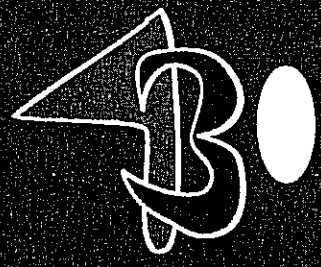
# LUNES

## CUATRO TREINTA



## Revista de asuntos registrales

Año XII - Núm. 251 - 1ª Quincena, febrero, 1999

Registradores Hipotecarios
VALENCIA

# sumario

informativa de derecho privado y registral
LUNES 4'30
Año XII - Núm. 251 - 1ª Quincena de febrero, 1999

CASOS PRACTICOS ..... 2
RESOLUCIONES ..... 4
SENTENCIAS ..... 6

EL ART. 298 RH Y LAS FINCAS RÚSTICAS, por Enrique Rodríguez .... 8

PERMUTA DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA, por Antonio J. Jiménez ..... 11

¿SON ANOTABLES, EN DETERMINADOS CASOS, LAS DEMANDAS EN LAS QUE SE RECLAMA UN CRÉDITO?, por Lino Rodríguez ..... 22

LA PREFERENCIA PARA EL COBRO DE LAS CUOTAS EN LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS... (Y SEGUNDA PARTE) ..., por José-Carlos Sánchez Alfonso ..... 30

LA CONSIGNACIÓN DEL PRECIO EN EL RETRACTO... (Y SEGUNDA PARTE), por Francisca Ramón Fernández 44

LA MULTIPROPIEDAD, por Constancio Villaplana ..... 65

LOS DEBERES MORALES Y LAS OBLIGACIONES NATURALES, (Y SEGUNDA PARTE), por Luis Moisset de Espanés ..... 58

HUMOR CORRAL JR. ..... 69

RESEÑA LEGISLATIVA..... 70

**LUNES 4'30**

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

*

CONSEJO DE REDACCION:

María Emilia Adán García
Ana María del Castillo González
Rosa Navarro Díaz
Vicente Carbonell Serrano
Vicente Domínguez Calatayud
Rodolfo Bada Mañó
Carlos J. Orts Calabuig
Javier Solá Palerm
Cristina Carbonell Llorens
Inmaculada Gosálvez Simbor
Mercedes Tormo Santonja
Mercedes Ríos Peset

CONSEJEROS HONORARIOS:
José María Chico Ortiz
Corral Jr.

FUNDADOR:-DIRECTOR
Enrique Colomer Sancho

SECRETARÍA:
Sta. María Dolores (Loli)
Pintor Peyró, 12.
46010-Valencia.
Teléfono: (96) 3629678

*

Depósito legal:
V-1212-1988

I. En la última lista de nuevos suscriptores que me pasa LOLI se observa: primero, que el 95 % son opositores/as (más "/as"); y segundo: que hemos llegado al suscriptor número 600 (sin precedentes).

II. Alguien me dice que está bien, que aquella palabra de su trabajo que sustituimos era un barbarismo, pero aceptado, etc... Si la palabra fue sustituida no lo fue por corrección de estilo ni cosas así (reproducimos los trabajos exactamente, respetando los gustos tipográficos del escritor, etc.), sino simplemente por un error de los que nos suelen acompañar; decimos ahora que nuestro sistema de "corrección" se limita a leer lo mecanografiado por la secretaria (nunca los originales) para tratar de suprimir errores mecanográficos o saltos de línea, etc.; la lectura la hacemos sobre las copias, sin poder permitirnos el lujo de cotejarlas, palabra por palabra, con los originales. Si el sentido de lo que leemos es claro y coherente, lo damos por bueno. Si hay algún salto o error manifiesto, buscamos su origen y lo subsanamos. Hasta ahí llegamos. (Aprovecho la oportunidad para pedir dsisculpas al compañero del barbarismo consciente y a los demás que detecten errores; el que esto escribe sabe bien la rabia que da ver sus textos, oraciones o palabras fusilados. Son cosas propias de revistilla).

III. Se nos queda en conserva la transcripción de un AUTO DEL TSJ DE MURCIA que declara inconstitucional el procedimiento de ejecución notarial, y que nos remite MANUEL ORTIZ REINA desde Callosa de Ensarriá.

# casos prácticos

CASOS PRACTICOS DE VALENCIA

## UN SUPUESTO DE FALTA DE CLARIDAD EN LA DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN UNA HIPOTECA.

Se presenta en el Registro una escritura de hipoteca sobre viviendas y garajes, en la que en la cláusula de constitución se remite en cuanto al principal, intereses y costas a un cuadro que figura al final de la escritura.

La Registradora se plantea qué ocurre con los intereses moratorios que figuran en la cláusula de constitución en forma genérica fijando un máximo del 12% y un límite conjunto con los remuneratorios de cinco años, pero no se señalan en el cuadro de distribución de responsabilidad.

Mientras algunos entendieron que bastaba con la mención genérica en la cláusula de constitución, pues el principio de determinación en materia de hipotecas se cumple con la fijación de un tope máximo y del límite conjunto de cinco años, la mayoría entendió que lo procedente sería devolver y rectificar la escritura para hacer constar en su caso que la cifra fijada en el cuadro para los intereses remuneratorios opera también para los moratorios.

## EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA SERVIDUMBRE RECÍPROCA DE LUCES Y VISTAS.

En una escritura de constitución en régimen de propiedad horizontal se constituye una servidumbre recíproca de luces y vistas en favor de una edificación que se construirá sobre un solar colindante, también propiedad del constructor. Se hace referencia en terminología popular a una mancomunidad de patios.

Por unanimidad, se señaló que debía constar determinada la superficie gravada de cada finca, pues el constructor sí que lo tendrá previsto. No basta como se hace en la escritura con señalar que el patio de manzanas tendrá la superficie que fijen las ordenanzas, pues aunque se trata de un criterio objetivo que en principio parece cumple las exigencias del principio de especialidad, ya fue re

chazado para el Derecho de vuelo por la R/DGRN de 6 de noviembre de 1996.

## UN SUPUESTO DE DERECHO TRANSITORIO.

Se admitió por todos los compañeros la escritura de venta judicial con la que se puso fin a un procedimiento ejecutivo iniciado antes de la reforma procesal de 30 de abril de 1992; sin que sea necesario el auto judicial aunque el procedimiento se terminó después de la entrada en vigor de la Ley.

Así resulta de la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 10/1992 de 30 de abril.

## ELEMENTOS COMUNES DE UNA PROPIEDAD HORIZONTAL. SU DETERMINACIÓN.

En un complejo formado por viviendas unifamiliares y bloques se fijan como elementos comunes únicamente de las viviendas unifamiliares unos pasillos de acceso sin describirlos.

Todos entendieron que era necesario determinar los pasillos en cuanto a su emplazamiento, superficie..., pues además existen otras zonas comunes a todo el complejo (piscina, jardines...) que deben constar delimitadas.

## ¿QUÉ OCURRE CON LAS SOCIEDADES CIVILES TRAS LA REFORMA?

En cuanto a las Sociedades Civiles y su tratamiento registral tras la reforma, se admitió la inscripción de bienes a su favor en el Registro de la Propiedad, siempre que previamente figuren inscritas en el Registro Mercantil. Y ello porque la reforma del R.H. de 4 de septiembre de 1998 en su Exposición de Motivos señaló: "se ampara la posibilidad de que las sociedades civiles sean objeto de inscripción en tal Registro (Mercantil), aunque no tengan forma Mercantil, con la finalidad de que tales sociedades puedan gozar de las ventajas del reconocimiento a través de un instrumento de publicidad "erga omnes" y así se consagra en la reforma del art. 269 bis R.R.M., modificado por la Disposición Adicional Única del R.D". Esta reforma no es más que una consecuencia de las famosas R/D.G.R.N. de 31 de marzo y 1 de abril de 1997.

**Mercedes Tormo Santonja.**

Hace ya algunos meses (18 noviembre 1998), en la prodigiosa **Circular** editada por la Comisión de Cultura del I. Colegio Notarial de Baleares, es decir, por **E.M.-Piñeiro** ("el amigo Eduardo" para la LUNES), se hizo una cariñosa referencia a **ELADIO BALLESTER GINER**, Registrador de Palma, en relación con el artículo que publicó en el núm. 244 de esta revistilla. Fue nuestro propósito reproducir aquellas palabras como leve homenaje al compañero jubilado. El fragmento de la **Circular** que ahora aparece entre otros papeles nos recuerda el olvido. Lo subsanamos:

3) **"UN TEMA DE OPOSICIONES ENTRE NOTARIOS.Autorizado mayores de 13 años".** Recomendamos su lectura, esperando que todos gocen con ella como lo ha hecho este "veloci-rapiñador". Y aprovechamos la ocasión para felicitar al autor por su reciente jubilación. Ha demostrados siempre ser un gran amigo, confirmando con ello que nada hay imposible y que la "pareja de hecho" Notario-Registrador/Registrador-Notario puede convivir en paz y gracia de Dios sin necesidad de una ley específica. ¡Felicidad eterna, amigo!.

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

# RESOLUCIONES

*Dirección General de los Registros y del Notariado.*

Por Ana M. del CASTILLO GONZÁLEZ (A.C.G)
y Mercedes RIOS PESET (M.R.P.)

Cerrada la edición a BOE 11 de febrero, por ver si recuperamos la semanilla de retraso que arrastramos desde hace algún tiempo, aparecen en dicho BOE 6 RR cuyo extracto dejamos para el próximo número. Todas son de enero 1998 (como las tres que siguen), lo que nos recuerda que debemos preparar el TOCHO del 2º semestre 1998.

## R. 5 ENERO 1999 (BOE 9 FEBRERO)

### PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA: INSCRIPCIÓN, A FAVOR DE LOS CEDENTES, DE ELEMENTOS PRIVATIVOS TRANSMITIDOS EN VIRTUD DE LA ESCRITURA DE PERMUTA.

Supuesto de hecho: en escritura pública los titulares de un solar cedieron el mismo en permuta a cambio de determinadas cuotas indivisas de un garaje, local comercial y viviendas que se estaban construyendo sobre el mismo, pactándose por ambas partes que la entrega simbólica para la transmisión de la propiedad se entiende cumplida por el otorgamiento de dicha escritura, la cual quedó inscrita en el RP en dichos términos. En la inscripción se recoge igualmente las fincas resultantes de la división horizontal del edificio futuro que se transmitían a favor de cada cedente. En escritura posterior la parte cesionaria declara la obra nueva y constituye el régimen de Propiedad Horizontal inscribiéndose a su favor la totalidad de las fincas integrantes del edificio. Con posterioridad los mismos otorgantes de la escritura de permuta, mediante acta notarial, hacen constar la entrega material de la cosa futura mediante la entrega de las llaves.

Presentada el acta notarial de entrega se deniega la inscripción por no ser una escritura pública, único documento notarial apto para provocar inscripciones en el RP.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSJ revocó la nota. La DG manifiesta que debió practicarse a favor del adquirente respectivo la primera inscripción de los elementos privativos en cuestión, al estar plenamente identificados y haberse pactado la tradición desde el momento del otorgamiento de la escritura de permuta. Por esto mismo la realización de la entrega material no supone nuevo consentimiento de las partes, sino hacer constar la realización de un hecho que no interfiere la eficacia traditoria que tuvo la escritura de permuta, la cual es el título apto para provocar la inscripción de los inmuebles a favor de los respectivos cedentes. En este sentido la DG estima la apelación del Registrador. (A.C.)

## R. 7 ENERO 1999 (BOE 9 FEBRERO)

### AUTO DE ADJUDICACIÓN: LA PRESENTACIÓN POSTERIOR DEL AUTO DECLARATORIO DE LA QUIEBRA DEL TITULAR, RECAIDO CON ANTERIORIDAD AL AUTO DE APROBACIÓN DEL REMATE CALIFICADO, EN MODO ALGUNO SUPONE RECONOCIMIENTO DE LA INEFICACIA DE ÉSTE.

Supuesto de hecho: El 29 de diciembre de 1994 se presenta testimonio de auto de adjudicación de determinados bienes derivado de procedimiento declarativo de menor cuantía iniciado en el año 1992, el cual fue objeto de suspensión por determinados defectos, siendo presentada la subsanación el 26 de enero de 1995. El 28 de febrero de 1995 se presenta mandamiento ordenando que se tome razón de la declaración de quiebra del titular registral en virtud de auto firme de 30 de diciembre de 1993 que señala como fecha de retroacción de la quiebra una fecha anterior al inicio del juicio de menor cuantía.

El Registrador suspende la inscripción del auto de adjudicación, entre otros defectos, por estar presentado el mandamiento ordenando la toma de razón de la declaración de la quiebra.

Interpuesto recurso, el Presidente del TSJ revoca la nota y declara que la inscripción debe producir sus efectos desde el 29 de diciembre de 1994. La DG manifiesta que la calificación ha de ser global y unitaria referida a la situación registral existente en el momento de la presentación del documento a calificar, doctrina que ha sido modalizada en ocasiones para evitar la práctica de asientos inútiles pero sin llevar al extremo de desvirtuar totalmente aquella regla temporal, que llevaría a desvirtuar el principio de prioridad registral, menoscabaría la seguridad jurídica y provocaría una indefensión. La retroacción de la quiebra no es tampoco argumento ya que la nulidad de los actos realizados dentro de dicho periodo se contrae a los actos realizados por el propio quebrado, de modo que no puede alcanzar ni a la sentencia condenatoria ni a la realización forzosa de los bienes llevada a cabo por el Juez en ejecución de aquélla. Por último, estando el asiento de presentación y su prioridad bajo la salvaguardia de los Tribunales, no puede, por el cauce del recurso, anticiparse la fecha de una inscripción mas allá de la del respectivo asiento de presentación. (A.C)

## R. 8 ENERO 1999 (BOE 8 FEBRERO)

### SERVIDUMBRE. CONSTITUCIÓN: FIRME EN VÍA ADMINISTRATIVA EL ACUERDO DE APROBACIÓN DEFINITIVA DE UN PROYECTO DE REPARCELACIÓN E INSCRITO EN EL RP, NO PROCEDE LA INSCRIPCIÓN DE UNA SERVIDUMBRE, POR MODIFICACIÓN DE DICHO PROYECTO, AL ESTAR EL PREDIO SIRVIENTE INSCRITO A FAVOR DE TERCERO SIN LA REFERIDA SERVIDUMBRE Y SER NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DE DICHO TITULAR O RESOLUCIÓN JUDICIAL.

Supuesto de hecho: en 1991 se aprueba un Proyecto de Compensación, acuerdo que ganó firmeza en vía administrativa, y que fue inscrito en el RP. Con posterioridad y al haberse observado diversos errores en cuanto a las parcelas resultantes, se presentó ante el Ayuntamiento de León, por la Junta de Compensación, un proyecto refundido el cual fue aprobado por el Pleno otorgándose notarialmente un acta de subsanación y complemento, que se presenta en el RP para inscribir una servidumbre sobre una de las parcelas.

El Registrador deniega la inscripción al estar el predio sirviente inscrito a favor de tercero sin la referida servidumbre y ser necesario el consentimiento de dicho titular o resolución judicial.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSJ revocó la nota. La DG revoca el auto y confirma la nota de calificación. Al haber ganado firmeza en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación no cabe introducir una modificación como la que se pretende, que desborda lo que es un mero error material o de hecho o una previsión complementaria plenamente respetuosa del contenido básico que se completa, pues ello conculcaría el propio régimen establecido para la revisión de los actos administrativos. (A.C.) ■

*Mª Emilia ADÁN GARCÍA*

# SENTENCIAS

## STS 24 JULIO 1998

### SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA. ACCESORIEDAD DE LA FIANZA. Artículos citados: 1111, 1291.3, 1294 y 1297 Código Civil.

HECHOS.- El 24 de enero de 1992, el Banco X concedió a la sociedad Z un préstamo por importe de quince millones de pesetas, con vencimiento el 26 de marzo de 1992. Este préstamo se garantizó con fianza solidaria del matrimonio A.

En escritura pública de 9 de marzo de 1992, el matrimonio A donó a sus hijos tres bienes inmuebles. Los donatarios concedieron a la sociedad Y un derecho de opción de compra sobre estos inmuebles.

Al vencimiento el préstamo resultó impagado, por lo que se instó juicio ejecutivo contra los fiadores embargándose los bienes que resultó habían sido donados.

La sociedad Z había presentado suspensión de pagos, constando en la lista de acreedores el Banco X. Del balance presentado por la sociedad no resulta que esté en situación de insolvencia definitiva. El único accionista de la sociedad es D. AAA.

No resulta probado que el matrimonio A careciera de otros bienes aparte de los donados.

El Banco X ejercitó acción revocatoria o pauliana, solicitando la rescisión de la donación, así como de la posterior opción de compra, por haberse realizado en fraude de acreedores.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por entender que no se había probado que el acreedor no pudiera cobrarse por otros medios. La Audiencia Provincial, la estimó y declaró la nulidad de la donación y de la opción de compra, por entender que aunque los demandados alegaron poseer el cien por cien de las acciones de la sociedad, cuyo activo se valoraba en ochocientos millones, lo cierto es que la sociedad está en suspensión de pagos, y fuera de la disponibilidad de su propietario. Los demandados interpusieron recurso de casación.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO.**- El primer motivo alega infracción de los artículos 1291.3, 1294, 1297 y 1111 del Código Civil, al entender que al realizar la donación no se agotaba el patrimonio de los donantes, que poseían el cien por cien de las acciones de la sociedad Z, y además al tiempo de la donación, no se había declarado la suspensión de pagos, que se declaró el 24 de abril de 1992. Entiende el recurrente, que la demandante eludió dirigirse contra el patrimonio industrial del fiador, por lo que falta el requisito de subsidiariedad del ejercicio de la acción.

El Tribunal Supremo recuerda que la fianza pierde su carácter accesorio "stricto sensu" cuando garantiza el pago de una deuda principal del que habían de beneficiarse los propios fiadores (STS 2 de diciembre de 1988), y que la lógica aconseja dirigirse contra los fiadores, y no contra una sociedad en suspensión de pagos, tendente a un acuerdo de quita o espera que novaría perjudicialmente su crédito.

En segundo lugar, se recuerda que las acciones de la sociedad Z, carecían de valor real, hasta que terminase el procedimiento de suspensión de pagos y se supiera si hay o no remanente.

En tercer lugar, no es necesario que se declare en procedimiento previo la insolvencia para ejercitar esta acción, basta que no se conozcan otros bienes, sin que sea, tampoco, precisa la declaración previa de que el interesado carece de recursos; sería exagerado continuar con procedimientos sabiendo que no se va a conseguir nada. En conclusión, basta con demostrar que el demandado carece de bienes, o que los que poseía ya no están en su poder o están gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido.

## STS 28 JULIO 1998

### CONTRATO DE COMPRAVENTA. INEXISTENCIA. CONTRATO DE VITALICIO. ALEATORIEDAD. Artículos citados: 1275 y 1805 Código Civil.

HECHOS.- Dª AAA estuvo casada con X, del que tuvo una hija, que a su vez tuvo dos hijos.

Dª AAA, hizo testamento el 5 de noviembre de 1991, en el que

dejaba la legítima a sus dos nietos, y el tercio de libre disposición a su hermana Dª BBB.

En 1991, padeciendo un cáncer terminal, se traslada a vivir con su hermana. En escritura pública de 21 de noviembre de 1991, Dª AAA vendió a su hermana y cuñado, la nuda propiedad de todos sus inmuebles. En esa misma fecha suscribieron un documento privado en el que reconocían que la transmisión se realizaba a cambio de una pensión vitalicia.

El cinco de febrero de 1992, falleció Dª AAA.

Los nietos interpusieron demanda interesando la nulidad de la escritura pública de compraventa, y del contrato privado de la misma fecha, así como la declaración de que esos bienes se integran en el caudal relicto de la causante.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, y la Audiencia Provincial confirmó el pronunciamiento.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO.**- La sentencia recurrida estima que la compraventa tiene causa falsa, por inexistir el precio, por lo que estamos ante un caso de simulación relativa, que disimula un contrato de vitalicio, que está viciado de nulidad por carecer de aleatoriedad. Además si la verdadera causa es la liberalidad, la donación es nula por ilicitud de la causa al haberse realizado en fraude de las normas de la legítima.

El Tribunal Supremo considera que la compraventa es inexistente, al no haber precio, por lo que el negocio carece de causa en sentido objetivo, que es la función objetiva del negocio jurídico. (1274 CC). Al ser inexistente no produce traspaso patrimonial, ya que fue un negocio cuya finalidad era vaciar el patrimonio del causante, pero no pudo hacerlo por carecer de causa.

Los contratos privados no pueden cambiar el contenido de uno público. Además sólo producen efectos inter partes, a diferencia de la escritura pública, por lo que no afecta a los legitimarios de la vendedora.

En segundo lugar los compradores conocían el carácter irreversible de la enfermedad de la vendedora, por lo que faltaba el carácter de aleatoriedad del contrato de vitalicio. No puede aplicarse directamente el artículo 1805 del Código Civil, pues éste se refiere al contrato de renta vitalicia, pero sí para extraer que la aleatoriedad sea un elemento esencial del contrato.

## STS 28 JULIO 1998

## REQUISITOS PARA INCAPACITAR A UNA PERSONA.

### Artículos citados: 200 del Código Civil.

**HECHOS.**- Dª AAA solicitó la incapacitación de su hermana Dª BBB, por padecer una enfermedad permanente, incurable e irreversible, habiendo obtenido la incapacidad permanente absoluta para el trabajo.

La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial, interponiéndose recurso de casación.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO.**- El Tribunal Supremo parte de los informes médicos que admiten que la enfermedad es controlable terapéuticamente, de modo que es capaz de tomar decisiones en cualquier orden de su vida, disponiendo de los elementos necesarios y suficientes para su autogobierno, tanto en el plano personal como patrimonial.

La recurrente alega que esos informes se refieren exclusivamente al momento del juicio, pero no a los momentos en que Dª BBB está en crisis.

El TS recuerda que para incapacitar a una persona se requiere, conforme al artículo 200 del Código Civil, dos requisitos:

—Una enfermedad, de carácter físico o psíquico, lo cual puede perfectamente integrarse en una patología permanente y con una intensidad deficitaria prolongada en el tiempo y, mantenida en intensidad, o bien, incluso, con independencia de que pudieran aparecer oscilaciones o ciclos en que se agudice mucho más la dolencia o la patología, porque, lo que verdaderamente sobresale, es la concurrencia del segundo requisito.

—Que el trastorno impida gobernarse al afectado por sí mismo.

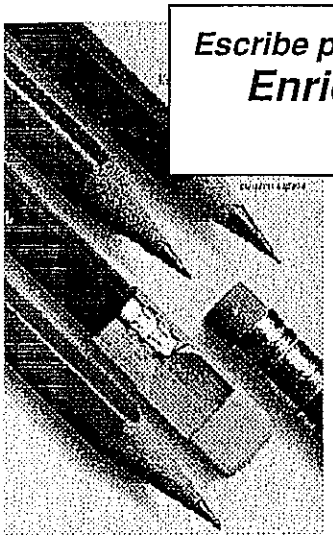
Al no darse este segundo requisito, el recurso se desestima, sin perjuicio de que, sobreviniendo nuevas causas, puedan instarse judicialmente una nueva acción que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar lo declarado.

Centro de Estudios Hipotecarios
JURISPRUDENCIA

PRUDENCI JURIS



PRUDENCI JURIS



*Escribe para Lunes:*
***Enrique Rodríguez Llorens** (*)*
*Registrador de la Propiedad*

# El artículo 298 RH y las fincas rústicas

En cualquier oficina registral de las llamadas "rústicas", que hay a lo largo y ancho de nuestra geografía, la aplicación del nuevo art. 298 RH a las fincas rústicas se ha convertido en un tema candente y hasta "preocupante", si además esta oficina se encuentra en la Comunidad Autónoma de Galicia, en donde ejerzo ya durante diez años, ESTE ES EL TEMA.

Con esta situación fáctica debemos desenvolver nuestra labor a diario y la solución, prima facie, no es sencilla, pues si se sigue el texto normativo al pie de la letra, mejor cerramos la oficina y si no lo seguimos, mejor tengamos preparado un buen "peto" por lo que pudiera pasar, no vaya a ser que a alguien se le ocurra decir lo contrario y...

Antes que yo, han escrito varios compañeros sobre el tema y la opinión mayoritaria coincide en que el art. 298 R.H. es aplicable, sin duda, a las "urbanas" pero, no así, a sus primas hermanas, las "rústicas". Yo abundo también en esta opinión en base a los siguientes argumentos:

A) La Constitución española reconoce el principio de seguridad jurídica y el de jerarquía normativa (Art. 9.3). En base a los dos, una norma de rango inferior, no puede contravenir los dispuesto por una de rango superior. Sin discusión.

B) Igual norma se recoge en nuestro Código Civil, como es sabido (Art. 1.2).

C) El R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre, que modifica algunos artículos del R.H. no es más que emanación de la potestad reglamentaria de la Administración Pública, en base a una delegación previa hecha por Ley, en nuestro caso la L.H., de la que aquél, tan sólo, es un desarrollo y complemento.

D) La Disposición final 3ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, dispuso que "queda sin efecto lo establecido en el primer párrafo de la Disposición Transitoria 8ª de la Ley 13/96 de 30 de diciembre. **Mediante Ley** se determinará la fecha en que comenzará a exigirse la aplicación de lo establecido en la Sección 4ª del Cap. IV del Título I de la citada Ley a los bienes inmuebles rústicos". De donde se desprende que esta materia está reservada a otra normas con rango de Ley. En este sentido distinguiremos una reserva material de Ley y otra formal, como nos enseña GARCÍA DE ENTERRÍA , al señalar que "... es obvio que una reserva material de Ley solo puede construirse sobre la base de una reserva constitucional, precisamente; *la exigencia de Ley por precepto de otra Ley ordinaria para la regulación ulterior de un cierto objeto no constituye una reserva material, sino solo formal, esto es, que obliga "contrarius*

*actus" a mantener el rango de la regulación para alterarla o modificarla, pero sin que el fondo obligue en absoluto al legislador futuro*", en resumen, que habiendo reservado una Ley ordinaria, cual es nuestro caso, una materia para otra Ley posterior, no cabe norma inferior que incida en esa materia. Siguiendo el autor citado, diremos, además que "el principio "contrarius actus" obliga para dictar una norma nueva a darla (sic) un rango normativo *por lo menos igual* al de la norma o normas que pretende sustituir o innovar.

E) La Disposición Transitoria Segunda del RD 1867/1998, de 4 de septiembre, cuando dispone "... sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que será aplicable inmediatamente a todo tipo de fincas, rústicas y urbanas" está vulnerando de facto una norma superior en rango. Esta no es más que una Disposición de un Real Decreto que no tiene rango de Ley.

F) Esta vulneración por parte de una norma reglamentaria es de nulidad absoluta y, tanto es así, que la propia L.O.P.J. en su art. 6 prohibe a los Jueces y Tribunales aplicar los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley, cualquiera que sea ésta, o al principio de jerarquía aplicativa. Es decir, deben ignorar tal normativa, como si no hubiere sido dictada nunca. Mutatis mutandis, y con las debidas salvedades para no herir susceptibilidades, opino que deberemos, igualmente nosotros, ignorar dicha Disposición Transitoria.

G) Recientemente, en la publicación del Centro de Estudios Registrales, sobre "La Reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil" nuestro compañero, Fernando Curiel, a propósito de la nueva regulación del art. 298 R.H., apunta una pista sobre una interpretación, que llamaremos cuasi auténtica, sobre esta normativa, cuando señala "*los redactores de la reforma interpretan que, dentro de las normas de dicha L. 13/1996, la suspensión de la aplicación a las fincas rústicas sólo se refiere a la constancia de la referencia catastral...*". Lo cual, si fuera acertado, permitiría, ahora, reglamentariamente exigir la certificación descriptiva y gráfica, para inmatricular fincas rústicas; pero estimo que ello no puede sostenerse por cuanto siguiendo las normas hermenéuticas propias del caso, las palabras del texto legal están claras y no dejan lugar a dudas y habrá que estar a su tenor literal, tenor que deja bien clara la suspensión de todo lo recogido en los artículos 50 a 57 de la citada Ley (Secc 4ª del Cap IV del Tít I) los cuales afectan no solo a la determinación de la referencia catastral sino también al más concreto apartado séptimo del art. 53, referido a las inmatriculaciones. Y ya se sabe "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus" (¡Cuán sabios eran los romanos!).

Ahora bien, esta conclusión nos conduce a un camino estrecho y tortuoso cuando, en lugar de inmatriculaciones, abordamos la inscripción del exceso de cabida. En efecto, recordemos que para las fincas rústicas el nuevo art. 298 R.H. no es aplicable en todo lo relativo al Catastro, esto es, referencia catastral y certificación descriptiva y gráfica, consecuentemente la rectificación de cabida vía certificación catastral, o vía, simple informe del técnico competente, según exceda o no del 20% de la superficie inscrita, **tampoco resultará aplicable**, toda vez, que se estableció esta posibilidad, ex novo, en la repetida Ley de acompañamiento de 1996, y como habíamos visto, la sección completa dedicada a la referencia catastral y sus consecuencias registrales, se encuentra suspendida, sine die, hasta que por Ley se diga lo contrario. Es más, argumentábamos también, que en base al principio "contrarius actus" el rango normativo deberá ser el de Ley, sin excepción.

Así pues, nos encontramos con que lo que "facilita" el nacimiento registral de la finca, (lo facilita en la medida que no haya un perfecto catastro de rústica, ¡claro está!, si es que lo hay en alguna parte) "complica" el desenvolvimiento registral posterior y, por ende, el propio tráfico jurídico y el crédito territorial; ya que al no tener regulación específica y estar derogada la anterior, troprezamos

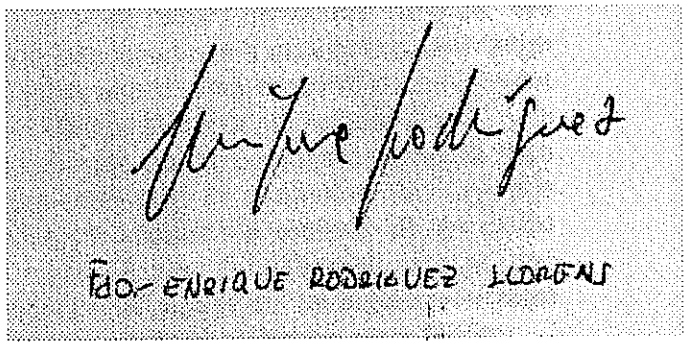
con una "cuasi laguna" y digo cuasi, por cuanto entiendo que no podemos acudir a la vía "fácil" de la aplicación analógica de la norma (art. 4.1 C.c.) y como está vigente para las fincas urbanas el art. 298 R.H., aplicarlo en este concreto punto para las rústicas, ya que:

1) Si así lo hacemos, de igual modo deberemos hacerlo para la inmatriculación, lo que, per se, hemos visto sería nulo.

2) Nulo, igualmente, sería, a mi modo de ver, aplicar parcialmente la interpretación analógica de la norma, ya que el supuesto de hecho, aunque a primera vista, parece vacío de regulación, no lo está.

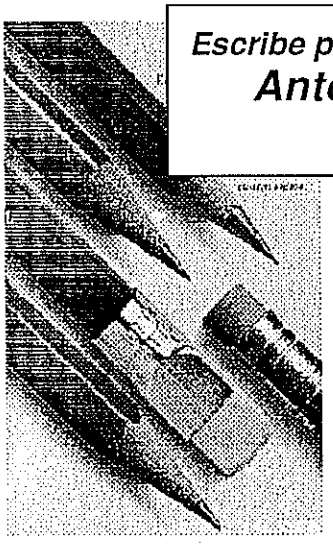
En efecto, la L.H. sigue regulando el expediente de dominio y el propio art. 298 R.H. habíamos considerado que no estaba suspendido en cuanto a los medios inmatriculadores, y por tanto, siempre cabrá inscribir un exceso de cabida vía inmatriculación con título público de adquisición. Otra cosa es que en la práctica diaria, y dado el atasco secular de los juzgados, amén de la carestía en sí del expediente de dominio, no se acuda a él y que por otro lado, no sea siempre posible, fácil, ni barato por el pago de impuestos que conlleva, inmatricular el exceso de cabida, si bien, estas dos circunstancias no pueden hacernos pensar de otro modo, pues como ya se sabe: sed lex, dura lex.

En conclusión, la aplicación del art. 298 R.H. a las fincas rústicas se ve limitada, únicamente, a los nuevos medios inmatriculadores que en él se recogen, pero en absoluto (mientras no se dicte Ley al efecto) a las exigencias de coordinación con el Catastro (referencia catastral y certificación descriptiva y gráfica), lo que, si bien facilita la labor diaria de nuestras oficinas, menoscaba la finalidad práctica de la tan deseada coordinación. El Legislador tiene, como siempre, la primera y la última palabra, y de su agilidad legisladora dependerá la velocidad en la coordinación Catastro-Registro, en la que nos han embarcado en este "movido" final de milenio.



---

(*) *"Villagarcía de Arosa a 8 de febrero de 1998. Estimado Director: Adjunto te remito una reflexión sobre el art. 298 RH que tanto juego literario dió, da y dará, por si lo consideras publicable en la L 4'30. Mis más sinceras felicitaciones por el aniversario y por esa revista de asuntos registrales que, por cierto, nació con la promoción de 1988 de la que me honro en formar parte y que también está próxima a cumplir un decenio. Un abrazo muy fuerte, (fdo. ENRIQUE RODRÍGUEZ) NOTA. Recordad que este año es el Xacobeo 99 y que Galicia suele ser muy hospitalaria con los caminantes."*. Nuestro agradecimiento y nuestra bienvenida a Enrique Rodríguez, nuevo en esta plaza de autores lunésicos, si la memoria no nos falla.



*Escribe para Lunes:*
**Antonio J. Jiménez Clar (*)**
*Notario de Jávea*

# Permuta de solar a cambio de construcción.

El Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre (BOE nº 233 de 29 de septiembre de 1998) ha incorporado al Reglamento Hipotecario un nuevo artículo, el 13, que por primera vez regula la figura jurídica de la cesión o permuta de solar a cambio de unidades de construcción. Si bien el mencionado precepto parece que en principio se limita a establecer el régimen legal para la inscripción de los citados contratos, también aporta algunas indicaciones sobre el contenido de los mismos (1). Así lo señala la Exposición de Motivos: *se disciplina así el contrato de permuta de suelo por obra futura (artículo 13), que pese a su importancia económica y frecuente utilización, no había sido regulado hasta ahora por el Reglamento Hipotecario.*

La primera observación que hay que hacer es que el del Reglamento hipotecario regula una sola de las formas que pueden revestir esta clase de contratos. Así lo recoge el artículo al señalar que *el régimen previsto en este artículo no será aplicable cuando los contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional.* Este carácter dispositivo viene reflejado en la Exposición de Motivos al decir que tal regulación *se hace con carácter dispositivo*, es decir, admitiendo que los contratantes puedan configurar con otro alcance, incluso puramente obligacional, los derechos y obligaciones derivados del contrato (así resulta del último párrafo del artículo 13).

Vamos a pasar en primer lugar al estudio de la modalidad de contrato recogida en primer lugar por el artículo 13 del Reglamento hipotecario.

El citado artículo define este contrato como *cesión de suelo por obra futura.*

El contrato de cesión reúne las siguientes características:

1. Aunque la contraprestación sea en obra futura, la propiedad de esa obra futura se adquiere por el cedente simultáneamente a la cesión que hace del suelo. Así lo determina el artículo 13 al señalar expresamente que se refiere a cesiones *en las que se estipule que la contraprestación a la cesión consiste en la transmisión actual* de las unidades pactadas. Esta transmisión actual que se hace de la contraprestación pactada parece zanjar definitivamente la cuestión, que se estudia mas adelante

---

*(*) "Jávea, a 28 de enero de 1999. Estimado Enrique: Antes de nada quiero hacer llegar mi felicitación a ti y a los demás que integráis Lunes 4'30 por vuestros doce años de buen hacer y esperando poder ver otros doce más (por lo menos). Te adjunto unas notas sobre el nuevo artículo 13 del Reglamento hipotecario (cesión de suelo a cambio de obra) por si considerases de interés su publicación en la revista. Quedo a la espera de tus noticias. Un fuerte abrazo Fdo. Antonio J. Jiménez Clar. Notario de Jávea.".* Querido ANTONIO, si te estrenas en la LUNES (perdona la duda pero el Indice de autores se nos ha quedado desfasado —cosas de revistillas—), bienvenido y repite.

de si cabe la transmisión por medio de la escritura pública de unas fincas que carecen de existencia actual (2).

2. El sistema regulado por el artículo 13 del Reglamento hipotecario está estrechamente vinculado al régimen de la propiedad horizontal. El precepto habla de *pisos o locales del edificio a construir*. Además los mismos vendrán descritos *conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la cuota que le corresponderá en los elementos comunes*. Se plantea la cuestión de si el régimen contenido en este artículo puede ser aplicado a supuestos distintos del contemplado en el mismo.

> Piénsese por ejemplo en el supuesto de que la cesión del terreno se efectúa para la construcción de una urbanización, en la que, previa parcelación o reparcelación del suelo efectuada por el promotor, las viviendas, parte de las cuales constituyen la contraprestación pactada, por estar separadas entre sí y haberse cedido los viales al Ayuntamiento, no pueden quedar sujetas al régimen de propiedad horizontal debido a la falta del elemento de conexión constituido por los elementos comunes, circunstancia que ocasionará que las distintas viviendas carezcan de la cuota que prescribe la Ley de Propiedad Horizontal. Sin embargo el supuesto guarda analogía con el previsto por el artículo 13. Mientras la propiedad horizontal supone, en palabras de VENTURA TRAVESET una parcelación cúbica de la parcela, en la urbanización la parcelación es, por decirlo así, plana. Sin embargo el propietario cedente del suelo, en caso de que se entendiera aplicable el artículo 13 del Reglamento hipotecario gozaría de la misma protección registral que el cedente que contempla el citado artículo.

3. Es un contrato bilateral, oneroso y de tracto sucesivo.

## NATURALEZA JURÍDICA.

La naturaleza jurídica de este contrato ha sido discutida por la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido el Tribunal Supremo ha señalado que es un *contrato atípico <<do ut des>> de entrega de solar para construcción de un edificio a cambio de los locales y viviendas que se especifican y que la jurisprudencia considera no encajable en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil, aunque pueda asimilarse a la permuta con prestación subordinada de obra subsumible por analogía en el artículo 1538 del Código Civil* (3). Hasta la aparición del artículo 13 del Reglamento hipotecario que consagra legislativamente el contrato de aportación, ha existido un laborioso proceso de configuración conceptual de este contrato. Esta construcción teórica se ha dirigido fundamentalmente hacia dos cuestiones básicas. De un lado, la conceptuación del contrato en sí y su posible inserción en alguna de las categorías contractuales ya existentes. Del otro, el estudio sobre la eficacia real de sus efectos.

Respecto a la primera cuestión, aunque existe unanimidad en que se trata de un contrato atípico, la doctrina y la jurisprudencia han vacilado a la hora de determinar la regulación legal supletoria. MUÑOZ DE DIOS (4) intenta aplicar la regulación legal de la permuta, la sociedad, la comunidad, el crédito refaccionario, las cuentas en participación y el negocio parciario, sin que a juicio de este autor se pueda subsumir completamente en ninguna de ellas. La jurisprudencia más reciente también vacila, si bien coincide en calificarlo como un contrato atípico, *(do ut des)* que participa de las características de la permuta (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1994 y 24 de noviembre de 1993 y 7 de mayo de 1993) o de la compraventa (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1992) o de arrendamiento de obra (sentencia de 5 de febrero de 1990 del Tribunal superior de Justicia de Cataluña). Como antecedente inmediato de este precepto está la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1996: En el supuesto de hecho que ocasionó la citada Resolución se celebró un contrato de permuta de solar a cambio de unidades de edificación y división en régimen de propiedad horizontal del edificio en cuestión. Se inscribe en primer lugar la escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal, previa inscripción del solar a favor del cesionario-promotor, y después se solicitó la inscripción de

la contraprestación de la permuta. El Registrador denegó la inscripción mientras no se aportase el acta notarial de entrega de las citadas unidades, cuya descripción coincidía íntegramente con la escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal y en la escritura de permuta. La Dirección General de los Registros y del Notariado revocó la calificación del Registrador y consideró inscribible la escritura.

La principal cuestión que plantea la citada Resolución es la de si la escritura pública puede cumplir la función traditoria que le reconoce el artículo 1462 del Código civil aunque las unidades de construcción no tengan existencia actual.

Antes de entrar en el estudio concreto del nuevo artículo 13 del Reglamento hipotecario conviene entrar en el examen de las soluciones que la doctrina daba a esta cuestión. LÓPEZ FRIAS (5) distingue entre dos posibles soluciones al tema de la transmisión de la propiedad por el contrato de permuta. Un sector de la doctrina entendía que el derecho del cedente a los pisos que conformaban la contraprestación era un derecho de naturaleza estrictamente personal y que la propiedad de la obra no se transmitía hasta la finalización de la construcción y la entrega de los pisos. Esta solución se basaba en los siguientes argumentos: sobre un bien inmueble inexistente no se puede constituir ningún derecho real; la *traditio* contenida en el artículo 1462.2 del Código civil no puede operar cuando del texto de la escritura *se dedujere claramente lo contrario*, que es lo que ocurre cuando el bien a transmitir no puede ser puesto a disposición del adquirente; además para que la escritura pública equivalga a la entrega es necesario que el transmitente posea real y efectivamente la cosa cuya propiedad se quiere transmitir. Frente a esta solución, otro sector doctrinal entendía que la escritura pública cumplía la función traditoria que le reconoce el artículo 1462.2 del Código civil ya que no tiene por objeto una cosa futura sino que se trata de *bienes en formación o en transformación* que pueden ser objeto de derechos reales (6).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo seguía la primera de las corrientes señaladas negando carácter traditorio al otorgamiento de la escritura pública. Así la sentencia de 9 de octubre de 1997 declara que *el otorgamiento de la escritura no implica la <<traditio ficta>> del párrafo 2º del art. 1462, dado que el supuesto tradente carece de la posesión a título de dueño de la cosa, sea en su modalidad de posesión inmediata o mediata, al carecer de existencia la cosa, aunque sea posible.*

La citada Resolución de 16 de mayo de 1996 se inclina por la posición opuesta señalando que aunque el contrato de permuta aparezca configurado en nuestro Código civil como un contrato que precisa de la tradición para que se opere el traspaso dominical (artículos 1538, 609 y 1095 CC), le es igualmente aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1462.2 del Código Civil y la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio.

Otra cuestión que plantea la naturaleza jurídica de este tipo de contratos es la relación con la obligación de construir que tiene el promotor cedente. Esta obligación característica es la que ha llevado a la jurisprudencia a entender que este contrato participa de la naturaleza del arrendamiento de obra. El arrendamiento de obra es aquel contrato por el cual una persona se encarga a otra la realización de una obra obligándose a pagar por ella un precio determinado. Sin embargo existen notas diferenciadoras entre el arrendamiento de obra y la cesión de suelo a cambio de obra. En el arrendamiento de obra ésta le es encargada por el dueño al empresario y aquel mantiene la titularidad a medida que se va ejecutando la obra encargada. En el contrato de cesión de suelo a cambio de obra el promotor-cesionario se obliga únicamente a entregar la obra terminada al cedente que se desentiende totalmente del proceso constructivo ya que lo único que quiere es recibir los inmuebles que integran la contraprestación.

Centro de Estudios Hipotecarios

## CONTENIDO.

Antes de entrar en el estudio del contenido de este contrato hay que advertir que salvo lo dispuesto por el artículo 13 del Reglamento hipotecario este contrato carece prácticamente de regulación legal. Ha sido la doctrina y la jurisprudencia la que han ido integrando su contenido, unas veces mediante aplicación analógica de normas que regulan contratos similares (permuta, compraventa y arrendamiento de obra) y otras sobre la base de la libertad de pactos que consagra el artículo 1255 del Código civil). En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1994 nos explica que *la común experiencia demuestra que el contenido de estos contratos atípicos, en el sentido de que no están regulados por la ley, es tan variado como distintos son los intereses de los contratantes.* Sobre estos presupuestos vamos a indicar las reglas generales del contenido de este contrato.

### 1. Derechos y obligaciones del cedente.

La principal obligación del cedente es la transmisión de la propiedad del suelo al promotor-cesionario. Por tanto el cedente-aportante deberá tener la libre disposición del solar que transmite y, por supuesto, plena capacidad para transmitir bienes inmuebles, ya que nos encontramos ante un acto de disposición de bienes inmuebles.

Habida cuenta que el cesionario-promotor debe construir y entregar el piso o pisos pactados como contraprestación, es también obligación del cedente-aportante que el suelo que se transmite sea apto para edificar, bien inmediatamente, bien mediatamente, corriendo normalmente por cuenta del cesionario-promotor, la actividad previa de urbanización del solar, a fin de proceder a la construcción de la obra. Además no basta que el solar sea genéricamente edificable sino que las condiciones de edificabilidad deberán ser las que precisa el cesionario-promotor para entregar los específicos pisos determinados como contraprestación.

Puede ocurrir que una vez efectuada la cesión, cambie por alguna razón la calificación del suelo, siendo imposible al cesionario-promotor edificar o bien absolutamente o bien en los términos acordados en el contrato de cesión de suelo a cambio de obra. Este supuesto fue contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1993 en la que una modificación urbanística hizo imposible la edificación en las condiciones previstas por las partes. El Tribunal Supremo apreció que una modificación tan sustancial como la que supone una limitación urbanística a cuatro plantas de altura cuando en el momento de contratar se permitían hasta doce (los pisos objeto de la permuta estaban en la planta séptima) debe considerarse como causa de resolución contractual ya que por impedimentos urbanísticos y administrativos, el fin único (con categoría de motivo causalizado) para el que los compradores adquirieron la finca y para el que los que el vendedor la enajenó, no puede ser cumplido. En consecuencia la imposibilidad sobrevenida no invalida los contratos, sino que, conforme a la doctrina jurisprudencial ha de declararse la resolución al tratarse de una relación sinalagmática.

El principal derecho del cedente es el de recibir la obra, que se articulará en dos fases:

a) La transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir. El artículo 13 del Reglamento hipotecario establece como *condictio iuris* que debe estipularse en el contrato de cesión de suelo a cambio de obra la transmisión actual de los pisos o locales pactados como contraprestación. Cabe preguntarnos cuál es la naturaleza de ese derecho que el cedente-aportante tiene sobre los pisos y locales. En esta circunstancia radica la innovación introducida por el nuevo artículo 13 del Reglamento hipotecario que permite al cesionario-promotor y al cedente-aportante la posibilidad de pactar válidamente la transmisión actual de la propiedad de los pisos o locales que figuren como

contraprestación. Esta titularidad actual no había venido siendo reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que entendía que no había adquisición de la propiedad hasta que se efectuada la tradición mediante el acta notarial de entrega. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1997 negó al cedente-aportante la posibilidad de ejercitar una tercería de dominio ya que *el artículo 1537, exige al tercerista presentar título de dominio y tal requisito no lo ha cumplido, porque si título puede ser cualquier acto jurídico que ha producido el dominio, no cabe duda que el contrato de autos (cesión de suelo a cambio de obra) no acredita el dominio de la tercerista, puesto que contiene un pacto obligacional que le generará cuando se cumpla con el deber de construir y de entregar lo pactado.* Manteniendo un criterio opuesto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1996 señaló que *aunque el contrato de permuta aparezca configurado en nuestro Código Civil como un contrato que precisa de la tradición para que se opere el traspaso dominical (artículos 1538, 609 y 1095 CC), le es igualmente aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1462.2 del Código Civil.* Esta es la solución que parece adoptar el nuevo artículo 13 del Reglamento hipotecario al permitir la transmisión actual de los pisos o locales.

Por otra parte los pisos y locales que componen la contraprestación no tienen la consideración de cosa futura y por tanto inexistente, sino que en palabras de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, en cuanto que de presente implica la participación, por la cuota que se asigne al piso, en la comunidad recayente sobre el solar* (7).

LÓPEZ FRIAS (8) entiende que siempre que ya esté declarada la división horizontal y hecha constar en el Registro, la documentación del contrato en escritura pública puede dar lugar a la transmisión de los mismos, ya que la falta de materialidad del piso o pisos asignados al cedente-aportante puede ser suplida por su constancia registral. Dichos inmuebles, aunque no existen físicamente, tiene una existencia jurídica a través del Registro que los hace cognoscibles por terceros, les da la consideración de fincas registrales y los convierte en objetos susceptibles de tráfico jurídico-real siempre que esté otorgada e inscrita la escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal.

A mi juicio esta argumentación se puede aplicar al régimen previsto por el nuevo artículo 13 del Reglamento hipotecario, ya que aunque no exige la previa o simultánea escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal (9), prevé la constancia de las fincas que componen la contraprestación en el folio registral del solar aportado con la descripción exigida por la Ley de Propiedad Horizontal.

Parece que nos encontramos ante un supuesto de inscripción constitutiva ya que sólo la constancia registral puede suplir la carencia de publicidad posesoria de estas fincas que no están materialmente determinadas y cuya existencia solo es discernible a través de la publicidad registral.

Este derecho que tiene el cedente-aportante es perfectamente transmisible, embargable y puede ser hipotecado, pero sin embargo no se podrán celebrar respecto de ellas contratos que tengan por objeto la cesión inmediata de la posesión o uso material de las fincas hasta que su construcción no esté completamente finalizada.

b) La efectiva entrega posesoria de los locales una vez terminados, se hará por los medios posibles en derecho para la transmisión de la posesión, cuando no la hubiera retenido el cedente-aportante. Sobre este punto hay que hacer algunas precisiones. El nuevo artículo 13 del Reglamento hipotecario *establece que la inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos favor del cedente, sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega.* Esto no excluye que la entrega de la posesión pueda hacerse mediante acta notarial en su momento, que además sería el método más aconsejable para hacer constar en el Registro que se tiene la efectiva posesión del mismo, sobre todo para los *iura in re aliena* que precisen del uso de los inmuebles para su plena efectividad, como por ej. los arrendamientos. La innecesariedad de acta notarial de entrega que declara el citado precepto se refiere

a que la *traditio* y por tanto la transmisión del dominio se realiza mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de cesión de suelo a cambio de obra.

Aunque cabe la posibilidad del pacto en el contrato de cesión de suelo a cambio de obra que el cedente-aportante se reserve también la posesión de las unidades que integran la contraprestación, lo más corriente es que el cesionario-promotor detente la posesión inmediata de la totalidad de la obra hasta que se puedan entregar los pisos previstos como retribución del solar en las condiciones inicialmente pactadas. En este caso la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley hipotecaria se referirá a la posesión mediata a la que se refiere el artículo 432 del Código civil, que es la que detentará el cedente-aportante. Esta posesión mediata, como señala DÍEZ-PICAZO (10), incluye entre sus facultades la defensa posesoria frente a los actos de terceros, permite la usucapión y puede ser transmitida a otro tanto por título oneroso como lucrativo y tanto *inter vivos* como *mortis causa.*

En todo caso, al haberse operado la transmisión actual de la contraprestación, el cedente-aportante tiene título suficiente para ejercitar la acción reivindicatoria así como tercerías de dominio, para el caso que el solar transmitido fuera embargado por deudas del cesionario-promotor. Esta posición jurídica supone una gran ventaja para el cedente-aportante ya que se ve dotado de garantías para el caso de que el solar transmitido fuera embargado al cedente-aportante.

> La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1997 es harto significativa en este sentido en el que se embarga al cesionario-promotor, en este caso una Cooperativa antes de que pueda entregar al cedente-aportante la contraprestación pactada. Este último pretendió ejercitar la tercería de dominio justificando su título en el contrato de cesión de suelo a cambio de obra. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso porque *el artículo 1537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige al tercerista presentar título de dominio y tal requisito no lo ha cumplido, porque si título puede ser cualquier acto jurídico que ha producido el dominio, no cabe duda que el contrato de autos (cesión de suelo a cambio de obra) no acredita el dominio de la tercerista, puesto que contiene un pacto obligacional que le generará cuando se cumpla con el deber de construir y de entregar lo pactado.*

En la inscripción de las fincas pueden plantearse algunas dudas. La inscripción de las fincas se hará en el mismo folio registral donde se halle inscrito el suelo a nombre del cesionario-promotor hasta que se otorgue, en términos absolutamente coincidentes, la escritura pública de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal en cuyo momento se inscribirán el piso o pisos, como fincas registrales independientes, a nombre del cedente-aportante. Parece como si el artículo 13 del Reglamento hipotecario defiriese la inscripción a nombre del cedente hasta el momento de la obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal. Sin embargo el mismo artículo reconoce la transmisión actual de la propiedad del piso o pisos a favor del cedente desde el mismo momento del otorgamiento del contrato de cesión de suelo a cambio de obra. Si además esa transmisión tiene eficacia jurídico-real al cumplir los requisitos que exige el primer párrafo del artículo 13 del Reglamento hipotecario, se va a producir una especial comunidad o cotitularidad (11), muy próxima a la prehorizontalidad, en el mismo folio registral: la titularidad del cesionario sobre el suelo y la del cedente sobre el piso o pisos que constituyen la contraprestación, ya que por razones de tracto sucesivo no cabe la inscripción separada de un piso o local en régimen de propiedad horizontal sin que previamente conste inscrito la totalidad del edificio al que pertenece (artículo 8 de la Ley hipotecaria). En este sentido la titularidad del cedente-aportante sobre el piso o pisos que integran la contraprestación tiene carácter instrumental ya que tiende a la constancia tabular de la misma frente a terceros que puedan agredir el solar o el edificio en cuanto perteneciente al patrimonio del cesionario-promotor.

## 2. Derechos y obligaciones del cesionario.

El principal derecho del cesionario-promotor es el de recibir el pleno dominio del solar en las condiciones precisas para el cumplimiento de su obligación que es la de construir el edificio para materializar físicamente el piso o pisos que configuran la contraprestación.

Se plantea la cuestión de sí el cesionario-promotor puede transmitir el suelo que ha recibido a un tercero, con la obligación de construir en los términos pactados y asumiendo las demás obligaciones del contrato. Hay que tener en cuenta que el contrato de cesión de suelo a cambio de obra participa en cierta medida de la naturaleza del arrendamiento de obra y sería de aplicación el artículo 1595 del Código civil. Está claro que si la permuta con prestación subordinada de obra se hizo en consideración a las cualidades personales del cesionario-promotor y así se ha hecho constar en el contrato, no cabrá la transmisión de la posición jurídica de éste sin consentimiento del cedente-aportante ya que las prestaciones son de carácter personalísimo. En caso contrario parece que el cesionario-promotor podría transmitir el suelo con la carga de la construcción puesto que los derechos del cedente-aportante quedan protegidos por su inscripción en el Registro de la Propiedad, y el contrato contendría implícita una prohibición de disponer. Pero la cesión de suelo a cambio de obra lleva consigo la obligación para el cesionario-promotor, de construir y entregar la obra pactada y, en su calidad de deudor de la obligación no podría sustituir a otro en su posición sin consentimiento del acreedor de la misma, que es el cedente-aportante (artículo 1205 del Código civil).

El cedente-aportante responderá en los término que establece el artículo 1474 del Código civil tanto de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida como de los vicios o defectos ocultos que tuviere. En el caso de que el cesionario-promotor perdiera por evicción el suelo transmitido se plantea la cuestión de si es de aplicación el artículo 1478 del Código civil, relativo a la compraventa, o bien el 1540 del Código civil relativo a la permuta. Parece que la solución mas adecuada será la de dar por resuelto el contrato, quedando liberado el cesionario-promotor de la obligación de entregar el piso o pisos y pudiendo exigir la correspondiente indemnización por daños y perjuicios que se pudieran haber producido a aquél.

El suelo que reciban debe estar calificado como suelo urbano o urbanizable que en el que se pueda edificar de tal forma que se puedan entregar al cedente-aportante el piso o pisos pactados. En el caso de que el suelo fuera urbanizable, el cesionario-promotor deberá realizar las actuaciones urbanísticas que fueran necesarias para transformarlo en suelo susceptible de ser edificado. Aunque el artículo 13 del Reglamento hipotecario hable expresamente de *suelo* es perfectamente posible, como señala SERRANO CHAMORRO (12) que el suelo que se transmita este ocupado por alguna edificación que sea preciso demoler o incluso que pase por su rehabilitación.

Hemos visto *supra* que el cambio de normativa urbanística, pendiente el contrato de su finalización, puede dar lugar a su resolución por imposibilidad de su cumplimiento o bien se puede producir la modificación del mismo. El Tribunal Supremo en sentencia de 26 de julio de 1997 declaró que *para precisar la diferencia entre la novación propiamente dicha y la modificativa se tomará en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la alteración introducida, y, en el caso del debate, aunque cambian el plazo de entrega y el valor de la operación e, inclusive, se amplía el objeto de ésta, parece que las partes desean ratificar los restantes compromisos sin propósito extintivo alguno.*

Una vez recibido el pleno dominio del solar el cesionario-promotor viene obligado a edificar la obra en los términos pactados. El artículo 13 del Reglamento hipotecario señala como plazo máximo para realizar la edificación el de diez años a contar desde la celebración del contrato de cesión de suelo a cambio de obra. Este plazo máximo deberá coordinarse con el que, para edificar establezca en cada caso el ordenamiento (13). En el caso de que el planeamiento establezca un plazo más corto hay que entender que éste, como norma especial, debe prevalecer sobre el plazo contenido en el artículo 13 del Reglamento hipotecario.

La edificación deberá hacerse cumpliendo la normativa urbanística aplicable a cada caso en cumplimiento de lo previsto en el artículo 2.1 de la Ley 6/1998 ,de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, que en todo caso prevalecerá sobre los pactos del contrato.

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

El cesionario-promotor podrá enajenar los diferentes pisos y locales que compongan el edificio a excepción de los que deba entregar al cedente-aportante que no podrán ser enajenados sin su consentimiento.

También podrá el promotor acudir a la financiación hipotecaria de la construcción pero en ningún caso podrá extenderse la garantía a los pisos objeto de la contraprestación.

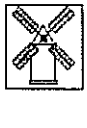
Una vez finalizada, o al menos iniciada la edificación, el artículo 13 del Reglamento hipotecario permite al cesionario-promotor otorgar por sí solo la correspondiente escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal sin necesidad del consentimiento del cedente-aportante. Esta norma se aparta de la regulación prevista para el caso por la Ley de Propiedad Horizontal y de lo previsto en los artículos 392 y siguientes del Código civil ya que permite al promotor, sin el consentimiento de los titulares de las unidades de obra ya entregadas, otorgar la citada escritura. La razón de esta desviación radica en el hecho de que el piso o pisos que integran la contraprestación ya figuran inscritos a nombre del cedente-aportante en el Registro de la Propiedad y el artículo 13 del Reglamento hipotecario establece taxativamente que deben coincidir exactamente con los descritos en la escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal. En el caso de que por circunstancias sobrevenidas hubiera variaciones en la configuración del piso o pisos cabrán dos posibilidades. En primer lugar se puede otorgar una escritura de rectificación de la de cesión de suelo a cambio de obra consignando la nueva descripción del piso o pisos de tal forma que coincida con posterioridad horizontal. Otra posibilidad será la de que el cedente-aportante concurra al otorgamiento de esta escritura a fin de prestar su consentimiento a la nueva descripción contenida en la división horizontal.

¿Qué ocurre si el cesionario-promotor otorga por sí solo la escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal y la descripción de las unidades a entregar al cedente-aportante no coinciden exactamente con las consignadas en el contrato de cesión de suelo a cambio de obra? (por ejemplo, tienen menos metros cuadrados o una situación distinta). Si partimos de la base que la descripción del piso o pisos en la escritura de permuta persiguen la seguridad del cedente-aportante en el sentido de que el cesionario-promotor no va a poder disponer ni gravar ese piso o pisos sin consentimiento del cedente, ya que mediante su individualización previa puede el constructor utilizar la financiación hipotecaria, ya que el resto del volumen se le entrega libre, habrá de llegarse a la conclusión que no cabrá la inscripción de la escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal sin consentimiento del cedente-aportante.

Sin embargo parece que el cesionario-promotor no podrá por sí solo otorgar los Estatutos por los que se regirá la propiedad horizontal ya que se requiere unanimidad de todos los propietarios y a estos efectos el cedente-aportante puede considerarse como tal. Cabe, no obstante, la posibilidad de que el cesionario-promotor sea apoderado por el cedente-aportante en la escritura de cesión para el otorgamiento de los mismos. Si podrá, en cambio, determinar por sí solo las cuotas que correspondan a los demás departamentos siempre que sean compatibles con las ya asignadas al cedente-aportante en el momento del otorgamiento de la escritura de cesión de suelo a cambio de obra. En caso contrario se requerirá el consentimiento del cedente.

Los requisitos formales que exige el artículo 13 del Reglamento hipotecario para la constancia registral del piso o pisos que constituyen la contraprestación son los siguientes:

—En primer lugar, habrán de constar inscritos conforme a las prescripciones de la Ley de Propiedad Horizontal. En este sentido el artículo 5 de la Ley establece que la descripción de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos tales como garaje, buhardilla o sótano. No será necesario darle la numeración correlativa a que se refiere el artículo 8.4 de la Ley hipotecaria ya que esta numeración es imposible de determinar hasta la fijación definitiva del número de unidades que integran la propiedad horizontal. Además esta circunstancia puede variar después de la iniciación de la obra ya que el cesionario-promotor está facultado para fijar libremente



la misma, siempre que no afecte a las ya transmitidas al cedente-aportante. Estas recibirán su numeración dependiendo de su situación en el inmueble en el momento de otorgarse la escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal.

—La fijación de la cuota que le corresponderá en los elementos comunes, que el mismo artículo 5 de la Ley señala que se fijará tomando como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso qu se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes.

Además, en la inscripción, el artículo 13 del Reglamento hipotecario establece que se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario. Habrá que determinar quéclase de comunidad es esta. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1996 señaló el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, en cuanto que de presente implica la participación, por la cuota que se asigne al piso, en la comunidad recayente sobre el solar, comunidad que no es la ordinaria del Código Civil, sino una comunidad con su propia normativa rectora (cfr. artículo 392.II Código Civil) encaminada a regular el desenvolvimiento de la construcción prevista (quién ha de realizarla, a costa de quién, etc.); con la terminación de la obra, las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio resultante del régimen de propiedad horizontal y a la conversión de aquella cuota inicial en la propiedad separada del piso o local correspondiente. El nuevo artículo 13 del Reglamento hipotecario señala expresamente que se hará constar *la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario*. Como señala RICO MORALES (14) nos hallamos ante una situación jurídica *sui generis* más que ante una comunidad al no haber ni identidad de objeto ni participación cualitativamente igual entre el cedente-aportante y el cesionario-promotor. Podemos señalar como líneas maestras que configuran esta especial situación:

Esta comunidad especial, que carece de personalidad jurídica, se halla lejos de integrar cualquier tipo de comunidad activa, de tipo societario, en la que todos los comuneros desarrollan una actividad para la consecución de un propósito común, ya que normalmente el cedente-aportante se limita a ceder la propiedad del solar desentendiéndose de la actividad constructiva del cesionario-promotor.

Por otra parte, esta especial comunidad participa de muchas de las características de lo que la doctrina ha venido en llamar una situación de prehorizontalidad. Se entiende, y así lo ha considerado el Tribunal Supremo que esta situación se produce cuando hay más de un propietario en los diversos departamentos que configuran un edificio. Se puede plantear la duda de si existe un edificio en el supuesto de hecho que contempla este precepto. Aunque la Ley hipotecaria exige que el edificio esté *al menos comenzado*, la mayoría de la doctrina entiende que basta que el edificio esté meramente proyectado aunque no se haya comenzado la construcción física del mismo.

En todo caso las exigencias en cuanto a la descripción del piso o pisos que constituyen la contraprestación hacen suponer que al momento de celebración del contrato de cesión de suelo a cambio de obra existe ya redactado un proyecto de la edificación a construir.

## CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO.

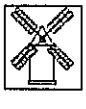
El incumplimiento de este contrato tiene gran transcendencia para el cedente-aportante ya que aunque tiene inscritos el piso o pisos a su favor en el Registro de la Propiedad, se trata de meros pisos proyectados sin existencia física y el problema es complejo pues del cumplimiento del compromiso edificatorio por parte del cesionario-promotor depende la materialidad de la contraprestación pactada. Como señala SERRANO CHAMORRO (15) el dueño del solar agota sus obligaciones con la entrega del mismo y a partir de este momento nacen las obligaciones del cesionario-promotor,

fundamentalmente a construir el edificio (16). En caso de incumplimiento por parte de cesionario-promotor, el cedente-aportante tendrá las acciones correspondientes derivadas de este hecho.

En primer lugar puede pactarse que en caso de incumplimiento el cedente-aportante reciba la propiedad de lo construido hasta ese momento. SERRANO CHAMORRO (17) entiende esa entrega como indemnización por daños y perjuicios y el exceso como cláusula penal. En este supuesto es conveniente pactar en la escritura de cesión de suelo a cambio de obra un apoderamiento irrevocable para que el cedente-aportante pueda por sí solo otorgar la correspondiente escritura pública transcurrido el requerimiento y un plazo de gracia fijado en la escritura de cesión de suelo a cambio de obra. Sin embargo como el incumplimiento por parte del cesionario-promotor es una situación extrarregistral se puede plantear el problema de que el cesionario-promotor conteste al requerimiento manifestando (aunque no lo haga) que sigue construyendo el edificio con lo que se frustraría el propósito perseguido que es el de evitar la contienda judicial. Un posible remedio a este problema sería el de levantar al mismo tiempo del requerimiento un acta notarial de presencia en la que un facultativo describiera la situación constructiva en la que se halla el inmueble y al finalizar el plazo de gracia volver a levantar acta en la que el mismo facultativo haga constar que las obras siguen en la misma situación, de tal modo que el requerimiento acompañado de dichas actas y utilizando el poder otorgado a tal efecto fuera suficiente para otorgar la escritura de transmisión del suelo y lo construido al cedente-aportante.

En segundo lugar, si no fuese posible incluir el anterior pacto, siempre cabe al cedente-aportante la posibilidad de exigir alternativamente el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato, facultades que le reconoce el artículo 1124 del Código civil. Pero el ejercicio de estas facultades puede verse obstaculizado por las siguiente circunstancias. El artículo 1124 del Código civil deja a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe de tal forma que habría que acudir al sistema de la condición resolutoria expresa e inscrita en el Registro de la Propiedad. El inconveniente de esta solución es que normalmente el cesionario-promotor va acudir a la financiación mediante hipoteca de la construcción del edificio para lo cual es indispensable que la hipoteca sea la primera carga inscrita con preferencia respecto de cualquier otra. Y más se complica la situación si el cesionario-promotor transmite el solar a un tercero de buena fe. ¿Cabe la posibilidad de exigirle el cumplimiento de la actividad edificatoria y de entrega material del piso o pisos por parte del cedente-aportante? ¿Y si la actual titularidad proviene de una ejecución hipotecaria? ¿Queda el rematante obligado a construir? El artículo 1258 del Código civil limita los efectos de los contratos a las partes y sus herederos. Cabría oponer que el último párrafo del citado artículo establece que *si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.* Sin embargo el derecho del cedente-aportante al piso o pisos que constituyen la contraprestación no encaja exactamente en lo que se entiende por estipulación en favor de tercero ni el mismo puede ser considerado como un tercero, ya que es parte en el contrato inicial. Hay que entender que la titularidad que ostenta sobre el suelo el cesionario-promotor nace con la carga de construir sobre el mismo, por lo menos hasta que se cumpla la obligación respecto del piso o pisos que integran la contraprestación y así ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad. Además, el artículo 13 del Reglamento hipotecario da eficacia jurídico-real a esta *especial situación de comunidad* de tal forma que debe afectar a terceros que ingresen con posterioridad en la posición jurídica de cualquiera de las partes, de tal forma que la liberación de la carga de construir requiere el consentimiento del cedente-aportante o la correspondiente resolución judicial.

Otro supuesto es el que se produce cuando el edificio ya está acabado pero las unidades que pretende entregar el cesionario-promotor al cedente-aportante no son las que inicialmente se pactaron y esa diferencia es imputable a éste. Aparte de la cuestión ya examinada de su posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad, está la cuestión de qué acciones por incumplimiento de contrato puede ejercitar el cedente-aportante. La resolución del contrato con restitución de las



respectivas aportaciones y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios choca con la antijuricidad que supone la demolición del edificio o el hacer abonar al cedente-aportante el importe del mismo, deducida la indemnización por daños y perjuicios. Algunos autores (18) optan por la aplicación del instituto jurídico de la accesión invertida obligando al constructor a abonar al cedente el valor del suelo más el pago de la indemnización por daños y perjuicios. Parece sin embargo que la mejor manera de evitar la complejidad que conllevan las situaciones de incumplimiento es la de obtener garantías compatibles con la hipoteca que normalmente gravará la parte del edificio que no corresponda al cedente-aportante, garantías del tipo de aval al primer requerimiento.

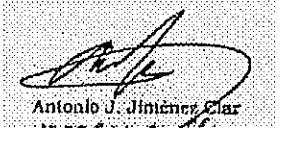
## OTRAS FORMAS DE CESIÓN DE SUELO A CAMBIO DE OBRA.

El artículo 13 *in fine* del Reglamento hipotecario admite la posibilidad de que este tipo de contrato se configure de forma distinta a la vista hasta ahora. El artículo 13 recoge expresamente dos supuestos:

—Cuando los contratantes hayan configurado la contraprestación en forma distinta a lo contemplado hasta ahora, es decir cuando la contraprestación consista en una participación en los beneficios o en otra cualquier modalidad distinta de la entrega de un piso o local del edificio a construir.

—Cuando los contratantes configuren la cesión de suelo a cambio de obra como meramente obligacional, sin que tenga eficacia jurídica frente a terceros.

En estos casos se expresará de forma escueta que la contraprestación a la cesión es obra futura pero sin detallarla y haciendo constar que el derecho a la obra futura no es objeto de contraprestación. Por tanto, el promotor-constructor podrá por sí solo otorgar la correspondiente escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal y después habrán de otorgarse las correspondientes escrituras para inscribir la contraprestación a favor del cedente del solar. El artículo 13 del Reglamento hipotecario permite en este caso inscribir conforme al artículo 11 de la Ley hipotecaria la condición resolutoria u otras formas de garantía real que aseguren la entrega de la contraprestación.




NOTAS:

(1) Siguiendo la costumbre ya arraigada de que las leyes adjetivas entren en la regulación del derecho Civil material.

(2) Para el estudio de esta cuestión: LÓPEZ FRIAS, Ana: La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos (Barcelona, 1997).

(3) Sentencia de 19 de noviembre de 1994.

(4) MÚÑOZ DE DIOS, Gerardo, Aportación de solar y construcción en comunidad, pág.: 20 y siguientes.

(5) LÓPEZ FRIAS, Ana: La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos. Pág. 40 y siguientes.

(6) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ lo configura como un *ius ad rem* y GARCÍA-BERNARDO LANDETA como *titularidad preventiva.*

(7) Resolución de 16 de mayo de 1996.

(8) LÓPEZ FRIAS, Ana: La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos. Pág. 50.

(9) Incluso se puede demorar hasta diez años.

(10) DÍEZ-PICAZO: Fundamentos del derecho Civil Patrimonial, III, pág. 567.

(11) Cuyos caracteres se estudian mas adelante.

(12) SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia: Cambio de solar por edificación futura, pág, 186.

(13) Artículo 14, f de la Ley 6/1998 de 13 de abril sobre régimen del suelo y valoraciones (BOE de 14 de 1998).

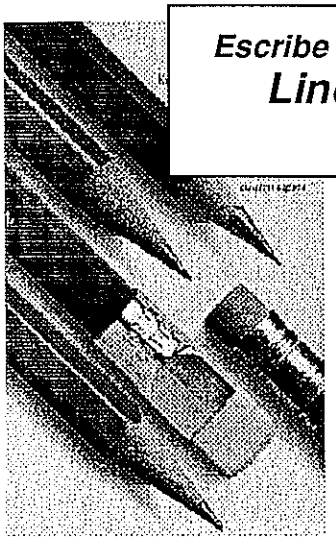
(14) RICO MORALES: Sobre la reforma del Reglamento hipotecario (Lunes 4'30, nº 248) pág. 10.

(15) SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia: Cambio de solar por edificación futura, pág, 389.

(16) Aunque en algunos casos se añade a este obligación la de entregar una suma de dinero.

(17) SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia: Cambio de solar por edificación futura, pág. 389.

(18) SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia: Cambio de solar por edificación futura, pág. 395. ■



*Escribe para Lunes:*
***Lino Rodríguez Otero***
*Registrador de la Propiedad de Vigo*

# ¿Son anotables, en determinados casos, las demandas en las que se reclama un crédito?

Nos ha llegado el rumor de que un compañero nuestro, altamente cualificado, es proclive a tales anotaciones en determinados casos, como, por ejemplo, en el supuesto del artículo 1401 del Código Civil. Teniendo en cuenta que disentimos de esta opinión, aunque sea muy autorizada, y que, recientemente, hemos tenido que emitir un informe en un recurso sobre ese particular, en el que el Exmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior, recogiendo, al menos en parte, nuestros argumentos, ha confirmado la nota de calificación, transcribiremos, sin cambiar nada, salvo alguna corrección ortográfica, el citado informe. En él solamente destacamos ahora, con toda la intención del mundo y en negrilla, el párrafo referente a que "*los argumentos del recurrente, podrían ser objeto de un particular estudio, e incluso de una tesis doctoral*", refiriéndonos, precisamente, al rumor aludido.

Resumimos los supuestos de hecho del caso concreto tratado en el recurso:

—La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid demandó, en juicio declarativo, a los esposos Don Antonio Caride Tabarés Castro y Doña María Jesús Amalia Tabarés González, soilicitando que se reconozca, a favor de la entidad demandante, la existencia de una deuda vencida y exigible, y que se condene a Doña María Jesús Amalia Tabarés González a responder del pago de aquella deuda con los bienes a ella adjudicados en la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el 20 de noviembre de 1991 ante el Notario de Vigo, Don José Luis Espinosa Anta, basándose en los artículos 1317 y 1401 del Código Civil, y en determinadas resoluciones y sentencias, que nosotros también comentaremos, como luego se verá.

—Presentado el mandamiento en nuestro Registro, no se practicó la anotación por los siguientes motivos:

1. No se trata de ninguna de las anotaciones previstas en la Ley Hipotecaria, ni en ninguna Ley especial.

2. No puede ser encuadrada la demanda en el artículo 42-1º de dicha Ley ya que, aún admitida una interpretación amplia de tal precepto, la anotación solamente procede cuando se ejercitan acciones personales que van dirigidas a producir una modificación jurídico-real.

3. No se ha adoptado ninguna medida cautelar, como el embargo preventivo o la prohibición de disponer respecto a los bienes de los demandados, en cuyo caso sí procedería la anotación.

4. Además, respecto a una finca determinada, por estar inscrita a favor de persona distinta de la demandada.

Los motivos o defectos 1, 2 y 4 se consideran insubsanables, y el 3 subsanable.

Y ahora, he aquí el repetido informe:

EXMO. SR.:

LINO RODRIGUEZ OTERO, REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE VIGO NUMERO DOS.

En vista del recurso interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por Don Miguel Fernández-Pedrera Gozalo, respecto a la nota de calificación del mandamiento expedido el 27 de mayo de este año por el Ilustrísimo Sr. DON MIGUEL ANGEL PEREZ MORENO, Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 1 de los de Orense, dimanante del procedimiento de menor cuantía número 48/98, al que se acompañó la demanda formulada por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Doña María Jesús Amalia Tabarés González y Don Antonio Caride-Tabarés Castro, tiene el honor de emitir, con la mayor brevedad posible, el siguiente:

INFORME:

I. Respecto a los **HECHOS**, no se plantea ningún problema y, para evitar inútiles repeticiones, no tenemos inconveniente alguno en remitirnos a los que relata el recurrente, con dos salvedades:

1ª En el recurso no se dice nada respecto a la finca número 16.251, obrante al folio 178 del Libro 174 del Ayuntamiento de Nigrán, cuya anotación se denegó por el defecto insubsanable de constar inscrita a favor de persona distinta de los demandados. Por tanto, aún en el hipotético supuesto de que prospere el recurso, la repetida anotación de demanda no se puede tomar respecto a tal finca.

2ª En el apartado II de los Fundamentos de Derecho del recurrente se dice textualmente:

"*En consecuencia mi representada solicitó judicialmente la anotación, por cuanto en efecto, en definitiva, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID,* ***había demandado la modificación de los derechos de la cónyuge*** *MARÍA JESÚS AMALIA TABARÉS GONZÁLEZ, precisamente sobre los bienes a élla adjudicados*".

Esto es incierto. En el SUPLICO de la demanda —al Juzgado de Primera Instancia Decano de Orense— solamente se pide que se dicte sentencia "*por la que, en favor de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID se reconozca la existencia de una deuda vencida y exigible... y en definitiva, se condene a responder del pago de la citada deuda, a Doña María Jesús Amalia Tabarés González, mujer del citado fiador, con los bienes a ella adjudicados con motivo del otorgamiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 20-11-1991 otorgada en Vigo por los ahora codemandados, ante el Notario D. José Luis Espinosa Anta, bajo el número 2.159 de su protocolo,* ***y con sus bienes privativos...***".

No se trata, por tanto, de ninguna modificación de los derechos inscritos a favor de la Señora Tabarés González, la cual tampoco era procedente, como luego veremos.

La demanda se formuló el 30 de enero del corriente año. Con fecha 28 de mayo se solicitó —al Juzgado de Primera Instancia número uno de Orense— la expedición de mandamiento para la anotación de la demanda, ya que se trata de una pretensión que, a las resultas del procedimiento, "***debe producir efectos, en su caso, sobre los bienes inscritos***"...

En cualquier reclamación crediticia —la cual presupone, precisamente, un impago—, se van a producir efectos sobre todos o parte —según el criterio del demandante— de los bienes del deudor, a través del correspondiente embargo —claro está—, y ello, aunque no estén inmatriculados, pues la anotación se practicará por suspensión, por falta de previa inscripción. Con mayor razón la anotación preventiva de embargo se practicará si los bienes constan inscritos a favor del demandado. Pero éste no es el caso concreto del recurso ahora planteado, como veremos inmediatamente.

Centro de Estudios Hipotecarios BIBLIOTECA

II. Respecto a los **FUNDAMENTOS DE DERECHOS**, como la principal —y casi única— cuestión que se debate es si la acción ejercitada tiene carácter real o personal, y si en este segundo supuesto va dirigida a provocar una modificación jurídico-real, para una mayor claridad en la exposición, haremos distintos apartados, poniendo de manifiesto que no tenemos más remedio que tratar de determinadas cuestiones, que, al resultar tan obvias, incluso podrían ofender la ilustración de V.E., por lo cual pedimos perdón anticipadamente, ya que, evidentemente, no es ese nuestro propósito.

## 1. LA POSICIÓN CONCEPTUAL DEL RECURRENTE:

Este alega los artículos 1317 y 1401 y concordantes del Código civil —citando también la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1994—, para decir que los bienes que fueron gananciales están sujetos a una responsabilidad real a favor de los acreedores del cónyuge, a quién tales bienes no fuesen adjudicados, siempre que los créditos fuesen anteriores a la fecha de la disolución y liquidación de los gananciales. Y nos llega a decir, poco más o menos, que en este caso, la demanda para hacer efectivo un crédito tiene carácter real.

Con esta argumentación resultaría que nunca habría demandas en las que se ejercitase un derecho personal, ya que, conforme al artículo 1911 del Código civil, "*del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*", es decir, también aquí se trataría de una responsabilidad real, pues recaería sobre "*todos los bienes*". Y es que cualquier responsabilidad, derivada de una deuda, se hace efectiva normalmente sobre "*los bienes*", y, en este sentido, puede decirse que toda responsabilidad es real, puesto que, ya desde el año 326 antes de Cristo, en el Derecho romano, la **Lex Poetelia Papiria** abolió la ejecución en la persona del deudor por el procedimiento de la **manus inectio**, desapareciendo desde entonces el casi desconocido y dudoso negocio denominado "*nexum*" y la discutida figura del "*nexus*" (el deudor que se sometía a su acreedor para una eventual ejecución en caso de incumplimiento), aunque la prisión por deudas se hubiese mantenido hasta el siglo pasado, incluso en una legislación tan liberal como la francesa, bajo el nombre de "***contrainte par corps***".

Siguiendo en la misma línea, no resulta difícil llegar a la concepción llamada "*realista*", defendida hace ya bastantes años, la cual, partiendo del poder que tiene el acreedor sobre el patrimonio del deudor, afirmó que todos los derechos patrimoniales son reales, pues la obligación es un derecho real indeterminado en cuanto a su objeto —GAZIN—, o un derecho al patrimonio —GAUDEMET—. Y ésta parece ser la tesis del recurrente, que de forma más o menos oblicua, quiere resucitar estas misma ideas.

En efecto: al reclamar cualquier crédito, que no sea directamente ejecutivo, se podría pretender —siguiendo la tesis del recurrente— que la demanda se anotase sobre determinados bienes inscritos a favor del deudor o del responsable, que también haya sido demandado—, con lo cual se produciría una afección real, y, por ende, la demanda tendría carácter real, por lo que, aparte de otras razones en contra de tal anotación, que examinaremos, se comete una especie de "*petición de principio*".

Pero como todo en Derecho es discutible (para la teoría llamada anticlásica, por su labor crítica y demoledora, todo derecho lo es de obligaciones, pues no cabe una relación de derecho entre una persona y una cosa), resulta indudable que **la argumentación de recurrente** —que no tiene mucho de original— **podría ser objeto de un particular estudio, e incluso de una tesis doctoral**, lo cual nosotros nunca haríamos, entre otras razones, porque no nos gusta reinventar o redescubrir la pólvora. Además, no es éste el sentido de nuestro Derecho positivo, como vamos a ver inmediatamente, en el apartado siguiente:

## 2. EL CARÁCTER DE LAS DEMANDAS ANOTABLES CONFORME AL ARTÍCULO 42-1º DE LA LEY HIPOTECARIA:

Aunque la distinción entre derechos reales y personales —que se vislumbra en la arcaica **legis actio sacramento**, según fuese "*in rem*" o "*in personam*"— tiene un origen muy simple —según, que, en el procedimiento formulario romano, en la "*intentio*" de la fórmula constase o no el nombre del demandado—, lo cierto es que tal distinción fue recogida por las actuales legislaciones, entre ellas la nuestra. Pero no es propio de este lugar, tratar de la diferencia entre derechos reales y personales, que se da por supuesta. Nos ceñiremos al Derecho positivo:

El artículo 42 de la Ley Hipotecaria dice:

*Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:*

*1º. El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de un derecho real*"...

Después de algunas dudas y vacilaciones, tanto la doctrina como la jurisprudencia, se inclinaron por una interpretación amplia y flexible de este precepto, resultando aplicable tanto a las situaciones reales como a aquellas en que el demandante no tiene sino un simple derecho personal a que se le transmita, constituya, etc.., un derecho real: lo que, a veces, se denominó un "*ius ad rem*". Como dijo LACRUZ BERDEJO, ya en los años 50, tan "demanda de propiedad" es una acción reivindicatoria como una **ex contractu** en la que se reclama la transmisión de la propiedad de una cosa comprada. Por tanto, es anotable cualquier demanda que vaya dirigida a provocar, directamente, una modificación jurídico-real. En esta línea se admitió que pudieran anotarse preventivamente, no sólo las demandas que señala específicamente el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, sino también todas aquellas, en las que se ejercitan acciones personales que van dirigidas a provocar una modificación jurídico real. Sería muy prolija su enumeración. Sólo diremos, en relación con el supuesto objeto del recurso, que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de mayo de 1987 y 18 de marzo de 1988 admitieron las anotaciones preventivas de demanda de impugnación de la liquidación fraudulenta de la sociedad conyugal interpuesta por el acreedor de uno de los cónyuges. Pero, en ninguno de los casos, se cita la demanda para reclamar un crédito y, en el caso del recurso, objeto de este informe, únicamente esto es lo que se pretende en la demanda, es decir, se reclama un crédito, que se quiere hacer efectivo en bienes inmuebles que ya no son del deudor —registralmente hablando—, y, por esta particularidad, ya se piensa que la acción tiene carácter real, en base de los artículos 1317 y 1441 del Código civil. Pero esto no hace variar el carácter personal de la acción ejercitada. La doctrina dominante —cuando no unánime— entiende que las demandas judiciales en las que se ejercite una acción creditual —en las que simplemente se reclama el pago de una cantidad dineraria, como en el presente caso—, no son susceptibles de anotación a favor del demandante.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de julio de 1988 —confirmando la calificación registral y el Auto presidencial— dice que "*aunque el ámbito de la anotación preventiva de demanda ha sido ampliado por la doctrina científica y la de esta Dirección general, es lo cierto que a lo mas que puede llegar es a abarcar aquellas demandas cuya estimación pudiera producir una alteración registral, pero en ningún caso aquellas que podrían desembocar en el derecho al cobro de ciertas cantidades*".

El recurrente cita la Resolución de la expresada Dirección de 26 de mayo de 1997, la cual dice todo lo contrario a lo que aquél entiende. También confirma la nota de calificación y el Auto presidencial y dice que "*el Registrador deberá comprobar que la acción ejercitada tiene efectivamente trascendencia real*". "*La afección cuyo reconocimiento judicial se pretende no es de las específicamente previstas en la ley, ni aparece mínimamente definida en su contenido y efectos. Las*

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

*expresiones afección o vinculación al cumplimiento de una obligación de pago, ni siquiera permiten deducir que estemos ante una afección de carácter real*".

También cita el recurrente el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Castellón, de fecha 20 de mayo de 1996, respecto a una anotación de demanda a causa de reclamación de cuotas impagadas por gastos comunes. Pero, a nuestro modo de ver, esto no supone más que confusión de conceptos por su parte. Basta para ello leer el artículo 9-5ª, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad horizontal, a cuyo tenor:

"*Al pago de estos gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto al piso o local, cualquiera que fuese su propietario actual y el título de su adquisición, siendo éste crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, y sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes*".

A esto se le llamaría, a finales del siglo pasado, hipoteca legal, y actualmente se habla de afección real, lo mismo que sucede con otras afecciones, como las urbanísticas. En el caso del recurso no hay ninguna preferencia a favor de los acreedores: hay una responsabilidad, pero no una afección "*real*".

## 3. LA SUPUESTA INDEFENSIÓN DE LA ENTIDAD REPRESENTADA POR EL RECURRENTE:

El recurrente dice que no cabe asegurar las resultas del pleito de otra forma distinta —que la anotación de la demanda—, pues no cabe la anotación de embargo, pues el cónyuge que actualmente es titular de los bienes no es, en modo alguno "*deudora de mi representada*".

Este aserto nos parece, por lo menos, muy discutible. En efecto, según nuestro modo de ver —basado en los textos legales—, hay dos medios para asegurar el cumplimiento de la sentencia que pueda recaer en el procedimiento entablado, a saber:

—**El embargo preventivo**, regulado en los artículos 1397 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya finalidad es, precisamente, el asegurar la ejecución futura y eventual de deudas en metálico o en especie, bien al iniciarse el proceso, bien durante el mismo y, en todo caso, antes de que con la condena nazca el título ejecutivo. Para ello bastará un principio de prueba por escrito, es decir, que "*se presente un documento del que resulte la existencia de la deuda*".

Desde un punto de vista hipotecario, tal vez podría discutirse si sería anotable un embargo ordinario, dimanante de un simple juicio ejecutivo, ya que en éste no debería ventilarse el carácter, ganancial o no, de una deuda. Pero, lo que no admite discusión alguna, es que tal anotación es admisible tratándose de un juicio declarativo —como en el presente caso—, y más aún si el embargo es preventivo, lo que permite el artículo 140 del Reglamento Hipotecario. Dado que la persona que en el Registro figura como titular de los bienes es codemandada —y no puede alegar indefensión— no vemos inconveniente alguno para la práctica de tal anotación, siempre que se exprese el importe por el que deben responder los bienes y se determinen éstos.

—**La anotación preventiva de prohibición de disponer**, a la cual se refiere el artículo 42-4º de la Ley Hipotecaria, cuya prohibición impedirá el que surgiese un eventual tercero protegido por el artículo 34 de la misma Ley. Y aquí, repetimos lo que acabamos de decir: como la titular de los bienes es codemandada, no vemos ningún inconveniente para practicar tal anotación.

## 4. EL SENTIDO Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1.317 Y 1401 DEL CÓDIGO CIVIL:

El artículo 1317 del Código civil dice:

"*La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio NO PERJUDICARÁ en ningún caso los derechos ya adquiridos por TERCEROS*".

Esta expresión de "*no perjudicar a tercero*", prescindiendo de su remoto entronque con nuestras Pragmáticas de 1539 —que instauró los oficios de hipotecas— y 31 de enero de 1768 —que estableció las Contadurías de Hipotecas—, tiene su origen directo en el artículo 3º de la Ley francesa de 23 de marzo de 1855, a cuyo tenor "*hasta la transcripción, los derechos que proceden de los documentos o sentencias señalados en los artículos precedentes, no pueden ser opuestos a terceros que tengan derechos sobre el inmueble y los hayan conservado conforme a las leyes*". A esto se le denominó principio de inoponibilidad de lo no inscrito, frente a lo inscrito. Lo que ocurrió fue que, al trasladarla a nuestro Derecho, aquella frase de "*no pueden ser opuestos*" sufrió una pequeña modificación, tal vez porque el legislador de 8 de febrero de 1861 consideró que sería más claro decir "*los títulos de dominio o de otros derechos reales, que no estén debidamente inscritos o anotados... no perjudican a tercero*" —artículo 23 de la primitiva Ley Hipotecaria—. En 1889 este precepto se recoge en el artículo 603 del Código civil y se reproduce en las Leyes Hipotecarias posteriores —artículo 32 de la actual—.

Desde un punto de vista teórico, hay que destacar que, mientras que algunos autores tan famosos como CASTÁN y ROCA SASTRE pasan por alto y ni siquiera mencionan la figura de la inoponibilidad, sin embargo, la doctrina más autorizada —FEDERICO DE CASTRO en su obra "*El negocio jurídico*", 1967—, nos dice de ellas que:

—No se trata de un supuesto de nulidad de un negocio, ni de rescisión o ineficacia absoluta, sino de un supuesto de "*eficacia general*", PERO que no puede alegarse respecto a determinadas personas: para éstas es como si el negocio no existiera.

—La inoponibilidad no es propiamente una ineficacia, sino que resulta del contraste de dos títulos.

—La inoponibilidad es, o una ineficacia relativa —doctrina italiana—, o una manifestación del fenómeno general del "*valor relativo de los negocios jurídicos*".

—Entre los supuestos de inoponibilidad cita el del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, el artículo 1473 del Código civil y los preceptos de clasificación y prelación de créditos. No citó el del artículo 1317 del Código civil porque entonces tenía una redacción distinta.

Un supuesto específico de aplicación de la figura o principio de inoponibilidad es el del artículo 1401 del Código civil, que dice:

"*Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial*".

Y en este punto es donde traemos a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1994, que cita el recurrente. Dice el Tribunal Supremo, y dice muy bien, que es innecesario pedir la nulidad de las escrituras de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad de gananciales, ya que lo que aquel precepto consagra es una responsabilidad "*ex lege*", inderogable por la voluntad de los particulares —es decir, entendemos que es inderogable por la voluntad de los cónyuges—, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna; con mucha mayor razón habrá de estimarse así en supuestos, como el de autos, en que el interés que legitimaría a la actora para el ejercicio de la acción de nulidad no es sino una deuda contraída con posterioridad

al otorgamiento de las capitulaciones instaurando el régimen de separación, y que, en virtud de su inscripción en los Registros Civil y de la Propiedad, ha de perjudicar a terceros, que no podrán alegar ignorancia del carácter de los bienes que con anterioridad pudieran haber ostentado la categoría de gananciales o del régimen económico matrimonial por el que se rige la sociedad conyugal".

Por la tanto, lo que el Tribunal Supremo proclama es que las capitulaciones matrimoniales son válidas, pero que no son oponibles a los acreedores anteriores. Estos no tienen por qué pedir su nulidad, ni tampoco su rescisión por fraude de acreedor —el artículo 1401 les ahorra esa molestia— . Ahora bien, porque el Tribunal Supremo diga que el artículo 1401 consagra una responsabilidad "*ex lege*", **no quiere decir que la acción ejercitada por los acreedores tenga carácter real** —como pretende el recurrente—, ni que los bienes estén especialmente afectados con tal carácter. Eso mismo sucede en el supuesto del artículo 1911 del Código civil, que también determina una responsabilidad "*ex lege*". En el supuesto específico que regula, el artículo 1401 permite al acreedor el ejercicio de una acción —personal, por supuesto— sobre bienes que, formalmente —o registralmente— no son del deudor. Y ésta es la única peculiaridad existente, y que tiene como fundamento la figura o principio de la inoponibilidad. El hecho de que, en el fondo del repetido precepto, estén latentes las ideas de fraude de acreedores, puede constituir una motivación para que el legislador lo instaurase. Pero ésta ya es otra cuestión.

## 5. LA DISCUTIBLE FINALIDAD DE LA ANOTACIÓN EN EL PRESENTE CASO:

Simplemente, para agotar toda la posible argumentación del recurrente, nos planteamos esta cuestión, aunque sea muy brevemente.

—Si se admite que, cuando se reclama un crédito, la demanda es anotable sobre los bienes inscritos a favor del deudor o del responsable "*ex lege*", tal vez pueden sobrar, por inútiles, las anotaciones de embargo, secuestro y prohibición de disponer.

—Si se anotase la demanda en los folios abiertos a las fincas, lo único que se introduciría sería la confusión en el Registro, pues ni las mismas fincas estarían en litigio. Tampoco su titularidad. Solamente constaría la reclamación de una deuda y la responsabilidad del titular de dichas fincas. ¿Sería esto equivalente a una anotación preventiva de embargo? En el supuesto de que posteriormente se embargasen las fincas en otros procedimiento, ¿quién es el preferente?

—Hasta ahora se consideró que el Registro de la Propiedad español es un Registro de derechos reales. El ingreso de los derechos personales es algo excepcional: solamente se admite en los casos taxativamente previstos —arrendamientos, derecho de opción, de acuerdo con otras legislaciones— . Por ello la solución del presente recurso tiene su enjundia, pues se debate la cuestión de si el Registro de la Propiedad español es fundamentalmente un Registro de derechos reales, o también lo es de derechos personales. Nada más ni nada menos. Con lo cual terminamos el presente informe, transcribiendo —en parte— algunos preceptos de la Ley Hipotecaria y su Reglamento:

Artículo 1º de la Ley: "***En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:***

*2º. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres Y OTROS CUALESQUIERA REALES*"...

Artículo 98 de la Ley: "***Los derechos personales no asegurados especialmente (es decir mediante hipoteca, anticresis, condición resolutoria, embargo, etc)... no tendrán la consideración de gravámenes y serán cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada***".

Artículo 9º del Reglamento: "***No son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar... el dominio o un derecho real... ni, en general, cualesquiera obligaciones o derechos personales...***".

Artículo 51-7 del Reglamento: "***En ningún caso se indicarán los derechos expresados en el artículo 98 de la Ley...***".

Artículo 353.3 del Reglamento: "***Las menciones, derechos personales... que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, no se comprenderán en la certificación***".

Por lo expuesto, se SOLICITA de V.E. que confirme la nota de calificación, hoy recurrida. Ello no obstante, V.E. decidirá.

Vigo, treinta de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

El Registrador

Firmado: Lino Rodríguez

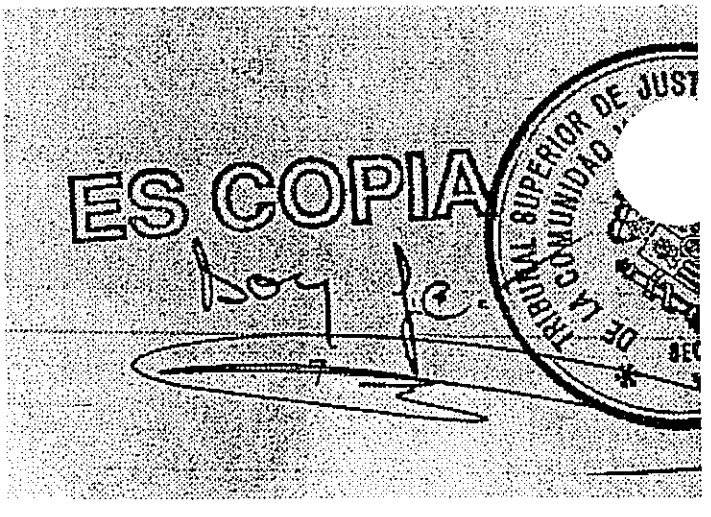
EXMO. SR. PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

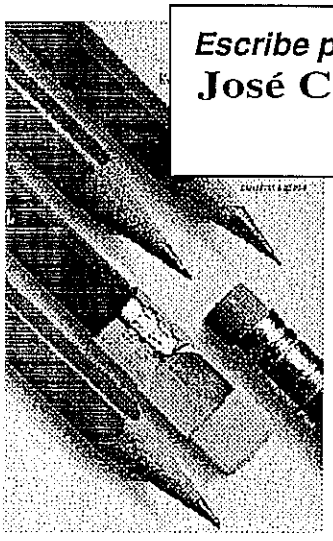
Lo transcrito anteriormente es copia íntegra del informe emitido, y como cabe la posibilidad de que el recurrente apele "*para ante*" la Dirección General, si ésta le da la razón, pueden suceder dos cosas:

1ª. Que los argumentos de la resolución nos convenzan, lo cual nos parece bastante dudoso en vistas de las recientes resoluciones de 10 y 11 de noviembre de 1998, las cuales, si alguien no se adelanta, serán oportunamente criticadas.

2ª. Que los argumentos NO nos convenzan, lo que sería mas probable, en cuyo caso haríamos la correspondiente crítica, resultando obvio que ya no se trataría del informe breve, hecho a vuela pluma o, mejor dicho, a vuela maquina, para el Exmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior, sino que aquella crítica sería noble, pero también firme, dura y exhaustiva, y sin que esta manifestación suponga, en modo alguno, una especie de "***provocatio ad populum***".

**Vigo, 29 de enero de 1999**





*Escribe para Lunes:*
**José Carlos Sánchez Alfonso**
Licenciado en Derecho

# LA PREFERENCIA PARA EL COBRO DE LAS CUOTAS EN LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS: DEFICIENCIAS DE LA REFORMA LEGISLATIVA EN TRAMITACION.

## (Y segunda parte)

**C. La afección real establecida en el artículo 9.5 de la LPH.**

Hemos examinado hasta ahora el privilegio como mecanismo protector del crédito llamado a operar en los supuestos de concurrencia de varios acreedores sobre un mismo patrimonio deudor, sea ésta en la ejecución singular, o bien en el seno de un procedimiento concursal.

Por enérgico que sea el privilegio atribuído por el Legislador a favor de un determinado crédito, que en el caso del año anterior y parte vencida de la anualidad corriente de los gastos de comunidad se trata sin duda de un superprivilegio, éste carece de reipersecutoriedad, es decir, el privilegio ha de ser ejercitado mientras el bien objeto de traba permanezca dentro del patrimonio del deudor.

Para evitar que en los supuestos de transmisión del piso o local la comunidad de propietarios pudiera ver frustradas sus expectativas de cobro se establece en el artículo 9.5 de la LPH un segundo mecanismo de garantía adicional al privilegio: la afección real de dicho piso o local al pago de las cuotas.

Dicha afección real se concibe como garantía a favor de la comunidad de propietarios en caso de transmisión del dominio sobre el piso o local, como lo demuestra el propio tenor literal del artículo 9.5 de la LPH: _*...estará afecto el piso o local,* **cualquiera que fuere su propietario actual y el título de su adquisición,...**-. Lo que ocurre es que, al constituír una genuína *hipoteca legal tácita*, puede ser igualmente eficaz en relación a supuestos distintos de la transmisión, como son los de existencia de cargas anteriores sobre la finca en cuestión. Este segundo ámbito de actuación de la afección real ha originado un problema de determinación del *dies a quo* para el cómputo del -*...último año y la parte vencida de la anualidad corriente...*- a que hace referencia el artículo 9.5 de la LPH, como tendremos ocasión de comprobar más adelante.

La naturaleza de esta afección del piso o local al pago de las cuotas es cuestión que dista mucho de ser pacífica en la doctrina (13). Entre los autores más importantes que se pronuncian en contra del carácter de hipoteca legal tácita se encuentran JOAQUIN SAPENA (14) y VENTURA TRAVESET (15). Para el primero: -*...no se trata de un gravamen de naturaleza real, de un derecho real de garantía, siquiera por imposición legal, como una especie de hipoteca legal tácita. Lo impide el espíritu y la regulación de nuestro ordenamiento inmobiliario, enemigo y recusador de cargas*

*ocultas o imprecisas, contrarias a los principios de determinación y especialidad...Se trata simplemente de una afección que produce sus efectos en orden a la prelación de créditos y que, por ello, se ha de contemplar dentro del sistema establecido por el Código Civil en los artículos 1.921 y ss.-, para el segundo autor mencionado: -...la afección a que se refiere la ley no es una hipoteca expresa que grava el piso, sino una garantía de preferencia que para que surta efecto necesita su expresión en el Registro de la Propiedad en forma de una anotación de embargo.-*

En realidad, detrás de algunas de estas opiniones doctrinales contrarias a entender la afección contenida en el artículo 9.5 de la LPH como una hipoteca legal tácita16, subyace una aversión a admitir la persistencia en nuestros días de cargas ocultas, ajenas por tanto al principio de publicidad registral. En ocasiones se invoca el artículo 158 de la Ley Hipotecaria, según el cual -*Sólo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter.*- y, dado que la LPH no menciona en ningún momento que nos encontremos ante una hipoteca, la conclusión extraída del razonamiento es que estamos ante una garantía que, o bien opera exclusivamente en el terreno de las preferencias crediticas, o bien precisa de reflejo registral para ser efectiva, pero sin que en ningún caso constituya una hipoteca legal tácita.

Sin desconocer el dato de que, efectivamente, nuestro sistema hipotecario está construído sobre los principios de publicidad y especialidad, entre otros, también es cierto que es el propio Legislador el que, en uso de su soberanía, decide que algunas concretas figuras crediticias no precisen de la publicidad registral para ser oponibles a tercero, con una serie de cautelas y limitaciones. Aunque en estos contados casos no se utilice el *nomen iuris* hipoteca, lo que es claro es que estamos ante una afección *erga omnes* de un inmueble al pago de una obligación, que no precisa de acto de constitución expreso, a diferencia de las hipotecas legales previstas en los artículos 158 y ss de la Ley Hipotecaria, en las que la Ley concede a un determinado sujeto el derecho a exigir la constitución de una hipoteca expresa sobre unos determinados bienes.

Para CANALS BRAGE (17) -*...aunque inoportuna, no es difícil concebir la hipoteca tácita en los créditos por impuestos que gravan periódicamente los bienes y por débitos a la Comunidad de Propietarios en los regímenes de propiedad horizontal, no sólo por afectar a bienes determinados, sino especialmente por gozar de la publicidad de lo ostensible o de lo inevitable...*-, NAVARRO DIAZ y CARBONELL SERRANO (18) entienden que -*...estamos ante una limitación legal del dominio, que conforme a nuestro sistema hipotecario afecta a terceros, sin necesidad de expresa constancia registral, pues goza de los beneficios de la publicidad legal, superior a la registral.*-.

La DGRN parte asimismo de la consideración de que nos encontramos ante una limitación legal del dominio, aunque utiliza para referirse a ello una expresión un tanto retórica: -*...la carga de tal afección real preferente, que forma parte del contorno ordinario del ámbito de poder en que consiste el dominio de cada piso.*-, véanse las Resoluciones de 9-2 y 18-5-87 y de 1-6-89.Sin embargo adopta al respecto una postura ambigua. Por un lado acepta explícitamente el calificativo de hipoteca legal tácita, así en su Resolución de 3-4-98, citada con anterioridad en relación con el superprivilegio salarial, se establece: -*...los supuestos de hipoteca legal tácita, artículos 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, 73 de la Ley General Tributaria, etc, se establecen en garantía de obligaciones inherentes al derecho de propiedad, de origen legal o derivados de determinado régimen de propiedad que goza de publicidad registral previa y, en todo caso, por una cuantía limitada y reducida en proporción al valor del bien gravado...*-. Por otro lado, introduce una exigencia no prevista en la ley para la efectividad de dicha afección real, que aproxima más su postura a la de aquellos autores que niegan el carácter de hipoteca legal tácita.

Sin entrar en el debate doctrinal acerca de la controvertida naturaleza de la anotación preventiva de embargo, de su valor como carga real, en lo que al objeto del presente trabajo interesa, el mecanismo de la afección real prevista en el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, cumpliendo ciertos requisitos como tendremos ocasión de comprobar, es eficaz contra anotantes

Centro de Estudios Hipotecarios BIBLIOTECA VALENCIA

anteriores sin necesidad de interponer contra los mismos las correspondientes tercerías de mejor derecho.

**a) Doctrina de la DGRN.**

Respecto del ejercicio de dicha afección real la DGRN ha tenido ocasión de dictar las resoluciones de 9-2 y 18-5-87, y 1-6-89.

La postura de la Dirección General podría resumirse del siguiente modo: este crédito es preferente a cualquier otro por expresa disposición legal, por tanto frente al mismo no pueden prevalecer cargas anteriores, ni siquiera hipotecarias. Pero añade que, exigencias de seguridad del tráfico y certeza de las titularidades jurídico-reales inmobiliarias, imponen la necesidad de la constancia registral inmediata de la demanda, bien a través de la anotación de un embargo preventivo, bien a través de una anotación de demanda. De tal manera que, la falta de constancia registral de aquélla, motiva que las cantidades reclamadas vayan perdiendo la cobertura a medida que transcurre el tiempo y desaparezca por completo pasado un año, no natural, sino computado conforme a la LPH.

Significa esto que la DGRN acepta, en principio, que por anualidad corriente se entienda la de interposición de la demanda. Criterio consolidado jurisprudencialmente y expresamente recogido en la normativa fiscal, así el art 35 Real Decreto 1684/90 de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, referido a la hipoteca legal tácita por contribuciones, establece lo siguiente: -*...cobro de las deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercita la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior*-.

Sin embargo, partiendo de la interposición de la demanda como momento de máxima cobertura, la DGRN realiza una interpretación restrictiva del privilegio del crédito a favor de la comunidad de propietarios al imponerle un requisito no previsto en la ley, como es la constancia registral inmediata de tal demanda, sea en virtud de anotación de embargo preventivo o de anotación preventiva de la propia demanda. De tal manera que la comunidad de propietarios puede, en determinados casos, sufrir la pérdida del carácter privilegiado de parte de su crédito sin que medie la más mínima culpa por su parte. Veámos el siguiente ejemplo clarificador: la comunidad de propietarios interpone su demanda en diciembre de 1.998, pretendiendo el carácter privilegiado de las cuotas impagadas correspondientes a 1.997, como anualidad vencida, y las correspondientes a 1.998 como anualidad corriente. En enero de 1.999 accede al Registro de la Propiedad el mandamiento para anotación preventiva de tal demanda, aplicando el privilegio conforme al criterio seguido por la DGRN el periodo de cobertura se computaría retroactivamente desde el asiento de presentación, por tanto tendrían el carácter de crédito privilegiado las cuotas correspondientes a 1.998, como anualidad vencida, y la de enero de 1.999 como anualidad corriente en el momento en que se produjo la constancia registral de la reclamación., con lo que se produce la pérdida del privilegio para las cuotas impagadas correspondientes a la anualidad de 1.997, sin que medie la más mínima negligencia, siquiera sea levísima, de la comunidad de propietarios.

El criterio de la DGRN además presenta la incongruencia de restringir el alcance del privilegio respecto de cuotas que son objeto de reclamación judicial, como son en el ejemplo propuesto las correspondientes a la anualidad de 1.997, y extenderlo a otras cuotas que no son objeto de tal reclamación, como es la de enero de 1.999 en el ejemplo anterior, dado que con el régimen legal vigente en la actualidad no se pueden reclamar cuotas todavía no vencidas. Podría incluso darse la paradoja de que, de demorarse mucho la constancia registral de la reclamación judicial, cosa que puede suceder por causas ajenas a la comunidad de propietarios, como es obvio, las cuotas reclamadas y las amparadas por el privilegio, computado según la DGRN no coincidieran en absoluto.

La DGRN sigue en este punto la tesis de VENTURA TRAVESET, el cual incluso utiliza terminología más precisa, así, para este autor -*...una vez practicada la anotación, los efectos de la misma se retrotraen al último año y a la parte vencida de la anualidad corriente*-.

NAVARRO DIAZ y CARBONELL SERRANO efectúan una crítica del criterio seguido por la DGRN en esta materia. Mencionan que, en caso de que el inmueble se encuentre gravado con hipotecas o anotaciones de embargo -*el crédito reclamado por la comunidad de propietarios será anotado con carácter preferente en cuanto a las cantidades que correspondan a gastos originados en el año corriente y el anterior contados desde el nacimiento del derecho de crédito registrado no preferente, que en el caso del crédito hipotecario será la fecha de inscripción del mismo, y en el caso del crédito anotado preventivamente será, según la doctrina más reciente, la fecha de la diligencia de embargo*-.

Para estos autores, por tanto, el momento determinante del ámbito de cobertura de la preferencia no es la constancia registral de la reclamación de la comunidad de propietarios, sino el de constancia registral del crédito del tercero acreedor, a partir del cual computan retroactivamente el periodo del año inmediatamente anterior y la anualidad corriente. De tal manera que, para ellos, es irrelevante el momento en que la comunidad de propietarios haga constar registralmente su reclamación, incluso el propio momento de interposición de la demanda deja de tener relevancia, siempre que el crédito siga vivo, es decir, no haya transcurrido el plazo de prescripción de cinco años establecido en el artículo 1.966 del Código Civil.

La exposición de estos autores, que RIVAS TORRALBA califica de coherente y bien fundada, parte de la consideración de que el criterio de la DGRN -*...devalúa grandemente la efectividad de dicha afección...*-, por lo que lógicamente cabría esperar que, aplicando el razonamiento de aquéllos, la afección real alcanzara una cobertura mayor. Lo paradójico del caso es que, aplicando el criterio defendido por los Registradores NAVARRO DIAZ y CARBONELL SERRANO, la afección real, no es que quede devaluada, es que queda convertida en letra muerta.

En efecto, si tomamos como fecha determinante del cómputo del año corriente y del anterior la fecha de la inscripción de hipoteca o, en su caso, de la anotación de embargo del tercero, el único supuesto en que las cantidades reclamadas coincidirán con las amparadas por la preferencia será aquél en que la comunidad de propietarios interponga su demanda dentro del mismo año en que la hipoteca o anotación de embargo del tercero accedan al Registro de la Propiedad. Con lo cual la comunidad de propietarios nunca podría hacer valer la preferencia sobre un piso o local sobre el que pesara una hipoteca o embargo que hubieran accedido al Registro con más de un año de antelación. Pongamos un ejemplo, se constituye hipoteca sobre un piso en el año 1.995 y dejan de satisfacerse las cuotas de la comunidad de propietarios en el año 1.997, año en que la comunidad, diligentemente, interpone la correspondiente demanda en reclamación de las mismas. Conforme al criterio mantenido por estos autores, el periodo de cobertura se computaría retroactivamente desde la fecha de constitución de la hipoteca, por tanto estaríamos hablando de los años 1.994, como año vencido, y 1.995, como año corriente, que no son objeto de reclamación por la comunidad de propietarios.

NAVARRO DIAZ y CARBONELL SERRANO incurren asimismo en otra inexactitud cuando equiparan, a efectos de resolver el problema de concurrencia de créditos, los supuestos en que la carga que pese sobre el piso o local sea una hipoteca, o bien sea una anotación de embargo. Entiendo que el único momento relevante es el de la interposición de la demanda por la comunidad de propietarios, pero podría admitirse que la fecha de constitución de la hipoteca tuviera relevancia por tratarse de un derecho real, pero lo que desde luego es inadmisible es conceder relevancia a la fecha de la anotación de embargo o a la de la diligencia de embargo. El acreedor que anota embargo no adquiere un derecho real. El embargo sujeta el bien embargado directa e inmediatamente al procedimiento en el cuál se ha acordado la traba con objeto de garantizar la ejecución de la sentencia, pero el crédito no mejora de condición por el hecho de la anotación, solamente el artículo 1.923.4 del Código Civil reconoce preferencia al crédito con embargo anotado sobre los créditos posteriores, y en ningún caso

el crédito a favor de la comunidad de propietarios puede ser considerado crédito posterior, sencillamente por el hecho de que nace ex lege como preferente a cualquier otro, no estamos ante un crédito escriturario, por tanto su fecha es irrelevante a estos efectos.

## III. TEXTO APROBADO POR EL CONGRESO.

La obligación de contribuír a los gastos generales del inmueble ha quedado configurada en el texto aprobado recientemente por el Congreso de los Diputados del siguiente modo:

"*1. Son obligaciones de cada propietario:*

*e) Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización.*

*Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1.923 del Código Civil y preceden, para su satisfacción, a los enumerados en los apartados 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de las garantías a favor de los créditos salariales establecidas en el Estatuto de los Trabajadores.*

*El adquirente de una vivienda o local de negocio en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior. El piso o local de negocio estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación, resultando igualmente aplicables en este caso las reglas sobre prelación de créditos señaladas en el párrafo anterior.*

*En el instrumento público mediante el que se transmita, por cualquier título, la vivienda o local de negocio el transmitente deberá declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales de la comunidad de propietarios o expresar los que adeude. El transmitente deberá aportar en este momento certificación sobre el estado de deudas con la comunidad coincidente con su declaración, sin la cual no podrá autorizarse el otorgamiento del documento público, salvo que fuese expresamente exonerado de esta obligación por el adquirente. La certificación será emitida en el plazo máximo de siete días naturales desde su solicitud por quien ejerza las funciones de Secretario, con el visto bueno del Presidente, quienes responderán, en caso de culpa o negligencia, de la exactitud de los datos consignados en la misma y de los perjuicios causados por el retraso en su emisión.*"

De la lectura del texto del que será previsiblemente el nuevo artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal se puede extraer las siguientes conclusiones:

Desaparece el calificativo de *-preferente a cualquier otro-* respecto del crédito a favor de la comunidad de propietarios por gastos comunes. En su lugar, se prentende concretar el rango que ha de ocupar este crédito entre los singularmente privilegiados referidos a inmuebles y para ello se acude a la enumeración establecida en el artículo 1.923 del Código Civil, el cual hay que interpretar en íntima conexión con el artículo 1.927 del mismo cuerpo legal, lo que ha deparado no pocos quebraderos de cabeza a doctrina y jurisprudencia.

Por un lado es positiva la supresión del mencionado calificativo, dado que el mismo se aplica en estos momentos a tres figuras crediticias dando lugar a posibles conflictos de normas.

Por otro lado acudir al artículo 1.923 del Código Civil quizá no haya sido la solución más acertada. Indudablemente, anteponiendo el crédito a favor de la comunidad de propietarios a los

enumerados en los apartados 3, 4 y 5 de aquél precepto, se está estableciendo una preferencia sobre el acreedor hipotecario y, como ya se ha mencionado con anterioridad, considero posible que la comunidad de propietarios haga valer esa preferencia, bien a través de una tercería de mejor derecho, bien acudiendo al declarativo ordinario previsto en el artículo 132 de la Ley Hipotecario. Sin embargo habrá que tener en cuenta las objeciones hacia esta vía por parte de la doctrina hipotecarista, recuérdese la RDGRN de 3-4-98, mencionada con anterioridad en relación al superprivilegio salarial, respecto de la que me he permitido decir que el Centro Directivo realiza una verdadera interpretación *contra legem* del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto que prejuzga el resultado de una hipotética tercería de mejor derecho al considerar que el valor garantizado con la hipoteca ha salido del patrimonio del deudor y, por lo tanto, sobre el mismo no puede discutirse ya preferencia alguna.

Lo deseable habría sido plasmar en el texto legal el concreto mecanismo a través del cual la comunidad de propietarios puede hacer valer su mejor derecho al cobro sobre el acreedor hipotecario y no limitarse a recoger esa preferencia en el ámbito sustantivo. Defecto en el que incurría asimismo el tan mencionado artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Por otro lado, la afección real que pesaba sobre el piso o local al pago de los gastos comunes y que, bajo la redacción actual, podía ser eficaz, no sólo ante supuestos de transmisión del dominio, sino también en los de existencia de cargas anteriores sobre la finca, incluso hipotecarias, va a quedar posiblemente limitada al primero de los supuestos, es decir, el de la transmisión del dominio, en cuanto que dicha afección se menciona en un párrafo específicamente dedicado al nuevo adquirente, mientras que hasta ahora dicha afección se establecía en términos absolutos.

De consolidarse la redacción aprobada por el Congreso, la doctrina emanada de la DGRN en sus resoluciones de 9-2 y 18-5-97, y 1-6-89 en relación con esta afección, aunque restrictiva de la eficacia de la misma como ya ha quedado dicho, no va a poder ser objeto de aplicación en lo sucesivo, con lo que surge la duda de cómo se va a llevar a la práctica la anteposición de la comunidad de propietarios al acreedor hipotecario a la hora del cobro de sus respectivos créditos.

Sobre el crédito de la comunidad de propietarios habrán de prevalecer los enumerados en los apartados 1º y 2º del artículo 1.923 del Código Civil. Dejando a un lado el privilegio del crédito por seguros, previsto en el apartado 2º y respecto del que la doctrina es unánime en considerar fuera de uso, toda vez que el impago de las primas impide la cobertura en el caso de la primera y suspende la misma en el caso de las siguientes, la reforma está dando preferencia a los tributos que graven periódicamente el piso o local en cuestión. Está es la conclusión a la que hay que llegar si se relacionan los artículos 1.923 del Código Civil, 194 de la Ley Hipotecaria y 73 de la Ley General Tributaria, pues los demás privilegios reconocidos a favor de la Hacienda Pública han sido reducidos por la Jurisprudencia a la categoría de escriturarios. En definitiva, tendrá preferencia al cobro la Hacienda Municipal por el Impuesto Sobre Bienes Inmuebles respecto de la comunidad de propietarios.

Con la inclusión del inciso -*...sin perjuicio de las garantías a favor de los créditos salariales establecidas en el Estatuto de los Trabajadores.*- se está dando lugar a un grave retroceso en cuanto a tutela de las comunidades de propietarios. Si la ley es aprobada en tales términos cualquier crédito salarial será preferente al crédito por gastos de comunidad, no sólo la preferencia extraordinaria por los treinta últimos días de salario como se puede afirmar que lo sea en la actualidad, sino también el privilegio refaccionario e incluso el ordinario previstos respectivamente en los números 2 y 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. Este vendría a ser el lado negativo de la supresión del calificativo -*preferente a cualquier otro*- que hasta ahora acompaña al crédito a favor de la comunidad de propietarios dentro de los límites temporales ya conocidos.

Hay que tener en cuenta que, como considera la DGRN en su tan mencionada Resolución de 3-4-98 en relación con el superprivilegio salarial:-*...los supuestos de hipoteca legal tácita, artículos 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, 73 de la Ley General Tributaria, etc, se establecen en garantía de obligaciones inherentes al derecho de propiedad, de origen legal o derivados de*

*determinado régimen de propiedad que goza de publicidad registral previa y, en todo caso, por una cuantía limitada y reducida en proporción al valor del bien gravado...*-, mientras que en el caso del crédito salarial se trata de privilegios generales, que bajo ningún concepto pueden considerarse como limitaciones legales del dominio y cuya cuantía no guarda proporción alguna con el valor del piso o local. En las conclusiones del presente trabajo tendré ocasión de exponer un argumento adicional sobre la cuestión.

Respecto de la obligación del nuevo adquirente del piso o local, el texto aprobado por el Congreso introduce una sutil diferencia con respecto al texto vigente en la actualidad. En éste se habla de afección del piso o local al pago de los gastos cualquiera que fuere su propietario actual, mientras que en el nuevo texto se establece que el adquirente responde de la deuda. ¿Está esto convirtiendo al adquirente en deudor personal? A mi modo de ver la literalidad de los términos no deja lugar a dudas, el nuevo adquirente responde de la deuda con todos sus bienes presentes y futuros, no sólo con el piso o local.

Otra importante diferencia es que la obligación del transmitente de declarar hallarse al corriente de los gastos de comunidad a la hora de otorgar la escritura se refuerza con la obligatoriedad de aportar una certificación del órgano competente de la comunidad expresiva del estado de deudas, lo cual hace un tanto innecesaria aquella declaración, y sin la cual el Notario no podrá autorizar la escritura. El adquirente puede dispensar expresamente al transmitente de esta obligación.

De esta diferencia se deriva una importante consecuencia, la de que el adquirente no tiene derecho de repetición contra el anterior propietario toda vez que, o bien compró a sabiendas de la deuda y entiendo que ha de presumirse que el importe de la misma fue tenido en cuenta para fijar el precio de la venta, o bien exoneró al vendedor de la certificación del estado de deudas con la comunidad, de lo cual también ha de extraerse la presunción de que conocía dicho estado de deudas. Sin duda por esta razón es por la que el texto aprobado por el Congreso omite la referencia a la obligación de saneamiento que fue introducida por la ley 2/88, de 23 de febrero.

En caso de que el propietario no comunique a quien ejerza las funciones de Secretario de la comunidad que el piso o local ha pasado a poder de otra persona, responderá solidariamente con el nuevo titular de las cuotas que vayan venciendo, sin perjuicio de poder repetir contra el nuevo propietario, salvo que cualquiera de las personas que ostentan algún cargo en la comunidad haya tenido conocimiento de dicho cambio de titularidad o éste fuere notorio. Posiblemente esta responsabilidad solidaria nazca, no sólo en supuestos en que la transmisión se ha mantenido oculta, sino incluso en determinados casos en que haya tenido acceso al Registro de la Propiedad, pero no se haya puesto formalmente en conocimiento de la comunidad, ni manifestado externamente a través de una situación posesoria inequívoca, pues notoriedad no equivale a publicidad.

En el artículo 10 de la LPH, según el texto aprobado por el Congreso, se establece que será obligación de la comunidad la realización de aquellas obras de conservación del inmueble que sean necesarias para mantenerlo en condiciones de habitabilidad. Al pago de los gastos derivados de la realización de las obras de conservación a que se refiere el presente artículo estará afecto el piso o local en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el artículo 9 para los gastos generales.

Las propuestas del Grupo Parlamentario Catalán y, en cierto modo, de la Proposición presentada por los Administradores de Fincas relativas a la colegiación obligatoria para poder ejercer el cargo de administrador de una comunidad de propietarios, no han tenido éxito. Así se prevé que el cargo de Administrador y, en su caso, el de Secretario-Administrador podrá ser ejercido por cualquier propietario, así como por personas físicas con cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida para ejercer dichas funciones. También podrá recaer en personas jurídicas, corporaciones u organizaciones profesionales en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico. Me parece adecuado que las cuestiones relativas a los requisitos necesarios para ejercer una determinada profesión queden relegadas a la normativa correspondiente, probablemente reglamentaria, por muy relacionadas que estén con la propiedad horizontal.

Como apartado 2º del artículo 15 del nuevo artículado se prevé una auténtica sanción civil para los propietarios morosos consistente en la privación del derecho al voto en la junta de propietarios:

-2. *Los propietarios que en el momento de iniciarse la junta no se encontrasen al corriente en el pago de todas las deudas vencidas con la comunidad y no hubiesen impugnado judicialmente las mismas o procedido a la consignación judicial o notarial de la suma adeudada, podrán participar en sus deliberaciones si bien no tendrán derecho de voto. El acta de la junta reflejará los propietarios privados del derecho de voto, cuya persona y cuota de participación en la comunidad no será computada a efectos de alcanzar las mayorías exigidas en esta Ley.-* y como apartado 2º del nuevo artículo 18 se establece lo siguiente: - 2. *Estarán legitimados para la impugnación de estos acuerdos los propietarios que hubiesen salvado su voto en la junta, los ausentes por cualquier causa y los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto. Para impugnar los acuerdos de la Junta el propietario deberá estar al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a la consignación judicial de las mismas. Esta regla no será de aplicación para la impugnación de los acuerdos de la Junta relativos al establecimiento o alteración de las cuotas de participación a que se refiere el artículo 9 entre los propietarios.-*

Mientras que no tengo dudas de la constitucionalidad de la sanción consistente en privación del derecho al voto en la junta en caso de morosidad, salvo impugnación o consignación judicial o notarial, la sanción contenida en este 2º apartado del artículo 18 del nuevo texto legal me parece claramente inconstitucional.

Estamos ante el único supuesto de todo nuestro ordenamiento jurídico en que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se condiciona al pago o consignación de una determinada cantidad. Hay que tener en cuenta que no estamos ante un recurso, es decir, no se trata de impugnar una resolución judicial ante una instancia superior, supuesto en el que diversas normas exigen consignar el importe de la condena o constituír un determinado depósito, véanse los procesos arrendaticios o el juicio verbal del automóvil, por ejemplo. El derecho de acceso a los recursos es un derecho de configuración legal. Se tiene derecho a usar los recursos que la Ley establece y con los requisitos que la Ley establece, pues la Constitución no garantiza la doble instancia. Pero el derecho a acudir a los órganos judiciales en primera instancia interesando una determinada declaración de derechos no puede ser condicionado al pago o consignación de una determinada suma.

El párrafo 2º del nuevo artículo 21 establece un procedimiento especial para la reclamación de las cuotas comunitarias cercano al denominado procedimiento monitorio que posiblemente recoja la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente también en trámite parlamentario. La posición del demandado en dicho procedimiento podría sintetizarse diciendo que, o bien paga, o bien se opone a la demanda, de tal manera que la rebeldía equivale a un allanamiento. Por su especial interés se transcribe la regulación de dicho procedimiento especial a continuación:

"2. *La utilización de este procedimiento requeriría la previa certificación del acuerdo de la Junta aprobando la liquidación de la deuda con la comunidad de propietarios por quien actúe como Secretario de la misma, con el visto bueno del Presidente, siempre que tal acuerdo haya sido notificado a los propietarios afectados en la forma establecida en el artículo 9.*

*3. La competencia territorial corresponderá exclusivamente al Juez del lugar donde se halle la finca, no siendo obligatoria la postulación mediante abogado ni procurador, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 10 de este artículo.*

*4. El proceso principiará por demanda sucinta, a la que se acompañará la certificación a que se refiere el número 2 de este artículo. En el caso de que el titular registral deba responder solidariamente del pago de la deuda, y sin perjuicio de su derecho a repetir contra el propietario actual, deberá ser demandado conjuntamente con éste.*

*5. Presentada la demanda y admitida a trámite, el Juez requerirá al demandado para que, en el plazo de veinte días, pague al demandante, acreditándolo ante el Tribunal, o comparezca ante éste y alegue, en escrito de oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada. El requerimiento deberá efectuarse en el domicilio en España previamente designado por el deudor, o en su defecto, en el propio piso o local, con el apercibimiento de que, de no pagar ni comparecer alegando las razones de la negativa al pago, se despachará contra él ejecución según lo previsto en el número siguiente.*

*6. Si el demandado no compareciere ante el Tribunal o no se opusiere a la demanda, el Juez dictará auto en el que despachará ejecución, que proseguirá conforme a lo dispuesto para la de sentencias judiciales, por la cantidad adeudada más los intereses y costas previstos y por los gastos previos extrajudiciales de las notificaciones de la liquidación de la deuda, cuando se haya utilizado la vía notarial.*

*El solicitante de este proceso y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en aquél o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere.*

*Desde que se dicte auto despachando ejecución, la deuda devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos.*

*7. Si el deudor atendiera al requerimiento de pago, tan pronto como lo acredite se le hará entrega del documento en que conste la deuda y se archivarán las actuaciones.*

*No obstante, serán de su cuenta las costas que se indican en el número 10 de este artículo y los gastos a que se refiere el número anterior.*

*8. Si el deudor se opusiere alegando razones para negarse al pago, en todo o en parte, el Juez, previo traslado al demandante del escrito de oposición, seguirá la tramitación del juicio verbal a partir del momento de la citación para juicio oral.*

*No obstante, formulada oposición, el actor podrá pedir el embargo preventivo de bienes del deudor suficientes para hacer frente a la cantidad reclamada, los intereses y las costas.*

*El Juez acordará en todo caso el embargo preventivo sin necesidad de que el acreedor preste fianza. El deudor podrá librarse del embargo prestando aval bancario por la cuantía por la que se decrete el embargo preventivo.*

*9. Si el deudor comparece dentro de plazo y se opone parcialmente al pago, alegando pluspetición, sólo se admitirá la oposición si acredita haber pagado o puesto a disposición del demandante, antes de la interposición de la demanda, la suma que reconoce como debida. Si la oposición se funda en pluspetición, sólo podrá pedirse el embargo preventivo por la suma a que ascienda la cantidad no satisfecha por el deudor.*

*10. La sentencia que recaiga tendrá fuerza de cosa juzgada.*

*Se impondrán las costas al litigante que hubiera visto totalmente desestimadas sus pretensiones. De estimarse parcialmente la demanda, cada parte soportará las costas causadas a su instancia y las comunes por la mitad. La condena en costas incluirá los honorarios del Abogado y del Procurador de la parte vencedora, si hubiere utilizado los servicios profesionales de los mismos en la demanda o la contestación.*

*11. Podrán acumularse durante el curso del proceso, sin necesidad de retrotraer el procedimiento, las cuotas vencidas con posterioridad a la presentación de la demanda, considerándose comunes a la ampliación los trámites que le hayan precedido. Esta facultad se extenderá a la fase de ejecución de la sentencia.*

*La acumulación durante el proceso de la deuda vencida con la comunidad con posterioridad a la presentación de la demanda requerirá su previa acreditación mediante una nueva certificación del acuerdo aprobatorio de la liquidación, expedida con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2.*

*12. El recurso contra la sentencia no será admitido a trámite si el demandado no acreditase al interponerlo tener satisfecha o consignada la cantidad líquida a que se contrae la sentencia condenatoria.*

*Si la sentencia condenase al pago de cantidades líquidas por incumplimiento de plazos o cuotas vencidas, se tendrá por desierto el recurso si durante su tramitación dejase el recurrente de abonar o consignar a su tiempo las que de su misma índole vayan venciendo.*"

La literalidad de este precepto es tan clara que exime de mayores comentarios. Unicamente cabe recordar que originalmente la Proposición de Ley presentada por la vía de la iniciativa legislativa popular consideraba la certificación del acuerdo liquidatorio de la junta de propietarios como un nuevo título ejecutivo y establecía la posibilidad de decretar embargo preventivo sin necesidad de acreditar lo que doctrinal y jurisprudencialmente se ha venido en denominar *periculum in mora*. En cambio el texto que definitivamente ha aprobado el Congreso, a resultas de su tramitación en el Senado, ha optado por establecer un procedimiento especial, posiblemente para mejor coordinación con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que se nos avecina, aunque con dicho procedimiento especial se cumple el deseo de celeridad que inspiraba las propuestas recogidas en las Proposiciones de Ley iniciales y alguna otra, como puede ser por ejemplo el efecto de cosa juzgada de la sentencia que en dicho procedimiento se dicte.

## IV. CONCLUSIONES

La obligación del propietario de un piso o local en régimen de propiedad horizontal de contribuir a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble constituye una obligación inherente al derecho de propiedad, una genuína limitación legal del dominio.

Abordar la cuestión de las garantías de cobro de la comunidad de propietarios, en caso de concurrencia con otros acreedores del comunero moroso, desde la óptica de las preferencias crediticias supone incurrir en un error de concepto.

La reforma arroja un balance positivo en cuanto a las medidas encaminadas a combatir la morosidad que podríamos denominar ordinaria, es decir, aquellos impagos que no tienen su origen en una situación de insolvencia más o menos definitiva del comunero deudor. Hay que tener en cuenta que es frecuentísimo encontrar situaciones en las que se utiliza el impago de las cuotas como medida de presión o represalia hacia la comunidad debido a las más variadas circunstancias, o simplemente por desidia en el cumplimiento de las obligaciones, pero sin que detrás de ese impago exista una situación de crisis económica más o menos grave del propietario moroso.

Contra esta morosidad ordinaria sin duda ha de resultar eficaz el nuevo procedimiento judicial previsto en el artículo 21, párrafo 2º, del texto aprobado por el Congreso. Por el contrario, contra la morosidad extraordinaria, es decir, aquélla tras la que existe una auténtica situación de insolvencia más o menos definitiva del comunero deudor, no se prevé en la reforma medida alguna.

La referencia al artículo 1.923 del Código Civil no va a suponer una mejora sustancial de las expectativas de cobro de la comunidad de propietarios cuando sobre el piso o local existan hipotecas inscritas con anterioridad. Por mucho que éste crédito se anteponga a los recogidos en los apartados 3, 4 y 5 de dicho precepto, se deja sin solucionar la cuestión de cuál ha de ser el mecanismo concreto para hacer efectiva esa anteposición a la hipoteca, ya que no parece posible hacer valer la afección real contra los titulares de cargas anteriores dado que la misma se establece exclusivamente en relación con el nuevo adquirente. Es más, en caso de concurrencia con posibles acreedores de este nuevo adquirente, se vuelve a hacer referencia a las reglas sobre prelación de créditos.

Hay que tener en cuenta que esa anteposición al crédito hipotecario no estaba en discusión bajo la vigencia del texto original de la Ley de Propiedad Horizontal. Ni siquiera la DGRN, que podría

ser la más proclive a defender la intangibilidad de la institución hipotecaria, pone en tela de juicio que el crédito a favor de la comunidad de propietarios deba prevalecer sobre la hipoteca, como se ha podido comprobar con anterioridad con ocasión de la cita de sus resoluciones de 9-2 y 18-5-87 y 1-6-89.

Además, que el texto legal recoja explícitamente que este crédito es preferente a la hipoteca, no aporta ayuda alguna en orden a resolver los complejos problemas procesales y registrales que se plantean al intentar llevar a la práctica dicha anteposición. Baste con citar las casi dos décadas de conflictos en torno al superprivilegio salarial, respecto del cual el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores explicitaba con toda nitidez su anteposición a la hipoteca.

La reforma debería haber incluído medidas concretas de cara al tratamiento del crédito a favor de la comunidad de propietarios en relación con el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y, en general, en relación con cualquier supuesto de concurrencia con otros acreedores del comunero moroso, sea en una ejecución singular, sea en un procedimiento concursal.

Aunque en el caso de los procedimientos concursales pudiera sostenerse que, dado que nos encontramos ante un crédito singularmente privilegiado, resulta innecesario establecer medidas concretas, pues ya se han establecido doctrinal y jurisprudencialmente las consecuencias de dicha calificación, considero que habría sido más que conveniente una referencia expresa, tal como el Legislador ha tenido a bien realizar en la ley 28/1.998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en cuyo artículo 16.5, párrafo 2º in fine se establece que:

*-En los supuestos de suspensión de pagos el acreedor tendrá la condición de singularmente privilegiado, con derecho de abstención según los artículos 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos-* y en su Disposición Adicional Primera, apartado 5, establece que: *-El arrendador financiero tendrá el derecho de abstención del convenio de acreedores, regulado en el artículo 22 de la Ley de Suspensión de Pagos, pudiendo ejercitar los derechos reconocidos en la Ley de forma separada-.*

Era el momento oportuno para haber introducido en la LPH un precepto que estableciera que el crédito a favor de la comunidad de propietarios, debido a su condición de limitación legal del dominio, a su específica finalidad de sostenimiento del inmueble, de mantenimiento de los elementos comunes del edificio de los que disfruta, como todos los demás, el piso o local en cuestión, ha de ser satisfecho con preferencia a cualquier otro como deuda de la masa, si nos encontramos en un procedimiento concursal, o detrayendo su importe del precio del remate si nos encontramos en una ejecución singular.

En este último caso, en el de la ejecución singular, podría establecerse la obligatoriedad de que el órgano ejecutor, judicial o administrativo, hubiera de recabar del órgano correspondiente de la comunidad de propietarios una certificación de la deuda de ese piso o local con la comunidad, del mismo modo que se recaba del Registro de la Propiedad una certificación de cargas. Incorporada dicha certificación al procedimiento, una vez aprobado el remate se descontaría de su precio el importe del crédito a favor de la comunidad de propietarios y éste se depositaría en la cuenta de consignaciones del Juzgado ejecutor o, en su caso, en la caja del organismo ejecutor de que se trate a resultas del procedimiento entablado por la comunidad de propietarios para el cobro de su deuda.

Obviamente, dicha certificación de deuda tendría un carácter presuntivo, es decir, en el correspondiente procedimiento judicial de reclamación de las cuotas impagadas podría reconocerse como debida una suma inferior o incluso no reconocerse como debida suma alguna. Es por ello que el importe de la deuda que figurara expresado en dicha certificación, previo descuento del precio del remate del piso o local, no se entrega con carácter inmediato a la comunidad de propietarios acreedora, sino que queda depositado a resultas de aquel procedimiento judicial.

Dicha retención y ulterior depósito se haría constar en el Registro de la Propiedad, del mismo modo que se hace constar la existencia o no de sobrante a disposición de acreedores posteriores. Una

vez la comunidad de propietarios dispusiera de sentencia firme favorable bastaría con que el Juzgado de Primera Instancia correspondiente exhortara, u oficiara en su caso, al Juzgado u organismo depositario de la suma en cuestión interesando la oportuna transferencia de los fondos para hacer entrega a la comunidad de propietarios.

Esta medida de retención podría limitarse en el tiempo, en forma semejante a como la Ley de Enjuiciamiento Civil limita la eficacia del embargo preventivo en su artículo 1.411, en el cual se establece que el que haya solicitado y obtenido embargo preventivo deberá solicitar su ratificación en el juicio declarativo o ejecutivo que proceda, entablando la correspondiente demanda dentro de los veinte días de haberse verificado, en caso de no hacerlo quedará el embargo preventivo nulo de pleno derecho y se dejará sin efecto a instancia del demandado, sin dar audiencia al demandante. Asimismo, respecto de las medidas cautelares previstas en su artículo 1.428, se establece que, caso de solicitarse tales medidas con carácter previo a la interposición de la demanda, ésta habrá de presentarse dentro de los ocho días siguientes a su concesión. Dicho plazo es excesivamente breve para el supuesto que estamos considerando y además el *dies a quo* es inadecuado.

Debería establecerse un plazo de treinta días y computarlo, no desde el momento de la retención de la suma, sino desde el momento en que por la comunidad de propietarios, a través de cualquiera de sus órganos de administración, se recibe la solicitud de certificación del saldo deudor, que es el momento en que la comunidad de propietarios toma conocimiento de que existe una ejecución en curso sobre el piso o local cuyo propietario ha incurrido en morosidad.

De este modo, si la comunidad de propietarios no ha interpuesto la correspondiente demanda con anterioridad, dispone de treinta días para hacerlo desde que la misma recibe dicha solicitud. Transcurrido dicho plazo sin que se acredite ante el órgano ejecutor que la comunidad de propietarios ha interpuesto la correspondiente demanda se alzará la medida de retención practicada o se prescindirá de su adopción si todavía no se hubiera efectuado. Esto último se hace extensible al supuesto en que por la comunidad no se haga llegar al órgano ejecutor, dentro del plazo que se señale, la certificación por éste solicitada. Quedando en todo caso a salvo el derecho de la comunidad de propietarios para el cobro de su crédito en la forma ordinaria.

En este aspecto el Registro de la Propiedad podría venir a desempeñar un papel muy importante, sirviendo de enlace entre el Juez, u organo administrativo ejecutor, y las comunidades de propietarios. El Registrador, cuando recibiera la solicitud de certificación de cargas dentro del procedimiento de apremio correspondiente, recabaría la certificación de deuda con la comunidad de propietarios a que se ha hecho mención y sería el encargado de remitir ambas certificaciones al órgano ejecutor o, en su caso, certificación de que la misma fue solicitada y no recibida dentro del plazo legal.

Para hacer posible este sistema de comunicación entre Registro de la Propiedad y comunidades de propietarios podría establecerse en el Registro una especie de censo de los diferentes edificios y sus respectivos Presidentes, Secretarios o Administradores, el cuál tendría carácter voluntario y cuya desatención por parte de la comunidad de propietarios carecería por tanto de sanción alguna, excepto la que supondría verse privada de la medida de retención del importe de la deuda a que se ha venido haciendo referencia.

En esta línea de encomendar al Registro de la Propiedad alguna función relacionada con la propiedad horizontal, ya la ley 10/92 de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, en su Disposición final segunda introdujo una modificación en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, estableciendo la necesidad de autenticación de los libros de actas de las comunidades de propietarios por el respectivo Registro, cuando originalmente la LPH preveía su diligenciado por el Juzgado, en aquél entonces municipal o comarcal, o por un Notario. Dicha previsión se mantiene en el texto aprobado ahora por el Congreso, sólo que pasa a constituir el artículo 19.

La introducción de este trámite con carácter general en cualquier procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles en régimen de propiedad horizontal, incluído el establecido en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, está en consonancia con dos consideraciones muy a tener en cuenta:

1ª) El especial valor que se pretende dar con la reforma en curso a la certificación del acuerdo de la Junta de propietarios aprobatorio de la liquidación de la deuda, que va a permitir acudir a un procedimiento rápido, que no sumario en tanto que produce efectos de cosa juzgada, en orden a su cobro.

Este especial valor que va a adquirir la certificación en cuestión impone la adopción de una serie de garantías formales, como pueden ser el establecimiento de un modelo oficial, su registro en algún tipo de libro o protocolo visado por el Registro de la Propiedad correspondiente, etc, que habrían de determinarse por vía reglamentaria.

2ª) La especial naturaleza de la deuda por gastos de comunidad, que se manifiesta en dos ámbitos completamente diferenciados. Primero el de los propios vecinos del edificio en cuestión. Podemos hablar así de una deuda en cierto modo social, pues con su importe se satisface una necesidad no meramente privada del individuo en cuestión, sino de una colectividad de personas. De tal manera que, como dice la propia Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal, *-la inobservancia del deber trae repercusiones sumamente perturbadoras para grupos extensos de personas-*.

Este carácter social de la deuda por gastos de comunidad fue, como ya se dijo en la introducción, el motivo que inspiró al Legislador a reconocer el crédito a favor de la comunidad de propietarios como *-preferente a cualquier otro-*.

Pero es que hay otro ámbito en el que se manifiesta la especial naturaleza de la deuda por gastos de comunidad, cuál es el de los demás acreedores del comunero moroso. Se ha mencionado en varias ocasiones a lo largo de este trabajo que la obligación de pago de los gastos de comunidad constituye una limitación legal del dominio, por tanto, cuando un acreedor embarga el piso o local en cuestión, o se constituye una hipoteca sobre el mismo, se estará embargando o hipotecando ese derecho de propiedad con la extensión que viene determinada por la ley. El acreedor no puede considerarse al margen de esa limitación legal que, en cuanto tal, no precisa de publicidad registral.

El piso o local constituye la garantía de cobro de esta pluralidad de acreedores y el crédito a favor de la comunidad de propietarios está integrado por los gastos necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble y sus servicios, por lo que es necesario concluír que ese gasto se está realizando en beneficio del conjunto de los acreedores que pueda tener el comunero moroso. Si éstos, a través de la ejecución forzosa del piso o local, pudieran cobrar sus créditos antes que la comunidad de propietarios a la que pertenece dicho piso o local, se estaría produciendo un auténtico enriquecimiento injusto de tales acreedores, que se beneficiarían del esfuerzo suplementario que deben realizar los restantes comuneros del edificio para cubrir las cuotas no atendidas por el moroso y así poder mantener en buen estado el edificio y sus servicios.

La centenaria STS de 16-3-1897 contenía un comentario que viene al caso reproducir por su lucidez: *-los gastos de conservación de unos bienes no pueden menos de afectar a cuantos en ellos tienen intereses, sea como propietarios, sea como acreedores, siendo, en consecuencia, preferente su pago al de cualquier otro crédito, que en tanto son realizables en cuanto aquéllos se conserven y subsistan. Los gastos de administración no pueden menos de reputarse como de conservación y deben previamente deducirse antes de ventilar el derecho de los acreedores-*.

Dentro de la pluralidad de acreedores que se beneficia de que los elementos comunes del edificio y sus servicios sean debidamente conservados por los restantes vecinos del inmueble se encuentran también los trabajadores que pueda tener el comunero moroso. También éstos obtienen un enriquecimiento injusto si cobran sus créditos antes que la comunidad de propietarios. Por lo que

sostengo que la comunidad de propietarios debe cobrar antes que los trabajadores, pero no en base a interpretar la voluntad del Legislador de situar tal o cual crédito en primer lugar a la hora del pago, sino en función de consideraciones de lógica y de Justicia, como recoge la añeja sentencia que se acaba de citar, pues, no sólo los gastos de comunidad son una limitación legal del dominio de todo piso o local en régimen de propiedad horizontal, cosa que bajo ningún concepto puede predicarse de los créditos salariales, sino que además todo crédito será realizable sobre el piso o local en cuestión en función de que éste, y los elementos comunes del inmueble que son parte inseparable del mismo, se conserve en debidas condiciones.

Ya se comentó con anterioridad en la breve referencia realizada a los procedimientos concursales que el crédito a favor de la comunidad de propietarios debe considerarse *deuda de la masa* y por tanto ha de satisfacerse al margen de las normas sobre reconocimiento y graduación de créditos, no existiendo motivo alguno para no hacer extensibles estas consideraciones al supuesto de ejecución singular, únicamente que, al no existir en la ejecución singular un órgano que represente los intereses de la masa de acreedores, habrá de idearse algún sistema que permita salvaguardar los intereses de la comunidad de propietarios, sea el sugerido en el presente trabajo, imponer al órgano ejecutor la obligación de recabar certificación de la deuda pendiente con la comunidad de propietarios, u otro semejante.

Finalizaré el presente trabajo reiterando que la reforma me parece necesaria y positiva, pero lamentando que se esté desaprovechando la ocasión de dotar al crédito de la comunidad de propietarios de mecanismos de defensa mucho más eficaces, en consonancia con su especial naturaleza y su trascendencia genuinamente social.

■

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

13.- En el presente trabajo se han recogido sólo algunas de las innumerables opiniones doctrinales al respecto. Algunos autores incluso han intentado sistematizarlas, p.ej. VELASCO DOMINGUEZ. "El sujeto pasivo en las obligaciones de contribuir a los gastos comunes (Notas en torno a los artículos 9.5 y 20 LPH)". Actualidad Civil nº 33. 12-18 de septiembre de 1.994. pag 641.

14.- JOAQUIN SAPENA. "Los órganos de la Propiedad Horizontal: forma y eficacia de sus resoluciones". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. nº 525. Marzo-abril de 1.978, pags 310 y ss.

15.- VENTURA TRAVESET. "Derecho de Propiedad Horizontal", 4ª edición, 1.980, pags 264 y ss.

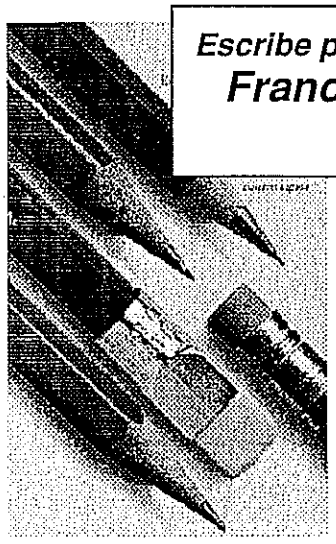
16.- CASTAN, "Derecho Civil Español Común y Foral", vol 2, tomo 2, pag 439, apunta como notas de las hipotecas legales tácitas -*inciertas en su cuantía, no inscritas en el Registro y ocultas frente a terceros*-.

PEREZ ROYO, op cit, -*sus efectos son los de una garantía real que opera de modo automático, ope legis, sin necesidad de acto constitutivo expreso ni inscripción y que, con el alcance indicado en el precepto* (se refiere al art. 73 de la Ley General Tributaria) *se antepone a los titulares registrales*-.

17.- CANALS BRAGE, FERNANDO. "Carga real y preferencia crediticia en las ejecuciones inmobiliarias". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Mayo-junio de 1.990. Pag 1.222.

18.- NAVARRO DIAZ, ROSA y CARBONELL SERRANO, VICENTE. "Comentario a la RDGRN de 1 de junio de 1.989". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Septiembre-octubre de 1.990. Pag 268.

■



*Escribe para Lunes:*
***Francisca Ramón Fernández***
*Opositora*

# La consignación del precio en el retracto: validez del aval bancario

## *A propósito de la STS (Sala 1ª) de 15 de abril de 1998.*

## *(Y segunda parte)*

### 4. REEMBOLSO DEL PRECIO.

Aunque ya nos hemos referido a la consignación del precio, el reembolso del mismo plantea una serie de cuestiones. Veamos:

El reembolso del precio que deberá hacer el retrayente es el precio en que consistió la enajenación ya realizada. Pero, en ocasiones, ese precio no coincide con el que se hizo constar en el documento, o sea, hay una discordancia entre el precio real y precio escriturado a los efectos del reembolso en el ejercicio del retracto. Esta situación se produce con la finalidad de eludir obligaciones fiscales, y conlleva la dificultad de dilucidar cuál es el precio que en realidad hay que reembolsar .

En efecto, la Jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de entender que debe de reembolsarse el precio "real", el que efectivamente pagó el que va a "sufrir" el retracto. Así, en apoyo de esta postura destacan la SAP Barcelona 16 febrero 1990 (R.G.D., 1990, págs. 5947 y sigs.); STS 28 junio 1991 (R.A., 1991, 4640) (14), mantiene la misma postura alegando las razones anteriormente mencionadas de cumplimiento de obligaciones fiscales. Y más recientemente la STS 4 diciembre de 1991 (R.A., 1991, 8914) (15).

Con todo, es preciso probar que la cantidad que figura es ficticia, y que otra es la cantidad realmente pagada, como ha señalado la STS 11 julio 1996 (R.A., 1996, 5666; *Revista SEPIN*, núm. 167, febrero 1997, págs. 12 y sigs) (16).

### 5. GASTOS ABONABLES. ARTÍCULO 1518 DEL CÓDIGO CIVIL.

Junto con el reembolso del precio, el segundo de los reembolsos que debe realizar es el de los gastos abonables a que se refiere el artículo 1518 del Código Civil.

Este precepto distingue entre los gastos del contrato y pagos legítimos hechos para la venta, y los gastos necesarios y útiles que se hayan hecho en la cosa (17). Vamos a verlos separadamente.

### 5.1. GASTOS DEL CONTRATO Y DEMÁS GASTOS LEGÍTIMOS.

Hay que precisar que el importe de estos gastos no es necesario consignarlo (18) para que se admita procesalmente la acción conforme a lo dispuesto en el artículo 1618.2 de la L.E.C., que no hace referencia a ellos; pero para que el retrayente adquiera la propiedad, en efecto, deberá haberlos satisfecho (19).

Por gastos del contrato la doctrina científica entiende que se comprenden los gastos de aranceles notariales, gastos derivados de operaciones en el Registro de la Propiedad y gastos de liquidación de los impuestos correspondientes (SAP Madrid 17 diciembre 1996 (R.g.D., 1997, págs. 4494 y sigs.) (20).

No se consideran como gastos del contrato o pagos legítimos hechos para la venta: el reintegro de las costas del pleito seguido entre el vendedor y comprador para elevar el contrato de venta a escritura pública, (21) por no ser pago legítimo hecho para la venta; ni la minuta del abogado a quien consultaron los adquirentes sin precisión y voluntariamente; (22) ni los intereses legales del precio de la cosa desde la fecha de su adquisición hasta la sentencia definitiva, pues los frutos de la cosa también los retiene el comprador retraído; ni los gastos ocasionados por la consignación (23).

En efecto, se trata de evitar que se produzca un enriquecimiento sin causa por parte del retrayente.

### 5.2. GASTOS NECESARIOS Y ÚTILES HECHOS EN LA COSA VENDIDA.

Por gastos necesarios se entiende según la doctrina más moderna entre gastos ordinarios y extraordinarios, debiendo los primeros pagarlos el comprador sin derecho a reintegro, pues se consideran cargas naturales de la cosa que son baja de los frutos, al paso que los gastos extraordinarios se entienden a cargo del dueño definitivo de la cosa (24).

Entre los gastos necesarios se incluyen todos aquellos realizados para mantener la conservación de la vivienda a que alude el artículo 21 de la L.A.U. (25).

Entre los gastos útiles deben incluirse los realizados en concepto de mejora de la finca arrendada, pero con exclusión de las mejoras de lujo o mero recreo (26).

Tampoco juega respecto de estos gastos el requisito de la consignación, como señala la SAP Madrid 22 enero 1992 (R.G.D. 1992, págs. 5750 y sigs.).

### 6. PLAZO DE EJERCICIO.

Según el artículo 25.3, último inciso de la L.A.U., el derecho de retracto tiene un plazo de caducidad de treinta días naturales (27), contados desde el siguiente a la notificación (28).

Se trata, en efecto, de un plazo de caducidad (29) y no de prescripción, como se ha ocupado de declarar la Jurisprudencia en numerosas ocasiones, entre ellas, y por citar algunas de las más recientes, teniendo en cuenta que son anteriores a la Ley de 1994, en que el plazo, también de caducidad, se establecía en sesenta días (artículo 48.2 de la L.A.U. de 1964), la SAT Oviedo 1 diciembre 1976 (R.G.D., 1977, págs. 580 y sigs.); STS 12 febrero 1981 (R.A., 1981, 391); SAT Barcelona 7 diciembre 1981 (R.G.D., 1982, pág. 1129); STS 24 mayo 1982 (R.A., 1982, 2591); SAT Cáceres 19 diciembre 1984 (R.G.D., 1985, págs. 2404 y sigs.); SAT Burgos 18 junio 1986 (R.G.D., 1987, págs. 5161 y sigs.); SAT Madrid 15 marzo 1995 (R.G.D., 1995, págs. 7376 y sigs.).

Refiriéndose expresamente a la nueva Ley de 1994, señala la SAP Cuenca 8 marzo 1995 (R.G.D., 1995, págs. 6057 y sigs.) esta posibilidad de retraer está, sin embargo, condicionada a un plazo que es de caducidad y no de prescripción: sesenta días en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 —hoy de treinta días, según la Ley de 24 de noviembre de 1994—; término fijo, transcurrido el cual se produce de manera directa y automática la decadencia del derecho

y la imposibilidad de su ejercicio, y cuyo cómputo comienza a partir del conocimiento que el arrendatario tenga de la enajenación del local.

### 6.1. CÓMPUTO.

El inicio del *dies a quo* se computará desde el día siguiente a la notificación que en forma fehaciente haga el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, salvo que el arrendatario tuviera conocimiento por otro medio de la venta, habiendo desaparecido la forma de conocimiento derivado de la inscripción registral (30) con la nueva Ley.

Así, la SAP Cuenca 8 marzo 1995 (R.G.D., 1995, págs. 6057 y sigs.). En el mismo sentido, SAT Oviedo 14 julio 1971 (R.G.D., 1972, págs. 86 y sigs.); STS 21 abril 1975 (R.A., 1975, 1820); SAT Valladolid 19 enero 1980 (R.G.D., 1981, págs. 1545 y sigs.); SAT Valladolid 29 octubre 1982 (R.G.D., 1983, págs. 2123 y sigs.); SAT Palma de Mallorca 17 octubre 1984 (R.G.D., 1985, págs. 1158 y sigs.); SAT Madrid 12 febrero 1985 (R.G.D., 1985, págs. 1879); SAP Barcelona 15 marzo 1989 (R.G.D., 1989, págs. 4904 y sigs.); SAP Barcelona 26 julio 1995 (R.G.D., 1995, págs. 13943 y sigs.).

### 6.2. SUPUESTOS DE INTERRUPCIÓN.

La consideración del plazo para el ejercicio del retracto como un plazo de caducidad y no de prescripción, da pie a hacer una serie de consideraciones en cuanto a la diferenciación entre uno y otro (31).

Expresamente la SAP Madrid 16 febrero 1993 (R.G.D., 1993, págs. 6230 y sigs.), delimitó las diferencias entre la prescripción y la caducidad del siguiente modo: dos maneras tiene la Ley de impedir que prosperen ante los Tribunales los derechos cuya virtualidad se ha extinguido por el transcurso del tiempo prefijado para su eficaz ejercicio: la caducidad y la prescripción, y, aunque ambas "producen el mismo efecto extintivo y sirven a la común finalidad de impedir que permanezcan indefinidamente inciertos los derechos" ofrecen la nota diferencial, entre otras, de que mientras la prescripción puede interrumpirse (como dice la doctrina, en la prescripción la posición subjetiva del titular puede afirmarse a través de actos interruptivos o del reconocimiento del derecho por el sujeto pasivo), los plazos de caducidad no son susceptibles de interrupción, ni les es aplicable lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil (en general, en la caducidad se trata de plazos o, más bien, términos breves, sobre todo perentorios o improrrogables y, además, no susceptibles de interrupción, fatales). En este sentido, los de caducidad son, pues, casos de extinción de derechos por el transcurso del tiempo, en los cuales, a causa de la naturaleza del derecho (generalmente, derechos potestativos), el plazo corre inexorablemente, sin que pueda ser detenido por actuación alguna, mientras no se ejercite la acción correspondiente, de modo que, como ha señalado nuestra más autorizada doctrina científica, en la caducidad no valen, por tanto, para interrumpir la extinción, ni la reclamación extrajudicial, ni el reconocimiento del deudor, e incluso el ejercicio de la acción no vale sino en cuanto sea victorioso. No cabe aquí propia interrupción, sino que las acciones, o se ejercitan con éxito en tiempo hábil, o caducan inevitablemente. Y entre los supuestos más conocidos y menos discutidos de caducidad establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran los de ejercicio del derecho de retracto, y, por tanto, como uno de ellos, el retracto arrendaticio urbano, dado que conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos (artículos 47 y siguientes) el arrendatario de un piso o local de negocio o casa en propiedad individual puede retraerlos en caso de venta o, en cuanto a las viviendas, división de la cosa común (salvo si la comunidad es de herederos), derecho de retracto que, según el artículo 48.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos concretamente "caducará a los sesenta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que, en forma fehaciente, deberá hacer en todo caso el adquirente al inquilino o arrendatario de las condiciones

esenciales en que se efectuó la transmisión". Es éste, en suma, un derecho cuyo plazo de ejercicio es breve, e indudablemente de los llamados en la doctrina y la jurisprudencia "de caducidad".

La prescripción extintiva es un modo de extinción de los derechos y acciones por la inacción del titular de los mismos durante el tiempo determinado por la ley (SSTS 26 abril 1982 (*Revista La Ley*, 1982-3, págs. 605-606) y 22 septiembre 1984 (*Revista La Ley*, 1984-4, págs. 603-607). Por su parte, la caducidad tiene lugar cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para la duración de un derecho, de modo que transcurrido ese término, ya no puede ser ejercitado (SSTS 23 mayo 1952 (R.A., 1952, 1502); 30 octubre 1953 (R.A., 1953, 2911); 6 noviembre 1962 (R.A., 1962, 4419) (32).

Así, en esencia, como diferencias entre caducidad y prescripción pueden citarse las siguientes: 1) Por su origen, la prescripción tiene siempre su origen en la Ley, mientras que la caducidad puede tenerlo en la Ley o en la voluntad de los interesados, aunque *stricto sensu* sólo es caducidad la caducidad "legal", no existiendo diferencia real por razón del origen; 2) Por razón del objeto o tipo de derechos a que afecta. La prescripción afecta a derechos con una duración, en principio, ilimitada, mientras que la caducidad se refiere a derechos con una duración limitada en el tiempo desde su origen. La prescripción extintiva tiene por objeto derechos subjetivos cuyo desarrollo en el tiempo no tiene como finalidad la constitución o modificación de otro derecho, mientras que la caducidad afecta a derechos y frecuentemente a simple poderes o facultades destinadas a la adquisición o, en todo caso, a la modificación de otros derechos. Los derechos que sirven de objeto a la prescripción son siempre de carácter patrimonial, mientras que los afectados por la caducidad pueden ser tanto patrimoniales como no patrimoniales; 3) Por sus caracteres. La prescripción se puede interrumpir mientras que, la caducidad no es susceptible de interrupción. La prescripción admite suspensión mientras que los plazos de caducidad tampoco son susceptibles de suspensión, como regla general. Excepcionalmente se admiten ciertas causas de suspensión, pero el origen de éstas es, en todo caso, de carácter legal. En la caducidad está presente con mayor frecuencia que en la prescripción la noción de orden público, lo que contribuye a explicar su apreciación de oficio y su irrenunciabilidad. La prescripción extintiva, para surtir efecto en juicio, debe ser alegada por el interesado, mientras que la caducidad es apreciable de oficio por el juzgador. La prescripción puede ser renunciada por aquel que resultaría favorecido por la misma, mientras que la renuncia sería intranscendente en materia de caducidad. La prescripción representa la regla general de poderse interrumpir (art. 1973 del Código Civil) mientras que la caducidad supone la excepción. 5) Por los efectos. La prescripción mientras no sea aceptada no produce realmente la extinción del derecho sino que deja a éste en una situación precaria y de especial debilidad. Por el contrario, la caducidad extingue plena y radicalmente el derecho o poder de que se trate. El efecto propio de la prescripción y de la caducidad se produce en ambas instituciones de modo automático (33).

La doctrina de la Sala 1ª Del Tribunal Supremo ha señalado claramente y con reiteración la diferencia entre caducidad y prescripción extintiva. Así, SSTS 30 abril 1940 (R.A., 1940, 303); 25 septiembre 1950 (R.A., 1950, 1406); 22 diciembre 1950 (R.A., 1950, 1846); 5 julio 1957 (R.A., 1957, 2554); 18 octubre 1963 (R.A., 1963, 4138); 11 mayo 1966 (R.A., 1966, 2416); 28 enero 1983 (R.A., 1983, 393); 30 marzo 1983 (R.A., 1983, 1653); 10 noviembre 1994 (R.A., 1994, 8466) (34).

En cuanto a la posibilidad de interrupción del plazo la Jurisprudencia no ha mantenido un criterio uniforme. Así, ha mantenido que el acto de conciliación no afectaba a la caducidad la SAT Barcelona 9 julio 1965 (R.G.D., 1965, págs. 1021 y sigs.); SAP Barcelona 28 marzo 1990 (R.G.D., 1990, págs. 7902 y sigs.); SAP Barcelona 7 enero 1991 (R.G.D. 1991, págs. 6672 y sigs.).

La caducidad no admite interrupción como ha puesto de manifiesto, entre otras, la SAT Cáceres 8 julio 1970 (R.G.D., 1971, págs. 848 y sigs.), que se expresa en los siguientes términos: y si bien es cierto que como dice la STS 18 enero 1963 (R.A., 1963, 441) el plazo de interrumpe con la solicitud de conciliación, no lo es menos que tal efecto interruptivo por tiempo de dos meses solamente para la prescripción de las acciones a tenor del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil, pero no para la caducidad, y como quiera que nos hallamos ante ese segundo caso, la doctrina jurisprudencial en las SSTS, entre otras, de 27 abril 1940 (R.A., 1940, 303), 25 noviembre 1950 (R.A., 1950, 1770), ha entendido que cuando se otorga un tiempo determinado para el ejercicio de un derecho, se está ante la caducidad pasado el cual deja de existir tal derecho, mientras que la prescripción hace referencia tan solo a las pretensiones que las partes puedan aducir pero no a los derechos que les afectan (35).

No obstante, hay que señalar que conforme a lo que dispone el artículo 1621 de la L.E.C., último inciso, <<... reservándose proveer sobre el curso de la demanda, presentada que sea la certificación del acto de conciliación.>>, este precepto debe ponerse en relación con el artículo 460 de la L.E.C., que fue redactado conforme a la Ley 34/1984, de 6 de agosto (B.O.E. del 7), y que ha suprimido la obligatoriedad de la conciliación. Así, la conciliación previa al proceso, que hasta la reforma operada por la indicada Ley, venía siendo un presupuesto obligatorio de la iniciación del proceso, constituye en este momento un actuación facultativa que la parte puede utilizar, según sus conveniencias, antes de acudir al pleito (36). De ello se desprende la falta de sincronización entre los preceptos mencionados, pudiéndose entender que se ha producido una derogación tácita de la exigencia de este requisito.

Ni la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, publicada en el B.O.E. núm. 108, de 5 de mayo de 1992, ni la propia Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que sólo ha modificado en su Disposición adicional quinta, los artículos 1563, 1566, 1567 y 1687. 3 de la L.E.C., no se han pronunciado sobre este discordancia entre los preceptos.

Por lo tanto, no exigiéndose la previa presentación de certificación del acto de conciliación por parte del retrayente para iniciar la demanda de retracto, pierde su importancia que se considere al acto de conciliación como forma de interrupción del plazo para ejercitar la acción de retracto, plazo que, es considerado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de caducidad y no de prescripción y por ello, en sentido técnico, no puede ser objeto de interrupción.

Cuestión distinta es si la solicitud del beneficio de justicia gratuita implica interrupción del ejercicio de retracto. En este sentido, la SAP Las Palmas de Gran Canaria 20 enero 1994 (R.G.D., 1995, págs. 14213 y sigs.), al indicar que en el retracto arrendaticio, la Ley no admite otro acto impeditivo que el ejercicio de la acción ante los Tribunales, la cuestión se concreta, en decidir si la solicitud del beneficio de justicia gratuita implica interrupción del ejercicio de la acción de retracto, si dicha solicitud es previa al ejercicio de la acción, por lo que ésta todavía no se ejercita, y consiguientemente no produce el efecto impeditivo al que solamente la acción es capaz de dar lugar. En consecuencia, sí interrumpe el plazo de caducidad la solicitud del beneficio de justicia gratuita, pues dicha solicitud es obligado antecedente de la demanda principal y, por ello, implica el ejercicio de la acción de retracto (37).

## 7. EFECTOS.

Ejercitado el retracto, el resultado será, evidentemente, la adquisición de la propiedad por parte del arrendatario-retrayente.

Al adquirir la propiedad el arrendatario se produce la doble condición de ser propietario y a la vez "arrendatario", por lo que se producirá una extinción del contrato de arriendo por aplicación del artículo 1156 del Código Civil, es decir, por confusión de los derechos de arrendatario y propietario (38).

**Valencia, noviembre 1998.**

NOTAS

(14) Comentada por COCA PAYERAS, M.: <<Retracto arrendaticio urbano; precio escriturado y precio real de la enajenación; prueba; consignación. Conveniencia o no de confirmar la línea jurisprudencial anterior. Comentario a la STS 28 junio 1991>>, C.C.J.C., núm. 27, septiembre-diciembre 1991, págs. 809 y sigs.

(15) RUBIO TORRANDO, E.: <<Comentario a los artículos 1507-1520 del Código Civil>>, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, pág. 1001 y sigs.; BLASCO GASCÓ, F.: *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R., coordinadora, Valencia 1994, pág. 234, critica esta línea jurisprudencial porque <<parece favorecer el fraude fiscal, si bien el conflicto de intereses entre el propietario transmitente y el arrendatario retrayente es ajeno a las relaciones entre aquél y la Hacienda Pública>>. En términos menos absolutos se manifiestan COCA PAYERAS, M., y MUNAR BERNAT, P.A.: <<Artículo 25. Derecho de adquisición preferente>>, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, LASARTE ÁLVAREZ, C., coordinador, Madrid, 1996, pág. 698, al indicar que <<la exigencia de la presentación de la copia de la escritura parece que necesariamente nos debe llevar a hacer prevalecer lo que en ella aparece, aunque lógicamente también existirán razones de justicia material que compelerán a que se pague el adquirente lo que éste en realidad pagó, porque de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto para el vendedor, que habrá obtenido un sobreprecio sobre lo escriturado. No quedará más remedio que aferrarse a esa exigencia jurisprudencial para la preeminencia del precio real, en el detalle de que conste y sea conocido por el retrayente, siendo así que aunque haya existido si no se dan esas condiciones no podemos más que estar al precio reflejado en la escritura>>.

(16) Sentencia comentada por GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: <<Comentario a la STS (Sala 1ª) de 11 de julio de 1996>>, *Revista SEPIN*, núm. 167, febrero 1997, págs. 12-17.

(17) La Jurisprudencia también los ha distinguido en SAT Barcelona de 13 de mayo de 1964 (R.g.D., 1965, págs. 191 y sigs.); SAT Las Palmas de Gran Canaria de 10 de marzo de 1982 (R.G.D., 1983, págs. 1406 y sigs.).

(18) GARCÍA CANTERO, G.: <<Comentario al artículo 1518>>, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo XIX, Madrid, 1991, pág. 605.; GRAMUNT FOMBUENA, Mª D.: <<Ejercicio del derecho de retracto: la distinta naturaleza de la consignación y el reembolso (A propósito de la STC 12/1992, de 27 de enero)>>, *Derecho Privado y Constitución, Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1993, págs. 311 y sigs.

(19) SAT Valencia 24 enero 1975 (R.G.D., 1975, págs. 467 y sigs.); SAT Albacete 12 febrero 1963 (R.G.D., 1964, págs. 410 y sigs.); STS 24 mayo 1982 (R.A., 1982, 2591); SAP Palma de Mallorca 16 octubre 1992 (R.G.D., 1993, págs. 865 y sigs.); SAT Palma de Mallorca 22 febrero 1986 (R.G.D., 1987, págs. 467 y sigs.).

(20) DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: <<El derecho de adquisición preferente del arrendatario en la nueva Ley 29/94>>, *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, núm. 6 (2ª época), julio 1995, págs. 1401 y sigs.: <<El derecho de adquisición preferente del arrendatario en la nueva Ley 29/94>>, *Revista Lunes Cuatro Treinta. Informativa de Derecho Privado y Registral*, núm. 173, 1ª Quincena, septiembre 1995, págs. 36; RODRÍGUEZ MORATA, F.A.: *Derecho de Tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Pamplona, 1996, pág. 166; COCA PAYERAS, M., y MUNAR BERNAT, P.A.: <Artículo 25. Derecho de adquisición preferente>>, cit., pág. 700;

(21) RODRÍGUEZ MORATA, F.A.: *Derecho de Tanteo...*, cit., pág. 166, que cita la STS de 9 de febrero de 1916, en apoyo de esta postura.

(22) RODRÍGUEZ MORATA, F.A.: *Derecho de Tanteo...*, cit., pág. 166, con cita de la STS de 1 de marzo de 1954 (R.J., 1954, 710).

(23) DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: <<El derecho de adquisición preferente...>>, cit., pág. 36.

(24) GARCÍA CANTERO, G.: <<Comentario al artículo 1518>>, cit., pág. 606.

(25) Este precepto dispone, en su primer indico, que <<el arrendador está obligado a realizar, sin derecho a elevar por ello la renta, todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, salvo cuando el deterioro de cuya reparación se trate sea imputable al arrendatario a tenor de lo dispuesto en los artículos 1563 y 1564 del Código Civil. La obligación de reparación tiene su límite en la destrucción de la vivienda por causa no imputable al arrendador. A este efecto, se estará a lo dispuesto en el artículo 28>>.

(26) Acudimos a las reglas establecidas en el Código Civil en cuanto a los efectos de la posesión, comprendidas en los artículos 453 y 454, al considerarse el retraído como poseedor de buena fe con el consiguiente derecho de retención que le correspondería como tal poseedor.

(27) Por lo que conforme al artículo 5 del Código Civil, en este cómputo no se excluyen los días inhábiles.

(28) BELLO JANEIRO, D.: *Plazo de la acción de retracto legal*, Valencia, 1996, pág. 35 y sigs.

(29) En términos generales, respecto de la caducidad ha señalado la SAP Madrid 17 diciembre 1991 (R.G.D., 1992, págs. 4507 y sigs.); STS 16 marzo 1992 (R.A., 1992, 2185).

(30) A la referencia de la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad se refería el artículo 64, de la Ley de 31 de diciembre de 1946, de Arrendamientos Urbanos, (R.L., 1947, 434), publicada en el B.O.E. núm. 93, de 3 de abril de 1947), habiendo desaparecido esta referencia en las leyes posteriores. En este sentido se manifestaba la Jurisprudencia de la época: SAT Zaragoza 10 febrero 1966 (R.G.D., 1967, págs. 820 y sigs.).

(31) Cfr. SOLS GARCÍA, P.: <<Ensayos sobre la prescripción adquisitiva de bienes muebles>>, R.D.P., t. XXXIV, núm. 395, febrero 1950, pág. 19 y sigs.; MURIAS TRAVIESO, J.: <<Notas sobre la prescripción inmemorial>>, R.G.L.J., t. XVI, núm. 183, 1948, pág. 306 y sigs.; BIENZOBAS, J.: <<Acerca de la prescripción adquisitiva>>, *Revista del Notariado*, enero-febrero 1953, pág. 5 y sigs.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, I.: <<En torno al concepto de la prescripción>>, A.D.C., t. XVI, fasc. V, octubre-diciembre 1963, pág. 969 y sigs.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L: <<La interrupción de la prescripción>>, R.D.N., núms. XLI-XLII, 1963, pág. 13 y sigs.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964, pág. 55 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, M.; <<La interrupción de la prescripción extintiva civil por acto de conciliación no seguido de demanda>>, R.G.L.J., t. LV, núm. 223, 1967, pág. 709 y sigs.; ESPÍN CÁNOVAS, D.: <<La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión>>, A.D.C., t. XXIII, fasc. III, julio-septiembre 1970, pág. 459 y sigs.; FUENMAYOR CHAMPÍN, A.: <<La interrupción judicial de la prescripción extintiva civil en el derecho navarro>>, A.D.C., t. XXVII, fasc. I, enero-marzo 1974, pág. 3-25; ALBALADEJO GARCÍA, M.: <<Comentario al artículo 1973 del Código Civil>>, R.D.P., t. LXI, 1977, págs. 987 y sigs.; LUCENA GONZÁLEZ, P.A.: <<Prescripción y caducidad>>, R.D.R., Centro Internacional de Derecho Registral, núm. 11-12, 1985, pág. 131 y sigs.; PUIG BRUTAU, J.: *Caducidad y Prescripción extintiva*, Barcelona, 1986, pág. 7 y sigs.; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: <<Caducidad y autonomía privada: especial referencia a la interrupción de la caducidad por acuerdo de las partes>>, *Revista La Ley*, 1986-4, págs. 1005 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil español*, vol. I, *Introducción y parte general*, Barcelona, 1987, pág. 559 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. I, *Introducción y parte general*, vol. 2º, *Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*, Madrid, 1987, pág. 970 y sigs.: PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil*, vol. I, Barcelona, 1987, pág. 370 y sigs.; GUTIÉRREZ DEL SOLAR BRAGADO, E.: <<La interrupción de la prescripción extintiva por reclamación judicial en la legislación procesal y jurisprudencial actuales>>, *Revista La Ley*, 1987-1, págs. 950 y sigs.: DE LA CUESTA SÁENZ, J.M.: <<Notas sobre la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria>>, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VI, Madrid, 1988, págs. 63 y sigs.; GÓMEZ CORRALIZA, B.; <<Comentarios jurisprudenciales sobre la caducidad>>, *Revista La Ley*, 1988-4, págs. 800 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, t. I., vol. 2º, Barcelona, 1989, pág. 534 y sigs.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: <<Las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva y la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria (Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1987)>>, *Homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pág. 225 y sigs.; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. I, *El derecho real. La posesión. La propiedad. Sus límites. Adquisición y pérdida. Ejercicio de acciones*, Barcelona, 1989, págs. 161 y sigs.; GÓMEZ CORRALIZA, B.: *La caducidad*, Madrid, 1990, pág. 45 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: <<La prescripción de la acción reivindicatoria>>, A.D.C., tomo XLIII, fasc. I, enero-marzo 1990, pág. 26 y sigs.; DE PABLO CONTRERAS, P.: *Prescripción de la acción reivindicatoria*, Madrid, 1992, pág. 21 y sigs.; OROZCO PARDO, G.: *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho Civil*, Granada, 1995, pág. 36 y sigs.; GARCÍA CANTERO, G.: <<El instituto de la prescripción y sus orientaciones en el Derecho comparado>>, A.C., núm. 45, 19965, pág. 907.

(32) PUIG BRUTAU, J.: *Caducidad y Prescripción extintiva*, cit. págs. 14, 15, 18 y 19; PUIG BRUTAU, J.: *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, cit., págs. 29-38; GÓMEZ CORRALIZA, B.: <<Prescripción: interrupción por reclamación extrajudicial; se produce aunque ésta se efectúe a través de un organismo legalmente inexistente o ante un organismo inadecuado; interpretación restrictiva por tratarse de un instituto no basado en la justicia intrínseca. Plazo de dos años del artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro: se puede interrumpir por reclamación judicial conforme al artículo 1973 CC. Comentario a la STS 18 julio 1994>>, C.C.J.C., núm. 37, enero-marzo 1995, pág. 85 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: <<Si la reclamación extrajudicial interrumpe la prescripción>>, R.D.P., julio-agosto 1996, pág. 523 y sigs.; BADENAS CARPIO, J.M.; <<Prescripción extintiva: interrupción de la prescripción mercantil; la reclamación extrajudicial como medio adecuado para interrumpir la prescripción de las acciones mercantiles. Comentario a la STS 4 diciembre 1995>>, C.C.J.C., núm. 41, abril-agosto 1996, pág. 617 y sigs.

(33) GÓMEZ CORRALIZA, B.: *La caducidad*, cit., págs. 511-516.

(34) PUIG BRUTAU, J.: *Caducidad y Prescripción extintiva*, cit., págs. 8-12; RUBIO TORRANO, E.: <<La caducidad en el Derecho civil español>>, *Aranzadi Civil*, tomo III, vol. III, 1995, pág. 91.

(35) En el mismo sentido, SAT Palma de Mallorca 31 marzo 1979 (R.G.D., 1980, págs. 589 y sigs.).

(36) RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, t. I, Barcelona, 1986, pág. 430.

(37) En el mismo sentido, BELLO JANEIRO, D.: *El retracto de comuneros...* cit., pág. 88.

(38) Cfr. artículos 1192 y sigs. del Código Civil; ABRIL CAMPOY, J.M.: <<La extinción por confusión de derechos y su repercusión en la relación obligatoria solidaria>>, A.D.C., tomo XLVII, fasc. III, julio-septiembre 1994, pág. 71 y sigs.; ABRIL CAMPOY, J.M.: *La confusión de derechos*, Valencia, 1995, pág. 87 y sigs. ■

*Constancio Villaplana*
*Registrador de la Propiedad*

# La multipropiedad

## NOTAS A LOS TEMAS 44 DE CIVIL Y 35 DE HIPOTECARIO

## NOTA AL TEMA 44 DE CIVIL.

### LA MULTIPROPIEDAD.

Se entiende por tal aquel instrumento jurídico que permite el acceso a un apartamento turístico (o que no tiene como finalidad satisfacer una necesidad primaria y permanente de vivienda), cuya mayor particularidad reside en que su uso se divide en fracciones temporales determinadas, de manera que su titular adquiere el derecho a usar la vivienda durante un período concreto del año.

Como pone de relieve HERNÁNDEZ ANTOLÍN, con esta figura se permite el acceso al disfrute de apartamentos turísticos de sectores sociales que, si tuvieran que adquirirlos (a tiempo completo), no podrían hacerlo, por motivos económicos. Se crea por ello un sistema de uso por turnos, con el consiguiente abaratamiento de la inversión necesaria tanto para la adquisición como para su mantenimiento.

Surge este fenómeno en Francia a finales de los años sesenta, extendiéndose rápidamente por todo el mundo, y llegando a España en los años setenta, si bien de forma modesta y limitada. Durante la década siguiente conoció en nuestro país un importante desarrollo, que hacía necesaria una regulación específica.

Hasta la publicación de la **Ley de 15 de diciembre de 1998**, esta figura era mayoritariamente conocida en España bajo el antedicho nombre de "multipropiedad", pero aquélla ha proscrito este término, al que en su Exposición de Motivos califica de "inadecuado, por equívoco". En efecto, como veremos, dicha Ley ha descartado la configuración de este derecho como una variante del de propiedad, creando al efecto un derecho real, limitado, de nuevo cuño. Así, dice categóricamente su art. 1.4 que este derecho "no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad" (prohibición que se reitera, al regular la transmisión de los derechos, en el art. 8.1).

Y a este nuevo derecho real la Ley lo denomina "derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles", definido en el art. 1.1 como aquél que atribuye a su titular: a) la facultad de usar con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto; y b) el derecho a la prestación de los servicios complementarios que sean necesarios para el adecuado disfrute del alojamiento.

La nueva Ley supone la adaptación al Derecho español de la normativa comunitaria sobre el particular, contenida en la **Directiva de 26 de noviembre de 1994**, y se aplicará a todos los contratos que afecten a inmuebles situados en España, cualquiera que sea el lugar de celebración de aquéllos (disp. ad. segunda). Con ella, el legislador español ofrece una regulación completa de la figura (más allá, incluso, como dice en su Exposición de Motivos, de lo que exigía la adaptación de la citada Directiva), apartándose, como aspecto más notable, de las dos construcciones que hasta el momento habían sido defendidas doctrinalmente: la societaria y la comunitaria. En efecto:

—**la construcción societaria** implica la creación de una sociedad (ya mercantil, ya civil) que es propietaria del inmueble, y que atribuye a sus socios un derecho a la utilización periódica y perpetua de aquél. Plantea una serie de inconvenientes, que pusieron de relieve HERNÁNDEZ ANTOLÍN y MUNAR BERNAT: la inexistencia de ánimo de lucro en los socios, la falta asimismo de "affectio societatis" entre éstos, el problema de la responsabilidad por deudas de alguno de los socios, la falta de protección de éstos al no poder inscribir su derecho inscrito (!) en el Registro de la Propiedad, etc.

—el recurso al **condominio** fue seguido mayoritariamente en nuestra doctrina, si bien con variados matices: comunidad pro diviso (ROCA GUILLAMON, LACRUZ), comunidad pro indiviso (MARTINEZ PIÑEIRO, PAU PEDRÓN), tipo especial de comunidad, nuevo régimen jurídico inmobiliario (MUNAR BERNAT), etc. A esta postura se adscribió, implícitamente, la **Res. de 4 de marzo de 1993** (la única que, hasta la publicación de la Ley, se había ocupado de la cuestión).

En el ámbito del Derecho Comparado la situación no es ni mucho menos uniforme, aunque, como señala MUNAR BERNAT, sí puede decirse que la adaptación de la Directiva comunitaria ha supuesto mayoritariamente el establecimiento de una estructura abierta donde tanto cabe configurar este derecho como real, como atribuir al adquirente la condición de miembro de una asociación o de partícipe en una sociedad.

La Ley española, repetimos, ha optado por la creación de nuevo derecho, el de aprovechamiento por turno de bienes inmueble, que presenta como **CARACTERES** más destacables los siguientes:

a) **Es un derecho real limitado**; si bien se admite también la configuración de un derecho de contenido similar, pero de naturaleza personal (de **arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada**, con un mínimo de tres de ellas y un máximo de cincuenta), sometido a la nueva Ley y a la de Arrendamientos Urbanos (art. 1.6).

b) **Tiene duración temporal**, con un mínimo de tres años y un máximo de cincuenta, sin que a su conclusión el titular tenga derecho a compensación alguna (art. 3). Explica la EM que esta limitación temporal permite que el propietario siga, durante la vigencia del régimen, vinculado al

inmueble; vinculación deseable dada la especial relación, compleja, que se da entre el propietario y el titular del derecho real (pues aquél ofrece no sólo una titularidad inmobiliaria, sino también un posterior servicio de mantenimiento).

c) **Tiene por objeto un "alojamiento"** (art. 1.1), término con el que la Ley trata de designar (según se explica en la EM), únicamente aquellos elementos susceptibles de ser utilizados como vivienda, quedando por tanto excluidos los locales. Ahora bien (y de aquí la peculiaridad de la figura), el objeto no es propiamente el alojamiento, sino el "**turno**", definido por la Ley como "período anual de aprovechamiento" de aquél, que en ningún caso podrá ser inferior a siete días seguidos. Todos los turnos habrán de tener la misma duración (art. 1.3), y a cada uno de éllos se le dará un número correlativo respecto de cada alojamiento (art. 5.3).

La **CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN** ha de hacerse necesariamente mediante escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 4.1).

El constituyente será el propietario del inmueble, previo cumplimiento de los siguientes requisitos (arts. 4 y 7):

—tener la obra inscrita a su nombre en el Registro, bien terminada, bien en construcción (obligando en este segundo caso la Ley a concertar un aval bancario o un seguro de caución que aseguren el eventual incumplimiento del propietario). Se admite (art. 1.2) que el edificio o complejo inmobiliario se destine a un tiempo al régimen de aprovechamiento por turnos y a otro tipo de explotación turística, pero siempre que aquél recaiga sobre alojamientos concretos (que en cualquier caso habrán de ser diez por lo menos) y para períodos determinados. Se admite igualmente que el inmueble no esté constituido en régimen de propiedad horizontal (art. 5.1.3º).

—haber obtenido de las autoridades competentes las licencias pertinentes (apertura, primera ocupación, cédula de habitabilidad y, en su caso, la que habilite para el ejercicio de actividad turística).

—suscribir un seguro que cubra las eventuales indemnizaciones a que el propietario pueda resultar obligado antes de la venta de todos los derechos reales; otro de responsabilidad civil de los ocupantes de los alojamientos; y un seguro de incendios y de daños generales.

—haber concertado un contrato con una empresa de servicios, que deberá concurrir al otorgamiento de la escritura, a no ser que el mismo propietario asuma la prestación de aquéllos. La empresa de servicios no podrá estar domiciliada en un paraíso fiscal, y habrá de tener al menos una sucursal en España.

Enumera la Ley en su art. 5 las circunstancias que ha de contener **LA ESCRITURA** (descripción del inmueble y de cada uno de los alojamientos, características de los turnos, los servicios a prestar, situación catastral, registral y urbanística del inmueble, duración del régimen, etc.), imponiendo la incorporación a la misma (originales o por testimonio) del contrato con la empresa de servicios, en su caso, y de los contratos de seguros. Exige la Ley (art. 15.4) que en la escritura se prevea la constitución de una comunidad de titulares, que se regirá por sus estatutos y las normas que al efecto establece la misma Ley, y, supletoriamente, por la Ley de Propiedad Horizontal.

En cuanto a la **INSCRIPCIÓN** en el Registro, nada dice la Ley para el caso de que el inmueble esté constituido en régimen de propiedad horizontal. Por contra dispone (art. 6.1) que, si no lo estuviera el Registrador abrirá folio a cada uno de los alojamientos, aunque tampoco en la escritura se dividiera horizontalmente el inmueble.

Una vez practicada la inscripción, el Registrador archivará copia de los contratos que según vimos han de incorporarse a la escritura, debiendo posteriormente adjuntar copia de los mismos a las certificaciones que expida del inmueble, si así se le solicitare.

Una vez inscrito, el régimen sólo podrá ser modificado (art. 6.4) por el propietario ("propietario registral", dice impropiamente la Ley), con el consentimiento en su caso de la empresa de servicios, y también el de la comunidad de titulares a que antes hemos aludido. La modificación deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro.

Regula la Ley en su art. 8 las **CONDICIONES DE PROMOCIÓN Y TRANSMISIÓN** de los derechos, obligando al propietario, al promotor o a quien se dedique profesionalmente a la transmisión de este tipo de derechos, a editar un documento informativo —que tiene el carácter de oferta vinculante— que, después de haber sido archivado en el Registro de la Propiedad, entregará gratuitamente a cualquier persona que solicite información. Se enumeran prolijamente los extremos que habrá de contener el folleto, de entre los cuales cabe destacar (art. 8.2.k) que se indicará la posibilidad o no de participar en un sistema de intercambio (muy frecuente en la práctica), con expresión del nombre o razón social del tercero que se va a hacer cargo de este servicio.

Por lo que respecta al **CONTRATO DE TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO**, guarda silencio la Ley acerca de la forma que ha de adoptar, por lo que habrá que aplicar el principio general de libertad de forma. Ahora bien, si el adquirente desea inscribir su derecho en el Registro habrá de otorgarse escritura pública (art. 14.1). En cualquier caso, el contrato habrá de expresar, al menos, los extremos que se detallan en el art. 9 (de no ser así, ni el notario podrá autorizar la escritura ni el registrador inscribir el derecho, art. 14.3), y deberá incorporar toda la información contenida en el folleto informativo (art. 9.4). Será nulas las cláusulas por las que el adquirente renuncie anticipadamente a los derechos que le concede la Ley, así como aquéllas que exoneren al propietario o promotor de las responsabilidades que le son propias; igualmente lo serán las de sumisión a arbitraje, con ciertas salvedades (art. 2).

Regula la Ley, como derechos del adquirente (art. 10), los de **DESISTIMIENTO Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO** (exigidos por la Directiva comunitaria como medio básico de protección de los adquirentes, al ser éste un sector donde, como dice la EM de la Ley, el consumidor está especialmente desprotegido):

a) El primero podrá ejercitarlo, "ad nutum", en el plazo de diez días a contar desde la firma del contrato, bastando con la notificación al transmitente (además, si el contrato se hubiese formalizado en escritura, el desistimiento deberá constar en acta notarial).

b) La facultad resolutoria podrá ejercitarla en el plazo de tres meses a contar desde la firma del contrato, si éste no contuviese las menciones exigidas por el art. 9, si en la publicidad se hubiese utilizado el término "multipropiedad" o cualquier otro que contuviera la palabra "propiedad", o si el documento informativo que se le hubiese entregado no coincidiese con el archivado en el Registro.

Correlativamente, se establece en favor del propietario (art. 13) la facultad de resolver el contrato en caso de impago por el adquirente de las cuotas debidas por razón de los servicios prestados, durante al menos un año.

Bajo el epígrafe **"PUBLICIDAD REGISTRAL"**, se ocupa la Ley de la inscripción de la transmisión, que como acabamos de ver es voluntaria. Si se inscribe, el registrador abrirá folio al turno que se transmita (art. 14.1), y practicará nota marginal de afección al pago de las dos últimas cuotas (no dice el legislador cuales son estas cuotas, pero hay que entender que se está refiriendo a la cantidad que el titular del derecho ha de satisfacer anualmente a la empresa de servicios, según se desprende de los arts. 9.1.5º y 13.1).

En fin, concluye la Ley en sus arts. 17 a 20 estableciendo una serie de normas de carácter tributario (para cuyo estudio nos remitimos a los temas correspondientes de Derecho Fiscal) y fijando en su disp. trans. segunda el plazo de dos años para la adaptación a la nueva normativa de los regímenes existentes a su entrada en vigor. ■

# NOTA AL TEMA 35 DE HIPOTECARIO

## LA MULTIPROPIEDAD. POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN Y TRATAMIENTO REGISTRAL.

La Exposición de Motivos de la **Ley de 15 de diciembre de 1998** señala que, hasta ese momento, se venían denominando con el nombre impropio de "multipropiedad" todas aquellas fórmulas por las que se transmite el derecho a disfrutar de un alojamiento durante un período determinado al año. Dice asímismo que la impropiedad del nombre deriva de su carácter equívoco, por su carácter globalizador y por el hecho de hacer referencia a una forma concreta de propiedad.

Consecuentemente con ello, la Ley proscribe el término "multipropiedad" y cualquier otro que contenga la palabra "propiedad" (arts. 1.4 y 8.1), creando al efecto un derecho real, limitado, de nuevo cuño, llamado **"derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles".**

Dado que en el tema 44 de Civil se estudian los aspectos sustantivos de este nuevo régimen de aprovechamiento por turno, vamos a centrarnos en el presente en sus aspectos registrales.

**Define** el art. 1.1 el nuevo derecho como aquél que atribuye a su titular: a) a facultad de usar con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto; y b) el derecho a la prestación de los servicios complementarios que sean necesarios para el adecuado disfrute del alojamiento.

Como CARACTERES más destacables podemos citar los siguientes:

a) Es un derecho real limitado; si bien se admite también la configuración de un derecho de contenido similar, pero de naturaleza personal, sometido a la nueva Ley y a la de Arrendamientos Urbanos (art. 1.6).

b) Tiene duración temporal, con un mínimo de tres años y un máximo de cincuenta, sin que a su conclusión el titular tenga derecho a compensación alguna (art. 3).

c) Tiene por objeto un "alojamiento" (art. 1.1), término con el que la Ley trata de designar (según se explica en la EM), únicamente aquellos elementos susceptibles de ser utilizados como vivienda, quedando por tanto excluidos los locales. Ahora bien (y de aquí la peculiaridad de la figura), el objeto no es propiamente el alojamiento, sino el "turno", definido por la Ley como "período anual de aprovechamiento" de aquél, que en ningún cado podrá ser inferior a siete días seguidos. Todos los turnos habrán de tener la misma duración (art. 1.3), y a cada uno de éllos se le dará un número correlativo respecto de cada alojamiento (art. 5.3).

La CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN ha de hacerse necesariamente mediante escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 4.1), y previo el cumplimiento de los requisitos que se detallan en los arts. 4 y 7.

A) La ESCRITURA (a cuyo otorgamiento deberá concurrir también la empresa encargada de prestar los servicios a los adquirentes, salvo que éstos sean asumidos por el propietario, art. 4.3) deberá contener, al menos, las circunstancias que menciona el art. 5.1:

1º Se exige en primer lugar la descripción del edificio o edificios sobre los que se constituye el régimen de aprovechamiento por turno, distinguiendo:

—que la construcción este concluida.

—que la construcción esté únicamente comenzada, en cuyo caso habrá de indicarse la fecha límite para su terminación. Esta circunstancia tiene trascendencia en el funcionamiento posterior del régimen, pues se obliga al propietario a concertar un aval bancario o un seguro de caución para el caso de incumplir la fecha fijada para la finalización (art. 4.2), y a advertir de tal circunstancia tanto en el folleto informativo que ha de poner a disposición del público (art. 8.2.c) como en los contratos de venta (art. 9.1.4º). La terminación de la obra deberá hacerse constar en el Registro dentro de los tres meses siguientes a su conclusión (art. 5.3).

Por lo que se desprende del ap. 1.3º de este art. 5, así como del art. 6.1, no es necesario que el inmueble esté dividido horizontalmente, ni tampoco se impone la constitución de este régimen.

2º La descripción de cada uno de los alojamientos que integren cada edificación. Dado que se admite (art. 1.2) la explotación mixta de un inmueble (aprovechamiento por turno y otro tipo de explotación turística), si éste fuera el caso se determinará cuáles de los alojamientos son susceptibles de ser gravados con derechos de aprovechamiento por turno y para qué períodos al año.

3º El número de alojamientos destinados a aprovechamiento por turno, la duración de éste (indicando el día y hora inicial y final), y la cuota que corresponda a cada turno, referida: al alojamiento (si está constituida la división horizontal), o al total inmueble (en caso contrario). A cada alojamiento (¿turno?), como vimos, se le asignará un número correlativo respecto a cada alojamiento.

4º Los servicios a prestar.

5º Los estatutos a los que, en su caso, se someta el régimen de aprovechamiento por turno.

6º La situación registral, catastral, urbanística y, en su caso, turística, del inmueble.

7º La retribución de los servicios y, en su caso, de los gastos de comunidad.

8º Duración del régimen.

Exige además la Ley (art. 15.4) que en la escritura se prevea la constitución de una comunidad de titulares, que se regirá por sus estatutos y las normas que al efecto establece la misma Ley, y, supletoriamente, por la Ley de Propiedad Horizontal.

B) **INSCRIPCIÓN** (art. 6). Presentada la escritura en el Registro, el registrador suspenderá la inscripción de aquellos apartados de los estatutos que impongan a los titulares de los derechos alguna obligación o limitación contraria a lo establecido en la Ley.

En cuanto a los asientos a practicar, cabe distinguir:

a) Que el inmueble esté constituido en régimen de propiedad horizontal. Nada dice la Ley para este caso, pero, por analogía con la inscripción de aquél, hay que entender que se practicará una inscripción extensa en el folio abierto al inmueble, y concisas en el de cada alojamiento.

b) Que el inmueble no esté dividido horizontalmente. En tal caso (y además de practicar la inscripción constitutiva del régimen en la hoja abierta al inmueble, extremo sobre el que la Ley guarda silencio), el registrador abrirá folio a cada alojamiento, debiendo expresar en cada uno de éllos los turnos y las demás circunstancias a que se refiere el art. 5.1.3º, antes vistas.

Practicadas las inscripciones, el registrador archivará copia de los contratos que según el art. 5.2 deben incorporarse a la escritura, es decir, el concertado, en su caso, con la empresa de servicios, y los de seguros a que le obliga el art. 7. Posteriormente, copia de tales contratos deberá acompañar a las certificaciones que expida relativas al inmueble, si así se le solicitare.

Una vez inscrito, el régimen sólo podrá ser modificado (art. 6.4) por el propietario ("propietario registral", dice impropiamente la Ley), con el consentimiento en su caso de la empresa de servicios, y también el de la comunidad de titulares a que antes hemos aludido. La modificación deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro.

Regula la Ley en su art. 8 las **CONDICIONES DE PROMOCIÓN Y TRANSMISIÓN** de los derechos, obligando al propietario, al promotor o a quien se dedique profesionalmente a la

transmisión de este tipo de derechos, a editar un documento informativo —que tiene el carácter de oferta vinculante— que, después de haber sido archivado en el Registro de la Propiedad, se entregará gratuitamente a cualquier persona que solicite información. Se enumeran con detalle los extremos que habrá de contener el folleto, y se prevé que tanto los registradores como su Colegio profesional (aparte otros organismos y entidades) puedan informar a los adquirentes acerca de los derechos que les asisten, exigiéndose que en toda publicidad se indiquen los datos de inscripción del régimen en el Registro de la Propiedad, así como la titularidad y cargas del inmueble.

Por lo que respecta al **CONTRATO DE TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO**, nada dice la Ley acerca de la forma que ha de adoptar, por lo que habrá que aplicar el principio general de libertad de forma. Ahora bien, si el adquirente desea inscribir su derecho en el Registro habrá de otorgarse escritura pública (art. 14.1). En cualquier caso, el contrato habrá de expresar, al menos, los extremos que se detallan en el art. 9 (de no ser así, ni el notario podrá autorizar la escritura ni el registrador inscribir el derecho, art. 14.3), y deberá incorporar toda la información contenida en el folleto informativo (art. 9.4). Serán nulas las cláusulas por las que el adquirente renuncie anticipadamente a los derechos que le concede la Ley, así como aquéllas que exoneren al propietario o promotor de las responsabilidades que le son propias; igualmente lo serán las de sumisión a arbitraje, con ciertas salvedades (art. 2). Y se regulan en el art. 10 los derechos de desistimiento y de resolución que, por imposición de la Directiva comunitaria, se establecen en favor del adquirente (para su estudio nos remitimos al tema 44 de Civil).

Bajo el epígrafe **PUBLICIDAD REGISTRAL** regula el art. 14 la inscripción de dicha escritura.

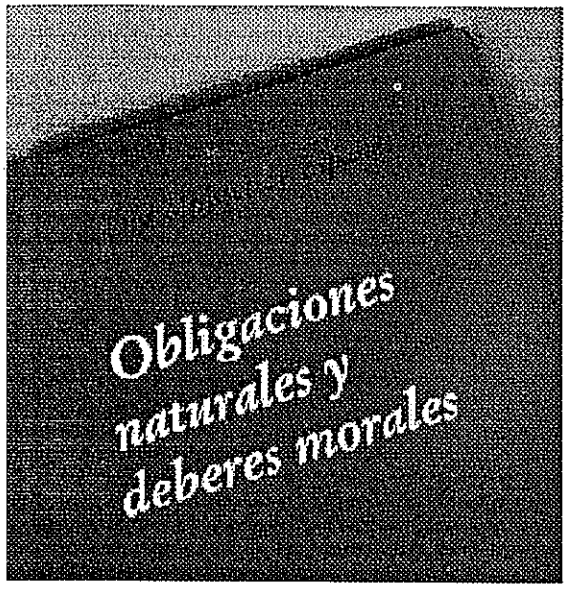
Lo más destacable es que, a salvo siempre lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, se impone al registrador la apertura de folio al turno transmitido, con lo cual se consagra el llamado sistema del "triple folio" (el del inmueble, el de cada alojamiento, y el del turno) que en su día preconizara la Res. de 2 de abril de 1980 para la inscripción de las urbanizaciones.

Además, y por nota marginal, el registrador hará constar que el turno queda gravado, con carácter real, para responder de las dos últimas cuotas (no dice el legislador cuáles son estas cuotas, pero hay que entender que se está refiriendo a la cantidad que el titular del derecho ha de satisfacer anualmente a la empresa de servicios, según se desprende de los arts. 9.1.5º y 13.1).

Dispone el art. 6.1 (recogiendo la doctrina de la Res. de 27 de marzo de 1989) que al inscribir la primera adquisición de un derecho de aprovechamiento podrá asimismo inscribirse, si así se hubiera pactado en el contrato, la subrogación del adquirente en la parte proporcional del crédito hipotecario que pesare sobre la totalidad del inmueble, sin necesidad del consentimiento del acreedor hipotecario, pero siempre que, al constituirse la hipoteca, se hubiese pactado un sistema objetivo de distribución entre todos los derechos de aprovechamiento.

Establece, en fin, el art. 14.3 que si quien profesionalmente se dedique a la venta de derechos de aprovechamiento no los tuviese inscritos, el adquirente podrá instar la inscripción por el procedimiento regulado en el art. 312 del Reglamento Hipotecario.

**Murcia, enero de 1999.**




Editadopor ZAVALIA, de Buenos Aires, se ha publicado el libro "OBLIGACIONES NATURALES Y DEBERES MORALES" del profesor Luis Moisset de Espanés. Con la generosa autorización telefónica del autor, transcribimos, sin notas y en dos partes, la "SECCIÓN PRIMERA:

# Los deberes morales y las obligaciones naturales.".

## (Y SEGUNDA PARTE)

### Capítulo III

### EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES NATURALES.

#### 1) Carácter del acto de cumplimiento.

El primer problema que se suscita a la doctrina, vinculado con el cumplimiento de las obligaciones naturales, es el de si se trata de un acto a título oneroso o a título gratuito. La cuestión no se plantea por un mero afán especulativo de establecer sutiles distinciones teóricas, sino por las consecuencias prácticas que tiene la solución que se adopte; en especial, se advierte que si el cumplimiento de la obligación natural fuese una donación, debería reunir ciertos requisitos formales para su validez, que no serán exigidos —en cambio— si se trata de un pago.

La mayor parte de la doctrina afirma, sin hesitaciones, que se trata de un pago; que el pago es un acto a título oneroso y que, por tanto, no pueden exigirse las formalidades que deben reunir las donaciones. (26)

Sin embargo comienzan a plantearse algunas dudas cuando debe enfrentarse el cumplimiento de una obligación natural con el legítimo interés de los acreedores civiles, en un concurso o en una quiebra, y se pretende ejercitar la acción pauliana para revocar el acto. Cendrier, en una interesante monografía, llega a la conclusión de que en este caso el cumplimiento de una obligación natural es una liberalidad. (27)

Nosotros creemos que el deudor que cumple una obligación natural efectúa un verdadero pago, porque la prestación que ejecuta corresponde a una obligación preexistente, y tiende a extinguirla; pero el hecho de que califiquemos a este acto de pago no es suficiente para ubicarlo en la categoría de los actos onerosos, por contraposición a la donaciones.

Debemos confesar que en un primer momento nos sedujo la explicación fácil de que el pago no es una liberalidad, sino un acto a título oneroso, porque al mismo tiempo que egresa un bien o servicio del activo patrimonial, desaparece también una deuda que pesaba sobre el pasivo, pero se

trata de una afirmación falaz. Se ha repetido a lo largo de los siglos por juristas muy prestigiosos, y el respeto por el valer de quienes la sustentaban le ha conquistado la adhesión de casi toda la doctrina, sin que quienes efectuaban tales afirmaciones se detuvieran a reflexionar sobre la naturaleza del pago, y si corresponde o no tratar de encuadrarlo dentro de los actos onerosos o gratuitos.

Por otra parte, afirmar que el pago es un acto a título oneroso resultaba útil y conveniente para sostener ciertas conclusiones, adoptadas a priori. Por esta vía se escapaba —como dijimos anteriormente— a los requisitos formales exigidos para las donaciones, y se encontraba fundamento a la irrepetibilidad del pago de una obligación natural— y también de un "deber moral"—. Pero esto chocaba con el problema suscitado frente al ejercicio de la acción pauliana; en tales hipótesis la jurisprudencia permitía que la acción prosperase en las mismas condiciones de los actos a título gratuito.

La solución quizás pudiera ser correcta, pero era necesario brindarle una explicación, que resultaba difícil para quienes no adoptasen la valiente posición asumida por Cendrier de afirmar que el pago de una obligación natural era un acto a título gratuito.

Los esfuerzos realizados, de gran brillo dialéctico, han llevado a juristas eminentes como Savatier, (28) a formular teorías realmente insostenibles; ¡afirma este sabio escritor francés, refiriéndose al pago de una obligación natural imperfecta, o deber moral, que el acto sería oneroso para el *solvens* y gratuito para el *accipiens*!

Esto revela una confusión tal de conceptos que nos hace dudar sobre la noción misma de los actos a título oneroso y a título gratuito. ¡La onerosidad no significa que salga algún bien de nuestro patrimonio, ni la gratuidad el que ingrese algo en él! ¡Si ese fuera el sentido de tales vocablos, todo pago sería oneroso para el *solvens* y gratuito para el *accipiens*!

Los conceptos de título oneroso, o gratuito, son unitarios. ¡No puede escindirse el acto y variar de calificación según que se lo mire desde el costado de uno u otro sujeto! Si pretendiésemos obrar de tal manera, al analizar cualquier donación —el ejemplo por excedencia de acto a título gratuito— veríamos un costado oneroso y otro gratuito, pues el donante se desprende de un bien, que egresa de su patrimonio, es decir que sobre él pesa el "onore", la carga; mientras que el donatario ve ingresar algo sin ninguna contrapartida, y para él el acto es gratuito. Pero, repetimos, esto constituye una óptica deformante, que falsea totalmente los conceptos de onerosidad y gratuidad.

Resultaba, pues, forzoso replantearse el problema, y estudiar brevemente las nociones de gratuidad y onerosidad, para luego poder calificar al pago.

### 2) Actos a título oneroso y actos a título gratuito.

Hemos recorrido numerosos trabajos que procuran brindarnos una teoría completa del acto a título gratuito y su distinción de los actos a título oneroso (29), y tratamos de extraer de ellos las conclusiones más notables, en vinculación con nuestro estudio.

En primer lugar, la calificación de onerosidad o gratuidad se aplica a un acto en razón de las ventajas que de él nacen para las partes. Al hablar de partes, en plural, extraemos como primera consecuencia que debe tratarse de un acto jurídico bilateral, y en segundo lugar, que esta calificación se utiliza para actos que dan nacimiento a ciertas ventajas, es decir que son fuente de obligaciones.

Sobre el particular resulta sumamente interesante señalar el acierto con que procedió nuestro codificador, que no se refiere a esta clasificación al tratar de los actos jurídicos en general, sino al ocuparse de un acto jurídico bilateral que es la principal fuente de las obligaciones: el contrato. Dice al respecto el artículo 1139:

"Se dice también en este Código que los contratos son a título oneroso, o a título gratuito: son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle; son a título gratuito, cuando

aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independientemente de toda prestación por su parte".

El acto no puede escindirse, como hacía Savatier, y considerar una parte onerosa y la otra gratuita; por el contrario, como lo pone de relieve esta definición, debe dar una calificación al acto en su conjunto. Insistimos, además, en que se trata de actos o contratos que van a procurar "ventajas" a favor —por lo menos— de una de las partes, es decir que van a dar nacimiento a una obligación que esa parte podrá exigir.

En su programa de Derecho Civil II curso, Pedro León mencionaba como características propias de la obligación la bipolaridad, la alteridad, la coercibilidad, la temporalidad y la autonomía. Con esto último —nos referimos a la autonomía— quería significar el maestro que la obligación, una vez nacida, es totalmente independiente de la fuente que le dio origen. Precisamente la característica de la autonomía nos va a llevar a concluir que la calificación de gratuidad u onerosidad —que puede aplicarse a los actos que dieron nacimiento a la obligación— sería totalmente inadecuada para la obligación en sí misma, o para su cumplimiento. La misma, exactamente la misma prestación, puede provenir de un acto a título gratuito o de un acto a título oneroso. Por ejemplo, si se celebra entre A y B un contrato de compraventa, por el cual A se obliga a transferir la propiedad de un inmueble a B, o sí, en lugar de una compraventa, A dona a B ese inmueble, la obligación de entregar la cosa surgida de uno y otro contrato es idéntica, pero en un caso reconoce como fuente un título oneroso, y en el otro un título gratuito.

Se impone, como primera conclusión, que la calificación de onerosos o gratuitos debe reservarse para actos que sirven de fuente a obligaciones, y no para las obligaciones que de ellos nacen, ni para su pago o cumplimiento.

En segundo lugar, nuestro estudio de los actos a título gratuito nos lleva a la conclusión de que la donación no es el único acto de esta categoría, aunque sea el principal. Hay muchas otras liberalidades a las que corresponde calificar como actos a título gratuito, que no son donaciones y que pueden escapar al régimen de formas establecido para estas últimas. También aquí se advierte el acierto de nuestro codificador, cuando excluye algunas liberalidades del régimen impuesto para las donaciones. A tal efecto nos interesa muy especialmente el artículo 1791, por la vinculación práctica que puede tener con nuestro estudio, ya que muchos de los casos que allí se mencionan pueden corresponder a la categoría de las obligaciones naturales, o tener su fundamento en un deber moral, y no serán calificados de donaciones.

Se soslaya así el inconveniente con que tropieza la jurisprudencia de otros países, que necesita sostener que no hay gratuidad en el cumplimiento de las obligaciones naturales para evitar que dichos actos sean revocados por faltar las formalidades exigidas para las donaciones o liberalidades. Nuestro Código exige esas formalidades sólo para cierto tipo de donaciones (ver especialmente el artículo 1810), y no para otras liberalidades como las mencionadas en el artículo 1791.

Así, por ejemplo, si a una familia que carece de vivienda le facilitamos en comodato una habitación, ese acto es una liberalidad que encuadra dentro de las previsiones del inciso 8 del artículo 1791, y puede encontrar su fundamento en el deber moral de caridad, y no está sometido a los requisitos formales de las donaciones; y si, con mayor generosidad aún, se beneficia a ese menesteroso constituyendo a su favor un derecho de habitación gratuito sobre el inmueble, el acto deberá someterse a la formalidad de la escritura pública por tratarse de la constitución de un derecho real sobre inmuebles (artículo 1184, inciso 1), pero continuará siendo una liberalidad no sujeta a la reducción que afecta a las donaciones inoficiosas.

### 3) El pago. Su naturaleza jurídica. ¿Puede contraponerse a una donación?

No nos detendremos aquí a analizar las distintas opiniones vertidas por la doctrina sobre la naturaleza jurídica del pago, tan claramente expuestas en un trabajo de Alfredo Orgaz (30) que

siempre hemos consultado cuando en nuestras lecciones debimos exponer este punto. ¿Es un simple hecho; o es un acto; o un "acto debido", como sostiene Carnelutti, (31) o un acto jurídico?

El Código civil argentino define los actos jurídicos en su artículos 944, diciéndonos que:

"Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".

Esta definición corresponde a lo que en la doctrina alemana e italiana contemporáneas se denomina "negocios jurídicos", por lo que estableceremos un paralelismo, a los fines de nuestra exposición, entre ambas expresiones (32).

Por su parte el pago está caracterizado en el artículo 725, que nos dice:

"El pago es el cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar".

Pues bien, así enfocado el problema, la comparación de ambos textos legales nos lleva a la conclusión de que el pago debe ser considerado como un "acto o negocio jurídico", pues se trata de un acto voluntario, es lícito y tiene un fin jurídico inmediato: extinguir una obligación, es decir aniquilar un derecho. Encaja perfectamente en la definición del artículo 944.

No obsta de ninguna manera a la voluntariedad del acto el hecho de que exista el "deber" de cumplir la obligación, pues el deudor decide libremente cumplir o incumplir la prestación, y si mediara el incumplimiento, y se produjese una ejecución forzada, no estaríamos frente a un verdadero pago.

Siempre que un sujeto se encuentra frente a una norma que impone un deber de conducta es libre de observarla o no; en uno y otro caso su cumplimiento o incumplimiento serán voluntarios y el derecho prevé y reglamenta los efectos que producirán. Por eso estimamos que la circunstancia de que quien paga ejecuta una conducta debida, no quita al acto su carácter voluntario.

Aceptado que el pago es un acto jurídico,debemos preguntarnos ahora si puede calificárselo de acto a título oneroso, y contraponerlo así a la donación (33).

Hemos dicho ya que la mayor parte de la doctrina afirma que quien paga realiza un acto a título oneroso, pues frente a su prestación se encuentra el crédito de la otra parte, y él recibe como ventaja la liberación de su deuda. El argumento es falaz y no nos convence en absoluto; un solo ejemplo destruye esta argumentación por su base. De acuerdo a la posición doctrinaria que analizamos, debería afirmarse que: ¡*el que paga una donación realiza un acto a título oneroso*! (34) ¿Puede concebirse mayor contrasentido?

La falta reside en que se han querido contraponer pago y donación, que son actos jurídicos que se encuentran en distintos planos y no son, por tanto, comparables (35).

La donación es un contrato, y actúa como fuente de obligaciones; puede, por consiguiente, indagarse si genera o no ventajas para ambas partes, y tratar de clasificarla en una de las categorías correspondientes a la distinción de los actos en onerosos o gratuitos.

El pago es un acto jurídico, pero no tiene como fin crear obligaciones, sino extinguirlas. No puede, en consecuencia, otorgar ninguna ventaja a las partes; las ventajas tuvieron nacimiento con el acto mismo que dió origen a la obligación, pero ahora sólo contemplamos su extinción mediante el pago.

Como el pago no es una fuente de obligaciones, ni atribuye ventajas a las partes, no encuentra ubicación en ninguna de las dos categorías mencionadas: *no es oneroso, ni gratuito* (36). El análisis debe remontarse a la fuente de la obligación para saber si dicho acto —y no el pago— era a título gratuito u oneroso (37).

Así vemos que en algunas oportunidades se pagan obligaciones que tuvieron como causa un título oneroso (verbigracia, cuando se entrega la cosa comprada, o se paga su precio), y en otras se pagan obligaciones que provienen de un título gratuito (verbigracia, cuando se entrega la cosa o la suma donada). Por eso coincidimos con la afirmación de Oppo, cuando nos dice que no puede

aplicarse la calificación de acto oneroso, ni tampoco la de gratuito, al cumplimiento de una obligación natural: ello se debe a que "*el pago no es nunca oneroso, ni gratuito*".

Proyectado este problema sobre el tema que estudiamos, advertiremos que el pago será irrevocable no porque se trate de un acto a título oneroso, sino porque constituye el cumplimiento de una verdadera obligación jurídica, aunque de carácter natural.

Ahora bien, si se produjese un conflicto de intereses entre acreedores civiles y naturales, lógicamente el derecho tendrá que resolver a favor de los primeros, que están munidos de acción para exigir el cumplimiento de sus créditos, y el deudor que ha caído en estado de insolvencia no podrá postergar a sus acreedores civiles para beneficiar a los acreedores naturales. Esta solución se impone no porque ese pago sea una liberalidad, sino porque la deuda no era exigible civilmente, y en caso de insolvencia del deudor deben, forzosamente, preferirse los créditos provistos de acción.

Esta solución es congruente con lo dispuesto en nuestro Código por el artículo 3963, en materia de prescripción, que permite a los acreedores oponer la prescripción aunque el deudor hubiese renunciado a ella expresa o tácitamente.

*En resumen*, pago y donación no pueden oponerse ni compararse, porque están en escalones de rangos diferentes que no admiten subdivisiones. ¿A qué consecuencia conduce esta afirmación, vinculada con el cumplimiento de las obligaciones naturales?

El pago de la obligación natural, considerado abstractamente, no constituye un acto a título gratuito ni oneroso. La obligación natural podrá haber tenido como fuente una liberalidad o un acto a título oneroso. Por ejemplo, las obligaciones prescriptas que surgieron de un contrato de compraventa, son obligaciones naturales que tuvieron como fuente un acto oneroso; y las que surgieron de una donación, tenían como fuente un acto gratuito (38).

Por eso todas las discusiones que ha efectuado la doctrina alrededor de este concepto son ociosas. Es justo el reproche de Mmlle. Gobert: "la afirmación de que el cumplimiento de una obligación natural es un acto a título oneroso y no una liberalidad, es una afirmación totalmeente errónea". (39)

Pero, en realidad, los autores que vienen repitiendo esa falacia desde hace siglos, han querido buscar en ella el fundamento de otra cosa: el que paga una obligación natural cumple con un vínculo jurídico ya existente, porque existe una verdadera relación obligatoria, aunque el vínculo esté debilitado por la falta de acción (inexistencia de responsabilidad).

Creemos, sin embargo, que puede llegarse a la misma conclusión —como lo hemos expuesto anteriormente— sin necesidad de apoyarnos en construcciones erróneas.

### 4) ¿Acto de administración o acto de disposición?

También nos interesa determinar si el cumplimiento de una obligación natural es un acto de "administración", o de "disposición", por la repercusión práctica que ello tendrá respecto a ciertas personas cuya capacidad está limitada a los primeros, sin permitírsele los actos de disposición, como sucede con los "inhabilitados" judicialmente (40).

No nos ocupamos aquí del carácter oneroso o gratuito del acto, sino que procuramos dilucidar si su alcance patrimonial se encuentra dentro de la "administración ordinaria" o excede ese ámbito. Existe un concepto generalizado de que los actos que vinculan el patrimonio, gravándolo con garantías, o los que menoscaban en alguna forma el capital, deben ser considerados actos de disposición por exceder la administración ordinaria (41).

Pues bien, si la deuda no es exigible su pago producirá una mengua en el patrimonio, razón por la cual parece no caber duda que deberá ser calificado siempre como un acto de disposición.

Los actos de administración "están dirigidos a obtener de un bien o patrimonio los rendimientos de que es susceptible", (42) lo que de ninguna manera sucede cuando se abona un crédito que no podía ser reclamado; los de disposición "disminuyen o modifican sustancialmente los elementos que

forman el capital del patrimonio" (43) o lo comprometen por largo tiempo. Suele citarse entre los actos de disposición la renuncia a hacer valer la prescripción liberatoria (44) y, con mayor razón, el pago de una deuda prescripta, que es precisamente el cumplimiento de una obligación natural.

En *conclusión*, estimamos que el cumplimiento de las obligaciones naturales deberá calificarse siempre como "acto de disposición".

### 5) Transmisibilidad y extinción.

Debemos distinguir entre las transmisiones por causa de muerte y las transmisiones por actos entre vivos.

Con relación a las primeras las obligaciones naturales son transmisibles tanto en su faz activa, crédito, como en la pasiva, débito, de manera similar a cualquier otra obligación. Los herederos o sucesores universales del acreedor de una obligación natural, serán acreedores de esa relación jurídica, desprovista de acción; por el otro lado, sobre los sucesores del deudor, pesará también la obligación natural, inexigible, pero que cumplida voluntariamente es irrepetible.

En lo que se refiere a la transmisión por actos entre vivos no parece que existan inconvenientes para que el acreedor transmita ese crédito a un tercero, e incluso que lo haga por un precio. El deudor cedido continuará siendo deudor de una obligación natural, y el acreedor originario quedará fuera de la relación. El cesionario, haya o no pagado un precio por la cesión, no contará con acción para reclamar el cumplimiento de la prestación, y sólo gozará de la expectativa de que el deudor se decida a ejecutarla expontáneamente.

Cabe preguntarse, en cambio, ¿qué sentido jurídico práctico tendría la transmisión de la posición de deudor de una obligación natural, por una vía diferente a la novación, que la transformase en obligación civil exigible? ¿Es admisible que un tercero "asuma" la deuda natural, y con ello quede desobligado el deudor "natural"?

A nuestro criterio, no. Las razones de conciencia que dan fundamento a la obligación natural, no se satisfacen de esta manera.

Uno de los fundamentos principales de esta respuesta negativa es que la obligación natural sólo puede extinguirse mediante el "pago", tomado el vocablo en el sentido amplio de cumplimiento, comprensivo de otros modos extintivos que entrañen la satisfacción del acreedor, o mediante la remisión de la deuda que éste efectuase.

## Capítulo IV

## DEBERES MORALES.

### 1) Concepto y función.

Hemos dicho que, aparte de los deberes jurídicos —ya sean de tipo general, ya sean obligaciones— encontramos otros imperativos de conducta, de carácter moral.

Muchos de estos deberes morales no pueden jamás proyectarse sobre el ordenamiento jurídico, pues se refieren a la conducta interna del hombre. Hay, sin embargo algunos "deberes morales", que sin haber adquirido la categoría de jurídicos —porque aunque produzcan efectos sobre otros sujetos la norma sólo contempla la conducta del agente, sin interesarse para nada en otorgar facultades correlativas a los otros sujetos— pueden a veces incidir en el campo del derecho, cuando el agente, para cumplir esos deberes, realiza una atribución patrimonial en beneficio de alguien.

Aquí, a diferencia de lo que ocurre con las obligaciones naturales, no se presentan los elementos esenciales de la relación obligatoria. En la mayoría de los casos no hay sujetos determinados; verbigracia, el deber de dar limosna a los indigentes no tiene por deudor una persona determinada, sino que ese mandato de la moral se dirige a cualquiera que esté en condiciones de cumplirlo. Tampoco tiene como acreedor un sujeto determinado o determinable, sino que el beneficiario surgirá en el momento mismo en que alguien encuentre oportuno cumplir con ese deber de caridad. Por otra parte, tampoco está determinada la prestación, ni en su monto, ni en su naturaleza, ni existe algún vínculo previo entre quien se beneficia y el que entrega algo como limosna.

De un tipo semejante al expuesto son todos los llamados "deberes morales", y aunque en algunos pueda encontrarse una determinación o determinabilidad de sujetos (verbigracia cuando se trata del deber de alimentos hacia parientes, en los casos en que la ley no lo impone, o el deber moral de asistencia a la ex-concubina), jamás hallaremos determinación en la prestación y tampoco un vínculo obligatorio, ni siquiera reducido al aspecto del débito.

Los deberes morales no pueden, por tanto, equipararse a las obligaciones naturales, y menos aún a las civiles.

Sin embargo puede advertirse que si se efectúa una atribución patrimonial en virtud de uno de estos "deberes morales", esa atribución será válida, y es frecuente darle el nombre de "pago", aunque no haya absoluta propiedad en ello.

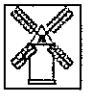
¿Significa esto que el deber moral ha ingresado al campo del derecho como deber jurídico? Es evidente que este deber moral ha producido consecuencias jurídicas, pero de tipo muy distinto a las que surgen de una obligación. Cuando se realiza una prestación nacida de una obligación se está cumpliendo con un deber *preexistente*; en cambio, cuando se entrega algo para dar satisfacción a un imperativo de conciencia, el llamado deber moral sólo cumple la función de "causa" de esa atribución patrimonial, y la repercusión que ese acto tiene en el campo del derecho se debe a que toda persona es libre de disponer de su patrimonio cuando lo desee, siempre que no lo haga en virtud de una causa ilícita o inmoral.

La irrepetibilidad, en ese caso, no encuentra fundamento en el hecho de que se haya pagado una obligación que existiese previamente, (45) sino en que se ha efectuado un acto jurídico de atribución patrimonial, perfectamente voluntario, y que tiene una causa lícita: más aún, el deber moral puede servir de fundamento a una "promesa", que dará nacimiento a una relación obligatoria exigible, dotada de acción, es decir una verdadera obligación civil.

Los ejemplos suministrados por la jurisprudencia francesa o italiana —y hasta en la propia jurisprudencia nacional— son muy claros y demostrativos. Si una persona se compromete a sostener a un hijo adulterino no reconocido, esa promesa tiene como base un deber moral; si, a pesar de que la ley no lo exija, promete una pensión alimentaria a una pariente necesitado, la causa de tal promesa será un deber de conciencia, y lo mismo con respecto a una mujer seducida y luego abandonada. En todas estas hipótesis nace una obligación civil, y el acreedor tiene acción para reclamar el cumplimiento; el deber moral ha funcionado únicamente como causa válida del acto jurídico que dió nacimiento a la obligación civil.

Queda bien claro que la obligación natural y el deber moral desempeñan funciones muy diferentes. Mientras la primera constituye el fundamento del cumplimiento válido de una prestación ya existente, pero no exigible, el deber moral da lugar al nacimiento de una obligación civil exigible, donde antes no existía nada con relevancia jurídica; es decir que el deber moral sirve de causa a una atribución patrimonial, o a una "promesa obligatoria", que engendrará una obligación civil.

Por otra parte, el deber moral no produce —ni puede producir— ninguno de los efectos que engrendra la obligación natural y ello es lógico, porque no se trata de un deber jurídico. No será posible novarlo, porque no existe una obligación que se extinga para dar nacimiento a una nueva; tampoco se lo podrá afianzar, ni asegurar de ninguna otra manera, y todo ello como consecuencia de que no es un verdadero deber jurídico.



Se nos podrá preguntar, entonces, ¿cómo es que produce consecuencias jurídicas? En verdad, creemos que el deber moral por sí solo no ocasiona ninguna consecuencia jurídica; para que incida en el campo del derecho es necesario algo más: debe haber un acto jurídico perfectamente voluntario, mediante el cual una persona exprese su propósito de convertirse en deudor de una prestación determinada, y con respecto a determinado sujeto, que será el acreedor, y ese acto deberá tener una causa aceptable para el derecho. El deber moral puede ser válidamente esa causa, en razón de que la moral es uno de los fines que persigue el derecho.

Veamos algunos ejemplos; si una persona cumple una obligación natural creyendo que es civil, el pago será irrepetible, porque no se considerará este error como esencial. En las obligaciones naturales, como bien lo indica la doctrina, basta con que el pago sea espontáneo, porque el fundamento del pago se encuentra en la existencia real de un vínculo. Si alguien, impulsado por el deber moral de caridad entrega una limosna, ese "pago" (46) también será irrepetible, por ser un acto voluntario provisto de causa válida.

A se encuentra en la indigencia; B, que le adeuda un crédito prescripto, muere, y C, su heredero, paga voluntariamente (o espontáneamente) esa suma. El pago será irrepetible, aunque haya mediado error de C, que creía saldar una obligación civil. También sería válido e irrepetible el "pago" efectuado por C, aunque nada adeudase y lo supiera, si ha entregado esa suma impulsado por el deseo de aliviar la necesidad de A, porque habría cumplido con el deber moral que impone la caridad de ayudar al indigente.

En cambio, si B había cumplido la obligación, y C, ignorándolo, paga nuevamente, pero encuentra después los documentos que acreditan el pago de esa obligación, podrá repetir basándose en el error que ha cometido —ya que no existía ninguna obligación, ni civil, ni natural— y A no podrá defenderse arguyendo el cumplimiento del deber moral de caridad de ayudar a las personas indigentes, porque no fue ésa la causa que impulsó a C.

Es que, insistimos, la naturaleza, efectos y funciones que cumplen los deberes morales y las obligaciones naturales, son muy distintos.

**2) El cumplimiento de los deberes morales.**

Hemos dicho ya que lo entregado en cumplimiento de deberes morales tampoco puede repetirse; pero aquí el fundamento de la irrepetibilidad no reside en la existencia de un vínculo jurídico previo, sino en el ánimo de liberalidad que ha causado esa atribución patrimonial, y en el hecho de que ella es la expresión de una voluntad libre y tiene una causa lícita.

No se crea ver una incoherencia en la afirmación de que el cumplimiento de los deberes morales es una verdadera liberalidad; muy por el contrario, es una opinión que encaja perfectamente en nuestra concepción de los actos a título oneroso y a título gratuito.

Precisamente, podemos clasificar al "deber moral" en la categoría de los actos a título gratuito, porque constituye una causa de obligaciones, y no un pago o cumplimiento de obligaciones preexistentes.

Es cierto que muchas veces el cumplimiento de los deberes morales se presenta bajo la forma de la entrega de una cosa, entrega a la que suele denominarse pago: verbigracia, cuando damos una limosna esa prestación es la exteriorización más evidente de que se ha cumplido un deber moral. ¿Puede verse aquí una contradicción con lo afirmado anteriormente? A nuestro entender, no. Lo que ocurre es un fenómeno muy similar al que podemos observar en las llamadas donaciones manuales, cuya única exteriorización es la entrega del objeto donado.

¿Significa eso que no haya un contrato de donación que sirva de fuente a la prestación? En estos casos el contrato y la obligación nacen simultáneamente, pero no sólo nacen sino que las obligaciones surgidas del contrato se extinguen en el mismo momento de celebrarlo, pues en ese instante se realiza la prestación.

Esa simultaneidad, que se da con tanta frecuencia entre el contrato —que ha dado nacimiento a la obligación— y el cumplimiento de la prestación que la extingue, ha sido la razón de que muchos autores no supieran distinguir las obligaciones de sus fuentes. Sin embargo es menester puntualizar bien la diferencia: en la donación manual hay un contrato, que sirve de fuente a obligaciones, y esas obligaciones se extinguen con la entrega. También cuando damos una limosna efectuamos un acto jurídico, que tiene como causa al deber moral, y que sirve de fuente a esa obligación, cuyo pago es válido e irrepetible.

El problema se presenta con más claridad cuando, en lugar de extinguirse las obligaciones al mismo tiempo que nacen, se efectúa una promesa de pago fundada en ese deber moral. De este tipo son los supuestos que han debido juzgar con más frecuencia nuestros tribunales y advertimos cómo allí se acepta que el deber moral constituye una causa válida para dar nacimiento a una relación jurídica de tipo obligatorio, pero que está munida de una acción que permite al acreedor recurrir ante la justicia para reclamar su cumplimiento. Esta característica nos permite afirmar categóricamente que la relación que ha nacido es una obligación civil, y aquí se encuentra la principal diferencia entre obligaciones naturales y deberes morales.

El deber moral, por sí solo, no constituye una relación jurídica; la relación nace con posterioridad y el mencionado deber únicamente le sirve de fuente. Por eso es también lógica la solución doctrinaria, que se impone en los ordenamientos legislativos que hablan de deberes morales (como el italiano), que no admiten la posibilidad de novarlos, afianzarlos o asegurar su cumplimiento con otras garantías. No puede ser de otra manera, porque el deber moral no es una obligación, no es una relación jurídica; y cuando se proyecta sobre el campo del derecho, la obligación que de él nace es una obligación civil.

Algunos autores, en su afán de asimilar deberes morales y obligaciones naturales, han querido ver en esto una transformación del deber moral en obligación civil muy similar a la novación de las obligaciones naturales. Sin embargo, se ha demostrado con acopio de argumentos que tal equiparación no es posible; jamás puede novarse una obligación que no existe, pues para que tenga lugar la novación —que es un modo extintivo de las obligaciones— es menester que previamente haya una obligación, que se pueda extinguir y dar nacimiento a otra nueva.

Otro aspecto cuya investigación presenta interés, y ha sido objeto de preocupación para la doctrina, es la posible vinculación entre los deberes morales y las declaraciones unilaterales de voluntad, considerados ambos como fuentes de obligaciones. Se ha querido ver aquí un ejemplo más en el que una promesa unilateral da nacimiento a un vínculo obligatorio.

No podemos detenernos a estudiar detalladamente el problema de la llamada "voluntad unilateral", pero hemos de manifestar que —a nuestro entender— pese a los esfuerzos realizados por la doctrina para demostrar que la voluntad unilateral constituye una fuente autónoma de obligaciones, no es así. Estamos persuadidos de ello.

La promesa puede engendrar un "deber jurídico" de mantener la palabra empeñada, cuya violación podrá traducirse en determinadas consecuencias, incluso en la obligación de resarcir daños y perjuicios, pero la promesa unilateral no da nacimiento a una obligación en sentido técnico, es decir a una relación jurídica que reúna todos los elementos esenciales de la obligación, pues advertimos desde el primer momento que falta uno de los sujetos: el acreedor a la prestación.

La obligación recién tomará forma cuando alguien realice los actos que constituyen el supuesto de hecho previsto en la promesa y se presente a reclamar la prestación; es decir que, además de la voluntad del deudor, va a concurrir un acto del acreedor que constituye una verdadera aceptación de la promesa.

Lo mismo ocurre respecto a los deberes morales; la simple promesa de cumplir con un deber moral no es suficiente para dar nacimiento a la obligación, sino que a ella debe agregarse la voluntad expresa o tácita del beneficiario para que nazca el vínculo jurídico obligatorio, y no creemos que

nadie pueda negar la existencia de esa voluntad del acreedor cuando éste ejercita una acción para reclamar el cumplimiento de la promesa.

Finalmente, creemos que aunque no constituyen donaciones, son verdaderos actos a título gratuito, porque las ventajas que atribuyen al acreedor no tienen como contrapartida ninguna ventaja patrimonial para el deudor, sino únicamente la satisfacción moral del deber cumplido.

**3) Transmisión y extinción.**

Nos hemos ocupado más arriba de la transmisión o extinción de las obligaciones naturales, admitiendo en general su posibilidad, con algunas salvedades que hacen a la naturaleza de la figura.

En lo que se refiere a los deberes morales estamos persuadidos que, como tales, no son transmisibles. El deber, lo hemos dicho con reiteración, tiene carácter general, pues pesa sobre todos los integrantes de la sociedad, o de ciertos grupos de personas, en razón de la situación que ocupan, o actividad que desempeñan.

Los deberes de caridad, o de solidaridad social, pesarán sobre nuestros sucesores, no porque se los hayamos transmitido, sino por ser integrantes, como nosotros, de la sociedad.

Los deberes morales propios de los miembros de un grupo familiar, como el de asistencia a un pariente que no se encuentra dentro del grado que la ley estipula para generar un deber jurídico, no se transmiten por la muerte del causante sino que, con independencia de ese hecho, antes y después, gravan a todos los integrantes de ese grupo.

Los deberes morales específicos de un grupo profesional, como pueden ser los médicos, los banqueros o los funcionarios públicos, no se transmiten por muerte o contrato, sino que afectan a todos los integrantes de ese grupo.

Pues bien, los deberes morales que pesan sobre la sociedad en su conjunto, no se extinguen nunca; sólo es posible concebir la extinción de deberes morales cuando afectan sólo a un grupo de personas, en razón de la situación que ocupan en la organización social, o de la actividad específica que desempeñan, y uno de sus integrantes deja de pertenecer al grupo, hipótesis en la cual dejará de estar sometido a los deberes morales específicos de ese sector social.

Pero, si el deber moral ha servido de causa a una obligación civil..., si la promesa de cumplimiento de uno de esos deberes engendró una obligación perfectamente exigible, dicha relación jurídica será transmisible y se extinguirá de la misma forma que se transmite o extingue cualquier obligación. Para su transmisión habrá que atender, entonces, a si se trata o no de un derecho personalísimo, intuitae personae, caso en el cual no sería transmisible; pero ello sucede con todas las obligaciones, cualquiera sea su fuente, y ese principio se aplica también a las obligaciones civiles nacidas de un deber moral.

## Capítulo V

## CONCLUSIONES.

1) La moral sólo regula la conducta del sujeto agente (deber moral), pero no otorga facultades a los demás sujetos para exigir el cumplimiento de la conducta debida.

2) El orden jurídico impone al agente una norma de conducta (deber jurídico) y concede a los otros sujetos el correlativo derecho o facultad que les permite exigir ese comportamiento.

3) Los vocablos "deber" y "obligación" se utilizan con frecuencia como sinónimos; sin embargo ese último tiene un sentido técnico preciso, en el campo de los derechos personales, que permite diferenciar la "obligación" del resto de los deberes jurídicos, por la determinación de sus elementos esenciales (sujetos: acreedor y deudor; prestación; vínculo jurídico y causa).

4) En la obligación natural existen todos los elementos esenciales de una obligación, utilizado este vocablo en su sentido técnico.

Podría decirse que es una obligación imperfecta, porque está desprovista de coercibilidad; es decir que, al analizar el vínculo, advertimos que hay un "débito" sin "responsabilidad" ya que el acreedor carece de acción para exigir el cumplimiento.

5) El principal efecto de las obligaciones naturales es la "soluti retentio"; vale decir que el pago realizado espontáneamente, sin que medie coacción, no puede ser repetido. El error sobre el carácter natural de la obligación no es esencial, y no servirá de base para reclamar la devolución de lo pagado.

6) Los "deberes morales" no son obligaciones, técnicamente hablando, pues no encontramos en ellos los elementos esenciales de la relación jurídica obligatoria.

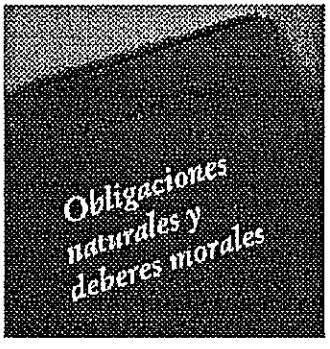
Pueden, sin embargo, ingresar al campo del derecho como causa válida de una atribución patrimonial, o de una obligación civilmente exigible; verbigracia, la promesa de pago de un deber moral hace nacer una acción para reclamar judicialmente su cumplimiento.

7) El cumplimiento de una obligación natural es un verdadero pago y, por tanto, corresponde aceptar que es un acto jurídico. No puede, sin embargo, calificárselo de acto a título oneroso, ya que tal clasificación debería reservarse para los actos que son fuente de obligaciones. La obligación y su cumplimiento son autónomos de la fuente que les dio origen.

8) El cumplimiento de un deber moral no es una donación, pero constituye —sin duda— una liberalidad.

9) La obligación natural —lo mismo que la civil— pueden reconocer su origen tanto en un acto jurídico a título oneroso, como en un acto jurídico a título gratuito.

10) El acreedor de una obligación natural debe ceder frente a acreedores civiles, no porque ese pago sea a título gratuito, sino porque su crédito no estaba dotado de acción.



LA ESPAÑA PROFUNDA

# RESEÑA LEGISLATIVA

* Los epígrafes en negrita y con recuadro se transcriben, total o parcialmente, en las páginas siguientes. En los Índices generales se indicará, a continuación del número de la revistilla, con las siglas TT o TP, respectivamente.

## RESEÑA LEGISLATIVA
## (Hasta BOE/DOGV 11-2-99)

### Estado español

**IMPUESTO SOBRE LA RENTA (IRPF) — REGLAMENTO.**
RDto. 214/99 de 5 feb (BOE 9): Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Deroga el Reglamento de 30 diciembre 1991 y también, entre otras disposiciones, los capítulos VIII y IX del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones de 30 de septiembre 1988, salvo los arts. 56.1, 60, 62, 63.2, 72 y 73.2; y el Título III del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva de 2 diciembre 1990.

**IMPUESTOS — PLANES Y FONDOS DE PENSIONES.**
RDto. 215/99 de 5 feb (BOE 9): "Para adecuar el conjunto del ordenamiento tributario a la nueva normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas" (E. de M.), se reforma: 1) El RDto. 537/97 de 14 abril, Reglamento del Impuesto de sociedades. 2) El RDto. 1624/92 de 29 diciembre, Reglamento del Impuesto del Valor Añadido. 3) El RDto. 2402/85 de 18 diciembre, que regula el deber de empresarios y profesionales de expedir y entregar factura. 4) El RDto. 2717/98 de 18 diciembre, que regula los pagos a cuenta en el IRPF, en cuanto al régimen transitorio de las retenciones, y 5) El RDto. 1307/88 de 30 septiembre, Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones. Se refiere además a la obligación de informar sobre determinadas operaciones con Deuda del Estado (art. 4) y al deber de colaboración de Bancos, Cajas y Cooperativas de crédito, obligadas a proporcionar a la Administración tributaria "toda clase de datos, informes o antecedentes" y "en particular, ... a facilitar los movimientos de cuentas corrientes y depósitos de ahorros y plazo, de cuentas de préstamo y crédito y de las demás operaciones activas y pasivas de dichas instituciones con cualquier contribuyente".

**REGISTROS MERCANTILES — PUBLICIDAD EN MASA**
**Intrucción 27 ene 1999 (BOE 11 feb), de la DGRN, sobre el apartado quinto, número 1 de la Instrucción de 17 feb 1998, en el ámbito de los Registradores Mercantiles, por la que se les ordena algo en cuanto a las solicitudes de publicidad en masa cuya noción (*trasunto* —es decir, "copia escrita..., imitación exacta, imagen o representación"— *de la informatización*) ha *planteado el problema práctico de su aplicación por un organismo público.***

### Comunidades Autónomas

### Cataluña

**CATALUÑA — PRESUPUESTOS 1999.**
Ley catalana 20/98 de 29 dic (DOGC 31 y BOE 2 feb 99): Presupuestos de la generalidad de Cataluña para 1999.

**CATALUÑA — MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS.**
Ley catalana 25/98 de 29 dic (DOGC 31 y BOE 2 feb 99): Medidas administrativas, fiscales y de adaptación al euro.

CATALUÑA — CARTA MUNICIPAL DE BARCELONA.
Ley catalana 22/98 de 29 dic (DOGC 31 y BOE 2 feb 99): Carta Municipal de Barcelona.

CATALUÑA — ESTADÍSTICA.
Ley catalana 23/98 de 29 dic (DOGC 31 y BOE 2 feb 99): Estadística de Cataluña.

CATALUÑA —SITUACIONES CONVIVENCIALES DE AYUDA MUTUA.
Ley catalana 19/98, de 28 dic (BOE 10 feb 99), sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua.

## Navarra

NAVARRA — IRPF.
Ley navarra 22/98 de 30 dic (BON 31 y BOE 2 feb 99): Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

NAVARRA — TRIBUTOS.
Ley navarra 23/98 de 30 dic (BON 31 y BOE 2 feb 99): Moficaciones tributarias.

NAVARRA — URBANISMO: MEDIDAS URGENTES.
Ley navarra 24/98 de 30 dic (BON 31 y BOE 2 feb 99): Medidas urgentes en materia de aprovechamiento urbanístico.

## Aragón

ARAGÓN — PRESUPUESTOS 1999.
Ley aragonesa 11/98 de 22 dic (BOE 31 y BOE 3 feb 99): Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para 1999.

## Andalucía

ANDALUCÍA —PRESUPUESTOS 1999.
Ley andaluza 10/98 de 28 dic (BOJA 31 y BOE 5 feb 99): Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1999.

ANDALUCÍA — MEDIDAS FINANCIERAS Y ADMINISTRATIVAS.
Ley andaluza 11/98 de 28 dic (BOJA 31 y BOE 5 feb 99): Medidas en materia de Hacienda Pública, introducción del euro, expropiación forzosa, contratación, función pública y otras.

## Baleares

BALEARES — COLEGIOS PROFESIONALES.
Ley balear 10/98 de 14 dic (BOCAIB 14 y BOE 4 feb 99): Colegios Oficiales de las Islas Baleares.

BALEARES — TASAS.
Ley balear 11/98 de 14 dic (BOCAIB 24 Y BOE 5 FEB 99): Régimen específico de las tasas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

BALEARES — PATRIMONIO HISTÓRICO.
Ley balear 12/98 de 21 dic (BOCAIB 29 y BOE 5 feb 99): Patrimonio histórico de las Islas Baleares.

## Castilla y León

CASTILLA Y LEÓN — MEDIDAS ECONÓMICAS Y ADMINISTRATIVAS.
Ley cast.-leonesa 13/98 de 23 dic (BOCL 30 dic y BOE 5 feb 99): Medias económicas, fiscales y administrativas.

CASTILLA Y LEÓN — PRESUPUESTOS 1999.
Ley cast.- leonesa 14/98 de 23 dic (BOCL 30 dic y BOE 5 feb 99): Presupuestos generales de la Comunidad de Castilla y León para 1999.

## Castilla—La Mancha

CASTILLA-LA MANCHA — PRESUPUESTOS 1999.
Ley cast.-manchega 9/98 de 16 dic (DOCLM 31 y BOE 9 feb): Presupuestos generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 1999.

# MINISTERIO DE JUSTICIA

**3481** *INSTRUCCIÓN de 27 de enero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el apartado quinto, número 1 de la Instrucción de 17 de febrero de 1998 en el ámbito de los Registros Mercantiles.*

El Ministerio de Justicia, dentro de la reforma del Derecho privado, ha promovido y aprobado las normas necesarias para que los Registradores incorporen la nueva tecnología de las comunicaciones como instrumento útil y eficaz en orden a la atención y expedición de la publicidad formal, reduciendo costes y dando celeridad al tráfico jurídico-económico, sin menoscabo de la veracidad de la información, requisito «sine qua non» de su propia existencia y función.

En este proceso temporal, para facilitar el acceso a la información, en el ámbito de la publicidad mercantil, se han conjugado las distintas normas concurrentes sobre seguridad jurídica, protección de los consumidores y protección de datos de carácter personal, a través del artículo 12 del nuevo Reglamento del Registro Mercantil (R.R.M.), de 19 de julio de 1996, la Instrucción de 29 de octubre de 1996 y la Orden de 10 de junio de 1997, de acuerdo con los criterios judiciales de interpretación (STS de 16 de junio de 1990, Sala 3.ª, Sección 5.ª, fundamento de derecho cuarto, y STSJ de Madrid de 12 de marzo de 1997, Sala de lo Contencioso, fundamento de derecho quinto).

Por otro lado; la noción de publicidad en masa, trasunto mismo de la informatización y de las comunicaciones, se recogía por primera vez en el artículo 12.3 del RRM, y planteado el problema práctico de su aplicación por un organismo público, se abordó su tratamiento en el artículo 5 de la Instrucción de 17 de febrero de 1998 y en la Resolución de 22 de abril del mismo año, en su doble aspecto, positivo (acceso a la petición, artículo 5.2) y negativo (límites, artículo 5.1), en tanto las reformas legislativas y reglamentarias promovidas se llevaban a cabo.

Así, propuesta, directamente, en la reforma del RRM, la comercialización de datos y la formación de archivos informatizados (bases de datos), la Agencia estatal en base al artículo 4.1 y 4.2 de la LORTAD, informó: «El vigente artículo 12.3 del Reglamento del Registro Mercantil deja a la responsabilidad del Registrador Mercantil la atención a consultas en masa o a la publicidad en general de datos personales. Este principio se fundamenta en la legislación en materia de datos de carácter personal, principalmente el artículo 4.1 de la LORTAD que establece que sólo se podrán recoger datos de carácter personal para el tratamiento automatizado cuando los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos conforme a las finalidades para las que se hayan obtenido, y el artículo 4.2 que previene que los datos no podrán usarse para finalidades distintas de aquéllas para las que hubieran sido recogidos. En consecuencia, si la finalidad de los datos que se custodian y exteriorizan en el Registro Mercantil es la de otorgar seguridad en el comercio, no pueden servir estos datos para finalidades distintas de aquéllas (...). Por ello, un reconocimiento abierto de la posibilidad de incorporar la información para su comercialización serviría de excusa para que dichas empresas se opusieran a los controles que tratan de llevarse a cabo desde la Agencia de Protección de Datos (...). Por todo ello —concluye— se consideraría más oportuno que no se realizara regulación alguna respecto del régimen de privacidad en atención a la publicidad del Registro Mercantil, salvo la ya regulada en el artículo 12.3 del Reglamento del Registro Mercantil.»

En consecuencia, este Centro Directivo, una vez regulados los medios técnicos para facilitar la información (por la disposición adicional, apartado 1.º del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre), a la vista del Informe de la Agencia de Protección de Datos sobre la suficiencia del artículo 12.3 del RRM para tratar la primera cuestión, ha acordado:

Ordenar que los Registradores Mercantiles, en cuanto a las solicitudes de publicidad en masa, se ajusten, únicamente, en el ejercicio profesional de su función pública, a lo previsto en el artículo 12, apartados 3 a 8, del Reglamento del Registro Mercantil, para atender a la exigencia concurrente de protección de la seguridad del tráfico jurídico, protección de los consumidores y protección de datos de carácter personal.

Madrid, 27 de enero de 1999.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Señores Registradores Mercantiles de España.

# COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

**3372** *LEY 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua.*

EL PRESIDENTE DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

Sea notorio a todos los ciudadanos que el Parlamento de Cataluña ha aprobado y yo, en nombre del Rey y de acuerdo con lo que establece el artículo 33.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, promulgo la siguiente Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua.

## PREÁMBULO

Al margen del matrimonio y las uniones estables de pareja, la sociedad catalana de hoy presenta otras formas de convivencia de ayuda mutua, especialmente en lo que se refiere a las personas mayores que intentan poner remedio a sus dificultades.

En base al estudio jurídico que se ha llevado a cabo, utilizando datos estadísticos fiables y de carácter sociológico y las diversas soluciones que ofrece el Derecho comparado, que se han analizado debidamente, se llega al convencimiento de que es procedente establecer una regulación de las situaciones de convivencia de personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten una misma vivienda, unidas por vínculos de parentesco sin límite de grado en la línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, y que ponen en común elementos patrimoniales y trabajo doméstico, con voluntad de ayuda mutua y permanencia.

Dado que dichas situaciones son muy heterogéneas y distintas de las relaciones de pareja, no hay motivos para limitar a dos el número de sus componentes ni para excluir a los hermanos que constituyen, precisamente, su núcleo principal.

En la actual situación de envejecimiento progresivo de la población como consecuencia de la prolongación de la vida y la reducción de la natalidad, una regulación legal de signo proteccionista, que fomente este tipo de convivencia, puede reportar una solución a muchas personas mayores, que resuelva sus dificultades económicas y sociales y evite su aislamiento en instituciones geriátricas.

Esta Ley se articula en nueve artículos, una disposición transitoria, una disposición adicional y una disposición final.

El tratamiento legislativo de estas modalidades de convivencia se ha ajustado al marco de las competencias que otorga el artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio.

Artículo 1. *Concepto de la convivencia de ayuda mutua.*

Las disposiciones de la presente Ley son aplicables a las relaciones de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, tanto si la distribución es igual como desigual y tanto si la carga económica sólo es asumida por alguno como si lo es por algunos de los convivientes y la del trabajo por el otro u otros.

Artículo 2. *Titulares de la relación.*

1. Los titulares de las relaciones de convivencia de ayuda mutua son personas mayores de edad, sin parentesco entre ellas en la línea recta, que pueden ser parientes en la línea colateral sin límite de grado, o tener relaciones de simple amistad o compañerismo.
2. El número de convivientes sin el parentesco definido en el apartado 1 queda limitado a cuatro.
3. Quedan excluidas de la titularidad a la que hace referencia el apartado 1 las personas con vínculos matrimoniales subsistentes o que formen una unión estable de pareja.

Artículo 3. *Constitución y acreditación.*

Las situaciones convivenciales objeto de la presente Ley deben acreditarse por medio de escritura pública o documento público notarial en que se formaliza la convivencia, a partir de los cuales tiene plena efectividad, o por el transcurso de un período de dos años de convivencia acreditados mediante acta de notoriedad.

Artículo 4. *Regulación.*

1. Los convivientes pueden establecer verbalmente o por escrito público o privado los pactos reguladores de la convivencia, los respectivos derechos y deberes, incluidas las causas y normas de extinción de ésta.
2. Los pactos pueden modificarse verbalmente, en documento privado o público, según se establezca.

Artículo 5. *Extinción de la convivencia.*

1. Las relaciones de convivencia se extinguen por las siguientes causas:

a) Por acuerdo de todos los convivientes.
b) Por voluntad unilateral de uno de los miembros.
c) Por matrimonio o establecimiento de relación de pareja estable de uno de los convivientes.
d) Por defunción de uno de los convivientes.
e) Por las establecidas en el pacto entre los convivientes.

2. En los supuestos de las letras b, c y d del apartado 1, la convivencia puede continuar, con las modificaciones que sean necesarias en los pactos reguladores, entre los convivientes que no compartan la voluntad de extinguirla, o, si se da el caso, entre los no excluidos por el artículo 2.3 y los sobrevivientes. Cuando se extinga la convivencia, debe revocarse la escritura pública o documento público notarial de constitución.

3. La continuidad de la convivencia en ningún caso puede perjudicar los derechos del conviviente o convivientes que se hayan apartado de ella ni los de los herederos del premuerto.

4. En los supuestos de las letras a, b, c y d del apartado 1, quedan revocados los poderes que cualquiera de los miembros que se aparte de la convivencia haya otorgado a favor del otro u otros o tenga otorgados a su favor.

Artículo 6. *Efectos de la extinción respecto a la vivienda.*

1. Si no hay pacto, y la extinción se produce en vida de todos los convivientes, los que no sean titulares de la vivienda disponen de tres meses para abandonarla.

2. También en caso de que no haya pacto, si la extinción se produce por defunción de la persona propietaria de la vivienda, los convivientes pueden continuar ocupándola durante seis meses.

3. Si la persona muerta era arrendataria de la vivienda, los convivientes tienen derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del plazo contractual, si éste es inferior.

4. Las situaciones de cotitularidad deben intentar resolverse por acuerdo de los afectados y, si no lo hubiera, deben resolverse mediante arbitraje o judicialmente. La resolución judicial puede disponer una indemnización a favor de los convivientes más perjudicados a cargo del otro u otros cotitulares.

Artículo 7. *Compensación económica por razón del trabajo.*

Cuando la convivencia se extingue en vida de los convivientes, el que ha trabajado para el otro u otros, sin la debida contraprestación, si por dicha causa se ha producido una desigualdad económica que implique un enriquecimiento injusto, tiene derecho a una compensación económica a cargo del beneficiario o beneficiarios, que debe intentar fijarse por acuerdo de los afectados y, en caso de que no haya acuerdo, debe fijarse mediante arbitraje o judicialmente, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

a) Los pactos previos entre las partes.
b) La dedicación al otro u otros.
c) La duración de la convivencia.
d) Los medios económicos de las partes.

Artículo 8. *Pensión periódica en caso de defunción.*

1. En caso de extinción de la convivencia por defunción de uno de los convivientes, el conviviente o convivientes que sobrevivan que eran mantenidos total o parcialmente por el premuerto en el último año de la convivencia previo a la defunción y no tengan medios económicos suficientes para mantenerse tienen derecho a una pensión alimenticia, a cargo de los herederos de aquél, por un período máximo de tres años, que debe intentar fijarse por acuerdo de los afectados y, en caso de que no haya acuerdo, debe fijarse mediante arbitraje o judicialmente. Para establecer la cuantía y la duración hay que tener en cuenta:

a) El coste de mantenimiento.
b) El tiempo en que fue mantenido o mantenidos.
c) El caudal relicto. La capitalización de la pensión al interés legal del dinero no puede exceder la mitad del valor del caudal relicto si los herederos son descendientes, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad del causante, salvo que sean menores de edad o discapacitados; en este caso el límite debe ser la quinta parte del valor de la herencia.

2. No corresponde derecho a pensión si así se ha pactado en el título de constitución del régimen de convivencia, si lo hubiera.

Artículo 9. *Caducidad de acciones.*

Las acciones para el ejercicio de los derecho a los que se refieren los artículos 7 y 8 caducan al cabo de un año, a contar desde el cese de la convivencia.

Disposición transitoria.

El tiempo de convivencia transcurrido antes de la entrada en vigor de la presente Ley de los miembros de las situaciones convivenciales de ayuda mutua debe tenerse en cuenta a efectos del cómputo de los dos años a los que se refiere el artículo 3, sólo si todos los convivientes afectados y, en su caso, los herederos del difunto están de acuerdo con ello.

Disposición adicional.

1. Dentro del ámbito de competencias asumidas por la Generalidad en el marco de la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de Medidas Fiscales Complementarias, las situaciones de convivencia de ayuda mutua tienen, en relación con el impuesto de sucesiones y donaciones y respecto a las adquisiciones mortis causa de uno de los convivientes en la herencia del otro, la asimilación a los parientes del III Grupo.

2. A efectos de lo establecido en el apartado 1, el conviviente o convivientes supervivientes deben acreditar la existencia de la convivencia de ayuda mutua mediante la escritura pública de formalización de la convivencia, otorgada, como mínimo, dos años antes de la muerte del causante, o bien mediante acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso del período mínimo de dos años de ésta.

Disposición final.

Esta Ley entra en vigor al día siguiente de su publicación en el «Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña».

Por tanto, ordeno que todos los ciudadanos a los que sea de aplicación esta Ley cooperen en su cumplimiento y que los Tribunales y autoridades a los que corresponda la hagan cumplir.

Palacio de la Generalidad, 28 de diciembre de 1998.

NURIA DE GISPERT I CATALÁ
Consejera de Justicia

JORDI PUJOL
Presidente

*(Publicada en el «Diario Oficial de Generalidad de Cataluña» número 2801, de 8 de enero de 1999)*

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana