es el que más problemas puede plantear (y de hecho los ha planteado). Por un lado, ha habido algún caso en el que en algún Juzgado no ha sido admitida como título ejecutivo la "primera copia" de una escritura expedida antes de la entrada en vigor de la Ley 36/2006 por no incorporar la mención expresa del carácter ejecutivo y por no decirse en ella que no había sido expedida antes otra con tal carácter (es decir, lo que ahora exige el artículo 233 del Reglamento pero que antes no se exigía).

Por pura lógica tales menciones no podían haber sido incorporadas a copias expedidas antes de la entrada en vigor del nuevo Reglamento. Pero es que, además, tales menciones no eran necesarias conforme al sistema anterior porque en él el carácter de "primera copia" suponía que no podía existir otra copia ejecutiva en poder del acreedor. Y además no se podían expedir "segundas o posteriores copias" que tuvieran tal carácter ejecutivo, salvo consentimiento expreso de los interesados. Y si se expedían sin el citado consentimiento, era necesario hacer constar en la suscripción que la copia carecía de efectos ejecutivos. Así lo decía expresamente el artículo 233 del Reglamento. No se podrá rechazar, pues, una ejecución por la ausencia en la "primera copia" de tales menciones.

Pero precisamente para evitar el problema al que se acaba de hacer referencia, se está pretendiendo en algunos casos por parte de abogados y gestores que se libere una nueva copia con las menciones del artículo 233 nuevo aun existiendo una "primera copia" librada con anterioridad. Pero hay que insistir en que eso no tiene sentido porque esta "segunda copia" no podrá tener carácter ejecutivo, como acabamos de ver, y así habrá que decirlo al expedirla ya que, además, habrá que transcribir la nota de expedición de la "primera copia" que es la que tiene eficacia ejecutiva.

Si aún así, el acreedor ejecutante insiste en la obtención de otra copia, habrá que hacer constar en ella cuándo, cómo y a instancia de quién se expidió la anterior y que fue esa anterior la única que tenía carácter ejecutivo. De todas formas, como son frecuentes las cláusulas insertas en las escrituras que permiten la obtención por parte del acreedor de segundas copias con carácter ejecutivo sin consentimiento del deudor, siempre se podrá expedir con tal carácter haciendo constar que la expedición se hace amparándose en la cláusula de la escritura que lo permite, y sin que en este momento entremos en la polémica acerca de la validez o no de estas cláusulas.

C).- ¿Tiene sentido después de todo lo dicho el seguir numerando las copias que se expidan?

No se olvide que el artículo 240 del Reglamento Notarial (cuya redacción no ha sido modificada por la reforma operada por el R.D. 45/2007) ya establecía la innecesariedad de hacer constar la numeración de las copias de las escrituras, salvo cuando se tratase de escrituras de negocios jurídicos que contuvieran obligación exigible en juicio ejecutivo o contuvieran sumas aplazadas (letras b y c).

Esta excepción tenía su razón de ser conectada a la redacción anterior del artículo 233, según hemos visto. Al haber cambiado la redacción de este último artículo con la desaparición de los términos de "primeras" y "segundas o pos-

teriores" copias que en él se contenían y de su significación, carece también por completo de sentido el seguir numerando las copias en lo referente a escrituras que contengan obligación exigible en juicio ejecutivo. Para éstas habrá ya solamente, como tantas veces hemos repetido, "copias ejecutivas" y "copias no ejecutivas".

Es cierto que la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados sigue ligando la sujeción a AJD al carácter de "primera copia" pero en este caso la ley fiscal se refiere a la primera copia cronológica. Es decir aquella que se libra para su circulación e inscripción en los registros, con independencia de su condición ejecutiva o no.

Finalmente y a título de recomendación hay que señalar que, con carácter general, no es conveniente librar al tiempo del otorgamiento ni copias ni testimonios con carácter ejecutivo. Tanto el testimonio (para pólizas) como la copia (para escrituras) que se libran por primera vez al tiempo del otorgamiento han de ser expedidos SIN CARÁCTER EJECUTIVO, reservando la expedición de los testimonios y copias con fuerza ejecutiva solamente cuando vaya a ser instada la ejecución. Se evita así que una pérdida de la copia o del testimonio (si éstos fueron expedidos con carácter ejecutivo en un primer momento) pueda provocar graves dificultades de ejecución al no ser fácil, como puede suponerse, conseguir el consentimiento de los ejecutados para librar nuevas copias o testimonios ejecutivos.

Lo que se comunica a los efectos oportunos.

Madrid, 23 de febrero de 2010.

EL SECRETARIO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Enrique García Labajo', with a long horizontal stroke extending to the right.

Luis Enrique García Labajo

Sres. Notarios del ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE MADRID.