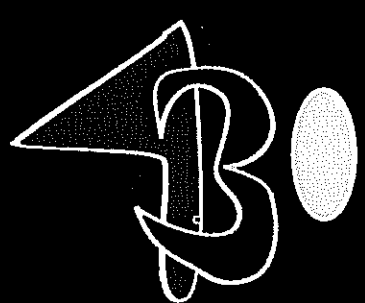
LUNES

CUATRO TREINTA



Revista de asuntos registrales

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

sumario

Año XII - Núm. 256 - 2ª Quincena de abril, 1999

CASOS PRACTICOS 0
RESOLUCIONES 2
SENTENCIAS 7

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y EL CONTRATO DE HIPOTECA, NEGOCIOS DISPOSITIVOS, por Eusebio Giménez Roig 9

VIVIENDA DEL PORTERO, por José Alonso Casado 16

BREVE NOTA SOBRE LA TRIBUTACIÓN DE LOS RENDIMIENTOS PROFESIONALES EN LA NUEVA LEY DEL IRPF Y SU REGLAMENTO, por Carlos García López 18

UNIVERSIDAD

REFLEXIONES SOBRE LA PARADOJA DEL PROFESOR SANCHO REBULLIDA..., por Rafael Ballarín Hernández 23

LA PROPIEDAD HORIZONTAL (TEMA 40) y LAS SUSTITUCIONES EN ARAGÓN (para el tema 113), por Antonio Ripoll 31

CARTAS A JM

CASO FORTUITO, por Criticón 44

HUMOR

CORRAL JR. 43

RESEÑA LEGISLATIVA..... 48

INSTRUCCIÓN DGRN SOBRE CERTIFICACIONES CATASTRALES, REFERENCIAS CATASTRALES E INMATRICULACIÓN DE FINCAS RÚSTICAS Y URBANAS...

de derecho informativa LUNES 4'30 privado y registral

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

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

*

Depósito legal:
V-1212-1988

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. 15 MARZO 1999 (BOE 16 ABRIL)

CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y APORTACIÓN DE BIENES. TRANSFERENCIA PATRIMONIAL SIN EXPRESIÓN DE CAUSA: FALTA EN LA ESCRITURA EL "NOMEN" JURÍDICO DEL ACTO REALIZADO Y UN CONTENIDO CONTRACTUAL COHERENTE Y ACEPTABLE.

Supuesto de hecho: mediante escritura pública Don A y Doña B pactan que su futuro matrimonio se regirá por el sistema de absoluta separación de bienes de conformidad con lo previsto en la legislación especial de Cataluña y se establece que "no obstante, dicho régimen tendrá la excepción de que para compensar las aportaciones realizadas por el marido al matrimonio, tendrá carácter exclusivamente del marido la finca que se describe, aportando la futura esposa la mitad indivisa de la misma de la que es titular y asumiendo el futuro esposo el pago de la hipoteca...".

Presentada en el RP se deniega la inscripción porque no se expresa el tipo de negocio que se está realizando, cuál es su causa y el nombre conocido que tenga en derecho. Hay que tener en cuenta como resulta del informe de la Registradora: que cuando se otorgó la escritura los otorgantes estaban solteros, que en el régimen de separación absoluta de bienes no puede existir patrimonio conyugal común, que no pueden compensarse deudas futuras, que en la escritura se habla de aportaciones ya realizadas y hay que tener en cuenta que en ese momento no había matrimonio ni, en definitiva, puede deducirse que la aportación se haga en pago de deuda.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSL, dictó auto por el que confirma la nota al considerar que no sólo falta el "nomen" jurídico del acto realizado sino, también, un contenido estipulativo coherente y jurídicamente aceptable.

La DG confirma el auto por los mismos motivos expresados en éste, ya que considera inexplicable la transferencia patrimonial para compensar las aportaciones realizadas por el ma-

rido, pues ni se dice qué aportaciones son éstas, ni se ve como se puede aportar al matrimonio cuando se está estableciendo un régimen de separación absoluta. En definitiva hay una transferencia patrimonial sin expresión de causa. (A.C.)

R. 17 MARZO 1999 (BOE 27 ABRIL)

EMBARGO. CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES. ERROR EN LA FECHA DE LA ANOTACIÓN: EL REGISTRADOR DEBE PRONUNCIARSE SOBRE LA SUBSISTENCIA O CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN.

Supuesto de hecho: se practica una anotación preventiva de embargo en fecha 1 de marzo de 1991, aunque en el RP por error figura como fecha de la anotación la de 1 de marzo de 1992. Se dicta auto de adjudicación de la finca de 18 de abril de 1994 y mandamiento de cancelación de cargas el 25 de abril de 1994.

Presentado en el RP en 1995, se practica la inscripción en cuanto a la adjudicación y se suspende la cancelación de cargas posteriores porque la anotación de embargo se practicó el 1 de marzo de 1991 por lo que "habría caducado" perdiendo la prioridad registral. Resultando el error de la fecha del asiento de presentación y de otros asientos simultáneos y posteriores se notificará al titular para que preste su consentimiento u oposición a la rectificación.

Interpuesto recurso, el Presidente del TSJ confirmó la nota. La DG considera incorrecta la nota al no decidir de forma inequívoca que dicha anotación se estima caducada, ya que utiliza una fórmula condicional (habría caducado) obviando la verdadera calificación. O se despacha el documento o no, pero no puede limitarse al señalamiento de potenciales defectos. La DG no entra en la procedencia de la cancelación hasta que el Registrador no se pronuncie sobre la subsistencia o caducidad de la anotación. (A.C.)

R. 18 MARZO 1999 (BOE 27 ABRIL)

CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE DOMINIO: EL TÍTULO ADECUADO ES LA PROPIA SENTENCIA. NO SIENDO SUFICIENTE EL MERO MANDAMIENTO ORDENANDO LA CANCELACIÓN.

Supuesto de hecho: en autos de juicio declarativo de menor cuantía se dictó resolución firme y ejecutiva y se libró mandamiento ordenando que se cancelen unas anotaciones de demanda sobre unas fincas y las inscripciones de dominio a favor de determinadas personas y los asientos posteriores.

Presentado en el RP se suspende en cuanto a las cancelaciones de las inscripciones de dominio por ser necesario sentencia firme, la cual no se acompaña.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSJ confirmó la nota, al igual que la DG ya que el título adecuado es la propia sentencia, no siendo suficiente el mero mandamiento ordenando la cancelación, mandamiento que en este caso ni siquiera expresa que tal efecto se deriva de haber recaído sentencia firme declarando la procedencia de tal cancelación. (A.C.)

R. 22 MARZO 1999 (BOE 27 ABRIL)

COMPRAVENTA JUDICIAL: ESTÁ SUJETA A RETRACTO Y BASTA LA DECLARACIÓN DE QUE LA FINCA NO ESTÁ ARRENDADA HECHA POR EL NUEVO PROPIETARIO.

Supuesto de hecho: en juicio ejecutivo fue embargada, subastada y adjudicada una finca. Otorgada escritura pública de venta se presenta en el RP y se suspende la inscripción por no acreditarse el estado arrendaticio de la finca. Se acompaña una cédula pericial de un Agente de la Propiedad Inmobiliaria en la que se dice que los demandados habitan la vivienda.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSJ revocó la nota. La DG revoca el auto y confirma la nota. La transmisión judicial forzosa producida en un procedimiento ejecutivo está sujeta a retracto y dadas las peculiaridades de la adquisición, al ser un acto de autoridad, debe bastar la declaración de que la finca no está arrendada hecha por el nuevo propietario, bien en las actuaciones judiciales, bien en acto posterior. No puede admitirse la cédula pericial aportada por

estar realizada por un tercero y en momento, el de la valoración, no coincidente con el de la transmisión, es decir, con la aprobación del remate. (A.C.)

R. 23 MARZO 1999
R. 24 MARZO 1999
(BOE 27 ABRIL)

CENSO ENFITEÚTICO: SU VIGENCIA DEBE SOLICITARSE POR SU TITULAR REGISTRAL. INSCRITO EN LOS ANTIGUOS LIBROS DE CONTADURÍAS, EL HISTORIAL REGISTRAL DE LAS FINCAS SE INTEGRA TANTO POR LAS INSCRIPCIONES PRACTICADAS EN LOS ANTIGUOS LIBROS COMO POR LAS QUE SE RECOGEN EN LOS NUEVOS.

Supuesto de hecho: una finca se haya gravada con un censo enfiteútico, en virtud de un establecimiento otorgado el 7 de abril de 1862. De conformidad con la disposición transitoria tercera de la Ley de censos 6/90, de 16 de marzo, se presenta un escrito por el titular del censo por el que se solicita la vigencia de dicho censo.

Presentado en el RP se deniega la constancia de la vigencia del censo por no figurar el solicitante como titular del mismo y, aún figurando en la primera anotación que consta un censo, se considera que ello es una mención y que, en todo caso, deberían costar en el RP las sucesivas transmisiones.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSJ de Cataluña confirmó la nota. En cuanto al primer defecto de la nota, en virtud de la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el auto presidencial es firme. En cuanto al segundo defecto, único sobre el que puede pronunciarse la DG, ésta revoca el auto y la nota. El censo fue objeto de un asiento específico en los antiguos libros de Contadurías e incluso en alguna de las fincas estos asientos se incluyen por vía de certificación en la primera inscripción practicada en los nuevos libros. Por tanto no se trata de una mención y es evidente que el historial registral de las fincas se integra tanto por las inscripciones practicada en los antiguos libros de Contadurías como por las que se recogen en los nuevos libros. (A.C.)

R. 25 MARZO 1999
(BOE 27 ABRIL)

HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES HIPOTECARIAS. CANCELACIÓN: LA DEMANDA SOLICITANDO LA NULIDAD DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA DEBE DIRIGIRSE CONTRA LOS ACTUALES TENEDORES LEGÍTIMOS DE LAS OBLIGACIONES SI FUEREN TERCEROS DISTINTOS DE LA PRIMERA TENEDORA.

Supuesto de hecho: en el RP está inscrita una hipoteca en garantía de obligaciones hipotecarias al portador a favor de Doña Dolores, como primera tenedora de las obligaciones, y de los sucesivos tenedores legítimos de las mismas. Al margen de dicha inscripción figura nota de expedición de certificación de dominio y cargas a efectos del procedimiento judicial sumario. Por el Banco Central Hispanoamericano S.A., se interpuso juicio declarativo de menor cuantía sobre nulidad de la escritura de constitución de hipoteca y cancelación de su inscripción, seguido contra los titulares de la finca como deudores y contra la primera tomadora de las obligaciones. Por sentencia se declara nula la escritura de constitución de hipoteca y se ordena su cancelación, expidiéndose mandamiento al efecto.

Presentado en el RP se suspende la cancelación por no haberse dirigido la demanda, además, contra los actuales tenedores legítimos de las obligaciones si fueren terceros distintos de la primera tenedora y no acreditarse la inutilización de los títulos garantizados por la hipoteca.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSJ confirmó la nota de calificación al igual que la DG. Además, en este caso, al haberse iniciado el procedimiento para hacer efectiva la acción hipotecaria y ser necesaria la presentación de los títulos en el Juzgado, puede conocerse la identidad de dicho acreedor hipotecario. (A.C.)

R. 26 MARZO 1999
(BOE 23 ABRIL)

OPCIÓN DE COMPRA. MODIFICACIÓN Y EJERCICIO

DE LA OPCIÓN: NO PRODUCE EFECTOS RETROACTIVOS EN PERJUICIO DE TERCEROS. NO PUEDE CONSIGNARSE EN ESTABLECIMIENTO BANCARIO O CAJA OFICIAL UN PAGARÉ POR NO SER OPONIBLE A TERCEROS EL DERECHO A COMPENSACIÓN PACTADO.

Supuesto de hecho: en el RP está inscrito un derecho de opción de compra sobre determinadas fincas, en el que se pactó que se podía ejercitar sobre la totalidad de las fincas o separadamente y, en este caso, sobre las viviendas y participaciones indivisas concretadas a determinadas plazas de garaje que se determinaban emparejadamente. También se pactó que, siendo tenedora la parte optante de determinados pagarés a cargo de la concedente de la opción, para el caso de que al tiempo del ejercicio de la opción no estuvieren satisfechos, parte del precio de la compra se haría efectiva mediante la entrega de los pagarés. Mediante escritura pública se modifica el derecho de opción para permitir el ejercicio aislado de la opción de vivienda o plaza de aparcamiento separadamente, solicitándose la inscripción de la modificación sin pérdida de rango registral, y se ejercita la opción respecto a dos fincas haciéndose efectivo el precio de la venta mediante la entrega de un pagaré. Sobre las fincas hay cargas intermedias.

Presentada en el RP no se practica la inscripción por los siguientes defectos que fueron objeto de recurso: 1º) en cuanto a la modificación sin pérdida de rango registral, porque la modificación no produce efectos retroactivos en perjuicio de terceros y 2º) en cuanto al ejercicio de la opción y cancelación de cargas posteriores porque debe consignarse en establecimiento bancario o Caja oficial no el pagaré indicado sino la diferencia entre el precio de la venta y de la hipoteca en que se subroga el optante, por no ser oponible a terceros el derecho a compensación pactado.

Interpuesto recurso guberantivo, el Presidente del TSJ confirmó la nota de calificación. La DG confirma el auto y la nota. En cuanto al primero porque el rango registral de cualquier título constitutivo o modificativo de un derecho real preexistente viene dado por la fecha del asiento de presentación respectivo, y en cuanto al segundo porque el carácter puramente personal del pacto no se altera por su inscripción y sólo puede desenvolver su eficacia entre quienes lo estipularon. Es de destacar que la DG considera que en este caso el derecho de opción se constituyó en garantía de un crédito con lo que conculcaría la prohibición de pacto comisorio. (A.C.)

R. 27 MARZO 1999 (BOE 28 ABRIL)

HIPOTECA. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS. EL ACTA AUTORIZADA POR EL MISMO NOTARIO AL AMPARO DEL ART. 153 DEL RN RECTIFICANDO ERRORES MATERIALES NO REQUIERE EL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES, PERO CUANDO EN VIRTUD DE TALES ACTAS SE ALTERA LA CUANTÍA O EL VALOR DE LOS DERECHOS SE TORNA EXIGIBLE EL CUMPLIMIENTO DE LAS EXIGENCIAS DE ORDEN FISCAL.

Supuesto de hecho: por escritura pública el Instituto Catalán de Finanzas concedió a un Ayuntamiento un préstamo destinado a la adquisición de terrenos. en cuya garantía se constituyó hipoteca sobre una heredad. Se acompaña, entre otros documentos, acta autorizada por el mismo Notario al amparo del art. 153 del RN rectificando errores metariales y un informe de la Dirección General de Política Financiera haciendo constar que las operaciones de tesorería a formalizar por los entes locales no requieren autorización del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalidad de Cataluña.

Presentada en el RP se suspende la inscripción porque:

1º) no se acredita la autorización del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalidad de Cataluña.

2º) no se acredita el informe previo del Departamento de Gobernación de la Generalidad de Cataluña necesario para que el Ayuntamiento pueda hipotecar una finca de su propiedad.

3º) no consta ni el consentimiento del Ayuntamiento ni del Instituto Catalán de Finanzas a las subsanaciones contenidas en el acta complemen-

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

taria relativas a contradicciones en materia de intereses remuneratorios, de demora e inde-terminación del domicilio para notificaciones.

4º) no constar en el acta citada la nota de pago, exención o no sujeción al ITP y AJD. Y

5º) en la certificación del Pleno del Ayuntamiento no figura claramente el acuerdo expreso de hipoteca ni la correcta identificación de la finca.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSJ revocó la nota. La DG revoca el auto y confirma la nota excepto en cuanto al tercer defecto.

La DG se manifiesta en cuanto a la calificación de los documentos y actos administrativos. El aspecto meramente contractual privado de los entes públicos queda sujeto a la calificación del art. 18 LH y el netamente administrativo del contrato puede ser calificado dentro de los límites del art. 99 RH y por tanto puede calificar la competencia del órgano y los trámites e incidencias esenciales del procedimiento y en este sentido el informe de la Dirección General de Política Financiera por su ambigüedad y generalidad de sus términos es insuficiente. En cuanto al acta notarial subsanatoria, justificando el Notario que las contradicciones se deben a un error mecanográfico por falta de adecuación de un texto preexistente en el ordenador, no es necesario el consentimiento de las partes. Cuando en virtud de tales actas se altera la cuantía o el valor de los derechos se torna exigible el cumplimiento de las exigencias de orden fiscal a que se refiere el art. 254 LH. (A.C.)

R. 29 MARZO 1999 (BOE 28 ABRIL)

HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES: LOS PARTICULARES NO PUEDEN EMITIR OBLIGACIONES U OTROS VALORES NEGOCIABLES AGRUPADOS EN SERIE.

Supuesto de hecho: mediante escritura pública los cónyuges titulares de una finca realizan una emisión de obligaciones al portador compuesta de tres títulos, numerados del 1 al 3 de la serie A que se expiden simultáneamente al otorgamiento de la escritura y en cuya garantía se hipoteca una finca. Los títulos fueron suscritos por un tercer compareciente.

Presentada en el RP se deniega la inscripción ya que los particulares no pueden emitir ni garantizar la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en serie y además no cumple los requisitos de los arts. 282 LSA y 26 y concordantes de la Ley de Mercado de Valores.

El P del TSJ confirmó la nota al igual que la DG. Ésta manifiesta que dado los términos del art. 154 LH los particulares pueden constituir hipoteca en garantía de títulos aislados siempre y cuando merezcan la consideración legal de título-valor al portador dado el criterio de "numerus clausus" establecido en nuestra legislación. (A.C.).

Mª Emilia ADÁN GARCÍA

SENTENCIAS

STS 13 NOVIEMBRE 1998

ES VÁLIDO EL PACTO DE EJECUTAR PRIMERO LA GARANTÍA REAL, ANTES DE EJERCITAR LA ACCIÓN PERSONAL.

HECHOS.- En escritura pública de fecha 20 de octubre de 1986, el Banco A concedió a la sociedad X y a D. CCC un préstamo de treinta millones de pesetas, que se garantizaron con el derecho real de anticresis en dicho contrato se pactó que el Banco, en caso de incumplimiento se dirigiría en primer lugar contra los bienes objeto de la garantía real, y en el caso de que no cubriera el crédito se dirigiría contra el resto de los bienes. Posteriormente el Banco A se disolvió pasando el crédito al Banco B, que en escritura pública de fecha 10 de junio de 1992 lo cedió al Banco D.

El Banco D interpuso demanda de reclamación de cantidad contra la sociedad X y D. CCC, que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- El Tribunal Supremo desestima el recurso al entender que es válido el pacto contenido en el contrato de fecha 20 de octubre de 1986, por el que en caso de incumplimiento hay que ejecutar primero la garantía anticrética. Declarada su validez, no pueden ejercitarse conjuntamente la acción personal de reclamación del crédito y la real de ejecución de garantía, sino que primero se ejercitará la acción real, que funciona como una especie de excusión de los bienes de la garantía anticrética adosada, y sólo en el caso de que fuera insuficiente, ejercitar "ex post", la acción personal de reclamación frente a los deudores.

STS 21 NOVIEMBRE 1998

CONTRATO DE LEASING. TIPOS DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

Artículos citados: 1255 Código Civil.

HECHOS.- La sociedad de leasing A, y la sociedad B, celebraron un contrato de leasing de una pala cargadora, el 10 de diciembre de 1987.

Posteriormente el Banco E embargó por deudas de la sociedad B la pala cargadora. La sociedad de leasing interpuso demanda de tercería de dominio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, que fue estimada por la Audiencia Provincial.

Se interpone recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- El recurso de casación es estimado por el Tribunal Supremo, al entender que la interpretación del contrato llevada a cabo por el Tribunal "a quo" contradice las elementales normas hermenéuticas que como razonables y lógicas debieran aplicarse al mismo.

El contrato leasing o arrendamiento financiero "está fundamentado esencialmente con el fin de desarrollar sus efectos en las áreas económica y financiera, por lo que su regulación debe estar presidida por una simbiosis de la economía y del derecho".

Este contrato es de origen anglosajón, y se puede definir como "un contrato por el que la sociedad de leasing se obliga a financiar la posibilidad de utilización de un objeto a un usuario, comprándolo al suministrador según las instrucciones de aquél, y transfiriéndolo directamente al usuario contra el pago de cantidades periódicas calculadas en relación con los costes de adquisición, previéndose a veces, para el término del período pactado una opción de compra a favor del usuario".

Su regulación se encuentra en la disposición adicional 7ª de la Ley 26/1988 de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ampliada por la Ley 28/1998 de 13 de julio, en su disposición adicional 1ª, que establece su posibilidad de inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles. En ambas normas se le conoce como arrendamiento financiero. Junto a esta regulación, por no ser completa, deberá tenerse en cuenta el alcance de la voluntad de las partes contratantes conforme el artículo 1255 del Código Civil, y sobretodo se atenderá a la jurisprudencia.

En el caso debatido debe determinarse si la sociedad de leasing es propietaria del bien arrendado, es decir si está o no

Centro de Estudios Hipotecarios BIBLIOTECA

legitimada para interponer la tercería de dominio. La cuestión es decidir si se está ante un contrato de leasing de amortización parcial (arrendamiento), o un leasing de amortización total (compraventa). En la primera, el propietario es la sociedad de leasing, en la segunda es el usuario adquirente del bien. La diferencia entre uno u otro supuesto está en el valor residual pactado, en el segundo caso será insignificante, siendo la compra del objeto la única alternativa razonable, al término del leasing, para el usuario. ¿Cuando puede estimarse que el valor residual es insignificante? En este caso al ser el valor de la maquinaria de doce millones y el valor residual de doscientas mil, no hay duda que estamos ante un valor residual, así que estamos ante un contrato de compraventa de bien mueble con precio aplazado, por lo que la tercería de dominio no puede prosperar, al ser la usuaria la propietaria del bien.

STS 27 NOVIEMBRE 1998

DEPÓSITO JUDICIAL. RETRIBUCIÓN AL DEPOSITARIO.

Artículos citados: 1759, 1779 y 1785 del Código Civil. 1454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

HECHOS.- D. AAA interpone demanda contra el Banco B, reclamándole una retribución-indemnización de perjuicios por razón de haber sido nombrado depositario de los vehículos embargados en el procedimiento ejecutivo 147/1984.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial la estima parcialmente, pues si bien se trata de un depósito judicial, al que no se fijo retribución alguna, es cierto que ocupaban un amplio espacio en la nave donde se guardan por lo que debe abonársele 500.000 pesetas anuales. D. AAA interpone recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- En primer lugar el recurrente niega que se trate de un depósito judicial contemplado en los artículos 1759 y 1785 del Código Civil, sino de un depósito mercantil, al haber sido nombrado el depositario por el acreedor bajo su responsabilidad.

El Tribunal Supremo entiende que la facultad contenida en el artículo 1454-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no convierte al depósito judicial o secuestro en un depósito voluntario, sino que sigue siendo un depósito judicial regulado en los artículos 1785 a 1789 del Código Civil.

Ahora bien su calificación como depósito judicial no impide que pueda ser retribuido, cuando así lo dispone la ley en casos concretos o cuando se haya pactado entre el depositario y el acreedor que lo designa o el depositario lo reclame al momento de constituir el depósito y como condición previa a la aceptación del cargo.

En cuanto a la designación "bajo su responsabilidad" se refiere a la que asume el acreedor frente al órgano judicial ejecutor y frente al deudor ejecutado por la pérdida o desperfectos que sufran las cosas depositadas sin culpa o participación del deudor, por contra de la designación por el acreedor del depositario, no surge responsabilidad alguna frente al depositario por razón de los daños y perjuicios derivados de la cosa depositada.

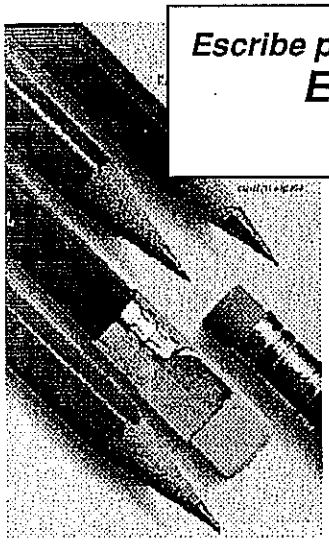
La obligación que impone el artículo 1779 del Código Civil al depositante de indemnizar al depositario de todos los perjuicios que se hayan seguido del depósito, se ha entendido por la doctrina científica como limitada a la indemnización de los perjuicios directos nacidos de los vicios de las cosas, que el depósito le haya ocasionado al depositario, sin que puedan incluirse las expectativas que hubiera podido aprovechar de no tener el depósito.

El el caso debatido, al fijar la Audiencia una indemnización de 500.000 pesetas, lo que hace es establecer una retribución encubierta, con lo que se infringe el artículo 1779 Código Civil, por lo que se estima el recurso de casación. ■

Citas y consejos

Las bestezuelas del <<Daily Mirror>> han acusado a España de traer al mundo diez porquerías, entre ellas la sífilis, la gripe, las corridas de toros, el flamenco, la Inquisición y la paella, y dicen que no hemos ganado una batalla importante desde Lepanto, y esa, además, a los turcos, que Drake terminó una partida de bolos y hundió nuestra escuadra, que a Napoleón tuvo que echarlo de España lord Wellington, que diez barcos ingleses consiguieron la independencia de Portugal y que Nelson echó a pique la flota española en Trafalgar.

No en todo, pero en muchas de esas cosas que dicen tienen razón los ingleses. En cambio, no citan el robo de Gibraltar entre las conquistas de esa vieja zorra ladrona que es Inglaterra. A todos estos argumentos históricos y culturales me considero incapaz de responder yo. Al fin y al cabo, admiro tantas costumbres del pueblo inglés y tantas instituciones inglesas que soy incapaz de olvidarlas todas por una pelea de fútbol. A todo esto debería responder don Jesús Gil y Gil, quien seguramente les diría a los ingleses que todo eso está muy bien, pero que esta tarde baje al césped de Wembley el Príncipe Carlos y meta los goles con los cuernos.



Escribe para Lunes:
Eusebio Giménez Roig
Registrador de la Propiedad jubilado

El contrato de compraventa y el contrato de hipoteca negocios de disposición.

Centro de Estudios Hipotecarios BIBLIOTECA VALENCIA

En la revista de asuntos registrales "Lunes, cuatro treinta" (nº 253, 1ª quincena de marzo de 1999, pp. 14 a 19) escribe José Manuel García García sobre "Los negocios de disposición y obligacionales en relación con la inscripción constitutiva de hipoteca", y dice (p. 18) que "en el presente momento", la "transmisión de dominio" está sujeta a vicisitudes interpretativas, llenas de inseguridades, de ocultaciones, de interpretaciones sobre la tradición y de la posesión... 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" (sic); y añade, al final (p. 19), que "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 cuidado. Se trata de interpretaciones 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" (sic).

Parece ser que, de esta manera, manifestando unos temores casi apocalípticos, se siente obligado a exponer algunas opiniones contrarias a las de otros autores. Pero no creo que considere simplemente "prehistóricos" a Florencio García Goyena y a Pedro Gómez de la Serna, e inútil y perturbador el intento de actualizar algunas de sus ideas, en mi estudio sobre "Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción", con el subtítulo "Venta, como cosa propia, de finca que otro posee en concepto de dueño". (Fechado en junio de 1997, la Junta del Colegio y el Centro de Estudios Registrales tuvieron la amabilidad de acogerlo y editarlo, ya muy avanzado el año 1998; está en la biblioteca de todos los Registros de la Propiedad y Mercantiles de España y desconozco que se haya publicado alguna recensión, hasta el momento).

A) La tendencia germanizante que, desde hace muchos decenios, prevalece en buena parte de la doctrina española, a la que, en ciertas cuestiones, intentan oponerse algunos tildados de "polemistas", determina que García García comience explicando el Derecho alemán, lo que, para facilitar la exposición del tema obliga, a seguir el mismo camino a la vista del "Derecho de Cosas" de Martín Wolff (Tomo III, Volúmenes 1º y 2º, del Enneccerus Kipp y Wolff, octava revisión de la 32ª edición alemana, edición española de 1937, que adquirí de segunda mano durante mi primer curso universitario de Derecho Civil, desde entonces muy leído y estudiado; al que se refiere García García, en nota al pie de la p. 15, citando la edición española de 1951, en este punto literalmente coincidente con la edición de 1937, que ya cité en otro estudio anterior al último).

El Código civil alemán, vigente desde el día 1 de enero de 1900, tiene en cuenta las leyes prusianas sobre transmisión del dominio y constitución de la hipoteca y demás derechos reales parciales, en relación con el Registro, promulgadas en Berlin en 1872 e inspiradas en las enseñanzas de la Escuela Histórica de Savigny, catedrático de Derecho Romano en la universidad de Berlín, fallecido en 1861 (V. M. Wolff, V 1º, pp. 135 y ss.).

Configura el C.c. alemán la distinción entre un negocio obligatorio y un negocio dispositivo, refiriéndola, primordialmente, a la distinción entre **su contrato de compraventa SOLAMENTE obligatorio** (sólo constitutivo de obligaciones, según el C.c. alemán) y **su negocio jurídico de "transmisión" del dominio, SOLAMENTE dispositivo** y adquisitivo del derecho de propiedad sobre una cosa (sólo transmisivo del dominio según el C.c. alemán). Claro que el alemán negocio jurídico de "transmisión" del dominio **no "crea"** el dominio, es decir, no constituye originariamente un derecho de propiedad, sino que **transmite** un derecho de propiedad que pertenecía al transmitente o disponente y pasa a pertenecer al adquirente; pero produce su efecto transmisivo con abstracción de la validez o invalidez del alemán contrato de compraventa, que obliga al vendedor a "transmitir" el derecho de propiedad sobre la cosa y es la causa del posterior negocio de "transmisión", además de obligar al vendedor a transmitir la posesión en concepto de dueño de la cosa.

Este alemán negocio jurídico dispositivo de "transmisión" del dominio (que el C.c. alemán domina "transmisión" y raras veces "contrato"), consta primordialmente de un **acuerdo real** o acuerdo de dos declaraciones de voluntad referentes a la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa (un acuerdo que, por sí solo, no se denomina "contrato"), pero, además, consta de la transmisión de la posesión en concepto de dueño cuando se trata de transmitir una cosa mueble, **transmisión de la posesión** que se sustituye por la **inscripción registral de la transmisión del derecho de propiedad** cuando se trata de transmitir una cosa inmueble.

Según Martín Wolff (V. 1º, p. 205) (con otras palabras que sí transcribe García García) esta alemana inscripción de la transmisión del dominio es elemento esencial o integrante del alemán negocio jurídico dispositivo de transmisión de cosa **inmueble**, en el sentido de que, si bien el acuerdo real es el núcleo esencial del negocio de transmisión, en cuanto acuerdo de dos declaraciones de voluntad negocial, la inscripción no es un simple requisito legal adicional al acuerdo real, una simple condición de la ley (**condicio iuris**) complementaria del acuerdo real.

Pero se ha de observar que Martín Wolff, al decir ésto, se está refiriendo a la **inscripción para la transmisión de la propiedad de cosa inmueble**, y no alude con la misma contundencia a la transmisión de la posesión para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble (V. 1º, p. 383, nota al pie). Porque no olvida que el **acuerdo real inmobiliario**, teóricamente, se puede acordar ante el juez en funciones de registrador, aunque lo normal es que en **una sola** escritura notarial alemana se formalice el alemán contrato de compraventa sólo obligatorio y el alemán acuerdo real inmobiliario, que son **dos** acuerdos distintos, diferenciados normativamente por el C.c. alemán, de tal manera que únicamente se ha de calificar el acuerdo real, **abstracto**. Porque tampoco olvida que se requiere la calificación del **"consentimiento material"**, del acuerdo real de la transmisión inmobiliaria, abstracta, y además la calificación del "consentimiento formal", unilateral, recepticio, del titular registral del derecho de propiedad ante el juez en funciones de registrador. (v.V.1º, p 165, II; y p. 168, VIII; p. 180; par. 35; p. 202; par. 38 y p. 138).

García García reconoce (p. 15) que **"En el Derecho español no se puede aplicar la normativa alemana** del negocio de disposición a la transmisión del dominio" (**sic**).

Sin embargo, tambien opina (p. 16) que, **siguiendo la** alemana **técnica del negocio de disposición, de cosa inmueble, HABRÍA QUE LLEGAR a la conclusión de que las "transmisiones" del dominio en el Derecho español son también negocios de disposición** (de cosa mueble o de cosa inmueble, lo que no dice), en el sentido de que **en el Derecho español se exigen dos elementos esenciales** para la "creación" del derecho real (quiere decir, par la "transmisión" del derecho de

propiedad, si pertenece al transmitente), que principalmente será el contrato de compraventa y siempre será la tradición.

Del español contrato de compraventa opina que es "claramente" SOLO un negocio obligacional, que crea obligaciones entre vendedor y comprador, a diferencia —dice— de los Derechos francés e italiano, en que la compraventa es un negocio de disposición **por sí solo (inmediatamente, sin que medie** la tradición, pero sin dejar de ser, también, un negocio obligatorio, cabría añadir).

Pero el español contrato de **compraventa** y la española **tradición**, conjuntamente, son los dos elementos esenciales que integran el negocio dispositivo para la "constitución" del derecho real, según dice (pero, más bien, para la "transmisión" del dominio).

De esta manera, **"aunque no se puede aplicar la normativa alemana", si se sigue la técnica normativa alemana**, sin una comparación suficiente y acaso prejuzgando la conclusión, **se puede llegar a mantener algo que no resulta conforme con la técnica normativa del Derecho español.** Porque **el contrato de compraventa** español **no sólo "crea" obligaciones** entre vendedor y comprador, sino que, además y prioritariamente, **es la causa del efecto transmisivo** del derecho de propiedad, **pero no inmediatamente sino seguidamente a su perfección, mediatamente, mediante** la transmisión de la posesión en concepto de dueño, cuando la tiene el vendedor propietario.

En el Derecho español no existe el alemán negocio dispositivo de transmisión mobiliaria, integrado por un acuerdo real (abstracto) y por la transmisión de la posesión en concepto de dueño, porque no se configura, ni expresamente ni tácitamente, un acuerdo real diferenciado del acuerdo de compraventa, ni integrante tácitamente de la tradición, que es, solamente, la transmisión de la posesión en concepto de dueño. Al Registro español llega una copia autorizada de una escritura notarial llamada de compraventa, pero que prueba se ha transmitido el derecho de propiedad sobre la cosa (art. 1462, 2), si pertenece al vendedor; y el Registro asegura su pertenencia al tercero registral comprador de buena fe si se inscribe su título traslativo (arts. 32, 34 y 37, 36 L.H.). El Registrador español no actúa como el alemán juez en funciones de registrador de la "transmisión" alemana, que ha de calificar un alemán acuerdo real o "consentimiento material" (pero no un alemán contrato de compraventa) y un alemán "consentimiento formal" para la inscripción...

Mi opinión se expone, muy brevemente, en la "Introducción" al estudio referido (pp. 29 y 30), y más detenidamente en el "Resumen" del mismo (pp. 31 a 54, sobre todo en las páginas 31 y 32, 35 (2.3), 37 (1), 38, 39 y 40).

Aquí basta recordar que, antes del Código civil, eran directamente aplicables dos principios fundamentales del Derecho romano, vigente como supletorio del Derecho Patrio en la práctica de los Tribunales:

1º. Primordialmente, "... **transfert dominium... venditio** (aut aliqua justa causa)... **propter quam traditio sequeretur**". Es decir, "**transmite el dominio... la venta** (u otra justa causa contractual)... **a la que sigue la tradición**". (Según el eminente jurisconsulto Paulo, del que resumo su texto, D. 41.1.31. pr; citado en mi estudio, p. 222 y otras).

Hoy, según el C.c. de 1889, art. 609,2, al final, "la propiedad... se transmite... por consecuencia" (es decir, a causa o por efecto) del contrato de compraventa o "de" otros "ciertos contratos" "mediante la tradición", es decir, al transmitir la posesión en concepto de dueño, cuando la tiene el vendedor propietario.

2º. Pero, "**is qui habet actionem ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur**". Es decir, **"tener la acción reivindicatoria se ha de entender que equivale a tener la cosa"**. Según el mismo jurisconsulto **Paulo**, en otro texto, D. 50,17,15; Principio general de Derecho citado en mi estudio (pp. 155, 156 y ss.), al rememorar su cita por **Florencio García Goyena**, "padre" del Proyecto de C.c. de 1851, del que procede el vigente C.c. de 1889, según expuso magistralmente el profesor Lacruz Berdejo, y también su cita por **Pedro Gómez de la Serna**, "padre" de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, de la misma Ley y de su interpretación "auténtica", en sus Comentarios de 1862).

Porque el propietario desposeído (art. 460,4º C.c.) conserva su derecho de propiedad y puede recuperar la posesión en concepto de dueño ejercitando la acción reivindicatoria (art. 348, p.2), mientras el poseedor en concepto de dueño no llegue a consumar la usucapión (art. 1940 y ss.).

Hoy, según el artículo 1462,2, del Código civil, "**Cuando se haga la venta mediante escritura pública**", (a menos que "de la misma escritura resultare o se dedujere claramente **lo contrario**") **se ha de entender transmitido el derecho de propiedad** sobre la cosa; cuando el vendedor propietario es el poseedor, **mediante tradición** instrumental; para cuando el vendedor propietario está desposeído, sin mediar tradición, **por deducida cesión** del derecho incorporal de propiedad con la derivada e inseparable acción reivindicatoria contra el poseedor en concepto de dueño, si el contrato de compraventa se escritura notarialmente antes de que el poseedor llegue a adquirir la propiedad por usucapión consumada.

Porque la **escritura notarial de compraventa** perfecciona y prueba el **contrato** de compraventa y prueba su **cumplimiento**, por ambas partes, es decir, el pago del precio o su aplazamiento convenido y la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa, mediante expresa o deducida **tradición** instrumental o, cuando el vendedor está desposeído, mediante expresa o deducida **cesión** del derecho incorporal de propiedad con la derivada acción reivindicatoria contra el poseedor en concreto de dueño (históricamente denominada "cesión de la acción reivindicatoria") para que el comprador propietario obtenga la posesión, **porque tener la acción reivindicatoria equivale a tener la cosa según Paulo**, en D. 50, 17, 15. Así ocurre históricamente, al menos desde el siglo XIII, como puede verse en el formulario notarial llamado "Aurora", de Rolandino Passaggeri, maestro boloñés de los notarios de toda la Europa occidental medieval y moderna, y en el formulario español, de "Febrero", sobre todo en la edición comentada por Florencio García Goyena, la más usada hasta entrar en vigor el C.c. de 1889.

Hoy, el artículo 1462, 2 C.c. recoge nuestra solución histórica, según resulta de las Sentencias del Tribunal Supremo del 21 diciembre 1905 y del 20 enero 1912.

De esta manera, la escritura notarial de compraventa, española, prácticamente, viene a ser una escritura notarial de transmisión de la propiedad de la cosa objeto de compraventa; como si fuera una escritura notarial de compraventa francesa o italiana, transmisiva del derecho de propiedad sobre la cosa **inmediatamente, es decir, por sí sola, sin necesidad de que medie tradición** instrumental **ni cesión** de la acción reivindicatoria.

B) El Código civil español de 1889, que es anterior al C.c. alemán, en el Libro cuarto trata "De las obligaciones y contratos", e incluye el primordial contrato de compraventa (T. IV) y "los contratos de prenda, hipoteca y anticresis", distintos de los contratos de promesa de constituir prenda o hipoteca que sólo producen **acción personal** entre los contratantes (art. 1862) (T. XV).

Esto implica que el Libro cuarto califica como contratos unos acuerdos que **no sólo** son constitutivos de obligaciones y acciones personales, sino también **transmisivos** del derecho de propiedad (mediante la tradición cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño) y constitutivos de derechos reales de garantía.

Ya se ha considerado que el contrato de compraventa español es **causa** de la transmisión de la propiedad de la cosa, que **se realiza** cuando el propietario poseedor transmite su posesión al comprador, para así evitar que el vendedor parezca que continúa siendo un propietario que puede vender y entregar a un segundo comprador de buena fe, desconocedor de la primera compraventa, confiado en la presunción del art. 448 C.c.

Pero García García busca un paralelismo entre el que llama negocio de transmisión del dominio en el Derecho español y los artículos 1863 y 1875 para intentar fundamentar su opinión, no "prehistórica" sino "progresista" por su germanismo, según la cual, aunque el contrato de compraventa sólo tiene eficacia obligatoria (como la compraventa alemana), al añadirle la tradición se produce la eficacia transmisiva del derecho de propiedad del vendedor, porque —según dice— la compraventa

y la tradición integran un español "negocio dispositivo de transmisión", al igual que la entrega en prenda de la cosa y la inscripción del título notarial del contrato de hipoteca son elementos constitutivos de los respectivos contratos, de prenda y de hipoteca, y estos "contratos", al quedar constituidos, constituyen inmediatamente el derecho real de garantía correspondiente.

Del artículo 1863 (cuando dice "se necesita para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta —cosa mueble— al acreedor, o a un tercero de común acuerdo") deduce que (p. 15) el contrato de prenda es un contrato **real**, en el sentido de que se perfecciona por la entrega de la cosa como requisito formal adicional al acuerdo de los contratantes, pero que también es un contrato **dispositivo**, en el sentido de que la entrega de la cosa es elemento esencial constitutivo del contrato dispositivo y que, en el mismo memento de su constitución, el contrato dispositivo produce su efecto dispositivo; constituye el derecho real de prenda. Claro que esta entrega de la cosa pignorada no es una transmisión de la posesión en concepto de dueño, que conserva el propietario constituyente, sino que tan solo es una entrega para que el acreedor pignoraticio pueda tener la cosa "en prenda" mientras no se le pague su crédito garantizado. Además se alude, normalmente, a un contrato verbal o en documento privado, porque el Código puntualiza que "No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha" (art. 1865), de su constitución, perfeccionada por la entrega.

Del artículo 1875 (cuando dispone que... "es indispensable, para que la hipoteca —de cosa inmueble— quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad"), deduce (p. 14) que el contrato de hipoteca es un negocio dispositivo del que son elementos esenciales la escritura notarial y la inscripción registral, la "forma ad solemnitatem" de la escritura notarial y la "publicidad constitutiva" de la inscripción registral, que constituyen el contrato, de manera que éste, en el mismo momento de su constitución, produce su efecto dispositivo constitutivo del derecho real de hipoteca. Para llegar a la conclusión de que, al igual que en el Derecho alemán la inscripción de la transmisión del dominio de cosa inmueble no es una simple **condicio iuris** o requisito de eficacia del acuerdo real inmobiliario, también en el Derecho español la inscripción de la escritura notarial que perfecciona el acuerdo de los contratantes no es una simple **condicio iuris** o requisito de eficacia de este acuerdo, porque la inscripción es indispensable para que resulte válidamente constituido el contrato de hipoteca y el derecho real de hipoteca.

En este punto conviene no olvidar que el contrato de hipoteca, desde una perspectiva económica más que jurídica, intenta evitar o al menos demorar el tener que perfeccionar y consumar, con urgencia, un contrato de compraventa de la cosa hipotecable, el realizar su valor en cambio, el realizar su valor en el tráfico jurídico, para obtener, con urgencia, una cantidad de dinero con la que seguidamente se podría pagar una deuda.

Al mismo tiempo, conviene observar que, desde una perspectiva jurídica, el propietario constituyente, al acordar el contrato de hipoteca, CONSIENTE LA VENTA EN SUBASTA PÚBLICA de la finca hipotecada si incumple pagar su deuda u "obligación principal", de la que es accesoria la hipoteca (art. 1857, 1º C.c.): Se trata de una venta española, que no sólo es obligatoria sino que implica una actual voluntad dispositiva-transmisiva, que producirá su efecto transmisivo si se cumple el evento condicionante del impago de la deuda.

Por ésto, se ha de considerar que el acreedor impagado tiene que probar la existencia de su derecho de hipoteca, con la copia de la escritura notarial de constitución de la hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad, o con otra copia acompañada de la certificación registral de la inscripción, pero no con la certificación registral solamente (art. 131, regla 3ª, 2º, L.H., para el "procedimiento judicial sumario" ordenado por la L.H. de 1909, ya vigente el C.c. de 1889).

Además, se ha de considerar que el acreedor impagado tiene que probar, con acta notarial, el requerimiento de pago incumplido, es decir, el cumplimiento del evento condicionante de la eficacia del otorgado consentimiento para la subasta pública (art. 131, regla 3ª, 3º, L.H.).

Centro de Estudios Hipotecarios

Con todo ello, el acreedor hipotecario tiene derecho a que en la subasta quede determinada la persona compradora, adquirente de la propiedad, y concretado el precio pagado (art. 131, regla 8ª, 15,15,17), y será título bastante para la inscripción "el testimomio judicial" (art. 131, 17, p. penúltimo), pero "también se pondrá en posesión judicial de los bienes al adquirente, si lo solicitase" (art. 131, 17, p. final), cuando el antes propietario no hace dejación voluntaria de la posesión de la finca, que ya no le pertenece.

También se ha de tener en cuenta que el acuerdo de voluntades entre el acreedor hipotecario y el propietario hipotecante queda perfeccionado ante el Notario según la escritura notarial; aunque el Notario debe cuidar el cumplimiento de su asumida colaboración asesora en la formación de la voluntad de los otorgantes, limitando al máximo la simple protocolización de minutas aportadas por ellos.

El Registrador ha de calificar el acuerdo perfeccionado, y probado por la copia de la escritura notarial, y ha de registrar adecuadamente las circunstancias procedentes según las normas vigentes. Pero al cumplir su deber no puede modificar el acuerdo de las partes; aunque puede y debe denegar o suspender la inscripción solicitada mientras no se rectifique por las partes contratantes algún defecto advertido en la calificación, recurrible. En este sentido, el Registrador no constituye ni cuasi constituye el acuerdo de voluntades de los contratantes.

La dificultad de concretar las circunstancias de la inscripción se plantea en el Derecho alemán (M. Wolff, V.1º, p. 181, III, y V.2º, p. 197,2) pero se complica en el Derecho español y tendrá que abordarse decisoriamente, y no sólo en nuestro ámbito nacional, más pronto o más tarde. (Es muy interesante lo que escribe, para Lunes cuatro treinta, Jesús Cuéllar Marín sobre "La hipoteca ordinaria: acceso registral de sus cláusulas", nº 250, 2ª quincena de enero de 1999. V. B.C.R.E. marzo 1999, nº 46, pp. 689-707).

El acuerdo real abstracto y la inscripción registral integrantes del alemán negocio dispositivo constitutivo de la hipoteca de tráfico, accesoria del crédito garantizado, no se identifican, respectivamente, con el acuerdo de voluntades escriturado notarialmente y con la inscripción registral de nuestro Derecho, como puede comprobarse leyendo lo que expone Martín Wolff (V. 1º, p. 180 y p. 168, VIII, V. 2º, pp. 172, 188, 191 II, 197 IV, 286,3).

Pero si estamos conformes con la configuración española expuesta, que es lo importante, como el Código civil dice que la inscripción es indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida, nada impide que esta inscripción se denomine requisito legal publicitario del acuerdo de voluntades escriturado, necesario para la existencia del derecho real de hipoteca, y con este sentido se hable de una inscripción **constitutiva** del derecho real de hipoteca. Sin olvidar que la escritura notarial se considera constitutiva del escriturado contrato que no existe jurídicamente en forma verbal o de documento privado, como puede deducirse del artículo 1875, en sus dos apartados.

Ahora bien, todo esto no implica, como consecuencia, que la **tradición** del artículo 609, 2, al final, C.C., pueda considerarse que es elemento esencial de un negocio jurídico dispositivo transmisivo, constitutivo del mismo, indispensable, en todo caso, para que se produzca el efecto transmisivo del derecho de propiedad sobre una cosa si la tradición sigue a un (obligatorio solamente) contrato de compraventa de tal cosa, según parece creer García García.

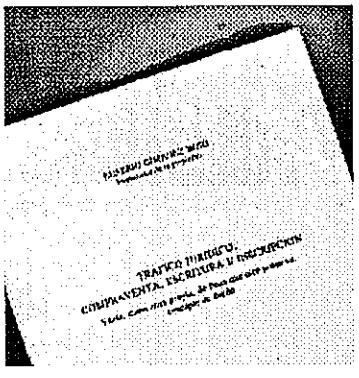
Porque en el sistema español del tráfico jurídico, como principio fundamental, el **normal** contrato de compraventa es transmisivo **mediatamente** de una cosa y obligatorio; transmisivo **mediante** la tradición, que es la transmisión de la posesión en concepto de dueño, un requisito legal adicional o complementario para que se produzca el efecto transmisivo contratado, cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño; pero no cuando el vendedor está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño, pues entonces es **imposible** que la tradición se pueda cumplir **seguidamente** a la perfección del contrato, por cuanto el poseedor se opone a perder la posesión de una cosa que dice le pertenece; en tal caso, el vendedor cede su derecho de propiedad de pertenencia controvertida, con la derivada acción reivindicatoria para obtener la posesión antes

de que el poseedor adquiera la propiedad por usucapión, si pertenecía al vendedor... Así se interpreta el Código civil, art. 1462.2, según la jurisprudencia.

No es necesario configurar un tácito acuerdo real transmisivo implícito en la tradición española o complementario del contrato de compraventa sólo obligatorio, como en el "modélico" Derecho alemán.

Tampoco es necesario "ver" en la escritura notarial de compraventa una fantástica tradición **incorporal** cuando el vendedor está desposeído, como los cortesanos "veían" la sutil camisa del Rey desnudo.

Valencia, veinte de abril de 1999.



Estudio sobre **"Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción"**, con el subtítulo **"Venta, como cosa propia, de finca que otro posee en concepto de dueño"**. (Fechado en junio de 1997 y editado por el CER del Colegio de Registradores ya muy avanzado el año 1998. Según el autor, **EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG**, su opinión se expone, muy brevemente, en la "Introducción", (pp. 29 y 30).

"INTRODUCCIÓN.

El sistema español del tráfico jurídico de bienes patrimoniales se fundamenta en la configuración legal del contrato de compraventa con eficacia transmisiva, tanto de la venta normal de una cosa que el vendedor posee en concepto de dueño y entrega al comprador (art. 1445 C.c.), como de la venta-cesión de un derecho "incorporal" (art. 1526 C.c.), referida principalmente a la transmisión de un derecho "incorporal" de crédito pecuniario (ius ad pecuniam), del vendedor o del prestamista, por ejemplo, pero también a la transmisión de otros derechos "incorporales", como el derecho "incorporal" de propiedad del vendedor que desconoce, silencia o afirma que está desposeído de la cosa porque otro la posee en concepto de dueño, contra quien podría ejercitar la acción reivindicatoria.

Ahora bien, el efecto transmisivo del contrato de compraventa de una finca se complementa con la eficacia de la escritura notarial y con la eficacia de la inscripción registral.

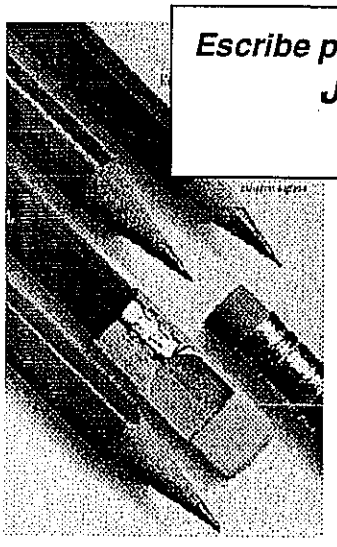
La escritura notarial, no sólo prueba la venta normal y la "tradición instrumental" o entrega de la posesión en concepto de dueño de la cosa o finca por el vendedor poseedor, sino que también prueba la "venta-cesión instrumental" del derecho "incorporal" de propiedad por el vendedor desposeído de la cosa o finca (arts. 1218 y 1462,2 C.c.), al comprador-cesionario reivindicante.

La inscripción registral, en los supuestos de los artículos 36, 32, 34 y 37 L.H., pese a que según las normas civiles el derecho de propiedad sobre la finca no pertenece al vendedor titular registral, atribuye el derecho de propiedad al comprador asegurado.

Primordialmente, la Ley Hipotecaria contempla, sin nombrarlo expresamente, el contrato de compraventa, y el contrato de hipoteca por el que el propietario consiente una eventual venta en subasta pública. Así, unas veces se refiere a la inscripción de los títulos traslativos (art. 2,1º L.H.), en vez de aludir al título traslativo de compraventa y a los otros títulos traslativos de los que es modelo, como el de permuta de fincas y el de transmisión de una finca por adjudicación en pago o para pago de un crédito pecuniario (art. 2.3º, L.H.), bien entendido que el título traslativo está integrado por el contrato o acto con eficacia traslativa voluntaria y por el requisito legal complementario de la entrega o transmisión de la posesión de la finca en concepto de dueño, realizada, en su caso, por el vendedor poseedor al comprador. Así, otras veces la Ley se refiere a los adquirentes a título oneroso, aludiendo tácitamente al comprador accipiente de la tradición por el vendedor poseedor, y cuida aclarar que "Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante (de la herencia o legado) o transferente" (por donación) (art. 34, p. final L.H.).

Centrar en el contrato de compraventa y en el de hipoteca el estudio del Derecho Registral facilita su comprensión, al soslayar equívocos procedentes de la inadecuada comparación con sistemas extranjeros.

Concretamente, facilita considerar la cuestionada "Venta, como cosa propia, de finca que otro posee en concepto de dueño", y su relación con el artículo 1462,2 C.c. y con el artículo 36,2 L.H.".



Escribe para Lunes:
José Alonso Casado
Oficial jubilado del Registro de Vigo

Vivienda del portero.

Cuando D. JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ escribió (Lunes 4'30 núm. 87, de octubre de 1991) sobre la desafectación de portería y conversión en vivienda independiente libre de toda hipoteca que pueda afectar a los demás elementos independientes, consideré cierto tino a mi nota que sobre el particular se publicó en el Boletin del Colegio núm. 257 de 1989, pero la Dirección General pasa a declarar en su Resolución de 18 de junio de 1998:

"La garantía hipotecaria sobre otros pisos del mismo edificio subsistirá sobre la vivienda desafectada en cuanto a una cuota equivalente a la que a dichos pisos correspondía anteriormente sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes del inmuebles".

El Sr. GARCÍA GARCÍA (Tomo VII, vol. 3º, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, pág. 519) dice que la referida Resolución establece una complicada solución señalando que "el nuevo elemento privativo nacerá con las hipotecas que gravaban todos y cada uno de los demás pisos y locales en el porcentaje correspondiente a cada uno de ellos. Esta solución teórica carece de sentido práctico pues da lugar a que la flamante nueva vivienda, en contra de los intereses de todos, surja con un multiplicidad de hipotecas recayentes cada una de ellas sobre porciones infinitesimales que por reductio ad absurdum el buen sentido de la práctica ha de rechazar, siendo preferible agotar todas las vías para que se obtenga el consentimiento de los acreedores hipotecarios, aunque sea por la vía de la instancia privada por analogía con el artículo 216 del Reglamento Hipotecario, considerando la solución dada por esa resolución como el último recurso".

Hay, pues, que plantearse el problema en su dimensión más viva y enlazada con la realidad que está alejada de la norma envejecida y que ni en su antecedente ni en su letra previó ni dejó la puerta abierta al supuesto tratado.

Si la hipoteca se constituyó sobre la casa, todavía no constituida en régimen de propiedad horizontal parece indudable la extensión a todo el contenido del objeto, pero una vez dividida e hipotecados todos o alguno de los pisos separadamente, el acreedor garantiza su crédito sobre dos derechos diferenciados recayentes, uno, sobre el piso en sí individualizado para el tráfico jurídico con carácter exclusivo y excluyente, y referido, el otro, a los elementos comunes naturales e incluso a los que no lo son pero sólo mientras éstos mantengan transitoriamente ese destino; una vez desafectados han de surgir, según el sentir general, limpios de las hipotecas u otros gravámenes recayentes sobre los demás pisos.

Por mucha subjetivación que se quiera imprimir a la extensión objetiva no cabe extraer de la norma ni de los principios de la Ley, un supuesto no previsto en ella ni aún por afinidad o igualdad jurídica esencial con otro u otros casos que la norma regula.

La extensión viene determinada por los artículos 1876 y 1877 del Código Civil y por los nebulosos artículos 109 a 113 de la Ley Hipotecaria redactados por la Ley de 1909 en su sentido más beneficioso para el propietario y, además, por los artículos 334 y 337 que determinan cuáles elementos forman parte integrante del inmueble y cuáles se comprenden en su transmisión. De ellos no se extrae, ni por hipótesis, que la vivienda del portero, cuando se separa, menoscaba la finca hipotecada según la doctrina del cuerpo cierto; cuerpo cierto que es el principal móvil que induce a prestar; o que quebranta la enseñanza que por principios de justicia inspira, con cautela, la extensión, o perjudica al crédito para cuya garantía, por lógica de lo razonable, no se estimó y valoró, a más de que, como sabe el acreedor, esa vivienda, que forma parte del fondo de reserva de la comunidad, es enajenable por su naturaleza, a diferencia de los elementos comunes esenciales que por sí solos no lo son según el artículo 396 del Código Civil.

Esta Resolución, que viene a sentenciar efectos declarativos de condena a la sujeción, no se acomoda a las cosas que acontecen frecuentemente, y viene a crear dificultades insalvables al plan que se presume por ella irrealizable de desvinculación y venta, libre, de tal vivienda cuyo precio en la mayoría de los casos se destina a mejorar los servicios comunes; no acoge el principio según el cual la cosa se presume libre, o excluidas de la extensión aquellas que la Ley no incluyó en su enumeración.

Con ella puede surgir la duda sobre si el que paga por apoyar su casa en la pared del vecino se verá acribillado por las cargas que pesen sobre ésta.

Y no se aduzca que la reducción de la cuota, si se produce, daña la garantía, porque sólo se verá perjudicada en el incierto supuesto de derribo de la casa, posibilidad nunca excluible en absoluto y asumida por todos en sus respectivos negocios.

Si por absurdo se entiende lo sin sentido, o lo imposible, las bases de la decisión son incompatibles con la regla.

Marzo 1999

Citas y consejos

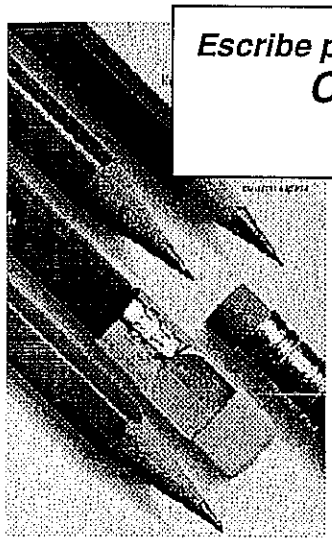
... QUE EL NECIO EN SU CASA NI EN LA AJENA SABE NADA, A CAUSA QUE SOBRE EL CIMIENTO DE LA NECEDAD NO ASIENTA NINGUN DISCRETO EDIFICIO. (EL QUIJOTE, PARTE II, CAP. XLIII).

LA BONDAD O LA MALDAD DE UNA IDEOLOGIA DEPENDE DE LAS PERSONAS QUE HAGAN USO DE ELLA. SI UN MILLÓN DE LOBOS TUVIERAN QUE ORGANIZARSE EN FAVOR DE LA JUSTICIA, ¿DEJARIAN DE SER UN MILLÓN DE LOBOS? (ANTHONY DE MELLO SJ, "¿QUIÉN PUEDE HACER QUE AMANEZCA?")

VISITA SIEMPRE EL LAVABO ANTES DE SENTARTE A LA MESA. EVITARAS TENER QUE LEVANTARTE. (D. BROWN, GUIA PARA MADURAR (CON DESVERGUENZA), CAP. XIV)

La risa es el trapo que limpia las telarañas del corazón. (MORT WALKER).

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA



Escribe para Lunes:
Carlos García López
Inspector de Finanzas de Estado

Breve nota sobre la tributación de los rendimientos profesionales en la nueva Ley del IRPF y su Reglamento.

Introducción.

En el BOE de 10 de diciembre del pasado año se publicó la Ley 40/1998 de 9 de diciembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Su Reglamento se aprobó por Real Decreto 214/1999 de 5 de febrero.

La nueva regulación es heredera de las anteriores leyes del Impuesto, de tal forma que se puede afirmar que contiene criterios tanto de la Ley 44/1978 como de su antecedente inmediato, Ley 18/1991, en lo referente a los rendimientos de las actividades profesionales.

Uno de los componentes de la renta del contribuyente es el rendimiento de las actividades económicas, que comprende tanto las actividades empresariales como las profesionales, sin que ello suponga que el tratamiento para unas y otras sea idéntico. Así continúan vigentes la aplicación de una retención o ingreso a cuenta sobre los rendimientos de las actividades profesionales que no existe en el caso de las actividades empresariales, el diferente tratamiento en lo que se refiere a los regímenes de determinación del rendimiento neto (la estimación objetiva "módulos" no es de aplicación a las actividades profesionales), o las implicaciones que desde el punto de vista de las obligaciones formales se exigen en unas u otras dependiendo de su naturaleza. También es de destacar que en la regulación de las reducciones a la base imponible general se distingue entre empresarios o profesionales en el caso de aportaciones a mutualidades y planes de pensiones.

Tratamiento de los incrementos de patrimonio.

Se retoma el criterio de la Ley 44/1978 consistente en no integrar en los rendimientos de las actividades económicas las ganancias y pérdidas patrimoniales. Así las variaciones en el valor del patrimonio tienen el mismo tratamiento independientemente de que procedan de elementos afectos o no a las actividades económicas. De esta forma parece que se atiende a una de las críticas a la Ley 18/91 que en general ofrecía una tributación inferior a las ganancias patrimoniales de elementos no afectos. A partir de ahora se beneficiarán del tipo de gravamen del 20%, aquellas ganancias patrimoniales derivadas de transmisiones de activos profesionales con más de dos años de antigüedad.

Modalidades de la determinación de los rendimientos.

La determinación de los rendimientos de las actividades económicas propias de los profesionales se llevará a cabo a través del régimen de estimación directa, que admite dos modalidades, la normal y la simplificada.

La modalidad simplificada será de aplicación para todas las actividades económicas desarrolladas por el contribuyente siempre que el importe neto de la cifra de negocios del conjunto de sus actividades no supere los cien millones de pesetas anuales y no hayan renunciado expresamente a esta modalidad. Significa ello que si se ejerce además de la actividad profesional otras de carácter empresarial se atenderá al volumen conjunto de todas las actividades tomando como referencia el año inmediato anterior. La renuncia a la modalidad simplificada deberá efectuarse en el mes de diciembre anterior al inicio del año natural en que deba surtir efecto. Ejercitada la renuncia se aplicará la modalidad normal durante un periodo mínimo de tres años. Por excepción para 1999 se ha podido ejercitar la renuncia hasta el 31 de marzo. Si el contribuyente renunciase a la modalidad simplificada o superase el volumen de cien millones todas sus actividades económicas deberán calcularse en la estimación directa normal.

Como nota común del sistema de estimación directa en sus dos modalidades podríamos señalar, que para realizar el cálculo de los rendimientos íntegros de la actividad correspondiente se basan en la corriente real de ingresos y gastos del profesional, en principio reflejada en los correspondientes libros registro del contribuyente.

Como nota diferencial diremos que la particularidad de la modalidad simplificada consiste fundamentalmente en que el contribuyente acogido a este régimen soporta una carga de obligaciones formales y de cálculo de rendimiento menor que la exigida a los declarantes a través del procedimiento normal.

Determinación del rendimiento de la actividad profesional.

El rendimiento neto se determinará según las normas contenidas en la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades salvo en lo referente a determinadas reglas especiales. No obstante conviene recordar en este punto que las ganancias y pérdidas patrimoniales de elementos afectos no se incluyen en el rendimiento neto.

Tanto para la modalidad normal como para la simplificada son aplicables las siguientes reglas especiales:

a) No tienen la consideración de gasto deducible las donaciones a sociedades de desarrollo industrial regional, clubes deportivos y federaciones deportivas que con determinados requisitos son deducibles para las sociedades. En el ámbito del IRPF existe una deducción específica en la cuota para los donativos.

b) Tampoco se consideran gasto deducible las aportaciones a mutualidades de previsión social de los profesionales salvo en determinados casos y con el límite de 500.000 pesetas. Esta excepción se aplica cuando concurren las siguientes circunstancias:

—Se trate de profesionales no integrados en el régimen especial de autónomos de la Seguridad Social.

—La mutualidad de previsión social actúe como sustitutoria y no como complementaria al citado régimen especial en los términos previstos en la D.T. 5ª apartado 3º y en D.A. 15ª de la Ley 30/95 de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados.

—Las aportaciones realizadas deben tener por objeto cubrir las mismas contingencias atendidas por el citado régimen especial de la Seguridad Social.

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

Si concurriesen estas circunstancias, las cantidades aportadas a la mutualidad serían gasto fiscalmente deducible de los rendimientos de las actividades económicas con el límite de 500.000 pesetas anuales. El exceso sobre esta cantidad podrá ser utilizado para reducir la base imponible y con ello obtener la base liquidable general, no perdiéndose totalmente el beneficio fiscal. Las reducciones a la base imponible tienen un límite máximo conjunto con las aportaciones a planes de pensiones de la menor de las cantidades siguientes:

—el 20% de los rendimientos del trabajo y de las actividades económicas.

—1.100.000 pesetas anuales.

c) Tendrán la consideración de gastos deducibles las cantidades abonadas al cónyuge o hijos menores, por prestaciones de trabajo, siempre que cumplan las condiciones siguientes:

—Existencia de contrato laboral verbal o escrito que se ajuste a la normativa laboral.

—Afiliciación al régimen correspondiente de la Seguridad Social, que será normalmente el régimen general, al tratarse de trabajadores por cuenta ajena.

—Que trabajen habitualmente y con continuidad en las actividades económicas del contribuyente.

—Las retribuciones estipuladas no pueden ser superiores a las del mercado correspondientes a la cualificación profesional y trabajo desempeñado.

d) Será deducible la contraprestación estipulada por las cesiones de bienes o derechos que sirvan al objeto de actividad económica, realizadas por el cónyuge o los hijos menores del contribuyente que convivan con él. Dicha contraprestación no podrá exceder del valor del mercado. De no estipularse contraprestación alguna podrá deducirse aquel valor del mercado. La contrapresta-ción o el valor de mercado se considerarán rendimiento del capital de los cedentes. Esta regla no se aplicará cuando los bienes y derechos sean comunes a ambos cónyuges.

Para la determinación del rendimiento neto de la actividad profesional, en la modalidad simplificada, el Reglamento prevé determinadas particularidades, que la diferencian de la modalidad normal:

a) Las amortizaciones del inmovilizado material se practicarán de forma lineal, en función de la tabla de amortizaciones simplificada.

b) Sobre las anteriores cuotas de amortización son aplicables las normas especiales sobre amortizaciones para las empresas de reducida dimensión prevista en el Impuesto sobre Sociedades.

c) El conjunto de las previsiones deducibles y los gastos de difícil justificación se cuantificarán aplicando el porcentaje del cinco por ciento sobre el rendimiento neto, excluido este concepto.

Para aquéllos profesionales que en el año inmediato anterior no hubieran superado la cifra de negocios de 250 millones de pesetas serán aplicables los incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión que han sido parcialmente modificados por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Los incentivos son en síntesis los siguientes:

a) Libertad de amortización para inversiones generadoras de empleo. La inversión debe realizarse en elementos nuevos del activo fijo material, entendiendo como nuevos los elementos que sean utilizados o entren en funcionamiento por primera vez. La inversión debe de ir acompañada de un incremento de la plantilla media de la empresa referida a los 24 meses siguientes al inicio del período impositivo en que los bienes entren en funcionamiento, en relación a la plantilla media de los 12 meses anteriores. Dicho incremento debe mantenerse durante un período adicional de otros 24 meses, a contar desde la conclusión de los primeros 24 meses tenidos en cuenta para calcular el incremento de plantilla. La cuantía de la inversión

que podrá beneficiarse de la libertad de amortización será la que resulte de multiplicar la cifra de 15 millones de pesetas por el incremento de plantilla. Este incentivo es de aplicación a las inversiones realizadas a través de contratos de arrendamiento financiero, a condición de que se ejercite la opción de compra.

b) Libertad de amortización para inversiones de escaso valor. Los elementos del inmovilizado material deben ser nuevos y su valor unitario no debe superar las 100.000 pesetas. Del volumen total de inversión realizada en el período impositivo sólo podrá acogerse a la libertad de amortización un importe máximo de dos millones de pesetas.

c) Amortización acelerada. Tanto para los profesionales que determinen su rendimiento en la modalidad simplificada, como en la normal, podrán multiplicar los coeficientes de amortización propios de su modalidad por el coeficiente 1,5.

d) Dotación por posibles insolvencias de deudores. Sólo para los profesionales que tributen por la modalidad normal será deducible una dotación para la provisión que cubre el riesgo derivado de las posibles insolvencias, hasta el límite del uno por ciento del saldo de la cuenta de deudores de dudoso cobro que exista al final del período impositivo. No se podrá incluir en dicho saldo las deudas por las que se hubiera dotado una provisión individualizada, ni tampoco aquéllas que de acuerdo con las normas generales del impuesto no tenga carácter de deducible su provisión, como ocurre con las deudas garantizadas por aval bancario, derecho real, contrato de seguro de crédito, etcétera. Recordemos, a estos efectos, que para los profesionales en la modalidad simplificada la Ley establece un porcentaje fijo que cubre las provisiones en su conjunto y los gastos de difícil justificación.

e) Amortización de elementos patrimoniales objeto de reinversión. Hasta el 31 de diciembre de 1998 se admitía la exención por reinversión. Consistente básicamente en que las ganancias de patrimonio, consecuencia de la transmisión onerosa de elementos del inmovilizado material, no se gravaban siempre que no superasen los cincuenta millones de pesetas y se reinvirtiera el importe de la transmisión en otros activos fijos materiales. La Ley 50/98 de 30 de diciembre de medidas fiscales administrativas y del orden social elimina este beneficio fiscal y lo sustituye por una aceleración en la amortización de los elementos en que se materializa la reinversión. En concreto, el porcentaje de amortización según tablas se multiplica por 2,5.

Obligaciones contables, formales y registrales.

Los contribuyentes que ejerzan actividades profesionales están obligados a llevar los siguientes libros registro:

a) Libro registro de ingresos.

b) Libro registro de gastos.

c) Libro registro de bienes de inversión.

d) Libro registro de provisiones de fondos y suplidos.

No obstante el contribuyente puede ajustar su contabilidad a las normas del Código de Comercio. En este caso no tendrán que mantener los libros registros. La nueva Ley contempla la existencia de la moneda única europea (el euro) estableciendo la posibilidad de que en las actividades económicas se pueda optar por expresar en euros las anotaciones en los libros registros o contables. Esta opción es irrevocable.

Conviene recordar que los apuntes que se realicen en los libros registros mencionados deberán disponer de la correspondiente justificación documental, debiendo conservarse tanto los justificantes como los propios libros durante el periodo de prescripción.

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

Pagos fraccionados.

Los profesionales libres están obligados a autoliquidar e ingresar en el Tesoro como pago a cuenta los denominados pagos fraccionados de periodicidad trimestral. La actual regulación del reglamento libera de realizar pagos a cuenta a los profesionales cuyos ingresos de la actividad en el año natural anterior fueron al menos en un 70% objeto de retención.

Los contribuyentes ingresarán en cada plazo el 20% del rendimiento neto correspondiente al periodo de tiempo transcurrido desde el primer día del año hasta el último día del trimestre al que se refiere el pago fraccionado, deduciendo los pagos trimestrales anteriores y las retenciones soportadas.

Los plazos de declaración e ingreso del pago a cuenta son, para los tres primeros trimestres, entre el 1 y el 20 de los meses de abril, julio y octubre. Para el cuarto trimestre el plazo es entre el 1 y el 30 de enero del año siguiente.

Retenciones soportadas por los profesionales.

La nueva Ley mantiene el criterio de someter a retención los rendimientos que sean contraprestación de una actividad profesional.

El tipo de retención es del 20% sobre los ingresos íntegros satisfechos.

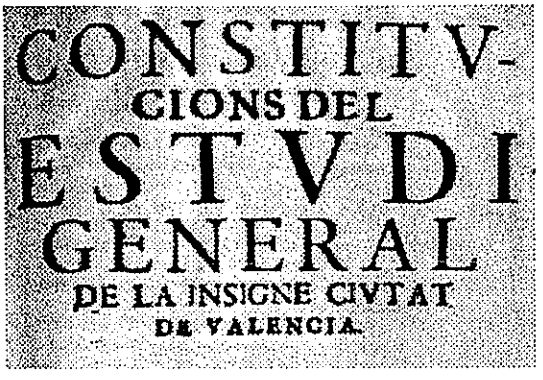
Quedan obligados a la práctica de la retención los empresarios y profesionales cuando satisfagan rentas en el ejercicio de sus actividades, así como todas las personas jurídicas y demás entidades, aún careciendo de personalidad jurídica, incluidas las comunidades de propietarios.

■

Citas y consejos

En la pasarela, distantes diosas pasean mostrando sus senos, algo que ninguna mujer en el mundo <<real>> hará. Hoy las niñas —pobres niñas— o las no tan niñas quieren ser modelos. Algunas, hijas o hermanas de famosos, o jugadoras de tenis, famosas ellas, hacen un espantoso ridículo. Uno siente vergüenza ajena, y no tan ajena: vivir en sociedad es como tener un espejo delante, que diariamente te dice, pero mira que eres imbécil. Cierto diseñador declara que <<quiere salvar la personalidad de la mujer de la confusión de masas que han impuesto Bill Gates e Independence Day (cuando soltaba esa parida, ni siquiera se había estrenado aquí la película). Por supuesto, la moda forma parte de la cultura, y detrás hay también trabajo y gusto. Pero viendo todo eso, uno piensa, pasarela, moda, tontería. Claro, que todo eso es, seguramente, lo que hace que se venda. (MARTIN CASARIEGO).

VISTETE BIEN; QUE UN PALO COMPUESTO NO PARECE PALO. (EL QUIJOTE, PARTE II, CAP. LI).



Per que los fills de la present Ciutat e Regne (que tenen esperits molt clars) puixen estudiar, oir e aprofitar en la present Ciutat

Reflexiones sobre una paradoja del profesor Sancho Rebullida en torno al régimen de matrimonio putativo.

Rafael Ballarín Hernández
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. Presupuestos normativos. II. La paradoja del Prof. Sancho Rebullida. III. El supuesto de hecho del art. 79 C.c.: deficiencias que excluye o incluye, apariencia de validez matrimonial y buena fe. IV. La consecuencia jurídica general, "no invalidará los efectos ya producidos". En particular, la emancipación como efecto del matrimonio putativo.

I. Presupuestos normativos.

Cuatro artículos del C.c. permiten plantear la hipótesis objeto de la presente reflexión:

Según el art. 314-2º, "La emancipación tiene lugar: 2º. Por el matrimonio del menor".

El art. 46 dispone: "No pueden contraer matrimonio: 1º. Los menores de edad no emancipados".

El art. 73 sanciona, "Es nulo, cualquier que sea la forma de su celebración: 2º. El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48".

Y el art. 79 resuelve: "La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume".

En el art. 46.1º C.c. c.s. la emancipación cuenta en el supuesto de hecho; la capacidad para contraer matrimonio es la consecuencia jurídica. En los arts. 314.2 y 316 C.c., el matrimonio pertenece al supuesto de hecho; la emancipación, en cambio, es la consecuencia jurídica (1).

El art. 73 C.c. plantea, amén de otros a los que se aludirá, problemas de armonización de su regla 2ª, con el art. 78; éste los plantea respecto del art. 53.

Finalmente, el art. 79 dispone el tratamiento o régimen de matrimonio putativo, para el que se ha celebrado con vicio de nulidad declarado después judicialmente, respecto del o de los contrayentes que, en tal concepto, hubieran obrado de buena fe y, en todo caso, respecto de los hijos nacidos de esa relación aparentemente matrimonial.

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

II. La paradoja del Prof. Sancho Rebullida.

Convienen los autores en que el art. 314-2º se refiere al menor no emancipado que, con catorce años cumplidos, solicita y obtiene del Juez competente la dispensa de edad prevista en el art. 48 y, removido así el impedimento del art. 46-1º, contrae matrimonio y queda, de acuerdo con aquel precepto y el art. 316, emancipado. Es una hipótesis pacífica (2).

Pero el Profesor Sancho Rebullida planteó otra a cuya reflexión se destinan esta páginas:

"Según el art. 46 C.c. no pueden contraer matrimonio: 1º, los menores de edad no emancipados.

Con ello se produce un amago de tautología: porque, según el art. 314,2º, "la emancipación tiene lugar por el matrimonio del menor"... Parece que este precepto debe ser referido al matrimonio válido, con lo cual el posible círculo vicioso no llega a producirse; más, ¿y si el contrayente menor era de buena fe?...; parece que entonces, conforme al art. 79 producirá el efecto de la emancipación, con lo que el matrimonio habría de considerarse válido". (3).

Es decir: el matrimonio sería nulo y válido a la vez: nulo, porque ha sido contraído por menor no emancipado y sin dispensa; válido, porque, conforme al art. 79, produciría el efecto de la emancipación y, con ello, quedaría neutralizado el art. 46-1º. Frente a tal solución que implicaría asumir la paradoja, se ha objetado que el art. 79 no alcanza a los elementos del supuesto de hecho del negocio matrimonial nulo sino, como expresamente dispone el precepto, a los efectos jurídicos (4).

Es pacífica en la doctrina la tesis de que el matrimonio putativo produce la emancipación del contrayente menor (5). A mi entender, esa opinión **sólo es exacta cuando se dan todos los demás requisitos de la emancipación** —mejor: para la emancipación por vía matrimonial—, y la única deficiencia se concreta en la nulidad del matrimonio, debida a causa distinta de la minoridad del contrayente (6).

La hipótesis problemática es otra: se trata de un matrimonio nulo precisamente por defecto de edad de uno de los contrayentes, que no ha obtenido la dispensa ni ha sido emancipado. Pues bien, en relación con tal supuesto, se discute si el matrimonio es finalmente nulo o válido; pero parece aceptarse una conclusión: que el menor quedaría emancipado por obra del art. 79, con apoyo en el matrimonio aparente y la buena fe de aquél (7).

Personalmente creo que la falta de capacidad núbil que afecta a uno de los contrayentes, sin dispensa del impedimento de edad, determina la nulidad del matrimonio. Pero, además, no me convence la conclusión favorable a la emancipación del menor (8), y creo razonable dedicar alguna reflexión al problema, no para replantear las líneas maestras de un concepto respecto del que la mejor doctrina ya ha dicho seguramente la última palabra (9), sino para poner a prueba las razones de mi escepticismo sobre la opinión que parece haberse consolidado.

III. El supuesto de hecho del art. 79 C.c.: deficiencias que excluye o incluye, apariencia de validez matrimonial y buena fe.

Dispone el art. 79 C.c. que la sentencia declarativa de la nulidad del matrimonio carece de efectos retroactivos y se proyecta sólo sobre el futuro (10). Como es obvio, el detente que impone el art. 79 C.c. tiene su eficacia limitada al supuesto de hecho de la propia norma: sentencia que declara la nulidad del matrimonio celebrado en términos de aparente validez. Por consiguiente:

El art. 79 se aplica a los casos de nulidad absoluta (por ejemplo la bigamia, (11) o el matrimonio contraído con incapacidad relativa por impedimento no dispensable de parentesco (12), y a los matrimonios anulables, ex art. 73 C.c., por vicio del consentimiento (13).

En cambio, no se aplica a los supuestos de inexistencia por falta absoluta del consentimiento, dado que sin ese elemento esencial no hay matrimonio (art. 45-1 C.c.). Así ocurrirá cuando sea

evidente la falta de edad núbil o la insania de alguno de los contrayentes. Pero también en otros casos no ostensibles en los que se demuestre aquélla carencia (14).

La sentencia de nulidad matrimonial alcanzará igualmente al pasado, cuando en la celebración se haya omitido la forma exigida **ad solemnitatem**. Al margen de si es o no la apariencia fundamento de lo que el art. 79 C.c. dispone, y en qué medida, (15) la doctrina coincide en considerarla un elemento del supuesto de hecho: sin apariencia de matrimonio válido, no cabe aplicar la consecuencia jurídica que constituye el régimen del llamado matrimonio putativo (16). A tal fin, sólo es relevante la apariencia que emana de observar en la celebración, por lo demás viciada de nulidad, la forma esencial que la ley exige para la existencia y validez del matrimonio (17). Esa apariencia constituye el título que da entrada al régimen del art. 79 C.c. y permite identificar las uniones **more uxorio**, a las cuales no alcanza el beneficio (18).

El precepto tampoco es aplicable a los supuestos de convalidación o sanación posteriores, operaciones que mudan por el contrario el elemento cardinal del supuesto de hecho del art. 79 C.c. (19). La apariencia que se agota en sí misma es requisito, pero también espacio para el régimen del matrimonio putativo. Si la apariencia pasa a reflejar la realidad, a consecuencia de la convalidación o sanación, la hipótesis ya no es de matrimonio putativo, sino de verdadero matrimonio válido.

Naturalmente, para amparar a los sujetos de tales supuestos con el régimen del art. 79 no siempre basta con la mera apariencia de validez matrimonial. Teóricamente, tres grupos de sujetos pueden resultar afectados por la norma: los contrayentes, sus hijos comunes y los terceros. Los requisitos que respecto de cada grupo son necesarios para aplicarles la consecuencia jurídica del art. 79, permiten deducir su fundamento:

Respecto de los hijos comunes de los contrayentes, siempre inocentes respecto de su propia génesis, es suficiente con aquella apariencia (20). Pero los contrayentes sólo pueden aprovecharse del favorable tratamiento cuando al tiempo de la celebración matrimonial obraren de buena fe, ignorando la causa determinante de la nulidad (21). La buena fe se presume **iuris tantum** (22) y la mala fe sobrevenida es irrelevante (23).

La consecuencia jurídica del art. 79 se vacía en el molde de la relación matrimonial: **los efectos ya producidos** a que la norma se refiere, son precisamente, y creo que únicamente, los del matrimonio. Y, como el precepto puntualiza, esos efectos se ordenan en dos relaciones: la conyugal, que se cancela mediante la declaración de nulidad, y la paterno-filial, que, en cuanto a los hijos nacidos antes de esa declaración o **matrimonializados** por aplicación del art. 119 C.c., la transciende y permanece indefinidamente. No hay, es obvio, eficacia conyugal respecto de terceros. Tampoco la hay paterno-filial de carácter matrimonial, en cuanto a otros que no sean esos hijos. Menos aún, claro está, si se trata de no hijos. Además, prescrita toda discriminación entre los hijos, e iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación (arts. 14 y 39.2 CE. y 108 C.c.), la revocabilidad de las donaciones, frente a terceros donatarios, indiferente a la calidad matrimonial o extramatrimonial de los hijos que sobrevengan o sobrevivan (art. 644 C.c.) (24), no podría estimarse efecto propio del art. 79 C.c. Y, en fin, los escasos efectos jurídicos que aún produce la afinidad, parece dudoso que puedan mantenerse, una vez que se haya declarado judicialmente la nulidad del matrimonio que la sustentaba (25)

IV. La consecuencia jurídica general, no invalidará los efectos ya producidos. En particular, la emancipación como efecto del matrimonio putativo.

En general, puede afirmarse que los efectos principales o propios a que alude la norma, son los específicamente matrimoniales, porque la unión, aunque sea sólo en apariencia, tiene fenomenicidad matrimonial. Virtualmente, el matrimonio sólo aparentemente válido, puede producir todos los efectos que puede producir el verdadero matrimonio válido: como ya se ha dicho, la relación

Centro de Estudios Hipotecarios
VALENCIA

conyugal, hasta la declaración de nulidad, y la paterno-filial, con carácter indefinido. Cabe también la producción de efectos ancilares del matrimonio, al servicio de los deberes que impone el estado de cónyuge. En esa categoría hay que incluir la emancipación del contrayente menor de edad, **pero sólo cuando el matrimonio putativo la produzca.**

Es causa de emancipación del contrayente mayor de catorce años que ha obtenido la dispensa del impedimento de edad, de conformidad con el art. 48 C.c., (26) el matrimonio cuando es válido. Eso es lo que dispone el art. 314. 2º C.c.

Si el matrimonio es declarado nulo puede producir la emancipación del contrayente menor de edad. Pero en esta hipótesis, tal consecuencia es, a mi juicio, sólo un efecto posible, eventual.

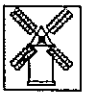
Se produce seguramente ese efecto cuando el menor de edad (uno o los dos contrayentes), mayores de catorce años, han obtenido la dispensa del impedimento de edad y actuado de buena fe al tiempo de la celebración. Declarada la nulidad, la eficacia emancipadora del matrimonio (art. 314.2º C.c.), prevista para el matrimonio válido, valdrá en beneficio del contrayente de buena fe (uno o los dos), porque el art. 79 dispone, sin distinción alguna, la conservación de los efectos ya causados antes de la declaración. Ello significa que el matrimonio será nulo, pero ése o esos contrayentes menores, con catorce años cumplidos, dispensados del impedimento de edad y con buena fe respecto del matrimonio que creen celebrar, quedarán emancipados por aplicación del art. 79 C.c. y, al menos por razón de capacidad (art. 46 1º, **a contrario**), podrán contraer libremente ulterior matrimonio, incluso el que se ha declarado nulo una vez removida la causa o causas de la nulidad.

Debe tenerse en cuenta que en ésta, que es una hipótesis de tratamiento doctrinalmente pacífico, la nulidad del matrimonio se debe a causas distintas de vicios o deficiencias esenciales de la emancipación. En relación con ella, concurren todos los requisitos exigidos por la ley para la de origen matrimonial, salvo la validez del propio matrimonio, que resulta impedida por causas ajenas a la estructura de la emancipación. Ésta requiere, además del matrimonio, que es el elemento fallido por causa de nulidad pero neutralizado por la consecuencia jurídica del art. 79, alegación de una justa causa, y una valoración favorable respecto de la madurez y capacidad natural del menor, y sobre la conveniencia de la emancipación, con intervención controladora de la autoridad judicial (27).

El menor de edad, por serlo y no estar emancipado, carece de la capacidad de obrar necesaria para contraer válidamente matrimonio. Este predicado negativo o, si se prefiere, limitado de capacidad, es el correspondiente a su estado civil de minoridad. Aquellas valoraciones, y la intervención judicial en la estimación de la justa causa alegada, se dirigen a comprobar y controlar que los indicios de madurez de quien solicita la dispensa de edad para contraer matrimonio, responden a un nivel de capacidad superior al que presuntivamente corresponde a su estado. Hecha la comprobación, el matrimonio produce el tránsito a un nuevo estado civil del que se predica presuntivamente un grado de capacidad de obrar próximo a la plenitud. La conservación de ese efecto, no obstante la declaración de nulidad del matrimonio, en la hipótesis que se examina, es respetuosa con esos requisitos que representan los presupuestos críticos esenciales de la emancipación: el efecto favorable del matrimonio putativo suple al matrimonio válido; pero no puede sustituir esos otros requisitos, entre los que se cuenta el importantísimo del control judicial.

Otra cosa, enteramente distinta, ocurre cuando el menor de edad, creyéndose de buena fe mayor, contrae matrimonio. En este supuesto (28) el único elemento que concurre, de la emancipación por matrimonio, es el propio matrimonio cuya nulidad se declara. Faltan, por hipótesis, la solicitud de dispensa (y, por consiguiente, su concesión), faltará seguramente la valoración de los padres, que, respecto de la conveniencia de la emancipación para el hijo menor es —implícitamente, ex art. 154 C.c.— el último acto de ejercicio de la patria potestad; y faltará asimismo la alegación de justa causa y su estimación, con audiencia del menor y de sus padres o guardadores. Es decir: faltan todos los elementos de la emancipación por matrimonio, salvo el matrimonio que es y se declara nulo.

Declarada la nulidad del matrimonio, hay que admitir que, en general, se producirán los efectos del art. 79 C.c. Pero creo que esa afirmación no conviene, en términos absolutos, al menor de la



hipótesis. Por de pronto, no me parece que el matrimonio putativo celebrado, sin dispensa judicial del impedimento de edad, por el menor creyéndose mayor, produzca su emancipación. La valoración que ya he anticipado de lo que significa esa deficiencia, resume lo fundamental de mis razones para defender esa posición. Pero cabe añadir otras consideraciones que a mi entender la refuerzan.

Una de esas razones se deriva del limitado alcance habilitante de la dispensa de edad. Ésta, se concede para un determinado matrimonio respecto del cual se valora la justa causa alegada. En cambio, la emancipación habilita para ejercitar libremente el **ius nubendi** (29). Así las cosas, sorprende que el resultado de incumplir los requisitos necesarios para contraer determinado matrimonio haya de ser la facultad de celebrar, válidamente por razón de edad, ése o cualquier otro, y ya sin sujeción a otros ni más requisitos que los comunes.

Además, a mi juicio, el propio concepto de buena fe, a efectos del art. 79, limita las posibilidades de estimar relevante la creencia de tener la edad núbil. Para resolver si el impedimento de edad es o no dispensable, la ley distingue dos grupos de menores, según que hayan cumplido o no la edad de catorce años al tiempo de contraer matrimonio. Parece muy dudoso que comprenda el menor lo que el matrimonio significa como relación concebida en términos de plenitud, exclusiva y excluyente en el plano personal, y tendente a la permanencia indefinida (30). Y es dudoso que entienda y quiera cabalmente lo que ha de significar para él el estado civil de casado (31). Los motivos de la desconfianza son mayores respecto de lo que se convalida ex art. 75 C.c., cuando uno o los dos contrayentes sean menores de catorce años (32). Parece legítimo pensar que esa posibilidad ha de cerrarse frente al absurdo. No es ése el tema de estas notas. Pero, con independencia de los supuestos que puedan convalidarse por aplicación del art. 75, hay que excluir del amparo del art. 79 todos aquéllos en los que falte el consentimiento específicamente matrimonial (33). Y entiendo que cuando este elemento esencial falta, porque la edad no ha facilitado al menor el discernimiento necesario, cabrá la ignorancia inocente, pero no la buena fe que el art. 79 exige para que el contrayente reciba, por razón de su conducta, la consecuencia jurídica favorable. Quiero decir con ello que, para evitar que la aplicación del art. 79 C.c. conduzca a consecuencias absurdas, contrarias en mi opinión a su espíritu y finalidad (34), acaso convenga entender que, a los efectos de esa norma, no toda ignorancia o error, falto de malicia, equivalen a la buena fe. La exigencia de la buena fe recibe su sentido, como nota de carácter del consentimiento matrimonial y, en tal concepto, participa de sus deficiencias en cuanto actitud, crítica o voluntaria, inspirada por el entendimiento.

Hasta donde se puede entender cabalmente se puede consentir y puede ser relevante el error en el consentimiento en términos de buena fe. Más allá, no.

Por ello, quizá convenga distinguir según que el contrayente menor sufra su error por falta de capacidad crítica o porque, pese a contar con capacidad suficiente, le afecta la desorientación producida por una información inexacta. En el primer caso, su error podría ser una prueba de su falta de discernimiento. Habría inocencia y buena voluntad, pero no la buena fe que exige el art. 79 para convertir en efectos de matrimonio válido los del nulo, hasta que sea declarada la nulidad (35).

Personalmente me inclino a entender que la buena fe que puede dar entrada al régimen del matrimonio putativo, consiste en una creencia valorativa del propio comportamiento, resultado de una operación lógica elaborada según las reglas del criterio humano, y que adolece de defectos, no en cuanto operación discursiva, sino a causa de la información errónea que es, por lo demás, objeto de un correcto tratamiento crítico. En otros términos: me parece que la buena fe del art. 79 C.c. implica que la creencia o valoración erróneas deben emanar de sujeto capaz de creer o valorar correctamente el significado de su propia conducta. Si falta esa capacidad en el sujeto, me parece dudoso que se pueda afirmar la presencia del consentimiento matrimonial. Si se declara, por esa causa, la nulidad del matrimonio, temo que la inocencia del contrayente menor no sea buen conductor para transmitirle los efectos favorables que el art. 79 C.c. condiciona a su buena fe. Otra cosa es que el matrimonio nulo llegue a convalidarse por aplicación del art. 75 C.c., si el espíritu y finalidad de esa norma dan entrada al supuesto.

Si la errónea creencia del menor se debiera a una mala información correctamente valorada, se podría hablar de buena fe en favor de aquél. Y, declarada la nulidad del matrimonio por defecto de la edad exigida, se aplicaría al contrayente menor la consecuencia jurídica del art. 79. Pero, por las razones apuntadas y por las que siguen, me parece discutible que en ella se incluya la emancipación de ése contrayente.

Conviene recordar lo dicho a propósito de la calidad o naturaleza de los efectos que, en mi opinión, se conserva no obstante la declaración de nulidad del matrimonio: virtualmente, todos los específicamente matrimoniales, pero sólo los matrimoniales, salvo los que sean ancilares de esos principales efectos y se ordenen al servicio de los derechos y deberes en que tales efectos vertebrales se concretan o manifiestan. Esos efectos se insinúan en la conducta de quienes se comportan primero como contrayentes y como casados —en su caso, como progenitores casados— después. Y para proteger su buena fe, si la tienen, y en beneficio de los hijos, si los hubiere, se reconocen a esas conductas, y se mantienen, los efectos civiles, situaciones y consecuencias que son imagen del matrimonio o de la familia matrimonial. Tal imagen se da en la relación entre quienes se comportan como contrayentes —relación de conyugalidad— y entre ellos y sus hijos comunes —relación de filiación—, pero no se ve qué rasgo de matrimonialidad puede aparentar el comportamiento de quien erróneamente se cree mayor de edad.

La emancipación está prevista para facilitar la vida matrimonial. En tal sentido, podría considerarse una consecuencia ancilar del matrimonio. Pero en la hipótesis de matrimonio nulo, la vida matrimonial deja de serlo tan pronto como se declara la nulidad. No parece tener mucho sentido mantener un efecto que habilitaría, como ya se ha dicho, para contraer cualquier matrimonio e insistir, esta vez válidamente, en los términos del declarado nulo, sin las garantías del importantísimo control judicial. La prole, en su caso, sería una razón para abogar por la permanencia de esa específica eficacia. Pero si se trata de conseguir el beneficio de los hijos, no parece la mejor medida encomendarles, sin las asistencias que dispone el art. 157 C.c., a la patria potestad de progenitores con sólo una madurez presuntiva formal apoyada en un error que, en la mayoría de los casos, vendrá a demostrar la falta de todo lo que la presunción atribuye.

NOTAS:

(1) Salvador Coderch, Pablo, comentario al art. 46 C.c., en "Comentarios a las reformas del Derecho de Familia". V.I. p. 163. Tecnos. Madrid, 1984.

(2) V. Lete del Río, José Manuel: comentario al art. 316, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", dirigidos por M. Albaladejo. T. IV. p. 509, 2ª ed. Madrid, 1985; Salvador Coderch, comentario al art. 46 C.c., en "Comentarios a las reformas..." loc. cit.

(3) Sancho Rebullida, Francisco de Asís, en "Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia" de J.L. Lacruz Berdejo y el autor citado. Barcelona, 1982, p. 145.

(4) Salvador Coderch, comentario al art. 46 C.c., en "Comentarios a la reformas..." cit. pp. 163 y 164: los arts. del Código, relativos a la influencia de la buena fe, en cuanto al supuesto de hecho negocial, son el 53 y el 78, pero no el 79; y los dos anteriores no incluyen el caso que se contempla.

(5) Por todos, García Cantero, Gabriel: "El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español". Roma-Madrid, 1959, p. 262. "Permanece la emancipación producida de derecho por efecto del matrimonio, respecto del cónyuge menor de edad". Cita —nota 46 en p. 262— la opinión contraria de Gómez Acebo: el menor recobra ex nunc su anterior estatuto personal. De nuevo, en comentario al art. 79, "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", dirigidos por M. Albaladejo. T. II. p. 245. Madrid, 1982.

(6) También, seguramente, cuando el matrimonio es nulo porque un contrayente ha sido mal emancipado o si después de la boda se impugna la emancipación.

(7) Salvador Coderch, comentario al art. 46 C.c., en "Comentarios a las reformas..." cit. p. 164: "Con todo cabe recoger alguna enseñanza de la paradoja citada: el matrimonio es desde luego nulo pero, por aplicación del art. 79 C.c. y si se considera que la emancipación es un efecto favorable, cabe sostener que el menor contrayente de buena fe queda emancipado y tiene capacidad matrimonial desde el punto de vista del impedimento de edad". En el mismo sentido, Gete-Alonso Calera, M. del C: comentario al art. 75 C.c., en "Comentario a las reformas..." cit. p. 398.

(8) Quizá sea ésta la posición más segura para plantearla en un litigio. Obra en su favor la literalidad de los preceptos y la autoridad científica de sus valedores.

(9) Por reducir la referencia a dos estudios ya clásicos en la doctrina científica española: García Cantero, "El vínculo..." cit. y Jordano Barea, J.B.: "Fundamento y naturaleza jurídica del matrimonio putativo". Sevilla, 1967.

(10) García Cantero, comentario al art. 79, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones...", p. 241, observa cierta proximidad, no identidad plena, entre esos efectos y los que produce la disolución del matrimonio; Lete del Río, J.M, comentario al art. 79 en "Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil", coord. por J.L. Lacruz Berdejo. Madrid, 1982, p. 492, parece más rotundo: "En este matrimonio [putativo] la nulidad no es más que una causa de disolución, como en el caso de muerte de uno de los cónyuges o en el de divorcio, esto es, con efectos en el pasado y sin efectos para el futuro".

(11) García Cantero, comentario al art. 79, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones...", p. 243. Gete-Alonso —comentario al art. 79, en "Comentario del Código Civil" cit T.I. p. 332, con referencia al art. 46.2º C.c. y RDGRN 12-VI-1984.

(12) Gete-Alonso, op. y lo. ult. cit.

(13) García Cantero, op. y lo. ult. cit.

(14) Así, la igualdad de sexo de los contrayentes disimulada por artificios. Con todo, Lete del Río —"Matrimonio y Divorcio..." cit. p. 493— señala la contradicción entre los artículos 45 y 73.1 C.c.: el primero parece afirmar, cuando falta el consentimiento, la inexistencia del matrimonio; el otro dispone la nulidad a petición de las personas señaladas en el art. 74.

(15) García Cantero, comentario al art. 79, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones...", pp. 241 y 242, es contrario a la opinión favorable de Jordano Barea en "Fundamento y naturaleza..." cit. pp. 45 y ss., y a la de Sancho Rebullida en "Elementos..." cit. T. IV. p. 209.

(16) Sancho Rebullida, "Elementos..." cit. T. IV. pp. 209 y 210. García Cantero, comentario al art. 79, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones...", p. 242, es necesario un principio de celebración que no se da en los casos de ausencia total del consentimiento ni en la relación more uxorio.

(17) Lete del Río —"Matrimonio y Divorcio..." cit. p. 492, con referencia a la opinión de Jordano Barea— "Fundamentos..." cit. p. 1 —señala que es necesario "un matrimonio aparente o de hecho, contraído o celebrado en forma, revelador de una apariencia jurídica matrimonial a la que la ley, utilitate publica et privata suadente, y mirando muy especialmente al favor prolis (protección de la prole inocente), hace producir efecto".

(18) En cita de Lete del Río, "Matrimonio y Divorcio..." loc. ult. cit., Jordano Barea, "Fundamento..." cit. pp. 5 a 7. Con todo, advierte Lete del Río, id. p. 493, también hay ambigüedad legal en la determinación de las consecuencias que acarrean los defectos de forma. Si no se quiere dejar abierta la puerta del art. 79 al "matrimonio por comportamiento", hay que entender que el defecto de forma a que alude el art. 78 es el vicio a que se refieren los arts. 51 y ss., salvada la intervención del juez y testigos debidos, sin la que no habría matrimonio, ya por falta de un requisito esencial para su existencia, ya por vulneración de una prohibición legal (aunque también en ese caso sería necesaria una declaración judicial que acabe con la apariencia del acto realizado). Gete-Alonso —comentario al art. 73, en "Comentario del Código Civil" T.I. p. 327— observa que el art. 53 C.c. dispone una excepción a la sanción del art. 73.3, cuando interviene juez o funcionario incompetente o falto de nombramiento legítimo, si su actuación es pública y uno al menos de los contrayentes actúa de buena fe; y Puig Ferriol, L. —comentario al art. 53, en "Comentario del Código Civil" cit. T.I., pp. 286, y en "Comentarios a las reformas..." cit. V.I. pp. 231 a 234— puntualiza que la incompetencia o falta de nombramiento, exceptuadas de nulidad, concurrentes las demás circunstancias que exige el art. 53, no es la funcional, sino la territorial y supone el desconocimiento excusable de esa incompetencia, por parte de uno al menos de los contrayentes. El público ejercicio de funciones consiste en que durante un tiempo determinado se halle el Juez ejerciendo ostensiblemente el oficio, en condiciones tales que los usuarios del servicio puedan suponer fundadamente que es legítimo o que en el lugar no hay otro funcionario. La inicial declaración de validez excluye la de sanación o convalidación posteriores.

(19) García Cantero —comentario al art. 79, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones...", p. 242— , advierte que haya un cuadro bastante estrecho de nulidades, y que hay también bastantes posibilidades legales de convalidación del matrimonio afectado de un vicio. Cuando todo falle, sin embargo, entrará en juego el mecanismo del matrimonio putativo.

(20) No la habría, aun observando las formas legalmente establecidas, en la escenificación de una boda docendi o jocandi causa. La propia conducta emitiría información contraria a la apariencia. Se dice que es irrelevante la buena o mala fe de los hijos. Desde luego, no tiene sentido plantear la distinción cuando se trata de hijos nacidos a partir de esa celebración. Pero García Cantero —comentario al art. 79, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones...", p. 242—, afirma la misma solución para un supuesto extremo: los hijos adultos que sabedores de la causa de nulidad, inducen a sus progenitores a celebrar el matrimonio nulo, se beneficiarían de la consecuencia jurídica del art. 79 C.c. Entiendo que el beneficio dispuesto, a partir de la apariencia matrimonial, —el propio García Cantero en "El vínculo..." cit. p. 252: "la función del matrimonio putativo es reparadora de las consecuencias de un acto ilícito, consistente, ya en la infracción de una norma reguladora de la capacidad, o de los impedimentos, o de la forma de celebración"—, sean aquéllos a los que el art. 79 C.c. destina el favor prolis. Me parece que este precepto debe interpretarse también en relación con el contexto (art. 3 C.c.) y, en particular, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 6º y 7º C.c.

(21) García Cantero, en sus comentario al art. 79 —"Comentarios al Código civil y Compilaciones..."— p. 243, estima que la buena fe no sólo es la ignorancia de la causa de nulidad; también tiene ese concepto "la falta de

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

voluntad consciente de contraer matrimonio nulo, para comprender los supuestos del que se casa bajo coacción o miedo grave". Antes, en el mismo sentido, en "El vínculo..." p. 260; y p. 258: "no parece que deba exigirse la excusabilidad del error". Lete del Río —comentario al art. 316, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones...", cit. T. IV. p. 509— se muestra conforme en cuanto al concepto de buena fe; pero señala que la ignorancia de la nulidad puede fundarse en el error de hecho o de derecho, "siempre que sean más o menos excusables".

(22) Gete-Alonso Calera, comentario al art. 79, en "Comentario del Código Civil" cit. p. 332.

(23) García Cantero, "El vínculo..." cit. p. 259: "Pero si el matrimonio se ha contraído de mala fe, no se purga ésta porque posteriormente vengan los cónyuges a la creencia de haber contraído matrimonio válido".

(24) García Cantero, comentario al art. 79, en "Comentarios al Código y Compilaciones...", p. 246.

(25) Idem id. Antes, en "El vínculo..." p. 268, estimó no haber razones para que desaparezcan los demás efectos, ajenos a la regulación de los impedimentos.

(26) Lete del Río, comentario al art. 316, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones...", cit. p. 509; Salvador Coderch, comentario al art. 46 C.c., en "Comentarios a las reformas..." cit. p. 158.

(27) Salvador Coderch, comentario al art. 46 C.c., pp. 160 a 162, y comentario al art. 48 C.c. pp. 184 y 185 en "Comentarios a las reformas..." cit: Carrión Olmos, S., comentario al art. 48 en "Matrimonio y Divorcio..." cit. pp. 145 y 146.

(28) Tomado de Sancho Rebullida, en "Elementos..." cit., p. 145, pero recogido por otros autores, p. ej. Salvador Coderch, comentario al art. 46 C.c., en "Comentarios a las reformas..." cit. pp. 163 y 164.

(29) Salvador Coderch, comentario al art. 48 C.c., en "Comentarios a las reformas..." cit., p. 183.

(30) García Cantero, comentario al art. 45, "Comentarios al Código civil y Compilaciones...", cit. p. 63.

(31) Por ejemplo, Salvador Coderch, comentario al art. 48 C.c., en "Comentarios a las reformas..." cit. T. I. p. 272.

(32) García Cantero, comentario al art. 46, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones...", cit. T. II. p. 73, señala que el matrimonio contraído por menor no emancipado, sin dispensa, "es susceptible de convalidación por la mera convivencia entre los cónyuges durante un año después de alcanzada la mayoría. Por esta última vía cabría incluso revalidar un matrimonio contraído por menores de catorce años".

(33) Arechederra Aranzadi, L: comentario al art. 45 C.c. en "Matrimonio y Divorcio..." cit. pp. 90 y 91, entiende que el consentimiento sin el cual se produce la exclusión absoluta del matrimonio, es el específicamente matrimonial; adjetivo que conecta, con ese elemento, otro también esencial para el matrimonio: la causa. Respecto de la proyección del consentimiento matrimonial sobre los elementos objeto y causa, García Cantero, comentario al art. 45, "Comentarios al Código civil y Compilaciones...", cit. p. 62.

(34) Cita Garcí Cantero — "El vínculo...", p. 252, nota 5—, unas palabras de Gallardo, que no comparte, pero que reflejan el pesimismo que aquí se apunta: "La teoría del matrimonio putativo no es constructiva... sino eminentemente destructiva. Cada vez que actúa en la vida jurídica de los individuos, cada vez que confiere los efectos del matrimonio, podemos estar seguros de que no alcanza su fin sino pisoteando principios y reglas que en la mayor parte de los códigos modernos pasan por sagradas e inquebrantables".

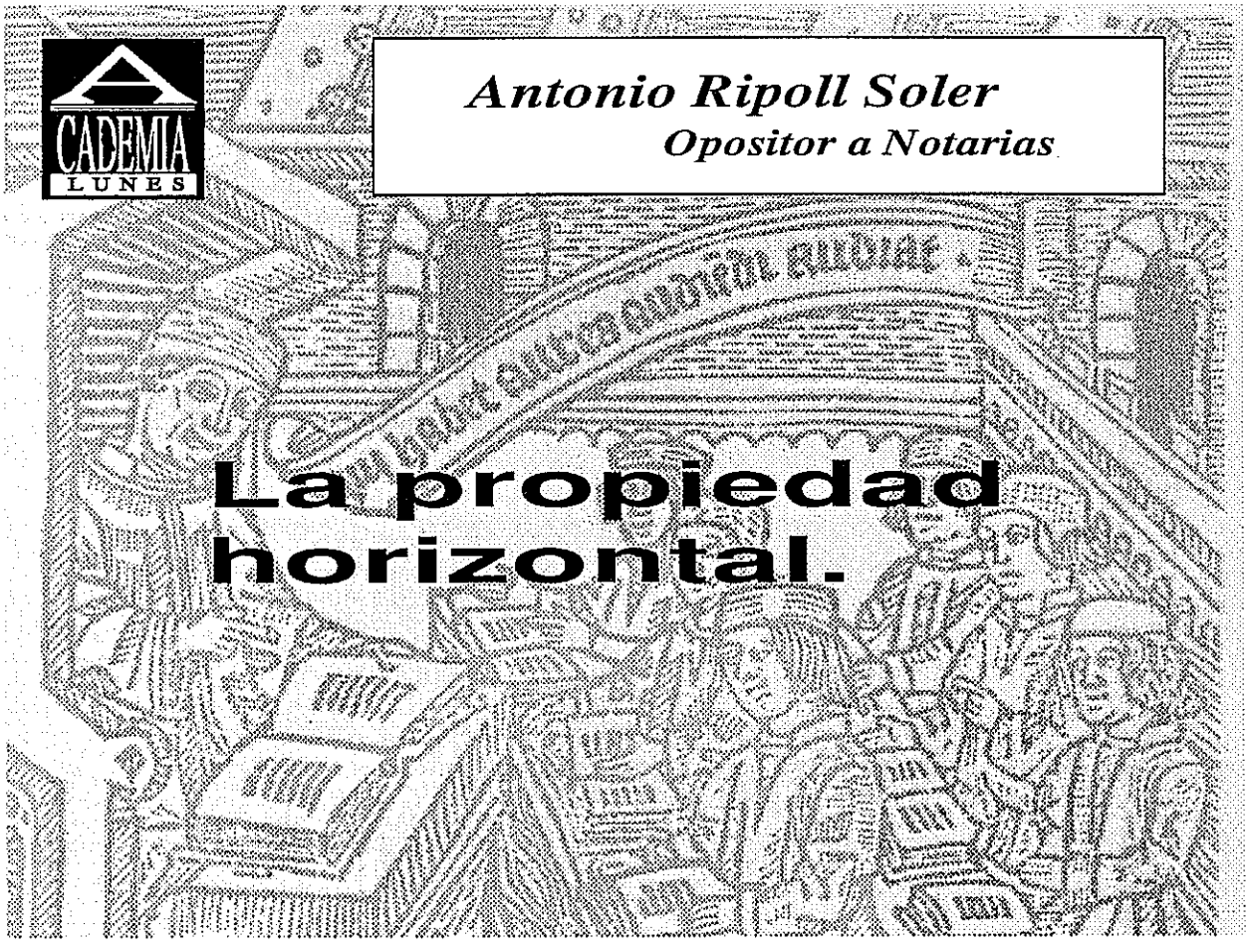
(35) Me refiero, no al menor que, consciente de la ficción, interpreta el papel de mayor, sino al que, a causa de su inmadurez, valor mal su propia realidad personal y cree ser mayor, como pudiera creer que es extraterrestre o inmortal.

Citas y consejos

LOS DESCONCERTADOS DISCÍPULOS DIJERON: "ENTONCES, ¿CÓMO PODEMOS DISTINGUIR LO CORRECTO DE LO INCORRECTO?". EL MAESTRO DIJO: "MIENTRAS VIVAIS, ESTAD MUERTOS A VOSOTROS MISMOS. ENTONCES ACTUAD COMO QUERAIS, QUE VUESTRA ACCIÓN SERÁ CORRECTA". (ANTHONY DE MELLO SJ, "¿QUIÉN PUEDE HACER QUE AMANEZCA?").

TODAVÍA NO HE ENCONTRADO A NINGUNA MUJER, POR MUY LIBERADA QUE SEA, A LA QUE NO LE ENCANTE QUE LE ABRAN LA PUERTA, LE CEDAN UN ASIENTO O LE TIENDAN EL BRAZO PARA AYUDARLA A CRUZAR LA CALLE. LAS MUJERES, ESPECIALMENTE AHORA, GUSTAN DE SER TRATADAS CON DEFERENCIA PORQUE HAY MUY POCOS HOMBRES QUE LO HAGAN, Y QUIZAS PORQUE HAY MUY POCOS HOMBRES. (D. BROWN, GUÍA PARA MADURAR (CON DESVERGUENZA), CAP. XIV).

Antonio Ripoll Soler
Opositor a Notarias



La propiedad horizontal.

TEMA 40

La propiedad horizontal: naturaleza. La prehorizontalidad. Constitución: título. Autonomía de la voluntad: estatutos y reglamentos. Contenido: derechos, obligaciones y limitaciones de los propietarios.

1. La propiedad horizontal: naturaleza.

1.1. Concepto y régimen jurídico.

Es ya clásica en nuestra doctrina la definición de Fernández Martín-Granizo, quien caracterizó la propiedad horizontal como "la propiedad especial que, constituida exclusivamente sobre edificios divididos por pisos o locales susceptibles de aprovechamiento singular e independiente atribuye al titular de cada uno de ellos, además de un derecho singular y exclusivo sobre los mismos, un derecho de copropiedad conjunto e inseparable sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble".

El desarrollo normativo de la institución tiene su origen en el, tantas veces parcheado, art. 396 C.c., que es el punto de partida de la Ley de Propiedad Horizontal de 21.VII.1960. Esta Ley ha sido reformada en numerosas ocasiones (23.II.1988; 21.VI.1990; 10.IV.1992), destacando de entre todas ellas la **Ley 8/99, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/60, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.** Se trata de una profunda reforma que, sin duda, no será más que un nuevo paso en la

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

evolución de una institución tan compleja y sujeta a los cambios tecnológicos y sociales que el Derecho, aunque siempre a posteriori, trata de recoger. Al mismo tiempo, supone completar un ciclo normativo que se había iniciado con la ley de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.

El art. 396 C.c., retocado en la última reforma para actualizar la ya interminable enumeración de elementos comunes, recoge las notas esenciales de este régimen, al decir: "Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquel o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio que son [...] cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles. Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable. En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto. Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados".

El ámbito de aplicación de la ley viene definido en los arts. 1 y 2. Conforme al art. 1, "La presente ley tiene por objeto la regulación de la forma especial de propiedad establecida en el artículo 396 del Código civil, que se denomina propiedad horizontal". Y, según el art. 2 "Esta ley será de aplicación: a) A las comunidades de propietarios constituidas con arreglo a lo dispuesto en artículo 5. b) A las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal. c) A los complejos inmobiliarios privados, en los términos establecidos en esta Ley".

El régimen jurídico de la institución se completa con las normas de los arts. 8 y 107 L.H., con los Estatutos y Reglamento de régimen interno y, como Derecho supletorio, con las demás disposiciones del C.c. reguladoras de la propiedad y de la comunidad de bienes.

1.2. Naturaleza.

En el Derecho comparado se ha tratado de aproximar la Propiedad horizontal a otras instituciones. Descartando la asimilación de la institución a las servidumbres (Francia), al derecho de superficie (criterio germánico) o a la sociedad (criterio inglés), en nuestro Derecho se han apuntado las siguientes soluciones:

a) Teoría de la comunidad voluntaria por su origen y forzosa por su permanencia (Navarro Azpeitia).

b) Teoría de la forma especial de copropiedad: la naturaleza de la propiedad horizontal está indisolublemente unida a la idea de copropiedad, si bien de carácter *sui generis* porque va acompañada de un derecho propio sobre partes concretas del inmueble (CÁMARA, GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT, y RDGRN de 26 de febrero de 1988).

c) Tesis de la comunidad asociativa: No es una comunidad estática o de mero disfrute y convivencia, sino dinámica por su proyección externa (MONEDERO GIL).

d) Teoría de la comunidad proindiviso: hay comunidad en la relación de propiedad sobre el edificio, y hay parcelación horizontal en su utilización (ROCA SASTRE).

e) Teoría de la comunidad por cuotas: al no ser una persona jurídica, ni una comunidad en mano común, ni una titularidad solidaria, ni una mera mancomunidad, sólo puede encajar en la figura de la comunidad por cuotas (VENTURA TRAVESET).

f) Tesis de la institución compleja y *sui generis* dentro del género propiedad (GONZÁLEZ PORRAS y STS de 2 de abril de 1971).

g) Teoría de la propiedad especial, compleja, interdependiente y funcional (MONET ANTÓN) o de la propiedad anómala o solidaria (ALONSO PÉREZ).

h) Figura intermedia entre la copropiedad y la sociedad (ESCRIVÁ DE ROMANI).

Es imposible estudiarlas aquí todas en detalle. Como resumen genérico, cabe decir que algunas ponen el acento en los aspectos comunitarios y otras en los individuales de la propiedad horizontal.

En cualquier caso, la propiedad horizontal supone una quiebra del concepto de dominio como absoluto propio del Derecho romano, como subraya la STS de 6.V.94. **Apuntar, por último, que tras la Ley de 6.IV.99 se rompe una tímida lanza hacia la personificación de la comunidad de propietarios, pues en el art. 10 se habla de *obligaciones de la comunidad* y en el art. 22 se habla de *responsabilidad de la comunidad*. Lo que sin duda será objeto de largas y nuevas discusiones doctrinales.**

2. La prehorizontalidad.

2.1. Concepto, supuestos y planteamiento de problemas.

Díez-Picazo define la prehorizontalidad como aquella situación jurídica que aparece previamente a la plena y perfecta constitución de la propiedad horizontal, pero en la cual, de algún modo, puede decirse que se encuentra ya alarmada o declarada la voluntad de los interesados de llegar a establecer la propiedad horizontal y, además se ha iniciado el iter jurídico necesario para conseguirlo.

Los supuestos más habituales en los que surge en el tráfico jurídico la situación de prehorizontalidad son: 1) La construcción de edificios en comunidad; 2) la compraventa de viviendas o locales sobre plano; y, 3) la aportación del solar a cambio de parte de lo edificado.

El primer problema que se plantea en el estudio de la prehorizontalidad es, siguiendo a Cámara, que la LPH no toma en consideración el momento anterior a la terminación del inmueble ni determina cuándo se inicia la construcción. Por ello es preciso determinar previamente: A) Si es necesario que el edificio esté construido, al menos parcialmente, para que entre en juego la LPH, o si cabe que algunos de sus preceptos sean aplicables directamente durante la fase de prehorizontalidad; y, B) si es necesario el previo otorgamiento del título constitutivo para que nazca la propiedad horizontal.

2.2. La posible aplicación de la LPH a la fase de prehorizontalidad.

No han faltado autores que se han mostrado contrarios a la aplicación de la LPH a esta fase. Sus argumentos descansan sobre la existencia de una comunidad atípica y la inexistencia del objeto de la propiedad horizontal. Este es el caso de Díez-Picazo o Fernández Martín-Granizo. A favor de esta tesis, tras la reforma de 1999, se puede apuntar el hecho de que la Ley en el art. 2, al definir el ámbito, no contempla la situación de prehorizontalidad.

Sin embargo, la doctrina notarial española, indudablemente influida por los problemas que la práctica plantea, se ha manifestado mayoritariamente en favor de la posible aplicación de alguno de los preceptos de la LPH a la situación de prehorizontalidad, y así: Monet Antón alude a la autonomía de la voluntad; Sapena a la adscripción a un fin como momento determinante del nacimiento de la Propiedad horizontal; Álvarez Álvarez, aunque excluyendo los edificios meramente proyectados apela a razones prácticas de articulación de los intereses de los propietarios implicados; y Cámara entiende que ciertamente la normativa de la Ley está pensada para un edificio ya construido y en funcionamiento, pero que de ahí no se sigue que, hasta donde lo permita la situación del edificio en estado de construcción, éste no pueda quedar sometido al régimen de propiedad horizontal y le sean aplicables algunos de los preceptos de la Ley, pues, por un lado, el régimen se proyecta sobre la totalidad del inmueble, y no sólo sobre los pisos o locales; y, por otro lado, la verdadera base objetiva del régimen es el solar sobre el que descansa la edificación. Por último, podemos añadir, el hecho de que la ley no contemple su aplicación en el nuevo art. 2 no quiere decir que esté prohibida y, por otro lado, el nuevo art. 13 R.H., tras la reforma de 4.IX.98, permite hacer constar en el Registro de la propiedad la contraprestación consistente en pisos o locales descritos conforme a la LPH al inscribirse la cesión del suelo por obra, aludiendo, además, a una comunidad especial entre cedente y cesionario a la que no vemos motivo para negar la aplicación de algunos de los preceptos de Ley de Propiedad Horizontal.

Centro de Estudios Hipo
BIBLIOTECA
VALENCIA

Ahora bien, es preciso determinar el momento inicial del régimen; el criterio para ello parece apuntarlo el art. 8.4 L.H., que exige para la inscripción del régimen que la construcción esté concluida o por lo *menos comenzada*, lo que plantea la cuestión de si para que se cumpla tal requisito ha de haberse empezado materialmente la construcción o basta que se haya proyectado. Camy entiende que no puede dividirse e inscribirse el edificio hasta que se hayan cubierto aguas; Álvarez cree que el momento decisivo es el comienzo material de las obras; Cámara considera que las palabras "proyectado" y "comenzado" son ambiguas y admiten cierta matización, por ello admite que si el edificio ya ha quedado definido mediante el proyecto debidamente aprobado, aunque materialmente la construcción no haya comenzado, "técnicamente" si lo ha hecho, cumpliéndose la exigencia del art. 8.4 L.H. A mayor abundamiento, el mismo autor, apunta que el criterio técnico permite establecer con exactitud el momento de comienzo de la construcción, lo que resulta difícil con un criterio puramente físico.

Por último, las RR.D.G. de 5.XI.1982 y 18.IV.88 han señalado que del art. 8.4 de la LH se desprende la posibilidad de acceso registral de los acuerdos jurídico-reales de los propietarios y de los títulos constitutivos de la propiedad horizontal cuando la construcción esté únicamente comenzada o, incluso, antes de iniciarse, para salvaguardar los derechos de posibles terceros.

2.3. La propiedad horizontal de hecho.

Pasando ahora a la segunda de las cuestiones planteadas, vamos a ver si es necesario el otorgamiento del título constitutivo para que nazca la propiedad horizontal.

En la doctrina no han faltado quienes, como Monedero Gil y Fernández Martín-Granizo, han entendido imprescindible la existencia del título constitutivo para que naciese la propiedad horizontal. Sin embargo, **el nuevo art. 2 LPH zanja la cuestión al aplicar la Ley "A las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el art. 396 C.c. y no *hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal*".** El legislador se alinea en la posición defendida por la doctrina dominante que apelaba a la existencia de *propiedades horizontales de hecho*, como en reiteradas ocasiones ha apuntado la D.G., así, por ejemplo, en R. de 21.V.97. Ahora bien, esto no es obstáculo para que en determinadas ocasiones sea imprescindible el otorgamiento del correspondiente título constitutivo, especialmente cuando se trata de llevar a efecto la construcción en comunidad, la venta sobre plano o la cesión de suelo por obra, pues faltan los presupuestos básicos en que se basa el citado art. 2.

2.4. Principales manifestaciones de la prehorizontalidad en el tráfico jurídico.

2.4.1. La construcción en comunidad.

Es muy frecuente en la práctica el caso en que un grupo de personas se asocian entre sí para comprar un solar y levantar un edificio, que está ya destinado desde un principio a pertenecerles en propiedad horizontal.

En la práctica esta figura puede articularse mediante fórmulas societarias y comunitarias. Prefiriéndose dentro de las fórmulas societarias a la sociedad civil y a las cooperativas de viviendas y descartando a las sociedades mercantiles, aunque lo normal es acudir a fórmulas comunitarias que normalmente serán más flexibles. Las consecuencias de este régimen, según Cámara, son: 1) El solar deviene elemento común y se imposibilita la acción de división por aplicación del art 4 LPH; y, 2) El juego de la accesión queda modalizado, de forma que a medida que la construcción avanza, cada comunero va consolidando los derechos que le corresponden, tanto sobre las partes privativas como sobre los elementos comunes.

Esta fórmula es conocida en la práctica bajo la denominación de "comunidad valenciana", acuñada en la R. de 18.IV.88.

2.4.2. La compra de pisos o locales sobre plano.

El principal problema que plantea este supuesto es el de articular la defensa del consumidor ante los frecuentes abusos que se presentan en la práctica, al utilizarse esta figura par obtener el promotor un medio de promoción fácil pero que, en ocasiones, puede ser insuficiente.

La legislación española, a diferencia de las de otros países, no regula en forma completa este fenómeno de la vida del tráfico jurídico, y lo hace sólo de forma fragmentaria.

Al margen de las disposiciones contenidas en la LGDCOU de 1984, es el Real Decreto 515/ 1989, de 21 de abril, el que se ocupa de la protección de los consumidores en estos supuestos.

La aplicación de las normas vigentes sólo concede al consumidor un derecho a resolver el contrato, sin embargo, Cámara, se plantea si se puede tutelar al consumidor reconociéndole algún derecho distinto de la mera resolución. A su juicio, la única posibilidad parte de descartar la idea de que la venta de un piso sobre plano o en construcción es una venta de cosa futura, susceptible tan sólo de producir efectos obligacionales. Entiende que se trata de una *venta de objeto en formación*, que permite superar el estadio meramente obligacional. Sólo habría auténtica venta de cosa futura si el promotor no fuese aún propietario del solar, o si el piso no estuviese aún definido, sino sólo indicado (el de la letra B de la planta tercera, sin más). En los demás casos existirá una auténtica venta de un objeto en formación susceptible de surtir efectos reales como verdadera propiedad (si hay tradición instrumental del 1.462 del Cc: otorgamiento de escritura pública, ya que tradición real no puede haberla aún), o como *ius ad rem*, si falta todavía la tradición instrumental por haberse formalizado el contrato en documento privado (la mayoría de los casos).

La RDGRN de 16.V.96 reconoce que el adquirente en escritura pública de un departamento en construcción tiene un auténtico derecho real, que es inscribible en el Registro de la Propiedad en la hoja abierta al solar *incluso antes de acceder al Registro la división horizontal.*

Para finalizar, diremos que, en este caso, a diferencia del de construcción en comunidad, en el que deben concurrir todos los comuneros, el título constitutivo debe ser otorgado unilateralmente por el promotor. Pero ello no suele ocurrir *ab initio*, sino después de haber vendido todos o gran parte de los pisos o locales del edificio, por lo que se plantea el problema de si vinculan a los compradores las disposiciones del título o los estatutos otorgados unilateralmente por el promotor con posterioridad a la adquisición de aquéllos. Cámara cree que el título vinculará a los compradores siempre que sus derechos no queden recortados o gravados y, en todo caso, si lo aceptan posteriormente en la junta constituyente. Por otro lado, Giménez Duart entiende que el promotor se entiende apoderado para otorgar el título constitutivo, por vía de mandato conferido a su favor por los adquirentes de los pisos, siempre que dicho otorgamiento se ajuste a los términos del mandato recibido. La cuestión no deja de ser vidriosa, lo que parece indudable es que si se ha adquirido la propiedad se necesitará el concurso de los dueños de los respectivos pisos o locales.

2.4.3. El cambio de suelo por vuelo.

En este caso, el dueño de un solar conviene con un constructor la cesión de aquél a cambio de que el segundo construya sobre él un edificio que se repartirá entre ambos por pisos o departamentos. A veces se entrega, además, una suma de dinero.

Esta figura permite al propietario del terreno servirse de él, aunque no disponga de los recursos técnicos ni financieros para construir, y ofrecer al constructor la posibilidad de emplear sus medios sin soportar el desembolso de la compra del solar.

Las posibilidades jurídicas para configurar la operación son diversas, en los extremos aparecen las de calificarla: 1) como un arrendamiento de obra en el que el arrendador-propietario paga en pisos o locales del edificio construido; y 2) La de considerarla como una permuta de cosa presente por cosa futura con prestación subordinada de obra. Cámara propone la adopción de soluciones intermedias que satisfagan los intereses de propietario y promotor, entre ellas destacan: 1) La transmisión al

Centro de Estudios Hipotecarios
VALENCIA

constructor de una *participación indivisa del solar* equivalente a la cuota de participación imputable a los departamentos de los que devendrá propietario, estableciendo desde el principio el régimen de propiedad horizontal (pues en las modalidades anteriores no surge hasta la entrega de los pisos o locales) (Cámara); 2) Configurar el acuerdo del dueño del solar y el constructor como un acto de *comunicación de bienes* (Batista Montero-Ríos), lo que la aproxima a la sociedad civil con todas sus consecuencias; y, 3) se han sugerido también en la doctrina otras configuraciones para este negocio, como las del *contrato de cuentas en participación, el crédito refaccionario, el negocio parciario, o la conjunción de dos negocios* (transmisión del solar y constitución o reserva de un derecho de vuelo).

En cualquier caso, la figura se ha tipificado en el art. 13 R.H. bajo la denominación de *cesión de suelo por obra futura*, permitiendo la transmisión actual de pisos o locales del edificio o construir, "siempre que aparezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes". El título, salvo pacto en contrario, se otorga por el cesionario, así como la obra nueva, y la inscripción del régimen lleva consigo la de los elementos a que tiene derecho el cedente sin necesidad de acta notarial de entrega. El mismo precepto permite que se configure la cesión como meramente obligacional o de cualquier otra manera.

Es importante concluir el estudio de esta figura, citando la doctrina que sienta la *RDGRN de 16 de mayo de 1996*. Con la cual enlaza el actual art. 13 R.H. La citada resolución entiende que el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo en proceso de transformación, de presente implica la participación, en la cuota que le corresponda, en la comunidad recayente sobre el solar, comunidad que no es la ordinaria del C.c., sino la encaminada a regular el desenvolvimiento de la construcción prevista; al terminar la obra, esas participaciones darán paso a la aplicación del régimen de P.H. sobre el edificio resultante. El art. 8.5 L.H. impide la apertura de folio registral independiente a los pisos o locales mientras no se haya inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre todo el edificio; ahora bien, el que adquiere un piso o local a construir adquiere un derecho real y, como piso meramente proyectado, nada obsta para su inscripción inmediata en el folio abierto a la finca aunque todavía figure registralmente como solar, y ello se corrobora por: a) el carácter real del derecho cuestionado; b) la posibilidad de consignar en el folio abierto al solar los pisos meramente proyectados (art. 8.4 L.H.); y, c) la admisión de la inscripción de los acuerdos jurídicos reales entre los copropietarios del solar sobre el régimen de aquella y del edificio resultante, aun antes de la construcción. Además, una vez iniciada la construcción e inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre el todo, la inscripción de la cuota relativa al piso o local a construir en folio abierto al solar, determinará que la primera inscripción del elemento privativo cuya descripción coincidía íntegramente con el piso local ha de practicarse directamente a favor del adquirente respectivo. La obra nueva deberán declararla el propietario del solar y el titular de la cuota sobre él.

3. Constitución: Título.

3.1. Planteamiento.

La propiedad horizontal se constituye por la simple configuración de la misma por el dueño o dueños de inmueble, sin necesidad, aunque suele coincidir, de un negocio atractivo. No admite figuras intermedias.

A la constitución puede llegarse mediante: a) un negocio jurídico unilateral en virtud del cual el propietario del inmueble lo divide por pisos y locales; b) un acuerdo de la pluralidad de los condueños, en forma similar a un contrato, que acaba con la división del inmueble común, o, conforme al art. 401.2 C.c. al decir: "si se tratase de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de

pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el artículo 396"; y c) por resolución judicial o laudo arbitral.

3.2. Elementos personales.

El otorgamiento del título constitutivo ha de hacerse necesariamente por el propietario o propietarios del edificio o por los titulares de cada uno de los pisos o locales. El T.S. ha señalado que el propietario único del edificio no puede otorgarlo por sí solo, si ha vendido ya, aunque sea por documento privado, algún piso o local. Como excepción podemos mencionar el caso del cesionario de suelo a que se refiere el art. 13 R.H. y al que nos hemos referido anteriormente.

Es controvertida la naturaleza del acto de constitución en propiedad horizontal y no está resuelta por la LPH. Camy considera que se trata de un acto de riguroso dominio que sólo podrá realizar el superficiario o el propietario; Monet Antón entiende que se trata de un acto dispositivo, pero no de una enajenación; por ello considera que se precisa poder expreso pero que los padres no necesitan autorización judicial, pudiendo otorgarlo los menores emancipados y el contador partidor; Cámara lo califica de acto neutro para el que basta la capacidad general. En sede de gananciales se permite otorgarlo al titular registral (arg. arts. 93 y 94 R.H.).

3.3. Elementos reales.

Se determinan en el art. 5 L.P.H. al decir: "El título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquéllos al que se asignará un número correlativo. La descripción del inmueble habrá de expresar las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo. La de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano. En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes. [...]. En cualquier modificación del título, y a salvo lo que se dispone sobre la validez de acuerdos, se observarán los mismos requisitos que para la constitución".

Hay también que tener en cuenta el art. 53, a) del R.D. de 4.VII.97 que impide que se constituyan más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite mediante nueva licencia que se permite mayor número.

3.4. Elementos formales.

La constitución del régimen de propiedad horizontal, formalmente, cae dentro del art. 1280.1 C.c., en relación con los arts. 1278 y 1279, consiguientemente, en principio, se admite la libertad de forma, si bien, cuando se pretenda su acceso al Registro de la Propiedad deberá revestirse de cualquiera de las formas del art. 3 L.H.

4. Autonomía de la voluntad: Estatutos y reglamentos.

4.1. Lo imperativo y lo dispositivo en la L.P.H.

Entre las fuentes normativas de la propiedad horizontal, a que antes hemos hecho referencia, merecen destacarse los estatutos y, en menor medida, las ordenanzas de régimen interno, que son

expresión de autonomía de la voluntad de los propietarios, que, con los límites del art. 1255 C.c., aparece como fuente reguladora de esta forma de propiedad.

Por ello, resulta primordial, determinar si las normas que contiene la Ley de propiedad horizontal pertenecen al derecho imperativo o al dispositivo.

Para Pere Raluy, del art. 396 C.c. *in fine* se deduce que se trata de una normativa imperativa. Sin embargo, otros, como Monet Antón, apoyándose en la E.M. de la Ley, consideran que está inspirada en el principio de libertad salvo los casos en que impone una determinada ordenación. Sin embargo, el mismo autor, estima que es preciso realizar una exégesis que sirva para delimitar lo imperativo de lo dispositivo en esta materia y señala los siguientes criterios interpretativos: 1) Todo aquello susceptible de ser acordado por la Junta es de derecho dispositivo; 2) Que el derecho necesario quedará circunscrito sólo a lo referente a la constitución y aspectos institucionales de la Propiedad Horizontal; 3) El Derecho necesario se ciñe a las normas legales reglamentadoras de las propiedades separadas, dejando las atinentes al edificio en su conjunto y a la comunidad de derechos a la libertad estipulatoria; y, 4) En cualquier caso, no se pueden sentar criterios generalizadores, debiendo indagar en cada caso la esencia y función de la norma.

La casuística suele admitir las siguientes cláusulas: 1) Las relativas a la cuota de participación, siendo posible la exclusión de algunos comuneros de cierta clase de gastos o establecer distintas partidas de gastos y respectiva contribución a los mismos; 2) Las que condicionan el uso de los pisos o locales, se fundamentan en el art. 7.2, sin embargo, algún sector doctrinal las considera prohibidas por implicar graves restricciones en las facultades del propietario.

En cambio, se suelen rechazar las siguientes cláusulas: 1) Las que limitan las facultades dispositivas del propietario, por ser contrarias al art. 3, aunque algún autor admite que se pacten tanteos y retractos; 2) Las que limitan las facultades del propietario para arrendar su piso o local, o para imponer sobre el mismo derechos de usufructo, uso, habitación, o, antes de la Ley de 1998, aprovechamientos por turno de bienes inmuebles (en la actualidad la configuración legal de este derecho impide que se establezca sobre un solo departamento); y, 3) Las que puedan, apoyándose en el art. 1691 C.c., considerarse leoninas en relación con los gastos y ganancias comunes.

Por último, se ha discutido si cabe, mediante autorización estatutaria, eludir la aprobación de la junta a que se refiere el art. 8 para que los propietarios puedan dividir, agrupar, agregar o segregar sus pisos o locales con otros colindantes del mismo edificio, pudiendo tales propietarios por sí solos establecer las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados. Frente a la posición adoptada por un sector doctrinal y la R. de 7.II.76 que entienden que constituiría un pacto contrario al art. 8, de carácter imperativo; la gran mayoría de la doctrina actual entiende que cabe tal autorización estatutaria, pues como indica la R. de 26.II.88, el referido precepto no tiene carácter imperativo, por no haber razón de orden público que lo justifique; al contrario, si se le reconociera carácter imperativo se atribuiría a los propietarios un exagerado derecho de veto. En el mismo sentido se pronuncia la S.T.S. de 30.IX.88. Por tanto, cabe la autorización estatutaria, y como indica la R. de 31.VIII.81, ello no quiere decir que se prescinda de la autorización de la junta, sino que ésta se limitó a anticipar su consentimiento. Incluso, la mayoría de la doctrina y la R. de 18.IV.88 admite la indicada autorización estatutaria para que los propietarios puedan realizar tales operaciones respecto de pisos o locales de edificios distintos, si bien manteniendo su cuota de participación respecto a las comunidades de procedencia.

4.2. Los estatutos.

Constituyen un negocio jurídico de naturaleza compleja, no contractual, de carácter normativo, cuya principal finalidad es la autoimposición de un conjunto de reglas que configuren las relaciones entre los distintos propietarios.

A ellos se refiere el art. 5.3 al decir: "El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio,

sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad".

En la práctica, lo normal, es la afección de los estatutos a terceros, bien mediante su inscripción en el Registro, o bien por haberse convertido en cláusula de estilo, en las escrituras de venta de pisos, afirmar que el adquirente conoce los estatutos y se somete a ellos. Fuera de esto, los estatutos no están sujetos a ninguna forma especial.

4.3. Los reglamentos de régimen interno.

Conforme al art. 6: "Para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, y dentro de los límites establecidos por la ley y los estatutos, el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior, que obligarán también a todo titular mientras no sean modificadas en la forma prevista para tomar acuerdos sobre la administración".

4.4. Diferencias entre los Estatutos y los Reglamentos.

Podemos destacar las siguientes diferencias esenciales entre los estatutos y los reglamentos: 1) Los estatutos están comprendidos en el título constitutivo; 2) Los reglamentos, a diferencia de los estatutos, no pueden contener norma de constitución y ejercicio de los derechos; 3) Los estatutos son inscribibles en el Registro y obligan a terceros, en cambio los reglamentos sólo se aplican a propietarios y ocupantes de pisos y locales y carecen de acceso registral; 4) Su régimen de modificación es diverso; y, 5) Los estatutos están siempre limitados por la Ley, mientras que los reglamentos deben ajustarse a la Ley y a los Estatutos.

5. Contenido: Derechos, obligaciones y limitaciones de los propietarios.

5.1. Derechos.

1) **Derecho de propiedad**, pues conforme al art. 3: "En el régimen de propiedad establecido en el art. 396 C.c. corresponde al dueño de cada piso o local: a) **El derecho singular y exclusivo de propiedad** sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado. b) La **copropiedad**, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes".

2) **Derecho a efectuar modificaciones.** Pues conforme al art. 7.1: "El propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquel cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente la comunidad".

3) **Derecho a dividir, agregar o segregar su piso o local.** Se contempla en el art. 8 y debe comprender también la posibilidad de agrupar (arg. r. 27.V.83). Precisa la aprobación de la Junta (que exige el régimen de unanimidad) y los consentimientos de los titulares afectados. Debemos tener en cuenta lo dicho anteriormente al analizar los estatutos.

4) **Derecho de disposición.** Se reconoce en el art. 3, la transmisión no afecta a las obligaciones derivadas del régimen. Sólo se pueden limitar por el controvertido pacto estatutario que admita

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALE

tanteos o retractos o por la existencia de estos derechos respecto a Propiedades anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1960 (D.T. 2ª).

5) Derecho a intervenir en las Juntas e impugnar sus acuerdos.

5.2. Obligaciones.

Las obligaciones vienen reguladas, básicamente, en el art. 9, que presenta varias novedades respecto a su redacción anterior. Cada propietario está obligado a:

1) Respetar las instalaciones generales o en provecho de otro propietario incluidas en su piso.

2) Mantener en buen estado de conservación su propio piso e instalaciones privativas, en términos que no perjudique a la comunidad o a los otros propietarios, resarciendo los daños que se ocasionen por su descuido o el de las personas por quien deba responder.

3) Consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el art. 17, teniendo derecho a que la comunidad le indemnice.

4) Permitir la entrada en su piso o local a los efectos prevenidos en los tres apartados anteriores.

5) Contribuir, "con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización. Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anulidad en curso y al año natural inmediatamente anterior tienen la condición de preferentes a efectos del art. 1923 del C.c. y preceden, para su satisfacción, a los enumerados en los apartados 3º, 4º y 5º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores. El adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación. En el instrumento público mediante el que se tramita, por cualquier título, la vivienda o local el transmitente deberá declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales de la comunidad de propietarios o expresar los que adeude. El transmitente deberá aportar en este momento certificación sobre el estado de deudas con la comunidad coincidente con su declaración, sin la cual no podrá autorizarse el otorgamiento del documento público, salvo que fuese expresamente exonerado de esta obligación por el adquirente. La certificación será emitida en el plazo máximo de siete días naturales desde su solicitud por quien ejerza las funciones de secretario, con el visto bueno del presidente, quienes responderán en caso de culpa o negligencia, de la exactitud de los datos consignados en las mismas y de los perjuicios causados".

6) Contribuir a la dotación de un fondo de reserva para atender a las obras de conservación y reparación de la finca. En el art. 21 se establece un procedimiento para la reclamación de esta cuota de fondo y los gastos de comunidad a que nos hemos referido anteriormente.

7) Observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares y responder ante éstos de las infracciones cometidas y de los daños causados.

8) Comunicar al secretario un domicilio en España para la práctica de citaciones y notificaciones. A falta del cual o cuando resulte imposible la notificación se podrá sustituir por la publicación en tablón de anuncios o lugar visible de la comunidad, produciendo efectos las notificaciones en el plazo de tres días naturales.

9) Comunicar al secretario los cambios de titularidad; el incumplimiento de esta obligación genera la responsabilidad solidaria con el nuevo titular con derecho del primitivo propietario a repetir del actual. No tendrá lugar tal responsabilidad solidaria en los supuestos de notoriedad o cuando hubiese conocido el cambio cualquier órgano de los mencionados en el art. 13.

10) La nueva ley parece contraponer unos gastos necesarios ordinarios a unos extraordinarios. Los primeros tienen cabida en las letras e y f del art. 9; a los segundos parece referirse el art. 10 y, en su consecuencia, la comunidad es la que está obligada de forma inmediata a la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y sus servicios, pero de forma mediata responden los propietarios. Produciéndose la misma afección del piso o local que para el pago de los gastos que hemos calificado de necesarios ordinarios. En el art. 22 se regula la responsabilidad de la comunidad, responsabilidad que, subsidiariamente se puede dirigir contra determinados propietarios. Esta responsabilidad no sólo comprende la derivada de la realización de las obras que acabamos de mencionar sino que, entiendo, también la que se deriva de, por ejemplo, supuestos de responsabilidad extracontractual.

11) Comunicar al administrador la necesidad de reparaciones urgentes (art. 7.1 *in fine*).

Conforme al art. 9.2, "se reputarán generales los gastos que no sean imputables a uno o varios pisos o locales, sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes, sin perjuicio de lo establecido en el art. 11.2".

5.3. Limitaciones o prohibiciones.

1) No se podrá pedir la división del edificio (arg. art. 4).

2) **Conforme al art. 11 "Ningún propietario podrá exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble, según su naturaleza y características".** La mayoría que se exige para estas nuevas instalaciones o servicios varía en función de su naturaleza, no se puede obligar al disidente cuando el importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, aún cuando no se le pueda privar de la ventaja o mejora, teniendo derecho posteriormente a aprovecharse de ellas previo abono de los importes no repercutidos e interés. Requieren el consentimiento expreso del propietario que, en su caso, se ve privado de una parte del edificio y las derramas para su pago serán a cargo del que sea propietario cuando sean exigibles.

3) **No puede alterar los elementos comunes,** según se sigue del art. 7.1 *in fine*. Teniendo en cuenta que, conforme al art. 12 "La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deberán someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos pisos o locales".

4) Ni el propietario ni el ocupante pueden realizar actividades prohibidas en los estatutos, dañosas para la finca o molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas (arg. art. 7.2).

5) **No puede disponer unilateralmente de los elementos comunes.** No obstante se admite la disposición de los elementos comunes accidentales previa desafectación, con la unanimidad a que se refiere el art. 17. Las RR. de 5.V.70 y 15.VI.73 admitieron que la propia Junta desafecte y venda dichos elementos sin necesidad de adjudicarlos proindiviso. Esta posibilidad que fue duramente criticada en su día, actualmente está plenamente admitida por razones prácticas, si bien, es conveniente que no transcurra un dilatado lapso de tiempo entre la desafectación y la enajenación porque de lo contrario serían aplicables las normas del art. 392 y ss. C.c. cohonestados con los preceptos reguladores de la representación voluntaria por hallarnos entonces ante una comunidad romana.

Alicante, 21 de abril de 1999.

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

Las sustituciones hereditarias en Aragón.

Tema 113 (de notarías)

Las sustituciones hereditarias en Aragón después del Código de Sucesiones de 24 de febrero de 1999.

El nuevo Código de Sucesiones regula expresamente la llamada sustitución legal aragonesa. Sin embargo, sigue guardando silencio en torno a las demás formas de sustitución.

Pese a ese silencio, el Código de Sucesiones no desconoce la existencia de la sustitución vulgar, que se cita en el art. 166 a propósito del derecho de acrecer, ni de la sustitución fideicomisaria, que se cita en el art. 186 a propósito de los gravámenes permitidos sobre la legítima. La admisión de la sustitución pupilar y de la ejemplar en Aragón, tradicionalmente, ha sido discutida, por descansar la organización de la autoridad paterna en una estructura distinta a la de la patria potesta;, sin embargo, los comentaristas han venido admitiendo estas formas de sustitución. Al margen de la sustitución legal, las sustituciones vulgares, fideicomisarias, pupilares y ejemplares se regirán supletoriamente por la normativa del C.c., sin perjuicio de la modalización que recibirá como consecuencia de la legítima aragonesa, de los pactos sucesorios y del consorcio foral de los arts. 58 a 61 C.S.

En cuanto a la sustitución legal, se regula en los arts. 19 a 26. Su concepto aparece en el art. 19 al decir que "salvo previsión en contrario del disponente, los descendientes de un llamado a título universal o particular o legitimario de grado preferente ocupan el lugar de éste en la sucesión o en la legítima por sustitución legal en los casos previstos en esta ley". Se trata de una figura de naturaleza híbrida y con caracteres propios del derecho de representación, como implícitamente reconoce la Exposición de Motivos del C.S.

Opera tanto en la sucesión voluntaria, incluyendo la contractual, como en la legal y en la legítima y no procede nunca a favor de ascendientes. Se exige que el sustituido sea descendiente o hermano del causante, y opera a favor de la estirpe de sus respectivos descendientes, si bien, en la sucesión legal se limita a los nietos de hermano. Los supuestos en que tendrá lugar se reconducen a los de premoriencia, indignidad, ausencia, exclusión de la sucesión y desheredación que entran en juego, en mayor o menor medida, en función de si han de operar en la sucesión voluntaria, paccionada, legal o legítimaria (cfr. Arts. 21, 22, 23 y 24, respectivamente).

La nueva regulación no sólo aclara el viejo art. 141 sino que introduce un cambio radical al excluir, en el art. 26, la sustitución en los casos de renuncia. Ahora bien, la D.T. 4ª permite que opere incluso en los supuestos de renuncia posterior a la entrada en vigor del C.S., siempre que el causante se hubiere referido de manera expresa a la sustitución del viejo art. 141.

Antonio Ripoll Soler
Alicante, 16 abril 1999

CORRAL

Centro de Estudios Hipotecario

Cartas para JOSÉ MARÍA

To: jmchico@paradise.net
From: luismoisset@arnet.com.ar
Tema: Caso fortuito

Córdoba, 3 de abril de 1999

Querido José María:

Hace ya tiempo le había prometido a Enrique Colomer hacerle llegar unas notas sobre "caso fortuito", más no sobre la figura jurídica que así se denomina, sino sobre un personaje al que le habíamos dado ese apodo porque sus acciones o dichos resultaban impredecibles, o aunque se los previera, eran inevitables.

Tú le conociste personalmente en el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Buenos Aires en 1982; la delegación argentina se esforzaba en aquella oportunidad en mostrar a todos los visitantes las virtudes de la informática incorporada como el "último grito" de la modernidad en el hipertrófico Registro de la Capital Federal de nuestro país, tema al que te has referido en uno de tus trabajos.

Recuerdo que en aquella oportunidad "caso fortuito" tuvo una intervención inesperada que despertó las iras de varios de los integrantes de la delegación argentina, que sufrieron una grave sorpresa cuando solicitó la palabra para expresar que esa "maravilla de la técnica" no representaba la realidad argentina, pues si se pasaban los límites de la Avenida General Paz, que circunda a la Capital, y se llegaba hasta cualquiera de las provincias que integran el país, no se encontraba en aquella época ningún otro Registro que aplicase las técnicas electrónicas. Con su vocecilla atiplada había desnudado una realidad que no resultaba muy agradable a los organizados del Congreso y provocó que alguien reaccionara no muy cordialmente, e invocando su calidad de "Vicepresidente segundo" de la delegación argentina, procurase descalificar las afirmaciones de "caso

---

(*) "Córdoba, 9 de marzo de 1999 Estimado Enrique: Al fin pude concluir la "saga" de caso fortuito, que desde hace tiempo te había prometido. Son cuatro colaboraciones, para publicarse en el siguiente orden: 1) Caso fortuito, 2) Caso fortuito (segunda parte),3) Lluvia de E-Mail y 4) Mas sobre caso fortuito

Tanto el retrato del personaje, como los hechos relatados, son absolutamente reales, y en noviembre pasado, cuando nos reunimos en las "Bodas de Oro" de la promoción 1947 del Colegio Nacional de Monserrat, le comenté, frente a su esposa y otros compañeros, que pensaba elaborar esta saga y le recordé dos o tres de los episodios que pensaba incluir. Cuando lo vea le entregaré copia de los originales.

*(...) un fuerte y cordial abrazo. **Luis Moisset de Espanés**".*

Caso fortuito (*).

fortuito" manifestando que, aunque participaba en el Congreso "no integraba la delegación oficial" de nuestro país.

Niños y locos suelen decir, a veces, verdades de a puño; "caso fortuito" no es ni un niño, ni un loco, pero con una ingenuidad pasmosa, acostumbra comportarse de manera que asombra a quienes lo ven y, a veces, lo sufren porque no siempre sus conductas y sus dichos coinciden con la verdad y, mucho menos con la "urbanidad" que nos impone el trato social.

En el caso del Congreso de Derecho Registral, su afirmación no carecía totalmente de sustento; pero ¡ello no empañaba el magnífico esfuerzo realizado por el Registro capitalino por modernizar las técnicas de registración! y, además, resultaba poco grato que se amargase a los anfitriones recordándoles que ¡en el resto del país todavía faltaba mucho por hacer!

Pero, antes de continuar con el relato de algunas de las anécdotas de ese curioso personaje procuraré brindarte su retrato, pues a lo mejor no recuerdas su aspecto físico.

Prácticamente tiene la misma edad que Criticón (es nacido apenas cinco meses antes), y hemos cursado juntos la enseñanza secundaria en el Colegio Nacional de Monserrat. En la Facultad de Derecho no coincidimos, pues yo —luego de una breve incursión por Ingeniería, y algunos años dedicados a la práctica del ajedrez— inicié esa carrera con algún retraso, y él, por su parte, cursaba las materias con mucha parsimonia, mientras ganaba su sustento con un cargo administrativo en un colegio secundario.

De estatura mediana, y tez trigueña, desde hace muchos años ha adornado su cara con bigotes y barba, que parecían prematuramente encanecidos, por la abundante ceniza que derramaba sobre ellos, pues es un fumador empedernido, que cuando consume "pitillos" al acabar un cigarrillo, con el "pucho" está encendiendo el siguiente. Durante largos años utilizó pipas, y entonces se lo veía con una encendida en la boca; otra —enfriándose— en el bolsillo exterior de la chaqueta, y una tercera entre sus manos, para "deshollinarla" con las herramientas adecuadas.

Generalmente vestía de gris y tanto la chaqueta, como el chaleco, y con frecuencia la corbata, lucían quemaduras de distinto tamaño y antigüedad, provocadas por las chispas que saltaban de su pipa, cigarrillos o cerillas...

Ayer y hoy, sus dientes están manchados por la nicotina y lo mismo sucede con sus manos, que lucen dedos y uñas teñidos de amarillo negruzco. Desde lejos se anuncia su presencia por una fuerte carraspera tabáquica, y cuando llega, interviene con su vocecilla tiple en cualquier conversación, para expresar sus opiniones o puntos de vista, aunque nadie se los haya pedido. Esto a veces provoca reacciones, pero no suele enojarse ni

Centro de Estudios Hipotecarios

ofenderse por los reproches que le dirigen, sino más bien brinda excusas y procura justificarse con una sonrisa ingenua, no carente de simpatía.

Hace algo más de tres décadas comenzó a trabajar su tesis doctoral sobre los "principios hipotecarios"; dotó su biblioteca con numerosas obras en las que se desarrolla el tema, las leyó concienzudamente, pero jamás concluyó la tarea de poner por escrito las conclusiones que con el tiempo ha ido elaborando.

Le apasiona "contradecir", cualquiera sea el tema que se esté tratando; sus objeciones contribuyen a poner de resalto los puntos débiles de una "teoría" o "construcción". Esa actitud lo convierte en un verdadero "abogado del diablo", y por ello me atrae conversar con él cuando estoy investigando un tema, pues sus observaciones siempre resultan útiles, sea porque tienen sustento válido o, aunque sus fundamentos estén equivocados, pues permite rebatir por anticipado las críticas que podrían encontrar las conclusiones a que uno ha arribado.

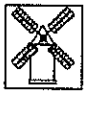
He procurado no cargar las tintas en ninguno de los trazos, pues mi propósito es brindarte un retrato fiel, y no una caricatura de mi amigo "caso fortuito", y como me parece que los datos resultan suficientes, paso a contarte una de las primeras anécdotas que nos llevaron a "bautizarlo" así.

Como tu bien sabes en nuestras Universidades se aplicaba un sistema de gobierno denominado "tripartito", pues los Consejos Directivos estaban integrados por "tres" grupos, a saber: profesores, "egresados" (1) y estudiantes (2).

Allá por 1961 ó 1962, "caso fortuito" integraba el Consejo de la Facultad de Derecho en representación de los egresados; las sesiones solían comenzar a las siete de la tarde y, si se andaba con suerte, permitían retirarse a las diez u once, para cenar, dando por concluida la tarea del día; pero, cuando el tema en debate era arduo, provocaba largas discusiones, y recién se acababa a las dos o tres de la mañana.

Una noche, en que debía considerarse una ordenanza sobre métodos de enseñanza, las cosas parecían marchar sobre ruedas, pues en largas sesiones de comisión se había elaborado un proyecto que contaba con la aprobación de todos los sectores representados en el Consejo, y las exposiciones se limitaban a explicar las razones que inspiraban cada uno de los distintos artículos, para que pudiesen constar en las actas y ello facilitase la interpretación y aplicación de la ordenanza.

El miembro informante de la Comisión había realizado un análisis profundo y detallado del proyecto, y algunos de los integrantes del Consejo habían ampliado el panorama con exposiciones complementarias. Votado en general el proyecto, se había pasado a la votación en particular por si alguien deseaba proponer enmiendas que mejorasen algunos aspectos del texto. Sin dificultad, ni observaciones, la mitad de los artículos había recibido aprobación cuando solicita la palabra "caso fortuito", para proponer, verbalmente, un "agregado", de su propia cosecha, que no tenía ni pies ni cabeza.



Dedica largos minutos a explicar su propuesta, que no encuentra apoyo en ninguno de los miembros del Consejo; muy por el contrario, integrantes de los tres sectores, es decir tanto profesores, como el otro egresado y los estudiantes, van desgranando argumentos que ponen de manifiesto lo inconveniente de la propuesta que había realizado "caso fortuito", que procura denodadamente defenderla. La discusión se extiende de manera tal que este solo artículo, que todavía no había sido redactado por su autor, ocupa al Consejo durante casi dos horas, sin que, al parecer, se hubiese logrado convencer a "caso fortuito" que, tozudamente, continúa defendiendo su agregado.

El Decano, para poner orden en el asunto y concluir con un debate que ya estaba agotado, le pide que redacte y haga llegar por escrito la norma que deseaba agregar. Lo hace y, para ilustrar a todos los miembros del Consejo se lee por Secretaría y se pone a votación nominal el artículo ideado por "caso fortuito". Uno por uno los distintos miembros se van expidiendo por la negativa, hasta que le toca el turno a nuestro amigo.

Requerido su voto por Secretaría, dice: **Negativa.**

Asombro general. El Decano le señala que se trata de la propuesta que él había formulado y que se está votando la norma que él acaba de redactar y, muy suelto de cuerpo, insiste en que vota por la negativa, porque es "muy honesto, y los argumentos que se han dado durante el debate lo han convencido de que estaba equivocado".

Algo fastidiado por el tiempo perdido, uno de los miembros del Consejo le pregunta:

—Pero, si se convenció del error, ¿por qué no retiró la propuesta y, en cambio, le dió forma escrita para que se votara?

Y "caso fortuito", con su mejor cara de ingenuo, responde que su deseo era que quedase constancia en acta de que **todos, incluso él**, rechazaban esa propuesta por ser inconveniente.

Estimado José María, como esta carta está resultando demasiado extensa, dejo para la próxima otras anécdotas de "caso fortuito".

Criticón (L.M.E.)

NOTAS:

(1) El Diccionario de la Lengua acoge como segunda acepción de la voz "egresado" a un americanismo empleado para designar a la "persona que sale de un establecimiento docente después de haber terminado sus estudios.

(2) Hoy se ha agregado un cuarto grupo, el del personal administrativo, que también elige representantes que integran los órganos de gobierno de nuestra Universidad, de manera que en lugar de un "tripartito", tenemos un "cuatripartito".

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 30-4-99)

Estado español

REFERENCIA CATASTRAL.
Instrucción de la DGRN de 26 mar 99 (BOE 16 abr), sobre certificaciones catastrales descriptivas y gráficas, a los efectos de constancia documental y registral de la referencia catastral. (TT).

ARANCELES NOTARIALES Y REGISTRALES — REDUCCIÓN.
RDto.- ley 6/99 de 16 abr (BOE 17): Medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia. Su artículo 1º modifica la disp. adicional 2ª de la Ley de Colegios Profesionales de 13 feb 74, que queda redactada en los siguientes términos: «**Los Estatutos generales o particulares, los reglamentos de régimen interior y demás normas de los Colegios de Notarios, Corredores de Comercio y Registradores de la Propiedad y Mercantiles se adaptarán a lo establecido en la presente Ley, en cuanto no se oponga a las peculiaridades exigidas por la función pública que ejerzan sus miembros. En todo caso, les será de aplicación lo dispuesto en los arts. 2.1 y 2.4 de la presente Ley**». Por su parte, el art. 2.1 reduce los aranceles de Notarios y Registradores de la Propiedad en un 25%, en los casos de constitución, modificación, subrogación y cancelación de préstamos y créditos hipotecarios y en el de compraventa de viviendas; y el 2.2 reduce en igual proporción los de los Registradores Mercantiles en los supuestos de constitución, modificación de estatutos, aumento y disminución de capital, fusión, escisión y depósito de cuentas de sociedades. El art. 2.4 dice literalmente: «**Las modificaciones que, a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley, pudieran realizarse respecto de los aranceles a que se refiere este artículo, podrán realizarse reglamentariamente con arreglo a la normativa específica reguladora de los mismos**».

IMPUESTO SOBRE LA RENTA — PRESENTACIÓN TELEMÁTICA DE DECLARACIONES.
O. Mº Economía y Hacienda 13 abr 99 (BOE 19): Condiciones generales y procedimiento para la presentación telemática de declaraciones del IRPF.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
Ley O. 7/99 de 21abr (BOE 22): Modifica la Ley O. 2/79 de 3 oct, del Tribunal Constitucional.

ELECCIONES GENERALES.
Ley O. 8/99 de 21 abr (BOE 22): Modifica la Ley O. 5/85 de 19 jun, del Régimen Electoral General.

DERECHO DE REUNIÓN.
Ley O. 9/99 de 21 abr (BOE 22): Modifica la Ley O. 9/83 de 15 jul, reguladora del Derecho de Reunión.

DERECHO A LA EDUCACIÓN.
Ley O. 10/99 de 21 abr (BOE 22): Modifica la Ley O. 8/85 de 3 jul, reguladora del Derecho a la Educación.

RÉGIMEN LOCAL.
Ley O. 10/99 de 21 abr (BOE 22): Modifica la Ley 7/85 de 2 abr, de Bases del Régimen Local.

NACIONALIDAD ESPAÑOLA — CERTIFICADO.
Instrucción DGRN 14 abr 99 (BOE 30): Certificado de nacionalidad española.

Comunidades Autónomas

Aragón

ARAGÓN — URBANISMO.
Ley aragonesa 5/99 de 25 mar (BOA 6 abr y BOE 21 abr): Urbanística.

ARAGÓN — PAREJAS DE HECHO.
Ley aragonesa 6/99 de 25 mar (BOA 6 abr y BOE 21 abr): Parejas estables no casadas.

Navarra

NAVARRA — HACIENDAS LOCALES.
Leyes navarras 2y 4/99 de 2 mar (BON 12 y BOE 21 abr): Modifican la ley 2/95 de 10 marzo, de Haciendas Locales de Navarra.

NAVARRA — REGADIOS.
Ley navarra 7/99 de 16 mar (BON 26 y BOE 21 abr): Actuaciones y obras integradas en el Plan de Regadíos de la Comunidad Foral de Navarra.

NAVARRA — CONSEJO DE NAVARRA.
Ley navarra 8/99 de 16 mar (BON 26 y BOE 21 abr): Consejo de Navarra.

Murcia

MURCIA — MEDIDAS FINANCIERAS Y ADMINISTRATIVAS.
Ley murciana 11/98 de 28 dic (BORM 31 y BOE 27 abr 99): Medidas financieras, administrativas y de función pública regional.

MURCIA — PRESUPUESTOS 1999.
Ley murciana 12/98 de 31 dic (BORM 31 y BOE 27 abr 99): Presupuestos generales de la región de Murcia para 1999.

Citas y consejos

EL PARECIDO DE AZNAR.- En los inicios del buen éxito político de José María cuando estaba gobernando en Castilla-León, alguien le pregunta a Pío Cabanillas por el carácter y las cualidades del actual jefe del Partido Popular.

—Yo creo que se parece mucho a Fraga —comentó el paisano.

—No —respondió Pío—. Se parece directamente a Franco.

La edad no nos protege del amor; pero el amor, en cierta medida, nos protege de la edad. (JEANNE MOUREAU).

SÉ PADRE DE LAS VIRTUDES Y PADRASTRO DE LOS VICIOS. (EL QUIJOTE, PARTE II, CAP. LI).

"¿LA SALVACIÓN SE OBTIENE A TRAVÉS DE LA ACCIÓN O A TRAVÉS DE LA MEDITACIÓN?". "DE NINGUNA DE LAS DOS MANERAS. LA SALVACIÓN PROVIENE DE LA CAPACIDAD DE VER". "¿VER QUÉ?". "QUE EL COLLAR DE ORO QUE DESEAS ADQUIRIR CUELGA YA ALREDEDOR DE TU CUELLO. QUE LA SERPIENTE QUE TANTO PAVOR TE INFUNDE NO ES MAS QUE UN TROZO DE CUERDA EN EL SUELO". (ANTHONY DE MELLO SJ, "¿QUIÉN PUEDE HACER QUE AMANEZCA?").

MINISTERIO DE JUSTICIA

8516 *INSTRUCCIÓN de 26 de marzo de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre certificaciones catastrales descriptivas y gráficas a los efectos de constancia documental y registral de la referencia catastral.*

Los artículos 50 a 57 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, regulan la constancia registral de las referencias catastrales. La certificación expedida por el Catastro sirve como uno de los medios para acreditar la referencia catastral del inmueble (cfr. artículo 50.tres.b) y, con independencia de ello, en ocasiones es complemento imprescindible para la práctica del asiento registral. En este sentido el artículo 53.siete establece (al margen de la regulación de la referencia catastral) que en lo sucesivo no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título.

Además el apartado b) del numero 7 del artículo 33 de la citada Ley 13/1996, de 30 de diciembre, en la redacción dada a la misma por la disposición adicional segunda de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, establece que las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas se suministrarán en los formatos y soportes disponibles en la Dirección General del Catastro, en los cuales no figuran los nombres de los propietarios de las fincas colindantes.

Asimismo, el artículo 33, apartado cuarto, último párrafo, de la misma Ley 13/1996, de 30 de diciembre, en la redacción dada por la Ley 25/1998, de 13 de julio, antes citada, únicamente declara exentos de la tasa de acreditación catastral las certificaciones que el Registrador puede solicitar del Catastro conforme a lo dispuesto en el artículo 53.uno, esto es, cuando consideren que la referencia catastral puede no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del asiento que se pretende, pero no las certificaciones descriptivas y gráficas.

Es conveniente por tanto aclarar que la certificación descriptiva y gráfica a efectos del cumplimiento de las obligaciones impuestas en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, sobre constancia documental y registral de la referencia catastral e inmatriculación de fincas es la suministrada en los formatos disponibles en la Dirección General del Catastro, aunque no figuren los nombres de los propietarios colindantes, siempre que no existan dudas de que se corresponden con la identidad de la finca, a saber: Que los datos de situación, denominación y superficie, coincidan con los del título y, en su caso, con los del Registro de la Propiedad; entendiendo que coincide la superficie, aunque las diferencias no sean superiores al 10 por 100 siempre que además no existan dudas de la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos.

Se acompañan a la presente Instrucción modelos de certificaciones que serían suficientes a los efectos anteriormente señalados (anexos 1, 2, 3 y 4).

Por otra parte, el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario («Boletín Oficial del Estado» del 29), establece en su disposición transitoria segunda que «durante el año siguiente a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto podrá practicarse la inmatriculación de fincas y la inscripción de excesos de cabida basados en títulos otorgados con anterioridad a dicha fecha, conforme a la redacción anterior del texto del artículo 298 que se modifica, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 53.siete de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que será inmediatamente aplicable a todo tipo de fincas, rústicas y urbanas».

La expresión «dicha fecha» ha suscitado dos diversas interpretaciones: a) Dicha fecha se refiere a la de entrada en vigor del Real Decreto, esto es, el 29 de octubre de 1998; b) Dicha fecha se refiere al transcurso de un año siguiente a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto, esto es, 29 de octubre de 1999.

La primera de estas interpretaciones es la que debe prevalecer.

Finalmente ha suscitado dudas la interpretación conjunta de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, con la disposición final tercera de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que ha dejado sin efecto lo establecido en el primer párrafo de la disposición transitoria octava de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y que ha dispuesto que mediante Ley se determinará la fecha en que comenzará a exigirse la aplicación de lo establecido en la sección cuarta del capítulo IV del título I de la citada Ley a los bienes inmuebles rústicos. Esta suspensión temporal de los preceptos de tal sección respecto de los bienes inmuebles rústicos debe entenderse referida a lo que es el objeto propia de tal regulación, a saber, la constancia registral de la referencia catastral, que si se aporta o acredita, voluntariamente, se reflejará en el asiento; pero no debe impedir que el desarrollo reglamentario del artículo 205 de la Ley Hipotecaria pueda exigir para las inmatriculaciones la aportación de la correspondiente certificación descriptiva y gráfica en consonancia con lo expresado anteriormente.

Conviene por tanto aclarar todas estas cuestiones relativas al régimen del derecho transitorio en materia de inmatriculaciones y excesos de cabida.

En consecuencia, dispongo:

Primero.—Los Notarios y Registradores de la Propiedad considerarán suficiente a los efectos de la constancia documental y registral de la referencia catastral aquellas certificaciones descriptivas y gráficas expedidas en los

formatos disponibles en la Dirección General del Catastro, aunque no figuren los nombres de los propietarios colindantes, siempre que no existan dudas de que la referencia catastral se corresponde con la entidad de la finca, siguiendo los criterios previamente señalados.

Segundo.—La disposición transitoria segunda del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, debe ser entendida en lo siguientes términos:

a) Podrá practicarse la inmatriculación de fincas e inscripción de excesos de cabida al amparo de títulos otorgados antes del 29 de octubre de 1998 siempre que cumplan los requisitos establecidos en la redacción reglamentaria anterior a la reforma y sean presentados en el Registro antes del 30 de octubre de 1999.

b) La inmatriculación de fincas e inscripción de excesos de cabida al amparo de títulos otorgados con posterioridad al 29 de octubre de 1998, se regirá en todo caso por la nueva redacción dada al artículo 298 del Reglamento Hipotecario en la reforma.

c) Sólo los títulos autorizados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, estarán sujetos a la necesidad de acompañar certificación descriptiva y gráfica para los supuestos de inmatriculación, de fincas rústicas y urbanas, cualquiera que sea la fecha en que se presenten en el Registro, sin perjuicio de la conveniencia de su aportación en todo caso.

A tales efectos se entenderá suficiente la certificación negativa, siempre que se acredite haber solicitado el correspondiente alta en el Catastro.

Madrid, 26 de marzo de 1999.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Sres. Notarios y Registradores de la Propiedad de España.

de derecho
privado y
informativa
LUNES
4'30
registral

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana