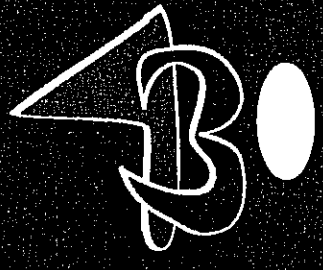
LUNES

CUATRO TREINTA



Revista de asuntos registrales

Año XII - Núm. 253 - 1ª Quincena, marzo, 1999

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

sumario

Año XII - Núm. 253 - 1ª Quincena de marzo, 1999

CASOS PRACTICOS 2
RESOLUCIONES 5
SENTENCIAS 12

LA BASE DEL NEGOCIO TESTAMENTARIO, por Vicente Espert 13

LOS NEGOCIOS DE DISPOSICIÓN Y OBLIGACIONALES EN RELACIÓN CON LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DE HIPOTECA, por José Manuel García García 14

DERECHO TRANSITORIO EN LA LEY 24/1998, DE 15 DE DICIEMBRE, SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES, por Manuel González-Meneses 20

CARTAS A JM

ANÉCDOTAS JUJEÑAS, por Criticón (L. M. E.)..... 32

FE DE ERRATAS DEL ARTÍCULO DE JESÚS CUÉLLAR SOBRE "LA HIPOTECA ORDINARIA: ACCESO REGISTRAL DE SUS CLÁUSULAS", ... 35

HUMOR

CORRAL JR. 31

RESEÑA LEGISLATIVA..... 36

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. Para el próximo número, que aparecerá enseguida, además de CASOS, RR (mogollón), y STS, nos queda:
1) LA CALIFICACIÓN REGISTRAL SEGÚN LA R DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1998 (José Manuel García García)
2) CRITICA A LA R DE 11 DE DICIEMBRE DE 1998, LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO HEREDITARIO (Lino Rodríguez).
3) NATURALEZA DEL RECURSO ANTE LA JURISDICCIÓN CIVIL DE LAS RR DE LA DG (Antonio Ripoll Soler).
4) DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES PARA USO TURÍSTICO (Nicolás Rico Morales, de FOLIO REGISTRAL para Kiosco).
5) AUTO DEL TSJ DE MURCIA que declara inconstitucional el procedimiento de ejecución notarial, (que nos remite MANUEL ORTIZ REINA desde Callosa de Ensarriá).
6) SEMINARIO DE ESTUDIOS JURÍDICOS (Carta a JM, de Criticón).
7) Lo que colee.

II. Nuestros queridos, doctos y pacientes suscriptores (que ya son seiscientos muchos), notarán cierto desorden, cierta demora y, tal vez, acumulación, en este número de la LUNES. Algunos autores lunésicos estarán ansiosos por ver publicados sus trabajos. Sosieguense todos. Después de un tocho de RR y unas Fallas, y cuando además coinciden y se suceden ambos excesos, es inevitable cierta movida. Mas todo ha terminado. Y desgraciadamentevolveremos a sufrir el orden.

casos prácticos

DERECHO DE USO ATRIBUIDO A UN CÓNYUGE EN CONVENIO REGULADOR DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL.

En los convenios reguladores de la separación matrimonial es frecuente que se atribuya el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, escuetamente y sin determinar si la atribución se hace con carácter personal o real, y sin establecer el régimen jurídico de dicho uso.

¿Se trata de un derecho inscribible? Aunque la doctrina discutió, a raíz de la reforma del CC sobre separación, divorcio y nulidad, si se trataba de un derecho real o personal, en la actualidad no se discute su carácter real, tesis seguida por el TS, al estimar que tiene carácter real, oponible a terceros y como tal inscribible (S. 11-12-1992); que es un derecho real familiar de eficacia total, oponible a terceros y de carácter temporal (S. 18-10-1994) y que es un derecho de ocupación, provisional y temporal, cuya naturaleza real es discutible, pero que en todo caso es oponible a terceros (S. 4-4-1997).

Si tal derecho es oponible a terceros, no cabe duda de su inscribibilidad, para evitar con ello la posibilidad de que surja un tercero hipotecario protegido frente al mismo.

Ahora bien ¿es inscribible el derecho constituido de forma tan escueta, o por aplicación del principio de especialidad se requeriría de una constitución más detallada del mismo? El principio de especialidad exige una total determinación del derecho a inscribir, salvo el caso de que se trate de derechos —como por ejemplo, el usufructo— cuyo contenido se encuentra perfectamente tipificado por la ley.

En cuanto al derecho de uso, de su regulación en el CC resulta que se regirá por lo dispuesto en su título constitutivo, y en su defecto, por lo dispuesto por el propio código, arts. 523 a 529. En dichos artículos, el contenido del derecho resulta del art. 525 y su duración, siempre temporal, se regiría por lo dispuesto en los arts. 528 y 529, que remiten a la aplicación de las normas del usufructo, en cuanto ello no se oponga a la regulación específica del derecho.

Por ello, al tratarse de un derecho de carácter temporal y no fijarse expresamente cul será su duración, lo lógico será que se estime como tal la duración de la vida del usuario, por aplicación analógica de lo dispuesto para el usufructo vitalicio.

Ahora bien ¿es esto lo querido por los cónyuges que firman el convenio? Probablemente no, pero es la consecuencia legal de la falta de regulación convencional del derecho, y pudieron evitarlo estableciendo límites temporales al mismo (por ej. hasta que los hijos menores alcanzaren la mayoría de edad, o encontrasen colocación o alguna cláusula análoga).

De todas formas, se trata de un supuesto que incide sobre lo que era la vivienda familiar y deja de serlo, y pueden darse algunas variantes:

a) que la vivienda habitual tenga carácter privativo de un cónyuge y se establezca el derecho de uso a favor del propio cónyuge titular. En éste caso el pacto se limita a dejar sin efecto la cualidad de vivienda habitual de la familia, y no incide sobre su titularidad ni realmente sobre el uso, que siempre será una facultad del dominio perteneciente al propio titular.

b) que la vivienda habitual fuese ganancial, y su uso se atribuya exclusivamente a uno de los cónyuges. En éste caso, se tratará de una medida provisional, hasta tanto se efectué la liquidación de la sociedad de gananciales y se adjudique la vivienda a uno de los cónyuges, en cuyo momento se decidirá sobre la subsistencia o extinción del derecho de uso sobre la misma. La inscripción durará por ello hasta tanto se refleje en el registro el nuevo pacto de adjudicación.

c) que se trate de una vivienda que fuere privativa de un cónyuge y su uso se atribuya al otro cónyuge no titular (o bien, siendo propiedad privativa de ambos cónyuges por mitades indivisas por adquirirla antes del matrimonio). En tal caso estaremos ante un derecho real sobre cosa ajena (en todo o en parte), cuya duración no se determina, y por su inscripción subsistirá hasta que por pacto o sentencia posterior se extinga, o bien hasta el fallecimiento del cónyuge usuario.

LA OBLIGACIÓN DE DISTRIBUIR LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA TIENE CARÁCTER IMPERATIVO Y NO PUEDE SOMETERSE A CONDICIÓN.

En una escritura de constitución de hipoteca, en que se hipotecan varias fincas se distribuye la responsabilidad entre ellas, pero se añade una cláusula condicionante de los efectos de dicha distribución de responsabilidad, del tenor que se copia más adelante.

El Registrador considera dicha cláusula no inscribible, y a instancia del Banco interesado, expide el siguiente informe:

"El documento no puede despacharse con la cláusula suspensiva de la distribución de la hipoteca establecida en la página 77: "Mientras que no conste en el Registro la terminación de la Obra, se considerará existente una sola hipoteca sobre el total conjunto de las fincas, sin distribución de la responsabilidad hipotecaria entre aquellas. Una vez que se haya tomado razón de la terminación de la obra, quedará distribuida entre ellas la total responsabilidad hipotecaria según ha quedado determinado anteriormente".

Las razones para la denegación del pacto son:

—el principio de especialidad, recogido en su faceta de principio de determinación referido a las hipotecas, en el art. 216 RH, exige que hipotecándose varias fincas en garantía de un sólo crédito, se distribuya entre ellas la responsabilidad hipotecaria.

Tal principio tiene un carácter imperativo y es fundamental en nuestro derecho, sin que la distribución de la responsabilidad pueda ser condicionada en forma alguna, ya que conforme al art. 216 "no se admitirá la inscripción sin distribución de responsabilidad", y si se admitiese su condicionamiento hasta que no se cumpliese la condición no existiría realmente distribución de responsabilidad, y estaría inscribiéndose la hipoteca sin su distribución.

—en la escritura se distribuye la responsabilidad, pero dicha distribución se hace depender de un suceso futuro e incierto: la terminación de la obra (suceso inequívocamente futuro, pero también incierto, porque la obra "podría también no terminarse").

Este condicionamiento choca con el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca: En nuestra legislación, el derecho de hipoteca nace mediante la inscripción de la hipoteca en el Registro, sobre cada finca hipotecada y sin otras limitaciones; en éste caso, sin embargo, la inscripción no llevaría el nacimiento de la hipoteca sobre cada finca, lo cual quedaría condicionado al cumplimiento de la condición. Y si la condición no se cumple ¿no habría existido la hipoteca?; y aún suponiendo su existencia, ¿sobre qué fincas existiría y cómo ejecutarla?

—porque, relacionado con lo anterior, ¿cuál es el objeto de la hipoteca mientras que no se termine la construcción? Se dice expresamente que habría una sola hipoteca sobre el conjunto de las fincas hipotecadas, pero tal conjunto no existe registralmente. Lo hipotecado mientras tanto, no sería cada finca en construcción, pero tampoco puede serlo la finca matriz, que ha quedado como mero soporte de la División Horizontal existente, porque sobre no existir ésta con independencia de sus elementos, tampoco se hipotecan todos los elementos de la misma, faltando el número siete. Con ello, la quiebra del principio de determinación es evidente.

En resumen, la cláusula parece inadmisible porque conculca el art. 216 RH, cualquiera que sea la interpretación que se haga de la misma:

a) porque mientras que no se termine la obra la hipoteca recaería sobre "el total conjunto de las fincas hipotecadas", lo cual es registralmente inadmisible.

b) porque aún interpretando laxamente dichas palabras, y entendiendo que lo hipotecado sería la finca matriz, tampoco sería admisible por faltar en la escritura referencia a la misma, y porque las fincas hipotecadas no suponen la totalidad de dicha finca matriz.

c) si aún en contra de las palabras de la escritura se pretendiese que lo hipotecado es cada una de las fincas, pero solo en cuanto al solar y la parte que se vaya construyendo, hasta concretarse finalmente en la finca totalmente terminada, ello no es lo que se establece en la escritura ni sería necesario hacerlo constar siquiera porque así sucedería por la aplicación de los principios generales de nuestro derecho.

La asesoría jurídica del banco interesado aceptó las razones del informe y modificó la escritura de constitución de hipoteca.

(De la sección "Notas marginales" de *FOLIO REGISTRAL*, CER de Andalucía Oriental, núm. 77).

"(...) *Hay que controlar...*

Pues veamos: a la gente le gustan los ***transistores japoneses***, que son de excelente calidad y salen baratos. Pero si todos comprasen transistores *se quedarían con todas nuestras pesetas, nos arruinaríamos*, quedaríamos en la *negra miseria*, los *niños y los ancianos* ***se morirían de inanición***... ¡Qué horror!. ¡Hay que controlarlo!. Hay que asignar unos *cupos de transistores*, anunciar severísimos castigos a los que entren transistores fuera de los oficialmente permitidos, reclutar un ejército de funcionarios que se dispondrá a lo largo de nuestras fronteras, premiar y ascender a los más eficientes (es decir, a los que más transistores impidan comprar), etc.

¿Habitual? ¿O más kafkiano todavía?"

"Teoría del Derecho" Ed. P.P.U. Barcelona. 1989.

"Lo prometido: nueva amenidad. Don Vladimiro Lamsdorff nos habla sobre los problemas de la "invasión nipona" y sus consecuencias sobre la población. Un consejo: tiremos nuestros transistores por la ventana. Permanece en sintonía desde Granollers, ÓSCAR GÓMEZ GIL, Opositor a Notarías.".

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.)

R. 4 ENERO 1999 (BOE 3 MARZO)

OPCIÓN DE COMPRA: A FALTA DE ESPECÍFICA PREVISIÓN, NO ES INEQUÍVOCA SU TRANSMISIBILIDAD SIN CONSENTIMIENTO DEL CONCEDENTE, POR LO QUE ES INSCRIBIBLE LA CLÁUSULA QUE COMPLETA LA DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO CONCEDIDO, EN CUANTO PRECISA SU CARÁCTER TRANSMISIBLE.

Supuesto de hecho: mediante escritura pública se concedió un derecho de opción de compra sobre una participación indivisa de una finca a favor de Don Arístides, por plazo de tres meses a contar de la fecha de la escritura, y por el precio y condiciones que en la misma constan. Entre las cláusulas figuran la sexta del siguiente tenor: "la opción de compra se configura como transmisible en todo o en parte para la parte optante; y en consecuencia, la misma podrá ser ejercida por Don Arístides o por la persona física o jurídica que por éste se designe, dentro del plazo y precio establecido en el presente documento".

Presentada en la RP se inscribe el derecho de opción y se deniega la cláusula sexta por ser contraria a los principios de publicidad y especialidad, arts. 9 y 30 LH, nº 9 del art. 51 RH y art. 20 LH. Se considera que tiene en todo caso carácter obligacional, no inscribible.

Interpuesto recurso gubernativo a efectos doctrinales, el Presidente del TSJ confirmó la nota. En base a que el derecho de opción, si bien no puede calificarse de completamente atípico, sí carece de una regulación minuciosa que perfile su específico contenido y efectos, y respecto del cual, a falta de específica previsión, no es inequívoca su transmisibilidad sin consentimiento del concedente, la DG no admite el defecto ya que la cláusula debatida no tiene otra finalidad que completar la definición y características del derecho concedido, en cuanto que precisa su carácter

transmisible, si bien, la DG, no admite la expresión "por el optante o por la persona física o jurídica que ésta designe", pues la transmisión de dicho derecho deberá verificarse, en todo caso, por cualquiera de las causas previstas por el ordenamiento jurídico. (A.C.)

R. 11 ENERO 1999 (BOE 11 FEBRERO)

CONDICIÓN RESOLUTORIA DEL DERECHO DE REVERSIÓN. CANCELACIÓN: FIRME EN VÍA ADMINISTRATIVA EL ACUERDO DE APROBACIÓN DEFINITIVA DE UN PROYECTO DE REPARCELACIÓN E INSCRITO EN EL RP, NO PROCEDE LA CANCELACIÓN, POR MODIFICACIÓN DE DICHO PROYECTO, AL SER NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DE TITULARES REGISTRALES AFECTADOS O RESOLUCIÓN JUDICIAL.

Supuesto de hecho: aprobado un Proyecto de reparcelación por acuerdo que ganó firmeza en vía administrativa, e inscrito en el RP, se aprueba por el Ayuntamiento un acuerdo de subsanación de errores materiales cometidos en el anterior acuerdo, para cancelar la condición resolutoria del derecho de reversión que afectaba a algunas de las fincas adjudicadas al Ayuntamiento.

El Registrador deniega la inscripción por ser necesario el consentimiento de todos los aportantes de terrenos a la reparcelación, titulares de los derechos cuyas inscripciones se trata de cancelar, o resolución judicial.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presiden-te del TSJ confirmó la nota. La DG confirma el auto. 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.)

R. 12 ENERO 1999 (BOE 11 FEBRERO)

MERCANTIL. SL.

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: REGLAS DE CONVOCATORIA. ES NECESARIO FIJAR LA FORMA Y PLAZO CON QUE LA CONVOCATORIA HA DE REALIZARSE.

El art. 57-1 de la LSRL se limita a exigir cuando se haya previsto un Consejo de Administración que los Estatutos establezcan su régimen de organización y funcionamiento. La DG considera que si esta exigencia legal de determinación de las reglas de convocatoria no debe alcanzar todos sus extremos, s que debe comprender tanto la fijación de la forma o procedimiento a través del que ha de realizarse la convocatoria, como el plazo, entendido como antelación con que dicha convocatoria ha de realizarse, dada la singular relevancia que para los miembros del Consejo tiene la fijación de ambos requisitos. (M.R.P.)

R. 13 ENERO 1999 (BOE 11 FEBRERO)

COMPRAVENTA: CONTRATO PRIVADO BASE DE UN CONTRATO POSTERIOR. FACULTADES DEL APODERADO. MANIFESTACIÓN SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL. RETENCIÓN DEL IRPF.

Supuesto de hecho: mediante escritura pública el apoderado del titular registral vende una finca a una entidad mercantil. En ésta se expone que mediante documento privado del año 1987, complementado por otros en 1991 y 1992, el titular concedió un derecho de opción de compra a favor de la entidad y exhiben al Notario los originales de los dos últimos y fotocopia del primero, por haberse extraviado. En la escritura se fija el precio de la compra según lo pactado en los contratos privados, se determina el importe de las obras realizadas por la compradora y a su cargo y se pacta la condición suspensiva de que el titular libere la finca de determinada hipoteca que en ese

momento no estaba inscrita, condición que se anula en una escritura complementaria en la que se fija un plazo para el pago del resto del precio.

Presentadas las escrituras se suspende la inscripción por los siguientes defectos: A) La simple fotocopia de un documento privado extraviado carece de autenticidad para servir de base a un contrato posterior. No se admite por la DG ya que la escritura es, por sí sola, el título para la inscripción. B) De ninguna de las facultades concedidas al apoderado se deduce que éste pueda imputar la autoría de una fotocopia de un escrito a su poderdante; C) Se altera el cumplimiento simultáneo de contraprestaciones previsto en el documento privado, sin que esta facultad se haya concedido expresamente por el poderdante; D) En la escritura se vulnera las condiciones impuestas por el poderdante, pues éste prohibió el ejercicio de la opción después de transcurridos cuatro años. No se admiten por la DG, ya que el apoderado está facultado para administrar, ejercitar y cumplir toda clase de derechos y obligaciones, reconocer deudas y créditos, disponer, enajenar, gravar... respecto de todas clases de bienes muebles e inmuebles. E) Indeterminación del precio. Tampoco se admite, ya que en la determinación no incide el sistema de pago. F) No se declara que la finca vendida no sea la vivienda familiar. En este punto hay que destacar que el titular es argentino, su esposa —según el Registro— es española, tienen capitulaciones pactando el régimen de separación, y de la documentación aportada resultan dos residencias, Mónaco y Buenos Aires, y dos domicilios accidentales, Boston y la propia vivienda para sus estancias en España, por eso y mientras no se compruebe que la Ley aplicable al matrimonio del vendedor exige ambos consentimientos para la venta de la vivienda habitual, Ley aplicable que deberá acreditarse, no puede invocarse este defecto. G) Siendo el vendedor residente en el extranjero debe acreditarse la retención a los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Conforme doctrina de la DG este impuesto no está incluido entre los que menciona el art. 254 LH. H) La hipoteca, que se dice pendiente de inscripción, quedaría fuera del RP al inscribirse el título calificado. Este defecto decae al dejarse sin efecto la condición suspensiva de la liberación de la finca de dicha hipoteca. (A.C.).

R. 14 ENERO 1999 (BOE 11 FEBRERO)

HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES AL PORTADOR: ESTÁ REGIDA POR LAS NORMAS MERCANTILES QUE REGULAN DICHA EMISIÓN, MÁS PARTICULARMENTE POR LAS NORMAS ESPECÍFICAS DE LA EMISIÓN POR PARTICULARES —ARTS. 21.1, 547, 550, 562, 565 Y CONCORDANTES DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y 76 DEL RRM, VIGENTES EN ESE MOMENTO— Y LAS PRESCRIPCIONES QUE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL ESTABLECE PARA LAS SOCIEDADES U OTRAS PERSONAS JURÍDICAS, Y EN PARTICULAR LA INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Supuesto de hecho: mediante escritura pública el titular de una finca emite 25 obligaciones hipotecarias al portador, de serie "A" y debidamente numeradas, constando cada título de ejemplares por triplicado y constituye hipoteca a favor de Doña Autio, como suscriptora de la totalidad de los títulos, y de los sucesivos tenedores de los mismos.

Presentada en el RP se suspende la inscripción por: 1º) por no cumplirse las normas mercantiles tendentes al control de la emisión y a la protección del adquirente en el mercado de valores, o de los restantes acreedores del emitente, que suponen la previa inscripción de la emisión en el Registro Mercantil, la intervención de un Comisario y la constitución de un Sindicato de obligaciones, etc. 2º) por no constar el desembolso ni entrega de dinero en contrapartida a los títulos.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSJ confirmó la nota. La DG confirma sólo el primer defecto. Sea cual sea el emitente, la emisión de obligaciones es una operación, en sí, mercantil. La emisión hecha por particulares está regida por las normas mercantiles que regulan dicha emisión sin consideración al sujeto emitente. Más particularmente por las normas específicas de la emisión por particulares —arts. 21.1, 547, 550, 562, 565 y concordantes del Código de Comercio y 76 del RRM, vigentes en ese momento— y las prescripciones que la legislación especial establece

para las sociedades u otras personas jurídicas, y en particular la inscripción obligatoria en el Registro Mercantil. El segundo defecto no procede al suscribir las obligaciones una persona determinada y expresar el emitente haber recibido su importe. (A.C.).

R. 15 ENERO 1999 (BOE 13 FEBRERO)

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO. 1) CANCELACIÓN DE CARGAS: AL SER LA RECLAMACIÓN, OBJETO DEL PROCEDIMIENTO, DE CUANTÍA SUPERIOR A LA GARANTIZADA POR LA HIPOTECA, NO SE PODRÁN PRACTICAR LAS CANCELACIONES SI NO CONSTA QUE EL EXCESO DEL PRECIO DEL REMATE SOBRE LAS CANTIDADES GARANTIZADAS CON HIPOTECA, HA SIDO DEPOSITADO A DISPOSICIÓN DE SUS TITULARES. 2) AUTO DE ADJUDICACIÓN Y MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN: CARÁCTER UNITARIO.

Supuesto de hecho: la finca figura inscrita en el R.P. gravada con una hipoteca en garantía de 11.970.000 pesetas de principal y 4.758.075 pesetas de intereses. Por el procedimiento judicial sumario y en reclamación de 16.625.000 pesetas de principal y 8.079.687 pesetas de intereses, se ejecuta la hipoteca antes reseñada, se adjudica la finca por el precio de remate de 13.500.000 pesetas y se dirige mandamiento al RP ordenando la cancelación de la hipoteca que se ejecuta y las cargas posteriores.

Presentado en el RP se deniega la cancelación porque la reclamación objeto del procedimiento es de cuantía superior a la garantizada por la hipoteca. Del expediente resulta que el Auto de adjudicación no ha sido inscrito por adolecer de defectos que no han sido recurridos.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSJ revoca la nota de calificación. La DG confirma el auto presidencial dado los términos de la nota de calificación. Conforme a la doctrina de la R. de 11 de febrero de 1998 manifiesta que: una parte de la cantidad incluida en la reclamación inicial, el principal del crédito, es base suficiente para el ejercicio de la acción hipotecaria; el propietario de la finca o los terceros titulares de cargas posteriores pueden pedir la concreción de la ejecución hipotecaria a la cantidad debida efectivamente garantizada o paralizar las actuaciones pagando exclusivamente esta última cantidad; aun cuando no se impugnare la cuantía de la reclamación, el Registrador no podría cancelar los asientos posteriores si no consta que el exceso del precio del remate sobre las cantidades garantizadas con hipoteca, ha sido depositado a disposición de sus titulares; y por último, en este caso, la cantidad del remate es inferior a la cantidad garantizada con hipoteca. No entra la DG, al no haber sido expresado en la nota de calificación, en el problema de si, para la cancelación, es necesario que se haya inscrito el auto de adjudicación, o si la suspensión o denegación de éste impide las expresadas cancelaciones. Ver la R. 22 de febrero de 1993. (A.C.)

R. 16 ENERO 1999 (BOE 11 FEBRERO)

CONSTITUCIÓN DE COMUNIDAD Y OBRA NUEVA: EL NEGOCIO DE APORTACIÓN, QUE DEBE ESTAR PERFECTAMENTE DEFINIDO EN TODOS SUS ASPECTOS, "HABRÁ DE CONSTAR EN EL VEHÍCULO DOCUMENTAL IDÓNEO, ES DECIR LA ESCRITURA PÚBLICA OTORGADA POR LOS INTERESADOS EN LA QUE EXPRESEN SU CONSENTIMIENTO, Y NO PUEDE SUPLIRSE POR UN ACTA MEDIANTE LA CUAL SE PRETENDE LLEVAR A CABO, SIN SU INTERVENCIÓN, UNA SUBSANACIÓN QUE CARECE DE APOYATURA DOCUMENTAL Y EXCEDE DEL ÁMBITO PROPIO DE LOS JUICIOS DEL NOTARIO O DE

LOS HECHOS POR ÉL PRESENCIADOS".

Supuesto de hecho: mediante escritura pública los esposos titulares de un solar y tres personas más manifiestan que sobre la finca propiedad de los primeros, éstos a expensas de la sociedad de gananciales y los tres restantes con dinero privativo, han construido la obra nueva que se describe, quedando dueños del conjunto por cuartas e iguales partes. Presentada en el RP se deniega la inscripción. Posteriormente, sin intervención de los otorgantes, el Notario autoriza un acta en la que expresa que "subsana la escritura en el sentido de hacer constar que el conjunto queda propiedad por cuartas e iguales partes indivisas de los otorgantes, toda vez que los titulares del solar junto con el resto, constituyeron una comunidad para la construcción, a la que los titulares aportaron dicho solar y los otros otorgantes por iguales partes realizaron la construcción a sus expensas".

Presentada nuevamente se suspende la inscripción por no apartarse la escritura de constitución de comunidad.

Interpuesto recurso gubernativo por el Notario sobre la base de que la constitución de la comunidad está incluida en la escritura calificada, el Presidente del TSJ revocó la nota de calificación. La DG revoca el auto presidencial. El negocio de aportación, que debe estar perfectamente definido en todos sus aspectos, "habrá de constar en el vehículo documental idóneo, es decir la escritura pública otorgada por los interesados en la que expresen su consentimiento, y no puede suplirse por un acta mediante la cual se pretende llevar a cabo, sin su intervención, una subsanación que carece de apoyatura documental y excede del ámbito propio de los juicios del Notario o de los hechos por él presenciados". (A.C.)

R. 18 ENERO 1999 (BOE 11 FEBRERO)

MERCANTIL. SA.

REDUCCIÓN DE CAPITAL COMO CONSECUENCIA DE PERDIDAS DEBEN JUSTIFICARSE EN UN BALANCE APROBADO EN JUNTA GENERAL PREVIA VERIFICACIÓN DE LOS AUDITORES DE CUENTAS QUE DEBE CONSIGNARSE EN LA ESCRITURA DE REDUCCIÓN.

No puede reconocerse la validez de un proceso de reducción encaminado a restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio, dadas las particularidades del supuesto, si no viene respaldado por la acreditación de la verdadera situación patrimonial de la sociedad. En este caso no puede entenderse que exista un Balance verificado por técnico que acredite el desequilibrio patrimonial a corregir. (M.R.P.)

R. 22 ENERO 1999 (BOE 22 FEBRERO)

COMPRAVENTA: NO CABE LA INSCRIPCIÓN CUANDO, EN EL PROPIO TÍTULO, SE RECONOCE QUE LA TITULARIDAD REGISTRAL ES INEXACTA, AL HABER TRANSMITIDO LA FINCA CON ANTERIORIDAD A OTRA PERSONA DISTINTA DEL COMPRADOR.

Supuesto de hecho: una entidad vende, en documento privado, una finca por precio aplazado y garantizado con condición resolutoria y además se pacta que la vendedora se reserva el dominio hasta tanto no se haya satisfecho la totalidad del precio. Posteriormente, la vendedora, en virtud de demanda de reclamación de cantidad, obtiene el embargo de los derechos de propiedad que tiene el comprador. En virtud de dicho procedimiento ejecutivo la finca se adjudica a la entidad vendedora que, en esos mismos trámites, cede el remate a una tercera entidad. Posteriormente la citada entidad vendedora, que tiene inscrita la finca a su favor en virtud de un título previo anterior al citado, otorga escritura en la que manifiesta todo lo expuesto anteriormente, protocolizándose el auto de adjudicación del procedimiento dicho, y vende la finca a la entidad cesionaria por precio confesado recibido en virtud del procedimiento ejecutivo.

Presentada en el RP se deniega la inscripción por: 1º ser necesario inscribir previamente la finca a favor del deudor embargado y 2º carecer el titular registral de poder de disposición sobre la finca por el reconocimiento que hace la titularidad a favor

del deudor embargado y carecer de legitimación como posible representante de éste.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSJ revocó la nota de calificación, no así la DG que revoca el auto. Si se pretende sostener que se está formalizando una venta distinta de la enajenación judicial, no puede practicarse la inscripción cuando del título resulta que la titularidad del disponente es inexacta ya que se está admitiendo la anterior titularidad del deudor ejecutado y no la del actor, y ello en base a la doctrina de los propios actos y a la necesidad de cerrar el R.P. a actos cuya validez queda jurídicamente comprometida. Si lo que se pretende es sostener que se trata de una formalización notarial de la enajenación judicial, tampoco cabe la inscripción, ya que el principio del tracto sucesivo impone la previa inscripción a favor del ejecutado y, además, la escritura exigida por el art. 1514 LEC, en su redacción anterior a la reforma del 92, debía ser otorgada por el propio deudor o, en caso de rebeldía, por el Juez en su nombre. Ver: R. de 18 de septiembre de 1989 y R. 25 de enero de 1990. (A.C.)

R. 25 ENERO 1999 (BOE 27 FEBRERO)

SEGREGACIÓN. RESTO: MODIFICACIÓN EN LA EXTENSIÓN Y LOS LINDEROS POR LOS QUE SE REALIZA LA SEGREGACIÓN: LA MODIFICACIÓN EN LA EXTENSIÓN VA IMPLÍCITA EN LA PROPIA OPERACIÓN DE SEGREGACIÓN Y EN CUANTO AL LINDERO O LINDEROS, RESULTAN POR LA VÍA DE LA EXPRESIÓN DE LA COLINDANCIA DE LA FINCA MATRIZ O DE PARTES PREVIAMENTE SEGREGADAS Y QUE CONSTAN EN EL RP.

Supuesto de hecho: se presenta una escritura de segregación, en la que la finca matriz se describe con la misma superficie y linderos que tenía antes de efectuarse otras segregaciones, si bien en el documento se afirma que "sobre la misma se han efectuado diversas segregaciones".

Presentada en el RP se suspende la inscripción por: 1º) describirse la finca matriz sin tener en cuenta las segregaciones efectuadas con anterioridad y 2º) no describirse el resto que queda tras la segregación que ahora se pretende.

Interpuesto recurso, el Presidente del TSJ confirmó la nota de calificación, no así la DG que revoca la nota y el auto. En cuanto al primer defecto al considerar suficiente la afirmación efectuada en la escritura referente a las segregaciones y constar en el RP las superficies y linderos afectados por las mismas. En cuanto al segundo considera que en ocasiones —supuestos de segregaciones múltiples y sucesivas—, no es posible una descripción completa del resto, por lo que los arts. 47 y 50 RH prescriben que se haga constar la modificación en la extensión y los linderos por los que se realiza la segregación, y estas circunstancias aparecen suficientemente determinadas, ya que la modificación en la extensión va implícita en la propia operación de segregación al implicar ésta una disminución de la cabida, y en cuanto al lindero o linderos, resultan por la vía de la expresión de la colindancia de la finca matriz o de partes previamente segregadas y que constan en el R.P. (A.C.)

R. 27 ENERO 1999 (BOE 12 MARZO)

MERCANTIL. SA.

AUMENTO DE CAPITAL. TRANSCURRIDO EL PLAZO MÁXIMO ESTABLECIDO PARA LA SUSCRIPCIÓN DE LAS NUEVAS ACCIONES, ES NECESARIO UN NUEVO ACUERDO DE JG.

Agotado (sin haberse llevado a cabo suscripción alguna) el plazo en el que debía desenvolverse el proceso de aumento de capital con nuevas aportaciones dinerarias, proceso ajustado a derecho como en el caso debatido —acuerdo de la JG; previsión expresa de que en caso de suscripción incompleta, el capital se aumentaría en la cuantía de las suscripciones efectuadas; plazo máximo de un año para ejecutar la suscripción o adjudicar a terceros las acciones no suscritas; etc.—, es necesario un nuevo acuerdo de la JG que habrá de observar las normas legales establecidas en garantía de los titulares del derecho de suscripción preferente, por lo que habrá de acreditarse la publicación o comunicación escrita del anuncio de una nueva oferta de suscripción de la

emisión, o bien, en su caso, la exclusión del derecho de suscripción preferente.

Como en el caso falta ese nuevo acuerdo en los términos dichos, y habiendo transcurrido el plazo, la JG se limita a ratificar la ampliación de capital acordada y el acuerdo del CA adjudicando a cierta sociedad la totalidad de las acciones emitidas, la DG confirma la nota y decisión del RM.

R. 28 ENERO 1999 (BOE 3 MARZO)

CESIÓN EN PAGO DE DEUDAS: SI LA TRANSMISIÓN PREVIA DE LOS CRÉDITOS CONSTA EN EL MISMO TÍTULO EN QUE SE FORMALIZA LA CESIÓN DE BIENES EN PAGO, NO PUEDE EL REGISTRADOR PRESCINDIR DE SU EXAMEN.

Supuesto de hecho: mediante escritura pública unas entidades se reconocen deudoras de la entidad "SFI" y otras se reconocen deudoras de la entidad "SVENSKA", y en pago de todas las deudas otra entidad, distinta de las deudoras, transmite a favor de "SVENSKA" el pleno dominio de dos fincas. Por otra escritura posterior la entidad cedente de los bienes y las entidades "SFI" en Liquidación y la entidad "SVENSKA", estas dos últimas representadas por la misma persona en calidad de liquidador de la primera y de apoderado de la segunda, subsanan la anterior escritura en el sentido de que la entidad "SFI", antes de entrar en liquidación, provisionó las deudas como fallidas y transmitió los créditos a "SVENSKA" por cero pesetas, según se acreditaba con certificación del acuerdo del Consejo de Administración, siendo la causa de la transmisión la compensación de deudas. La cesión de los créditos fue aprobada por el Consejo de Administración de la cesionaria, que a la vez ratificó la cesión de bienes en pago de los mismos. Por declaración suscrita en Londres ante Notario los representantes de la entidad "SVENSKA" hicieron constar que la misma era el único socio de la entidad en liquidación y ratifican las cesiones de créditos acordadas por el Consejo de Administración de ésta última.

Presentadas en el RP se deniega la inscripción, entre otros defectos, por entender que la cesión de los créditos era nula por exceder de las facultades de los administradores, no estar facultado para ello el Liquidador de la cedente e incurrir en autocontratación al actuar por delegación de los órganos de administración y no de las Juntas Generales.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSJ confirma la nota en cuanto a estos defectos. La dación en pago es un contrato en virtud del cual se transmiten al acreedor bienes o derechos distintos de los debidos y éste acepta como pago de su crédito. Esta transmisión, como forma de pago, se puede realizar tanto por el deudor como por un tercero. Al ser la dación en pago una transmisión con finalidad solutoria, la existencia y titularidad de esas deudas opera como causa de la transmisión y, como elemento que es del propio contrato traslativo, está sujeto a calificación. Como regla general, la validez de los actos o negocios que dieron lugar al nacimiento de los créditos o sus transmisiones son ajenos al contrato de cesión en pago y quedan al margen de la calificación; no obstante, en aquellos casos, como el presente, en que la transmisión previa de los créditos consta en el mismo título en que se formaliza la cesión de bienes en pago, no puede el Registrador prescindir de su examen. La DG mantiene la nota en parte, pero no entra sobre el defecto central relativo a la nulidad de la cesión de los créditos. Debe tenerse en cuenta que, junto con los documentos citados, se acompañó escritura por la que se elevaron a público los acuerdos de la Junta general universal de la entidad "SFI", con la asistencia de su único socio "SVENSKA", en la que se acordó la disolución, la aprobación del balance final en el que sólo figura como acreedor la Administración Pública por el IVA, deuda que el otorgante declara satisfecha y la liquidación con adjudicación al único socio del haber social, todo ello figura inscrito en el RM. Por todo ello no puede mantenerse que haya perjuicio ni para los acreedores ni para el socio único. Solo se mantiene el defecto de que no resultan acreditadas las facultades representativas de quienes en nombre de la entidad que ostentaba la condición de socio único otorgaron la escritura de ratificación. (A.C.)

Hay muchísimas más RR extractadas, tantísimas más que cortamos por lo sano y las ofreceremos en el próximo número (que solo guardará la distancia de una semana con el presente). ¿La turbamulta? Por el furor directivo, porque el pasado número fue tocho y se acumularon los extractos, porque la capital lunésica ha ardido la pasada semana, etc. ¿El tajo? Porque sabemos que la acumulación de RR causa agobio a nuestros lectores y porque el tocho nos ha costado uno, y porque el lujo que llamamos HOJAS SUELTAS no costará el otro...

Mª Emilia ADÁN GARCÍA

SENTENCIAS

STS 28 SEPTIEMBRE 1998

QUIEBRA. VENTA FORZOSA EN EL PERÍODO DE RETROACCIÓN. Artículos citados: 878 del Código de Comercio.

HECHOS.- La sindicatura de la quiebra de la sociedad X presentó demanda de nulidad de dos escrituras públicas otorgadas en ejecución de sentencia de remate, consecuencia de una subasta celebrada el día 6 de mayo de 1985, por encontrarse dentro del período de retroacción de la quiebra.

La demanda fue desestimada por lo que se interpuso recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- Se alegó infracción del artículo 878 del Código de Comercio al consagrar éste la nulidad de todos los actos de disposición realizados en el período de retroacción.

El Tribunal Supremo desestima el recurso, al entender que el artículo 878 se refiere a los actos de dominio y disposición del quebrado, lo que supone libertad de actuación, que en este caso no se da. El antiguo artículo 1514 de la LEC establecía que una vez aprobado el remate, éste se formalizará por escritura pública otorgada por el deudor, y si no lo hacía éste por el Juez. Esta venta tiene pues carácter forzoso, por lo que el motivo se desestima.

STS 28 SEPTIEMBRE 1998.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA. NATURALEZA Y EFECTOS. Artículos citados 1132 y 1133 del Código Civil.

HECHOS.- En carta fechada el 27 de mayo de 1982, el matrimonio A ordena a sus herederos, que le sea entregada, al destinatario de la carta, en compensación de todo, a la muerte del matrimonio, la cantidad de 500.000 ptas. o si prefieren, tres inmuebles que enumeran. De esa forma, manifiesta el matrimonio, quedaría compensado de todo lo que le deben.

El destinatario de la carta presentó demanda donde reclamaba la nulidad absoluta por simulación de una compraventa, o subsidiariamente, a cumplir la voluntad de Dª AAA entregándole determinados bienes.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima la demanda subsidiaria y condena a que se le entreguen en propiedad la tres fincas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- La cuestión se centra en determinar la naturaleza de la carta relacionada.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que era una disposición testamentaria, revocada por un testamento posterior.

La Audiencia provincial considera que se trata de un reconocimiento de deuda, con posposición de la obligación de cumplir, una obligación que califica de alternativa, siendo la concentración de la elección atribuida al acreedor.

El Tribunal Supremo niega que pueda tratarse de una disposición testamentaria, por ser mancomunado, lo que prohibe el artículo 669 CC, y por faltarle, para ser considerado como ológrafo, la autografía, ya que está escrito a máquina.

Se trata de un reconocimiento de deuda, que es un negocio jurídico unilateral por el que el autor reconoce la existencia de una deuda previamente constituida. Contiene la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, a la que se aplica la presunción de la causa del artículo 1277 del Código Civil. Al reconocimiento de deuda se le reconoce una abstracción procesal, que dispensa de probar la obligación cuya deuda se ha reconocido.

También se alega infracción del artículo 1132 y 1133 del Código Civil, pero es desestimado ya que el artículo 1132 es norma dispositiva, por lo que cabe que la concentración la haga el acreedor, como así se estableció en la carta, y además lo notificó al deudor en la propia demanda, con lo que se cumplió lo dispuesto en el artículo 1133 del Código Civil.

Por último recuerda el Tribunal Supremo que al reconocimiento de deuda se le ha admitido el efecto de quedar obligado al cumplimien-

to, por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de la dispensa de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente.

STS 3 OCTUBRE 1998

ALTERACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES. UNIÓN DE UN BAJO Y UN PISO POR ESCALERA INTERIOR. Artículo citados: 396, 348 y 7 del Código Civil. 7, 11 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal.

HECHOS.- En marzo de 1981, los propietarios del bajo y del piso primero, los unieron por medio de escalera interior.

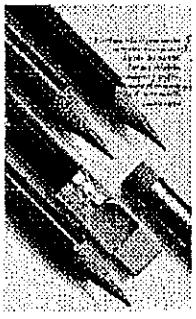
Por acuerdo de la Junta de Propietarios de 30 de noviembre de 1992, se insta a los propietarios a retirar esa escalera de unión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- El primer motivo de casación alega infracción del artículo 348 y 396 del Código Civil, 7 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el artículo 4 de los Estatutos inscritos en el Registro de la Propiedad.

El motivo es desestimado, por entender que aunque no se alteren las cuotas, sí que se altera un elemento común y la configuración de un edificio, a tenor del artículo 16 LPH, en relación a los muros de las divisorias de cada planta, modificándose la distribución originaria en varios pisos.

En segundo lugar se alega infracción del artículo 11 de la LPH, al entender que hay consentimiento tácito de los copropietarios, al dejar transcurrir tanto tiempo entre las obras y la reclamación, y en tercer lugar se alega abuso de derecho del artículo 7.2 del Código Civil, por las mismas razones.

Estos dos motivos deben acogerse, ya que la comunidad no se ha ajustado a un ejercicio leal en defensa de los intereses comunitarios al reclamar, después de más de diez años que se destruya una obra tan antigua y aceptada por todos.



La base del negocio testamentario

Desde que hace ya muchos años me preocupé de la posible ineficacia de una obligación por un cambio en las circunstancias de las que nació, como pudo ser la decadencia de la base del negocio entre vivos, me quedó la espina de resolver el problema de qué ocurría en el caso de desaparición de la base del negocio testamentario.

Imaginemos que en contemplación a unas determinadas circunstancias objetivas, o subjetivas concurrentes en la persona del beneficiario de un testamento, éste tiene un determinado contenido cuya causa es precisamente la contemplación de las circunstancias objetivas o subjetivas que han dado lugar a él. Por ejemplo la cualidad de cónyuge del testador.

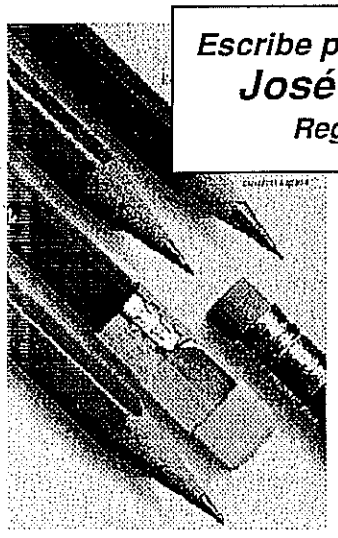
La resolución de la Dirección General de los Registros de 26 de noviembre de 1998, publicada en el B.O.E. de 29 de diciembre, me ha vuelto a hacer pensar en la base del negocio testamentario y su influencia en la eficacia del mismo, tema del cual ahora no me puedo ocupar con amplitud por mi circunstancia senil.

Pero apunto mi opinión para que alguien más joven siga estudiando el asunto, de que un Juez puede, mediante una Sentencia, que me inclino a creer que sería constitutiva, declarar ineficaz una disposición testamentaria cuya causa o base aparezca claramente expresada en el testamento, si dicha causa o base desaparece, y el testador pierde la capacidad testamentaria activa.

En ningún caso creo que el Juez podría sustituir una disposición por otra aparentemente justificada, porque una disposición testamentaria es personalísima, pero si la aplicación literal del testamento significase un disparate respecto de la causa expresada por el testador, quizá la disposición que ha devenido disparatada debería dejar el paso abierto a la sucesión legítima.

Este es el problema que brindo a, quienes siendo más jóvenes, pretendan adentrarse en el problema. Hay un libro portugués que trata de esta materia, pero no recuerdo ni el autor ni la editorial, y no conozco ninguna sentencia o resolución que se haya ocupado del asunto, excepto la que ahora se me ha proporcionado por medio de la Revista "Lunes 4'30", al suministramos los textos de las resoluciones recientes.

Vicente ***Espert's Things***



Escribe para Lunes:
José Manuel García García
Registrador de la Propiedad de Barcelona

Los negocios de disposición y obligacionales en relación con la inscripción constitutiva de hipoteca.

Una de las innovaciones fundamentales del Código Civil fue la instauración del carácter constitutivo de la hipoteca.

Esta innovación, contenida en el artículo 1875 CC, fue recogida por la legislación hipotecaria a partir de la Ley Hipotecaria de 1909, como no podía ser menos, y actualmente, se encuentra en los artículos 145 y 159 de la Ley Hipotecaria vigente.

El carácter constitutivo de la hipoteca la establece el Código tanto por lo que se refiere al **contrato de hipoteca**, como por lo que se refiere al **derecho real de hipoteca.**

A veces se producen enormes confusionismos que pretenden dar al traste con el significado del carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca pretendido por el Código Civil.

Así, se ha llegado a decir que el "contrato de hipoteca" sólo requiere la escritura pública y no la inscripción, que sería un requisito de **eficacia** del contrato, a modo de "**condicio iuris**". Y que el requisito de la inscripción sólo se referiría al nacimiento o constitución del **derecho real**. Eso cuando no se quiere llegar incluso más lejos: que la inscripción de hipoteca es sólo respecto a los efectos frente a terceros (¡).

Pero el Código civil es terminante y no quiere, de ninguna manera, que **exista** contrato de hipoteca ni derecho real de hipoteca sin la inscripción en el Registro.

El artículo 1875 CC es muy claro. Exige la inscripción "para que la hipoteca quede **válidamente constituida**", como "**indispensable**", y se refiere a la hipoteca no sólo como derecho real (art. 1876 CC), sino también como **contrato**.

La prueba es que el artículo 1875 CC se refiere a que la inscripción es "**además de los requisitos exigidos en el artículo 1857**". Y este artículo 1857 alude precisamente a "los **requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca**".

De nada vale la referencia del propio artículo 1875 CC al "documento **en que se constituya**", pues el propio precepto exige que "**sea inscrito en el Registro de la Propiedad**", para que la "hipoteca quede **válidamente constituida**".

Y el artículo 145 LH sirve para aclarar que existen **dos requisitos constitutivos**: el documento público y la inscripción. Sólo cuando se dan ambos **se constituye** la hipoteca, tanto como derecho real como "**contrato**", pues ambos requisitos lo son para que "las hipotecas queden **válidamente establecidas**", y la **validez** se predica como elemento o requisito del contrato y no sólo del derecho real.

Esta posición del Código Civil (y de la Ley Hipotecaria, siguiendo al mismo), de considerar **constitutiva** la inscripción no sólo para el nacimiento del derecho real, sino también para el

nacimiento del contrato de hipoteca, es perfectamente coherente tanto desde el punto de vista de la técnica jurídica como desde el punto de vista de la realidad social y jurídica.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica, el Código Civil no hace más que aplicar al negocio de hipoteca, la calificación de **negocio dispositivo**, frente a la pretendida configuración como negocio meramente **obligacional**.

Sabido es que existe una distinción fundamental en la teoría del negocio jurídico, entre **negocios de disposición y negocios obligacionales**, y que esta distinción procede de los autores alemanes.

Los **negocios de disposición** son aquéllos que crean directamente **derechos reales**. En cambio, los negocios obligacionales sólo dan lugar a obligaciones.

Pues bien, en el Derecho Alemán, el prototipo de **negocios de disposición** es la transmisión de dominio, que tiene lugar a través de dos elementos: el llamado **acuerdo real** ("Einingung") y la inscripción. Sólo cuando se dan los dos elementos conjuntamente, se produce la transmisión del dominio. No basta el acuerdo real. Una cosa es que con el acuerdo real se produzca "**vinculación**", que podría discutirse. Y otra diferente es que con sólo el mero acuerdo real no puede producirse la disposición. Por tanto, el **negocio de disposición** requiere los dos elementos, y ambos forman parte, como elementos esenciales, del contrato de transmisión de dominio.

En este sentido, dice WOLFF en ENNECCERUS-KIPP-WOLFF lo siguiente, que es bien aleccionador: "El acuerdo y la inscripción son una **disposición**". "El acuerdo y la inscripción son un **contrato**". "Si bien todo contrato tiene que contener dos declaraciones de voluntad, sería erróneo negarle la posibilidad de otro que contenga algo más: el acto estatal de la inscripción se halla dentro y no fuera del contrato. Llamar contrato al acuerdo que no es más que uno de los elementos del contrato, carecería de sentido y daría lugar a confusiones; con razón, la ley ha evitado el empleo de semejante expresión. Aún más desdichado es definir el acuerdo como un contrato condicionado por la inscripción, pues ésta es un elemento esencial y no una condición" (1). Y a pie de página añade: "Con razón, el C.c., al referirse a "acuerdo e inscripción", habla de un "negocio jurídico" (por ejemplo, &892), de un "contrato" (&914 ap. 2; también &1396 y otros); el solo acuerdo no se califica de negocio jurídico ni de contrato".

En el Derecho Español, no se **puede** aplicar la normativa del negocio de disposición a la **transmisión de dominio**, pero sí al negocio de constitución de hipoteca, pues el establecimiento de la inscripción constitutiva de la hipoteca proviene de la influencia germánica, ya manifestada en el Proyecto de Ley de Bases de Luzuriaga de 1843 (Bases 50, 51 y 52), que si bien no fueron recogidas en el texto definitivo de la Ley Hipotecaria de 1861, sí lo fueron por la reforma efectuada por el Código Civil.

Pero hay que tener en cuenta que el **negocio de disposición** no sólo está presente de modo claro y directo en el negocio de constitución de hipoteca, sino también en otros negocios que, desde otra perspectiva, pueden ser contemplados como negocios de disposición.

Así por ejemplo, es evidente que el **contrato de prenda**, que el Código Civil trata de modo paralelo al de hipoteca, dentro de los contratos de garantía, el artículo 1863 CC dice de modo tajante lo siguiente:

"Además de los **requisitos** exigidos en el artículo 1857, se necesita, para **constituir el contrato de prenda**, que se ponga **en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero**, de común acuerdo".

Por tanto, el contrato de prenda, en la configuración del Código civil, es un **negocio de disposición**, y requiere dos elementos esenciales para que se pueda considerar constituido como tal:

—El acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor.

—La entrega de la posesión de la cosa al acreedor o a un tercero, de común acuerdo.

---

(1) Derecho de Cosas, Volumen Primero, 2ª edición, 1951, edición española, pág. 195.

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

Con el solo acuerdo de voluntades no puede nacer el contrato de prenda, porque lo prohibe el artículo 1863 CC. Se exige, para su **constitución** (requisito **constitutivo**), que se produzca la entrega de la posesión.

La entrega de la posesión forma parte del contrato de prenda.

Por eso, la prenda es un contrato de los llamados **reales**, que se **perfecciona por la entrega de la cosa**. Pero la entrega no es simplemente aquí un elemento del contrato **real**, sino además, del contrato o negocio de **disposición**. El carácter **real** del contrato de prenda se explica aquí no simplemente porque el legislador haya previsto la entrega de la posesión como caracterizadora de uno más de los contratos llamados **reales** (como el préstamo, el depósito y el comodato), sino como caracterizadora de un negocio de **disposición**, porque sólo con la entrega de la posesión de la cosa es posible que **nazca o se constituya el derecho real**. Y de ahí que el contrato de prenda no sólo sea un **contrato real más**, sino que es un **contrato de disposición**, que, por esencia, da lugar (al llevar integrado el elemento del desplazamiento posesorio), al derecho real de prenda.

Por eso, no es posible, en la regulación del Código Civil, el llamado **contrato consensual de prenda**, ya que dicho contrato sólo daría lugar a la creación de obligaciones de constituir en el futuro el contrato de prenda, y esto no es contrato de prenda en el sentido del Código civil (art. 1863 CC), sino a lo sumo, por razones de la teoría de la conversión del negocio jurídico, un precontrato de prenda, conforme el artículo 1862 CC, que produciría una mera **vinculación** obligacional, pero no un contrato de prenda.

Del mismo modo, no puede ponerse en paralelo el contrato real de prenda con otros contratos reales, como el depósito o el comodato, que sólo pretenden crear obligaciones, y no derechos reales, y en los cuales podría hablarse de "residuos históricos" y de posibilidad de contratos consensuales, pues ello nada tiene que ver con el contrato de prenda, que al mismo tiempo que real (porque se perfecciona por la entrega de la cosa: art. 1863 CC), crea un derecho real de garantía y no meras obligaciones (negocio de **disposición**).

A veces se ha dicho que la entrega de la cosa en el contrato de prenda tiene la función propia de la tradición a que se refiere el artículo 609 CC. Pero, aunque sea así, no se puede equiparar a la tradición de los demás contratos consensuales. Se trata de algo más íntimo en relación con el contrato, pues la entrega forma parte del mismo contrato de prenda, ya que el legislador quiere que el contrato de prenda de lugar de modo directo e inmediato a un derecho real, y esto sólo se puede conseguir exigiendo como requisito **constitutivo** del contrato el desplazamiento posesorio. Por otro lado, esa entrega posesoria no puede realizarse por cualquier forma de tradición, sino que tiene que ser precisamente por la tradición posesoria, que es la que da publicidad y produce control de disposición del acreedor sobre el deudor y justifica, además, que el acreedor pueda directamente, en caso de impago, solicitar la enajenación de la prenda en subasta pública (ejercicio del "ius distrahendi").

Pues bien, la inscripción de la hipoteca es el requisito paralelo de la entrega de posesión de la prenda, pues cumple el requisito de publicidad, de control del acreedor titular sobre la cosa y de ejercicio del "ius distrahendi", que son las notas básicas del derecho real de garantía, tanto en su modalidad de prenda como de hipoteca. No es un mero requisito **formal**, sino real o dispositivo.

Y si esto es así para la prenda, no se ve por qué se tiene que torturar la hipoteca con interpretaciones contra la disposición terminante del Código Civil y de la Ley Hipotecaria y contra la propia esencia de la hipoteca.

Es más, siguiendo la técnica del **negocio de disposición**, habría que llegar a la conclusión de que las **transmisiones de dominio en el Derecho Español**, son también **negocios de disposición** en el sentido de que exigen dos elementos para la creación del derecho real: por una parte, el contrato, como acuerdo de voluntades; y por otra, la tradición, como elemento fundamental para, junto con el contrato, crear el derecho real.

En las transmisiones de dominio, podría hablarse de la siguiente distinción:

—El contrato de compraventa es claramente un **negocio obligacional**, porque sólo **crea obligaciones entre vendedor y comprador**, a diferencia de los Derechos fracés e italiano, en que la compraventa es un **negocio de disposición**, por sí solo.

—Pero el contrato de compraventa más la tradición forma, en su conjunto, un **negocio dispositivo**, que tiene dos elementos, siendo ambos esenciales para la constitución del derecho real: el contrato y la tradición.

Naturalmente, es muy distinta la configuración de la hipoteca y de la prenda en el Código Civil, porque son **negocios de disposición** y no obligacionales. Pero en tanto en cuanto tienen los elementos propios del negocio de disposición (acuerdo más posesión en la prenda, y acuerdo más inscripción en la hipoteca), vienen a significar esa misma idea del negocio de disposición. Pero la diferencia es importante, porque mientras es perfectamente posible hablar con autonomía de **negocio de compraventa** como obligacional, en la hipoteca no cabe hablar de negocio obligacional ni de contrato, sino que sólo es **negocio de disposición**, y éste lleva consigo los dos elementos; acuerdo de voluntades e inscripción. Con la suma de los dos tenemos el contrato de hipoteca, que da lugar directamente al derecho real de hipoteca (arts. 1875 CC y 145 LH).

Por todo lo dicho anteriormente, si se hace la lectura de los artículos 1875 Cc y 145 LH, a través de la técnica de los **negocios de disposición**, es clarísimo que los negocios de prenda e hipoteca son negocios de disposición en los que va integrado el elemento de la posesión y de la inscripción, respectivamente.

Y nada tiene que ver con ello que los elementos personales del negocio, y concretamente, la capacidad, existencia de las personas y vicios del consentimiento, haya que referirlos al momento en que se emiten las declaraciones de voluntad, pues una cosa es que tales requisitos, de carácter personal, se produzcan en el momento en que se emiten tales declaraciones, y otra diferente es el momento de existencia o perfección del negocio, que puede producirse con posterioridad.

Y si de la técnica jurídica se pasa a la realidad social y jurídica que el Código Civil quiso regular, se comprende perfectamente que la inscripción sea constitutiva no sólo del derecho real de hipoteca, sino también del contrato de hipoteca, que, por ello, no puede quedar **válidamente constituido** sin la escritura pública unida a la inscripción. No es suficiente el documento público, ni tampoco es suficiente la inscripción.

Actuación notarial y registral se unen indisolublemente en el contrato de hipoteca para que con su actuación surja, a partir de la inscripción (retrotraida a la fecha de presentación en el Libro Diario) el contrato dispositivo y el derecho real de hipoteca.

El Código Civil, lo que cabe interpretar que pretendió ("in claris non fit interpretatio"), es evitar la clandestinidad en unos contratos y en unos derechos, como los de garantía real, que son **invisibles** si no se une a ellos un elemento de exteriorización, que en el caso de la prenda es la posesión real de la cosa, y en el caso de la hipoteca es la inscripción registral. El legislador tiene ante sí la larga experiencia de las hipotecas ocultas y tácitas, y no cree suficiente que pueda hablarse de contrato de hipoteca ni de derecho real de hipoteca sin el elemento clave de exteriorización, que es la inscripción. Pretende que las hipotecas salgan al exterior y sean **transparentes**, y nada mejor que establecer de modo claro y terminante, como ha hecho el artículo 1875 CC, el requisito de la inscripción, que es puro requisito de **publicidad** (2).

(2) El profesor DE CASSO ya había destacado interesantes razones sobre el carácter constitutivo de la hipoteca, del modo siguiente: "La publicidad registral es exigencia ineludible del derecho de hipoteca: 1. Porque la hipoteca no tiene visibilidad material por sí mismo como la prenda, cuya existencia se exterioriza, mediante el desplazamiento de la posesión. 2. Porque la hipoteca no afecta a la facultad de disposición del propietario del inmueble gravado, sino sólo al valor económico de éste, cuya disminución únicamente se da a conocer a los posibles adquirentes mediante el Registro de la Propiedad. 3. Porque la posibilidad de hipotecar **sucesivamente** un mismo inmueble determina una preferencia cronológica entre los acreedores hipotecarios (**prior tempore, potior iure**), preferencia que tampoco logra una manifestación práctica y efectiva, si no es por el Registro" ("Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad", 1946, pág. 510).

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

Se imagina el lector, por un momento, que la hipoteca estuviera sujeta a las mismas vicisitudes interpretativas que la transmisión de dominio en el presente momento, llena de inseguridades, de ocultaciones, de interpretaciones sobre la tradición y de la posesión, con grave inseguridad para los terceros. Esto lo puede resistir, de momento, el dominio, que, al fin y al cabo, es un derecho real que cuenta por sí mismo, con algunos resortes de publicidad incipiente. Pero no lo puede resistir una buena regulación de un derecho invisible como es la hipoteca.

De la misma manera que el legislador del Código Civil quiso que determinados contratos fueran **solemnes** o **formales**, y quiso también que otros contratos tuvieran el elemento esencial de la **autorización judicial**, en el caso de la hipoteca creyó necesario, **"indispensable" para la validez del contrato**, que la hipoteca no sólo tuviera la "forma ad solemnitatem" del documento público, sino la "**publicidad constitutiva de la inscripción**". Es la opción del legislador, perfectamente clara y perfectamente justificada.

Por otra parte, la hipoteca es, por esencia, **un valor**, porque implica constituir un gravamen o derecho real que **es valor**. No se concibe hipoteca sin un **valor sobre el inmueble**. Ese valor, por regla general es el importe de la obligación garantizada. Pero puede ser un **valor inferior a la obligación garantizada**, si así se pacta. O puede ser un **valor superior**, en el caso de que también se garanticen otros elementos, como los intereses, las costas y los gastos. Incluso puede ser un **valor máximo** en las hipotecas de máximo o de seguridad. Pero en todo caso, debe entenderse que la hipoteca implica por esencia **un valor**. Pero no **recae sobre un valor**, como pretenden erróneamente algunos autores. Recae sobre un bien inmueble, que constituye su **objeto**. El valor no es el objeto de la hipoteca. Es cualidad esencial de la hipoteca, que implica un gravamen de valor sobre un objeto.

Pues bien, ese **valor** de esencia de la hipoteca sólo puede concretarse, visibilizarse si se documentoa y se publica en el Registro. Esta sería otra de las razones del carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca.

Otra razón fundamental del carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca es que la hipoteca da lugar a un rango, por su propia esencia, que ha de ser comparado con el rango de otros derechos reales que puedan haberse constituido con anterioridad o que puedan constituirse en el futuro. La única forma de ordenación de los rangos de forma clara y precisa es a través de la publicidad registral, pues en otro caso, se producirían situaciones confusas y ocultas, contrarias a la claridad y orden que debe presidir un contrato y un derecho que persigue transparencia absoluta.

Todo esto por lo que se refiere tanto al fundamento de la inscripción constitutiva del contrato como del derecho real de hipoteca.

Pero el derecho real de hipoteca requiere vitalmente la inscripción, además, para su propia esencia y nacimiento. Y ello porque las dos notas fundamentales del derecho real son la inmediatividad y la absolutividad, las cuales resultan de otros dos preceptos fundamentales: el artículo 1876 CC y el artículo 104 LH.

La inmediatividad o poder directo e inmediato sobre la cosa, la obtiene el acreedor hipotecario, de forma todavía más nítida y fuerte que en cualquier otro derecho real, con la inscripción registral, que lleva consigo el control del acreedor sobre la finca respecto a enajenaciones del deudor, y a través de la inscripción de los pactos del derecho real de hipoteca, que le aseguran ese poder (3). Con el control de la inscripción se consiguen, a la vez, dos finalidades que, en otro caso serían inconciliables: la compatibilidad del ejercicio de las facultades propias del dominio por el dueño y de los poderes de control del acreedor sobre la finca hipotecada.

(3) DORAL destaca la inscripción como "uno de los mecanismos técnicos de la hipoteca, que viene a exteriorizar de modo ostensible la vinculación de la cosa. De esta manera, la inmediatividad como expresión de un poder sobre la cosa resplandece con una claridad mas notoria que en los derechos reales de goce no registrados. La finca permanece así sujeta directamente y de esta situación queda constancia pública" ("La fase de seguridad en la hipoteca", Pamplona, 1966, pág. 142).

Y la absolutividad del derecho real se produce a través de la afección de la finca al pago de las responsabilidades hipotecarias, cualquiera que sea el dueño o los titulares. Y es precisamente la inscripción el único medio eficaz para que se consiga esa absolutividad, pues es el único medio posible de conocimiento o cognosicilidad de la hipoteca por parte de terceros. Pero, además, también entre partes, la inscripción tiene efecto constitutivo, porque otra de las manifestaciones fundamentales del derecho real de hipoteca y del contrato que da lugar a su nacimiento, es la posibilidad por parte del acreedor de ejercitar el "**ius distrahendi**" o derecho de realización de valor. Y la inscripción es el vehículo a través del cual el acreedor puede ejercitar el "ius distrahendi" sin necesidad de contar con la colaboración del deudor, que en otro caso, tendría que entregar la cosa par que fuera subastada.

En definitiva, en base a lo anteriormente expuesto, creo que la inscripción de hipoteca es **constitutiva** tanto del contrato de hipoteca como del derecho real de hipoteca, y creo que los artículos 1875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria dicen exactamente eso y nada más y nada menos que eso. En consecuencia, el "documento privado de hipoteca" es nulo por falta de forma "ad solemnitatem"; y la "hipoteca en escritura pública sin inscripción" es **inexistente todavía** como contrato y como derecho real, sin perjuicio de que exista simplemente un contrato de préstamo o crédito y que, como hipoteca, pueda completarse o hacerse existente a través de la inscripción, y sin perjuicio, asimismo, de que, por la teoría de la conversión del negocio jurídico, pueda valer entre tanto como promesa de hipoteca.

Por todo ello, algunos intentos doctrinales recientes y antiguos, que pretenden una interpretación de la inscripción de hipoteca en contra de los categóricos términos utilizados por el legislador civil e hipotecario, no son convincentes y, si fueran seguidos, producirían un grave perjuicio para un contrato dispositivo y un derecho real como el de hipoteca, que, por razones de interés general y de evitar lo clandestino y oculto, está necesitado de comprensión, de atención e incluso de cuidados. Se trata de interpretaciones doctrinales minoritarias que, con todo el respeto que merecen sus autores, podrían hacernos volver a la "prehistoria" de la legislación hipotecaria española y a la propia "prehistoria" anterior al Código Civil.

■

Estimado Sr.:

Según conversación mantenida por teléfono con vd., le comunico que estamos interesados en recibir la revista **LUNES 4.30** de forma gratuita.

La dirección a la que deben de enviar dicha publicación es:

UNIVERSIDAD DE LA RIOJA
Biblioteca Universitaria
C/ Piscinas s/n
26004 Logroño (LA RIOJA)
Tfno: 941-299196
Fax: 941-299193

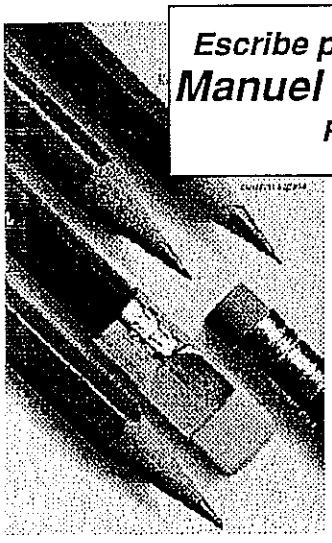
Un saludo:

P.O.

Fdo.: Margarita Ruiz de la Cuesta

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

Escribe para Lunes:
Manuel González-Meneses Robles
Registrador de la Propiedad de Vinarós



Derecho transitorio en la Ley 24/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

La Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles contiene tres disposiciones transitorias, destinadas a resolver los posibles problemas transitorios que plantea la aplicación de la nueva normativa. Que lo consigna o no es lo que voy a tratar de ver a continuación.

Para una buena interpretación de esas disposiciones transitorias, hay que partir de la exposición de motivos de la Ley, ya que en la misma se indican las finalidades que se persiguen con su régimen transitorio, a saber:

—En primer lugar, se "trata de que la Ley sea aplicable, en cuanto a los regímenes existentes, a la promoción y transmisión de derechos que contienen la facultad de disfrutar de un alojamiento por un tiempo al año".

—De otra parte, para los régimenes existentes se establece, "en todo caso, la obligación de adaptarse en el plazo de dos años, a contar desde la entrada en vigor de la Ley".

En esta línea, dichas transitorias tratan, respectivamente, de la promoción y transmisión (DT 1ª); de la adaptación de los regímenes preexistentes (DT 2ª) y de las sanciones por incumplimiento de la obligación de adaptación (DT 3ª), de lo que paso a tratar.

A la vista de estas disposiciones transitorias, trataré de ver cómo pueden conjugarse las situaciones existentes antes de la entrada en vigor de la Ley con la nueva regulación que la misma introduce, o sea, su incidencia sobre los regímenes preexistentes. Para ello, tengo a la vista las opiniones vertidas en sendos trabajos aportados al Centro de Estudios del Colegio Notarial de Valencia, por los Notarios RIVAS ANDRES, NIETO SÁNCHEZ y VON WICHMAN ROVIRA, pertenecientes a la Comunidad Valenciana que, como las que expondré a lo largo de estas líneas, pueden ser opiniones a veces aventuradas al ponerse de manifiesto nada más entrar en vigor la nueva Ley, acusando por ello la falta de una adecuada aplicación práctica de la nueva Ley.

Y es que, como señalé en un trabajo anterior ("Algunas notas diferenciales entre la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada", publicado en el Tomo XXXII de los Anales de la Academia Matritense del Notariado),es la aplicación práctica de las leyes, la que va creando un Derecho usual que, en la primera etapa de rodaje de toda nueva legislación, se echa en falta. Por ello, en estos primeros momentos, no hay más remedio que arriesgar determinadas ideas personales, que se irán contrastando con las sucesivas opiniones y criterios interpretativos de otros profesionales, principalmente Notarios y Registradores de la Propiedad, con cuya colaboración cuenta el legislador de modo claro en esta Ley que comentamos, como se pone de manifiesto, por ejemplo: en sus artículos 4.4, al disponer que los notarios no autorizarán una escritura reguladora de un régimen de aprovechamiento por turno ni los registradores lo inscribirán mientras no se les acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 de este artículo; en el 5.2, que habla

de incorporación a la escritura y archivo en el Registro de determinados contratos; en el 8.3, que incluye a estos profesionales entre aquellos a los que se puede pedir información, y en la disposición transitoria 2.1, que permite solicitar del Registrador informe no vinculante sobre la forma de hacer la adaptación. Luego insistiremos en alguno de estos extremos.

Las posibles discordancias o desacuerdos entre estos profesionales, a la hora de entender los preceptos de la Ley, serán resueltas, a veces, mediante las resoluciones de la DGR que irán unificando los criterios interpretativos, al resolver los posibles recursos que le sean interpuestos. Mientras llegan estas resoluciones, y en consecuencia sin red protectora, paso a exponer las ideas que siguen, sin desconocer que están sujetas a posibles revisiones, al ser, como apunté antes, opiniones de urgencia no contrastadas todavía con la aplicación práctica de los nuevos preceptos.

Dejando los preámbulos, paso a sistematizar mi estudio siguiendo el orden de las tres disposiciones transitorias.

1.- PROMOCIÓN Y TRANSMISIÓN:

Bajo este enunciado, se dispone en la disposición transitoria primera:

1. "A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, la promoción de cualquier derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles, construidos o en construcción, durante un período determinado o determinable del año, quedará sujeto a lo prescrito en ella".

2. "La transmisión de tales derechos se regirá por el régimen que hasta la entrada en vigor de la Ley regule el inmueble. Una vez transcurrido el período de adaptación, si ésta no se hubiera realizado, se regirá por la presente Ley. Si tal adaptación se hubiera realizado, a partir de la fecha de la misma, la transmisión se realizará de conformidad con el régimen publicado en el Registro".

3. "Serán en todo caso de aplicación los artículos 2 y 8 a 12 de la presente Ley".

En el examen de esta regla transitoria podemos distinguir:

a) La promoción de derechos sometidos a la Ley:

En principio, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, dicha promoción quedará sujeta a la misma, es decir, al estar sujetas a las prescripciones de esta Ley, deben configurarse como un derecho real de duración limitada que grava el inmueble, y, concretamente, le será de aplicación los artículos 2 y 8 a 12, según dispone la transitoria 1.3, que luego examinamos.

La principal dificultad que puede presentar la aplicación a estos extremos del nuevo régimen legal, creo se encuentra en la promoción que se haga de turnos de alojamientos todavía no transmitidos, cuando antes de la entrada en vigor de la Ley se hayan transmitido otros turnos en forma distinta a como se prevé en la nueva Ley, esto es, que se hayan enajenado vinculados a una cuota indivisa de la propiedad del alojamiento, denominándolos multipropiedad o empleando de otro modo la palabra propiedad, lo que no sólo era frecuente sino que no estaba prohibido, como ahora se hace en el artículo 1.4 de la Ley.

No obstante la imperatividad de estos preceptos, y la de toda la Ley para los contratos que se refieran a derechos de utilización de uno o más inmuebles por período determinado o determinable, como señala la disposición adicional segunda, tengo que sostener que podrán seguir promocionándose turnos de aprovechamiento de alojamientos en la misma forma que se hubieran promocionado antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, aunque se haya utilizado las palabras propiedad o multipropiedad, o se hayan vinculado a una cuota indivisa de la propiedad del alojamiento, sobre todo, si ya se hubieran vendido e inscrito en el Registro de la Propiedad algunos turnos.

Esta posibilidad de seguir comercializando derechos en la misma forma en que se hubiese iniciado la promoción, no sólo parece permitirla el legislador, sino que llega a considerarla normal,

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

en su disposición transitoria 2.2, párrafo tercero, al señalar que en la escritura de adaptación el propietario único del inmueble deberá describir el régimen preexistente y manifestar que los derechos que se van a transmitir en el futuro tendrán la naturaleza que resulte de aquél, idéntica a la de los ya enajenados. No cabe duda que si el legislador permite esta forma de comercializar después de efectuada la adaptación, con más razón la permitirá en los dos años concedidos desde la entrada en vigor de la Ley hasta la fecha tope para la adaptación.

En el mismo párrafo que cito de la transitoria 2, se permite al propietario comercializar los turnos pendientes de transmitir en la forma que se regula en la nueva Ley, constituyendo el régimen solamente respecto de los turnos no enajenados. Luego nos ocuparemos más extensamente de esta posibilidad que, de momento, nos limitamos a utilizar como argumento para sostener la posibilidad de continuar haciendo la promoción de los alojamientos en la forma que se venía haciendo antes de la nueva Ley, esto es, utilizando el sistema de ofrecer la venta de cuotas de dominio en esta comunidad funcional y atípica, como permitía para su acceso al Registro la Resolución de la DGRN de 4 de marzo de 1993.

En definitiva, la nueva Ley sólo se aplicará íntegramente a las promociones que se inicien a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley; para las que ya se encuentren iniciadas se puede seguir utilizando la fórmula de promoción en propiedad o como cuota de dominio con que se hubiera empezado dicha promoción.

El problema con que podemos encontrarnos en este punto es el de cuándo se entiende que "se inicia una promoción" y cuándo que "se continua una promoción ya iniciada", que pueda seguir ofreciendo turnos de aprovechamiento de alojamientos en la misma forma que antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, sobre todo, si ya se hubieran vendido e inscrito en el Registro de la Propiedad algunos turnos. Pero, ¿y si no se hubiera transmitido ningún turno o si los turnos trasmitidos lo hubieran sido en documento privado?

Ante esta dificultad, creo podemos acudir para su solución a la disposición transitoria 2.1 que parece resolver el problema, al menos de forma indirecta, al hablar de la obligación de adaptarse los regímenes preexistentes, cuya constitución conste de cualquier forma admitida en derecho, ya que esa cualquier forma admitida en derecho puede ser un documento privado, ya que para la validez de los contratos no impone la ley la documentación pública. De todos modos, caso de existir esos documentos privados, para su total admisión en derecho, parece necesario que los mismos reúnan alguno de los requisitos del artículo 1227 del Código civil, que los haga fehacientes.

Podemos encontrarnos también con situaciones intermedias, que serían aquéllas, bastante frecuentes, en que el régimen se hubiera constituido en escritura pública, y sólo las ventas efectuadas antes de la entrada en vigor de la nueva Ley estuvieran contenidas en documento privado. Si éstos son fehacientes, creo que podrán elevarse a públicos sin tener que aplicarles totalmente la nueva regulación, si era otra la prevista en el régimen preexistente, sin perjuicio de lo que veremos al hablar del número 3 de la transitoria 1 que estamos analizando.

Ahora bien, si las transmisiones se hubieran verificado en documento privado no fehaciente antes de la entrada en vigor de la Ley, puede dudarse si ya está iniciada la promoción antes de la nueva Ley. Por ello estimo que, a la hora de elevar a público dichos documentos privados, habrá de extremarse el cuidado por parte del Notario que lo haga, para que sean respetados o eludidos, si ello fuera posible, los nuevos derechos de desistimiento y resolución que se conceden en la nueva Ley, a consecuencia de las exigencias de la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994.

En relación al derecho de desistimiento, quizás sea acertada la opinión de VON WICHMAN ROVIRA, que sostiene, refiriéndose a transmisiones efectuadas en documentos privados que, parece más práctico, desde el punto de vista notarial, proceder —una vez comprobada la regularidad formal de su contenido— a la elevación a público de los mismos, en particular cuando haya transcurrido en exceso el plazo de desistimiento, para que así la escritura que se otorgue goce de firmeza. A estos

efectos —sigue diciendo—, y dado que el plazo se cuenta "desde la firma del contrato", habrá que entender, diga lo que diga el art. 1227, que la fecha es la que las partes han determinado en el contrato y advertir al adquirente que aceptada tal fecha ha caducado su derecho de desistimiento: al fin y al cabo, tal derecho se establece a su favor.

En el caso de que no se hubieran efectuado transmisiones de cuotas ni siquiera en documento privado, podría mantenerse el régimen hasta el momento de la adaptación, pero la promoción que se iniciase de los turnos, debería hacerse cumpliendo todos los requisitos de la nueva Ley, siempre qu no fuesen incompatibles con la naturaleza de dicho régimen, como puede deducirse de la disposición transitoria 2.2.

b) **La transmisión de derechos:**

Se contemplan varias posibilidades en el número 2 de la primera transitoria:

1ª) Durante el período de adaptación, y si ésta no se hubiera hecho, la transmisión de derechos se regirá por el régimen que regule el inmueble antes de la entrada en vigor de la Ley.

2ª) Si se hubiera hecho la adaptación, a partir de la fecha de la misma, la transmisión se regirá por el régimen publicado en el Registro.

3ª) Si se hubiera dejado pasar el plazo de adaptación, sin haberse realizado la misma, la transmisión se regirá por la nueva Ley.

Veamos cada uno de esos supuestos.

1.- Respecto a la primera posibilidad, la aplicación del régimen vigente a la entrada en vigor de la Ley, durante el período de adaptación, permite como hemos apuntado antes, al hablar de la promoción, que puedan seguir transmitiéndose cuotas en propiedad del alojamiento que se va a disfrutar por turnos. La diposición transitoria segunda, en el segundo párrafo de su número 2, se ocupa del supuesto de que los titulares de los derechos sean propietarios del inmueble por cuotas indivisas que lleven aparejado el disfrute de un turno determinado, y en su párrafo tercero, ya comentado al referirnos a la promoción, de modo mucho más claro a los efectos que nos interesan, señala que los derechos que en el futuro se van a transmitir tendrán idéntica naturaleza a la de los ya enajenados.

En este punto, sostiene RIVAS ANDRÉS, al contemplar el derecho transitorio de la Ley, que, "afortunadamente hay un plazo de dos años para la adaptación a la nueva Ley y, mientras tanto, la transmisión de derechos ya establecidos se regirá por el régimen anterior a la entrada en vigor de la Ley (Disp. trans. 1ª y 2ª)".

De todos modos, no puedo desconocer la dificultad que va a plantear qué entender por transmisión de **derechos ya establecidos**, a que alude RIVAS, y, sobre todo, cómo compaginar esos posibles derechos establecidos antes de la entrada en vigor de la nueva Ley y la aplicación **en todo caso** de los artículos 2 y 8 a 12 de la Ley, según el tenor literal del apartado 3 de esta primera disposición transitoria. Luego nos ocuparemos de este extremo.

2.- Una vez adaptado en plazo legal el régimen preexistente, e inscrito el mismo en el Registro de la Propiedad, se aplicará a la transmisión de derechos el régimen que publique el Registro, que no tiene por qué ser necesariamente el mismo de la nueva Ley, como abogan, entre otras razones, el párrafo de la exposición de motivos de la Ley conforme al cual la adaptación no pretende la transformación de los regímenes preexistentes, sino tan sólo que se de publicidad a éstos y a su forma de explotación, con pleno respeto de los derechos ya adquiridos. Idea que se desarrolla en el ya citado párrafo tercero del número 2 de la segunda disposición transitoria, cuando dice que "el propietario único del inmueble deberá describir (en la escritura de adaptación) el régimen preexistente y

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

manifestar que los derechos que se van a transmitir en el futuro tendrán la naturaleza que resulte de aquél, idéntica a la de los ya enajenados".

3.- Sólo en el caso de que en el plazo de dos años que señala la Ley no se haya adaptado el régimen preexistente, se aplicarán directamente las normas de transmisión de la nueva Ley, lo que puede suponer que nos encontremos con dos situaciones distintas: las nacidas al amparo del régimen preexistente y las que se originen a partir de la expiración del plazo para la adaptación a la nueva Ley. Podrán coexistir aprovechamientos unidos a una cuota en proindiviso sobre el alojamiento y otros aprovechamientos que, como permite la nueva Ley, solamente concederán un derecho real limitado o un arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada en las condiciones del artículo 1.1 y 1.6 de la Ley.

Esta coexistencia de aprovechamientos de distinta naturaleza es la que más problemas puede plantear en la práctica, aunque la misma Ley la considera posible, como también hemos visto antes, en su disposición transitoria 2.2, párrafo tercero, al permitir comercializar con arreglo a la nueva Ley los turnos aún no transmitidos, sin necesidad de que el régimen se constituya sobre todo el inmueble, sino sólo respecto de los turnos no enajenados.

c) **Aplicación de los artículos 2 y 8 a 12 de la Ley:**

El carácter terminante con que se manifiesta el número 3 de la disposición transitoria primera, creo que es el que presenta más problemas a la hora de tener que aplicar dichos preceptos a todas las promociones y transmisiones de derechos nacidas al amparo de la legislación anterior, ya que, como hemos visto, en algunos casos se puede seguir aplicando el régimen preexistente. Por este motivo, creo que los preceptos citados por ese número 3 no podrán aplicarse en su totalidad, sino sólo cuando lo permita el régimen anterior, o, empleando palabras de la disposición transitoria 2.2 párrafo primero, siempre "que sean compatibles con la naturaleza del régimen" preexistente. En la misma Ley podemos encontrar otro argumento que avala nuestra postura y, precisamente, en uno de los artículos a que se remite la transitoria que estamos estudiando. Se trata del artículo 8.2, en que se habla de los requisitos a cumplimentar, por el propietario, el promotor o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno que se **proponga iniciar la transmisión** de estos derechos. Vemos como se habla en este precepto de iniciar la transmisión, a la que se debe aplicar en su integridad la legalidad vigente, pero eso no se predica para las transmisiones que se hagan a partir de la nueva Ley como continuación de las ya realizadas bajo el régimen anterior, esto es, no a la iniciación de transmisiones una vez entrada en vigor la nueva Ley, sino a la continuación de transmisiones iniciadas antes de esa entrada en vigor.

A pesar de la aparente imperatividad de la disposición transitoria que estamos comentando, estimo necesario analizar cada uno de los preceptos citados en la transitoria 2.3 para ver si todos serán necesariamente aplicables a situaciones nacidas antes de la entrada en vigor de la Ley. En la misma línea se manifiesta NIETO SÁNCHEZ, para el cual, la aplicación de dichos preceptos durante el período transitorio exige una interpretación desde el punto de vista de la actuación notarial, teniendo en cuenta que serían aplicables tanto al supuesto de que la transmisión se haga en escritura pública constitutiva como en el caso de elevación a público de un documento privado de transmisión.

Veamos la aplicación de cada uno de los preceptos citados:

—**El artículo 2**, parece no ofrecer dificultad, ya que, en realidad contiene exigencias que deben respetarse, al ponerlas en relación con las contenidas tanto en la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios como en la de Condiciones Generales de la Contratación, de las que esta nueva Ley viene a ser, en cierto modo, un complemento o desarrollo. En consecuencia, no podrá admitirse en ningún documento en que se transmitan cuotas, aunque se haga en la forma que estaba prevista en el régimen

preexistente, que se contengan cláusulas de renuncia a alguno de los derechos que atribuye al adquirente la nueva Ley: de exoneración de responsabilidad del propietario, promotor o persona que partícipe profesionalmente en la transmisión o comercialización de los derechos de aprovechamiento por turno; o estipulaciones de sumisión a arbitraje.

Si se tratase de elevar a público algún documento privado en que se contenga alguna de dichas cláusulas, a la manifestación de voluntad de elevar a público dicho documento privado debe añadirse la de suprimir todas esas cláusulas, hoy no permitidas. Ya no sería solamente una elevación a documento público sino una especie de renovación de contrato, al menos, en lo referente a la exclusión de esas cláusulas.

—**El artículo 8.1**, no será aplicable, dado que como se desprende de las transitorias que hemos comentado antes, no sólo podrán seguir transmitiéndose cuotas en propiedad durante el período previo a la adaptación, sino que incluso en la misma adaptación se permite mantener el régimen preexistente.

La obligación de editar el documento informativo con el carácter de oferta vinculante, del **artículo 8.2** parece que no afecta al Notario, pero dada la exigencia del artículo 9.4 de que toda la información que debe contener el folleto debe incorporarse al contrato, será conveniente la protocolización del mismo en la escritura, a los efectos de cumplir el deber de información con las consecuencias del artículo 10, como señala NIETO SÁNCHEZ.

No ofrecen problema el cumplimiento de las exigencias e informaciones de los números 3, 4 y 5.

—Del contenido del **artículo 9** podría excusarse la indicación de algunos de los datos exigidos en el mismo: por ejemplo, los referentes a la inscripción, dado que antes de la nueva Ley la inscripción no era obligatoria; la indicación del aval y el seguro, o la indicación de la empresa de servicios, que tampoco se exigían antes. No creo presenten problemas las demás exigencias de los números 6 y siguientes.

—La posibilidad de **desistimiento del artículo 10**, sí sería en principio exigible, por lo cual, como indica VON WICHMAN ROVIRA, será conveniente advertir en la escritura que el contrato se formaliza conforme al régimen preexistente habiendo transcurrido en exceso el plazo de desistimiento de dicho artículo 10. Ya vimos antes la opinión del citado Notario, cuando manifiesta que, dado que el plazo se cuenta "desde la firma del contrato", habrá que entender, diga lo que diga el art. 1227, que la fecha es la que las partes han determinado en el contrato y advertir al adquirente que aceptada tal fecha ha caducado su derecho de desistimiento: al fin y al cabo, tal derecho se establece a su favor.

En esta línea puedo citar una cláusula contenida en escritura del Notario SIERRA MURCIA, en la que, bajo el enunciado "Régimen transitorio", se dice: "Hacen constar los señores comparecientes, que la transmisión contenida en esta escritura se formalizó en documento privado de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 42/1998. Yo, el Notario, dejo hechas las oportunas advertencias".

La posible **resolución** en esta etapa intermedia, por omisión de algunas de las menciones o documentos exigidos, estimo que sólo podrá utilizarse respecto a las que sean obligatorias, en la forma que hemos ido apuntando. En la misma transitoria 2.2 se dice, refiriéndose al artículo 5 de la Ley, que sólo deberán incorporarse los contratos existentes en el momento de la adaptación, lo que podría permitirnos excusar alguna de las menciones o documentos no exigidos antes.

—La prohibición de anticipos del **artículo 11** puede considerarse no aplicable en la fase transitoria, ya que no existía tal prohibición antes de la nueva Ley.

—Por último, en cuanto a la aplicación del **artículo 12**, creo que será difícil de admitir, a pesar de que se hubieran podido ejercitar los derechos de desistimiento o resolución, ya que ello podría suponer el atentar contra un derecho adquirido al amparo de la legislación anterior, que la nueva Ley trata de respetar, como se pone de manifiesto tanto en su Exposición de Motivos como en la disposición transitoria 2.2, que hablan de "pleno respeto de los derechos ya adquiridos"; sin olvidar tampoco el contenido de la disposición transitoria 1ª de nuestro primer cuerpo legal, el Código civil y el art. 9 de la Constitución.

No obstante, y en relación con este respeto de los derechos adquiridos, que puede apoyarse en los preceptos citados, quiero dejar apuntada la duda que puede plantear la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en varias sentencias, entre ellas la de 16 de julio de 1987, habla de la necesaria aplicación de las nuevas normas, aunque pudieran afectar a derechos anteriores, y ello, "desde el momento que la seguridad jurídica no puede erigirse en valor absoluto, por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que debe responder a la realidad social, como instrumento de perfeccionamiento y progreso". La DGR, sin embargo, y en relación con la obligación de adaptar las sociedades mercantiles a la nueva legislación nacida a partir de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma y adaptación a la legislación de la C.E.C., optó por un criterio más flexible, por ejemplo en resoluciones de 13 y 14 de noviembre de 1991. En efecto, en estas resoluciones admitió la aplicación de previsiones contenidas en estatutos (cambio de órgano de administración, sin modificación estatutaria), a pesar de no permitirlo la nueva Ley, y ello en base al principio de respeto a las situaciones jurídicas creadas al amparo de la legislación anterior, que justifica que el legislador introduzca plazos de adaptación a la nueva legalidad.

2.- REGÍMENES PREEXISTENTES:

Se ocupa de los mismos la disposición transitoria segunda, alguna de cuyas normas hemos citado antes. En esta transitoria se dispone;

1. Los regímenes preexistentes de derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles, construidos o en construcción, durante un período determinado o determinable del año, cuya constitución conste de cualquier forma admitida en derecho **deberán adaptarse**, en el plazo de dos años, a las disposiciones de la presente Ley.

Si el régimen preexistente estuviera inscrito, se podrá solicitar del Registrador el informe no vinculante a que se refiere el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, sobre la forma en que ha de realizarse la adaptación.

Transcurridos los dos años, cualquier titular de un derecho, real o personal, relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable del año, podrá instar judicialmente la adaptación prevenida en la presente disposición.

2. Para esta adaptación será necesario, en todo caso, otorgar la escritura reguladora con los requisitos del artículo 5 que sean compatibles con la naturaleza del régimen e inscribirla en el Registro de la Propiedad, a los solos efectos de publicidad y con pleno respeto a los derechos adquiridos. De los contratos a que se refiere el artículo citado sólo deberán incorporarse los que existan en el momento de la adaptación. La escritura deberá ser otorgada por el propietario único del inmueble.

Si el régimen preexistente se constituyó de tal modo que los titulares de los derechos son propietarios del inmueble por cuotas indivisas que llevan aparejado el disfrute de un turno determinado, la escritura de adaptación deberá ser otorgada por el presidente de la comunidad de propietarios, previo acuerdo de la propia comunidad adoptado por mayoría simple de asistentes a la junta que se convoque al efecto.

En la escritura de adaptación, el propietario único del inmueble deberá describir el régimen preexistente y manifestar que los derechos que se van a transmitir en el futuro tendrán la naturaleza que resulte de aquél, idéntica a la de los ya enajenados. Si desea comercializar los turnos aún no transmitidos como derechos de aprovechamiento por turno deberá, además, constituir el régimen respecto de los períodos disponibles con los requisitos establecidos en esta Ley, pero sin necesidad de que el régimen se constituya sobre todo el inmueble, sino sólo respecto de los turnos no enajenados. Si desea transformar todo el régimen para convertirlo en un régimen de derechos de aprovechamiento por turno, tal y como lo regula la Ley, podrá hacerlo cumpliendo todos los requisitos establecidos en ésta, pero manteniendo la duración que tuviera el régimen preexistente, incluso si era indefinida.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, todos los regímenes preexistentes tendrán una duración máxima de cincuenta años, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, salvo que sean de duración inferior, o que hagan, en la escritura de adaptación, declaración expresa de continuidad por tiempo indefinido o plazo cierto.

En el estudio de esta transitoria nos vamos a detener en cada uno de sus números.

1) En el **primer número** de la norma, se establece un plazo de dos años para llevar a cabo la adaptación a las disposiciones de la nueva Ley. Aunque no se dice nada sobre cómputo de dicho plazo, entiendo que se iniciará el día de la entrada en vigor de la Ley, por lo que finalizará el día cinco de enero del año 2001.

Se distinguen en esta norma dos posibles situaciones: que el régimen preexistente se hubiera constituido en cualquier forma admitida en derecho y que dicho régimen estuviera inscrito en el Registro de la Propiedad.

En el primer supuesto, ya hemos tocado antes el punto de que este régimen esté constituido en una forma admitida en derecho, lo que puede llevar consigo la exigencia de que, caso de haberse constituido en documento privado, dicho documento sea fehaciente. No ofrecerá dificultad si el régimen se hubiera constituido en escritura pública.

En cuanto a la segunda posibilidad, el hecho de la inscripción ya implica el que se haya otorgado escritura pública, y la especialidad de la transitoria consiste en que se puede solicitar del Registrador el informe no vinculante a que se refiere el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, sobre la forma en que ha de realizarse la adaptación.

Transcurrido el plazo de dos años para la adaptación, se puede producir las siguientes consecuencias:

1ª) Que cualquier titular de un derecho, real o personal, relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable del año, podrá instar judicialmente la adaptación.

2ª) Que al no haberse señalado otro plazo, como veremos permite la transitoria 2.3, todos los regímenes preexistentes tendrán una duración máxima de cincuenta años.

3ª) Que los citados adquirentes, podrán resolver los contratos en la forma que veremos determina la transitoria 3.

2) En el **número 2** de la transitoria 2 se determinan la **forma de hacer la adaptación** y los requisitos que han de cumplirse, a saber:

—otorgar escritura pública e

—inscribir en el Registro de la Propiedad.

a) Como requisitos de la **escritura** se harán constar los señalados en el art. 5, si bien con estas dos particularidades:

—Que de esos requisitos del art. 5 sólo serán obligatorios los que sean compatibles con la naturaleza del régimen.

—Que de los contratos a que se refiere dicho precepto sólo deberán incorporarse los que existan en el momento de la adaptación.

b) Como particularidades de la **inscripción** en el Registro de la Propiedad hay que señalar que la misma se hará:

—A los solos efectos de publicidad y

—Con pleno respeto a los derechos adquiridos.

Ya nos hemos referido antes a la importancia de esta norma, que permite mantener los regímenes preexistentes aunque no estén totalmente de acuerdo con la nueva legalidad. Lo que interesa en este momento de la adaptación al legislador es que se dé publicidad al régimen establecido, para conocimiento de los posibles interesados, respetando los derechos que hayan podido adquirirse antes, aunque no sean los previstos en la nueva Ley, como pueden ser las ventas de cuotas indivisas con derecho a turno determinado.

Lo que claramente se pone de manifiesto con la nueva Ley es que se ha acudido a dos de los profesionales que están en contacto con las situaciones que en la misma se regulan, esto es, Notarios y Registradores, con cuya colaboración cuenta el legislador, como apuntamos al principio, y se ve a lo largo de su articulado. Y esta colaboración no se limita, por parte del Notario, a la autorización de la escritura pública de constitución o adaptación del régimen, ni por el Registrador a la inscripción de la misma. Así vemos como al Notario no se le permite autorizar la escritura sin que se le acredite que se han cumplido los requisitos de los apartados 1 y 2 del artículo 4. También debe pedir que le suministren todos los datos a incluir en la escritura, según exige el artículo 5, y que le aporten todos los contratos que se deben incorporar a la escritura, como indica el precepto antes citado. Al Registrador, por su parte, se le exige también comprobar si se han cumplido los requisitos de los apartados 1 y 2 del artículo 4, y de otra parte, el archivo de una copia de los contratos incorporados a la escritura, como señala el artículo 6.2, así como del documento informativo a que alude el artículo 8.2. También se incluye a estos dos profesionales entre los que han de informar a los adquirentes de derechos (art. 8.3). Y, como hemos visto antes, se puede pedir al Registrador que emita el informe no vinculante del artículo 355 del Reglamento Hipotecario, en relación con la adaptación de los regímenes inscritos.

En definitiva, se ve claro a través de todas esas normas que una de las finalidades de la Ley es la de dar publicidad a todas las situaciones que contempla, tratando de evitar que se mantengan en una clandestinidad que sería muy perjudicial para los adquirentes de los derechos que en la misma se regulan, y posible fuente de fraudes.

c) En cuanto a las **personas que han de otorgar la escritura**, se hacen en la disposición transitoria varias distinciones:

—La regla general es que la escritura deberá ser otorgada por el propietario único del inmueble.

—En el párrafo segundo del nº 2, se contempla el supuesto de que el régimen preexistente se hubiera constituido de tal modo que los titulares de los derechos sean propietarios del inmueble por cuotas indivisas que lleven aparejados el disfrute de un turno determinado, en cuyo caso la escritura de adaptación será otorgada por el presidente de la comunidad de propietarios (previo acuerdo de la propia comunidad) adoptado por mayoría simple de asistentes a la junta que se convoque al efecto.

d) Los **requisitos de la escritura**, se indican en el apartado siguiente, aunque los refiere solamente al propietario único, lo que puede ser difícil de conjugar con el supuesto de existir varios propietarios, por haberse transmitido cuotas indivisas de la misma.

—La primera exigencia consiste en la descripción del régimen preexistente con la manifestación de que los derechos que se van a transmitir en el futuro tendrán la naturaleza que resulte de aquél, idéntica a la de los ya enajenados. Estas descripción y manifestación no la hará solamente el propietario único, si ya se hubiesen transmitido cuotas indivisas de propiedad, en cuyo caso, se harán en la escritura que otorgue el presidente de la junta en base al acuerdo adoptado en la junta de propietarios que, aunque pueda ser adoptado por mayoría simple de los asistentes, debe contar necesariamente con la intervención del propietario que inició la promoción, aunque ya no sea el único, no sólo para manifestar la forma en que va a transmitir los turnos de las cuotas pendientes de enajenar, sino para indicar, en su caso, si se compromete a realizar alguna de las prestaciones contempladas en la nueva Ley, ya que entiendo será sólo él quien pueda comprometerse a alguna prestación y no los adquirentes de anteriores cuotas indivisas en propiedad.

También puede ocurrir que se hayan transmitido todas las cuotas, en cuyo caso mal puede hablarse de propietario único obligado a hacer manifestaciones en la escritura de adaptación.

—También permite la transitoria que examinemos que el propietario único opte por comercializar los turnos aún no transmitidos como derechos de aprovechamiento por turno, en cuyo caso, se le exige constituir el régimen respecto de los períodos disponibles con los requisitos establecidos en la Ley, pero sin necesidad de que el régimen se constituya sobre todo el inmueble.

Esta posibilidad dará lugar a que coexistan dos regímenes: el anterior que se adaptará por acuerdo de la junta de propietarios y el nuevo, en el que ya no tienen por qué intervenir los anteriores titulares de cuotas que no se verán afectados en sus derechos.

—Por último, también contempla la transitoria la posibilidad de que el propietario único desee transformar todo el régimen para convertirlo en un régimen de derechos de aprovechamiento por turno tal y como lo regula la nueva Ley. Son exigencias: que se cumplan todos los requisitos establecidos en la misma y que se mantenga la duración que tuviera el régimen preexistente, incluso si era indefinida.

Puede suceder que no se hubiera realizado ninguna transmisión antes de la adaptación, en cuyo caso será solamente ese propietario único el que haga la transformación en la escritura de adaptación, pues no afectará a ningún derecho adquirido que, como sabemos, es de respeto obligado. Tal vez haya realizado solamente la constitución del régimen y, en su caso, iniciado la promoción, por lo que en el plazo concedido para la adaptación puede hacer ésta con la transformación al sistema de la nueva Ley y, a partir del momento de esa adaptación-transformación, que no tiene por qué hacerse al final de los dos años que concede la Ley y, tal vez en este caso, incluso conviene adelantar, para no detener posibles promociones proyectadas.

Ahora bien, en el caso de que ya se hubieran enajenado otros turnos, sus titulares tendrán que tomar parte en esta decisión de convertir todo el régimen en uno de derechos de aprovechamiento por turnos de los regulados en la nueva Ley. La razón es bien clara, ya que posibles cuotas indivisas en propiedad sobre el alojamiento se van a convertir en derechos reales que gravan el mismo, aunque pueda mantenerse la duración indefinida anteriormente pactada, que lógicamente se deducirá del hecho de haberse transmitido cuotas en propiedad. Siempre habrá una transformación de la naturaleza del derecho transmitido, que será la que exija la intervención de los demás titulares.

3) En el **número 3** de la transitoria 2 se contempla la **duración** de los regímenes preexistentes, que puede operar tanto como sanción como permisión.

Al estar ocupándome ahora de la adaptación de los regímenes preexistentes, voy a referirme solamente a una parte de este número 3, la que he denominado permisión, dejando para luego la parte de sanción.

Como **permisión** podemos considerar el hecho de que en la escritura de adaptación pueda hacerse la manifestación de que el régimen continuará por tiempo indefinido o plazo cierto. La expresión de continuidad por tiempo indefinido, parece implicar que ya se había previsto esa

duración indefinida, que también podría deducirse del hecho de enajenarse cuotas indivisas en propiedad, aunque nada se dijera en la constitución del régimen preexistente. Entiendo más difícil poder establecer en la adaptación duración indefinida, si no lo era la del régimen preexistente. La Ley habla de continuidad.

En cuanto al aludido plazo cierto, creo que si el establecido era superior a cincuenta años, podrá mantenerse, como también podría ampliarse a esos cincuenta años un régimen con duración prevista inferior. Más dudoso, que se convierta en indefinida la duración ya preestablecida con plazo determinado.

3.- SANCIONES POR INCUMPLIR LA OBLIGACIÓN DE ADAPTACIÓN:

Varios tipos de sanciones se establecen en las disposiciones transitorias de la Ley para los regímenes que en el plazo previsto en la misma no se hubieran adaptado.

—A una primera ya hemos aludido, al referirnos a la transitoria 2.3, de la que se deduce que puede actuar como sanción el hecho de que no se haya hecho la adaptación en el plazo de los dos años previstos en la Ley, en el sentido de que todos los regímenes preexistentes no adaptados tendrán en este caso una duración máxima de cincuenta años, salvo que sean de duración inferior.

—A otra sanción, aludimos al estudiar la transitoria 1.2, que en uno de sus párrafos, refiriéndose a la transmisión de los derechos que se regulan en la Ley, señala que "una vez transcurrido el período de adaptación, si ésta no se hubiera realizado, se regirá por la presente Ley".

—Por último, y con carácter más general, ya que es objeto de la última de las disposiciones transitorias, se dispone en dicha transitoria 3 que:

"El incumplimiento, por parte del propietario, de la obligación de adaptar el régimen dará derecho a los adquirentes, aunque no contraten con él directamente, a resolver los contratos que se hubieran celebrado después de la entrada en vigor de la Ley, pudiendo exigirle la devolución de las cantidades satisfechas y la indemnización de daños y perjuicios".

La alusión en esta regla a los que "no contraten con él directamente", pone de manifiesto, como ya hemos apuntado antes al comentar otra disposición transitoria, que la adaptación ha de hacerla no sólo el primer propietario (o propietario único, como le llama la Ley) sino los posteriores adquirentes del mismo e, incluso, los que a su vez hayan adquirido alguna cuota por ellos transmitida, lo que sería posible en el régimen anterior, si no se hubiera pactado lo contrario, por aplicación del artículo 1112 del Código civil, como claramente lo es en la nueva Ley, según se indica en el artículo 15.1. En el número 2 de este mismo artículo se prevé, asimismo, la posibilidad de que el adquirente de derechos de aprovechamiento por turno participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos constituidos sobre los mismos, de donde puede deducirse que es normal participe en las responsabilidades que puedan imponerse al primer propietario.

Madrid, 25 de febrero de 1999

CORRAL

LORD HOWARD YOU,
ORDENANDO MANDAR LAS
CAÑONERAS A GIBRALTAR,
PARA SALVAGUARDAR LA
INTEGRIDAD Y DIGNIDAD DEL
IMPERIO BRITÁNICO
CORRAL

Cartas para JOSÉ MARÍA

Córdoba, 25 de enero de 1999

A Dn.
José María CHICO y ORTIZ
Moradas Celestiales
Presente

Querido José María:

Ayer domingo me pareció advertir que en la caja del correo electrónico había un "mail" tuyo, desde "Paradise", pero cuando intenté abrir el correo, para ver qué nuevas me dabas tuve la ingrata sorpresa de que el sistema operativo falló, y luego, aunque intenté dos veces recomenzar el "windows", la indicación era que existía una falla en "memory".

Como soy apenas un aficionado, sentí profundo fastidio y cierta impotencia al no poder recibir tus noticias, ni responderte. Azucena estaba presente, porque la había llamado para que leyésemos juntos tu carta y, no pudo menos que sonreír pues mi esposa se resiste a estos adelantos de la modernidad y sostiene a pie juntillas que prefiere su viejo cuaderno de notas y un buen lápiz.

No renuncié, sin embargo, a mis propósitos de comunicarme contigo y decidí aprovechar nuevamente un medio más tradicional, recurriendo como otras veces al excelente "buzón" que nos brinda la Lunes 4 y 30, para hacerte llegar estas líneas.

No olvido que habían quedado pendientes algunas anécdotas de mis ex-alumnos jujeños, por lo que retomo el tema.

Hace ya muchos años, cuando recién comenzaba mis escarceos por la docencia universitaria, y era yo un joven profesor adjunto de Parte General de Derecho Civil, tenía a mi cargo diez grupos de enseñanza práctica, que debían asistir obligatoriamente al ochenta por ciento de las clases, que se dictaban una vez por semana, y aprobar los trabajos que se les encomendaba, para poder rendir la materia en el carácter de "alumnos regulares".

El curso recién comenzaba, y una tarde, en la que sólo debía atender a uno de esos grupos, olvidé llevar conmigo la lista de alumnos, en la que era menester registrar las asistencias, para verificar luego si habían completado el 80 por ciento exigido como mínimo para obtener la condición de alumnos regulares. Era por aquellas épocas —y creo que, lamentablemente, no he cambiado— lo que en España llamarían "hueso", y recuerdo que cada año, al comenzar, les endilgaba un "sermón" sobre la puntualidad en la asistencia, y la necesidad de que estudiasen cada tema para participar activamente en las clases prácticas, porque, a mi criterio, no bastaba con sentarse a prestar la cara. Recuerdo que solía decirles:

"Córdoba, 23 de febrero de 1999. ... Estimado Enrique: Te remito dos colaboraciones para la Sección de Cartas. La primera ("Anécdotas jujeñas"), tiene la forma de carta enviada por el "buzón" de la Lunes 4 y 30, porque al prepararla no funcionaba mi correo electrónico.

La segunda, ya restablecido el servicio, es un e-mail en el que continúo con mi Diario de Viaje, relatándote las impresiones que en ese momento me causó el contacto con algunos juristas españoles, en especial en el Seminario de don Federico Castro. Si encuentro tiempo prepararé en estos días nuevas cartas, para continuar de alguna manera "alimentando" la Sección (y ocasionando a La Lunes los consiguientes gastos de impresión). (...). **Luis Moisset de Espanés.**".

Anécdotas jujeñas

—Los bancos de esta aula están presentes en todas las clases, pero su "asistencia" ¡no es suficiente para que los regularice!

A veces pienso, sin embargo, que el exceso de rigor puede resultar excesivo y contraproducente, pues el temor no es el mejor estímulo para el estudio, pero sobre ese tema te pediré consejo en otra oportunidad.

Aquel día, para "registrar" a los presentes saqué de mi carpeta una hoja en blanco y se la entregué para que cada uno anotase su nombre y comencé el desarrollo de la clase práctica. La hoja fue pasando de mano en mano, mientras se debatían casos de jurisprudencia vinculados con el tema del día y, al cabo de un rato, me la devolvieron, adornada con letras y tintas diversas, que me brindaban una lista "completa"...

La coloqué sobre el escritorio, le eché una mirada, terminé el análisis de un caso y... detuve la clase.

Con gesto adusto y voz dura comenté que, lamentablemente, se había cometido una falta grave, inscribiendo como presente el nombre de un alumno ausente, y se había atentado contra la buena fe y la confianza que en ellos había depositado al pedirles que anotasen su nombre los alumnos que habían concurrido.

¿Cómo había advertido tan rápido esta pequeña impostura? ¡Nada más sencillo! Mientras la hoja circulaba yo conté cuantos eran los alumnos presentes en el curso, y al recibirla, verifiqué que se había anotado uno de más, y que dentro de ese ramillete abigarrado de nombres, había dos en los cuáles grafía y tinta coincidían. Resultaba evidente que uno de ellos, que se encontraba en el aula, había querido beneficiar a un compañero que había faltado.

Bajando la voz, y muy lentamente —lo que es mucho más efectivo que los gritos destemplados— señalé que si comunicaba al Consejo de la Facultad lo ocurrido, se impondría a su autor una sanción, que podía llegar a una suspensión de uno o dos años. Agregué que no deseaba ocasionarle un daño tan grave a sus estudios pero que el autor —a quien podía identificar sin dificultad, aunque todavía no mencionaba su nombre— no iba a quedar impune. La pena consistiría en dejarlo libre en la asignatura, pues no deseaba que pusiera más los pies en mi clase; no quería tener en ellas una persona deshonesta. Y siempre sin nombrarlo, le pedí que se retirara de inmediato...

Cabizbajo y con la cara compungida, uno de los jóvenes se levantó y salió del aula sin decir palabra.

El resto del curso asistía al episodio en silencio, casi temblorosos al ver la indignación que me embargaba...

Retomé mi tono normal de voz, y proseguí la clase hasta que concluyó la hora. Cuando ya me retiraba, en la puerta del aula, con mucha timidez me detuvo el autor de la "fechoría" para pedir disculpas, reconocer su error y, agradecer que no hubiese denunciado el hecho a las autoridades. Lo más notable es que en ningún momento pidió que le levantase la pena, y aceptaba merecer el castigo de quedarse libre; sólo pedía que, como prueba de su arrepentimiento, le permitiese asistir a las clases, para aprender lo que en ellas se enseñaba.

Tanta sinceridad en el arrepentimiento y aceptación del castigo, me desarmó. No esgrimía excusas vanas, para justificar lo injustificable, sino que reconocía el error y demostraba "firme propósito de enmienda". Conversamos un rato sobre la conducta que los hombres de bien deben observar, y la repercusión que esa conducta tiene en la vida profesional de un abogado...

Centro de Estud olecarios
BIBLIO
VALENCIA

Creo que en ese momento recordé las enseñanzas del Evangelio, cuando Cristo amonesta a los que piensan lapidar a la adúltera: "el que esté libre de pecado que tire la primera piedra". Le dije entonces que aceptaba su arrepentimiento, que le permitiría asistir a clase, e incluso obtener su regularidad, como si nada hubiese pasado, porque para mí, si continuaba comportándose bien, **nada había pasado.**

La anécdota no concluye aquí; los hechos que te relato sucedieron en 1960; casi dos décadas después la Asociación de Magistrados de Jujuy me solicitó que organizase un Seminario de Derecho Civil, invitando a algunos de los catedráticos más destacados del país. El éxito fue grande, y los Seminarios, bajo mi dirección, se sucedieron en tres oportunidades, los años 1979, 1980 y 1981, durante el mes de junio.

En mi carácter de Coordinador, además de disertante, estuve presente en todos ellos, acompañado en cada caso por tres profesores prestigiosos, especializados en distintas ramas del Derecho Civil, y que desempeñaban sus cátedras en distintas Universidades del país.

En la primera oportunidad viajé acompañado por mi esposa y mi hija pequeña. En el aeropuerto esperaban los miembros de la Mesa Directiva, para recibir a los invitados y conducirlos al Hotel en que nos alojaríamos; un camarista civil (1), nos llevó en su automóvil y, cuando estábamos en camino, me pregunta:

—¿Recuerda, profesor, lo que me sucedió cuando yo era estudiante?

—No, **¡no me acuerdo de nada!**

Comienza entonces a relatarle a mi esposa el episodio, e insiste, algo extrañado:

—¿No recuerda lo sucedido?

—Sólo recuerdo que te dije que para mí **nada había pasado.**

Reflexionó, entonces, sobre la importancia que tuvo la lección que había recibido; joven de dieciocho años, que por primera vez se alejaba de su hogar y no tenía cerca nadie que lo vigilase ni orientara, pudo —como les sucede a muchos en similares circunstancias— haber perdido el rumbo. Mi admonición le hizo tomar conciencia de la responsabilidad que afrontaba, y que si no procedía con total rectitud, y dedicaba al estudio sus mejores esfuerzos, no alcanzaría la meta, defraudando a sus padres.

Consideraba que el castigo que le impuse, y el perdón ulterior, habían sido uno de los episodios más trascendentales que tuvo que enfrentar. No sólo terminó con éxito su carrera, sino que parecía haber colmado sus aspiraciones con el cargo obtenido, y el respeto de que gozaba en el foro de su provincia.

Te confieso, José María, que me sentí muy gratificado; la mayor satisfacción que puede recibir un maestro es ver que sus enseñanzas han sido útiles a sus discípulos.

Pero la historia no concluye; han pasado otras dos décadas y a fines del año pasado cuando tuve que dictar nuevamente unas conferencias en Jujuy, no pude ver al joven de la anécdota, porque las obligaciones inherentes a su actual cargo lo habían llevado a la Capital Federal para tratar de la "informatización" de la justicia jujeña: hoy es el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de esa provincia, y hace pocos días me llamó por teléfono para hacerme llegar sus saludos de Navidad y Año Nuevo.

Y para concluir, esto me recuerda otra parábola evangélica. El docente es un sembrador; a veces la simiente cae sobre la piedra, o en la arena, y el sol la agosta; pero cuando cae en buena tierra, y fructifica, se recibe ciento por uno...

Querido José María, he aprovechado esta carta para relatarte otra de las anécdotas vinculadas con mis alumnos de Jujuy. Espero que la próxima te la pueda hacer llegar por "mail".

Hasta pronto. Espero tus noticias.

CRITICÓN (L.M.E.)

---

(1) Magistrado de alzada, es decir de segunda instancia. Las Cámaras civiles corresponden a las Audiencias.

JESÚS CUÉLLAR MARÍN
nos remite la siguiente FE DE ERRATAS
referida a su trabajo
" LA HIPOTECA ORDINARIA: ACCESO REGISTRAL DE SUS CLÁUSULAS"
(publicado en el núm. 250, págs. 10 y ss.).

En la página 12 , al pacto 1 agregar el siguiente párrafo:
"Resoluciones de 23 y 26 de Octubre de 1987 y 22 de Julio de 1996. El contrato quedaría al arbitrio del acreedor , en contra de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código civil , al no preverse ningún control objetivo acerca de la exactitud de la causa : Pacto , además , en contradicción con el principio de determinación " .

En la página 18 , en el pacto 10 , sustituir "quebrando" por "quebranto" .

En la página 22 , en el pacto 5 , dice "20 y 21 de Enero de 1988 y de be decir "20 y 21 de Enero de 1998" .

En la página 23 , en el pacto 9 , sustituir "beneficiaría" por "beneficiara"

En la página 24 , al pacto 19 agregar el siguiente párrafo :
"Por su carácter claramente usurario" .

En la página 27 , sustituir las dos líneas del pacto 18 (ya recogidas en el 8) por la expresión "Sin contenido" .

En la página 30 , pacto 10 , en vez de "S.T.S. de 4 de Mayo de 1988" debe decir "S.T.S. de 4 de Mayo de 1998"

JESÚS CUÉLLAR MARÍN

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 9-3-99)

Estado español

REGISTRO MERCANTIL — PUBLICIDAD EN MASA.
Instrucción de la DGRN de 20 ene 99 (BOE 11 feb): Sobre el apartado 5º, número 1, de la Instrucción de 17 febrero 98, en el ámbito de los Registros Mercantiles. (Ya circulada. Omitimos su texto).

CONTRATO DE TRABAJO — A TIEMPO PARCIAL.
RDto. 144/99 de 29 ene (BOE 16 feb): Desarrolla, en materia de acción protectora de la Seguridad Social, el RDto.-ley 15/98 de 27 nov, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo, en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad.

MARCAS.
Instrumento de ratificación del Tratado sobre el derecho de Marcas y Reglamento hecho en Ginebra el 27 de octubre de 1994 (BOE 17 feb 99).

SEGURIDAD SOCIAL — MODELOS.
Resol. de la DG de la Tesorería General de la S.S. de 29 ene 99 (BOE 18 feb): Nuevos modelos de relaciones nominales de trabajadores.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE NO RESIDENTES — REGLAMENTO.
RDto. 326/99 de 26 feb (BOE 27): Reglamento del Impuesto sobre la renta de no residentes.

REGISTRO MERCANTIL — PLURALIDAD DE TITULARES.
Instrucción de la DGRN de 12 feb 99 (BOE 2 mar), sobre aplicación de lo dispuesto en el art. 15 del Reglamento del Registro Mercantil.

ADOPCIÓN — CONSTANCIA EN EL REGISTRO CIVIL.
Instrucción de la DGRN de 15 feb 99 (BOE 2 mar), sobre constancia registral de la adopción.

Comunidades Autónomas

Baleares

BALEARES — MEDIDAS TRIBUTARIAS Y ADMINISTRATIVAS.
Ley balear 14/98 de 23 dic (BOCAIB 31 y BOE 25 feb 99): Diversas medidas tributarias y administrativas.

BALEARES — PRESUPUESTOS 1999.
Ley balear 15/98 de 28 dic (BOCAIB 31 y BOE 25 feb 99): Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para 1999.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana