informativa de derecho privado y registral

LUNES 4'30

Año 5 - Núm. 101 - 2ª Quincena, Mayo, 1992

informativa de derecho privado y registral
LUNES 4'30

sumario

Año 5 - Núm. 101 - 2ª Quincena, mayo, 1992

CASOS PRACTICOS 2

RESOLUCIONES 13

SENTENCIAS 20

ENUMERACIÓN DE LOS SUJETOS EN LAS RELACIONES JURÍDICAS INMOBILIARIAS por Ramón de la Rica 25

LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES ANTE EL TIME-SHARING: TÉCNICAS ... por E.M.-Piñeiro 39

HUMOR **Corral Jr.** 45

CHICO **PONERLE NOMBRE A LAS COSAS** .. 46

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

*

CONSEJO DE REDACCION:

EN VALENCIA:
Rodolfo Bada Mañó
Luis Calduch Alvarez
Vicente Carbonell Serrano
Ana María del Castillo González
Vicente Dominguez Calatayud
María J. Gonzalvo Asensi
Belén Martinez Gutierrez
Rosa M. Navarro Díaz
Carlos Olavarrieta Masdeu
Luis Orts Herranz
Carlos J. Orts Calabuig
Federico Sánchez Asíns
Javier Solá Palerm
Juan M. Rey Portolés

EN ALICANTE:
José Márquez Muñoz
Juan Carlos Rubiales Moreno
Francisco Salvador Capdera

CONSEJERO HONORARIO:
José María Chico Ortiz

FUNDADOR:-DIRECTOR
Enrique Colomer Sancho

SECRETARÍA DE REDACCIÓN:
Dª Rosa Navarro Diaz
Registradora de la Propiedad núm. 11.
Pintor Peyró, 12.
46010-Valencia.
Teléfono: (96) 3629591
FAX (96) 3933446

Depósito legal:
V-1212-1988

casos prácticos

Casos prácticos tratados en la 28 y 29 reuniones REGISTRADORES-NOTARIOS. Circulares de Baleares, núms. 40 y 47, de 30 de abril y 19 de mayo.

Por E..M.-PIÑEIRO

28 REUNIÓN REGISTRADORES-NOTARIOS
(Circular núm. 40, de 30 de abril de 1992)

Los Sres. Alonso-Cuevillas, Bernabé, Celiá, Clar, Durán, Feliu, Mulet (D. Emilio), Parga, Sánchez de Frutos, Suárez y éste que lo es, dialogaron sobre los siguientes extremos:

1º) SISTEMA DE COMPENSACIÓN EN EL QUE TODO EL TERRENO PERTENECE A UN SOLO PROPIETARIO

Entre los sistemas de ejecución de los polígonos o unidades de actuación figura el de compensación (artº. 119 y ss. Ley del Suelo y 152 y ss. Reglamento de Gestión Urbanística). En este sistema los propietarios aportan los terrenos de cesión obligatoria, realizan a su costa la urbanización en los términos y condiciones que se determinen en el Plan o Programa de Actuación Urbanística o en el acuerdo aprobatorio del sistema y se constituyen en Junta de Compensación, salvo que todos los terrenos pertenezcan a un solo titular (artº. 126 Ley del Suelo y 157.3 del indicado Reglamento).

En el supuesto de propietario único, corresponderá a éste la formulación del proyecto de compensación y su elevación a la Administración para su aprobación (artº. 174 Reglamento). Este proyecto se limitará a expresar la localización de los terrenos de cesión obligatoria y de las reservas que establezca el plan, así como la localización de las parcelas edificables, con señalamiento de aquellas en que se sitúe el 10% (hoy 15%) del aprovechamiento que corresponda a la Administración actuante (artº. 173 Reglamento).

Una vez aprobado definitivamente el proyecto de compensación, el órgano administrativo actuante procederá a otorgar escritura pública o expedir documento con las solemnidades y requisitos dispuesto para las actas de sus acuerdos, con el siguiente contenido básico: incluyendo, en su caso, las que correspondan a la Administración; y localización de los terrenos de cesión obligatoria y de las reservas que establezca el plan (artº. 174.3 en conexión con el 113, ambos del repetido Reglamento de Gestión Urbanística).

Esta escritura o el documento administrativo citado, notarialmente protocolizado, será inscrito en el Registro de la Propiedad (artº. 113.2 Reglamento). Inscripción que se llevará a efecto de conformidad con lo establecido en el artº. 114, al que se remite el 174.4 (cancelación de las hojas registrales correspondientes a las antiguas fincas, apertura de nueva hoja registral a todas y cada una de las fincas resultantes, incluso las que lo sean en favor del Patrimonio municipal del suelo o estén afectadas a cualquier servicio público). Vide también artºs. 179 y 180 del propio Reglamento.

Actuando de esta forma no parece pueda plantearse ningún problema en materia de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. El propietario único nada segrega y nada adquiere y la cesión a favor del órgano administrativo actuante está exenta (artº. 48, I, A, a, del T.R. del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y A.J.D., en concordancia con los artºs. 2.3 de la L.O. de Financiación de las Comunidades Autónomas, 1.3 del T.R. de Régimen Local y 4 y 6 de la Ley Geneal Presupuestaria). Véase, además, lo prevenido en los artºs. 102 Ley del Suelo y 130 y 171 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Ocurre, sin embargo, que en la práctica el propietario único se limita a la formulación del proyecto de compensación y su elevación a la Administración para su aprobación. Y una vez aprobado empieza a segregar y vender solares repercutiendo todos los gastos e impuestos a los compradores. Cuando el Ayuntamiento correspondiente le exige la cesión de solares y viales, debe en ese momento proceder a su segregación y en este caso sí se considera que debe satisfacer el 0'50% por Actos Jurídicos Documentados. En el pecado lleva la penitencia.

2º) APORTACIÓN DE TERRENOS QUE EFECTUA UNA SOCIEDAD A OTRA EN PAGO DE LAS ACCIONES QUE SUSCRIBE EN UN AUMENTO DE CAPITAL.

Se trató de cuando una operación de este tipo debe tributar por IVA.

Dado que las sociedades mercantiles se reputan en todo caso sujetos pasivos del IVA (artº. 6, 1, 2º, del Reglamento), la sujeción a este tipo de impuesto dependerá del objeto aportado. A tal efecto, deberá diferenciarse:

a) **Aportación de solar o terrenos edificable licenciado.** Merecen esta dominación los terrenos calificados como solares por la Ley del Suelo y demás normas urbanísticas, así como los demás terrenos aptos para la edificación por haber sido ésta autorizada por la correspondiente licencia administrativa (artº. 13.1.20, pár. 2º, Reglamento).

La operación estará sujeta a IVA (13%), siendo indiferente que se trate de primera o segunda transmisión y presumiéndose en todo caso que hay función empresarial por ser el aportante una sociedad mercantil.

b) **Aportación de terrenos urbanizados, en sentido vulgar, que no tengan la condición de edificables según la Ley del Suelo.** Para que la aportación quede sujeta a IVA el aportante debe ser el promotor (urbanizador). En caso contrario, la aportación de terrenos urbanos (que no sean solares ni licenciados), urbanizados o en curso de urbanización no estará sujeta a IVA (artº. 13.1.20, párrafo 3º, a, del Reglamento).

c) **Aportación de terrenos rústicos.** No está nunca sujeta a IVA (artº. 13.1.20, pár. 1º, Reglamento), siendo indiferente que concurran los requisitos subjetivos y funcionales de la operación empresarial.

d) **Aportación de terrenos no edificables.** Se comprenden en este apartado los terrenos, aunque no se destinen a explotación agraria, que no tengan la condición de edificables por no ser solares o por no estar autorizada su edificación por la correspondiente autorización administrativa. Se incluyen, por tanto, los urbanos, urbanizables -programados o no- y los no urbanizables.

En ningún supuesto su aportación estará sujeta a IVA, aunque concurran los requisitos subjetivos y funcionales de la operación empresarial (artº.10.1.20, pár. 1º, Reglamento).

3º) RESOLUCIÓN DE 18 DE MARZO DE 1992, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE CONSULTA RELATIVA AL PLAZO DE ADAPTACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES A LA NUEVA LEGISLACIÓN.

Respecto de la misma:

-Causó sorpresa la interpretación dada por nuestro Centro Directivo al apartado 3 de la Disposición Transitoria Tercera del T.R. de la L.S.A. (R.D. Legislativo 1564/1989). En dicho apartado literalmente se establece la necesidad de que el acuerdo de adaptación se haya "*adoptado e inscrito*" antes del 30 de Junio de 1992. Para la Dirección General basta con que el acuerdo se adopte antes del 30 de Junio de 1992, siempre que se pruebe debidamente,

-Se examinaron los medios de prueba, entre los que se incluyen: el acta notarial de la Junta (artº. 114 Ley y 101 a 105 del Reglamento) -echémonos a temblar si se impone esta moda-; la constancia del acuerdo en documento público o en documento

privado cuando se den algunas de las circunstancias del artº. 1227 C.c. -por lo que nos afecta, legitimación de firmas anteriores al 30 de Junio de 1992- (Disp. Transitoria Primera, apartado 2, del Reglamento); y, tratándose de Junta no universal, la certificación del acuerdo acompañada del ejemplar de los diarios en que se hubiere publicado el anuncio de la convocatoria o testimonio notarial del mismo. Esta última posibilidad supone un "*extraordinario*" medio de prueba que modifica lo preventivo en el citado artº. 1227 C.c. y puede plantear dudas en orden a su constitucionalidad (principio de jerarquía normativa),

-Y se plantearon dudas en orden al verdadero sentido de su apartado Quinto, sobre todo si se le pone en relación con el apartado 3 de la Transitoria de la Ley (responsabilidad personal y solidaria de los administradores y, en su caso, de los liquidadores entre sí y con la sociedad por las deudas sociales).

4º) SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1991 DE LA SALA 1ª DEL T.S.

En esta Sentencia se consideraron como inmutables, por no haber sido atacados en casación, lo siguientes hechos: 1) Que Don J, propietario de un solar, construyó en 1964, sobre dicho solar y previa obtención de licencia de obras, que le fue concedida de acuerdo con el Plan de Ordenación Urbana vigente (que calificaba el terreno como Zona de Bloques aislados, con una superficie máxima de ocupación del 40% del terreno aportado, con vinculación del 60% restante), un edificio de 12 viviendas y locales, otorgando posteriormente las escrituras de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal. 2) Que la normativa urbana había cambiado y ahora el suelo objeto de la litis es calificado como urbano con condiciones de edificación, mantiene lo edificado con anterioridad y transforma el terreno vinculado o sobrante en edificable. 3) Que los demandados adquirieron los pisos y locales, con cuotas de participación **sólo referidas al edificio**, de acuerdo con las escrituras de obra nueva y de constitución en régimen de propiedad horizontal en las que para nada se hace mención de que el terreno objeto de litigio figura integrado o sea anexo a lo edificado. 4) **Que dicho terreno vinculado o sobrante, desde que se edificó, estuvo en la posesión y disfrute de los actores.**

El T.S. declara no haber lugar al recurso por las siguientes razones:

1º) **Motivo primero:** infracción del artº. 396 C.c., en relación con los artºs. 94 y 95 Ley del Suelo, alegando que el terreno reclamado por la actora y concedido a la misma por la resolución recurrida tenía el carácter de común a efectos de la Propiedad Horizontal. Se desestima: Primero.- Porque aun cuando el artº. 95 L. Suelo atribuye el carácter de indivisibles a las parcelas edificables, ha de concluirse que dado el carácter meramente administrativo de la norma, en modo alguno alcanza virtualidad suficiente para atribuir, en el orden civil, facultades dominicales sobre un inmueble. Segundo: Que la misma carencia de efectos relevantes sobre la atribución de facultades dominicales cabe atribuir al artº. 396 C.c.

2º) **Motivo segundo:** infracción del artº. 1258 C.c. en relación con lo establecido en los artºs. 348 y 1469 C.c. y 76 y 87 L. Suelo, alegando que aun cuando en los contratos de venta de los pisos no se aludiese a la transmisión del solar de autos, debió entenderse comprendido en los mismos. Se rechaza el motivo en base a la negación de efectos transmisivos antes expuesto de los artículos de la Ley del Suelo y 396 C.c., añadiéndose: "*que aunque parezca conveniente que, en los supuestos en que las normas y planes urbanísticos, al reducir la edificabilidad de determinadas parcelas, obliguen a dejar sin construir una parte de los mismos, los dueños del terreno transmitan a los de los inmuebles construidos los derechos dominicales que ostenten sobre la porción de solar no construido, así como el disfrute del mismo para usos comunes, **cuando como sucede en el presente supuesto, no hay indicios de que tal transmisión se contempló en los contratos de venta de los pisos**, quedando la parte de solar no edificado en poder y posesión de su primitivo propietario, ni cabe entender que haya pasado a aquéllos los derechos dominicales sobre la porción no edificada, ni existe norma alguna que obligue a entregar una cosa que, ni se expresa en el contrato (art.º. 1469 C.c), ni tiene el carácter legal de accesorio del edificio (artº. 1097), de acuerdo con lo previsto en el artº. 334 C.c.*"

3º) **Motivo tercero:** infracción del artº 8 L.H. en su relación con lo dispuesto en los artºs. 46 y 47 R.H., argumentando la recurrente que **el primitivo dueño del solar debió proceder a la segregación de la parte no transmitida** y al no haberlo hecho cuando, después de la declaración de obra nueva, vendió los pisos, ha de entenderse que transmitió también con ellos la parte no edificada. Tampoco se admite, "*pues si bien es cierto que las aludidas normas hipotecarias compelen al titular registral a*

efectuar tal segregación, también lo es que en modo alguno se preceptúa en las mismas que el incumplimiento de lo ordenado comporta una transmisión que, por otra parte, no se contempló en el contrato, ni se operó materialmente, poniéndose a los usuarios de los pisos en posesión de la tantas veces repetida porción no construida del solar".

Todos los presentes estuvimos conformes con que el T.S. debió tener poderosas razones para dictar esta Sentencia -en la que incluso la parte recurrente fue condenada al pago de las costas-, pero que examinada la misma a la luz del "*summum ius*" resulta más que chocante: ¿para qué sirve la declaración de indivisibilidad del solar?, ¿sólo será elemento común del edificio la porción estricta del solar sobre el que se asienta?, ¿la cuota de participación en la P.H., sólo se refiere al edificio?, ¿qué operaciones sustantivas y registrales habrá que hacer para inscribir el resto del solar no segregado a favor de la persona reconocida como su titular por la Sentencia?... Estas y otras muchas preguntas quedan en el aire e invitamos a todos a su contestación, la que agradecemos de antemano. (*Ver el resumen de la S comentada en la pág. 20*).

La próxima reunión ha sido convocada para el miércoles 13 de Mayo a la hora y en el lugar habituales (19'30 horas, en la sede del Registro nº 1, Plaza de España nº 3-A-8º).

(E.M.-PIÑEIRO)

29ª REUNIÓN NOTARIOS-REGISTRADORES
(De la Circular núm. 47, de 19 de mayo)

En familia (Sres. Cases, Celiá, Durán, Mulet -D. Emilio-, Sánchez de Frutos, Urios y el inefable infrascrito -¿habéis visto que mono queda?-) se charló de Marzo (modificación del R.H. en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas) y la Ley 10/1992, de 30 de Abril (Medidas Urgentes de Reforma Procesal). De entre lo hablado cabe destacar:

I.-EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE HIPOTECAS.

1º) Artículo 234.2 R.H. ("*La estipulación en virtud de la cual los otorgantes hayan pactado la sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura*").

Los presentes nos preguntamos la "*ratio*" de esta norma, el por qué debe figurar la estipulación de aceptación del procedimiento ejecutivo extrajudicial en estipulación separada. Se llegó a la conclusión de que las razones podrían ser:

-Defensa de los consumidores y usuarios. De una parte, el respeto a su derecho básico a la información correcta (artº. 2º.1.d de la Ley 26/84, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios); de otra, la necesidad de que las cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general cumplan los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual (artº. 10.1.a, de la citada Ley); y, por último, adecuada información o alerta ante los costos notariales del procedimiento, ex artº.10.1.c), 5º de dicha Ley General, y

- Conveniencia de advertir sobre la alternativa de poder desviar las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial, con posibilidad de que la ejecución de la hipoteca pueda efectuarse privadamente cuando así se pacte, tal y como destaca expresamente el apartado segundo del Preámbulo del R.D. de que se trata.

Supone, pues, esta exigencia la necesidad de que en la escritura de constitución de la hipoteca se consigne, en una estipulación con numeración independiente (separadamente), que su ejecución puede efectuarse por el procedimiento extrajudicial previsto en los artºs. 129 L.H. y 234 a 236-o de su Reglamento, con expresa indicación del valor de tasación a efectos de subasta (que no podrá ser distinto del que se haya fijado para el judicial sumario); del domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones (que tampoco podrá ser distinto del fijado para el judicial sumario), y modificable posteriormente de acuerdo con el artº. 130 L.H. (acta notarial en la que conste la conformidad del acreedor y que en el Registro se anotará al margen de la inscripción de la hipoteca); y de la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante y que puede continuar siendo el propio acreedor.

Respecto de este nº2 del artº. 234 se trató de su difícil compatibilidad con la Disposición Adicional

del propio R.D. ("*Las disposiciones del R.H. modificadas e introducidas por el presente R.D. se aplicarán exclusivamente a las ejecuciones extrajudiciales que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, cualquiera que fuere la fecha en que se hubiera otorgado la escritura de constitución de la hipoteca*"). Es decir, que antes de la reforma la cláusula de ejecución extrajudicial no era necesario que constara separadamente -y de hecho todos sabemos que la cláusula era global (ejecutivo ordinario, judicial y extrajudicial)- y a pesar de ello se admite que se utilice esta modalidad de ejecución ("*cualquiera que fuere la fecha...*"). Ello implica una clara desigualdad: las escrituras otorgadas antes de la reforma permiten utilizar el procedimiento extrajudicial aun cuando no conste pactado en estipulación separada; en las otorgadas después si no figura en cláusula separada el pacto no será válido ex artº. 234.2 ("*... deberá constar...*"). Nos lo expliquen, por favor.

2º) **Artículo 235.1.** ("*La ejecución extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y de los gastos de ejecución a que se refiere el artº. 236-k*").

La precisión de que este procedimiento sólo es aplicable a hipotecas cuya cuantía esté inicialmente determinada, pone fin a las discusiones, que por otra parte parece estaban definitivamente resueltas, sobre la posibilidad o no de aplicar esta forma de ejecución a las que cabe englobar bajo la rúbrica general de hipotecas de máximo.

3º) **Artículo 236-b-3.** ("*La presentación en el Registro del título de cancelación de la Hipoteca realizada con posterioridad al asiento a que se refiere el apartado anterior -nota marginal de expedición de certificación de la última inscripción de dominio, de la hipoteca y de cargas, etc. a que estén afectos los bienes- deberá ser inmediatamente comunicada por el Registrador al Notario ante el que se sigue la ejecución*").

Las dudas desde el punto de vista registral pueden resultar de la existencia de un asiento de presentación de una escritura de cancelación de la hipoteca de que se trate y cuyo título haya sido retirado por el presentante, todavía esté vigente y no pueda precisarse, debido a lo escueto del asiento, si la cancelación es total o parcial, por ejemplo. Se concluyó que el Registrador debe comunicar inmediatamente (¡cuanta imprecisión!) al Notario la existencia de dicho asiento y que esta comunicación será suficiente para que el Notario, de momento, suspenda el procedimiento y esté a las resultas de la comunicación posterior del Registrador (vide artº. 236-c.1 y 236-ñ).

4º) **Artículo 236-1.1.** ("*Verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se procederá a la protocolización del acta y al otorgamiento de la escritura pública por el rematante o el adjudicatario y el dueño de la finca o la persona designada conforme al artº. 234*").

El procedimiento finaliza pues, con:

-Un acta, que se incorporará al protocolo en la fecha y bajo el número que corresponde al momento de su finalización, que no es otro que el del remate o la adjudicación y consignación, en su caso, del precio (artºs. 236.3 y 236.1.1.),

-Y la escritura pública otorgada por el rematante o adjudicatario, de una parte, y el dueño de la finca o su representante (designado en la escritura de hipoteca según el artº. 234.1.3º), de otra.

En esta escritura deben hacerse constar con claridad los extremos enumerados en el artº. 236.1.2 (trámites y diligencias esenciales, notificaciones, importe de la venta y consignación del sobrante, en su caso).

5º) **Artículo 236-1.3.** ("*La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario, así como para la cancelación de la hipoteca ejecutable y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella. Se exceptúan aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca*").

Aun cuando el precepto parece claro, se trató largo y tendido de los efectos cancelatorios automáticos de la escritura. Se alegó que en el supuesto del procedimiento judicial sumario es necesario auto ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla (artº. 131.17 L.H.); que según el artº. 82 L.H. "*las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia... o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para*

la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación..."; que el principio de jerarquía normativa no permite que un R.D. derogue lo prevenido en una Ley; que la facultad de otorgar en su día la escritura de venta en representación del hipotecante, no parece permita entender que envuelva facultades de cancelación...

Frente a estos argumentos se opuso que el propio artº. 129 L.H., en su párrafo 2º, al admitir el procedimiento ejecutivo extrajudicial, parece conferir una delegación expresa en orden a su regulación al Reglamento Hipotecario que siempre ha sido aprobado por Decreto o Real Decreto; que una norma similar se contenía en el artº 235.10 R.H. en su anterior redacción; y..., en definitiva, que no hay que ser más papistas que el Papa.

En todo caso, una solicitud contenida en la escritura para que se cancelen los asientos relativos a la hipoteca ejecutada y cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella, de conformidad con el artº. 236-1.3 del R.H., tampoco dañaría, aunque razones de economía notarial no parece la vayan a convertir en cláusula de estilo.

6º) **Disposición Transitoria.** ("***El domicilio establecido a efectos de requerimientos y notificaciones para el procedimiento judicial sumario en las escrituras otorgadas antes de la entrada en vigor (dice erróneamente "en virtud") de este R.D. servirá igualmente para los requerimientos y notificaciones que hayan de practicarse en el seno de la ejecución extrajudicial***").

Es otra norma que demuestra los "*buenos ojos*" con que se ha contemplado este procedimiento por el legislador y su deseo de facilitar su aplicación desde ya. Como antes no era requisito necesario la fijación de un domicilio para requerimientos y notificaciones (artº. 234 R.H. a contrario), se sustituye la voluntad de las partes -quizás por temor a las consecuencias del principio de tutela judicial efectiva del artº. 24 C.E.- y se permite que "*sirva*" el que se hubiese señalado para el judicial sumario. Cosas veredes, Don Sancho.

II. -MEDIDAS URGENTES DE REFORMA PROCESAL.

a) **Artículo 1º 77 y 78.** se modifican los artºs. 979 y 980 L.E.C. Según el primero, la declaración de que los descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, son los únicos herederos abintestato se **obtendrá** (imperativo) mediante acta de notoriedad tramitada por Notario hábil. De acuerdo con el segundo, los demás herederos abintestato (colaterales hasta el 4º grado y el Estado) **podrán** (potestativo) obtener la declaración en vía judicial.

No resulta clara su interpretación:

-¿Podrán los descendientes, ascendientes y cónyuge acudir a la vía judicial? Nos pareció que la respuesta debía ser negativa, no sólo por la literalidad del precepto ("*se obtendrá mediante acta de notoriedad*"), sino también por las palabras de la E. de M. ("... carece de sentido seguir atribuyendo a los órganos judiciales la realización de tareas no jurisdiccionales... En esta línea y de acuerdo con las recomendaciones del Consejo de Europa sobre la eliminación de tareas no propiamente jurisdiccionales del ámbito de actuación de los Tribunales de Justicia, se regula una modalidad de la obtención de la declaración de herederos mediante acta de notoriedad, tramitada ante Notario...").

-¿Podrán los demás herederos abintestato obtener la declaración no sólo en vía judicial, sino también mediante acta notarial de notoriedad? Prudentemente habrá que contestar también negativamente, es decir, sólo cabe la vía judicial. Razones: la diferenciación entre un tipo de herederos y otros; la regulación de un procedimiento especial para estos supuestos en los artº. 980 y ss.; la disposición final primera de la propia Ley en la que se modifica el artº. 14 L.H. admitiéndose como título de la sucesión hereditaria a los efectos del Registro "*el acta de notoriedad a que se refiere el artº. 979 L.E.C.*" que sólo alude a ascendientes, descendientes y cónyuge.

En contra: las propias palabras de la E. de M. y el potestativo "*podrán*" utilizado por el artº. 980 y que, se concluyó, hubiese sido más conveniente que se hubiera sustituido por el imperativo "*deberán*".

b) **Disposición final primera, punto 2.** Nueva redacción de la regla 1ª del artº 131 L.H. ("***Será Juez competente para conocer del procedimiento, cualquiera que sea la cuantía de la obligación, el de Primera Instancia del partido en que radique la finca y si ésta radicare en mas de uno, lo mismo que si fuesen varias y radicaran en diferentes partidos, el Juez de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante. El Juez examinará de oficio la propia competencia territorial, sin que resulte aplicables las normas generales sobre sumisión expresa o tácita de la L.E.C.***").

La competencia, pues, del Juez de Primera Instancia del partido donde radique cuando menos una de las fincas, no puede ser alterada por pacto expreso de la escritura en materia de procedimiento judicial sumario. Al igual que tampoco puede ser modificada la competencia del Notario hábil para actuar en el lugar donde radique la finca en el extrajudicial, salvo en este supuesto en los términos del nuevo artº. 236.1 R.H.

La transcrita norma de la Disposición final primera no hace más que rematar lo prevenido en el artº. 1, párrafo 2º de la Ley de Usura de 23 de Julio de 1908, en el cual se establece que "*será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos (todo contrato de préstamo)*" y dar la razón a los que se mostraron contrarios a la interpretación que el T.S. había dado a la Ley Azcárate. A este respecto se trajo a colación la S. de 17 de Junio de 1964 (Aranzadi nº 3539) en uno de cuyos considerandos, referido al citado artº. 1, p. 2º, podemos leer "*Que al limitarse este precepto a declarar nula la renuncia de fuero del domicilio "únicamente dentro de la población", quiere indicar que, salvo esta prohibición concreta de alterar el fuero entre los Juzgados de una misma ciudad, quedan en vigor todos los demás criterios que admite nuestra Ley Procesal; y así lo ha entendido y declarado esta Sala, en su S. de 29 Mayo 1909, estableciendo que la prohibición se refiere únicamente "al caso concreto en que se verifique dentro de la población", es decir, al en que el contratante renuncia a su fuero propio en favor de otro dentro de la misma ciudad*".

A todos los asistentes les pareció acertada la reforma, por considerarse absurdo que una ejecución hipotecaria de una finca sita en Palma, perteneciente a un deudor domiciliado en Palma, pudiera llevarse a cabo en Madrid, por ejemplo, por haberse así pactado (?) en la escritura de constitución. Hasta ahora podía intentarse algo sobre la base de la Ley 26/84 General para la Defensa de Consumidores y usuarios, y de la posible indefensión (tutela judicial efectiva, antes citada). Desde la reforma, la cuestión ha quedado resuelta por lo que al judicial sumario se refiere.

c) **Disposición final segunda.** Modificación del artº. 17 L.P.H., que atribuye a los Registradores de la Propiedad la diligenciación de los libros de actas de las Juntas de Propietarios.

Todos de acuerdo en considerar la reforma como incomprensible y carente de fundamento, y en plantearse la duda de la competencia registral (sólo respecto de las fincas radicada en su circunscripción territorial o "*extra muros*"), que, se promete, se resolverá reglamentariamente.

(*)

Antes de la canícula "juliana", se convoca reunión "pre vacacional" para el Miércoles 24 de Junio (Día de San Juan) a las 19,30 horas, en el Registro nº 1 (Plaza España nº 3-A 8º).

(E.M. PIÑEIRO)

(Del BOLETÍN del CEH de Cataluña, núm. 36, de mayo de 1992, reproducimos la "SECCIÓN DE CASOS PRÁCTICOS DEL SEMINARIO").

Casos resumidos por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

1.- REPARCELACIÓN: FALTA DE NOTIFICACIÓN A UNO DE LOS TITULARES.- SOLUCIONES.

Se presenta para inscripción en el Registro de la Propiedad un expediente de reparcelación urbanística en el que consta la relación de titulares a los que se hizo la notificación del expediente en forma pormenorizada.

Contrastados esos titulares notificados con los que figuran en el Registro, el Registrador observa que la usufructuaria de una finca no consta notificada y se le ha adjudicado en una finca resultante una cuota de usufructo, transformando el usufructo que ostentaba sobre una finca en un usufructo de cuota sobre otra diferente en virtud de la subrogación real.

Normalmente, en el título de reparcelación urbanística que se presenta en el Registro consta que se han practicado las notificaciones a los titulares en la forma prevista en los artículos correspondientes del Reglamento de Gestión, y ello determina que el Registrador considere cumplido tal requisito, pues

en esa fórmula general sería responsabilidad del órgano actuante expresar que se han realizado las notificaciones si luego se ha omitido respecto a algún titular.

En cambio, cuando en el título de reparcelación se especifican individualmente los titulares que han sido notificados, es evidente que el Registrador de la Propiedad no podrá practicar la inscripción si falta la notificación de algún titular, como aquí sucede respecto a la usufructuaria.

Comunicada la calificación registral, se comprueba en el expediente que, efectivamente, no consta realizada la notificación a dicha usufructuaria.

La cuestión es cómo resolver este problema pues se ha aprobado ya la reparcelación y la adjudicación de las fincas resultantes a todos los titulares, produciéndose un evidente trastorno en la práctica, que requiere alguna solución.

Se pregunta al Registrador si es factible que el órgano actuante realice una notificación a la usufructuaria una vez terminado el expediente concediéndole el plazo correspondiente para la interposición del recurso contencioso-administrativo, de modo que si transcurriera tal plazo sin interponerlo, la reparcelación quedaría firme no sólo en vía administrativa sino en la contencioso-administrativa.

La contestación ha de ser negativa, pues esa hipotética nueva notificación no sería lógicamente para hacer alegaciones, al estar concluido el procedimiento, sino sólo para interponer el recurso lo cual de por sí es bastante irregular.

Por otra parte, la falta de notificación y consiguiente falta de audiencia personal es causa de nulidad absoluta, que no puede entenderse subsanada por el transcurso del plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo.

La solución legal es indudablemente reponer las actuaciones al momento de la falta de notificación y volver a tramitar el expediente a partir de entonces.

Se plantea, no obstante, la posibilidad de reponer las actuaciones sólo respecto a la usufructuaria, que es la única que no ha podido hacer alegaciones, aplicando la teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico. Pero esta solución sólo sería factible partiendo de la hipótesis de que la usufructuaria no vaya a plantear ninguna alegación, o caso de plantearla, fuera objeto de desestimación, ya que en el caso de estimar la alegación, ello podría afectar a los derechos de otro u otros de los interesados en la reparcelación, lo que exigiría a su vez darles audiencia. No obstante, esta última solución es práctica y valdría sólo hipotéticamente, para los supuestos que hemos indicado.

2.-INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.-¿SUSTITUCIÓN O RECOMENDACIÓN? EXPRESIONES CONTRADICTORIAS.

Se trata de un testamento en que se "*instituye heredera universal y librea A, y a su fallecimiento, pasarán los bienes a B*".

Con la exclusiva intervención de A, se otorga escritura de aceptación de herencia en la que A manifiesta que es heredera "*libre*" y que la referencia en el testamento a que "*pasarán los bienes a B*", debe interpretarse como una mera recomendación o ruego, pues según el artículo 169 de la Complicación de Cataluña (equivalente al art. 190 del actual Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña) "*cuando exista duda acerca de si el testador ha dispuesto un fideicomiso o ha formulado una recomendación o simple ruego, se entenderá esto último*". En consecuencia, solicita la inscripción sin tal referencia y como heredera libre.

Esta posición es insostenible. El Registrador no puede prescindir de la cláusula terminante del testamento, que ordena pasen los bienes a B, una vez ocurrido el fallecimiento de A.

El artículo 169 de la Compilación no representa ningún argumento, pues aquí no existe duda acerca de si hay sustitución o simple ruego, ya que el ruego no aparece por ningún lado en el testamento. La duda se plantea únicamente por la contraposición entre la palabra "*libre*" y la frase "*pasarán los bienes a B*". La interpretación literal y lógica excluye la idea de recomendación.

Para resolver esta contradicción, hay que diferenciar la interpretación del testamento desde el punto de vista registral y desde el punto de vista judicial.

En el aspecto de la calificación registral, el Registrador no puede prescindir de la "*literalidad*" del testamento, por razones de seguridad jurídica, pues el problema se plantea sin la intervención de B. Por ello, se ha de limitar a reflejar literalmente la cláusula testamentaria y no parece pueda interpretarla en sentido favorable a A, pues la contradicción admite diferentes soluciones.

Una de ellas es interpretar que ante dos expresiones contradictorias, ha de prevalecer aquella que es más detallada y explícita (pasarán los bienes a B). En cambio, la frase "*heredero universal y*

libre", es una cláusula de estilo que, en este caso, vendría desvirtuada por la cláusula de sustitución terminante.

En cambio, si se plantea la interpretación del testamento en el ámbito judicial, con intervención de todos los interesados para que puedan hacer las alegaciones pertinentes y en que caben todas las pruebas intrínsecas y extrínsecas, el Juez podría resolver de otro modo la contradicción existente. Así, podría interpretar que el llamamiento como "*heredera libre*", significa que puede disponer **libremente** de los bienes, y en consecuencia, "*pasarán a B*" los bienes de que no hubiere dispuesto el heredero libre (fideicomiso de residuo).

Pero no parece, en cambio, fundamentada, la interpretación propuesta en la escritura, de que estamos ante una mera recomendación o ruego. ■

La curiosa paradoja de la transmisión de lo intransmisible

Por
FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ
Registrador de la Propiedad de Morón de la Frontera

La capacidad de asombro, conducta positiva donde las haya, no debe ser nunca ajena a las facultades con que el jurista está, o cree estar dotado. No condenar, a priori, como inadmisibles las situaciones fácticas que se examinan; hacer uso de la empatía con el caso sujeto a estudio; sumergirse en la dinámica de los hechos, para,desde ellos, afrontar la criba de la legalidad, son, a mi juicio, formas de proceder harto provechosas.

Viene todo ello a cuento, porque la utilización de cualquier otra filosofía, supondría el rechazo sin paliativos del caso que presento, cuya apretada síntesis es la siguiente:

La casa pertenece a A apareciendo gravada con un derecho de habitación en favor de B. Se presenta una escritura en la que A y B venden sus respectivos derechos, en junto el pleno dominio de la casa, al comprador C.

El obstáculo surge de la lectura del art. 525 del CC.: "*Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título*". El derecho de habitación es pues intransmisible.

Pero esa norma prohibitiva y esa conclusión de intransmisibilidad requieren ser objeto de un examen mucho más profundo para determinar si existen o no casos exceptuados de la misma.

Uno. - Quizás con la excepción de Vazquez Iruzubieta (Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil. Madrid 1984, pág 658), quién citando a Albadalejo, sostiene que la prohibición contenida en el precepto es absoluta, la inmensa mayoría de la doctrina afirma que esa prohibición sólo rige en defecto del título constitutivo, no es de derecho cogente, y por ello puede el título constitutivo hacer transmisible el derecho de habitación (Así el mismo Albadalejo en 1975, Castán, Manresa y Santamaría, citados por J. A. Doral en Comentarios al CC., Tomo VII, Vol. I, págs. 484 y sigs.).

Una lectura del art. 523 deja claro que el art. 525 y todos los demás que regulan el derecho de habitación sólo son aplicables en defecto de lo que establezca el título constitutivo.

Dos. - El alcance de las disposiciones prohibitivas es siempre mejor entendido cuando se ahonda en su espíritu y finalidad.

No es de recibo afirmar que la razón de la norma prohibitiva que se examina, no es otra que la de separar netamente estas figuras (habitación y uso) del propio derecho de usufructo, pues si no se diese entre ellas otra diferencia que la señalada, habría que concluir que su existencia como tales distaba mucho de quedar justificada.

Las posibles razones históricas, como su primitiva vinculación a la obligación y finalidad alimenticia, pueden ponderarse, pero no llegan a explicar satisfactoriamente la finalidad de un precepto prohibitivo, que, si no quiere ser caprichoso y arbitrario, ha de tenerla desde luego.

A mi entender es esencial que quede claro lo que la norma pretende y lo que no persigue.

No persigue evitar al habitacionista la obtención de un lucro, pues sí así fuera habría prohibido la transmisión onerosa pero nunca la hecha a título gratuito.

La ratio del precepto hay que buscarla en el carácter personal del derecho de habitación, cuya propia extensión se hace depender de las necesidades del habitacionista y su familia (art. 524), y naturalmente, ello implica que la sustitución de la persona del habitacionista por otra distinta puede suponer una alteración esencial del gravamen.

Si ésa es la finalidad de la intransmisibilidad, habrá que colegir que la norma protege a una señalada persona: la del propietario gravado. Este dato ha de ser tenido en cuenta y por ello debe permitirse la transmisión, aunque el título constitutivo no la contemple, si ésta fuese consentida por el dominus. Pretender que ello no es posible, y que sólo a través de la extinción del anterior derecho de habitación y la constitución de otro nuevo, puede lograrse la sustitución del habitacionista es, en dicho clásico, ganas de marear la perdiz.

Quienes se acogen a ésta rigorista idea, dan por sentado que el título constitutivo es inmodificable, y tal interpretación no tiene sustento en precepto legal alguno. Antes al contrario, de los arts. 6,2 y 1255 del CC, se extrae la lícita posibilidad de modificar el título constitutivo, siempre que así se acuerde por el habitacionista de un lado, y el propietario de otro, bien sea este el primitivo constituyente del derecho o un adquirente posterior del dominio gravado, y bien se haga la modificación en forma expresa y solemne o de modo explícito pero indubitado.

Así las cosas, si el dominus puede permitir lo más, hacer transmisible el derecho de habitación, tiene forzosamente facultades para permitir lo menos, consentir una concreta transmisión del mismo.

Tres. - El derecho de habitación ha de entenderse susceptible de transmisión siempre que tal transferencia produzca el efecto de su extinción y consolidación en el pleno dominio. Por ello será válida su venta en favor del propietario, o la venta conjunta con éste, del pleno dominio, a un tercero. Tal conclusión se justifica:

* Por la razón anteriormente dicha de que la norma prohibitiva protege al propietario, que tanto la puede levantar expresa como tácitamente, y hay que entender esto último cuando el mismo dominus adquiere el derecho, o cuando presencia su transmisión para que, unida a la que él mismo realiza, alcance a hacer surgir la propiedad plena en el tercero adquirente.

* Porque no es razonable impedir al dueño de la finca la liberación del gravamen a través de una vía adquisitiva onerosa (renuncia por precio o compraventa) si el habitacionista, como el lógico, no se presta a desprenderse gratuitamente de su derecho, ni es aconsejable torcer el mecanismo negocial documentándolo como una renuncia pura y simple o un allanamiento a la extinción por cualquiera de las causas legales, si realmente el negocio celebrado fue traslativo y oneroso.

* Que, del mismo modo, en caso de transmisión de la totalidad de los derechos a un tercero, no hay razón alguna que lleve a suprimir la patrimonialidad del derecho de habitación.

El comprador hace su oferta por el pleno dominio, los titulares de éste (habitacionista y dominus) se ponen de acuerdo para distribuirse el precio o contraprestación en proporción a sus respectivos derechos. Impedir este acto negocial directo y exigir la previa renuncia del habitacionista, consolidación de la plena propiedad en el dominus, y enajenación de la misma por éste, supone, aparte de desnaturalizar dicho acto simulando lo que no es, causar un severo perjuicio al propietario que ha de declarar recibida como íntegra una contraprestación que sólo adquiere en parte.

Si la interpretación de una norma, cuya finalidad es proteger al titular del dominio gravado, se hace en términos tales que ocasionan al aplicarla indudables perjuicios para el mismo, esta en la naturaleza de las cosas deducir que tal interpretación no puede ser correcta.

En conclusión, el derecho de habitación puede ser transmitido:

1º. -Si así lo permite el título constitutivo.

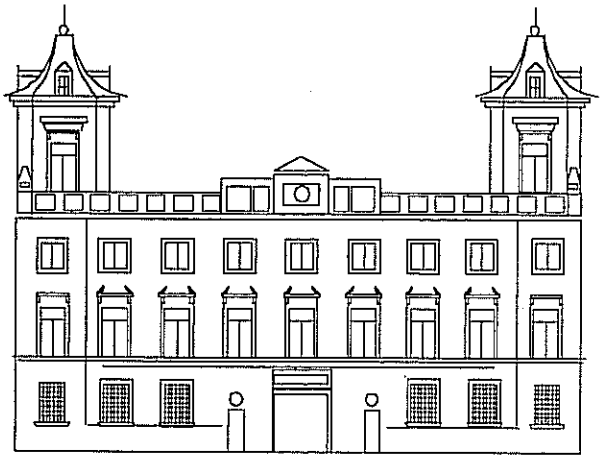
2º. -Se lo consiente el propietario.

3º. -Sí se transmite al propio dominus del inmueble.

4º. -Si se transmite a un tercero juntamente con la propiedad de la finca para que éste adquiera el dominio pleno de la misma.

FÉLIX RODRIGUEZ LÓPEZ

RESOLUCIONES



Dirección General de los Registros y del Notariado.- Ministerio de Justicia

Por
Rosa NAVARRO DÍAZ
Rodolfo BADA MAÑO
Carlos Javier ORTS CALABUIG

R 13 MARZO 1992 (BOE 20 de mayo)

MERCANTIL. SA.- NOMBRAMIENTO DE AUDITOR POR LA JUNTA GENERAL FUERA DE PLAZO.

A) Supuesto fáctico.- 1º. El 19 de Mayo de 1990 la Junta General de una S.A. nombra auditores titular y suplente para el ejercicio social correspondiente a dicho año.

2º. El 13 de Diciembre de 1990 fallece el auditor titular y el 10 de Enero de 1991 renuncia el suplente por lo que se procede a nombrar por el Consejo de Administración (el 22 de Junio de 1991) nuevos auditores para el ejercicio del 90, emitiendo, el titular, su informe el 22 de Abril de 1991.

3º. La Junta General de 22 de Junio de 1991 confirma los nombramientos hechos por el Consejo y, a través de la correspondiente certificación, solicita la inscripción de los mismos en el Registro Mercantil.

B) CALIFICACIÓN REGISTRAL: Se suspende la inscripción por que el art. 205 de la Lsa y el 314 del RRM establecen la competencia del Registrador Mercantil para designar auditores una vez finalizado el ejercicio social.

C) INTERPUESTO RECURSO el Consejero-Delegado de la sociedad en cuestión, alega que el art. 205 de la LSA no impone a los Administradores, Comisario o socios la solicitud de nombramiento de auditores al Registrador Mercantil, sino que simplemente les faculta para ello en caso de no hacerlo la Junta general,

D) LA DIRECCIÓN GENERAL resuelve desestimarlo en base al modo categórico con que la legislación establece que una vez finalizado el ejercicio social la competencia para el

nombramiento del auditor social corresponde con exclusividad bien al Registador Mercantil, bien al Juez de primera instancia. (R.B.M.)

R 26 MARZO 1992 (BOE 27 de mayo)

MERCANTIL. SA.- AUMENTO DE CAPITAL POR ELEVACIÓN DEL VALOR NOMINAL DE LAS ACCIONES. NO NECESIDAD DE DESEMBOLSO.

Como dice la DG, la cuestión planteada ha sido objeto de varios pronunciamientos de la misma, remitiéndose el Centro directivo a las RR de 18 y 19 de noviembre de 1991. Por eso reproducimos ahora el resumen que publicamos en el núm. 93 para la R de 18 de noviembre de 1991 referida al Registro Mercantil de Madrid y no al de Barcelona, como la R de hoy.

Se acuerda por una SA una ampliación de capital por elevación del valor nominal de las acciones, por unanimidad de todos los accionistas y sin desembolso complementario alguno, puesto que la cifra de capital previamente existente basta para cubrir el 25% mínimo que exige la Ley. Se conviene, además, que los dividendos pasivos se efectuarán en los tres años siguientes mediante aportaciones dinerarias.

Interpuesto el correspondiente recurso, la DG revoca el acuerdo y la nota del Registrador en base a que la única exigencia de la LSA en relación a los desembolsos mínimos en caso de constitución o de aumento de capital es que cada una de las acciones han de estar desembolsadas, al menos, en un 25% de su valor nominal desde el momento mismo de su suscripción, exigencia que en el caso de elevación del valor nominal de las acciones ya existentes se traduce, exclusivamente, en la necesidad de que una vez ejecutado el aumento, el nuevo valor nominal de cada una de las acciones quede desembolsado en tal porcentaje, siendo indiferente el medio para su consecución. (R.B.M.)

R 7 ABRIL 1992 (BOE 27 de mayo)

MERCANTIL. SA.- NOMBRAMIENTO DE CONSEJEROS. SISTEMA PROPORCIONAL DEL ART. 137 LSA.

Supuesto fáctico.- En un acta notarial de Junta General de una SA, se recogen los siguientes extremos:

1º. Al discutirse el segundo punto del orden del día referido a "nombramiento, reelección y cese de consejeros", manifiesta uno de los socios -representante de un 50% del capital social- sus discrepancias en torno a la convocatoria de dicha Junta, pues el motivo de la celebración de la misma es cubrir la apariencia de que se accedía a una petición que él mismo formuló con anterioridad en el sentido de convocar una Junta General con la inclusión en el orden del día de un punto que se refería a la modificación del Consejo de Administración, fijando un número par de consejeros que reflejara la composición actual del accionariado.

2º. Al no adoptarse acuerdo válido alguno sobre la manifestación anterior, pues votan a favor y en contra el 50% del capital social, se procede por parte del socio discrepante a agrupar acciones a los efectos de, en votación separada y con arreglo al art. 137 de la LSA, reelegir a tres de los consejeros actuales y, además, como el número máximo de componentes del órgano de administración, según los Estatutos, es de diez (aunque sólo hay siete en la actualidad), designar a otros dos, agotando así el derecho que le corresponde como titular de la mitad del capital social.

Calificación registral.- Presentada el Acta en el RM junto con un escrito en el que se pedía expresamente la inscripción de los nombramientos efectuados, se denegó su inscripción por no ser la instancia un título hábil para la inscripción del nombramiento de administrador y porque si lo que se pretende inscribir es el Acta notarial, de ella se deduce que por existir empate en las votaciones no se adoptó acuerdo alguno.

DG.- Interpuesto el correspondiente recurso por el representante de la Sociedad, la DG resuelve desestimarlo señalando que el ejercicio del derecho de representación proporcional requiere dos presupuestos para su ejercicio: la determinación precisa del número de miembros que han de integrar

el Consejo y la existencia de vacantes en dicho Consejo. En el presente caso, no existe ninguna vacante a cubrir y no habiéndose acordado el cese de la composición actual del órgano de administración, sus integrantes continúan en sus cargos hasta que transcurra el término de vigencia fijado.

Por otra parte, las tres plazas de Consejeros que hay de diferencia entre las siete actuales y las diez que los Estatutos fijan como máximo, no pueden considerarse vacante, requiriéndose un acuerdo expreso de la propia Junta para elevar el número actual hasta dicho máximo. (R.B.M.)

R 9 ABRIL 1992
(BOE 27 de mayo)

LOS COMPONENTES INDEPENDIENTES DE UN PUERTO DEPORTIVO CONSTITUIDO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, HAN DE INDIVIDUALIZARSE EN LA ESCRITURA DE VENTA, SIN QUE SE ENTIENDAN COMPRENDIDOS TODOS ELLOS EN LA VENTA DE LA CONCESIÓN.

Construido al amparo de la oportuna concesión administrativa un puerto deportivo por la entidad "Las Fuentes SA" y constituido en régimen de Propiedad Horizontal con las correspondientes limitaciones derivadas del régimen concesional, "Agroman... SA" transmite -previa su adquisición- a la ahora recurrente "Sociedad Náutica... SA" la concesión del puerto en cuestión, 178 puntos de atraque y 12 locales comerciales, pero entre tales componentes no se incluyen ni el punto de atraque E-1,-que aparece inscrito a favor de tercero- ni los locales comerciales A, B y C, que aparecen configurados como elementos privativos destinados al uso particular, si bien en la descripción del local A figura que está ocupado por un transformador y los locales B y C aparecen, además, todavía inscritos a favor de la inicial concesionaria, "Las Fuentes SA", (si bien extrarregistralmente resulta que los adjudicó en pago a la hoy vendedora en virtud de escritura que no figura en el expediente).

La adquirente "Sociedad Náutica ... SA" pretende la inscripción a su favor del punto de atraque E-1 -invocando error de omisión en la escritura de compra- y de los tres referidos locales A, B y C -por considerar que se trata de elementos que no era necesario identificar separadamente por pertenecer a la concesión comprada y estar adscritos al servicio del puerto-.

La DG desestima el recurso invocando los consiguientes principios de tracto sucesivo y de legitimación; la necesidad de consentimiento o declaración judicial para rectificar los asientos del Registro, que están bajo la salvaguardia de los Tribunales, etc.

R 24 ABRIL 1992
(BOE 29 de mayo)

HIPOTECA: CLÁUSULAS INSCRIBIBLES. RECURSO GUBERNATIVO: PERSONALIDAD PARA INTERPONERLO.

El Notario autorizante tiene personalidad para recurrir gubernativamente en el supuesto de inscripción parcial posibilitada por una cláusula en la que los interesados solicitan la inscripción de los pactos que el Registrador estime inscribibles, pues ha de extender nota de calificación respecto de los pactos restantes.

En escritura de préstamo con garantía hipotecaria, en la cláusula 21 se indica: "*Si la calificación registral estimase que cualquiera de los pactos o párrafos no es inscribible según el Registrdor, los otorgantes acuerdan que proceda a la inscripción de las que puedan inscribirse, según el criterio del mismo*". Dicha escritura fue calificada ese mismo día con nota de calificación -de despacho, segun la Registradora- que transcribe el contenido íntegro de la inscripción practicada, de la que resulta que en virtud de dicha cláusula, se procede a la inscripción de la garantía hipotecaria en cuanto a los conceptos inscribibles, previa la denegación de una serie de pactos que se enumeran.

Presentado nuevamente el documento en el Registro de la Propiead, fue calificado nuevamente con nota de calificación de la que resulta:

A. **Devolución del capital:** se aprecia omisión y oscuridad en orden a las cuotas de amortización del capital.

B. **Variación de intereses** según módulo privado sin garantía de procedencia oficial: como simple cláusula con efectos de variación, ya no se está en la revisión del contrato sino en un pacto adherido al préstamo del que es preciso examinar su causa propia. Esta causa está constituida por un suceso futuro e incierto que en el ínterin contractual hace depender el contenido de la contraprestación del deudor de sus vicisitudes, lo que implicaría la configuración de la contraprestación, no como conmutativa sino como aleatoria, y los intereses no como variables sino como aleatorios, lo que es incompatible con la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor, que impone el carácter estrictamente conmutativo del contrato. Aplicando el principio de conservación del contrato, habría que buscar su causa, dando el resultado de que carece de causa propia y su finalidad es, en definitiva, una imposición de responsabilidad objetiva al deudor, nula por cuanto ésta sólo puede establecerse por Ley. En consecuencia, se està en este caso ante una cláusula nula determinante de una obligación nula.

La cláusula de variación no oficial implica el examen de la posibilidad de constituir un gravamen variable. En orden a la propiedad y a terceros existe un estatuto normativo relacional establecido por la ley, con muy pocas posibilidades de modificación en perjuicio del otro titular, según cada caso, y el estatuto normativo titular de la hipoteca y titular del bien gravado no es ninguna excepción; de ahí los límites del artículo 218, en las cláusulas revisoras según módulos oficiales que establecen un límite cuantitativo inderogable en perjuicio de terceros.

C. **Disminución del valor de la finca hipotecada.** Por imperativo del artículo 29 del Reglamento del Mercado Hipotecario, se considera como un pacto entre partes.

D. **Seguro sobre la finca hipotecada.** Es de aplicación lo dispuesto en el artículo 30 de dicho Reglamento, o en su caso el límite no puede exceder de la garantía. Resultando que el seguro a que se refiere la escritura no establece el límite del préstamo sino el del saldo de la cuenta interna.

E. **Anticipación de la ejecución por impago de intereses o cuota de amortización.** En las entidades de crédito, desde el 5 de febrero de 1869,en virtud del Decreto Ley de dicha fecha, procede la rescisión, no por pacto sino por normativa estatutaria especial para las entidades crediticias en los préstamos hipotecarios de crédito territorial.

F. **Anticipación de la ejecución por efectuación sobre la finca hipotecada de créditos posteriores que por privilegios o por hipoteca legal produzcan la purga del crédito hipotecario anterior.** El perjuicio al crédito hipotecario no se produce por impago de obligaciones con hipotecas legales precedentes sino por la purga derivada de la ejecución preferente; por ello habría de producirse la posibilidad de que el acreedor rescinda y ejecute, tan pronto sea notificado del procedimiento de la hipoteca legal, suspendiéndose ésta y cobrando el privilegio del precio del remate de la venta en la ejecución hipotecaria. Pues en puridad el privilegio da derecho al cobro preferente sobre el precio de la venta pero el acreedor hipotecario habría de tener la posibilidad de que esta venta se realice en su propio procedimiento que le permite la conservación de facultades de adjudicación, etc..., este es el principio establecido en el artículo 20 del referido Real Decreto en concordancia con las garantías precisas para la emisión de cédulas hipotecarias. Todo ello pone de manifiesto que el estatuto real del crédito territorial hipotecario, en cuanto a las entidades crediticias tiene un régimen estatutario, respecto al tercer poseedor, aplicable por imperativo normativo, con independencia de los pactos obligacionales entre partes.

G. **Hipoteca por intereses de demora.** La hipoteca constituida se refiere a interés de demora de una cuenta no garantizada con hipoteca; faltan los requisitos mínimos para la determinación de las obligaciones que comprende y sus respectivos máximos. En 1981, por Orden Ministerial de 17 de enero, se produjo la liberalización de los tipos de interés remuneratorios, pero no alteró el régimen de la mora, siendo muy dudoso que la configuración de la mora como una cláusula penal pueda efectuarse mediante juicio ejecutivo, dado que le es aplicable la facultad de la moderación equitativa que sólo puede proceder en juicio ordinario.

H. **Hipoteca de máximo por concepto de gastos pagados por cuenta de la prestataria así como costas y gastos.** Infringe el principio de especialidad mínimo que exige que cada obligación, causalmente independiente, haya de estar determinada en cuanto a su concepto y máximo.

I. **Otros pactos. Acciones rescisorias del contrato y pretendidos efectos respecto al tercer poseedor.** Con la excepción del impago de intereses o aquellos en que el estatuto real así lo determine,

respecto a las demás, rige el artículo 1295 del C.C., sin que afecte a tercero.

Vuelto a presentar el documento calificado fueron complementadas las dos notas anteriores con otra que añade:

Hipoteca por variaciones de intereses según Mibor. La calificación de la obligación impuesta al deudor de satisfacer "*intereses según las variaciones del Mibor*" como cláusula nula, se demuestra por la existencia y regulación a tipo variable según mercado, de contratos de "*convenio de tipos de interés futuro*". Las modalidades de dichos convenios de interés futuro, están recogidas en la circular del Banco de España 15/1989, de 27 de julio, cuya norma segunda pone de manifiesto que el convenio sobre los "*riesgos de las variaciones de mercado según módulos variables libres de mercado*" como es el Mibor, son materia de un contrato propio e independiente, con su propio objeto y causa, de carácter análogo al seguro, donde se contrata el riesgo, mediante la percepción de una prima por la compañía crediticia que lo cubre. Lo que refuerza la calificación de la nota, en sentido de falta de causa propia y falta de contraprestación que pague el riesgo de la variación, que en los contratos sobre riesgo (seguro) ha de constar por escrito y determinada.

Interés de demora. La no inscribibilidad de la hipoteca en garantía de intereses de demora se refuerza por la distinción en nuestro derecho entre la obligación y la responsabilidad por incumplimiento. Así como la distinción en la fianza, entre la fianza simple y la fianza solidaria donde el fiador es responsable para con el acreedor no sólo del precio sino además de la indemnización de daños y abono de intereses (artículo 1147 del CC). Esta distinción es sustancial en la hipoteca, que se constituye históricamente como una fianza simple de carácter real sobre la finca, sin que pueda aumentarse su extensión y el perjuicio al tercero mas allá de la fianza simple. En cuanto al tercero, la hipoteca sólo garantiza el cumplimiento de una obligación, siendo éste su máximo posible. La pretensión de cubrir mediante hipoteca, y trasladar a terceros indemnizaciones y penalizaciones por incumplimiento, excede la posibilidad de lgarantía hipotecaria y rebasa los límites permitidos por el derecho para su eficacia respecto a terceros; se hace constar, además, la incompatibilidad de los intereses de demora establecidos con la reserva de las indemnizaciones de los gastos ocasionados por el incumplimiento, incurriendo en doble petición de concepto.

El notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo en cuanto a las cláusulas no inscritas: duración y su modificación, intereses moratorios, intereses variables, reembolso e incumplimiento por declaración falsa. Hace constar en su informe que la mayoría de los anteriores pactos no inscritos han sido declarados inscribibles según abundante jurisprudencia del Centro Directivo; que para entablar el recurso no es necesario el consentimiento de ambos contratantes; y que el notario autorizante puede hacerlo en todo caso y que el contenido de la cláusula de la escritura que faculta al Registrador a escribir los pactos que estime deben serlo, no supone una renuncia anticipada al recurso, que por otra parte será nula de acuerdo con los artículo 24 de la Constitución y 2 y 3 de la Ley de Consumidores.

La Registradora en su informe alega: 1) La improcedencia del recurso ya que las inscripciones practicadas contienen la hipoteca tal como fue constituida por las partes y estos asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales; la titular del Registro no ha suspendido ni denegado, sino que ha inscrito la hipoteca querida por las partes que es la puesta en la nota de despacho y no la escriturada por ellas.

2) Falta la nota de calificación de orden suspensiva ni denegatoria, sin que el juicio de inscribibilidad practicado en la inscripción sea nota de calificación, sino un juicio limitado a dar operatividad a la cláusula 21 de la escritura. Y termina indicando en este punto que al no haber nota de calificación no cabe recurso gubernativo, conforme a la reiterada jurisprudencia del Centro Directivo.

3) El fedatario no puede interponer el recurso pues el único que podría interponer lo será a efectos doctrinales y no cabe al no existir nota de denegación o suspensión, ya que la inscripción se ha hecho y sin defecto alguno puesto en el título. Y tampoco pueden interponerlo las partes pues en la cláusula 21 se sometieron al juicio del Registrador.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña admitió la falta de personalidad del notario recurrente en base a lo pactado en la repetida cláusula 21 de la escritura discutida.

El Notario autorizante apeló alegando el recurso no va dirigido a modificar asientos de Registro sino a obtener a través del mismo la inscripción de determinadas cláusulas; que el artículo 434 del R.H. supone una simple conformidad a la inscripción parcial; y que el pretender impedir el recurso en base a no haberse

extendido nota de calificación fue ya resuelto en sentido de que puede interponerse, según la resolución de 16 de marzo de 1990 promovida por la misma funcionaria.

La Dirección General, en los Fundamentos de Derecho dispone que la única cuestión tratada en el auto apelado es la de si el Notario autorizante de la escritura tiene personalidad para interponer el recurso gubernativo.

El artículo 434-4º del Reglamento Hipotecario recoge el supuesto de inscripción parcial del título, y ello puede suceder, porque los propios interesados hayan solicitado el que determinados pactos no tengan acceso al Registro en cuyo caso la nota de despacho no indicará los motivos de suspensión o denegación y no cabe por eso mismo la interposición del recurso gubernativo, ya que no ha existido calificación de esas cláusulas.

Un segundo supuesto de inscripción parcial puede tener lugar cuando el interesado, ante la calificación hecha por el Registrador muestra su conformidad a que se despache el documento sin esta estipulación o pacto, en cuyo caso como es natural se podrá recurrir por el interesado respecto de las cláusulas denegadas o suspendidas. E igualmente se podrá recurrir en el supuesto examinado en primer lugar, si por los interesados se presenta nuevamente el título, con el objeto de que se inscriban todas o algunas de las cláusulas que ahora al ser calificadas se deniegen o suspendan.

Cuestión distinta es el supuesto -también de inscripción parcial- en que los interesados solicitan en términos genéricos la inscripción de los pactos que el Registrador no cuestione, pues entonces ha de extenderse por éste la nota de calificación denegatoria o suspensiva respecto de los pactos restantes, contra la que claro es, cabe el recurso a que se refiere el artículo 112 del R.H. Así lo ha entendido en el expediente la Registradora, ya que la primera nota señala la denegación de una serie de pactos en la que se justifica las causas o motivos por los que tales estipulaciones no han tenido acceso al Registro; y contra la negativa a inscribir dichas cláusulas, cabe interponer el correspondiente recurso gubernativo.

El funcionario calificador tiene que denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento si entiende que las cláusulas que no deben acceder al Registro, inciden en el total contexto pactado por las partes, pero lo que no puede hacer es alterar su contenido y transformar como en este caso una hipoteca que garantiza intereses variables en otra que sólo garantiza intereses fijos, inscribiendo lo que las partes no estipularon en la escritura pública. No se trata por otra parte de alterar un asiento sino de completarlo -en su caso y si prospera el recurso- a través del contenido del propio título presentado, y de ahí la personalidad para interponerlo del notario autorizante.

Por otra parte -añade la DG- en el caso planteado se presentan cuestiones idénticas a otras resueltas por este Centro Directivo en recursos interpuestos contra notas de calificación de la propia Registradora, y reiterando la doctrina de esta Dirección,

1.- Hay que admitir:

a) **La hipoteca en garantía de intereses variables** siempre que tales intereses puedan ser determinados en su día por un factor objetivo y se señale límite máximo de responsabilidad hipotecaria. Como consecuencia de la inscripción de esta cláusula, ha de hacerse constar también la posible disminución o aumento del plazo de vencimiento de la hipoteca.

b) **Intereses moratorios.** Lo mismo sucede en cuanto al posible devengo de intereses moratorios de las obligaciones contraídas cuando los intereses estén debidamente cuantificados y garantizados.

c) **Cabe, igualmente, la admisión de la cláusula que engloba mensualmente las cuotas de amortización e intereses,** siempre que aunque no esté determinada con anticipación la parte de una y otros, se exprese la formula matemática convenida para ello.

d) **La cláusula relativa a seguros de fallecimiento y de inmuebles** habrá de escribirse dado que su impago es causa de vencimiento de la hipoteca.

e) **En la cláusula de vencimiento anticipado** será inscribible

- **La falta de pago de cualquier suma adeudada,** que indudablemente hay que tener referida a las garantizadas con hipoteca así como

- **Lo relativo a la aparición en la finca de cargas no consignadas en la escritura** (véase resoluciones de 23 y 27 de octubre de 1987). Son también inscribibles

- **Las referidas al pago de contribuciones e impuestos** (resoluciones de 16 de marzo y 26 de diciembre de 1990);

- **La referida a no arrendar por un importe inferior a 75.000 pesetas mensuales** (resolución de 27 de enero de 1986) así como

- **La relativa al carácter solidario de los deudores prestatarios** (resolución de 5 de febrero de 1915).

2. En cambio no tiene el carácter inscribibles:

a) **Las cláusulas referidas al reembolso anticipado o transmisión** o

b) **Las relativas al vencimiento anticipado en los casos siguientes:**

- **Falsedad en la declaración,**
- **Incumplimiento con carácter general de las obligaciones del contrato,**
- **Situaciones concursales de quiebra, y en caso de procedimientos de ejecución y embargo;** (Todas ellas por las razones ya expuestas en las resoluciones de 27 de enero de 1986, 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987). Tampoco es inscribible
- **La transmisión de la propiedad como causa de vencimiento** (resolución de 27 de enero de 1986).

Por todo lo expuesto la Dirección General acuerda revocar el auto apelado en cuanto no reconoce personalidad para interponer el recurso al notario autorizante de la escritura y declara además inscribibles aquellas cláusulas recurridas según resulta de la anterior propuesta de resolución ... (R.N.D.)

R 27 ABRIL 1992
(BOE 27 de mayo)

MERCANTIL. SA.- CLÁUSULA ESTATUTARIA RELATIVA A LAS FACULTADES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN.

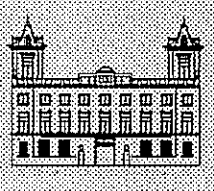
Se plantea en el recurso objeto de la Resolución si se puede facultar en estatutos al órgano de administración para que pueda constituir sociedades fijando sus pormenores y, en especial, el objeto social, estimando la DG que cabe tal posibilidad.

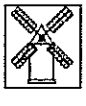
El recurrente argumentó que de seguirse el planteamiento del Registrador se llegaría al absurdo de que una sociedad, para poder constituir otras, debe reunir a su Junta General; que otra cuestión sería que en el acto concreto de constitución de la sociedad se extralimite el objeto social, pero que ello no se puede suponer en la calificación registral, como dice la R de 17 de noviembre de 1989.

El Registrador señala, entre otros puntos, que la cláusula debatida no se refiere a la constitución de sociedades de objeto análogo o idéntico, pues ello ya lo hace el artículo estatutario relativo al objeto social; que la R de 13 de abril de 1981 reconoce la inscribibilidad de la cláusula que autorizaba al órgano de administración para decidir la participación de la sociedad en otras empresas o sociedades, pues había que entenderla dentro de los límites del objeto social: a sensu contrario, si se entendiera fuera de los límites del objeto social, no sería inscribible.

La DG concluye que, si bien podría haber planteado dudas la cláusula debatida si hubiera especificado la facultad de fijación del objeto social de la nueva sociedad, también es cierto que la ausencia de tal especificación no puede valorarse como reveladora de una indubitada voluntad social de conceder al órgano de administración la facultad de participar en la constitución de sociedades con objeto distinto del de la sociedad constituyente; ello unido a la naturaleza unitaria de la regulación estatutaria que impone una interpretación sistemática de sus cláusulas, así como la valoración de las unas por las otras y la inteligencia de éstas en el sentido más adecuado para que produzcan efectos (art. 1284 y 1285 CC), lleva a la DG a estimar el recurso revocando el acuerdo y la nota del Registrador. (C.O.C.)

(En el BOE de 3 de junio aparecen -cerrado ya este número de LUNES 4'30- dos RR -las de 29 y 30 de abril- cuyos textos se adjuntan en hojas separadas y cuyos extractos aparecerán en el próximo número de esta revistilla).





SENTENCIAS

Por *Mª Emilia ADÁN GARCÍA*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE OCTUBRE DE 1991

Restitución de bienes confiscados por la Ley 1 de Marzo de 1940 sobre Represión de la Masonería y Comunismo. Obligación natural.

Hechos.- La Asociación G.O.E. el 18 de Febrero de 1985 dirige escrito a la Presidencia del Gobierno en el que después de relacionar una serie de bienes inmuebles que dice ser de su pertenencia, suplica que se le devuelvan o si no es posible su equivalente en metálico. Ante el silencio de la Administración se interpone recurso contencioso-administrativo apoyando su pretensión en las Leyes 9 de Febrero de 1939 y 1 de Marzo de 1940 que han de entenderse derogadas por la Constitución Española, en el RDL de 10/1978, de 30 de Julio, de amnistía, y en el art. 14 de la CE por un principio de igualdad con la devolución del patrimonio incautado a las Centrales Sindicales.

El Abogado del Estado alegó la inadmisibilidad del recurso por no acreditar la recurrente que sea la persona a quién se confiscaron los bienes que reclama, la prescripción de la acción, el incumplimiento de los requisitos para entablar la acción reivindicatoria propia de la jurisdicción civil, y la necesidad de una norma habilitadora: una Ley aprobada por el Parlamento.

En los Autos se personaron otras Logias como coadyuvantes de la Administración, alegando que la actora no es una Logia masónica.

Fundamentos de Derecho.- El problema es dilucidar si de las normas citadas por los apelantes surgió un derecho subjetivo dotado de acción que no pueda rechazarse sin infringir el art. 14 de la CE; en este sentido, el TS sección 6ª se pronuncia afirmando que lo más que puede admitirse es que la voluntad del legislador se asienta implícitamente en el reconocimiento de una especie atípica de obligación natural cuyo cumplimiento necesita de una decisión legislativa, plasmada en una norma singular que por su misma índole no es extensible a otros supuestos, ya que en materia de obligaciones naturales la jurisdicción no puede suplir la voluntad de cumplimiento del gravado por ellas, por lo que no puede operar el principio de igualdad.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE DICIEMBRE DE 1991.

Terreno sobrante tras la edificación. Atribución de titularidad dominical: ineficacia de las normas administrativas. Interpretación de los contratos.

Hechos.- D. AAA construyó sobre un solar de su propiedad una finca de cinco plantas, habiendo obtenido la licencia de obras de acuerdo con el entonces vigente Plan de Ordenación Urbana que calificaba el terreno como Zona de Bloques aislados con una superficie máxima de ocupación del 40% del terreno aportado, con vinculación del 60% restante. Tras su construcción procede a declarar la obra nueva, constituye la finca en propiedad horizontal, y procede a la venta de los distintos pisos o locales con cuotas de participación sólo referidas al edificio en las que no se menciona que el terreno no edificado figure integrado o sea anexo al edificio. El Plan de Ordenación vigente califica el suelo sobrante no edificado como parcela edificable y de este modo surge el litigio entre los copropietarios del edificio y los causahabientes del titular del solar originario, litigio que versa sobre la titularidad de dicha parcela, ya que desde que se edificó la posesión y el disfrute es de los titulares del solar. La Comunidad de Propietarios interpone recurso de casación al haber sido estimada parcialmente por la AP la demanda de los causahabientes de Don AAA.

Fundamentos de Derecho.- El recurso de casación se funda en tres motivos, que son rechazados por el TS, y cuya argumentación es la siguiente:

El primero es la infracción del art. 396 del CC y los arts. 94 y 95.1ª.d) TR LS, que consideran el primero como elemento común a la parcela sobrante, y los segundos en tanto que consideran indivisible la parcela edificable en una porción de volumen respecto a su área, cuando se

hubiese agotado el correspondiente a toda su superficie. El TS rechaza este motivo, en relación al art. 396 CC porque su ámbito de aplicación se limita a la regulación del régimen de Propiedad Horizontal, sin que pueda atribuir ninguna facultad dominical respecto a terrenos no incluidos en la Comunidad, y en relación a los preceptos de la Ley del Suelo, al ser de carácter administrativo carecen de virtualidad suficiente para atribuir en el orden civil facultades dominicales sobre un inmueble.

El segundo acusa la infracción del art. 1258 CC en relación con los art. 348 y 1469 CC y 76 y 87 TR LS, alegando que aunque en los contratos de compra-venta de los pisos no se aludía a la parcela en cuestión, debió entenderse incluida en la misma. El TS lo rechaza porque:

-Si bien deben entenderse incluidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que sean necesarias para la efectividad del fin propuesto, no debe perderse de vista que el art. 1258 ha de armonizarse con los más específicos de cada contrato y tener muy en cuenta el art. 1283 del CC.

-Las normas de la Ley del Suelo no obligan al constructor a transmitir a los usuarios de los pisos construidos el terreno no utilizado para ello, sino que sólo imponen una restricción de aprovechamiento urbanístico del suelo.

-No hay ningún indicio de la transmisión de la parcela ya que los propietarios constructores siguieron en el uso y disfrute de la misma, y tampoco puede considerarse como un accesorio del art. 334 del CC.

El tercer motivo es la infracción del art. 8 de la LH en relación con los arts. 46 y 47 RH, por entender que el primitivo dueño del solar debió segregar la parcela no transmitida al tiempo de proceder a la venta de los distintos pisos o locales, pues al no hacerlo se entiende que la vendió junto a los pisos. El TS entiende que si bien la legislación hipotecaria compele al titular registral a efectuar tal segregación, su infracción en modo alguno comporta una transmisión no contemplada en los contratos de compra-venta.

(N. de la R.- Ver comentarios a esta S en los Casos de Baleares).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE DICIEMBRE DE 1991.

Concurrencia, preferencia y prelación de créditos. Fecha a tener en cuenta para la preferencia.

Hechos.- 1-La Caja de Ahorros concede a la Compañía A un préstamo mercantil por treinta millones de pesetas, solemnizándose por medio de póliza intervenida por Corredor de Comercio. Se constituyen en fiadores solidarios los dos matrimonios demandados en la tercería. La fecha del contrato fue de 30 de Diciembre de 1982. Posteriormente, el 11 de Mayo la misma Caja concede otro préstamo, solemnizado de igual modo, a la Compañía B por cuarenta y cinco millones, compareciendo como fiadores solidarios los matrimonios demandados. Ambas compañías y sus fiadores incumplieron las obligaciones de pago, por lo que la prestamista promovió lo ejecutivos correspondientes siendo despachada ejecución con fecha 19 de junio de 1984 y 21 de Septiembre de 1983. Las diligencias de embargo se practicaron con fecha de 23 de Septiembre de 1983 y el 3 de Octubre de 1983 respectivamente.

2 -Por otro lado y contra los dos matrimonios fiadores se siguieron autos de juicio ejecutivo, siendo el título ejecutivo la escritura de reconocimiento de deuda otorgada por los dos matrimonios el 25 de Agosto de 1983 y en la que reconocían adeudar a la Compañía C setecientos cincuenta millones de pesetas, habiéndose despachado ejecución el 1 de septiembre de 1983. La Caja de Ahorros interpuso demanda de tercería de mejor derecho, con el fin de ser pagada con preferencia a la Compañía C en ochenta y cinco millones de pesetas, con el producto de los bienes embargados en este ejecutivo, sin perjuicio de la liquidación que proceda por intereses y costas. Fue estimada la demanda ordenando el juez el depósito del importe de los bienes subastados en un establecimiento público, o en caso de adjudicación en pago de dichos bienes que no se otorgue título a favor de la Compañía C.

La Compañía C interpuso recurso de casación.

Fundamentos de Derecho.- Dos son los motivos alegados:

1 -Infracción del art. 1924.3 A) CC relativo a los créditos sin privilegio especial, al haber dotado de preferencia a los contratos de préstamo sobre el reconocimiento de deuda. Entiende el recurrente que no puede mantenerse que los contratos de préstamo sean preferentes por ser anteriores en cuanto a la fecha, ya que eso sería así si los matrimonios que reconocieron la deuda fueran deudores principales de los préstamos en vez de fiadores, ya que en este caso la fecha del documento sólo tiene validez respecto del deudor principal pero no respecto del fiador, ya que dicho documento sólo origina el nacimiento de la relación de débito pero no la de responsabilidad por la que el acreedor puede reclamar al fiador, debiendo esperar al incumplimiento del deudor principal que aquí se produce con posterioridad a la fecha del reconocimiento de deuda.

El TS desestima el motivo y entiende que en realidad no se está cuestionando la preferencia crediticia de los títulos de la Caja tercerista, si bien conviene recordar que la preferencia no deriva obligada y necesariamente de las sentencias de remate recaídas en los juicios ejecutivos, toda vez que debe concederse prioridad a los títulos que fundamentan la acción ejecutiva, pues cuando la certeza del crédito consta en el título, aun cuando posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, sin que la sentencia desvirtúe esa certeza, habrá de atenderse a la fecha de la escritura y no a la de la sentencia para resolver el conflicto preferencial. Repecto al apartado A) 1924.3 CC entiende que hay que equiparar las escrituras públicas a las pólizas que por su contenido reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, pero no ocurre igual en los casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa de una posterior actividad complementaria para conocer el alcance de la obligación; en estos casos la preferencia vendrá referida a la fecha de liquidación y determinación del saldo deudor. El

que los demandados lo sean en calidad de fiadores, no hace perder virtualidad a la preferencia indicada, ya que lo fueron con el carácter de solidarios, eliminando así el carácter de accesoriedad de la fianza.

2 -El segundo motivo es la inaplicación del art. 1924.3 B) CC; también es desestimado por el TS por entender que los grupos de créditos comprendidos en los aps A y B, no se excluyen entre sí de manera absoluta, sino que lo que se establece es una mejor clase o jerarquía del apartado A frente al B.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 1991.

El procedimiento del art. 131 de la LH. Indefensión. Omisión del requerimiento de pago. Liquidez de la deuda.

Hechos.- Por el JPI se dictó sentencia declarando nulo el procedimiento del art. 131 de la LH. Interpuesto por la Caja de Ahorros recurso de apelación fue también desestimado declarando la nulidad del procedimiento y la obligación de la Caja de presentar liquidación del saldo existente respecto al demandante y respecto a la deuda hipotecaria, justificando los cargos a tal fin efectuados en la cuenta del actor. También se ordenó la cancelación de los asientos del Registro relativos al procedimiento en cuestión. La Caja interpuso recurso de casación contra la sentencia que confirmaba la nulidad alegando un sólo motivo, cual es la ausencia de indefensión para el ahora recurrido.

Fundamentos de Derecho.- Entiende el TS que no es bastante el quebrantamiento de una forma esencial del juicio para solicitar la casación de la sentencia, si no va acompañada de indefensión. La indefensión se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el Ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos o se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado. Pero este concepto se matiza con el deber de las partes intervinientes en el proceso de mostrar la diligencia debida, sin que pueda alegar indefensión quién se coloca a sí mismo en tal situación o quién no hubiera quedado indefenso de actuar con una diligencia exigible, pues si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso de la tramitación del juicio, la diligencia exigible en la defensa de sus intereses le obliga a personarse, subsanando así la infracción cometida. En el presente caso el recurrido tuvo conocimiento del juicio de ejecución hipotecaria que se seguía contra la finca de la que era titular registral ya que se le notificó con arreglo a la regla 5ª del art. 131 LH, teniendo así oportunidad de intervenir en el procedimiento a pesar de no habérsele hecho el requerimiento de pago de la regla 3ª del mismo artículo, por todo ello s dejó de acudir al juicio a él sólo le es imputable.

No obstante ser el arriba expuesto el único motivo de casación el TS en el segundo Fundamento de Derecho se pronuncia sobre la exigencia de que la deuda, cuya efectividad se pretende por esta vía de apremio dirigida directamente contra el bien hipotecado, sea líquida y exigible (art. 921 y 1453 LEC). Este requisito no plantea dificultades en los préstamos hipotecarios a vencimiento único e interés fijo, pero en los préstamos de amortización y graduales, sí requiere unas operaciones previas de liquidación, que por la naturaleza del procedimiento del art. 131 LH no puede ser discutida en el mismo debiendo acudir al juicio declarativo que corresponda. Por ello estima no haber lugar a la casación y confirma la nulidad del procedimiento, por no resultar acreditado que la cuantía reclamada por la Caja sea la realmente debida por el recurrido, ya que si bien reclamaba 190.724,48 ptas de capital, aparte intereses y comisiones devengados desde el 15 de Junio de 1980, no resulta suficiente probado que sea esa la cantidad debida toda vez que en el recibo de amortización de 15 Diciembre de 1976 se da como capital pendiente de pago 143.686,54 ptas,; que con posterioridad a esa fecha se realizó un cargo en la cuenta abierta a nombre del deudor hipotecario correspondiente a la hipoteca en fecha 10 Enero 1981 y que por último en dicha cuenta ha habido en determinados momentos saldo suficiente para atender a los vencimientos semestrales sin que la Caja los hiciera efectivos en la forma pactada.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 1991.

Tercería de dominio. Admisibilidad. El art. 1462 del CC. Nulidad de escritura de venta judicial, cauce procesal adecuado.

Hechos.- En fecha dos de Marzo de 1978, los recurrentes suscribieron un contrato privado de compra-venta con el hoy ejecutado, por el que adquirían el pleno dominio y la posesión de una finca. Se carece de escritura pública, pues en dicho contrato se convino que se otorgaría una vez concluido el pago, quedando aún pendiente una letra de cambio. El vendedor dió posesión mediante la entrega de las llaves a los recurrentes. Con posterioridad, la Caja de Ahorros embargó la finca por deudas del vendedor, ya que en el Registro de la Propiedad figuraba todavía a su nombre. La finca fue adjudicada mediante subasta a D. AAA, si bien el juzgado cometió el error de posesionar al adjudicatario de una finca que no era la subastada sino una colindante ocupada por los recurrentes. D. AAA en escrito de 23 de Febrero de 1984 se dirige al Juzgado para que rectifique el error, y éste mediante cédula de notificación y requerimiento, entregada a los recurrentes el 28 de Marzo de 1984, les requiere para que dejen libre la finca, con el fin de entregarla a D. AAA como consecuencia de un ejecutivo.

Los hoy recurrentes interpusieron tercería de dominio, alegando no haber tenido conocimiento del juicio ejecutivo del que deriva la adjudicación, hasta la recepción de la mencionada cédula. A su vez ponen de relieve que según los arts. 609, 1095, y 1462 del CC no es suficiente título para la adquisición de la propiedad, hace falta la tradición, y según la jurisprudencia del TS "*la tradición por auto de adquisición no implica necesariamente la entrega real de la cosa, que cede ante prueba en contrario*", y en este caso, no obstante haberse otorgado la

escritura de venta judicial, no se realizó la tradición, como prueba la cédula de notificación. Por último demuestran la ocupación de la finca, además de por la cédula, por los recibos de agua, luz,... y por haber sido citado como colindante cuando se dió erróneamente posesión al adjudicatario de una finca que no era la subastada.

La Caja ejecutante contestó la tercería en base a dos excepciones previas:

-El documento privado de compra-venta no había satisfecho los impuestos correspondientes y citaba la Disp. Adic. 4ª de la Ley de 26 de Junio de 1980.

-La inadmisibilidad del recurso por infracción del art. 1533.2 de la LEC que establece "*si la tercería fuera de dominio, no se admitirá después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiera*", ya que la demanda se interpuso después de otorgada la escritura pública de compra-venta a favor del adjudicatario.

Para el caso de que no se estimasen las excepciones y entrando en el fondo alega que no pueden considerarse actos de reconocimiento de dominio, ni la cédula ni los distintos recibos, ya que en ellos no se califica el título por el que se ocupa la finca, y que el título que la actora tiene es un documento privado que por no tener acceso al Registro carece de protección tabular frente a terceros, mientras que D. AAA tiene inscrito su derecho.

Desestimado el recurso por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia, se interpuso recurso de casación.

Fundamentos de Derecho.- Dos son las cuestiones sobre las que se pronuncia el TS:

-El art. 1533 de la LEC, ya que al ser presentada la demanda cinco meses después de otorgada la escritura judicial de venta, se clausura la posibilidad tanto de admisión como de estimación de la tercería. Ello es así, porque el precepto sólo exige la formalidad de la escritura pública que hay que referir cuando el objeto de la venta sean bienes inmuebles, pues conforme al art. 1462 del CC el otorgamiento de aquélla equivale a la entrega, poniendo a la misma altura jurídica de efectividad la escritura y la tradición; es la llamada tradición instrumental. A estos efectos se entiende por escritura pública tanto la notarial como los supuestos de venta judicial. El otorgamiento de la escritura, tratándose de un contrato de compra-venta y aún con independencia de la posterior inscripción registral, inviste al adquirente de la posesión del inmueble adquirido, en virtud de la traditio ficta, del 1462.2 CC, implicando una presunción iuris tantum, ya que la traditio ficta no significa radicalmente la tradición real del bien objeto de la venta. Puede suceder que un tercero esté en la posesión del mismo atribuyéndose su titularidad dominical, de tal manera que ello aboca a la posibilidad de tener que admitir prueba en contrario para combatir la posible discordancia entre la tradición instrumental de matiz legalista con la realidad jurídica material existente o bien cuando de la misma escritura resulte claramente lo contrario.

-No es el marco procesal apto y procedente para dilucidar la nulidad de la escritura de venta judicial, la tercería de dominio. Queda a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo contra quién y como corresponda.

Por todo ello desestima el recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 1991.

Acceso diferido a vivienda de Protección Oficial. Transmisión del dominio. Tercería de dominio.

Hechos.- Dº AAA y otros interponen tercería de dominio solicitando que se les reconozca el dominio sobre sus pisos, ya que ostentan un derecho de acceso diferido que están ejercitando, y que se suspenda el procedimiento de apremio contra los mismos. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, siendo desestimada por la Audiencia, e interponiéndose recurso de casación.

Fundamentos de Derecho.- El TS desestimó el recurso por entender que el instituto de acceso diferido a la propiedad, que regula en materia de viviendas de Protección Oficial el Reglamento de 24 de Julio de 1968, ya se configure como un supuesto de aplicación del pactum reservatti domini (art. 132 del Reglamento), ya se entienda que es un contrato de naturaleza sui generis, que tiene la finalidad principal de servir de título para la adquisición de la propiedad de la vivienda, es manifiesto que la titularidad dominical del comprador no se produce hasta la terminación del plazo establecido por las partes para el abono del precio y el otorgamiento de la escritura de venta por el vendedor con la limitación de no transferir a otro, la propiedad que todavía no ostenta el comprador al que sólo se le ha hecho entrega de la casa para su utilización y a título de adquisición diferida. Por todo ello no se da en los recurrentes la titularidad apta para la tercería ya que no tienen el dominio actual, ni pueden ampararse en el art. 1450 del CC, pues sería confundir el momento de la perfección de la compra-venta con el momento de la adquisición de lo comprado, unificando dos instantes que no deben confundirse, ya que la reserva de dominio si no altera la perfección, si afecta a la consumación del contrato.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE DICIEMBRE DE 1991.

Arrendamientos rústicos. Mejoras indemnizables. Momento de la indemnización.

Hechos.- En documento privado fechado en 1979, un padre arrienda a su hijo una finca por seis años y una renta de un millón cien mil pesetas pagaderas en tres años. Por expresa remisión de las partes y no obstante el parentesco que une a los dos interesados, se trata de un contrato regulado por la legislación especial. En sucesivos escritos de demanda presentados en el Juzgado por el arrendador se solicita la resolución del contrato de arrendamiento y desalojo, y posteriormente la revisión de la renta. Ante este comportamiento del arrendador, el arrendatario interpone a su vez demanda, ya que el acto de conciliación solicitado a la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos no pudo desarrollarse; en la citada demanda solicita el arrendatario que se le reconozca el derecho a percibir la indemnización por las mejoras

realizadas, y a mantenerse en la finca hasta que le sean abonadas por completo. El arrendador alega que las referidas mejoras no le han sido comunicadas por escrito como es preceptivo siempre y cuando supongan una transformación de la finca, que dichas mejoras consistentes en tala de árboles han disminuido el valor de la finca. Habiéndose desestimado la demanda en primera instancia y en apelación, el arrendatario interpuso recurso de casación.

Fundamentos de Derecho.- El TS desestimó el recurso, en base al siguiente razonamiento: la LAR prevé y regula las mejoras que se puedan realizar en los predios arrendados, distinguiendo entre útiles y sociales (art. 57), reconociendo al arrendatario el derecho ha realizarlas por sí sólo, con las limitaciones del art. 60 de no disminuir el valor de la finca. Las mejoras tienen la misión de incrementar la productividad de la finca, en el marco de la función social de la propiedad del art. 33 de la CE, pero para que dichas mejoras sean indemnizables deben de cumplir escrupulosamente los requisitos legales, a no ser que mediara consentimiento del propietario. Suponiendo que las mejoras cumplan todos estos condicionantes, sólo será exigible la indemnización a la terminación del arriendo conforme al art. 62 en relación con el 83.2. Por todo ello el nacimiento del derecho resarcitorio está sujeto a la inexcusable conditio iuris de la extinción del pacto locativo, y mientras el contrato esté en vigor las mejoras redundarán de manera inmediata en beneficio del arrendatario que obtiene el fruto de su esfuerzo, integrando una mera expectativa indemnizatoria, pues cuando la finca pase al arrendador si dichas mejoras no se retiran suponen una revalorización del predio.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE DICIEMBRE DE 1991.

Suspensión de pagos. Causas. Dolo. Embargo de bienes en número excesivo.

Hechos.- Se presenta demanda por la "*Comunidad de bienes de Don Antonio R.B.*", contra el Banco EE en reclamación de una suma de dinero por los daños y perjuicios que con su actuación dolosa les han causado, al promover dos juicios ejecutivos contra la Comunidad, lo que determinó que se viera obligada a presentar suspensión de pagos, derivando en la crisis de la empresa aceitunera perteneciente a la comunidad y la consiguiente cesación de su actividad industrial. Para ello se alega la infracción de los artículos 1101, 1102 y 1106 del CC. El primer juicio ejecutivo se fundaba en dos pólizas de crédito que habían vencido cuatro meses antes de la presentación de la demanda procediéndose al embargo de los bienes que se estimaron oportunos y dictándose sentencia de remate. El segundo ejecutivo se debió a otra póliza de crédito, si bien en este caso se anticipó en un mes el vencimiento de la misma y se solicitó el embargo de todos lo bienes del deudor, alegando que había disminuido la solvencia del deudor; el juzgado estimó la oposición al embargo y lo declaró nulo por no estar suficientemente probada la disminución de la solvencia. Tanto el juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda.

Fundamentos de Derecho.- Entiende el TS (recogiendo los fundamentos jurídicos del Juzgado) que no pueden alegarse los artículos 1101, 1102 y 1106 del CC, ya que para que pueda exigirse el resarcimiento de los daños y perjuicios es necesario que exista un incumplimiento culpable de la obligación, que impida su cumplimiento en forma específica, que exista un daño resarcible, y que se dé una relación de causa a efecto entre el incumplimiento de la obligación y los daños sobrevenidos, circunstancias que no se producen en el caso en cuestión, no pudiendo tampoco hablar de dolo si se entiende por tal la acción u omisión que, con conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de una obligación, no siendo necesaria la intención de dañar o perjudicar, bastando con infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor, queriendo los resultados que sin ser directamente perseguidos aparezcan como consecuencia necesaria. Las razones que avalan estas conclusiones son:

-Las causas de la suspensión de pagos hay que buscarlas, según un informe pericial, en la crisis del sector aceitunero, en haber pasado el control de este sector a multinacionales, dificultades de la explotación, llevarse la empresa en el desusado régimen de comunidad de bienes, existencia de pérdidas acumuladas y otras circunstancias similares.

-La Comunidad tenía deudas con otros acreedores, sin que pudiera pagarlas en el momento de presentación de la Suspensión de Pagos.

-Que no hay conducta dolosa en la anticipación del vencimiento de una póliza de crédito con claúsula de salvaguardia, lo que hace que se acomode al art. 1129 del CC. Tampoco la hay en el hecho de que se hubiese ofrecido al Banco una solución transaccional y extrajudicial para saldar su crédito, pues ello no constituye una obligación para el Banco, sino que revela el actuar previsor de una entidad con ánimo de lucro, que no tiene que sacrificarse en beneficio de otra entidad con ánimo de lucro.

-Aunque los bienes embargados fueran excesivos ello es consecuencia del afán lógico del banco para asegurar el cobro de sus créditos, no constando que la Comunidad solicitara la limitación del embargo a los que fueran suficientes, puesto que si bien el ejecutante señala los bienes de no hacerlo el interesado, es el Juez quién decreta el embargo.

Concluyendo, entiende el TS que no hubo en el actuar del Banco, abuso de derecho, ni ejercicio antisocial del mismo, ni traspaso de sus límites normales, ni conculcación de la equidad ni de la buena fe; simplemente ejercitó una facultad y defendió su derecho sin traspasar legalidad alguna extrínseca o intrínseca.

(Para el Tema 18 de Derecho Registral Inmobiliario y Legislación Hipotecaria, del Programa de oposiciones a Registros).

ENUMERACIÓN DE LOS SUJETOS EN LAS RELACIONES JURÍDICAS INMOBILIARIAS.

Ramón de la Rica Maritorena.
Registrador de la Propiedad de Madrid

(Trabajo presentado por su autor -que gentilmente nos autoriza esta reproducción- al IX Congreso Internacional de Derecho Registral)

SUMARIO:
INTRODUCCION.- SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO.- 1) TITULARIDAD A FAVOR DE LA PERSONA FISICA INDIVIDUAL.- 2)TITULARIDAD A FAVOR DE PERSONAS JURIDICAS O SOCIALES.- 3) TITULARIDAD REAL.- 4) TITULARIDAD MULTIPLE.-5) TITULARIDAD INDETERMINADA.- a) HERENCIA YACENTE.- b) HEREDEROS FIDUCIARIOS.- c) COMUNIDAD HEREDITARIA.- LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO TITULAR.

INTRODUCCIÓN.

A pesar de las impugnaciones fundamentales de algunos juristas de principios de este siglo que se acaba, entre ellos DUGUIT, cuyos ecos todavía se perciben, contra el llamado «derecho subjetivo», aparece como verdad evidente el que resulta imposible pensar en cualquier derecho sin pensar al momento, simultáneamente, en su titular, en la persona o personas a las cuales afecta.

La diferenciación entre el derecho subjetivo (facultas agendi), como potestad de actuar de una persona y el derecho objetivo (norma agendi), como ordenamiento legal regulador de la actuación social del individuo, subsiste en nuestros días y creo que es indispensable como luz orientadora de todo análisis jurídico. No soy adivino y el futuro nos es desconocido, pero en cierto sentido podemos actuar sobre él, partiendo de premisas actuales que sabemos van a perdurar durante cierto tiempo y de ese modo vaticinar larga duración al derecho subjetivo.

FEDERICO DE CASTRO (1) así lo reconoce en su valiosa y difícil obra sobre la parte general del Derecho Civil. El derecho subjetivo halla su apoyo, su protección y su garantía en el derecho objetivo; y éste, a su vez, crea aquel y se dicta para tutelarle, hacerle efectivo, limitarle o declararle caducado.

Cuando el ordenamiento jurídico objetivo, la ley, establece limitaciones, impone obligaciones o crea beneficios, siempre lo hace más o menos directamente «en favor de alguien», de ahí surge instantáneamente

la figura jurídica del beneficiado, del sujeto del derecho, del titular o, si se quiere, siguiendo a IHERING, del «interés jurídicamente protegido». Ahora bien, ese interés jurídicamente protegido no es unitario, se descompone en tantos intereses como titulares de los mismos existan. Un ejemplo aclarará esto: FERRIERE (2) nos dice que durante muchos siglos la luz blanca ha sido considerada como una y simple. Pero con el prisma se la descompone en siete colores y luego haciendo pasar esos siete colores por una lente convergente se recompone la luz blanca. Por eso la unidad de la luz blanca, como la del interés jurídicamente protegido, son una ilusión óptica la primera y mental la segunda. De todas formas «exempla docent, non jubent», es decir, el ejemplo enseña no manda.

Por todo ello, la concepción del derecho subjetivo es imprescindible como guía segura en el estudio del llamado Derecho Inmobiliario Registral, lo mismo que lo es en el Derecho Civil.

En el Registro de la Propiedad rara vez tiene acceso el derecho objetivo, y cuando ello sucede es por excepción confirmadora de la regla general; Lo que entra a raudales en el Registro son los derechos subjetivos encarnados en su sujeto ó sea en el titular del derecho inscribible, pues tampoco se concibe normalmente un derecho subjetivo inscrito sin que aparezca su titular manifiesto en el Registro. En éste no se consignan, repito, normas jurídicas de carácter objetivo, sino que basándose en su vigencia, se inscriben las facultades que corresponden a un titular determinado sobre objetos de derecho, inmuebles y derechos reales tambien determinados.

Es complemento necesario agregar que las facultades del titular del derecho subjetivo se dividen, doctrinalmente, en facultades de disposición y facultades de goce. Al sistema registral le interesa primordialmente la facultad dispositiva, reflejada en los actos de enajenación traslativos o constitutivos, y relega a muy secundario lugar, la titularidad de goce o aprovechamiento de la utilidad de las cosas.

SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO.

En el Derecho Inmobiliario Registral se presenta destacado en primer plano el sujeto activo jurídico; El sujeto pasivo o deber se esfuma, sin duda porque en los derechos sobre inmuebles, el sujeto pasivo o es indeterminado y se diluye en la obligación pasiva universal o si es determinado, como el transferente en la transmisión por ejemplo, su misión concluye en cuanto la relación jurídica genera y da nacimiento al derecho real, mediante el acto de transferencia a favor del adquirente; salvo en casos de excepción, como puede ser en los derechos reales in faciendo, en los que el sujeto pasivo tiene que realizar una determinada prestación. El famoso tercero hipotecario, nacido de los folios registrales, es un sujeto activo del derecho inmobiliario, protegido singularmente en su derecho subjetivo, a lo que es igual, un titular de excepción.

Las relaciones jurídicas inscribibles implican siempre derechos reales sobre bienes inmuebles; Y en el derecho real no hay sujeto pasivo determinado, sino uno genérico, indeterminado, constituido por todos los que no han sido parte en la relación (masa social) y cuya sola obligación es una abstención: La conocida y llamada obligación pasiva universal, estudiada por todos los civilistas, que a mi juicio no constituye un elemento diferencial del derecho real como dicen, sino más bien una consecuencia del respeto que la sociedad debe al Derecho Objetivo, necesaria para su buena marcha.

Por ello es preciso diferenciar debidamente la relación jurídica causal (contrato) de la relación jurídica inscribible o registral, derivada por regla general de aquella. En la primera hay siempre un sujeto pasivo, un obligado: en la compraventa, si el comprador está obligado a entregar el precio, el vendedor lo está a la entrega de la cosa; en la hipoteca, el deudor además de la obligación de devolver la cantidad garantizada o de cumplir la obligación asegurada, lo está a la constitución de dicho derecho real; en la donación el donante tiene la obligación de transmitir el objeto de la donación. Pero en la relación inmobiliaria registral, este sujeto pasivo se borra, porque o ya ha consumado sus obligaciones contractuales o las que aún pendan de cumplimiento no tienen transcendencia registral. Inscrita la compra, donación o hipoteca, el vendedor, el donante o hipotecante, no pueden ser considerados como sujetos pasivos de la relación jurídica inscrita que establece potestades o derechos de naturaleza real a favor del titular o sujeto activo (comprador, donatario o acreedor hipotecario), sobre el objeto (inmueble o derecho).

Por regla general al desaparecer el sujeto pasivo del acto causal no se sustituye por otro determinado, en la relación jurídica inscribible, sino que queda tan sólo, con tal carácter de sujeto pasivo, el indeterminado, que a mi juicio también existe en los derechos de obligación: la sociedad entera sujeta a un deber general de

abstención. Por eso, en la técnica del Registro se da tanta importancia al titular, sujeto activo del derecho inscrito y tiene tan escaso relieve el sujeto pasivo.

Sin embargo, no quiere esto decir que pueda prescindirse en absoluto de la titularidad pasiva o paciente en toda relación inmobiliaria inscribible. Existen casos en los que una persona puede quedar obligada a realizar una prestación, no por el hecho de haberse obligado con otra, sino tan sólo por el hecho de ser titular del derecho de dominio de una cosa. En tales supuestos, el sujeto activo de esta especial relación jurídica puede exigir la prestación al dueño, cualquiera que sea, pues su cualidad de sujeto pasivo depende, no de la persona, sino de la cosa.

Me estoy estoy refiriendo a los derechos llamados subjetivamente reales y en general a los jura in re aliena, tipos jurídicos perfectamente inscribibles cuando la cosa es un inmueble. En ellos puede advertirse la existencia de un sujeto pasivo más determinado, aunque no individualizado: el propietario de la cosa inmueble que ha de tolerar (deber de abstención) la actuación del sujeto activo o titular de los jura y que en algunos casos, no ha de limitar su deber al non facere, como consideraba la escuela clásica primitiva, sino que ha de realizar una obligación activa, in faciendo, como ha puesto de relieve la moderna doctrina civilista. En las servidumbres prediales es fácil encontrar ejemplos de estos derechos reales in faciendo, cuyo sujeto pasivo es determinado y que no debe confundirse con las obligaciones propter rem (por causa o razón de la cosa) que sólo engendran derechos personales.

Mas no obstante el escaso relieve del sujeto pasivo en el derecho inmobiliario registral, algunos de los principios de éste funcionan en beneficio de aquél. La publicidad formal produce sus efectos con relación a ese sujeto pasivo indeterminado, a quien el Registro advierte del estado jurídico de los bienes y derechos inscritos, efecto importante y poco señalado por los hipotecaristas. Y en los derechos reales que imponen obligaciones o prestaciones al dueño del objeto, cualquiera que sean, el Registro por la publicidad sustantiva, expresa los límites del deber jurídico del sujeto pasivo.

Así pues, es el sujeto activo de la relación jurídica inmobiliaria o titular registral, un factor de estudio y análisis de gran importancia en el derecho inmobiliario registral, en sí mismo, además de su relación con los principios hipotecarios como por regla general le trata la doctrina. Puede manifestarse según se deriva del asiento correspondiente de las siguientes formas:

1) Personal (persona natural).

2) Social (persona jurídica o social).

3) Real (cosas personificadas).

4) Múltiple (colectividades mancomunidades sin personalidad independiente de los individuos que la integran).

5) Indeterminado (personas no nacidas o no conocidas específicamente).

Estas cinco clases de sujetos activos registrales serán objeto de un breve análisis.

1) TITULARIDAD A FAVOR DE LA PERSONA FISICA INDIVIDUAL.

La persona natural o física aparece en el Registro de la Propiedad cualificada por su nombre, dos apellidos, estado civil, vecindad, su mayoría de edad o número de años en su caso, profesión, domicilio y número del documento nacional de identidad (el NIF o número de identificación fiscal es el mismo del de identidad acompañado de la letra que la corresponda); estas tres últimas circunstancias no tienen carácter obligatorio ya que sólo se expresarán en el asiento, si constaren en el titulo de que se trate (3). Todas ellas parecen ser suficientes para una perfecta identificación de la titularidad.

Pero no siempre ha sido así. La primitiva Ley Hipotecaria, en su artículo noveno sólo exigía el nombre y apellido, por lo que GALINDO Y ESCOSURA (4) decían que, aunque no figure en la escritura el segundo apellido del que va a ser sujeto activo registral, podía ser inscrita sin inconvenientes.

Pero aun con los requisitos que actualmente se exigen no queda garantizada suficientemente en el titular, la relación entre su capacidad jurídica o aptitud para ser sujeto de derechos y su capacidad de obrar o facultad de realizar actos jurídicos eficaces, puesto que ello no sólo depende de la constatación de los requisitos exigidos, sino de otras circunstancias que no guardan relación con los mismos. Y en la práctica se traduce en dificultades en el momento de la calificación, en algunos casos. Para subvenir estas dificultades, la propia Ley Hipotecaria (5) declara inscribibles las resoluciones judiciales que modifiquen la capacidad

civil de las personas, en cuanto a la libre disposición de sus bienes, y anotables las demandas que se propongan obtener una declaración judicial de este género (6).

Esta clase de asientos, criticados por la doctrina y no sin fundamento, tampoco resuelven radicalmente el problema. Así pues, sobre la base de nombres, apellidos y demás requisitos antes señalados, como circunstancias de identificación de las personas y modo práctico de hacer efectivo el principio de especialidad respecto a éstas, funciona el refinado mecanismo del Registro de la Propiedad. Esta base parece suficiente, sobre todo desde que en la modificación del artículo 163 del Reglamento Notarial, es obligatorio consignar en los documentos notariales inscribibles el Documento Nacional de Identidad.

Porque sólo a base de los nombres y los apellidos es cuando se podían dar titulares registrales inciertos, dudosos, inexistentes y hasta fingidos, como puso de relieve la doctrina y en ciertos casos la realidad; por eso el sagaz hipotecarista que fué DIAZ MORENO (7) decía que el conocimiento exacto de las personas que intervienen en los actos y contratos inscribibles es materia importantísima a la que desgraciadamente la legislación hipotecaria, en su época, no ha prestado todo el interés que debiera. Esta afirmación, cierta en el momento de su expresión, ha perdido validez en la actualidad. La modificación de la regla novena del artículo reglamentario llega a pedir, si consta en el título, nacionalidad, vecindad civil y hasta el régimen económico del matrimonio; como se ve es muy completo.

Retrocediendo en el tiempo, labor necesaria para el investigador, pero ardua y difícil para mi empeño, nos encontramos con la Instrucción de 27 de Mayo de 1884 que dispuso en su artículo 17 que los Registradores no hicieran inscripciones ni anotaciones ni facilitaran certificaciones, sin que el solicitante exhiba la cédula personal, que debería hacerse constar en los documentos que se extiendan. Pero como la Real Orden de 11 de Junio de 1879, exceptuaba de la obligación de presentar sus cédulas en los Registros de la propiedad a los que las hayan hecho constar ya, en otros documentos registrados u obrantes en la misma oficina, siempre que las cédulas en uno y otro caso sean de año económico corriente, no se llegó a aplicar la Instrucción con el rigor necesario y por ello puede admitirse como valida en su tiempo, la queja de DIAZ MORENO.

Nuestra vigente Ley Hipotecaria, en su artículo noveno, números cuarto y quinto, establece que debe constar en toda inscripción que se practique en el Registro, la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción y la persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse. Por su parte la regla novena del artículo 51 del Reglamento, reformada por Real Decreto de 12 de Noviembre de 1982, determina la forma de hacer constar las circunstancias personales del transferente y del adquirente.

La modificación de esta regla novena de dicho artículo reglamentario, merece crítica favorable, puesto que determina de forma más completa y sistemática que el texto anterior, los datos de identificación del titular. Se puede objetar de modo riguroso que la constancia del número del documento nacional de identidad debe exigirse en todo caso, puesto que en la documentación notarial necesariamente consta, en la administrativa o no es necesario o si lo es, generalmente consta y en la judicial debe exigirse que conste, cosa que la práctica diaria demuestra que se va imponiendo.

En fin, estas circunstancias personales que con arreglo a los Reglamentos Hipotecarios y Notarial, deben constar en el título, junto con la obligatoriedad de la constancia del Documento Nacional de Identidad en todo caso, son garantía suficiente para dar certeza absoluta o al menos satisfactoria o del titular registral personal o físico y cumplir el viejo aforismo del Digesto: «Difficile est ut unus homo duorum vicem sustineat», o lo que es lo igual: una persona no puede a la vez, ostentar dos personalidades.

2) TITULARIDAD A FAVOR DE PERSONAS JURIDICAS O SOCIALES.

La persona jurídica o legal, tambien denominada a través de los tiempos como ficticia, moral, colectiva, etc., que HAURIOU, DEMOGE y otros autores consideraban como «pura ficción», al contrario que GIERKE que la reputaba de «realidad viva», como el tiempo ha corroborado, ha sido recogida por nuestra legislación civil (8), que le confiere capacidad para adquirir y poseer bienes de todas clases y, por consiguiente puede ser titular de derechos inscribibles y en este concepto ingresar en el Registro de la Propiedad.

Se cualifican en éste por el nombre colectivo de la corporación, es decir, por el nombre con que fueron conocidas o el que tengan asignado con arreglo a las legislaciones aplicables a su naturaleza respectiva, que suelen crear un derecho exclusivo al mismo. Su titularidad registral ofrece, como la práctica enseña, ciertas

dificultades técnicas y problemas complejos, de los que son ejemplo los relativos a la personalidad de los credos religiosos, Iglesia Católica y otras, así como comunidades afines, los llamados organismos autónomos o para-estatales, la personalidad civil de los diversos departamentos del Estado, etc..

La legislación civil considerada personas jurídicas a:

1º. Las Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones de interés público reconocido por la Ley, y

2º. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia independiente de la de cada uno de los asociados.

En el Registro de la Propiedad estas personas jurídicas se cualifican por el nombre de la Corporación o el colectivo de los interesados, según el artículo noveno de la Ley Hipotecaria, ampliado por el 51 de su Reglamento, a cuyo tenor, tratándose de personas jurídicas se expresará su clase, denominación y domicilio, el hecho de su inscripción en el Registro correspondiente en su caso, y las circunstancias de las personas que por ellas intervengan en el acto o contrato. Tambien debe hacerse constar el número del Código de Identificación Fiscal o CIF que tengan, ya que el artículo 397 del Reglamento lo exige para la ficha de los Indices.

Por lo expuesto, la identificación en el Registro de la Propiedad de esta clase de titulares no ofrece dificultades. Trátese del Estado, de la Iglesia, de sociedades civiles o de sociedades mercantiles, o simplemente de entidades benéficas, docentes, deportivas, acogidas a las leyes que regulan su existencia, no es fácil la confusión por estar siempre caracterizadas por su nombre y su domicilio, aparte de que el Registro Mercantil, respecto a las mercantiles o comerciales y los Registros de Asociaciones para las demás, equivalen al Registro Civil de las personas naturales, sin olvidar tampoco el registro que se lleva del nombre de las sociedades mercantiles en el Mercantil Central, de acuerdo con el artículo 360 y siguientes del vigente Reglamento. Además el número de esta clase de personas, sin perjuicio de su reciente expansión, es bastante menor que el de las físicas y su vida, por el contrario, más dilatada por lo que su identificación es más sencilla. (9).

Pero los problemas se plantean, con cierta frecuencia, al referirse a su capacidad y representación.

Hay personas jurídicas como el Estado, que tienen plena capacidad para ser titulares registrales; pero sin que ello signifique que todos y cada uno de sus órganos puedan figurar como titulares directos de los derechos registrados. Solo la propia Administración puede determinar, mediante las disposiciones correspondientes, cuáles de sus organismos complementarios tienen personalidad jurídica distinta e independiente de la misma Administración y ser aptos para la titularidad registral, además del propio Estado, que inscribe sus bienes con adscripción al Ministerio correspondiente, de acuerdo con los dos últimos párrafos de los artículos 17 y 18 del Reglamento Hipotecario.

En cuanto a la Iglesia Católica, puede decirse que unas veces aparece ella como titular directo y en otras ocasiones lo es determinada Congregación o Comunidad religiosa o alguno de sus órganos de gobierno, como son los Obispados o Diócesis o la Parroquia y tambien alguna Fundación, siempre que consten inscritas en el Registro de Entidades Religiosas que se lleva en el Ministerio de Justicia, creado por Real Decreto 142/ 1981 de nueve de Enero. Tambien es de aplicación lo dicho a cualquier confesión de diferente credo, dada la libertad religiosa y la aconfesionalidad del Estado, proclamada constitucionalmente.

Para apreciar la capacidad respectiva del Estado y de la Iglesia Católica, habrá de tenerse en cuenta por un lado, lo dispuesto en el Código Civil y lo concordado por ambas potestades y por otro, la legislación canónica y demás especiales que determina la capacidad y la representación legítima de las entidades religiosas distintas de la católica, y por último a las leyes particulares que regulan los derechos, que en el orden civil, corresponden a los organismos dependientes de la Administración.

Respecto a las Asociaciones de interés particular su capacidad viene regulada por los respectivos Estatutos a los que ha de atenerse el Registrador para calificar con relación al acto de que se trate, siempre y cuando se atengan a las disposiciones especiales que en materia de Establecimientos de Instrucción y Beneficencia están vigentes, como son la antiquísima Ley General de Beneficencia hasta el Real Decreto de 20 de Julio de 1926 sobre Instituciones y Fundaciones benéfico-docentes particulares (10).

En cuanto a la representación de las personas jurídicas no hace falta decir que es siempre necesaria pues carecen de personalidad física y es preciso, en consecuencia, que una o varias personas naturales actúen jurídicamente en su nombre. Para ser titulares de derecho registrales, es preciso que su representación sea legítima e indiscutible de acuerdo con los preceptos especiales del derecho administrativo, del civil, del

mercantil, del canónico, etc., y a las normas privativas estatutarias o fundacionales según la naturaleza propia de la persona jurídica de que se trate.

Así tratándose de Estado, unas veces la representación legal corresponde a los Ministros como Jefes supremos de la Administración; otras, a los Directores generales o a los Jefes de ciertos servicios dotados de una especie de personalidad autónoma; tratándose de la Iglesia Católica, corresponde unas veces a los Diocesanos, otras a los Cabildos, otras a lo Párrocos, otras a los Superiores de las Comunidades o a los Presidentes de las Congregaciones; con relación a las entidades autonómicas y municipales, ostentan su representación en cuanto a las primeras de igual forma expresada para el Estado y en cuanto a las segundas el Alcalde-Presidente de las mismas. En fin, para la viabilidad de la representación de estas personas jurídicas de interés público hay que atender a las leyes especiales y a la jurisprudencia, que es bastante copiosa y ha solucionado numerosos casos planteados y por último se puede citar a las llamadas Asociaciones, reguladas por la Ley 24 de Diciembre de 1964 y complementada por Decreto de 20 de Mayo del siguiente año. Esta ley derogó a la vetusta de 30 de Junio de 1887, y a su amparo podían tener existencia jurídica las asociaciones de carácter político. Posteriormente la Ley de 14 de Junio de 1976, legalizó la existencia de los llamados partidos políticos.

Estos partidos pueden ser titulares registrales ya que el artículo segundo de la Ley los dota de personalidad jurídica, cumpliendo sus disposiciones, y el artículo cuarto les atribuye plena capacidad de obrar; adquirir, administrar, enajenar bienes y derechos, etc,.

Son sus órganos de dirección los legitimados para realizar, en nombre del partido, los contratos inscribibles en el Registro, con arreglo a las disposiciones de sus Estatutos o Reglamentos.

3) TITULARIDAD REAL.

Es conocida la definición de las llamadas cosas personificadas o susceptibles de titularidad registral, como «realidades objetivas en cuyo beneficio existe un derecho».

Claro es que las cosas por sí mismas no pueden ejercitar las facultades de goce ni las de disposición, que son características del derecho subjetivo, y que por consiguiente, disposición y goce redundarán en provecho de la persona titular del dominio de la cosa pero el beneficio va indisolublemente adscrito a la cosa misma con independencia de quien sea su dueño y en este sentido metafórico puede afirmarse que la cosa se personifica.

En la relación jurídica general, se ligan por los vínculos de la exigencia, necesidad y prestación unas veces personas con personas, otras personas con cosas, otras cosas con personas y otras, finalmente cosas con cosas. Y es en este último caso, cuando las cosas, personificadas, asumen la titularidad del derecho sobre la otra cosa que constituye el término objetivo de la relación jurídica.

Es arquetipo de estos derechos, denominados por la moderna técnica jurídica como subjetivamente reales, y el ejemplo corriente de hipotecaristas, la llamada servidumbre predial, en la cual el fundo dominante viene a ser el titular del derecho con que se grava al fundo sirviente. De aquí nace la teoría de los derechos subjetivamente reales, desarrollada algo hiperbólicamente por la técnica jurídica alemana y que en nuestra patria ha sido objeto tambien de interesantes, aunque no abundantes, estudios doctrinales. Se trata de derechos cuya titularidad corresponde a un inmueble y que tienen acceso al Registro, inscribiéndose a favor de la finca en que recae la titularidad.

Doctrinalmente en este caso de servidumbre constituida a favor de un inmueble se plantea, el problema de saber quién es el verdadero titular: ¿el dueño del predio dominante, este mismo predio o nadie? ROCA SASTRE (11), al tratar de la titularidad registral de estos derechos subjetivamente reales, que extiende tambien a materia de propiedad horizontal, basándose en el artículo 396 del Código Civil, expone las tres teorías existentes:

1) Considerar que el titular es la propia finca.

2) Considerar que, si bien la cosa es portadora del derecho, el titular es la persona (la expuso ATARD en la Revista de Derecho Privado en el año de 1924).

3) Considerar que es una cualidad de la finca dominante y prescindir de la titularidad.

ROCA SASTRE se inclina por las dos últimas teorías, debidamente combinadas. A mi juicio el titular inmediato es la finca, que es el término subjetivo fijo, pues el propietario de ella puede cambiar sin que se altere el contenido ni la subsistencia de la servidumbre, que beneficiará al predio dominante cualquiera que

sea su dueño. Naturalmente el titular mediato ha de ser siempre una persona, pues en toda figura jurídica no cabe prescindir de una dirección personal, por lo mismo que el derecho es una categoría esencialmente humana.

Según el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, estas servidumbres como todo derecho real limitativo o de garantía se inscribirán en el Registro de la finca sobre que recaigan, sin perjuicio de que consten también en la inscripción del predio dominante como cualidad del mismo. Mi experiencia registral me ha enseñado que las inscripciones que practican en el Registro, de esta clase de servidumbres, en los predios sirvientes, o no expresan taxativamente la titularidad de las mismas o citan la titularidad del predio dominante, por lo cual podría aceptarse que dicho predio fuere titular inmediato registral.

Es también derecho subjetivamente real, el retracto de colindantes, porque la titularidad va indefectiblemente unida a la finca que puede ejercitarlo, cualquiera que sea su dueño, respecto a las limítrofes menores de una hectárea que sean vendidas; y el de comuneros por la misma razón aplicada a la parte o porción de cada condueño. Pero estos derechos por ser de creación legal y no el producto de una relación jurídica voluntaria, no tienen acceso al Registro y por tanto no se inscriben su titularidad en potencia a favor de las fincas o participaciones en quienes concurren.

Finalmente, respecto a la hipoteca se ha discutido si en algún caso podría ser estimada como derecho subjetivamente real. En Alemania se admite la constitución de derechos subjetivamente reales tratándose de servidumbres prediales, del derecho real de tanteo y de la constitución de cargas reales, pero se han negado la posibilidad de constituir hipotecas con las características propias de un derecho subjetivamente real: no puede válidamente constituirse a favor de quien en cada caso sea propietario de una finca determinada.

En España, aunque anómalo, tenemos un caso típico de hipoteca a favor de cosa personificada, es decir, constituida como un derecho subjetivamente real, que alguna vez se practicaba en la legislación castellana anterior al Código Civil y puesto de relieve por un conocido hipotecarista.

Me refiero a la hipoteca en «garantía de la evicción» (13). El supuesto es el siguiente: A. vendía una finca a B. y para asegurarle los efectos de una posible evicción por cualquier acción reivindicatoria o resolutoria de un tercero, o sea, para garantizarle la efectividad del saneamiento de la finca vendida, le hipotecaba otra finca de su propiedad. ¿Quién resulta titular de esta hipoteca? Indudablemente la titularidad iba adscrita a la misma finca vendida, cuya evicción se garantizaba, en tanto ésta fuese posible por no haber prescrito las posibles reivindicaciones de terceras personas; y en caso de transmisión, a título singular lo mismo que a título universal, el nuevo dueño de la finca asegurada, si llegaba a ser privado de ella, podría hacer efectiva la hipoteca contra la finca hipotecada. La cancelación de esta hipoteca no corresponderá al primitivo comprador de la finca garantizada, sino a quien fuere el dueño actual de ésta en el momento de cancelar, debiéndose efectuar, salvo acuerdo expreso de las partes, en el momento en que la evicción no fuere ya posible.

La Dirección General de los Registros y del Notariado por su parte, exigió siempre, que en la constitución de la hipoteca se haga constar de modo claro y preciso la persona o personas a cuyo favor se constituye el derecho real y la extensión de los derechos que cada uno puede ejercer para hacer efectiva la garantía hipotecaria, con lo cual se evidencia la imposibilidad de constituir válidamente la hipoteca con un derecho subjetivamente real (14).

4) TITULARIDAD MULTIPLE.

Existen derechos inscribibles que corresponden a una pluralidad de titulares que pueden ostentar como las personas jurídicas,una personalidad común, independiente de la individualidad de cada uno. En estos casos, unas veces los titulares son personalmente determinados y otras, son físicamente desconocidos, pero unificados en comunidades reconocidas y específicas (15).

Estas pluralidades de titulares o sujetos activos registrales están relacionados con el objeto, de las dos siguientes formas:

a) En condominio o comunidad romana por cuotas, y

b) En comunidades en mano común o de tipo germánico.

El más claro supuesto de titularidad múltiple determinada, son los derechos atribuidos a varias personas pro-indiviso, o sea, sin división material. Claro es que, en rigor, no hay nada común, porque cada condueño es privativamente titular de la cuota parte que en el todo le corresponde, y que necesariamente debe

constar en la inscripción conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario, con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente.

También puede encuadrarse en este caso, la constitución de derechos simultáneamente a favor de varias personas sin indivisión entre ellas, por ejemplo, una hipoteca sobre una finca a favor de varios acreedores en garantía de sus respectivos créditos, constituida por el mismo documento, sin prelación entre ellos, dejando de lado las complicaciones que pueden originarse a la hora de su ejecución hipotecaria.

Los Registros de la Propiedad están llenos de inscripciones con titularidad múltiple producidas por títulos hereditarios que son los más proclives para ello.

Como casos de titularidad múltiple, no determinada específicamente nos encontramos con los derechos de naturaleza real de pastos, aguas, leñas a favor de comunidades y que el propio artículo 107, número quinto de la Ley Hipotecaria, declara hipotecables. Es importante señalar a estos efectos,la inscripción de montes vecinales, en mano común, frecuentes en Galicia, regulada por la Ley de 11 de Noviembre de 1980.

Las hipotecas constituidas en garantía de títulos al portador, frecuentes en estos momentos, reguladas por el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, es otro supuesto a contemplar, ya que la inscripción se practica a favor de los tenedores presentes o futuros, por lo que existe una pluralidad de sujetos, pero a la vez estos sujetos son indeterminados puesto que no es necesario su individualización. A partir de una comentadísima Resolución de la Dirección relativa a un Registro de la región levantina hay Oficinas registrales que exigen las circunstancias personales de los primeros tenedores de los títulos.

En este grupo de titularidades múltiples hay bastantes casos, como el expuesto anteriormente de las hipotecas en garantía de títulos al portador, que no se determinan de manera individual, como ciertas comunidades de riegos (Canarias,Valencia), minas y en general las mancomunidades de tipo germánico en las que el derecho no se atribuye de modo individual a unos titulares determinados, a diferencia de lo que ocurre en la copropiedad de tipo romano, en la que cada partícipe tiene un derecho perfectamente definido.

5) TITULARIDAD INDETERMINADA.

Existen derechos inscribibles que carecen de un titular determinado, sea persona física o jurídica. Parece una contradicción in terminis hablar de un derecho subjetivo sin sujeto; pero la realidad crea estos tipos jurídicos especiales, anormales, a los que la doctrina civilista considera como casos de «subsistencia objetiva del derecho», «lado pasivo del derecho» o «derechos sin sujeto» y que suelen referirse casi siempre, a estados transitorios en los que aparecen las relaciones jurídicas como en suspenso y en espera de un sujeto futuro, siendo preciso mantenerlas y protegerlas para satisfacción de los fines sociales que motivaron su constitución.

Cabe distinguir dos clases en estas situaciones especiales:

a) Relaciones de derecho carentes de sujeto que podrían denominarse apersonales, y

b) Relaciones de derecho con sujeto indeterminado o de determinación futura, o con vocación personal.

En el primer grupo se pueden incluir las limitaciones objetivas de enajenar, o sea aquellas prohibiciones o restricciones en las facultades de disposición que no tienen un titular determinado. También podría incluirse en este grupo la llamada herencia yacente, si se acepta como tal, cuyo titular no es el heredero por no haber aceptado aún, y sólo por una ficción puede asegurarse que sea el causante, cuya muerte le ha borrado del escenario de la titularidad jurídica.

Estos supuestos son anómalos y no son objeto de inscripción especial y particular sino que resulta de disposiciones administrativas o de hechos posteriores (muerte del titular registral), a la práctica de la inscripción correspondiente.

En el segundo grupo, más numeroso, pueden incluirse los supuestos de titularidad a favor de personas físicas indeterminadas en el momento de la inscripción, tal como sucede en los casos de reserva a que se refieren los artículos 811, 968 y 980 del Código Civil, en los cuales no se sabe al inscribir los bienes conforme a los artículos 184 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 259 y siguientes de su Reglamento, con la calidad de reservables quién ha de ser el titular o titulares efectivos de los mismos. También puede ser titular de derechos inscritos una persona no nacida, si bien este caso no es de indeterminación de la titularidad, sino solamente de indeterminación física del futuro titular, que aún no tiene vida real. Basta recordar las sustituciones

fideicomisarias permitidas por el artículo 781 del Código Civil, con su repercusión en el Registro, para comprobar al punto la posibilidad registral no ya a favor de los recién nacidos pero concebidos (concepti) sino a favor de los que todavía no han sido siquiera concebidos (nondum concepti) (16).

Son también titulares indeterminados, incluidos anteriormente en el grupo de titularidad múltiple, los tenedores de títulos al portador o endosables garantizados con hipoteca y también la titularidad especial e indeterminada a priori, que la práctica ofrece con frecuencia en los casos de herencia yacente, de comunidad hereditaria y de los herederos fiduciarios y fideicomisarios, en cuanto pueden figurar como titulares de derechos inscribibles por inscripción o en caso de comunidad hereditaria por anotación preventiva.

A) HERENCIA YACENTE.

Por herencia yacente, en la jurisprudencia anterior al Código Civil, se entendía la herencia que aún no había sido adida y mientras conservaba tal cualidad, la ley suponía existente la personalidad del difunto para todos los efectos legales.

En la doctrina romana,que exige la aceptación del heredero, no sólo para la adquisición de los derechos hereditarios sino para la eficacia y validez de la sucesión testada o intestada, la titularidad de la herencia yacente, por no haber sido esta aún aceptada, no era posible atribuirla a los herederos, cuya personalidad no nacía hasta el momento de la aceptación; y por ello se recurrió a la ficción de considerar existente la personalidad del finado y estimar la herencia como una prolongación objetiva de aquella personalidad. Es conocido el aforismo del Digesto: «Haereditas nondum adita, persona defuncti sustinet», (17) o sea, la herencia aún no adida se conserva en la persona del difunto.

En la doctrina francesa, alemana y suiza, por el contrario, se presume aceptada la herencia, salvo renuncia expresa del heredero, y por tanto no puede hablarse con propiedad de herencia yacente. En España sin afirmar su existencia, puede decirse que se produce el estado de herencia yacente desde la muerte del causante, hasta la aceptación del heredero, aunque luego se retrotraigan los efectos de la aceptación al día del fallecimiento del causante, conforme al artículo 989 de Código Civil.

Y por ello surgen las dificultades para asignar la titularidad de la herencia durante el lapso de tiempo que media desde el óbito hasta la aceptación. La doctrina ha mantenido diferentes criterios que puedo resumir en los siguientes:

1) Titularidad del causante. 2) Titularidad de los herederos, 3) Titularidad a personas capacitadas por el testador o por la ley para representar a la herencia, 4) Titularidad a la propia herencia, en una especie de personificación, y 5) Titularidad vacante, en un caso de derecho sin sujeto aparente.

CASTAN (18) nos dice que los civilistas modernos impugnan la teoría clásica de la herencia yacente por considerarla un artificio inútil. No le falta razón. ROCA SASTRE (19) apoya este criterio al opinar que la herencia yacente no es sujeto de derecho y no puede ser titular registral.

Aunque la herencia yacente no puede ser titular registral, aparece de modo abstracto, si en el registro consta fallecido el titular y la no aceptación todavía de los herederos. Otra cuestión es saber si puede tener alguna utilidad práctica en la vida registral. Los hipotecaristas clásicos vieron su utilidad en los casos comprendidos en el párrafo quinto de el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, sobre todo en los de ratificación de documentos privados firmados por el causante, en los que no es necesario inscribir previamente a nombre de los herederos ratificantes. También para anotar embargos por deudas propias del causante, titular del bien embargado, pues demandando a la herencia yacente se admitían judicialmente el ejecutivo y la consiguiente anotación preventiva del embargo resultante. Así pues, en principió se le dió a la situación de herencia yacente una importancia excesiva, que fué paulatinamente en decadencia por las críticas doctrinales que lograron hacer evolucionar a la jurisprudencia.

En rigor, la situación de herencia yacente, como entidad propia se puede considerar excluida de nuestro derecho. Si antes de que los herederos acepten, un tercero actúa sobre la masa hereditaria sólo pueden ocurrir dos cosas: o alguno de los llamados a heredar confirma o se opone al acto, en cuyo caso queda consolidado en su calidad de heredero; o el acto se ultima sin intervención de ninguno de los instituidos o designados por la ley, y sólo con la asistencia del ejecutor nombrado por el testador o por el juez, en cuyo caso hay que considerarlo también como realizado por los herederos puesto que cuando acepten se reputa que han sido herederos desde el momento de muerte del causante y sin intervalo alguno.

Esto explica la evolución de la jurisprudencia. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Diciembre de 1927 establece que «no constando expresa ni tácitamente que el heredero haya repudiado la herencia, no puede llamarse a ésta yacente, y antes bien debe considerarse aceptada». Por su parte la Dirección General de los Registros y del Notariado culminó la nueva doctrina en su resolución de 10 de Marzo de 1916, la cual declaró que estaba bien otorgada la escritura en que intervenía como una de las partes el Juez, en nombre de la herencia yacente, y por cuenta de la viuda y demás personas que se considerasen con derecho a heredar, sin que ello representase contradicción ni ambigüedad en sus términos, puesto que la entidad jurídica, herencia yacente, no puede en rigor ser entendida y regulada con separación absoluta de las personas llamadas a la herencia: a) porque los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte; b) porque los herederos suceden al difunto por aquel sólo hecho, en todos sus derechos y obligaciones; c) porque los efectos de la aceptación se retrotraen al momento de la muerte del heredado; d) porque la misma posesión se entiende transmitida sin interrupción; e) porque la aceptación tácita desvanece los límites de las distintas situaciones jurídicas, y f) finalmente, porque la situación de la herencia yacente no lleva consigo la de herencia vacante, ni mucho menos la carencia de representación.

Con posterioridad a esta Resolución, cabe citar a otras, (16-12-30 y 14-9-34), que implican algo de retroceso en este camino, pues la primera establece que, seguido juicio de mayor cuantía contra la herencia yacente del deudor, figurando como demandados los herederos de éste y el administrador judicial, se declarará inscribible el testimonio de adjudicación al acreedor, sin necesidad de acreditar que los demandados sean herederos del deudor, porque «la acción se ha dirigido contra la representación del titular a cuyo nombre aparecen las inscripciones y la adjudicación la ha hecho el Juzgado a nombre de dicho titular en uso de las facultades que la Ley concede al Juzgado competente». Y la segunda, refiriéndose al embargo de bienes de una testamentaría decretado en juicio contra el Albacea, para la provisión de fondos, declara que «la herencia constituye un conjunto de elementos patrimoniales a modo de entidad independiente».

En resumen, los bienes de la herencia yacente tienen como titular en el Registro al causante; pero la titularidad de disposición, que ya no puede éste ejercer, se atribuye a sus albaceas o representantes si fueron facultados expresamente por el testador y no existen herederos forzosos (artículos 901, 902 y 903 de Código Civil) o a los albaceas con los herederos forzosos que tiene que expresar su consentimiento para el acto de disposición, o a los herederos del causante si éste ha sido condenado y en ejecución de sentencia, vende o adjudica el Juez sus bienes, «en nombre de los herederos del ejecutado».

En todos estos supuestos, son inscribibles los actos de enajenación sin necesidad de previa inscripción a favor de la herencia yacente, ni de los albaceas o herederos, por expresa disposición del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Y el artículo 166 de su Reglamento, en su párrafo primero, al tratar de procedimientos seguidos por deudas de fallecido titular registral, nombra a los herederos indeterminados y no a la herencia yacente. El propio artículo 20 de la Ley lejos de emplear la frase «herencia yacente» para dispensar la inscripción previa, se refiere a los documentos otorgados por los herederos o a su nombre.

Todo ello evidencia que la titularidad de la herencia yacente no es preciso atribuirla a una prolongación ficticia de la extinta personalidad del causante, sino basta conferirla o a los Albaceas o a la Autoridad judicial en nombre, no del causante sino de los presuntos herederos o de quienes en definitiva resulten serlo.

b) HEREDEROS FIDUCIARIOS.

Conocido es el criterio restrictivo del Código Civil en materia de sustituciones fideicomisarias, inspirando sin duda, por el deseo de evitar la amortización de la propiedad. Consiste en el encargo al heredero de que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, y para su validez no puede pasar del segundo grado, a no ser que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador (20) y deberán ser expresas. El fideicomisario adquirirá el derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario, pasando en tal caso su derecho a los herederos.

Con relación al fideicomisario considerado como titular de derechos inscribibles, surge la posibilidad de que sea, en caso de sustitución de segundo grado, una persona no nacida y aun no concebida, designada como segunda heredera. Ejemplo: cuando el fiduciario ha de transmitir la herencia a los futuros hijos suyos

o de otra persona. La Dirección de los Registros y del Notariado admitió, vigente la ley hipotecaria de 1909, la posibilidad de menciones registrales de este derecho a favor de tales titulares nundum concepti, si bien no existió regulación de su representación protección y tutela, salvo la declaración de que no son aplicables a estos casos las normas reguladoras de la patria potestad.

En cuanto al fiduciario, trátase de un titular provisional, desposeído de las facultades dispositivas. Por ello sin duda,la Ley Hipotecaria anterior disponía que la inscripción de los fideicomisos se verificase a nombre de los fideicomisarios (21), reputando a éstos de verdaderos titulares. Sin embargo el Reglamento de dicha Ley, para atender a las especialidades del derecho catalán y aragonés, dispuso rectificando a la Ley (22) que «no obstante lo dispuesto por ésta,podrá verificarse la inscripción a nombre de los herederos fiduciarios, en los casos en que las leyes o fueros lo permitan, cuando no sea conocido el fideicomisario», como sucede por ejemplo, en el caso del heredero de confianza que ha de invertir los bienes con arreglo a las instrucciones reservadas del testador,prohibido por el Código Civil, pero autorizado por la legislación foral.

En el Reglamento de 14 de Febrero de 1947, el artículo 84, estableció un criterio ecléctico al disponer que «en los fideicomisos, el fiduciario o los fideicomisarios, si fueren conocidos, podrán obtener la inscripción de sus respectivos derechos». Actualmente, este precepto reglamentario no existe, ya que por Real Decreto de 12 de Noviembre de 1982, se redactó el artículo 82, que sustituye al anterior 84 y establece que «en las inscripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practiquen a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución. Cuando los bienes pasen al fideicomisario se practicará la inscripción a favor de éste en virtud del mismo título sucesorio y de los que acrediten que la transmisión ha tenido lugar.

No es momento de comentar esta modificación reglamentaria, solamente expresar que sienta un criterio más acorde con el sistema y unifica, registralmente, el derecho común con el foral. Puede consultarse a este respecto lo expresado por PEDRO AVILA ALVAREZ en su libro «Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984», páginas 91 y siguientes.

Por tanto hay que considerar al fiduciario como titular registral con todas sus prerrogativas y consecuencias. Y en ciertos casos puede transmitir su derecho. Así, para pago de deudas hereditarias, la Resolución de 15 de Abril de 1930, aceptó que en Cataluña pueda vender el fiduciario una finca sujeta a fideicomiso y que en virtud de la venta queda libre de dicho gravamen (ver el anuario de dicho año de 1930, en su página 196). Y otra de fecha anterior (23) declaró que el heredero fiduciario puede enajenar los bienes del fideicomiso, haciendo constar en la inscripción del Registro las particularidades de que depende el derecho de los adquirentes, para que los terceros de éstos traigan causa, no puedan perjudicar el derecho de los fideicomisarios.

Pero en rigor, estos deben ser casos de excepción. Lo normal es que los casos de sustitución fideicomisaria aparece escindida la personalidad jurídica, por corresponder al fiduciario, únicamente, las facultades de goce; y al fideicomisario las de transmisión, y en su día, las de disposición.

Tal escisión de la titularidad se da con frecuencia, en los supuestos en que se faculta para otorgar actos inscribibles de transferencia, constitución o extinción del dominio y derecho reales a personas a quienes no corresponde la facultad de goce económico del derecho inscrito, como por ejemplo, el comisario contador autorizado para hacer la participación, el mandatario para otorgar la venta en el procedimiento extrajudicial de ejecución de la hipoteca, los adjudicatarios en pago, etc..

Pero esto nos lleva a los negocios jurídicos fiduciarios, basados en la «confianza» que unas de las partes inspira a la otra, que tienen constancia en el Registro y que constituyen evidentes casos de titularidad anómala. En nuestro Derechos se dan no sólo en la sucesión mortis causa, sino en la contratación y en toda clase de actos inter vivos. En el negocio fiduciario por regla general, no transmite la propiedad a la persona de confianza (fiduciario), pero precisamente para cumplir fines concretos. En nuestra legislación, que admite con amplitud la configuración de derechos reales (24), puede acogerse esta clase de actos jurídicos al Registro, precisando las facultades, limitaciones y prohibiciones de disponer que afecten al titular fiduciario, para conocimiento exacto de terceros.

Caso típico en nuestra legislación hipotecaria, es el adjudicatario de bienes para pago de deudas. Es éste un titular con facultades y derechos exclusivos que ejercita en nombre propio, pero por hacerlo en interés ajeno y por hallarse en cierto modo privado del goce de los bienes adjudicados, y puede calificarse más de propietario formal que de dueño material de los mismos (25).

c) COMUNIDAD HEREDITARIA.

Constituye también en una titularidad especial, escasa y dimanante de anotación preventiva, no de inscripción, la de los herederos con relación a los bienes de la herencia en tanto ésta no ha sido dividida y adjudicada entre los mismos. Para le existencia de este sujeto, se requieren dos circunstancias: 1) Pluralidad de herederos, 2) que no se haya efectuado la partición.

Hasta la reforma hipotecaria del año de 1944, esta titularidad era objeto de inscripción, pero dicha reforma asestó un golpe de muerte a la inscripción del derecho hereditario (26) y la sustituyó por una anotación preventiva, que fué denominada como entelequia jurídica, y que se evidencia por su práctica desaparición de los folios registrales. No es momento oportuno analizar las ventajas o inconvenientes de esta modificación ni siquiera sus causas; sólo expresar que esta anotación está incluida en el número sexto del artículo 42 de la Ley Hipotecaria y en sus concordantes reglamentarios.

Cada heredero, mientras dura esta comunidad es titular de un derecho genérico sobre los bienes de la herencia,que no se puede especificar sobre cosas concretas, y al cual la doctrina denomina «derecho hereditario» en sentido estricto. Es este, por lo tanto, el que corresponde a cada partícipe en la masa hereditaria o universalidad de derechos y obligaciones de la herencia durante el tiempo que media desde la defunción del causante hasta la partición y adjudicación de los bienes integrantes de dicho conjunto patrimonial. Es un derecho cierto y perfectamente determinado, en cuanto se refiere a su sujeto activo y a su objeto, considerado éste como universalidad; indeterminado y eventual o condicional en lo que atañe a los objetos singulares del patrimonio hereditario. Es pues, un estado jurídico provisional y en este sentido susceptible de anotación preventiva.

El que A.,B., y C., herederos por iguales partes, tengan un derecho por terceras partes indivisas sobre el conjunto patrimonial relicto, no quiere decir que también lo tengan concretamente sobre cada una de las cosas específicas que integran dicho patrimonio, ya que al practicarse la partición puede adjudicarse una finca por entero a A., a B. metálico y a C. un crédito hipotecario, por ejemplo. Esto obliga a reconocer las diferencias que median entre el tipo jurídico de la comunidad hereditaria, formada por los titulares del derecho hereditario, sean personas naturales o entidades jurídicas, antes de la partición y adjudicación y el tipo jurídico de la copropiedad de cuota al estilo romano que regula el Código Civil.

La Dirección General de los Registros y del Notariado con manifiesta claridad lo expuso (27) diciendo que «la situación jurídica de una masa hereditaria correspondiente a varias personas se distingue de la copropiedad proindiviso por cuotas:a) En que se refiere a un patrimonio y no a un objeto singular, y b) que el coheredero no puede disponer hipotecariamente de la parte un inmueble que acaso no haya de pertenecerle cuando se realice la partición». También dijo que la hereditaria es una comunidad forzosa de caracteres específicos que liga a los interesados en forma mucho más enérgica que la proindivisión ordinaria tanto por las consecuencias derivadas de la representación del de cujus y de la solidaridad con que responden de sus obligaciones como por la indeterminación de los derechos que a cada heredero pertenecen en las cosas hereditarias.

Tanto la Ley como el Reglamento determinan la forma de practicar la anotación preventiva del derecho hereditario que pugna aunque en menor cuantía que la inscripción suprimida, con alguno de los principios fundamentales de nuestro sistema por su indeterminación, pero lo que más rigurosamente choca es con el modo de llevar los registros, puesto que éstos se llevan por fincas y no es posible formar con el conjunto hereditario una entidad registral independiente sobre la que pudiera anotarse la titularidad de la comunidad hereditaria.

También cuando el causante fallece en estado de casado, no es posible la anotación del derecho, puesto que en rigor se desconoce cuales son los bienes que forman el caudal hereditario mientras no se liquide la sociedad conyugal. Así lo tiene reconocido la jurisprudencia de la Dirección en las clásicas resoluciones de 26 de Enero y 4 de Mayo de 1.906, aplicables en la actualidad, aunque relativas a la época en que el derecho hereditario se inscribía. También puede citarse la de 13 de Enero de 1.939 , que en último Considerando, nos dice que: «la liquidación de la sociedad conyugal habida entre el causante y su viuda es acto previo imprescindible para determinar la cuantía del caudal hereditario ...».

La titularidad del anotante o anotantes del derecho hereditario es condicional o revocable y si se quiere no determinada de forma absoluta, pues puede suceder que cuando la partición de la herencia se efectúe, el

titular o titulares del derecho hereditario anotado, en relación con una finca determinada no ostente ningún derecho concreto sobre la misma por haberse adjudicado a otro partícipe , y en tal caso se cancelarán no solo la anotación practicada a su favor, sino las derivadas de la misma.(28).

La titularidad anotada preventivamente en el Registro a favor de la comunidad hereditaria o de algunos de sus partícipes no cabe duda de que es transmisible . La Ley hipotecaria en su artículo 71 establece que «los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados , pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación". Y como el derecho hereditario es un derecho real y efectivo de cada heredero sobre el patrimonio del difunto, la cuota hereditaria es una entidad objetiva de realidad innegable que tiene acceso al Registro en forma de anotación por cuanto puede afectar y de hecho afecta a fincas determinadas de aquel patrimonio y si sobre todo tal derecho de cuota está dentro del comercio de los hombres y ninguna razón moral ni orden público se oponte a tal comerciabilidad , es preciso convenir que en buenos principios jurídicos no se debe desposeer al titular de la anotación de la más preciada facultad del derecho dominical : el jus disponendi .

Así lo reconoce la propia Ley Hipotecaria al establecer en el párrafo último de su artículo 46 que «el derecho hereditario anotado podrá transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación».

Claro es que los titulares anotantes de cuotas o derechos hereditarios no pueden ceder ni transmitir un derecho más o menos eventual sobre inmuebles determinados, ni mucho menos cuotas indivisas de fincas específicas, error bastante frecuente, ni derechos de ningún género sobre las mismas. Lo que pueden ceder y transmitir es su derecho a la herencia, es decir, su cuota en la comunidad hereditaria que ha ingresado en el Registro en forma de anotación preventiva y como una entidad nueva y en cierto modo independiente de la finca, aunque por exigencias técnicas consten anotada en el mismo folio.

LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO TITULAR REGISTRAL.

Aunque la sociedad económico - matrimonial de gananciales no es, a mi juicio, titular registral, conviene mencionarla puesto que algunos hipotecaristas y civilistas tácitamente le dan éste carácter al considerarla como una sociedad civil. BUENAVENTURA CAMY (30) la considera como una sociedad civil típica y como tal entidad independiente, a su nombre se realiza la inscripción de los bienes que adquiera en el Registro de la Propiedad. Esta afirmación, en principio podía estar conforme con el texto del artículo reglamentario 95, párrafo primero, en la redacción que le dio la reforma de 17 de Marzo de 1959, que expresaba que la inscripción, cuando se adquiera por los dos cónyuges o por uno de ellos, sin declaración sobre la procedencia del precio se practicará a nombre de ambos, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal.

En la actualidad, suprimido ese artículo, los que le sustituyen 93 y 94, dejan la cuestión zanjada ya que en todos los supuestos, establecen la inscripción a favor de marido y mujer, lo mismo si ambos compran, compra uno sólo con o sin indicación de la ganancialidad, si bien atribuyéndoles el carácter ganancial, o para la sociedad de gananciales o finalmente con carácter presuntivamente ganancial. Los titulares son por tanto los cónyuges o el cónyuge adquirente que es el sustantivo, y el adjetivo es el carácter ganancial que se le adjudica al inmueble o inmuebles de que se trate.

ROCA SASTRE nos dice que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, por lo que no le son atribuibles derechos y obligaciones. Es decir sigue la pauta marcada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y también por la de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en sentencias y resoluciones cuyas fechas no es necesario señalar por encontrarse en cualquier estudio de esta materia.

El régimen ecónomico-matrimonial de gananciales empieza, según el artículo 1345 del Código Civil, al tiempo de contraerse el matrimonio o al tiempo de pactarse en capitulaciones matrimoniales y no surte efectos o no entra en funcionamiento hasta que por frutos o rentas de bienes privativos, si lo hubiere, o adquisición onerosa a costa del caudal común de algún inmueble, o por el rendimiento obtenido por el trabajo o industria de cualquiera de los esposos, conforme al artículo 1347 de Código Civil, entre en el acerbo de la misma bienes o derechos que legalmente tienen el carácter ganancial, como régimen elegido por los cónyuges.

Y una vez que los cónyuges disponen de bienes de naturaleza ganancial y mientras dure el régimen que les atribuye tal carácter, no les pertenecen por cuotas o por partes indivisas, sino en mano común, sin

atribución de cuotas, por lo que la enajenación de los mismos bienes es también conjunta. Hasta que por disolución del matrimonio o cesación del régimen ganancial, sean adjudicados, en concreto a cualquiera de los cónyuges.

Por todo lo dicho, no parece posible que la sociedad de gananciales pueda ostentar la titularidad registral de los bienes inscritos.

NOTAS A PIE DE PAGINA.

1) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: Derecho Civil, parte general. Libro de texto en la Facultad de Derecho de Madrid, en mi época de estudiante universitario.
2) EMILIO FERRIERE: «La Causa Primera». Daniel Jorro, Editor. Madrid, 1.910.
3) Regla novena del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, después de la reforma del Decreto-Ley 3.215/1.982 de 12 de Noviembre.
4) LEON GALINDO Y DE VERA Y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA: «Legislación Hipotecaria de España y Ultramar», tomo II, página 93 y siguientes. Madrid 1896.
5) En el artículo segundo, número cuatro, y artículo 42, número quinto, ambos de la Ley Hipotecaria.
6) JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO: «Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral». Zaragoza, 1957, página 128. Este hipotecarista brillante, recientemente fallecido, nos dice que es indiferente para ser titular registral, el que sea capaz de obrar o no, lo cual es cierto. Pero el problema se plantea cuanto este titular registral realiza actos o contratos inscribibles.
7)EUSTAQUIO DIAZ MORENO: En su clásica y conocida obra sobre el Derecho Hipotecario.
8) Artículos 35 y siguientes del Código Civil. Las sociedades de carácter mercantil están reguladas en el Código de Comercio y en las leyes especiales de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.
9) En tiempo de crisis económica, bastantes sociedades desaparecen, antes de lo previsto estatutariamente, por lo que en cuanto a sociedades mercantiles se trata, no puede decirse de manera absoluta que su vida sea más dilatada que la de las personas físicas.
10) El Reglamento de las Fundaciones culturales privadas, entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del protectorado sobre las mismas es de 21 de Julio de 1.972 (March, Barrié de la Maza, etc.).
11) RAMON MARIA ROCA SASTRE: «Instituciones de Derecho Hipotecario», Tomo II, 2ª Edición. Bosch, Barcelona, página 133 y siguientes.
12) Ver párrafo 1ª del artículo 54 del Reglamento Hipotecario.
13) RAMON DE LA RICA ARENAL, citaba la Resolución de 29 de Marzo de 1920 que se refiere a un caso, verdaderamente anómalo, de subhipoteca de una de estas hipotecas en garantía de evicción.
14) La Resolución más antigua que se conoce, vedando el paso a las hipotecas como derechos subjetivamente reales, es la de 14 de Diciembre de 1912.
15) Los artículos 30 y 54 del Reglamento Hipotecario contemplan estos supuestos. El segundo precepto de modo manifiesto y el primero implícitamente, donde se encuadra la Ley de 11 de Noviembre de 1980 sobre Montes vecinales en mano común.
16) La Resolución de 22 de Marzo de 1939 reconoce la validez de la institución hereditaria a favor de los nondun concepti, asimilándola, con benevolencia, a las sustituciones fideicomisarias. Se trataba de un testamento en que la testadora nombraba herederos a los hijos de sus hermanos «no sólo a los que actualmente tiene sino a los que puedan tener más adelante». La Dirección declaró no estar redactada con arreglo a las prescripciones legales la escritura de partición de bienes, en que éstos se adjudicaban sólo a los sobrinos existentes al morir la testadora.
17) DIGESTO, Libro VI, título XXX, ley 16.
18) CASTAN TOBEÑAS: Derecho Civil común y foral.
19) RAMON MARIA ROCA SASTRE: Tomo I, de la segunda Edición, de la obra sobre Derecho Hipotecario,página 571.
20) Así se establece en el artículo 781 del Código Civil; precepto que plantea diversas dudas a los comentaristas.
21) Artículo 14 de la Ley Hipotecaria de 1909. Creo que esta inscripción no se ajustaba al fundamental principio de tracto sucesivo, ya que, aun privado de facultades dispositivas, el fiduciario es un adquirente intermedio entre el causante, titular registral, y el fideicomisario o último destinatario de los bienes.
22) Fué el artículo 72 de dicho Reglamento el que, con audacia encomiable, abrió brecha en la disposición legal, con motivo de las legislaciones forales y permitió, que en las futuras reformas, como sucedió, se adoptara un criterio más acorde con el sistema.
23) Se trata de la Resolución de 12 de Mayo de 1920, citada por los hipotecaristas, aunque parezca algo atrevida. Puede consultarse en el tomo V, páginas 392 y siguientes, de la obra titulada «Jurisprudencia Registral» de ROCA-SASTRE-MOLINA JUYOL. Lo corriente en legislaciones forales es la venta de bienes sujetos a fideicomiso, previa autorización judicial que sujeta al fideicomiso otros bienes del fiduciario a título de subrogación real.
24) El artículo séptimo del Reglamento Hipotecario establece el «númerus apertus» de derechos reales. Ahora bien, en la práctica sabemos que surgen muchos inconvenientes para la creación de derechos reales «atípicos».
25)El artículo segundo de la Ley Hipotecaria en su número tercero, permite la inscripción de estos actos o contratos. Y el artículo 45, párrafo Primero de dicha Ley, establece los efectos que producen las inscripciones de adjudicaciones para pago de deudas de inmuebles en herencia, concurso o quiebra.
26) RAMON DE LA RICA ARENAL: Comentarios al Reglamento Hipotecario. Tomo I del Libro Homenaje, páginas 299 y siguientes.
27) Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de Agosto de 1925, 21 de Febrero de 1923, entre otras.
28) El número décimo del artículo 206 del Reglamento Hipotecario dice: «Procederá la cancelación de las anotaciones preventivas: Cuando en el supuesto del número 6º del artículo 42 de la Ley o del párrafo segundo de la regla 1ª del artículo 166 de este Reglamento se presentara la escritura de partición y no aparecieron adjudicados al heredero las fincas o derechos sobre los que se hubiere tomado anotación preventiva de derecho hereditario.»
29) Tomo V de la «Jurisprudencia Registral» de Roca Sastre-Molina Juyol.
30) BUENAVENTURA CAMY: «Comentarios a la Legislación Hipotecaria».
Volumen II, página 371 y siguientes.

De E.M.- PIÑEIRO

RAPIÑEIRANDO

(De La Circular de Baleares, núm. 42, de 11 de mayo).

de Baleares

"La protección de los consumidores ante el time-sharing: técnicas de promoción y venta, condiciones contractuales, régimen de intercambio, garantías de conservación y mantenimiento"

(Texto de la comunicación presentada por el Ilmo. Sr. D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés, como representante del Consejo Superior del Notariado, al "I Congreso Internacional sobre Multipropiedad y Defensa de los Consumidores", celebrado en Torremolinos los días 7 y 8 de mayo, organizado por la Unión de Consumidores de España, UCE")

Leído y releído el programa del Congreso mucho nos tememos que todos Vds. sufrirán un grave ataque de "*multipropietitis*" y que deberán ser ingresados con urgencia en la U.C.I. más cercana. Desde luego ni a los más afortunados habrá nada ni nadie que les libre de un monumental empacho, pues todos o casi todos les habremos bombardeado con nuestras personales ideas sobre lo que es la multipropiedad, su deseable configuración jurídica, los sistemas existentes en Derecho comparado, etc., etc.

Voy a intentar -seguramente en vano- no recargarles y actuar de bicarbonato, aunque sea consciente de que quizás -mi bola de cristal no es de patente japonesa y no da para más- les repita conceptos o puntos ya expuesto.

En el campo jurídico los derechos se subdividen en dos grandes categorías: derechos personales, de crédito o de obligación, y derechos reales. En su acepción más clásica, simple e inteligible el derecho personal supone una relación entre dos personas determinadas, en virtud de la cual el deudor está obligado a procurar al acreedor (titular del derecho), una cosa, un hecho o una abstención. Por el contrario, el derecho real supone un poder directo de la persona sobre una cosa, ejercitable frente a todos y que todos están obligados a respetar. Hay muchas diferencias entre y otra clase de derechos, pero fundamentalmente cabe destacar: 1º) Que los derecho reales son el prototipo de los derechos absolutos, porque pueden ejercitarse y hacerse efectivos contra todos (erga omnes); los derechos personales son derechos relativos, porque sólo pueden exigirse y hacerse efectivos de la persona del deudor; y 2º) Los derechos reales están amparados por el Registro de la Propiedad y son inscribibles, por regla general, en el mismo; los derecho personales, por el contrario y salvo honrosas y escasas excepciones, no tienen acceso a dicho Registro.

Así planteada la cuestión si a cualquiera de nosotros se nos da elegir entre ambas clases de derechos, no me cabe la menor duda de que todos nos inclinaremos por el derecho real, porque lo consideramos un derecho más seguro. Y, héteme aquí, que ya ha aflorado la palabra mágica, la vedette de este Congreso: la seguridad jurídica, si adjetivamos, como sabemos, este sustantivo.

La seguridad jurídica está sancionada por nuestra Constitución. en su preámbulo ya se nos manifiesta la voluntad de la Nación española de "*establecer la justicia, la libertad y la seguridad*", y en su artº. 9.3 se preescribe que "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". Para OSCAR ALZAGA el principio de seguridad jurídica es básico y fundamental y de él dimanan, como principios de naturaleza formal, los demás enunciados: legalidad, jerarquía normativa, publicidad e irretroactividad. Para GREGORIO PECES BARBA la seguridad es un concepto cultural que surge de una concepción liberal del Derecho, primero constitucional y teniendo por fin la protección del ciudadano, especialmente en sus aspectos de usuario y consumidor.

Si de la idea filosófica de seguridad jurídica descendemos al campo más concreto de la seguridad del tráfico inmobiliario, con VALLET DE GOYTISOLO hemos de coincidir en que para que una operación sea ajustada a Derecho, para que tenga seguridad jurídica, es preciso:

1º) Que los elementos que aparecen como constitutivos de la situación jurídica inicial (presupuesto), se correspondan, de hecho y de derecho, con la realidad, la cual exige: identidad del sujeto, realidad física del objeto, verdad de su aparente situación jurídica (cargas, gravámenes, limitaciones) y la titularidad jurídica del sujeto respecto de la cosa (que sea su propietario).

2º) Además es necesario que el negocio jurídico, en su doble vertiente de título y modo, resulte totalmente válido, eficaz e inatacable, y para ellos son precisos: voluntad suficiente (capacidad y legitimación), voluntad no viciada y manifestación concorde con ella (sin simulación no reserva mental, ni error optativo, ni efectuada "*iocandi causa*"); causa verdadera y lícita; y forma adecuada para producir todos los efectos queridos (probatorios, transmisivos, constitutivos y ejecutivos).

3º) complementariamente se requiere para la protección a terceros publicidad suficientes (notificaciones, inscripción).

El órgano que debe velar por la seguridad jurídica negocial es la institución notarial, configurada ésta como Notariado de tipo latino. La redacción autenticada del negocio jurídico, con la calificación de su ajustamiento a Derecho, efectuada por un profesional competente en el ejercicio de sus funciones, que lo presupone consensuado conforme a la Ley, asegura la prueba fehaciente del negocio jurídico y tiene, además, la garantía de su conservación en su protocolización y en la custodia del protocolo.

El Registro de la Propiedad recibe principalmente el resultado documental de la labor del Notario -que le llega en forma de copia autorizada del instrumento matriz-, título, que una vez calificado y, en cuanto cumpla el tracto registral, es inscrito en él y dotado así de publicidad, orientada a la seguridad dinámica del tráfico inmobiliario, en favor de los terceros adquirentes, y que juega en dos momentos:

1º) **Antes de su adquisición**, anunciando a todos quién es el titular, por lo menos formal, del inmueble que se quiere adquirir, y de quién podrán adquirirlo con plena seguridad jurídica, aun cuando no sea el verdadero titular real, y les advierte de las cargas que les afectarán en perjuicio suyo.

2º) **Después de la adquisición**, para los terceros adquirentes, si éstos inscriben el título de adquisición: haciéndolo invulnerable a toda reclamación por causa que no resulte del propio Registro de la Propiedad.

Ambas instituciones -Notariado y Registro- cubren la función de la seguridad en ámbitos distintos. el Notariado la cubre, a todo lo largo y en toda la profundidad del negocio traslativo, asegurando -en lo posible- la adecuación a Derecho de toda su trayectoria generatriz, teniendo en el Registro de la Propiedad, previamente a la autorización de la escritura, un instrumento de publicidad y, después de consumada la disposición, mediante la inscripción de la misma, un instrumento que asegura la eficacia "*erga omnes*" de la transmisión en ésta documentada y autenticada. Correlativamente el Registro de la Propiedad facilita la seguridad dinámica de las transmisiones inmobiliarias previamente a su realización, mediante su publicidad formal, y, luego, posteriormente a su realización, con el juego de la fe pública registral, de modo de que el que adquiere de titular registral, a título oneroso y de buena fe es mantenido en su adquisición.

Como ha destacado MEZQUITA DEL CACHO, Notariado y Registro son los dos ejes en que se sustenta el vehículo de la forma de garantía. andar sobre un solo de esos ejes es exponerse a volcar en cualquier momento la carga negocial transportada hacia la seguridad. Y estribar mal esa carga, haciéndola gravitar con demasiada desproporción sobre uno solo de los ejes, es exponerse a romper precisamente ése: el sobrecargado.

Dicho lo dicho, y recordando que los derechos personales no pueden situarse bajo la sombra protectora del Registro de la Propiedad, no hace falta ser Einstein para destacar, desde el punto de vista de consumidor, cualquier construcción jurídica de la multipropiedad como derecho personal (simple pacto entre titulares de cuotas indivisas, modelo societario francés, sistema anglosajón de Club, el multiarriendo suizo -consagrado legislativamente en Grecia-, o el que busca cobijarse dentro de la Ley General de Cooperativas). A simple vista, pues, se nos presentan como más seguros los que configuran la multipropiedad como derecho real

susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad. En este campo, y aunque tengamos clara cual es nuestra postura que fue dada a conocer públicamente ya en 1.987, las soluciones pueden ser: derecho real limitado o restringido (servidumbre, usufructo, habitación); propiedad dividida o comunidad prodiviso; comunidad proindiviso, por cuotas o de tipo romano; propiedad cuadrimensional; o configuración de la multipropiedad como un nuevo régimen jurídico inmobiliario.

A estas alturas debemos ya preguntarnos como consumidores qué está pasando con la multipropiedad, qué sucede para que hace escaso s días una importante revista publique un extenso artículo con el sugerente título "*Multipropiedad, vacaciones al sol con demasiadas sombras*" y se puede afirmar que es "*una forma de ganar dinero rápido y fácil, propiciando el engaño, la estafa y la evasión fiscal o, en ocasiones, el blanqueo de dinero negro*".

Veamos algunas de las acusaciones que se han formulado:

1º) **Publicidad engañosa y agresiva.** "*Vuestro apartamento en el mar por el precio de un Volkswagen*", "*Propietario de sus vacaciones*", "*Por qué comprar la vaca entera si Vd. sólo necesita el solomillo*", Estas y otras similares son ejemplos de fórmulas utilizadas para vender multipropiedad y que inducen fácilmente al engaño, pues en ellas se utiliza el término "*propiedad*" cuando realmente la multipropiedad, timesharing, propiedad a tiempo compartido o como queramos llamarla, que se está ofreciendo no es verdadera propiedad, no es un derecho real, sino un mero derecho personal como suele ser el convertirse en miembro de un club, al que, y mientras lo sea, se le confiere la posibilidad de utilizar un apartamento X días cada año.

Otra trampa publicitaria es que lo que se vende son semanas de estancia numeradas, en vez de fechas concretas. Las semanas van cambiando su encaje en el tiempo. Según los calendarios las semanas adquiridas en 1.992 no volverán a tener las mismas fechas hasta el año 2.000 y habrá que esperar sucesivos ciclos de veintiocho años para que coincidan nuevamente (2.048, 2.076...). Para el usuario que tiene un calendario rígido de vacaciones esta circunstancia es de vital importancia.

Hay países que han reaccionado contra esta publicidad engañosa específicamente (México, Estados de Guerrero y Quintana Roo) y es curioso destacar que siendo los franceses los que tienes registrado el término "*multipropiété*" - a favor de la Société des Grands Travaux de Marseille- sean sus legisladores los más contrarios a la idea de propiedad y los que en la nueva ley reguladora de la multipropiedad (Ley 86-18) impongan que en los documentos que constaten la adquisición de participaciones o acciones de las "*sociétés d'attibution*" deba aparecer claramente que dicha adquisición sólo confiere la cualidad de asociado y no la de propietario del inmueble, y prohíban que en todo tipo de publicidad se utilice cualquier expresión que incluya el término propietario para calificar la cualidad del asociado.

Entre nosotros, ante la inexistencia de una regulación concreta en materia de "*multipropiedad*", habremos de buscar amparo ante estas técnicas de publicidad engañosa en la Ley 26/84, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (art. 2, d), derecho básico a la información correcta; artºs. 8º y siguientes, que imponen que la oferta básica, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajusten a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad) y en la Ley 34/1.988, de 11 de Noviembre, Ley General de la Publicidad (fundamentalmente su artº. 3º, b), que considera ilícita la publicidad engañosa, y sus artºs. 4º y 5º que nos definen ésta como la que induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico y aquélla que silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.

En el borrador de anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios elaborado por la Comisión de Codificación -del que tendrán cabal conocimiento en el tercer panel de este Congreso- no hemos encontrado ninguna norma prohibitiva en materia de publicidad, quizás por considerar que la materia ya está suficientemente regulada; sí se recogen, por el contrario, en las tres modalidades de multipropiedad que regula ("*stricto sensu*", la comunidad de aprovechamiento por turno y los derechos de aprovechamiento por turnos sin carácter real) las denominadas cláusulas de arrepentimiento que permiten al primer comprador de cada turno, al comprador de una participación o al usuario den por resuelto el contrato en el plazo de siete días. Las técnicas desaparecerán si el anteproyecto llega a convertirse en Ley.

2º) **Condiciones generales del contrato de compra de multipropiedad.** De acuerdo con la Ley 26/84, general para la defensa de los consumidores y usuarios, se consideran cláusulas, condiciones o estipulaciones "de carácter general", el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquéllas o éste celebren y cuya aplicación no puede evitar el servicio de que se trate (artº. 10.2).

A nadie se le escapa que en materia de multipropiedad la situación de preponderancia de la voluntad del promotor-vendedor es evidente. el redacta las reglas y el consumidor ha de pasar por ellas. Es un típico ejemplo de contratos de adhesión -los que yo he denominado más de una vez "*de lo tomas o lo dejas*"- al que le son plenamente aplicables las sanciones que la repetida Ley 26/84 establece, concretamente "*serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas -según el nº 4 del citado artº. 10- las cláusulas, condiciones o estipulaciones*" que no se ajusten a los requisitos que el propio artº. 10 lo impone.

Como ejemplos podemos citar:

a) Cláusulas carentes de concreción, claridad y sencillez en la redacción, o que remitan a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. Pueden ser de este tipo las cláusulas en las que no se identifique con precisión el apartamento, o el calendario, los elementos comunes que pueden utilizarse (piscinas, pistas de tenis, etc.), o aquellas en las que haya una remisión a las normas de la URETSA o de la ALDA/NARELLO ACT (las dos leyes modelo de E.E.U.U.).

b) No entrega de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación. La organización suizo-alemana SCHUTZGEMEINSCHAFT (Asociación Protectora para la propiedad raíz en el extranjero) pueden dar fe de más de una denuncia en este sentido.

c) Cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada al consumidor, o comporten una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.

Quizás destaquen entre este tipo de cláusulas las relativas a la designación de administradores, puesto que suele ser frecuente que el promotor-vendedor se reserve esta facultad. Para ROCA GUILLAMÓN una cláusula de este tipo parece que sustrae a la junta de propietarios una de las facultades esenciales que la Ley de Propiedad Horizontal les atribuye (artº. 13-1º). Más rotundamente se manifiesta ROMA RIERA para el cual en todo caso propietarios, por lo que la cláusula que le reserve a determinada sociedad o es nula o es de eficacia meramente obligacional, por lo que el tercer adquirente no resultará vinculado.

Otra cláusula conflictiva podría ser aquella en la que se reserva en el título constitutivo la administración a determinada persona -incluso el propio promotor- añadiéndose que desempeñará el cargo hasta que todo el complejo esté totalmente vendido o durante un determinado número de años. FUENTES LOJO, refieriéndose a la propiedad horizontal, considera ésta cláusula nula y lo mismo hace BATLLE amparándose en el pár. 5º del artº. 12 de la L.P.H. que, con referencia a los cargos de presidente y administrador, establece que "*los nombrados podrán, en todo caso, ser removidos en junta extraordinaria de propietarios convocada al efecto*".

d) Incrementos de precio por servicios o accesorios que no corresponden a prestaciones adicionales. Al respecto, y como ejemplo aleccionador y anecdótico, el Notario mejicano OTHON PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, contó en la II Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en Palma de Mallorca en 1.987 -y en la que tuve el honor de ser ponente por España en el tema de multipropiedad- como los tiempocompartidarios (así se denominan en aquellas latitudes) de cierto complejo se vieron sorprendidos con la obligación de pagar la adquisición de un helicóptero que la administración había decidido para un mejor servicio.

e) Inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario. Podría utilizarse una cláusula de este tipo para enervar el derecho a oponerse a acuerdos de Juntas no comunicadas oportunamente.

f) Imposición de renuncias a derechos reconocidos por la Ley 26/84 a los consumidores y usuarios. Aunque ésta Ley limita sus efectos a los derechos reconocidos en ella, es evidente que debemos tener presente que toda exclusión voluntaria de la ley aplicable y toda renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros, ex-artº. 6.2 del C.c.

¿Cuál es la Ley aplicable en materia de multipropiedad si afecta a bienes radicados en España? Nuestro C.c., artº. 10.1, precisa que "*la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la Ley del lugar donde se hallen*". Se ha discutido si este precepto es aplicable sólo a los derecho reales o también a los personales. Estoy de acuerdo con LORA TAMAYO RODRIGUEZ en que cualquier derecho que atribuye a su titular, por cualquier título, una posesión sobre la cosa debe regirse por la "*lex rei sitas*", la Ley del lugar donde esté situada. Ello es así por ser lo más conforme con la "*ratio*" del nº 1 del artº. 10 y el principio de soberanía; sería grotesco burlar nuestro sistema inmobiliario a base de sotener que el uso y la posesión de inmuebles sitos en España pueda regirse por legislaciones extranjeras siempre que su desarrollo se haga a través de derechos personales y no reales.

La Ley de situación regulará, pues:

-El contenido de los derechos sobre los bienes. No es posible dice LORA-TAMAYO, que una comunidad de bienes sobre un inmueble se ejercite bajo la forma de un club de derechos anglosajón, sino que habrán de observarse las normas de los artºs. 392 y ss. del C.c.

-Los medios o modos de adquisición o transmisión de los derechos sobre los bienes. Así en España será de aplicación la doctrina del título y el modo que establecen el artº. 609 del C.c. La adquisición de una acción de una sociedad no puede ser título en Derecho español para que el socio adquiera derechos directos sobre un inmueble sito en España perteneciente a esta sociedad.

-La competencia de los Tribunales españoles en relación con los inmuebles sitos en España. En este sentido el artº. 62 L.E.C. y el artº. 16.1 del Convenio sobre competencia judicial y ejecución de Sentencias en materia civil y mercantil firmado en Bruselas el 27 de Septiembre de 1.968, e incorporado a nuestro Derecho desde nuestra adhesión a la C.E.E.

-Al régimen de publicidad, por tanto, a su inscripción en el Registro de la Propiedad. Inscripción que sólo podrá lograrse a través de los títulos que reúnan el carácter de públicos o auténticos (artº. 2º y concordantes de la L.H.). La conexión de este extremo con el estudio de los documentos otorgados en país extranjero nos llevaría al examen de la doctrina de la equivalencia de las formas que excede en mucho del objetivo que nos ha traído hoy aquí ante Vds. Baste decir, en sus términos más simples, que únicamente los autorizados por Notarios de los países integrados en la Unión Internacional del Notariado Latino podrán inscribirse en nuestros Registros de la Propiedad, no así los intervenidos por Notarios del área anglosajona, que no son más que documentos privados con firmas legítimas.

3º) **Fraudes y/o estafas.** No podía faltar la presencia, no física si bien ideal o en espíritu, entre nosotros del eurodiputado Mc Millan Scott y su famoso informe de 1.987 a la Comisión de las C.E.E. referente al fraude inmobiliario en España.

En este informe, en donde las víctimas eran los ciudadanos del Norte de Europa y los estafadores los del Sur, se enumeraban como conductas más frecuentes: técnicas de venta que ejercen una fuerte presión, bienes inexistentes, bienes ya vendidos a otras personas, ventas por personas carentes de autorización para llevarlas a cabo, urbanizaciones sin autorización, proyectos inacabados, mala calidad de los materiales, hipotecas ocultas, infraestructura deficiente, etc. etc.

En la reunión de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo de 2 de Febrero de 1.989 dicho informe fue duramente criticado, lográndose la supresión de toda referencia a España o a cualquier otro país en concreto, y finalizándose con una solicitud para que se elabore una Directiva para la protección de los derechos de los consumidores, en las transmisiones inmobiliarias transfronterizas. Al igual que "*meigas*", estafadores haylos, pero no parece adecuado hacer de la excepción la regla.

Por lo que a España se refiere, estamos en un Estado de Derecho y existen normas para evitar que las estafas se produzcan, pero a pesar de ellas hay transgresores de las mismas, al igual que en todos los países. Entre las normas que protegen al tráfico inmobiliario -además del Código civil, Ley Hipotecaria y Legislación Notarial- podemos señalar la nueva ley del suelo (Ley 8/1.990, de 25 de Julio, sobre reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo); el R.D. 515/1.989, de 21 de Abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas; y quizás también -y digo quizás pues no sé se está vigente o ha sido derogada- la ley 57/68 de 27 de Julio, reguladora de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en la que se impone a los promotores de viviendas que no sean de protección oficial que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, el garantizar la devolución mediante contrato de seguro o aval solidario prestado por Entidad Bancaria. A esta lista agregaremos también la nueva normativa de la Generalidad de Cataluña, Ley 24/1.991, de 29 de Noviembre, de la Vivienda. Ejemplo a imitar pues protege con eficacia al consumidor. Así en su artº. 15 se determina que los promotores deberán otorgar una garantía si suficiente a favor de los adquirentes que cubran la reparación de los desperfectos de la construcción y prohibe a los Notarios autorizar y a los Registradores inscribir las escrituras si no van acompañadas de testimonios de la carta de garantía; en los artºs. 21 los requisitos previos para la venta de viviendas terminadas; y el artº 25 introduce la novedad del libro del edificio y en el artº 29 se regula la elección de Notario en virtud de común acuerdo, debiendo el Notario dar fe de ese acuerdo.

Para evitar tentaciones, en materia de multipropiedad, donde cada parte determinada pude venderse tantas veces como semanas tiene el año, podría ser aconsejable que no se permitiera iniciar las transmisiones

de periódicos hasta que el complejo o el edificio estuvieran totalmente terminados y con cédula de habitabilidad en mano. No parece ser este el camino del borrador de anteproyecto, puesto que en su artº. 1º nos habla de conjuntos de unidades inmobiliarias o fincas "*edificadas o edificables*". Y en su Disposición Adicional Primera, reformadora del artº. 8 L.H., permite la inscripción del "*edificio o conjunto sometido al régimen de ... aprovechamiento por turnos (y) siempre que la construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada*".

No queremos abandonar el campo de los lícito sin hacer alusión a los planos fiscal y administrativo.

En el fiscal las consecuencias de la actuación de las Sociedades extranjeras, que comercializan el Timesharing a través de certificados y expedidos fuera de nuestra fronteras, es grave y preocupante. Con este sistema se evade, y no inconscientemente por cierto, todos los impuestos habidos y por haber. Los interesados se "*ahorran*" el Impuesto de Sociedades sobre los beneficios de las rentas, el Impuesto de Actividades Económicas, el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de naturaleza Urbana (Plus Valía), el de Transmisiones Patrimoniales, el IVA, etc. etc.

En el plano administrativo la legislación sobre inversiones extranjeras es conculcada sistemáticamente. Todos hemos sabido de los problemas que han tenido los compradores españoles que querían comprar en régimen de multipropiedad bienes sitos en España y tenían que solicitar autorización de la Dirección General de Transacciones Extranjeras para poder pagar en el extranjero a sociedades extranjeras. No ocultaremos que el sistema de liberalización de pagos recientemente introducido (R.D. 1.816/91, de 20 de Diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior y o. de 27 siguiente) restará importancia a esta cuestión.

4º) **Libre elección de Notario.** No es un problema propio de la multipropiedad, en realidad lo es de toda contratación en masa, pero no queremos finalizar nuestra intervención sin aludir a él.

El promotor-vendedor, aunque sólo sea por razones de comodidad, suele imponer en sus contratos que sus escrituras se autoricen por determinado Notario. El consumidor debe saber que no sólo la constitución (artº. 5º), lo que ya sería más que suficiente, y la repetida Ley General para la defensa de sus derechos (artºs. 1, 10 y 13, fundamentalmente), le confieren el derecho a elegir Notario, en evitación de posibles condiciones abusivas y por mor del principio de equilibrio de las contraprestaciones, sino que este derecho les está explícitamente reconocido en el artº. 4º del R.D. 1.209/1.984, de 89 de Junio: "*Los Notarios, en aras de su deber de imparcialidad, cuidarán de que se respete el derecho de libre elección de Notario*". En los actos y contratos que hayan de otorgarse por varias personas la elección de Notario corresponderá, en defecto de pacto, a quién de ellas deba satisfacer los derechos realizados por quién se dedique a ello habitualmente o bajo condiciones generales de contratación, el derecho de elección de Notario corresponderá al adquirente, quién, sin embargo, no podrá imponer Notario que, por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio. "*Los Notarios se abstendrán de facilitar toda práctica que implique la imposición de Notarios por una de las partes con abuso de derecho, o de modo antisocial o contrario a las exigencias de la buena fe contractual*".

Muchas otras cosas hay que si se escribieran una por una, me parece que no cabrían en el mundo de los libros que se habrían de escribir y mucho menos en el espacio que se me ha reservado. Prometí ser suave,

fin

desde Baleares

HUMOR CORRAL J R.

ANDRES TROPICIO, ABOGADO DE OFICIO.

"PONERLE NOMBRE A LAS COSAS"

Dicen que "*el agua le pone nombre a las cosas. Al hombre en la pila bautismal y a la geografía en su promesa de cosechas y ferias. Si llega en manos de la lluvia, se la refiere con apelativos familiares como a los hijos pequeños: sirimiri, orballu, garúa, cernidillo, chipichipi. Camino de la mar, que es su vivir, su masculino brazo forma el río, rodea el talle de la ciudad, que se hace puente para asomarse a verla. Si tarda en llegar, hasta los Santos y las Vírgenes salen a hombros de devoción a pedirla. Se hace perezosa, fecundante, en el laberinto de las acequias, ágora y palique en el lavadero, samaritano socorro en la fuente, poema miniado con árabes paciencias en el surtidor. Es un milagro en la sorpresa del manantial...*".

Este agua que se hace sabiduría en el fluir del río y la intimidad del pozo, tiene en este caso particular un nombre: "*RÍO CHICO*". Quizá porque en alguna parte del globo exista un "*RÍO GRANDE*", aunque yo me hago la ilusión de que al río lo han bautizado por mí, para mí y pensando en mí. Lo mismo que las calles: hay personas que tienen o dan nombre a una calle y otras que, más humildemente, se la damos a un río. Comprendo que esto no siente muy bien a los que no tienen esta posibilidad, pero así como las chavalas de un pueblo gallego que se llama AMEAR tienen a gala, cuando alguien les pregunta ¿dónde vais?, el responder: **vamos amear**, lo mismo me sucede a mí cuando alguien me dice o pregunta ¿a qué río vas a pescar? y yo respondo: al río CHICO, a mi río. ¿Es mio de verdad? Hace años, cuando la dictadura del General Primo de Rivera, la República o el Alzamiento, uno podía tener una concesión de aprovechamiento de un río, un río nunca, ya que eran de dominio público, pero ahora ni eso: la Ley de Aguas no lo permite y no sé si llega a demanializar no sólo las aguas superficiales, las subterráneas y los lagos y lagunas, sino las embotelladas de cosechas posteriores a su publicación y vigencia.

De cualquier forma es reconfortante el que un río -los ríos son como la vidas que van a dar al mar, según el poeta- lleve tu apellido. Mi sorpresa, sin embargo, ha sido cuando al repasar la lista de compañeros del Escalafón y simultanearla con la Guía de los Ríos de España del MOPU, veo que hay varios compañeros que también dan apellido a los ríos. El tema está en si ellos dieron el nombre al río o es el río el que les dió nombre a ello, pero de cualquier forma, por lo menos cuatro se unen a mi escuadrón: ARAGÓN (J.L.), JALÓN (M.), NAVIA (F.J.) y GALLEGO (G.), claro que este último tendríamos que hacerlo esdrújulo, lo cual no cuesta nada a pesar de no ser político. Luego están los SENA y el SECO (RIOSECO).

Relacionados con el tema tenemos dos que utilizan como apellido el RIO, otros el PUENTE y otros RIBERA. No sigo adelante ya que el poco sentido del humor que la mayor parte de las personas tiene, se agudiza y se convierte en irritación cuando alguien utiliza el apellido con doble intención. Yo recuerdo que en una ocasión me presentaron a una persona, que luego se hizo muy amigo mio, que se llamaba ESTEBAN GRANDE y al decir

el presentador mi apellido y nombre JOSE MARÍA CHICO, saltó como un tigre y dijo: ¡Con mi apellido no se juega! Y yo tuve que responderle: ni con el mio tampoco.

No se cómo será ese río que lleva mi nombre o del cual me viene a mí el apellido, pero de cualquier forma no creo que en él me dejasen pescar truchas -suponiendo que las tenga- sin licencia y en base de apellido. A lo mejor es una "mierdica" de río sin álamos ni sombras, sin verde en las orillas ni huecos para echar un trago después de merendar una tortilla "a la patata" y unas albóndigas (tres pelotas, diez). ¡Vaya Vd. a saber! Aunque señalizado en carretera está y bien grande que es el letrero, más grande y más espectacular que el que anunciaba las misas y la Guardia civil a la entrada de los pueblos. Tengo que preguntar a los expertos pescadores para que me orienten.

La verdad es que además de río tengo a mi nombre una Calle. Son lujos reservados a la "doctrina". Debo confesar que más que una calle lo que tengo es la "placa" de una calle a mi nombre y que como no sabía qué hacer con ella la puse en una esquina de la casa que tengo al borde del mar en Almería. Y el tema estaba en que cuando las evaluaciones de Hacienda se hacían por lo llamados "signos externos de riqueza" el perspicaz Inspector de la Renta, que pasaba semanas en la urbanización, se fijaba en la placa y me requería... Uno se defendía como podía y un argumento decisivo es que la placa llevaba el escudo de la villa de Madrid, pero nada indicaba la titularidad del chalet almeriense. El argumento era endeble y la amenaza implacable: los que tienen una calle a su nombre deben pagar impuestos... Un buen día, este implacable inspector, osó hacer deporte de vela sin los debidos conocimientos y no pudo volver a tierra. Yo lo sentí porque discutir con un inspector de Hacienda siempre es enriquecedor... aunque te empobrezcas.

No sé lo que puede valorarse como más importante si el río o la calle, pues calle y río son de dominio y uso público y eso le quita importancia al tema, aunque a la calle la podamos llamar "*carrer*" en valenciano o "*kalea*" en vasco. Yo de la calle podría decir pocas cosas aunque se tratase de una peatonal o con aceras, bordillos y "*circulación rodada*". Creo que está dicho todo en novelas como "*La calle Valverde*" o "*Calle Mayor*" y, por eso, lo mejor es volver al agua y seguir diciendo lo que otros han dicho: "*Sabiduría en el fluir del río y de la intimidad del pozo. Si adolece de terrenales memorias, se llama ría; si nostalgia de nube, noria; si apetencia joven, baño; si aventura, pesca; si arquitectura, estalactita. Siempre está bendita. En la tinaja y en el aguamanil, en el aguador y en la lavandería. Su ausencia se llama lágrima. Y después de su visita todo es nuevo huele la tierra a enamorada, sale el sol. Llega la paz, con todos los colores en el arco del cielo*".

¿Qué más puede decirse después de tan bellas palabras? Poco queda. Por eso os invito a mi río o a mi calle. Como el río es una incógnita, puede suponer una aventura y como la calle ni existe, no puedo ni situar en ella la anécdota de Valle Inclán cuando al tropezarse en una estrecha y oscura con un hombre embozado en su capa, oye su voz que le dice:

- Yo no dejo pasar a los "*nefarios*".
- Y Valle Inclán le contesta: ¡Pues yo sí! Pase.

JOSE MARÍA CHICO Y ORTIZ

José Santiago Lavado.

Lavado se negó a abandonar el aula al ser expulsado por la profesora de Derecho Civil

Sorprenden a un senador del PSOE copiando en un examen

FLORENTINO VELAZ
CACERES

El senador socialista por Badajoz, José Santiago Lavado, que llamó «caciques y salteadores de caminos» a los jueces que dictaron resoluciones contrarias a la política expropiatoria de la Junta de Extremadura, ha vuelto a adquirir notoriedad por un incidente mientras realizaba un examen del segundo curso de Derecho en la Facultad de la Universidad de Extremadura.

El lunes «fue sorprendido copiando» en el examen de Derecho Civil I, según aseguró la profesora interina del departamento, Margarita Fernández.

La docente no quiso revelar de qué forma copiaba el alumno Lavado, al que exigió que entregase el examen y abandonase el aula. «Realmente me moví guiada estrictamente por criterios académicos, desconociendo la condición de la persona», afirmó.

Sin embargo, José Santiago Lavado, según la profesora, no abandonó el aula y negó ayer a Radio Nacional que le hubieran sorprendido copiando en el examen. «No he copiado jamás. Sorprendieron a un compañero que estaba a mi lado con una *chuleta* que dejó debajo de la mesa y creyeron que era mía. Se lo expliqué a la profesora y terminé mi examen».

Dejamos para el próximo número:

** El núm. 62 (enero-febrero 1992) de TAPIA "Publicación para el mundo del Derecho," de la que reproducimos íntegramente: "Régimen fiscal de la renuncia de gananciales: una nota complementaria".*

** El BOLETÍN del CEH de Cataluña, núm. 35, de abril de 1992, del que transcribimos íntegramente: "La seguridad jurídica y la retroacción de la quiebra: Crítica a la S TS de 15 de noviembre de 1991". Y*

** El AVANCE INFORMATIVO del Boletín del Colegio de Registradores, (núm. 24, mayo 1992), del que transcribimos íntegramente: "Comentario de urgencia al artículo 26 del R.D. 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de ofertas de valores".*

(El AVANCE INFORMATIVO ya lo tendrán en su poder nuestros lectores Registradores; no así nuestros lectores Notarios, Catedráticos españoles y extranjeros, Registradores extranjeros, Abogados, Opositores, etc., a los que va dedicada la rapiña. En la LUNES somos pocos pero buenos... y discretamente chuletas).

Tema 5 (Civil entre Notarios, 1992) sobre INVALIDEZ E INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO.- CONFIRMACIÓN, CONVALIDACIÓN, RATIFICACIÓN, COMPLEMENTO Y CONVERSIÓN.

Del Notario de Valencia, Eduardo LLAGARIA VIDAL.

(Por cierto, el desaparecido -pensaba yo- Director saliente se apresuró a llamarme, hace unos días, para advertirme que podría haberme evitado, en la página segunda del número anterior, dar la bienvenida a Eduardo LLAGARIA supuesto que el brillante Notario ya había colaborado en la revistilla en la etapa anterior a la de mi malhadado regreso ... Pues bien: circunscribo la bienvenida a Eduardo a esta nueva e iluminada etapa de la LUNES ¡y exijo que me neutralicen a ese cascarrabias de saliente!)