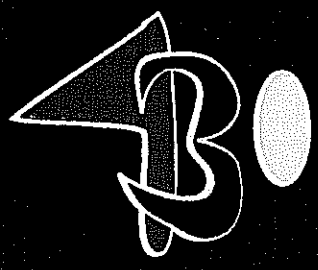
LUNES

CUATRO TREINTA



Revista de asuntos registrales

Año XIII - Núm.290 - 2ª Quincena,noviembre, 2000

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA

sumario

Año XIII - Núm. 290 - 2ª Quincena de noviembre, 2000

informativa de derecho privado y registral

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

*

CONSEJO DE REDACCION:

Rodolfo Bada Mañó
Cristina Carbonell Llorens
Vicente Carbonell Serrano
Vicente Dominguez Calatayud
Enrique García Sánchez
Carmen Gómez Durá
Manuel Gomis y Segarra
Inmaculada Gosálvez Simbor
Rosa Navarro Díaz
Carlos J. Orts Calabuig
Mercedes Ríos Peset
Javier Solá Palerm
Mercedes Tormo Santonja

DIRECTOR
José Bollaín Gómez

SUBDIRECTORA
María-Emilia Adán García

·SECRETARÍA:
Sta. María Dolores (Loli)
Pintor Peyró, 12.
46010-Valencia.
Teléfono: 96-3629678
Fax: 96-3694195
dcvrpm@qrz.net

*

Depósito legal:
V-1212-1988

CASOS PRACTICOS 2
RESOLUCIONES 3
SENTENCIAS 6
AUTOS TSJCV 0

DOCUMENTO HISTÓRICO 8

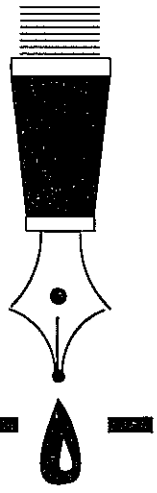
LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN EL JUICIO VERBAL DEL ARTÍCULO 250.1.7º DE LA NUEVA LEC, por José Manuel García García 9

LA OBTENCIÓN DE LICENCIA DE OBRAS, DE SEGREGACIÓN DE TERRENOS Y DE DIVISIÓN HORIZONTAL DE EDIFICIOS POR SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA COMUNIDAD VALENCIANA, porRafael Rivas Andrés 15

SENTENCIAS ANULATORIAS EN MATERIA TRIBUTARIA, por Julio Banacloche 25

RESEÑA LEGISLATIVA..... 5

casos prácticos



CANCELACIÓN DE CONDICIÓN RESOLUTORIA POR EXHIBICIÓN DE LETRAS. ¿INUTILIZACIÓN?

Se solicita la cancelación de la condición resolutoria en garantía del precio aplazado por exhibición de las letras de cambio que lo representan, pero del acta notarial no resulta la inutilización de los títulos. Así como tratándose de hipoteca cambiaria la inutilización es requisito exigido por el artículo 156 LH, no ocurre así si el deudor del precio aplazado exhibe todas las letras, ya que están en su poder por haberlas pagado, y la acción cambiaria se ha extinguido, con lo que la inutilización no es necesaria. Ahora bien, hay que distinguir si la letra se pagó a su vencimiento o antes, pues en este último caso sí es necesaria la inutilización de la misma al existir el riesgo de volver a ponerla en circulación.

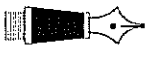
CANCELACIÓN POR CADUCIDAD DEL DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO.

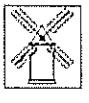
Consta inscrito un derecho de tanteo y retracto por plazo de 10 años desde la calificación definitiva de VPO a favor del Ayuntamiento y también consta anotada la concesión de dicha calificación. Se plantea si es posible su cancelación por caducidad al amparo del art. 177 R.H. entendiéndose por todos los presentes que no hay ningún obstáculo a su aplicación. No obstante, la escritura de venta presentada puede despacharse.

ACEPTACIÓN POR UN LLAMADO Y ADJUDICACIÓN PARCIAL.

El padre otorga testamento instituyendo heredera a su única hija, y con posterioridad contrae segundas nupcias. Ahora se presenta Escritura de aceptación y adjudicación parcial por la que la heredera se adjudica una finca privativa del padre, y manifiesta que desconoce el paradero de la segunda mujer pero que existen más bienes en la herencia con los que podrá adjudicarse la cuota correspondiente de usufructo caso de que acepte. El Impuesto de Sucesiones se satisfizo con una relación privada de los bienes, que apoya la manifestación hecha. En teoría, es necesario el concurso de la viuda, como legitimaria que es, para poder inscribir la adjudicación hecha, y si no es posible localizarla, la heredera debe acudir al Juzgado.

Inmaculada Gosálvez





RESOLUCIONES

Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por Consuelo GARCÍA PEDRO (C.G.P.) y
Cristina CARBONELL LLORENS (C.C.LL.)

R. 2 OCTUBRE 2000 (BOE 10 NOVIEMBRE)

HIPOTECA MOBILIARIA: NECESIDAD DE PERFECTA IDENTIFICACIÓN DE LA MAQUINARIA HIPOTECADA Y DE LA EXPRESIÓN DEL CONCRETO TÍTULO DE ADQUISICIÓN DEL HIPOTECANTE. PROHIBICIÓN DE CONSTITUIRLA CUANDO EXISTE SOBRE LA FINCA EN QUE SE ENCUENTRA LA MAQUINARIA UNA PREVIA HIPOTECA INMOBILIARIA CON PACTO DE EXTENSIÓN DEL 111.1 LH.

—Supuesto: se deniega la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca mobiliaria sobre determinada maquinaria industrial, por los siguientes defectos: 1) falta de adecuada identificación de algunos de los bienes hipotecados, arts. 13.2 y 43.1 Ley de HM y PSD, y 16.6 de su Reglamento, 2) no expresarse en la escritura el título de adquisición de los bienes hipotecados, arts. 13.3 de la Ley y 15.2 de su Reglamento, sin que baste la mera manifestación de tales títulos, sino que resulta necesario acreditarlo mediante las facturas o documentos que sean conformes a los usos mercantiles, y 3) existe un previo gravamen sobre los bienes hipotecados, como consecuencia de la extensión a los mismos de dos hipotecas inmobiliarias, constituidas sobre la finca en que se explota la industria a que están afectos, con pacto expreso de extensión a los mismos de acuerdo con el art. 111.1° LH.

—La DG confirma la nota: respecto al defecto señalado en primer lugar, la DG recuerda las especiales cautelas impuestas por el legislador tratándose de maquinaria industrial, para la que no sólo exige su destino y efectiva afectación a una industria, sino también su identificación, expresando sus características de fábrica, número, tipo, y cuantas peculiaridades contribuyan a dicha identificación. Respecto al segundo

de los defectos, también lo confirma la DG, señalando que la exigencia legal de expresar en la escritura el título de adquisición de los bienes que se hipotecan, que no puede desconectarse de la fundamental de que el hipotecante sea dueño y ostente la libre disposición, ni de la de que los bienes estén libres de cargas y con el precio de adquisición plenamente satisfecho, supone algo más que la mera expresión de que se ostenta la titularidad de los mismos, debiendo especificarse el concreto título de adquisición. Ahora bien, añade la DG, tal exigencia tampoco puede alcanzar a la necesidad de acreditar documentalmente la adquisición, dada la diversidad de los posibles títulos adquisitivos y las formas de documentar la adquisición. Y en cuanto al tercer defecto, también es confirmado: la previa existencia de una hipoteca inmobiliaria, con pacto de extensión a los bienes muebles que, siendo separables sin quebrantamiento de la materia ni deterioro del objeto, estén colocados en ella de forma permanente contribuyendo a su explotación o al servicio de alguna industria, unido ello a la identidad del hipotecante con el dueño de la maquinaria, determina que la maquinaria existente en la finca para la explotación de la industria que en ella se lleva a cabo, deba entenderse hipotecada en perjuicio de terceros, lo que implica la prohibición de constituir posteriormente sobre la misma una hipoteca mobiliaria. (C.C.LL.)

R. 11 OCTUBRE 2000 (BOE 10 NOVIEMBRE)

CANCELACIÓN ORDENADA JUDICIALMENTE: NECESIDAD DE DEMANDAR AL TITULAR REGISTRAL, NO BASTANDO CON LLAMAMIENTOS GENÉRICOS A TRAVÉS DE EDICTOS.

—Supuesto: se presenta mandamiento ordenando la cancelación de la inscripción de obra nueva, constitución de propiedad horizontal y derivadas sobre determinada finca, en virtud de sentencia firme que decretaba la nulidad radical de las escrituras que dieron lugar a las mencionadas inscripciones, dictada en juicio declarativo de menor cuantía en la que se demandó a los integrantes de determinada agrupación de propietarios promotores del edificio en cuestión, y además, por edictos, a todas las personas desconocidas o ignoradas que pudieran tener interés en el pleito. El Registrador deniega el despacho de las cancelaciones ordenadas, por resultar inscritas, con posterioridad a la propiedad horizontal, ventas y anotaciones sobre distintos pisos del edificio, sin que los titulares de dichos asientos hubieran sido demandados.

—La DG confirma la nota: la relatividad de la cosa juzgada y la proscripción constitucional de la indefensión impiden que una sentencia pueda provocar la cancelación de asientos que afectan a personas que no han sido demandadas, sin que un llamamiento generalizado pueda convalidar la falta de aquellos llamamientos concretos que deben hacerse a personas perfectamente identificables, incluso a través del propio Registro, personas que además resultan protegidas por los arts. 34 y 38 LH, sin que la nulidad de sus títulos adquisitivos se haya demandado ni declarado. (C.C.LL.)

R. 13 OCTUBRE 2000 (BOE 27 NOVIEMBRE)

VENTA DE CUOTA INDIVISA CON ADSCRIPCIÓN DEL USO Y APROVECHAMIENTO DE PORCIÓN PERFECTAMENTE CONCRETADA: IMPLICA UNA AUTÉNTICA SEGREGACIÓN.

—Venta de cuota indivisa de finca rústica con adscripción del uso y aprovechamiento de porción perfectamente delimitada: encubre una auténtica segregación o división, y deben por tanto cumplirse las exigencias legales para realizar tales operaciones.

Reitera las Res: 20, 26, 27, 28, 29 de junio, 3 de agosto, 25 de septiembre y 6 de octubre de 2.000. (C.C.LL.)

R. 18 OCTUBRE 2000 (BOE 25 NOVIEMBRE)

HIPOTECA: INTERESES VARIABLES.

—En las hipotecas en garantía de un préstamo a interés variable, fijado el tipo máximo de variación de intereses y el límite temporal, a

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

efectos del art. 114 LH, queda suficientemente satisfecho el principio de especialidad o determinación, sin que pueda calificarse como defecto el hecho de que, además, se haya fijado una cantidad máxima de responsabilidad por intereses, la cual coincide con la suma de los intereses de tres años al tipo inicial. La cláusula por la que se fija una cantidad máxima supone que las partes no pretenden garantizar todos los posibles intereses de los últimos tres años, sino únicamente los que no sobrepasen dicha cifra máxima.

—Es inscribible el pacto de cesión del crédito en el cual el deudor renuncia a su derecho a ser notificado, puesto que la notificación no es requisito de validez de la cesión ni presupuesto para su inscripción. (C.C.LL.)

■

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 30-11-00)

Estado español

CALENDARIO LABORAL 2001.
Resol. D.G. de Trabajo de 14 nov. 2000 (BOE 22): Fiestas laborales para el año 2001.

OPERACIONES CON TERCERAS PERSONAS — MODELO 347.
O.Mº Hacienda 24 nov. 2000 (BOE 29), aprobando los modelos 347 en pesetas y en euros de declaración anual de operaciones con terceras personas, así como los diseños físicos y lógicos para la sustitución de sus hojas interiores por soportes directamente legibles por ordenador.

Comunidades Autónomas

BALEARES — CONSEJOS INSULARES.
Ley balear 8/2000 de 27 oct (BOE 21 nov), de Consejos.

Mª Emilia ADÁN GARCÍA

SENTENCIAS

STS 1 JUNIO 2000

DOBLE VENTA. REQUISITO DE LA BUENA FE.

Artículos citados: 609 y 1473 del Código Civil.

HECHOS.- D. AAA compró a D. BBB y Dª CCC las fincas que se describen en los documentos privados acompañados, en los que se confiesa recibido el precio, y tachada la palabra promesa de venta e interlineada la palabra compraventa.

Posteriormente D. BBB y Dª CCC aportaron a la sociedad X una finca en la que estaban contenidos los inmuebles vendidos, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad. Dicha sociedad estaba formada por los vendedores y sus hijos.

Interpuesta demanda por D. AAA por doble venta fue estimada en ambas instancias recurriendo, los vendedores, en casación al Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHOS.- Alega el recurrente que mal puede, la sentencia recurrida, condenar a la entrega de los inmuebles, pues no resulta probado que el documento privado fuera acompañado de tradición. El Tribunal Supremo estima el motivo, por faltar el modo complemento indispensable del título a los fines de la traslación de la propiedad, por lo que se ha infringido el artículo 609 del Código Civil.

Pese a éste pronunciamiento, el Tribunal Supremo hace prevalecer la venta en documento privado, a la transmisión efectuada en escritura pública inscrita en el registro de la propiedad, al valorar la concurrencia o no de la buena fe.

Así pues el Tribunal Supremo señala: "el párrafo segundo del art. 1473 CC regula la preferencia en el caso de doble venta de bienes inmuebles, disponiendo que la propiedad pertenecerá al que antes haya inscrito en el Registro de la Propiedad, con lo que viene a consagrar el principio de prioridad registral; y si bien el precepto no hace mención a la existencia de buena fe, a diferencia de los otros dos párrafos del mismo art. 1473, la necesidad de que concurra este requisito es señalada tanto por la doctrina como por reiterada jurisprudencia de esta Sala entendiéndose, dice la S 23 ene. 1989 con cita de las de 16 feb. y 16 mar. 1981, <<que la buena fe en el campo de los derechos reales, en la perspectiva que aquí tiene lugar, no es un estado de conducta como ocurre con las obligaciones y contratos (arts. 1269 y ce. CC), sino de conocimiento según se evidencia con las dicciones de los arts. 433 y 1950 de nuestro Código sustantivo que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la situación registral era o no exacta, respecto de la titularidad dominical que proclama".

En este caso la sociedad fue creada por los consortes—vendedores y sus hijos, reservándose los vendedores la mayor parte de las acciones, en contraprestación a la aportación de la finca, lo que unido a la falta de actividad de la sociedad, lo que evidencia que la sociedad fue una pantalla para mantener a cubierto los inmuebles, por lo que no puede estimarse buena fe en la sociedad adquirente.

Por todo ello el Tribunal Supremo declara nula la escritura de aportación y su inscripción en el Registro de la Propiedad y condena a los recurrentes a segregar las fincas vendidas en documento privado, elevar a público el documento privado y a entregar los inmuebles a D. AAA.

STS 7 JUNIO 2000

LA EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA.

Artículos citados: 111 de la Ley Hipotecaria.

HECHOS.- La sociedad A interpuso tercería de dominio contra el fondo de garantía salarial de la sociedad X, sus trabajadores y el banco Z, en la que se ordenó el alzamiento del embargo trabado en autos de ejecución de sentencia del Juzgado de lo Social.

La sentencia fue recurrida por el Abogado del Estado en defensa del fondo de garantía salarial ante la Audiencia Provincial quien estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia.

La sociedad A interpuso recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- EL primer motivo alega infracción del artículo 334 del Código Civil, en relación con el artículo 111 de la ley hipotecaria, ya que en dichos preceptos se reputan inmuebles las máquinas e instrumentos destinados a la industria que se realiza en la finca y concurren a satisfacer las necesidades de la explotación y porque elimina de las exclusiones del objeto de la hipoteca los bienes que no pueden ser separados sin quebranto de la materia o deterioro del objeto. Entiende el recurrente que la maquinaria ha de seguir la suerte del inmueble hipotecado.

El motivo es desestimado al entender el Tribunal Supremo que la recurrente se olvida que en la escritura de hipoteca la misma se extiende a lo señalado en el art. 111 LH y a las construcciones existentes en la finca hipotecada y que el auto de adjudicación por el que adquirió la finca se refiere exclusivamente a la descripción del inmueble. Mas tal remisión al art. 111 del texto hipotecario no incluye *per se* la maquinaria existente en la finca. Dicho precepto recoge que la hipoteca, <<salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, no comprenderá los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el *servicio* de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto. Como ha señalado la S 10 may. 1989, no puede extenderse la protección del art. 34 LH a los inmuebles por destino que no figuraban inscritos en el Registro como pertenecientes al deudor hipotecario.

En el caso debatido las máquinas son fácilmente desmontables por estar sujetas al suelo con tornillería, salvo alguno que está adherido al suelo con cemento para evitar vibraciones.

El segundo motivo alega infracción del artículo 9 de la Constitución Española, al entender que siendo la demandante una empresa textil acudió a la subasta pensando que era una fábrica en funcionamiento pero en crisis, y por ello adquirió el inmueble.

El Tribunal Supremo desestima el recurso y recuerda que: "el principio de seguridad jurídica o suma de principios que figuran en el artículo 9.3, equilibrados de tal suerte que permita promover en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad, responde, como señala la sentencia de 26 de febrero de 1991, al sentido individual que exige reconocer de antemano cuales son las consecuencias jurídicas de los propios actos.

En este caso si el recurrente se equivocó, sólo a él o a sus representantes legales podrá reprocharse no conocer adecuadamente la extensión objetiva de la hipoteca.

STS 12 JUNIO 2000

HIPOTECA CONSTITUIDA EN EL PERÍODO DE RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA. NULIDAD. LEY DEL MERCADO HIPOTECARIO.

Artículos citados: 878.2 del Código de Comercio. 10 de la Ley 2/1985 de 25 de marzo, del mercado hipotecario.

HECHOS.- Los síndicos de la quiebra de la sociedad X presentaron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando que se declarara la nulidad de una hipoteca realizada tras la fecha fijada para la retroacción de la quiebra, y también la nulidad de la inscripción registral, y del juicio ejecutivo hipotecario. El Juzgado estimó la demanda. La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial.

El acreedor hipotecario, la Caja B, interpuso recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- Dos son los motivos de casación:

—El primero denuncia infracción del artículo 878.2 del Código de Comercio alegando algunas sentencias del Tribunal Supremo en que se matiza la nulidad.

El Tribunal Supremo desestima el motivo al entender que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por el carácter categórico de la nulidad (STS de 28 de octubre de 1996), el artículo 878.2 del Código de Comercio agrava el contenido de los artículos 1035 y 1036 del Código de Comercio de 1829, por lo que son nulos todos los actos de dominio y administración realizados por el quebrado en el período comprendido dentro de la fecha de la retroacción declarada y firme de la quiebra (STS de 17 de marzo de 1958).

En este mismo sentido la STS de 25 de octubre de 1999, proclama la nulidad radical e ipso iure, y en el mismo sentido se manifiesta la sentencia de 2 de diciembre de 1999. Esta nulidad produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado, en cuyo caso corresponde a los síndicos el pedirla como establece el artículo 1366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Declarada la quiebra el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes, no se trata de un estado civil, ni de una incapacitación, sino de una prohibición legal, lo que implica que los actos de administración y disposición que realice son nulos. No cabe la convalidación.

El segundo motivo alega infracción del artículo 10 de la ley 2/1985 de 25 de marzo, del mercado hipotecario.

El motivo también es desestimado por el Tribunal Supremo, al entender que el citado artículo tiene carácter especial, y exige que se acredite que la entidad financiera en cuestión, actúa otorgando préstamos y emitiendo los títulos regulados en ella. Así la operación de préstamo tendrá, no sólo las finalidades prevenidas en el artículo 4, sino demostrar y probar la determinación de los demás requisitos causantes de las operaciones activas, que cobran sentido en razón de la operaciones pasivas. En el caso debatido no se ha acreditado nada de ello. ■

DOCUMENTO HISTÓRICO

A través de una procedencia entrañable, muy relacionada con la fecha de mi cese en el Registro de Massamagrell como Registrador jubilado, ha llegado a mí el facsímil del "documento histórico" que a continuación reproduzco en su formato original (las S en forma de F, excepto las finales). Y como lo creo muy interesante como precedente de nuestro Registro de la Propiedad, anterior en fecha a las famosas Contadurías de Hipotecas de 1.768, con la circunstancia añadida de que procede de Valencia, no he resistido la tentación de publicarlo en LUNES 4,30.

Espero que os interese

J.B.G.

EL EXCELmo. SEÑOR DUQUE DE CAYLUS, GOVERNADOR, CAPITAN GENERAL de efte Reyno, y Presidente de su Real Audiencia, Regente, y Oidores de ella.

Por cuanto la Ley tercera del título quince, libro quinto de la Recopilación, difpone lo que debe hacerse en cada ciudad, y cabeza de Jurifdicción, para regiftrar los Cenfos, e Hipotecas que fe imponen fobre cafas y heredades, fegún fu tenor, que es el figuiente.

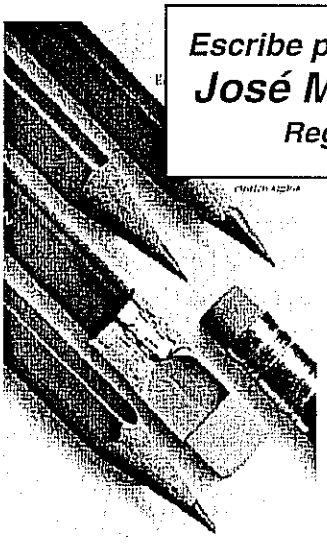
Por cuanto nos es hecha relacion, que fe efcufarian muchos Pleitos, fabiendo los que compran los Cenfos, y Tributos, los Cenfos e Hipotecas que tienen las cafas, y heredades que compran, lo qual encubren, y callan los vendedores, y por quitar los inconvenientes que de efto fe figuen, mandamos que en cada Ciudad, Villa, ò Lugar donde huviere cabeza de Jurifdicción, aya una Perfona, que tenga un Libro en que se regiftren todos los contratos de las qualidades fufodichas; y que no fe regiftrando dentro de feis dias defpues que fueron hechos, no hagan fee, ni fe juzguen conforme à ellos, ni fea obligado à cofa alguna ningún tercero poffehedor, aunque tenga caufa del Vendedor; y que el tal Regiftro no fe mueftre a ninguna perfona, fino que el Regiftrador pueda dar fee, fi ay, ò no algún tributo, ò venta à pedimento del Vendedor. Y haviendofe confultado al Confejo los inconvenientes que fe feguian de la inobfervancia de la prefente Ley, se ha fervido refolver, que defde luego fe ponga en execucion, fin que lo embaraze fu inobfervancia que hafta aquí aya tenido. Cuya refolución fe ha comunicado por Carta Orden de tres de efte mes. Y haviendose vifto por el Real Acuerdo, ha mandado fu cumplimiento; y que para tenerle enteramente en efta Ciudad, y en las Cabezas de Partidos del Reyno, y fe obferve en todos los pueblos, fe publique con inferta de la expreffada Ley, fe imprima, y reparta, haciendola faber a todos los efcrivanos que pueden autorizar femejantes efcrituras. Por tanto, y para que venga en noticia de todos, y fe cumpla con el tenor de dicha Ley, fe manda publicar el prefente. Dado en el Real de Valencia à veinte y dos de Junio de mil fetecientos cinquenta y ocho. Don Marcos Ximeno. Don Martin Davila. Don Jofeph Moreno Albarado. Don Pedro Luis Sanchez.

Publicación.

En la ciudad de Valencia à los veinte y feis dias del mes de Junio año de mil fetecientos cinquenta y ocho: Ante las puertas del Real Palacio con Timbales, y Clarines, y afiftencia de diferentes Alguaciles de Corte, por voz de Manuel Roig, Pregonero publico, fe publicò el bando que antecede, y defpues fe executò lo mismo en los demàs pueftos publicos, y acoftumbrados de efta Ciudad, hallandofe prefentes à oirle gran numero de gentes. De que certifico Antonio Meftre

Es copia del bando original, y fu publicacion, de que certifico.

Don Pedro Luis Sanchez



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

Las medidas de aseguramiento en el juicio verbal del artículo 250.1.7º de la nueva LEC.

El procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y ahora del artículo 250.1.7º de la nueva LEC, tiene su origen en la institución germánica de la GEWERE.

La GEWERE es una institución fundamental en la historia del Derecho Civil e Inmobiliario, mucho más importante que la vieja posesión "romana", a pesar de lo cual, en las Universidades españolas se suele estudiar con mucho más detalle la figura romana que la trascendental institución germánica.

La GEWERE era la "investidura solemne y pública" que acompañaba al acuerdo de transmisión de bienes inmuebles en el Derecho Germánico primitivo cuando todavía no existían libros registrales de propiedad y se denominaba también así, al resultado de esa investidura solemne, es decir, a la apariencia de titularidad que la legislación asignaba al que adquirió en base a la investidura.

La GEWERE tenía tres clases de efectos, conforme a la conocida exposición de HUBER y GIERKE: efectos traslativos, ofensivos y defensivos. En este punto, nada tenía que ver con los efectos de la posesión romana.

Los efectos traslativos de la GEWERE suponían una diferencia esencial con la regla romana "Nemo dat quod non habet", pues el que tenía GEWERE transmitía la propiedad aunque él no la tuviera. La apariencia derivada de la investidura solemne y pública era la base para esos efectos traslativos.

Pero la GEWERE también tenía efectos ofensivos y defensivos a favor del titular que ostentaba la investidura, pues como consecuencia de la apariencia de titularidad, se le concedían por las leyes importantes facultades de ejercicio de acciones y defensa frente a perturbaciones, que daban lugar a importantes ventajas procesales.

Pues bien, todos estos efectos son heredados por las inscripciones en los Registros Públicos de la Propiedad de carácter germánico, a través del llamado principio de "legitimación registral", regulado en la legislación española en los artículos 38, 1.1º, 97 y 253.1, entre otros, de la Ley Hipotecaria, a todos los cuales se remite el fundamental artículo 608 del Código Civil, pues para la determinación de los "efectos" de las inscripciones, ha de estarse a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

El procedimiento del antiguo artículo 41 de la Ley Hipotecaria, con base germánica y antecedentes concretos en la legislación suiza, era la manifestación más clara de la vieja GEWERE, precisamente para combatir al mero "poseedor" que, sin título y sin conexión con el Registro, perturbaba o despojaba de la posesión al titular registral.

Y en base a ello, y con gran originalidad desde el punto de vista procesal, el artículo 41 reguló el procedimiento sobre la base de que el titular registral ejercitaba los efectos ofensivos y defensivos de la GEWERE germánica. Los efectos "ofensivos", a través del escrito inicial del procedimiento en el que el titular registral, en base exclusivamente a la certificación registral a su favor, solicitaba medidas de aseguramiento, la prestación de caución por parte del perturbador y el lanzamiento del mismo de la finca. Y los efectos "defensivos" se manifestaban en la inversión de las posiciones procesales en el proceso, pues correspondía al perturbador el ejercicio de la llamada "demanda de contradicción" contra el titular registral por cuatro causas tasadas.

La constitucionalidad del procedimiento quedaba asegurada, al igual que el procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca, por la posibilidad reservada a las partes de acudir al juicio ordinario, ante la carencia de efectos de cosa juzgada de la sentencia dictada en ese procedimiento especial.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha pretendido regular en un único texto todos los procesos declarativos, ha recogido en su texto el procedimiento de la antigua GEWERE germánica, y ha respetado, en términos generales, la regulación del antiguo artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

Ciertamente, esa posición del titular registral, no como demandante, sino como "actor-demandado", no había sido comprendido o bien aceptada en el ámbito procesal, y de ahí que haya sido suprimida, considerando lisa y llanamente al titular registral que inicia el proceso, como demandante, y al que se opone o perturba el ejercicio del derecho de aquél, como demandado, conforme a los clásicos cánones procesales.

Pero la idea de fondo de la GEWERE se mantiene, puesto que al titular registral, aunque actúa como demandante, no le es necesario la prueba de su derecho, sino que ésta resulta de la aportación de certificación registral del asiento a su favor, sin contradicción alguna. Y es el presunto perturbador u oponente, aunque actúa como demandado, el que tiene la carga de oponerse al titular a través de cuatro causas tasadas, que siguen siendo las mismas que regulaba el antiguo artículo 41 de la Ley Hipotecaria, como causas de contradicción.

Incluso el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que, en un primer borrador aparecía como "derogado" en la lista de disposiciones de la Disposición Derogatoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha pasado a ser un precepto con nueva redacción, según la Disposición Final novena de la misma, que obedece no ya sólo a no dejar huecos o vacíos en la Ley Hipotecaria, sino sobre todo a recoger el verdadero fundamento o "ratio" del nuevo juicio verbal de "efectividad de los derechos reales inscritos", que no es otro que el principio de legitimación registral, al objeto de que no pueda olvidarse en la interpretación de las normas procesales de la nueva LEC.

Por eso, el nuevo artículo 41 de la Ley Hipotecaria establece: "Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente".

En definitiva, principio de legitimación, inscripción, certificación registral, o sea, por qué no decirlo, GEWERE, constituye el fundamento o la "ratio" de la regulación procesal del nuevo juicio verbal del artículo 250.1.7º de la LEC.

Pues bien, después de esta larga, pero entendía que necesaria introducción, es hora de que me ocupe de las medidas de aseguramiento, a las que aludo en el título de estas notas.

Las medidas de aseguramiento, que eran una de las "facultades" que tenía el titular registral, y que podía solicitar en el escrito inicial, sin más problemas, se convierten en una figura de regulación tortuosa y extraña en la nueva LEC, hasta el punto de que si no se llega a una

interpretación lógica, puede ser un verdadero tormento para el titular registral y una figura que deje en letra muerta toda la regulación existente.

Los problemas se producen al insertar esas medidas de aseguramiento, como mera "facultad" del titular registral, dentro de la normativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero no puede olvidarse el puente de enlace entre dicha LEC y la Ley Hipotecaria, que representa el nuevo artículo 41 de esta última, al proporcionar el fundamento de dicho proceso.

Lo primero que produce extrañeza en la nueva regulación de la LEC, es la redacción del número 1º del apartado 2 del artículo 439 de la misma, al configurar la solicitud de las medidas de aseguramiento como una obligación del titular registral, hasta el punto de que su omisión es, nada menos, que "causa de inadmisión de la demanda".

Dicho precepto establece: "2. EN LOS CASOS DEL NÚMERO 7º DEL apartado 1 del artículo 250, no se admitirán las demandas en los casos siguientes: 1º Cuando en ellas no se expresen las medidas que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere"...

La nueva redacción es insólita, pues unas medidas que se limitan a significar un beneficio para el titular registral que insta el juicio, se convierten en una carga de obligada solicitud, si quiere que su demanda sea admitida.

Y la cuestión no tendría trascendencia, si la nueva regulación se limitara a ese mero traspiés, al trasladar de buena fe, pero con distinto sentido, la regulación existente en el antiguo artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

El problema se plantea porque, a partir de la nueva LEC, la solicitud de medidas de aseguramiento lleva consigo, para el que las solicite, la obligación de prestar caución (artículos 737 y 728.3 de la LEC).

Resultaría el contrasentido de que el titular registral, para lanzar al perturbador de su derecho inscrito, tendría una primera obligación legal, la de "solicitar medidas de aseguramiento", y enlazada con ella, una segunda obligación legal, la de "prestar caución" para responder frente al perturbador, de los daños y perjuicios que le supusiera esa medida de aseguramiento.

No hay mayor absurdo que quien se basa en el asiento registral, que determina la presunción de exactitud y validez del mismo, en el sentido de pertenencia del derecho, e incluso presunción de la posesión, tenga la obligación de solicitar medidas de aseguramiento e incluso la obligación de prestar caución, frente a quien, en contra de los pronunciamiento oficiales del Registro, realiza actos de perturbación u oposición de los derechos inscritos.

Y el absurdo puede magnificarse si se tiene en cuenta que el que puede solicitar "caución, "salvo renuncia", es el propio titular registral, y la ha de prestar el demandado, presunto perturbador u oponente de los derechos inscritos, conforme al número 2º del apartado 2 del propio artículo 439.

Para tratar de salir de este galimatías legal, existen varias soluciones, que se exponen seguidamente, y que pueden ser todas ellas compatibles, o bien, para el que no le convenza alguna de ellas, quedarse con la que, al menos desvirtúe ese absurdo que podría dar al traste con toda la regulación legal.

a) LA PRIMERA SOLUCIÓN es considerar que, a pesar de los términos tajantes del precepto, la solicitud de medidas de aseguramiento puede ser renunciada por el propio titular registral. En la mayor parte de los casos, el titular registral no tendría por qué solicitar medidas de aseguramiento sobre todo, cuando se trata de octener el lanzamiento de un simple precarista o poseedor sin título, pues la solicitud de caución ya supone, de por sí, suficiente medida de aseguramiento de la devolución de frutos, indemnización de daños y perjuicios y pago de costas, conforme al número 2º del apartado 1 del artículo 439 LEC.

Para llegar a esta primera solución, existe el argumento de que el precepto obliga a la solicitud de tales medidas de aseguramiento, como requisito de admisión de la demanda, pero sólo las que " se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere".

De ahí que quepa interpretar que si el titular registral no considera necesaria ninguna medida de aseguramiento, bastará que en la demanda exprese que no solicita medidas de aseguramiento porque no las considera necesarias, a los efectos del número 1º del apartado 2 del artículo 439 LEC. Si a ello se une que las medidas de aseguramiento se establecen exclusivamente en beneficio del demandante, y no existe ninguna causa de interés público que exija ineludiblemente tales medidas, se comprenderá que en los propios términos del precepto está la solución del galimatías.

Entonces, ¿cómo puede interpretarse la obligación impuesta por el propio artículo como requisito de admisión de la demanda?

Podría entenderse que, a diferencia de las medidas de aseguramiento, de regulación general, que pueden ser solicitadas en la demanda o posteriormente, en el caso del juicio verbal del artículo 250.1.7º LEC, se exige que el titular registral solicite tales medidas en la propia demanda, no permitiendo, por razones de sumariedad del juicio, que se soliciten con posterioridad.

b) LA SEGUNDA SOLUCIÓN que se ofrece al problema expuesto, que puede ser compatible con la anterior, es entender que las medidas de aseguramiento de ese juicio no requieren la prestación de caución por parte del demandante.

Ante todo, dichas medidas de aseguramiento cabe imaginar que son las de solicitud e intervención o administración judicial de la finca, conforme al artículo 727.2º LEC, o bien la orden judicial de cesar provisionalmente el demandado en una actividad o la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta (art. 727.7º LEC), como por ejemplo, abstenerse de continuar unas obras en la finca inscrita a favor del demandante.

Pues bien, cabe interpretar que las medidas de aseguramiento solicitadas por el titular registral no requieren la prestación de caución, por tratarse de una facultad derivada de la presunción legitimadora del asiento registral, conforme al nuevo artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Si existe la presunción de titularidad y de posesión a favor del titular registral (art. 38 LH), esas medidas de aseguramiento no son más que la pura manifestación del principio de legitimación registral del artículo 41, y el demandado, mientras subsista la situación registral, no podrá alegar en el procedimiento ningún derecho que le permita obtener cobertura para alegar posibles perjuicios por la solicitud de medidas de aseguramiento, al menos con alguna base legal.

No obstante, existe un fuerte obstáculo para llegar a esa solución, a pesar del absurdo que supone la literalidad de la Ley que obligaría al titular registral demandante a solicitar las medidas de aseguramiento y a prestar caución por razón de las mismas.

Dicho obstáculo lo constituye el artículo 728.3 de la propia LEC, que dentro del contexto de la regulación general de las medidas de aseguramiento, establece: "Salvo que EXPRESAMENTE se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado". "El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida".

Pues bien, el obstáculo se completa porque al legislador, se le ha olvidado en mi opinión, establecer de manera EXPRESA, que el titular registral no debe prestar caución por la solicitud de medidas de aseguramiento en el juicio que estudiamos.

Pero a pesar de la tradicional rigidez de las normas procesales, existen argumentos para considerar que dicho titular registral no debe prestar caución.

Desde luego que si se entendiera que la solicitud de medidas de aseguramiento es "obligada", la solución sería clara: no se puede obligar a prestar caución a quien tiene la

obligación de solicitar medidas que conducen a dicha prestación, pues entonces la solicitud implicaría medidas de aseguramiento por razón de interés público y no en interés exclusivo del solicitante.

Pero una vez que hemos llegado a la conclusión, a través de la primera solución, que no está obligado el titular registral a solicitar las medidas de aseguramiento, a pesar de la clara dicción legal, hemos de llegar por otra vía a la solución de que tampoco ha de prestar ninguna caución, aunque no esté legalmente obligado a solicitar medidas de aseguramiento.

La solución podría encontrarse en la interpretación del artículo 441.3 de la propia LEC, que establece:

"En los casos del número 7º del apartado 1 del artículo 250, el tribunal, tan pronto admita la demanda, adoptará las medidas solicitadas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere".

De este precepto podría desprenderse que, aunque sea en forma indirecta, se señala "de modo expreso", a efectos de la exigencia del artículo 728.3 LEC, antes citado, que el titular registral no debe prestar caución.

Efectivamente, en lugar de establecer que el Tribunal "una vez prestada caución por el demandante", decretará las medidas de aseguramiento solicitadas, dispone tajantemente que "tan pronto como admita la demanda, adoptará las medidas solicitadas". Aquí hay una disposición "expresa" que excluye la prestación de caución, pues en otro caso, hubiera dicho: "El tribunal,una vez prestada caución por el demandante, adoptará las medidas solicitadas...". En lugar de ello, obliga al propio Tribunal a que adopte tales medidas "tan pronto admita la demanda".

Por otra parte, frente a la exigencia del citado apartado 3 del artículo 728, que prevé unas normas para determinar la caución, el apartado 3 del artículo 441, se limita a ordenar al tribunal que adopte las medidas solicitadas que "según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere".

Da la sensación de que se trata de un supuesto mixto, en que, por una parte existe solicitud del demandante, pero además, existe una actuación "de oficio" por parte del Tribunal, por lo que el supuesto podría hacer tránsito, al menos parcialmente, al supuesto del apartado 2 del artículo 721 de la LEC, que establece: "Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales...".

Se trataría de una regulación propia de un proceso especial, que explicaría también esa regulación específica ajena a la idea de caución en estas medidas de aseguramiento.

Si a ello se une que si al titular registral se le obligara a prestar caución, el nuevo juicio podría suponer una "guerra de cauciones", en lugar de un juicio normal, dado que la única caución que expresamente se regula es la que ha de prestar el demandado, según el número 2º del apartado 2 del comentado artículo 439, se llegará a la conclusión de que sería absurda la exigencia de que el titular registral prestara caución, pues en otro caso, se aplicaría el famoso refrán castellano, en relación con este juicio, en que el propio legislador permitiría a una persona (el titular registral) "que fuese a por lana y volviera trasquilado". Esto puede admitirse como resultado final de la sentencia, pero nunca en el momento inicial de un proceso que deriva de la legitimación registral a su favor, conforme al nuevo artículo 41 LH.

c) LA TERCERA SOLUCIÓN que se ofrece, compatible con las anteriores, es la de considerar, aunque esto sea ya más discutible, que entre las medias de aseguramiento que puede solicitar el titular registral demandante, está la de que el Tribunal acuerde que se practique nota al margen de su propia inscripción, expresiva de que se ha expedido y aportado al proceso la certificación registral de vigencia del asiento.

Si se aceptara esta solución, resultaría que la medida de aseguramiento solicitada, no exige prestar ninguna caución al demandante por la sencilla razón de que está perjudicando únicamente a su propia finca registral, sin interferencia alguna para el demandado.

Naturalmente, esta posible medida de aseguramiento, solicitando un asiento sobre la propia finca del demandante, requiere una explicación, porque, a primera vista, no puede ser más atípica, desde el punto de vista de los tradicionales cánones registrales de la legislación hipotecaria.

A este propósito, convendría recordar la antigua regla 11 del artículo 137 del Reglamento Hipotecario, que desarrollaba el artículo 41 LH, y que, aunque no esté formalmente derogado, ha de considerarse que ha perdido vigencia como consecuencia de la nueva regulación del juicio en la LEC, y la imposibilidad de que continúen vigentes normas reglamentarias de tramitación.

Pero, a lo que ahora nos interesa, esa regla 11ª establecía lo siguiente:

"Cuando al ejecutar la resolución firme dictada en este procedimiento, surja una tercera persona, ocupante de la finca, oponiéndose a la ejecución, se le concederá un plazo de diez días para que comparezca y formalice por escrito su oposición, al que acompañará el título o las pruebas en que funde su derecho, previa prestación de caución suficiente. La oposición se sustanciará por los trámites de los incidentes".

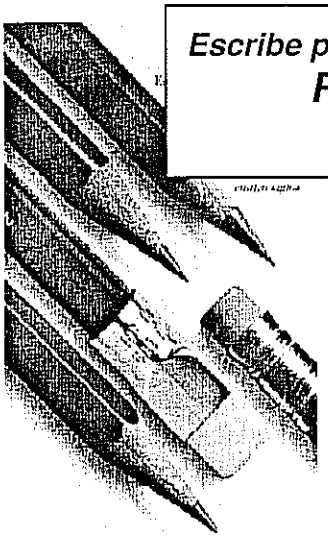
Pues bien, en la nueva LEC no se ha previsto nada sobre este problema, que podría darse perfectamente en la práctica, si el perturbador u oponente, ve perdidas sus posibilidades de defensa, y cede "sus derechos" a otra persona, haya buena o mala fe por parte del adquirente, y aunque sean "derechos meramente eventuales" o incluso "no derechos, sino mera ocupación fáctica". Lo cierto es que obstaculizaría la ejecución, pues aparecería un tercero que no habría sido oído en el juicio.

En relación con esto, acercándonos ya a la medida de aseguramiento que proponemos, podría plantearse como viable, la posibilidad de que el propio titular registral solicitase una nota marginal sobre su propia finca, expresiva de que se sigue un procedimiento de efectividad de los derechos reales inscritos, para que los ulteriores poseedores u ocupantes o adquirentes que trajeran causa del demandado, pudieran saber que se sigue ese procedimiento, lo cual permitiría la publicidad "erga omnes" del procedimiento, con eficacia de "perpetuatio legitimationis", desde el punto de vista procesal.

A pesar de que se trataría de un asiento "en cosa propia", podría haber base para ello, no sólo en la solicitud del propio titular registral dueño de la finca según el Registro, y de las omnímodas facultades del dueño, sino también en base al artículo 727.6º, que incluye entre las medidas de aseguramiento "otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución".

Esta expresión "anotaciones registrales", podría tener aquí un sentido amplio, comprensivo de anotaciones y notas marginales, siempre que fuera "útil para el buen fin de la ejecución", y no cabe duda de que la perpetuación de la legitimación pasiva procesal a través de la publicidad registral, sería útil para el buen fin de la ejecución.

Estas u otras soluciones son necesarias para evitar que el nuevo proceso del artículo 250.1.7º de la LEC, cuyo padre o madre es el antiguo procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y cuyo abuelo o abuela (o tatarabuelos) es la antigua GEWERE germánica, no quede en letra muerta por una absurda interpretación literalista.



Escribe para Lunes:
Rafael Rivas Andrés
Notario

La obtención de licencia de obras, de segregación de terrenos y de división horizontal de edificios por silencio administrativo en la Comunidad Valenciana.

SUMARIO:

I.- INTRODUCCIÓN.
II.- LAS NORMAS QUE EXIGEN LICENCIA PARA CONSTRUIR, SEGREGAR Y DIVIDIR HORIZONTALMENTE EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EN LA VALENCIANA.
III.- CÓMO SE OBTIENEN POR SILENCIO ADMINISTRATIVO LAS LICENCIAS DE OBRAS, DE SEGREGACIÓN Y DE DIVISIÓN HORIZONTAL EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EN LA VALENCIANA.
IV.- CÓMO SE ACREDITA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO PARA AUTORIZAR E INSCRIBIR ESCRITURAS DE OBRA NUEVA, SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN HORIZONTAL EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EN LA VALENCIANA.
V.- CONCLUSIONES.
VI.- UN MODELO DE CLÁUSULA DE ACREDITACIÓN DEL SILENCIO.
VII.- UN MODELO DE ACTA DE SOLICITUD DE CERTIFICACIÓN DEL SILENCIO.

I.- INTRODUCCIÓN.

En principio parece metafísicamente imposible el cumplir la tarea propuesta de intentar representar en un papel "el silencio".

Sin embargo, la música está compuesta de tantos o más silencios que sonidos, que además, se representan en el papel pautado de los pentagramas.

Y si el silencio es vital para la música no lo es menos —aunque en otro sentido— para el Derecho Administrativo, que es tanto como decir que es importante para nuestras vidas, las cuáles, tarde o temprano, se ven inexorablemente afectadas por el "silencio administrativo" que provoca la inactividad de la Administración.

La diferencia fundamental es que sin el primer silencio la música no existiría, mientras que sin el segundo nuestras vidas serían más fáciles.

Acotado el "silencio" al que nos vamos a referir en las líneas siguientes, es necesario precisar todavía más y advertir que no se pretende —ni el autor está capacitado para ello— hacer una teoría general del "silencio administrativo", sino que más modestamente se trata de hacer un

examen de la aplicación del mismo a una parte, limitada pero pensamos que importante, del quehacer diario de Notarios y Registradores.

Y desde un punto de vista territorial el presente examen todavía se ha de acotar más puesto que sólo nos vamos a referir a la legislación Estatal y a la Valenciana, aunque, alguna de las conclusiones que aquí se mantienen tal vez puedan ser aplicables a otras Comunidades Autónomas.

En efecto, sabido es que tras el reparto de competencias que establece la Constitución Española en el artículo 148.1.3ª, las diferentes Comunidades han ido asumiendo las relativas al Urbanismo y Ordenación del Territorio. Fruto de lo anterior es la legislación urbanística que con distinto grado de desarrollo y en términos no siempre coincidentes se ha producido en las diferentes Autonomías.

No obstante, lo que si que consideramos que en todo caso sea de aplicación general es la filosofía que se destila en este modesto artículo y que en dos palabras consiste en: 1) Hay que exigir siempre licencia o documento declarativo de su innecesariedad y 2) En compensación, hay que buscar argumentos y soluciones para que caso de que la Administración no se digne en contestar a la solicitud de licencia el tráfico no quede paralizado y se puedan seguir autorizando e inscribiendo obras nuevas, segregaciones y divisiones horizontales.

Me explico: después del informe McMillan, después de que por fin se conceden a Notarios y Registradores medios para controlar la legalidad de obras, segregaciones y divisiones horizontales, después de tanto como se está luchando para explicar a la sociedad **que la escritura notarial y la inscripción registral, "llevan un valor añadido en sí"**, no acierto a comprender cómo algunas cabezas —ciertamente de entre las mejor dotadas— se dedican a intentar buscar argumentos que defiendan que en tal o cual territorio no es necesaria la licencia de segregación respecto de uno u otro tipo de terreno.

Sinceramente pienso que ese esfuerzo a la larga no lo agradecerá nadie y, en cualquier caso, parece que la más reciente jurisprudencia registral no va por ese camino, sino exactamente por el contrario.

En efecto, parece establecerse en esa moderna jurisprudencia que aun en los casos de duda se habrá de optar siempre por exigir la licencia. No otra cosa cabe deducir de las **Resoluciones de la Dirección General de Registros 26/6/99 y de 19/6/00** que consideran que el vender cuotas indivisas de finca con el derecho anejo al uso exclusivo de una determinada porción de terreno no es si no una parcelación fraudulenta y que, por tanto, es necesario licencia de segregación para autorizar e inscribir esa operaciones.

Con todo, el compartir con la Dirección General esa filosofía de fondo, ese criterio de interpretación favorable a exigir licencia en los caos dudosos, no excluye el asombro por la argumentación que utiliza.

En efecto, la única norma de que tenemos noticia que trata este tema es el artículo 41.2 del Reglamento para la aplicación de la Ley Catalana sobre protección de la legalidad urbanística (que cita el Registrador Rafael Arnaiz Eguren en su extraordinario libro "La inscripción registral de actos urbanísticos", Editorial Marcial Pons), que considera parcelación no sólo este caso de comunidad por cuotas, sino también el supuesto del socio cuya participación lleva consigo el uso de una determinada porción de terreno.

Fuera de Cataluña —y en ausencia de norma semejante a la citada— la presunción de fraude de las dos Resoluciones citadas es, cuando menos, contraria a la posición mantenida en decenas de otras que consideran que el fraude no se presume y que habrá de ser demostrado siempre.

Por último para acabar esta introducción, hemos de advertir que la legislación que vamos a transcribir a continuación proporciona unos escasos hilos con los que no se puede tejer una tela coherente sobre el silencio, sino que apenas dan para mal tejer una red con más agujeros que trama.

II.- LAS NORMAS QUE EXIGEN LICENCIA PARA CONSTRUIR, SEGREGAR Y DIVIDIR HORIZONTALMENTE EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EN LA VALENCIANA.

La necesidad de licencia para construir y parcelar, viene impuesta de antiguo en nuestra legislación. El problema es que, como vamos a ver, para autorizar e inscribir escrituras que contuvieran esos actos no se exigía de una manera tajante el que Notarios y Registradores pidieran la acreditación de dichas licencias.

1) Respecto de las construcciones el artículo 178 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1.976 ya exigía la obtención previa de licencia municipal de obras para ejecutarlas.

Pero hubo de esperarse hasta el artículo 25 de la Ley del Suelo, de 25 de julio de 1.990 para, que de un modo terminante se impidiera a Notarios y Registradores autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva sin que se acreditara la preceptiva licencia de edificación.

Posteriormente **la actual Ley del Suelo de 13 de abril de 1.998, en su artículo 22**, mantiene la misma exigencia al decir: "**los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva ... que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia**".

Por su parte las **Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística, aprobadas por Real Decreto de 4 de julio de 1.997**, mantienen la misma exigencia en **el artículo 46**.

Por último, **la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana de 15 de noviembre de 1.994**, también exige la licencia para obras de nueva construcción.

2) Respecto de las segregaciones ya hemos indicado que la necesidad de licencia viene de antiguo y así lo establecía el antes citado artículo 178 del Texto Refundido de la Ley del Suelo del 76.

Pero como quiera que el artículo 94 de ese mismo texto solo consideraba parcelación urbanística aquella que podía dar lugar a "la constitución de un núcleo de población, en la forma en que éste se defina reglamentariamente", lo cierto es, que al igual que ocurría en las escrituras de obra nueva —de hecho— no se exigía la acreditación de la licencia para autorizar e inscribir.

En el **artículo 259.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1.992** (todavía vigente puesto que la actual Ley del Suelo de 13 de abril de 1.998 lo ha excluido de derogación) se impuso esa acreditación al decir: "**los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad...**".

Por su parte las **Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario** de 1.997 antes citadas reiteran esta exigencia en el **artículo 78**.

En la Comunidad Valenciana la **Ley del Suelo no Urbanizable de 5 de junio de 1.992, en su Disposición Adicional Tercera. 3º) párrafo segundo**, establece que "**los Notarios y Registradores de la Propiedad no podrán autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división, parcelación o segregación de fincas o terrenos en cualesquiera de las clases de suelo, incluida la de suelo no urbanizable, sin la acreditación de la preceptiva licencia municipal... Alternativamente podrán exigir... certificado administrativo de la innecesariedad de la licencia**".

También en el ámbito de la Comunidad Valenciana la **Disposición Adicional Cuarta de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de 15 de noviembre de 1.994** exige licencia para las segregaciones, al igual que el **artículo 82.1 y 2**, que dice: "**1.- Toda parcelación o división de terrenos quedará sujeta a licencia municipal, salvo que el Ayuntamiento certifique o declare su innecesariedad... 2.- De conformidad con lo dispuesto por la Legislación Estatal, los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración administrativa de su innecesariedad...**".

Así pues, en nuestra opinión, en los territorios en los que sea aplicable la Legislación Estatal parece que, ex-artículo 259.3 de la Ley del Suelo del 92 siempre será exigible para autorizar e inscribir la acreditación de la licencia o documento sustitutivo puesto que, aún en los casos de duda, deberá de presentarse documento que declare la "innecesariedad de la misma".

Desde luego que en la Comunidad Valenciana la Ley del Suelo no Urbanizable no deja escape ninguno puesto que tal y como hemos subrayado mantiene esa exigencia en "cualesquiera de las clases de suelo".

3) Respecto de las divisiones horizontales la cuestión es algo más dudosa, puesto que la única norma que impone la necesidad de acreditar la licencia es una norma de carácter reglamentario, sin apoyo en ninguna Ley, ni Estatal ni Valenciana.

En efecto, **el artículo 53 de las Normas Complementarias de 1.997** al hablar de la inscripción de los títulos de división horizontal establece que: "**no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente que se permite mayor número...**".

Se acaba así con la permisibilidad que inauguró la **Resolución de 18 de julio de 1.996**, que consideró que no era necesario licencia para dividir horizontalmente un edificio, por más que en la declaración de obra nueva no se hiciera mención a que contuviera diferentes viviendas.

Ahora bien, son muchos los interrogantes que plantea este artículo 53; en primer lugar su rango reglamentario que parece insuficiente para imponer un requisito en la autorización e inscripción de escrituras que no viene exigido en la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1.960.

No está de más recordar aquí que **la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2.000** anula —entre otras cosas— la nueva redacción dada al artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1.867 de 4 de septiembre de 1.998 con la argumentación de que si bien puede ser hasta razonable que el derecho de vuelo tenga un plazo de duración, **esa limitación deberá, en todo caso, establecerse mediante Ley**.

En segundo lugar, no se resuelve el problema de si la licencia también es exigible a las divisiones horizontales de edificios que con anterioridad a la vigencia de estas Normas Complementarias estaban ya inscritos en el Registro de la Propiedad sin especificación de los elementos que lo componían, cosa bastante frecuente en inscripciones antiguas.

Por último, no se prevé aquí la posibilidad de un documento administrativo de declaración de innecesariedad de la licencia, aunque por analogía lo consideramos aplicable tal y como ocurre en el caso de la segregación.

En fin, para ser congruentes con el propósito enunciado al principio de este artículo, consideramos que, en los casos de duda que pueda plantear la división horizontal, es preferible solicitar —también en la Comunidad Valenciana— del respectivo Ayuntamiento, licencia para la división o documento declarativo de que ésta no es necesaria.

III.- CÓMO SE OBTIENEN POR SILENCIO ADMINISTRATIVO LAS LICENCIAS DE OBRAS, DE SEGREGACIÓN Y DE DIVISIÓN HORIZONTAL EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EN LA VALENCIANA.

Expondremos este apartado adelantando que hoy por hoy no encontramos diferencia entre ambas legislaciones.

La Ley Valenciana del Suelo no Urbanizable de 1992 contiene una regulación del silencio administrativo respecto de la licencia de segregación al decir en su **Disposición Adicional Tercera.2.3º párrafo tercero: "la administración expedirá el certificado de innecesariedad de la licencia en los siguientes casos: ... cuando denunciada la mora en el otorgamiento de la licencia para segregar, en la forma y en los plazos previstos para las licencias de obra mayor y acompañando a la denuncia los títulos de propiedad y la documentación expresiva de la segregación pretendida, el Ayuntamiento... advierta que ha transcurrido el tiempo para resolver expresamente y no aprecie en la división pretendida infracción manifiesta...".**

El que en esta Ley se hable todavía de la denuncia de mora no es sino fruto de la época, puesto que en la legislación Estatal estaba vigente el **artículo 9.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1.955**, que preveía este sistema de la denuncia de mora para obtener por silencio las licencias de parcelación y de construcción al decir que: "**5º. Las licencias para ... parcelaciones ... habrán de otorgarse o denegarse en el plazo de un mes, y las de nueva construcción o reforma de edificios... en el de dos, a contar de la fecha en que la solicitud hubiere ingresado en el Registro General... 7º. Si transcurrieran los plazos... sin que se hubiera notificado resolución expresa... el peticionario de licencia... podrá acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo y si en el plazo de un mes no se notificare acuerdo expreso quedará otorgada la licencia por silencio administrativo...**".

Posteriormente, **el artículo 44 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (RJAP y PAC) de 26 de noviembre de 1992** estableció un sistema que, en esencia, consistía en que para obtener por silencio la aprobación de un acto administrativo no bastaba el simple transcurso del tiempo, sino que era necesario, además, solicitar la certificación de haber ganado por silencio dicho acto y sólo en el caso de obtenerse dicha certificación —o haber transcurrido el plazo para obtenerla— se podía entender ganado el silencio administrativo.

Por su parte el **artículo 48 de las Normas Complementarias de 1997** establecen una regulación del silencio administrativo congruente con la legislación estatal vigente en ese momento que no era otra que la LRJAP y PAC de 1992: ya que al hablar de la licencia de obras (que por analogía consideramos aplicable a la licencia de segregación y de división horizontal) establece: "**En caso de que la concesión de la licencia tenga lugar por acto presunto, se incorporarán a la escritura... a) La certificación administrativa del acto presunto. b) En caso de que no se hubiera expedido esta última el escrito de solicitud de la licencia y en su caso el de denuncia de la mora, el escrito de solicitud del acto presunto, todos ellos sellados por la Administración actuante y la manifestación expresa del actuante de que, en los plazos legalmente establecidos, no se le ha comunicado por la Administración la correspondiente comunicación denegatoria de la licencia solicitada ni tampoco se le ha expedido la certificación del acto presunto**".

Ahora bien, resulta que la denuncia de mora contenida en la Ley Valenciana el Suelo no Urbanizable de 1992 y la certificación del acto presunto de las Normas Complementarias de 1997 habrán de entenderse **inaplicables** en virtud de **la también valenciana Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de 1994, que en su Disposición Adicional Cuarta 1 y 3 y en el artículo 82.3** contiene una regulación del silencio administrativo en la que únicamente se exige el transcurso de un plazo sin haber obtenido resolución expresa.

En efecto, dice la **Disposición Adicional Cuarta: "1. Las licencias urbanísticas otorgarán el derecho a edificar o a realizar actuaciones urbanísticas y se resolverán en los plazos siguientes: A) Las de parcelación o el certificado de su innecesariedad... en el plazo de un mes. B) Las licencias que comporten obras mayores de nueva construcción o de reforma estructural de entidad equivalente a una nueva construcción... habrán de otorgarse o denegarse en el plazo de dos meses... 3. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas u Ordenanzas o, en general, en términos contrarios opuestos o disconformes con las previsiones de la ordenación urbanística. La solicitud de licencia urbanística que no sea resuelta por el ayuntamiento dentro de los plazos legales, sin perjuicio de las prórrogas que sean procedentes, se entenderá estimada, salvo que su contenido sea constitutivo de contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística, en cuyo caso se entenderá desestimada"**.

Por su parte, el **artículo 82** de esta le y establece: **"3. Cabrá acreditar la innecesariedad de la licencia de segregación o de división de terrenos mediante uno de estos medios: ... B) Acreditando que se solicitó la licencia o dicho certificado con la antelación necesaria respecto al momento de otorgar la división sin haber obtenido resolución administrativa expresa dentro de los plazos legales y efectuando declaración jurada de esto último..."**.

Aunque las dos últimas normas transcritas no se refieran a la **licencia de división horizontal** consideramos que, por analogía, también le son aplicables y, al ser asimilable el caso a la "reforma estructural", como opinión más prudente se ha de sujetar al mayor plazo de los previstos, es decir el de **dos meses**.

También en el ámbito estatal se llega a la misma solución que acabamos de ver para la Comunidad Valenciana, puesto que **la Ley 4/1999 de 13 de enero modifica el artículo 43.1 de la RJAP y PAC** exigiendo ahora para ganar el silencio administrativo en los "**procedimientos iniciados a solicitud de interesado**" —como sería el caso de las licencias– el simple transcurso del plazo sin haber obtenido resolución expresa. Así dice este artículo: **"1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada..."**.

Podemos concluir que la denuncia de mora a la que se refería la Ley Valenciana del Suelo no Urbanizable de 1992 y las Normas Complementarias de 1997 no es de aplicación en Valencia como contraria a la Ley Valenciana Reguladora de la Actividad Urbanística de 1994.

Por su parte, la certificación de acto presunto a la que se refiere el artículo 48 de las Normas Complementarias de 1997 ni es aplicable en Valencia por ser contrario a la Legislación Valenciana antes transcrita, ni tampoco es aplicable en territorio sujeto a la Legislación Estatal puesto que la actual versión de 1999 de la RJAP y PAC lo ha suprimido.

En suma, pues, en ambas legislaciones basta el simple transcurso del tiempo sin resolución expresa para ganar por silencio administrativo la aprobación de las licencias.

IV.- CÓMO SE ACREDITA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO PARA AUTORIZAR E INSCRIBIR ESCRITURAS DE OBRA NUEVA, SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN HORIZONTAL EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EN LA VALENCIANA.

A diferencia del apartado anterior y, como vamos a ver, en el presente si que se pueden detectar importantes diferencias entre ambas legislaciones.

La Disposición Adicional Tercera 2.3º. párrafo tercero de la Ley Valenciana del Suelo no Urbanizable de 1992, antes transcrita, regulaba la acreditación del silencio **exigiendo un documento administrativo que así lo certificara** puesto que no otra cosa puede deducirse de

la frase: "**... el Ayuntamiento... advierta que ha transcurrido el tiempo para resolver expresamente y no aprecie en la división pretendida infracción manifiesta...**".

Este sistema (verdaderamente engorroso, puesto que exigía una actividad extra al interesado al imponerle la necesidad de recabar de la Administración —que ya no le había contestado en primera instancia—, un nuevo certificado) ha sido radicalmente transformado por la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de 1994.

En efecto, ya hemos visto en el antes transcrito artículo 82.3 de la citada ley que basta acreditar la solicitud de la licencia, el transcurso del plazo y "declaración jurada" sobre estos extremos (que nosotros traducimos como "manifestación expresa en la escritura") para tener por acreditado el silencio administrativo.

Además, este sistema de "simple manifestación" sobre la ausencia de resolución expresa es, en definitiva, el establecido en el antes transcrito artículo 48 de las Normas Complementarias.

Sin embargo, en territorios donde se aplique la legislación Estatal, la solución no es tan clara y parece que no basta esa simple manifestación expresa.

Así el **artículo 43.5 de la LRAP y PAC de 1992** (redactado conforme a la Ley 4/1999 de 13 de enero) dice: "**Los actos administrativos producidos por silencio administrativo... produce efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de 15 días.**

Pues bien, si pensamos que el artículo que acabamos de transcribir es de una norma legal de rango superior a las Normas Complementarias de 1997 y posterior en el tiempo, es lícito concluir, que en aquellos territorios dónde no existe una regla equivalente al artículo 82.3 de la LRAU Valenciana, no bastará la simple manifestación del interesado sino que será necesario además, "probar" la existencia e ese silencio administrativo positivo. Esta opinión es la que mantiene Rafael Arnaiz Eguren en su libro antes citado.

Pero, como ya decía Castán, la prueba de un hecho negativo —como la ausencia de resolución expresa— es una "probatio diabólica" que nos encierra en un círculo vicioso.

En fin, como solución para estos territorios (y, en general, también en Valencia, para todos aquellos casos en los que el Notario tenga dudas acerca de si efectivamente se ha ganado o no el Silencio Administrativo) proponemos el utilizar el antes citado **artículo 43.5 de la LRAP y PAC y la Disposición Adicional Quinta de la LRAU Valenciana.**

En efecto, ya hemos visto cómo el citado artículo 43.5 admite —aún sin ser imprescindible— el que se pueda solicitar una certificación acreditativa del silencio producido.

Por su parte la **Disposición Adicional Quinta de la LRAU** dice: "**2. Los interesados pueden notificar por su cuenta, a los referidos órganos de la Generalitat su intención de iniciar las obras o actuaciones urbanísticas correspondientes, acompañando... los documentos acreditativos de que desde que solicitaron la licencia han transcurrido los plazos previstos en la precedente Disposición Adicional Cuarta, número 1... El interesado tendrá derecho a que la Generalitat le expida para su uso particular, certificado de haber sido notificada del propósito de iniciar las obras o actuaciones y no haber advertido en ellas contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística...**".

En suma, una cosa es que no sea necesaria la certificación del acto presunto para ganar el silencio administrativo y otra bien distinta es que no la podamos utilizar para preconstituir una prueba que sea suficiente a los efectos del otorgamiento de la escritura y de su inscripción posterior en el Registro de la Propiedad.

En definitiva pues, la solución que proponemos es que el interesado requiera al Notario para que remita copia simple de un Acta al Registro de Entrada del Ayuntamiento (o de la Generalitat

si es en Valencia) donde se justifique la solicitud de licencia, el transcurso de los plazos y se advierta que si transcurren los 15 días sin obtener certificación desde la fecha del correspondiente aviso de recibo se procederá sin más a la formalización del acto aprobado por silencio.

Lógicamente el domicilio que debe constar para todo tipo de notificaciones deberá ser el de la propia Notaria y para cubrir la hipótesis de la contestación "in-itinere" se puede requerir además para que el Notario ponga diligencia "a los 30 días del aviso de recibo" haciendo constar si ha habido o no notificación de la Administración.

V.- CONCLUSIONES.

La posibilidad de establecer conclusiones generales en este tema es más que problemática, puesto que el panorama que dibujan las normas hasta aquí transcritas no puede ser mas desalentador: es un compendio de regulaciones parciales, omisiones y cuando no de abiertas contradicciones.

En efecto, ya hemos visto que la licencia para divisiones horizontales sólo aparece en una norma reglamentaria pero no en ninguna Ley y, además, nos se contempla nada en dicha regulación sobre el silencio administrativo, ni sobre la declaración de innecesariedad de la licencia.

En la Legislación Valenciana se regula de manera contradictoria la acreditación del silencio en la Ley del Suelo no Urbanizable y en la LRAU; además, la primera equipara el plazo para resolver la licencia de segregación con el de la de obras, mientras que la segunda establece plazos distintos y ambas se olvidan de la licencia de división horizontal.

Hay contradicciones entre la acreditación del silencio que regulan las Normas Complementarias y la LRAP y PAC.

Las Normas Complementarias regulan el silencio en las licencias de obra nueva pero no en las de segregación y división Horizontal.

Quedan en el aire preguntas como ¿es competente la Ley Valenciana del Suelo no Urbanizable para aludir a la imposición de sanciones a Notarios y Registradores?, ¿Las Normas Complementarias se limitan a establecer una "Ordenación de Registros" —para lo que tiene competencia exclusiva el Estado ex artículo 149 de la Constitución— o invade competencias urbanísticas de las Autonomías?

En definitiva pues, más que utilizar la analogía, lo que hay que hacer es proveerse de una buena dosis de voluntarismo jurídico para intentar dar una visión coherente de toda esta regulación.

Dicho en otras palabras:

—Si para acreditar que no ha habido resolución expresa aprobatoria de la licencia de segregación basta una "declaración jurada" del interesado, ¿por qué no aplicar este sistema para constatar que la licencia de obras no es contraria a los Planes, Ordenanzas, etc.?

—Si se prevé como sustitutivo de la licencia de segregación un documento administrativo declarativo de su innecesariedad ¿qué obstáculo hay para no aplicar esta solución a la licencia de división horizontal?

—Si las Normas Complementarias al regular la acreditación del silencio administrativo en la licencia de obras admiten como sistema "la manifestación" de no haber resolución expresa ¿qué razón hay para no extender este criterio a las licencias de segregación y división horizontal?

Y, desde esta perspectiva, dado que en los tres tipos de licencia se trata de lograr un control de legalidad Notarial y Registral, proponemos un tratamiento unitario en el régimen jurídico aplicable a las mismas.

En suma:

Centro de Estudios Hipotecarios
Rafael Rivas Andrés
BIBLIOTECA
VALENCIA

1.- En Valencia, consideramos siempre y en todo caso exigible para autorizar e inscribir esos tres tipos de escrituras el que se acredite la existencia de la correspondiente licencia o declaración administrativa de su innecesariedad, con la única excepción de la posibilidad de declarar obras nuevas "antiguas", sin licencia, por el procedimiento especialmente establecido para ello en el artículo 52 de las Normas Complementarias.

2.- Para acreditar el silencio administrativo en Valencia bastaría presentar el documento correspondiente con la fecha de entrada en el Registro General y la manifestación expresa del interesado de que han transcurrido los plazos sin haber obtenido resolución (un mes para la segregación y dos meses para los otros casos).

3.- En territorio donde se aplique la Legislación Estatal consideramos igualmente exigible en todo caso la licencia o documento sustitutivo, y los plazos serían los mismos; y para acreditar el silencio en estos territorios (y en Valencia en los casos de duda) se podrían utilizar el sistema del acta cuyo modelo acompañamos.

VI.- UN MODELO DE CLÁUSULA DE ACREDITACIÓN DEL SILENCIO.

"La licencia que autoriza la declaración de obra nueva/segregación/división horizontal que en esta escritura se formaliza ha sido aprobada por silencio administrativo lo que se acredita en base a:

1.- El documento cuyo testimonio por fotocopia se incorpora a esta matriz extendido en un folio de papel común con el sello de fechas del Registro de Entrada del Ayuntamiento.

2.- El transcurso del plazo de 1/2 meses desde la fecha del sello de entrada que consta en el anterior documento sin haber obtenido resolución expresa, tal y como aquí se manifiesta por el compareciente (y, en su caso, añadir "y resulta de Acta autorizada bajo mi fe el ... con el nº ... de mi protocolo, cuya copia acompañará a la primera de la presente").

3.- La afirmación que aquí se realiza por el compareciente de que las facultades derivadas de la licencia así obtenida no son contrarias a la Ley, los Planes, Proyectos u Ordenanzas urbanísticas, ni es su contenido constitutivo de infracción grave y manifiesta de la ordenación urbanística aplicable.

4.- No ser necesaria la denuncia de mora ni la certificación del acto presunto a que se refiere la Ley Valenciana del Suelo no Urbanizable de 1992 y el artículo 48 de las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario de 1997, puesto que ni la actual Ley Valenciana Reguladora de la Actividad Urbanística de 1994, ni la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de 1992 (reformada en 1999) lo exigen".

VII.- UN MODELO DE ACTA DE SOLICITUD DE CERTIFICACIÓN DEL SILENCIO.

"NÚMERO...
En ..., mi residencia, a ...
Ante mi ..., Notario del Ilustre Colegio de ...
COMPARECE:
D. ...
INTERVIENE:
En su propio nombre y derecho.
Le identifico por el documento reseñado y tiene, a mi juicio, la capacidad necesaria e interés legítimo para este acto, y al efecto:
ME REQUIERE a mí el Notario:

PRIMERO.- Para que envíe por correo certificado con acuse de recibo copia simple de la presente acta al Registro de Entrada del Ayuntamiento... (o, en Valencia, a la Consellería de Obras Públicas y Urbanismo) **a efectos de que se dé por notificado y requerido en los siguientes términos:**

a) Mediante la remisión de la presente el Ayuntamiento/Consellería se entenderá notificado de que el requirente solicitó el otorgamiento de licencia de Obras/Segregación/ División Horizontal, lo que se acredita mediante testimonio por fotocopia del escrito que se presentó en el Registro de Entrada de dicha Administración y que, extendido en un folio de papel común, se incorpora a esta matriz.

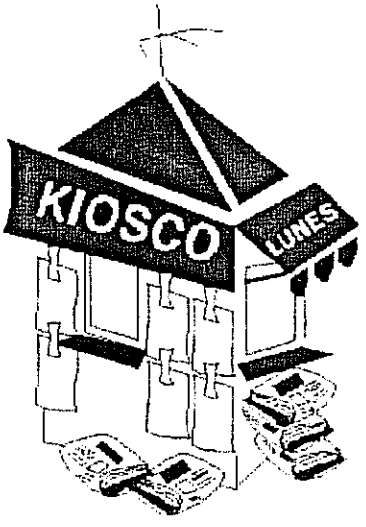
b) Transcurrido el plazo de 1/2 meses desde la fecha que consta en el documento incorporado sin haber obtenido resolución expresa, se notifica al Ayuntamiento/Consellería que se ha obtenido por silencio administrativo la aprobación de la licencia solicitada.

c) Por la presente se requiere al Ayuntamiento/Consellería para que expida certificación del silencio administrativo así obtenido, bajo el apercibimiento de que si transcurren 15 días desde la fecha de entrada de la presente en el Registro de dicha entidad sin resolución expresa, se procederá sin más a la formalización y ejecución del acto administrativo de referencia.

d) Se designa como domicilio de notificaciones a efectos de lo aquí solicitado el de la propia Notaria remitente, en...

SEGUNDO.- Igualmente me requiere a mi el Notario para que, transcurridos 30 días desde la fecha del correspondiente aviso de recibo, extienda diligencia expresiva de si ha habido o no contestación de la Administración.

ACEPTO EL REQUERIMIENTO y, sin nada más que hacer constar, doy por finalizada este acta que, por su elección, leo al compareciente, el cuál la aprueba y firma conmigo, el Notario que de su total contenido en el presente folio, DOY FE".



Dictámenes.

Sentencias anulatorias en materia tributaria.

Julio Banacloche (*)

(Tomado de la Revista "Impuestos", núm. 18, septiembre 2000)

Si las bicicletas son para el verano, menos en Holanda que son para todo el año, parece que también la tributación se calienta especialmente en los estíos de la Madre Iberia. Los profesionales de la tributación andaban recuperándose de las campañas de los impuestos sobre la renta ganada, cuando tuvieron que entrar en el estudio de los Reales Decretos-Leyes <<liberalizadores>> y, aún estaban en su asimilación, cuando les llegan noticias de sentencias que anulan preceptos tributarios que han originado muchos quebraderos de cabeza.

Ciertamente se trata de sentencias de distintos Tribunales y referidas a disposiciones diversas, pero en las dos que aquí se consideran, el profesional puede aprender el arte del debate jurídico, revisar los principios de la lógica y tomar en cuenta las novedades que la doctrina de los Tribunales incorporan. Otros, además, verán satisfechas sus predicciones.

I.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 19 DE JULIO DE 2000, POR LA QUE SE DECLARAN INCONSTITUCIONALES Y NULOS LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 4ª DE LA LEY 8/1989, DE 13 DE ABRIL, DE TASAS Y PRECIOS PÚBLICOS Y EL ARTÍCULO 14.7 DEL TEXTO REFUNDIDO DEL ITP.

<<Sicilia, 1943...>>, como empezaba sus historias la protagonista de más edad en la serie televisiva <<Las chicas de oro>>. Hace once años. Era en un hotel-castillo en La Carihuela. Acababa de comentar palabra a palabra la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Tasas y Precios Públicos. Al acabar mi Ponencia, cuando salía de la sala, encontré a mi aventajado alumno de licenciatura en el CEU. El número uno de su promoción, porque no quiso ser el dos de la anterior. Aún recuerdo sus palabras cuando le comenté mi intervención: <<Pues yo soy el autor>>. Con todo el afecto que nos tenemos desde sus 19 años, le consolé recordándole que los autores de las leyes son Las Cortes. Y este recuerdo no es un excursus, sino la realidad que se refleja en la sentencia en la que se recoge que el Congreso de los Diputados es parte personada.

Poco o nada valía aquella intervención mía o los escritos de tan excelentes maestros o la valiente sentencia que definía la Disposición Adicional 4ª como una <<burda ficción>> mientras el Tribunal Constitucional no se pronunciase. Ya hubo otra sentencia sobre otros preceptos de la Ley y a todos nos extrañaba el retraso en este pronunciamiento (¡once años desde la interposición del recurso!, ¡diez desde el cumplimiento del trámite de alegaciones!). Pero ya está aquí.

a) se declara la nulidad e inconstitucionalidad de la Disposición Adicional 4ª porque aún puede ser de aplicación en alguna pendencia y también la del apartado 7 del artículo 14 del Texto Refundido del ITP y AJD porque, por su propia naturaleza, sólo recogía normas legales dispersas, y porque su texto es casi idéntico al de la Disposición Adicional.

NOTA:

(*) Inspector Técnico Fiscal del Estado e Inspector de los Servicios del Ministerio, excedente por ser Profesor Titular de Economía Aplicada UCM.

Inconstitucional y nulo, referido a un precepto, quiere decir excluido del ordenamiento jurídico desde su origen. Nunca pudo producir efectos jurídicos su aplicación. Pero el respeto al principio de seguridad jurídica determina al Tribunal Constitucional, en este caso, incluir la advertencia de que no se aplique este motivo de revisión respecto de aquellas situaciones que hubieran adquirido firmeza.

Todo un problema. No sólo es que habrá que entender que es así sólo cuando el Tribunal Constitucional expresamente lo diga y no cuando no señale tal salvedad. No sólo es que en las situaciones firmes habrá que acudir a la reciente sentencia de este Tribunal que permite reclamar por daños producidos por el funcionamiento de las Cortes. No sólo es que se discrimina respecto a quien, sin allanamiento o inactividad, agotó todas las posibilidades de recurso sin ver atendidas sus pretensiones, ahora confirmadas, sabiendo que el Tribunal Constitucional no es una instancia más. Es algo más. Se trata de encontrar respuesta a cómo es posible que el principio de la seguridad jurídica de los ciudadanos pueda originar su inseguridad admitiendo que son inatacables las situaciones fundamentadas en un precepto declarado inconstitucional y nulo.

Ya se sabe, y la sentencia lo invoca, lo que dice el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. pero para el que puede pensar y tiene derecho a ello, hay que permitirle que discrepe de esa posibilidad en un Estado de Derecho. Ni siquiera la <<seguridad jurídica de la colectividad>> puede justificar que queden sin remedio las consecuencias producidas por la aplicación de un precepto declarado inconstitucional y nulo. Parece que es una contradicción insalvable, exigir que las leyes se ajusten a la Constitución y que se permita que, en caso de violación, deben permanecer sus efectos. En el límite del razonamiento, una norma arbitraria, ajena a toda justificación jurídica, alejada de cualquier ordenación democrática y social, debe ser respetada en sus efectos cuando se declara nula e inconstitucional. Eso, unido al retraso quizá ineludible de las sentencias, llevaría a situaciones aberrantes y antidemocráticas.

b) Lo demás, es sencillo de prever: ya no se aplicará el artículo 14.7 del Texto Refundido del ITP y se anularán las liquidaciones practicadas con su fundamento o el de la Disposición Adicional 4ª de la Ley de 1989 que aún estén pendientes de resolver.

c) Pero tampoco queda todo ahí: el <<valor real>> queda malparado. Tenía que ser así. Desde luego, la discrepancia sobre ese valor no origina conducta sancionable. Pero hay más. Y sobre ello se pronuncia la sentencia: la conjetura que llevara a entender que se está ocultando el precio real porque existe una diferencia cualificada entre el valor comprobado y el consignado en el documento, sólo sería <<lógica y razonable si nuestro ordenamiento fijara el contenido exacto de la expresión "valor real">>. Pero éste <<es una magnitud indeterminada>> (recuerdo de las sentencias: valor real es el que no es irreal, el que no es ficticio; recuerdo del Derecho romano: <<Tanto vale una cosa, como en lo que se puede vender>>) al no determinarse <<qué debe entenderse por valor real>> ni especificar <<los parámetros que deben emplear en todo caso los sujetos pasivos del ITP para determinarlo>>, razón por la cual <<las discrepancias son lógicas y razonables e, incluso, frecuentes>>. Y hasta tal punto es así que el artículo 25 de la Ley 1/1998 <<autoriza —que no obliga— a los contribuyentes a consultar a la Administración sobre el valor>> de los bienes a transmitir.

<<La ley ni define qué debe entenderse por valor real ni especifica qué criterios o parámetros —de entre los múltiples y heterogéneos que existen— deben tenerse en cuenta a la hora de fijarlos>>. <<No resulta aventurado afirmar que la tarea de comprobar el "valor real"... lejos de arrojar una cifra —en pesetas— exacta, incontrovertible o, al menos previsible, dentro de un margen razonable, normalmente dará lugar a tantos resultados como peritos la lleven a cabo>>. <<La imposibilidad de cifrar *a priori* el "valor real", no resultando un obstáculo para que dicho concepto pueda servir de parámetro a fin de cuantificar un tributo, constituye, sin embargo, un escollo insalvable para definir el tipo infractor>>.

Léase con atención este razonamiento y reflexiónese sin apasionamiento que en nuestro Estado de Derecho tenemos un impuesto cuya base imponible, para operaciones en las que existe precio pactado y medios de pago comprobables, es una magnitud indeterminada, aunque pueda ser determinable *a posteriori* mediante tasación pericial. Base imponible, magnitud indeterminada, sobre la que se obliga a autoliquidar. Y, ahora sí, de esa reflexión deberá deducirse si puede ser constitucional un impuesto así diseñado.

En las explicaciones a alumnos es sencillo el ejemplo: si una persona compra un piso a un promotor, se tributa por IVA y la base imponible

es la contraprestación de modo que las ocultaciones se corrigen mediante comprobación y con sanciones; pero si el adquirente antes de utilizar el piso, decide venderlo incluso por el mismo precio en que lo compró, el impuesto exigible (no siempre es posible la renuncia a la exención del IVA) es el ITP y ese mismo piso, vendido incluso en la misma fecha, ya no tributa por el precio pactado, sino por el <<valor real>>, que no se sabe qué es y que ni siquiera tendría por qué ser el precio de mercado, lo que tampoco exige el IVA ni siquiera en operaciones vinculadas.

Esta ha sido la gran polémica suscitada por la sentencia. No en sus términos jurídicos, sino en la práctica. O es correcto autoliquidar el ITP por el precio pactado y escriturado (sin perjuicio de la comprobación y de las sanciones por ocultación) o, aceptado que la base imponible según la ley es el <<valor real>>, no cabe la autoliquidación mientras no se regulen <<los parámetros que deben emplear en todo caso los sujetos pasivos>> o, si se sigue exigiendo la autoliquidación, no cabe una comprobación válida mientras esos parámetros no se regulen. La llamada al artículo 52 LGT es injustificada cuando existe un precio comprobable en su realidad y no es aplicable, desde luego, a la autoliquidación, porque es un trámite propio del procedimiento de gestión.

d) La sentencia, quizá por la expectación con que se esperaba, sabe a poco (<<Poca sangre>>, decía al salir el veterano Inspector de los Servicios después de la <<trinca>> del primer ejercicio de la oposición de 1979). Aunque también influye el hecho de que, resuelto el asunto por otra vía, no se entra a considerar la batería de motivos de oposición de los 78 Diputados (PP y CIU) recurrentes: 1) se lesionan los principios constitucionales de capacidad económica y de igualdad cuando unas transmisiones onerosas quedan sujetas a la Disposición Adicional mientras que no lo están las gravadas por el IVA o en las que son personas jurídicas los transmitentes; 2) se lesiona el principio de no confiscación cuando por <<el exceso>> se tributa por ITP y, además, por IRPF y por ISD; 3) se lesiona el principio de legalidad (art. 31.1 CE) porque la norma es vaga, imprecisa e incompleta, encubriendo una sanción; 4) se socava el principio de justicia (sistema tributario justo) al infringir los anteriores principios; 5) se lesiona la seguridad jurídica porque <<no resulta claro, y menos fácil y sencillo, precisar qué es exactamente lo que ordena>>, los <<términos gramaticales son confusos e inadecuados>>, no se sabe cuáles son los <<efectos jurídicos>> y se refiere a un valor comprobado, posterior a la declaración; 6) se ha vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad porque la norma genera desigualdad, el fin de la ley es constitucionalmente ilícito o inadecuado y supone desproporción entre el fin y los medios; 7) se vulneran los principios de garantía de mercado (art. 38 CE) y de defensa de los consumidores (art. 51.1 CE) al obligar a actuar con precio tasado; 8) y se vulneran los principios generales del ordenamiento al transformar artificiosamente la compraventa y la donación mediante normas forzadamente diseñadas.

Todo un dictamen con el que se puede coincidir o no, en todo o en parte, pero un dictamen jurídico en fin que, como todos, enseñan. Y lo mismo ocurre con la contestación del Abogado del Estado: 1) el principio de generalidad no impone una uniformidad absoluta de tratamiento tributario para todo tipo de actuaciones o de personas; 2) no se lesiona el principio de igualdad porque situaciones iguales se tratan igual (con una aventurada excursión: en las transmisiones civiles se hacen figurar, en mayor medida, cantidades inferiores al precio, lo que no ocurre así en las operaciones de profesionales y empresas) y si hay diferencias para personas físicas y jurídicas también las hay en el IRPF (progresivo) respecto del IS (proporcional); 3) no se produce confiscación; 4) no se confunde compraventa con donación, el ISD no recae sobre éstas sino sobre los incrementos derivados de las mismas; 5) la norma no es sancionadora; 6) no se lesiona la seguridad jurídica porque la norma sea compleja y no debe serlo tanto (recidiva del reiterado argumento frente a la falta de motivación) cuando los recurrentes han podido analizar sus consecuencias; 7) no hay incertidumbre en la comprobación de valores que está regulada y admite la tasación pericial contradictoria; 8) la norma no es arbitraria no es discriminatoria, ni es injustificada o caprichosa; 9) no se lesionan principios generales porque la base imponible no es el precio, sino el valor real. Otro dictamen excelente. De nuevo con luces y sombras para el lector. Como ocurre con todos los dictámenes.

e) Si se permite, sólo se señala aquí la discrepancia sobre el procedimiento legislador y la posibilidad de incluir un precepto sustantivo por la vía de enmienda en el trámite en el Senado. La sentencia considera que no se han restringido las facultades del Congreso y que no existe inconstitucionalidad por este motivo.

f) La sentencia aprovecha el único fallo evidente del dictamen de la defensa que pretendía mantener que no se impedía escriturar un precio y liquidar por el valor real superior. Basta leer la Circular 4/1998 de la DGT, que elimina esa posibilidad, y atender a la literalidad de la norma (referida a documento y no a autoliquidación) para destruir ese motivo de defensa.

Y, lo siguiente, sólo es atender a la finalidad de la norma: agravar las consecuencias fiscales para quien haga constar <<un precio notoriamente inferior al real de la operación>>. Es posible que el legislador corrija incumplimientos o los disuada mediante normas no sancionadoras (en este caso, las <<repercusiones tributarias>> de plus de comprobación). Pero es que la diferencia de valor declarado y comprobado <<ni supone directamente la existencia de fraude fiscal ni constituye un hecho del que pueda deducirse una ocultación del precio real>>. Esa diferencia puede provenir también de la mera discrepancia de valoración, de la situación coyuntural del mercado, de la necesidad perentoria de liquidez o, en fin, del simple desconocimiento de los precios de mercado.

En definitiva, la Disposición Adicional 4ª estableció una presunción iuris et de iure de defraudación, sin establecer excepciones ni considerar las razones para que existan diferencias de valor. Es una ficción que no admite prueba en contrario. Ficción que lleva a exigir sobre una parte del valor no sólo el impuesto propio de las transmisiones lucrativas, sino también el exigible en las onerosas. Se tratan igual situaciones diversas: quien oculta el precio, quien simula el verdadero negocio y quien mantiene sólo una discrepancia en la valoración. <<Tampoco parece demasiado congruente>> con el tratamiento previsto para quien del mismo modo defrauda en operaciones sujetas y gravadas por el IVA. En definitiva, se trata de una situación incompatible con un sistema tributario justo, lesionando el principio de capacidad económica, al hacer tributar por <<una riqueza inexistente>>.

<<Carece de toda justificación razonable y resulta por tanto arbitrario fingir que una misma transmisión de una porción del bien o derecho... ha tenido lugar simultáneamente de forma onerosa y gratuita>> (por el empleo de la palabra <<arbitrariedad>> se disgustó conmigo mi mejor amigo porque, según creí yo entender, la arbitrariedad no se podía dar cuando se aplica una ley). La contradicción con el principio de capacidad económica, dice la sentencia, es manifiesta cuando se piensa en que, a efectos del IRPF, en esa operación pudieron existir disminuciones patrimoniales o renta no sujeta por aplicación de porcentajes reductores.

Finalmente, la sentencia entiende que si se tratara de establecer una sanción, la regulación no ha sido constitucionalmente adecuada. Falta la tipificación, falta la descripción cierta de la conducta ilícita. Una infracción así sancionada lesionaría el artículo 24 de la Constitución y el principio de seguridad jurídica. Pero la sentencia también considera que esta argumentación es superflua. La disposición adicional 4ª no ha establecido una sanción, sino una liquidación tributaria que, como se ha fundamentado antes, adolece de inconstitucionalidad. Y, puesto que el artículo 14.7 del Texto Refundido del ITP incorpora el texto de aquella norma, no por sucesión sino por refundición, también se declara nulo e inconstitucional.

Tiempo de Derecho. Este verano, cada mañana, pedaleando sobre mi bicicleta vieja, leía en la tapia blanca: <<¡300 anys ocupats! Independència>>. Fue el problema de los Fueros. La reacción contra los defensores de los derechos del Archiduque Carlos frente a Felipe de Anjou. Y todo eso en tierra de la antigua Hemeroscopion, de los griegos; de la antigua Diana, de los romanos.

II.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE MAYO DE 2000, POR LA QUE SE DECLARAN: ILEGAL, EL ARTÍCULO 78.3 D) DEL REAL DECRETO 214/1999; NULOS, EL ARTÍCULO 78.2.1ª, INCISO SEGUNDO; EL ARTÍCULO 78.3 D), 2ª; EL ARTÍCULO 76.1.2ª; EL ARTÍCULO 88.1, PÁRRAFO PRIMERO; EL ARTÍCULO 93, PÁRRAFO SEGUNDO; Y SE REITERA QUE FUERON ANULADOS: EL ARTÍCULO 93, PÁRRAFO PRIMERO DEL REAL DECRETO 214/1999 Y EL ARTÍCULO 62.3 DEL REAL DECRETO 537/1997.

No ha sido mía sólo la calificación de 1985 como el año fiscal nefasto de la historia próxima de nuestra tributación. Y tampoco debe ser mía la que califica el Reglamento del IRPF como el más veces anulado en varios de sus preceptos. Algo pasó en 1998/1999 por los redactores de normas reglamentarias. En mi tierra dirían que al <<regulador reglamentario>> lo miró un tuerto, dicho sea con el máximo respeto y consideración a quienes sufren esta discapacidad. En todo caso, siendo un Real Decreto, la culpa (en los preimpresos al uso

de nuestros expedientes sancionadores se leería: <<dolo, culpa o, cuando menos, negligencia>>), como en el dicho italiano (<<Piove. ¡Porco Governo!>>) es del Ejecutivo.

El Real Decreto 214/1999 se aprobó el 5 de febrero. El día 19 se interpuso recurso y el día 19 de mayo de 2000 se sentencia. Ahí queda eso. Para que luego digan las malas lenguas.

Creo que es en la regla de San Benito donde se dice no sólo que el hospedero de los monasterios debe ser hombre afable, comprensivo y lleno del espíritu de Dios, sino también que deberá haber dos comidas: la de los frailes y la del <<abad y los huéspedes>>. Siempre me llamó la atención no ya esa diferencia (que se justifica en la regla para evitar que comiendo juntos con los huéspedes se distraigan los monjes), sino que el abad se uniera a la comida de los que se deben tratar con deferencia. En mis tiempos de <<El Parral>>, con los Jerónimos, en el comedor estábamos todos y los huéspedes sólo quedaban excluidos de ver besados sus zapatos por el lector cuando cometía un error en su lectura.

Todo esto viene a cuento en recuerdo a la ventaja que supone <<haber sido cocinero antes que fraile>>. Se conoció el mundo y las debilidades de la carne y se tiene un grado mayor de comprensión sobre lo que se ha hecho. El Ponente de la sentencia ha sido el Excmo. Sr. Don Alfonso Gota Losada, que fue antes que Magistrado Inspector de los Tributos, Inspector de los Servicios, Inspector General, varias veces Director General del Ministerio y, siempre, maestro en tributación y en ese difícil arte (verdadera gracia que Dios dispensa tan sólo a algunos) de escribir muy bien.

Como es una apreciación mía la puedo asumir a mi costa. Me parece que al Ponente no le ha gustado —ni a mí tampoco— el nuevo método de fijación de retenciones en rendimientos del trabajo. Y si ya hubo célebre que dijo aquello de: <<Los inventos con gaseosa>>, también la consideración de esta sentencia me recuerda la otras veces evocada sesión en El Paular (los fines de semana del año 1977 preparando los textos de la reforma de 1978) en la que se debatía sobre las funciones de los pagos a cuenta (asegurar ingresos corrientes previos al tiempo de liquidación, facilitar el control de rentas, asegurar la ilusión financiera que hace que parezca que se tributa menos). Alguien se quedó solo proponiendo un porcentaje único y reducido.

1) Rechaza la sentencia la oposición del Abogado del Estado a la legitimación para recurrir a la Cámara de Comercio porque no le incumbe velar por los derechos de los asalariados ni es una asociación de cónyuges separados con obligación de satisfacer pensiones compensatoria o de esposos con cónyuge a cargo... Para el Tribunal Supremo la legitimación es evidente porque la Camara de Comercio recurrente sí que tiene como misión la defensa de los derechos de los empresarios que están obligados a retener.

Bastaría aquí esta breve reseña, pero no es así. Como se leía en la sentencia de 29 de febrero de 1996 del Tribunal Supremo, la retención es una obligación <<de hacer>>, se repite en esta sentencia añadiendo que se trata de una obligación <<gravosa y compleja>>. Me gustaría que los maestros del Derecho Tributario insistieran en este aspecto de nuestra tributación, porque mis cortas y casi apagadas luces me impiden entender cómo en el procedimiento de gestión se incluyen *pari gradu* las obligaciones de dar (tributar) y las de hacer (tomar de otro para ingresar en el Tesoro). Me da la sensación de que se considera las retenciones como una deuda tributaria <<propia>> del retenedor y no es así, al menos, según el Tribunal Supremo. Y si mi sensación es cierta y la regulación del procedimiento de gestión en la LGT se refiere a sujetos pasivos, hechos imponibles, bases imponibles... considero que aplicar estos preceptos a una obligación <<de hacer>>, en la que no hay contribuyente (ni sustituto: el pago a cuenta no es el impuesto del retenido), ni hecho imponible, ni base imponible, ni cuota, es improcedente. Y espero y deseo que alguna vez lo diga así el Tribunal Supremo.

2) Se declara *nulo y contrario a Derecho* el artículo 78.2.1ª del RIRPF que, al atender a las **retribuciones variables** para fijar el porcentaje de retención, dice que su importe <<no podrá ser inferior al de las obtenidas durante el año anterior, salvo que concurran circunstancias que permitan acreditar de manera objetiva un importe inferior>>. Nulo y contrario a Derecho quiere decir sin valor *ab origine, ex tunc, in radice*. Nunca ha sido aplicable.

El Abogado del Estado entiende que no es absoluto un límite que admite excepciones, que la lógica demuestra que las retribuciones variables crecen cada año, que se evita dejar al albur o capricho del retenedor el cómputo de estas retribuciones y que se ha mejorado al computarse los gastos y reducciones.

Y la sentencia recuerda que el antecedente de esa previsión apareció en el segundo Regla-

mento del IRPF, de 1981, de modo que la actual regulación <<ha seguido en esta cuestión concreta las normas anteriores>>. Ojo, pues, al parche, porque lo que se resuelva luego, tiene que ver con el pasado. Con un pasado conflictivo, espinoso, escabroso, doloroso, sólo remediado, a veces, por aisladas sentencias en vía contenciosa.

Para la sentencia esa previsión reglamentaria <<parte de una presunción claramente probabilística, consistente en que la tendencia predominante es que las retribuciones variables aumentan de año en año>>. Esta presunción admite la prueba en contrario. Pero es una presunción que se crea por reglamento, en contra de lo establecido en el artículo 118 LGT, por lo que el precepto carece de apoyo legal y es nulo de pleno derecho. ¡Olé!

3) Se declara *ilegal el artículo 78.3 d)* en cuanto no admite en el cálculo de la base de retención el cómputo de la reducción del **mínimo familiar correspondiente a los ascendientes mayores de 65 años** que convivan y dependan del contribuyente.

Se dice en la sentencia que no se encuentra en la Memoria jurídica y económica justificativa del reglamento explicación o razón alguna que fundamente dicha exclusión, sino que al contrario, la Exposición de Motivos reitera que se pretende <<el mayor ajuste posible>> entre la cuota líquida y la retención. Y en el dictamen del Consejo de Estado se recuerda que <<si lo retenido es más cantidad de lo debido, el concepto de deuda tributaria —que es legal— se desvirtúa>>. La sentencia analiza el mandato de la ley que obliga a tomar como <<referencia>> (relación o dependencia o semejanza, según el Diccionario) en la determinación de las retenciones <<el importe que resultaría de aplicar las tarifas a la base de la retención o ingreso a cuenta>>.

Y, a la vista de estos antecedentes empieza destacando que el reglamento es impreciso al referirse a <<base de retención o ingreso a cuenta>>, concepto este nuevo, no definido todavía en el Ley 40/1998, en el que obviamente deberían entrar en juego los ajustes de los rendimientos irregulares, los gastos más importantes y los mínimos personal y familiar. De modo que se ha sustituido el sistema tradicional de la tabla de doble entrada (cuantía y circunstancias familiares) <<por el tipo medio del impuesto correspondiente a la base imponible derivada aisladamente de dichos rendimientos>>. O sea, en términos de boxeo, dos golpes seguidos.

Empieza aquí a emplearse lo que, reiteradamente en la sentencia, se denomina <<principio inmanente>> de las retenciones (mandato legal de su aproximación a la cuota liquidable por el impuesto: ver Exposición de Motivos), que es como el fiel contraste que sirve para contrastar los preceptos en cuestión.

La Sala no encuentra razón alguna de peso que justifique la exclusión. Resulta absurdo que se excluya la reducción por el mínimo familiar correspondiente a los padres ancianos que conviven y dependen de sus hijos, <<en lugar de condenarlos a vivir preteridos y olvidados en residencias extrañas>> (no se diga que no es precioso el pasaje). Por lo tanto, esa exclusión <<carece de justificación y, por ello, es arbitraria>>. Así de fácil. Con elegancia. <<Hoy no se fía, mañana sí>>, reza el cartel.

4) Se declara *nulo de pleno derecho el artículo 78.3 d) 2º* en cuanto, a efectos de cálculo de la base de retención, **sólo permite reducir la mitad del mínimo familiar correspondiente a descendientes menores de 25 años que convivan** con el contribuyente.

Según el parecer del Abogado de Estado esta previsión reglamentaria se justifica por dos motivos: 1) porque al empezar el período impositivo no se puede determinar el importe exacto del mínimo familiar; y 2) porque las oficinas de gestión no podrían practicar liquidación provisional por cuota positiva a los contribuyentes no obligados a presentar declaración para los que el mínimo familiar definitivo no coincidiese, por causa del prorrateo, con el total importe de aquél.

Señala la sentencia que en las Memorias jurídica y económica no se justifica esa razón, mientras que, en cambio, en el informe de la Secretaría Genera Técnica se dice que <<no se alcanza a comprender>> el cómputo por la mitad. Y en el mismo sentido se manifestó el informe de la Asociación Española de Banca. Y, examinando las previsiones de la ley, dice la sentencia: <<Salta a la vista que existe una clara discordancia>>. De modo que ni se comparte el primer motivo alegado por el Abogado del Estado porque corresponde al contribuyente soltero, separado legalmente, divorciado o viudo, con descendientes menores de 25 años, prever cuál será su situación a 31 de diciembre, de modo que si estima que no se producirán cambios tiene derecho a que se considere el mínimo familiar por descendientes en su integridad. Y considera que existe un error *iuris* en el reglamento, porque debió incluir en el

artículo 81 la posible regularización del tipo de retención por modificaciones del estado civil, como prevé para la renta del cónyuge <<a cargo>>, en vez de <<yugular los efectos> de dicho cambio, por lo que tampoco se comparte el segundo motivo alegado por el Abogado del Estado. Y se declara nula la previsión reglamentaria.

5) Se declara *nulo de pleno derecho* el artículo 76.2 d) que limita la condición de **<<cónyuge a cargo>>** a aquel que no obtenga rentas anuales superiores a 100.000 pesetas, incluidas las exentas.

Advierte la sentencia que señalar una cifra exacta produce el conocido error de salto de las tarifas progresivas <<por clases>> y la corrección de este efecto no se ha hecho en el artículo 81 que dispone que, en caso de regularización, <<el incremento de la cuota de retención resultante tendrá como límite el incremento de retenciones>>, cuando es evidente que las retribuciones del cónyuge trabajador no experimentan aumento alguno, sino que esto se produce en la renta de sus cónyuges. Y tampoco ha incluido la corrección procedente cuando se pasa de la situación de exención a la de no exención, corrección que consiste en reducir la cuota para mantener la integridad de la cifra exenta.

No se trata de negar la confiscación alegada por la recurrente, como hace el Abogado del Estado, sino de evitar, en la medida de lo posible, que existan devoluciones, dado que <<su existencia y entidad marca el desacierto del sistema de retenciones>>. Apúntese, pues, esta consideración a la vista de que, a pesar del nuevo complejo sistema, aún se han producido devoluciones con entidad cuantitativa insatisfactoria.

Pero, además, dice la sentencia que <<es incorrecto e injusto decir que el cónyuge que no tiene rentas o éstas no exceden de 100.000 ptas. *está a cargo* del otro cónyuge>> —lo que también apunté yo en su día—, sin tener en cuenta el régimen económico matrimonial ni lo exiguo de la cifra. De modo que involucrar en la retención por las retribuciones de un cónyuge las rentas obtenidas por el otro **<<hace que el sistema se vuelva errático>>**, porque los efectos de la acumulación de todas las rentas es tarea de la liquidación del impuesto, de modo que la conclusión a que se llega es que el límite de 100.000 pesetas <<no solo es inválido por su muy reducida cuantía, sino que también lo es porque violenta la lógica del sistema de retenciones>>. Por lo tanto, en cuanto esta previsión puede producir los efectos señalados por la recurrente y en cuanto que esos efectos no se pueden subsanar regulando adecuadamente las correcciones del <<salto de tipo>>, se declara nula tal previsión.

6) Se desestima, en cambio, la impugnación de los artículos 78.3 f) y 79.2 que obligan a aportar al pagador **testimonio literal de la resolución judicial sobre pensiones compensatorias y derechos de alimentos en favor de los hijos.**

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2000 ya ha resuelto que el principio de protección de la intimidad permite su renuncia. O lo que es igual: todo contribuyente puede negarse a aportar ese testimonio literal a cambio de soportar mayores retenciones.

Este respeto al principio de unidad de doctrina es loable, pero no impide la revisión de lo antes mantenido. Con reiteración, en distintas y recientes sentencias, considera el Tribunal Supremo que las retenciones inciden en el principio de capacidad económica. Y, siendo de este modo, parece que la doctrina debe ser más radical: o es obligada la sumisión del principio de garantía de la intimidad al de la contribución de todos según la propia capacidad económica, en cuyo caso, no se puede hacer depender el importe de la retención de una opción personal de cada contribuyente; o, aceptando que la liquidación es el acto por el que se fija la tributación de cada contribuyente, se debe proteger su intimidad en trámites previos a aquélla sin aceptar como constitucional la previsión reglamentaria que establece la comunicación a particulares terceros de datos personales y familiares que no es preciso que sean comunicados. No se trata de permitir una opción, sino de evitar que un precepto regule como <<normal>> la renuncia a un principio fundamental de la persona.

7) *Se reitera la anulación del artículo 88.1* que exigía la **retención al 20% sobre los ingresos íntegros de los profesionales**, cuestión enla que se entra aunque la previsión reglamentaria impugnada ya ha sido anulada y corregida por norma posterior (RD 1968/1999).

Se trata de recordar que las retenciones se calculan sobre los rendimientos íntegros de los profesionales y que esta circunstancia lesiona el <<principio inmanente>> que exige adecuar las retenciones, en la medida de lo posible, a la progresividad propia del impuesto. De modo que, comprobado que en el expediente administrativo falta el necesario estudio estadístico de las diversas (116) profesiones tarifadas en el IAE, se considera que el 20% es excesivo al no haberse calculado, como se hizo para las retenciones por rendi-

mientos del trabajo, <<el tipo medio efectivo del IRPF>>. El reglamento olvida, por otra parte, que, frente a lo normal en los rendimientos del trabajo (un solo pagador), para los profesionales no es posible personalizar las retenciones, lo que *obliga a aplicar tipos de retención bajos*. El reglamento no ha comprendido que la recaudación del impuesto no se consigue satisfactoriamente por medio de retenciones con un solo tipo, sino mediante un sistema adecuado de pagos fraccionados.

E interesa destacar a la sentencia **<<la incongruencia que existe entre el tipo de retención del 20% que opera sobre los ingresos íntegros y el mismo tipo fijo... sobre rendimientos netos que es aplicable a los pagos fraccionados>>** cuando debería ser al revés. Y, en éste el análisis histórico de los sistemas de pagos fraccionados, se recuerda que se ha pasado **<<desde el muy perfecto del Reglamento del IRPF de 1979>>** al actual en que el pago fraccionado se convierte en <<mero sustituto de las retenciones>> cuando éstas no existen por las circunstancias personales del pagador. Y la sentencia destaca que las retenciones sobre ingresos íntegros son un **<<medio tosco y por ello deben tener un tipo muy mesurado>>** para evitar lesionar el principio de capacidad económica.

Y en este <<repaso>>, consciente y riguroso, se añade, sorprendentemente, algo más: la Sala estima la impugnación *<<advirtiendo que la sustancial disminución del tipo de retenciones no debe ser compensada o amortiguada por el correlativo aumento de los pagos fraccionados porque ello convertiría este pronunciamiento de la sentencia en algo írrito>>*.

¿A qué viene esto se preguntará el lector? Pues verá. Se trata de que hace más de veinte años varios maestros y un novicio se reunieron para decidir una forma sencilla de alabar a Dios. Así surgió el canto gregoriano. Insuperable e insuperado. Ahora se emplea en iglesias y monasterios complicados instrumentos acústicos que entorpecen la meditación en vez de invitar a ella. Y un monje que fue, primero, cocinero y, luego, abad, no quiso dejar que pasara la ocasión sin aplicar la admonición preventiva que es el remedio más recomendable para superar las tentaciones de los monjes inquietados en sus sueños por la rebeldía de la juventud.

8) También *se reitera la anulación del artículo 93* que regula la **retención al 20% de los rendimientos por arrendamiento de inmuebles**. Se trata, de nuevo, de una previsión ya anulada (TS 18-3-00).

9) Y se reitera la *anulación del artículo 62.3 RIS*, también referido a la retención al 20% de los rendimientos por arrendamiento de inmuebles obtenidos por sociedades, que, igual que la anterior previsión reglamentaria, fue anulado (TS 2-3-00).

En este caso y en el anterior, se echa de menos la sentencia que, en su día aclare si cuando la norma se refiere a <<arrendamientos>> se puede incluir (art. 23 LGT) en ese concepto jurídico constituciones o cesiones de derechos reales que pueden llevar a la utilización por terceros de elementos comunes de un edificio con instalaciones estables mediante retribución.

10) Finalmente, se desestima la impugnación del *artículo 57 RIS* en cuanto no declara exentos de retención los **rendimientos de capital obtenidos por los fondos de pensiones** cuyo tipo de tributación es el 0%.

Da la sensación deque la sentencia está agotada. Veáse, si no, este argumento: <<De acuerdo con la lógica interna del Impuesto sobre Sociedades, los Fondos de Pensiones deberían hallarse libres de retención, **pero razones pragmáticas**, conocidas desde muy antiguo (?), han obligado a someterlos a retenciones, porque pueden obtener rendimientos (dividendos e intereses) procedentes de valores mobiliarios al portador, respecto de los cuales la entidad pagadora de dichos rendimientos ignora quien es el perceptor y por ello retiene *ab initio* sobre la totalidad de los rendimientos que paga>>. También es verdad que en el Impuesto sobre Sociedades no influye el <<principio inmanente>> del IRPF.

En el último estertor constructivo y erudito, recuerda la sentencia que el problema surge ante la falta de liquidación que entraña el tipo 0% y que imposibilita el cálculo de intereses en caso de devolución. No se entra en esta cuestión no planteada en el recurso, pero la Sala <<debe aclarar>> (el buen abad) que el Real Decreto 2731/1981, de 19 de octubre, estableció un sistema excepcional de devoluciones trimestrales para los fondos de inversión exentos.

<<Cuentan de un sabido que un día, tan pobre y mísero estaba que sólo se sustentaba de las hierbas que cogía. Y el sabio se preguntaba: ¿Habrá más pobre que yo? Y la respuesta encontró cuando la cara volviendo, vio a otro sabio ir recogiendo las hierbas que él arrojó>>. El colegio, el colegio.

Remitido por la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana