LUNES

CUATRO TREINTA

Revista de asuntos registrales

Año XVII - Núm.370 - 2ª quincena, mayo, 2004

sumario

Rev -370. 2ª Quincena de mayo, 2004

CASOS PRÁCTICOS 2

RESOLUCIONES 4

SENTENCIAS 7

ESCRIBE PARA LUNES

USUFRUCTO,COUSUFRUCTO Y USUFRUCTO CONJUNTO ... ¿GANANCIAL? (3ª PARTE) por Rafael Rivas Andres 12

ACTUALIDAD 30

SECCIÓN FISCAL 33

SECCIÓN HUMOR 39

RESEÑA LEGISLATIVA 40

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

FUNDADOR
Enrique Colomer Sancho

COORDINADORA GENERAL
Carmen Gómez Durá

COLABORADOR ESPECIAL
José Bollaín Gómez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Alberto Adán García
Maria-Emilia Adán García
Fátima Azpitarte Santos
Cristina Carbonell Llorens
Vicente Carbonell Serrano
Rafael Carbonell Serrano
Vicente Domínguez Calatayud
Pedro Fandos Pons
Consuelo García Pedro
Belen Gómez Valle
Inmaculada Gosálvez Simbor
Marta Gozalbes Fémandez de Palencia
Susana Juste Ribes
Cristina Martínez Ruiz
Francisco Molina Balaguer
Fernando Ortega Gironés
Mercedes Ríos Peset
Alicia de la Rua Navarro
Ana Mª Sabater Mataix
Miguel Soria Lopez

MAQUETACIÓN
Regina Martínez Vicente

SECRETARIA
Sta. María Dolores
Pintor Peyró, 12
46010 - Valencia
Tfno.: 963 897 813
FAX: 963 694 195
cuatrotreinta@hotmail.com

Depósito legal: V-1212-1988

La revista Lunes 4.30 agradece y respeta los trabajos de todos sus colaboradores sin asumir las opiniones vertidas en los mismos.

Cristina Martínez Ruíz. Registradora de la Propiedad

RESOLUCIÓN JUDICIAL DICTADA EN REBELDÍA

Cuando se presente en el Registro para su inscripción una sentencia recaída en un procedimiento en el que el demandado haya sido declarado en rebeldía, tal y como resulta del artículo 524.4 LEC, no podrá practicarse la inscripción o cancelación solicitada y sólo procederá la anotación preventiva de la misma si no se establece expresamente que han transcurrido los plazos para ejercitar la acción de rescisión por el rebelde.

Es decir, no es suficiente con que la sentencia diga que es firme y nosotros contemos desde su fecha que han transcurrido los plazos establecidos en el artículo 502 LEC para el ejercicio de la acción rescisoria, ya que dichos plazos no comienzan a contarse desde la fecha de la sentencia, sino desde la notificación personal o desde la publicación del edicto, según los casos, y, esas fechas, nosotros no las conocemos.

En conclusión, lo que la sentencia tendrá que indicar es que es firme y puede ejecutarse por haber transcurrido los plazos señalados por la LEC para el ejercicio de la acción rescisoria por parte del demandado rebelde.

SENTENCIA DECLARATIVA DE DOMINIO.

Se presenta en el Registro una sentencia recaída en un juicio de menor cuantía en la que se declara el dominio a favor de los demandantes.

El supuesto de hecho es el siguiente: hay tres señores que demandan a otro señor con la finalidad de que se declare la propiedad que los tres tienen sobre tres fincas que adquirieron del demandado por contratos privados celebrados en el año 1966.

El juez declara la propiedad que esos tres señores tienen sobre las tres fincas y se presenta esta resolución al Registro para proceder a su inscripción.

El problema reside en que en el Registro no existen esas tres fincas como tal, ya que proceden por segregación de otra finca matriz mayor que en el Registro figura inscrita a nombre del demandado.

Ni en los contratos privados ni en la resolución judicial se determina por dónde se ha de efectuar la segregación, y los demandantes pretenden otorgar ellos tres una escritura de segregación, acompañando la correspondiente licencia municipal de innecesariedad de licencia.

Sin embargo, esto no es posible, ya que en la segregación necesariamente debe intervenir el dueño de la finca (el demandado) como titular registral porque no le es indiferente el lugar por donde haya de efectuarse la segregación.

Esto significa que, o bien en la escritura de segregación interviene también el demandado, o bien, la segregación deberá efectuarse por el juez.

GANANCIALIDAD DE LOS BIENES

En virtud de una inscripción registral del año 1906 un señor es dueño de una finca por compraventa. En dicha inscripción figura que el señor está casado, pero no se indica el nombre de la esposa ni el carácter con el que adquiría el bien, dada la fecha en la que se practicó dicho asiento.

Ahora se presenta la escritura de partición de la herencia de ese señor. En la misma se manifiesta que estaba casado en régimen de gananciales con determinada señora, y esa finca la incluyen en el inventario como privativa, en lugar de incluirla como ganancial, dado que, de lo que resulta del Registro, la titularidad de la finca sería presuntivamente ganancial.

Los herederos de los dos cónyuges podrían rectificar el carácter de la titularidad de esa finca, al igual que lo podrían hacer los cónyuges, y manifestar que en realidad la finca era privativa del padre.

Sin embargo, habría que acreditar varias cosas:

- en primer lugar, hay que identificar a la señora que estaba casada con comprador en el momento de la compraventa, ya que en el Registro no tenemos el nombre de la esposa. Esta circunstancia se podría acreditar mediante una certificación del RC acreditativa del nombre de la mujer con la que en ese año estaba casado el comprador;

-en segundo lugar, habrá que acreditar su fallecimiento mediante el correspondiente certificado del RC, ya que si estuviera viva, tendría que ir ella a la partición;

-y, en último lugar, habrá que acreditar quiénes son los que tienen la condición de herederos de la misma, y por ello, legitimados para hacer aquélla manifestación. Acreditación que tendrá lugar mediante el correspondiente testamento o acta notarial de herederos con el certificado del RGAUV.

PEDRO FANDOS Y ANA Mª SABATER (Registradores de la Propiedad)

R. 5 DE ENERO 2004 (BOE 18-02-04)
R. 14 DE ENERO 2004 (BOE 26-02-04)
R. 16-19 DE ENERO 2004 (BOE 1-03-04)

BIENES MUEBLES

Se suspende por el Registrador la inscripción de un contrato de financiación a comprador con reserva de dominio, sobre un automóvil, que sólo se identificaba con el número de matrícula, pero no de chasis, pues conforme a la doctrina de la RDGRN de 27-1-00, la perfecta identificación de los automóviles, requiere que se haga constar el número de chasis, pues hay vehículos no matriculados y otros que pueden cambiar de matrícula lo que llevaría a un mismo vehículo a constar en varios registros, contra lo cual recurre el Notario autorizante, pues el artículo 6.2.2 de la Orden de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza del Registro de Bienes Muebles, exige que el automóvil se identifique alternativamente con el número de matrícula o de chasis. La DG no obstante reconoce la conveniencia de que consten ambos cuando sean conocidos, basándose en una interpretación literal del precepto, estima el recurso y revoca la nota del Registrador.

Pedro Fandos

R. 12 DE ENERO 2004 (BOE 1-03-04)

SEGREGACIÓN. LICENCIA POR ACTO PRESUNTO.

Se pretende la inscripción en el Registro de escritura de segregación en la que se acompaña:

-SOLICITUD de documento de innecesariedad de licencia de segregación por estar debida y catastralmente segregada la finca (en el catastro figura como finca independiente) de fecha 5 de Marzo de 2002.

-y RESOLUCIÓN del Alcalde-Presidente de la Corporación municipal de fecha 4 de junio, notificada el 6 de junio.

La representación para acceder tal escritura se funda en el silencio positivo del acto administrativo, al haber transcurrido el plazo de tres meses (desde la solicitud hasta la notificación), siendo la Resolución de Alcaldía extemporánea.

El Registrador suspende la inscripción por no haber obtenido licencia de segregación o declaración municipal de innecesariedad. Añade en su nota de calificación: Según resulta del decreto de la Alcaldía de

fecha 4 de junio de 2002," con fecha 9 de marzo de 2002, mediante decreto de la Alcaldía debidamente notificado fue denegada Licencia de segregación y se resuelve no otorgar el certificado de innecesariedad solicitado".

La Dirección General mantiene la calificación del Registrador. No cabe el juego del silencio positivo respecto de una petición que ha sido desestimada anteriormente de forma expresa. Para apreciar el silencio positivo se requería la demostración de que el Decreto de 9 de marzo tampoco fue notificado en tiempo oportuno.

Ana Mª Sabater

R. 15 DE ENERO 2004 (BOE 1-03-04)

PROPIEDAD HORIZONTAL. SEGREGACIÓN DE TERRENO Y AGRUPACIÓN

Negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir escritura de segregación de una porción de terreno integrante en una propiedad horizontal tumbada, y previa desvinculación del terreno, agrupar la porción de terreno segregado a otra finca colindante de la misma entidad.

El recurso interpuesto por el Notario es estimado por la Dirección General.

En este caso concreto, la sociedad constituyente del régimen de propiedad horizontal se reservó en los estatutos el derecho a constituir futuras edificaciones de naves industriales en el terreno no ocupado.

De las 10 naves industriales integrantes en el régimen de propiedad horizontal, 9 pertenecen a la sociedad constituyente del régimen y la restante fue vendida a otra sociedad.

En la escritura de segregación comparece la sociedad constituyente del régimen que pretende la segregación y posterior agrupación y la única propietaria de la otra nave. Prestan su consentimiento a la modificación hipotecaria, existiendo según la Dirección General, recíprocas prestaciones, pues la sociedad constituyente del régimen se atribuye la propiedad de lo segregado y renuncia al uso de la facultad de vender sobre el terreno no construido que no ha sido segregado, que queda entonces como elemento común normal.

Sin que el motivo en que se basó el Registrador en su calificación "falta causa onerosa o gratuita para la transmisión de la porción segregada" pueda ser tenido en cuenta ya que existen recíprocas prestaciones entre los titulares de la Propiedad horizontal.

Ana Mª Sabater

R. 20 DE ENERO 2004 (BOE 1-03-04)

COMPRAVENTA. PODER

Se presenta en el Registro de la Propiedad escritura de compraventa en la que los vendedores están representados por un apoderado. Se reseña nombre del notario autorizante, fecha y número de protocolo.

El poder se transcribe en los siguientes términos "Que confieren poder a su padre..., para que en su nombre y representación, aunque existan intereses opuestos entre

los otorgantes y el apoderado, o se incida en la figura del autocontrato, intervenga en las herencias, testadas o intestadas en que tengan interés los otorgantes... Venda, a la persona o personas que elija y en el precio condiciones que libremente concierte, los bienes -muebles o inmuebles- y valores, o participaciones indivisas de los mismos, que a los otorgantes corresponda en las citadas herencias ..."

Además el notario expresa lo siguiente: "Así resulta de copias autorizadas que tengo a la vista, sin que en lo omitido haya nada que restrinja o modifique lo transcrito..."

El Registrador suspende la inscripción porque en la parte testimoniada del poder no se dice cuáles son las herencias respecto de las que confieren las facultades, por lo que no se sabe si el poder es suficiente o no. Además alega el Registrador que las fincas que se venden proceden de herencias cuyas operaciones particionales fueron realizadas en virtud de juicio de testamentaría, por contador partidor, por lo que sólo está facultado para vender bienes que se adjudiquen a los poderdantes en las herencias en que el apoderado haya intervenido en ejercicio de ese poder.

El Notario interpone recurso gubernativo, basándose en que al afirmar que en lo omitido no hay nada que restrinja o modifique lo transcrito, el Registrador tiene que pasar por ese juicio.

La Dirección General estima el recurso, revocando la calificación del Resgistrador.

La cuestión ha de resolverse conforme a la normativa vigente en el momento de la autorización de la escritura (antes de la entrada en vigor del art.98 de la Ley 24/2001, 27 de diciembre).

Si bien el art. 18 de la LH "los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la capacidad de los otorgantes ...", no obstante el mismo art. limita la calificación al señalar "por lo que resulte de la escritura pública..."

El art. 3 de la LH declara inscribible las escrituras públicas conforme a la legislación notarial, es decir, no sólo que cumplan la legalidad de las formas extrínsecas, sino también todos los extremos entre los que se hayan la forma de acreditar la capacidad de los otorgantes.

El Registrador ha de comprobar si en la escritura presentada se acredita la capacidad de los otorgantes, en caso contrario exigir los documentos que suplan el defecto de la escritura (el poder).

Pero, en la escritura cuestionada, al introducir el Notario la aseveración, conforme el art. 166 del Reglamento Notarial, que en lo omitido no hay nada que restrinja o modifique lo transcrito" han de entenderse cumplidas todas las exigencias para que la escritura goce de todos los efectos que le son propios.

Ana Mª Sabater

SENTENCIAS

ALICIA DE LARUANAVARRO *Registradora de la Propiedad*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2003.

COMPRAVENTA: PERFECCIÓN DEL CONTRATO POR EXISTENCIA DE OFERTA DEL PROPIETARIO Y ACEPTACIÓN DEL ARRENDATARIO A TRAVÉS DE CARTAS, CONCURRIENDO OBJETO, CAUSA ONEROSA Y CONSENTIMIENTO, E IMPLICANDO TRADICIÓN INSTRUMENTAL (CONSTITUTO POSESORIO).

ARTÍCULOS CITADOS: 1262 Y 1450 DEL CÓDIGO CIVIL.

Hechos:

1º.- Mediante carta de 29 de enero de 1993, la entidad A, S.A., por medio de representante, pone en conocimiento de D.BBB, arrendatario de la finca, su decisión de poner a la venta "el piso que ocupan como inquilinos en el precio de diez millones ochocientas mil pesetas. En este precio se incluirá una plaza de aparcamiento en sótano".

2º.- Días mas tarde, la misma entidad, en contestación a la carta de los inquilinos, confirma su oferta, considerando inamovible el precio que señalaba y estableciendo como fecha límite para aceptar la oferta, "el próximo día 28 de febrero de 1993".

3º.- Por carta de 16 de febrero de 1993, con firma de "recibí" del mismo día, se traslada, por medio de mandatario, a la mencionada entidad, la voluntad de los inquilinos, que se concreta en los siguientes inequívocos términos: "la finalidad de esta comunicación es notificarles expresamente la decisión de mis mandantes de aceptar la venta ofertada por ustedes por cartas de fechas 29 de enero de 1993 y 8 de febrero de 1993 relativas al piso que habitan en calidad de inquilinos y la plaza de garaje que con el mismo título ocupan en la planta sótano del citado conjunto residencial, por el importe total que nos ha comunicado. En consecuencia les manifiesto el consentimiento pleno de mis mandantes respecto de la citada adquisición".

4º.- Ante las "precisiones" que, posteriormente, quiso introducir la entidad A, S.A., con cláusulas adicionales que desvirtuaban el contenido primitivo de la oferta, aceptada por los inquilinos adquirentes, requieren notarialmente a la citada empresa, para llevar a efecto el pago del precio convenido y otorgamiento de las

correspondientes escrituras públicas de compraventa.

5º.- La entidad A, S.A. presenta demanda contra D.BBB, solicitando se declarase a su favor el dominio de la vivienda urbana y plaza de garaje y se declarase la resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de las rentas. El demandado, D.BBB, formula demanda reconvencional, suplicando se condene a la entidad A, S.A. a elevar a escritura pública el contrato de compraventa que se celebró entre las partes y que quedó perfeccionado por la aceptación del demandado en el mes de febrero de 1993.

6º.- El Juzgado de lª Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial confirma el fallo en apelación, desestimando el recurso. El demandado reconviniente recurre en casación.

Fundamentos de Derecho:

La cuestión que se plantea es determinar si en este caso se ha producido la perfección del contrato de compraventa a través de las cartas intercambiadas por las partes.

Tomando como base el art. 1262 del C.c., la oferta es completa, pues contiene los elementos esenciales del contrato de compraventa, sobre determinación exacta del precio y fijación inequívoca del objeto o cosa que se vende; la oferta no estaba ni retirada, ni revocada, ni caducada, y la aceptación se produjo dentro del plazo señalado, sin ninguna modificación sobre lo propuesto, es decir, sin que hubiera contraoferta; por tanto, aceptación plena pura y simple. Igualmente constaba la causa onerosa del contrato. Surgió, en definitiva el consentimiento exigible y, por ello, se perfeccionó la compraventa, conforme al artículo 1.450 del Código civil.

En cuanto a la traditio, teniendo en cuenta el conocimiento de la vendedora acerca de la situación antecedente de arrendamiento de la cosa vendida y, por tanto, cuál era la situación posesoria, no cabe duda, que la compraventa implicaba como elemento natural implícito en el acuerdo, la tradición instrumental ("constituto posesorio") que consolidaba el dominio, conforme al artículo 609 del Código civil.

En consecuencia, se declara haber lugar al recurso de casación, desestimándose la demanda y estimándose la reconvención

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE OCTUBRE DE 2003.

TERCERÍA DE DOMINIO: EXIGENCIA DE TÍTULO DOMINICAL VIGENTE AL EFECTUARSE JUDICIALMENTE LA TRABA; VALIDEZ DEL TÍTULO CONSISTENTE EN CONTRATO DE COMPRAVENTA FIRMADO POR EL ESPOSO VENDEDOR NO PROPIETARIO, AL HABER SIDO RATIFICADO POSTERIORMENTE, MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA, POR LA ESPOSA PROPIETARIA; VALIDEZ DE LA COMPRAVENTA POR TRADITIO DE LOS COMPRADORES QUE OCUPARON LA VIVIENDA.

Hechos:

1º.- Seguido procedimiento de ejecución por el Banco X contra los bienes de D. AAA y Dª BBB, promueven D. CCC y Dª DDD demanda de tercería de dominio contra to-

dos ellos, por haber adquirido una de las fincas en documento privado, solicitando la cancelación del embargo trabado sobre ella.

Dicho documento privado fue otorgado por D. AAA, aunque la finca había sido anteriormente adjudicada con carácter privativo a Dª BBB en escritura de capitulaciones matrimoniales. Los compradores entraron en posesión inmediata de la finca; y posteriormente se otorgó la correspondiente escritura pública por Dª BBB.

2º.- El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Apelada la sentencia la Audiencia Provincial estima el recurso. El demandado Banco X interpone recurso de casación.

Fundamentos de Derecho:

La primera cuestión litigiosa se centra en si el título ostentado por los terceristas, relativo a la compraventa de la finca objeto de la vía de apremio, es o no anterior a la fecha de la práctica de la diligencia de embargo.

Frente a la alegación de la recurrente de que el Juzgado dictó el auto de despacho de ejecución contra los bienes y rentas de D. AAA y Dª BBB en fecha de 23 de abril de 1991, que es anterior al contrato privado de compraventa de 14 de junio de 1991, de manera que los terceristas adquirieron el bien ya embargado, el Tribunal Supremo tiene declarado que la viabilidad de la pretensión ejercitada mediante la tercería de dominio requiere que la justificación documental del tercerista sea referida a la fecha en que se realizó el embargo, no a la de despacho de la ejecución, por ser en tal momento cuando se produce la perturbación.

Por demás, la doctrina jurisprudencial ha declarado la no identificación de la acción de tercería de dominio con la acción reivindicatoria, en virtud de que la finalidad primordial de la primera no es la recuperación del bien, que de ordinario está poseído por el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo, sustrayéndolo del procedimiento de apremio.

La segunda cuestión alegada por la recurrente es que el contrato privado de compraventa debe considerarse nulo, por haber intervenido en él como vendedor, sin la autorización de su cónyuge, D. AAA, quien no era propietario del bien por corresponder éste a su esposa con carácter privativo en virtud de escritura de capitulaciones matrimoniales de 16 de octubre de 1986.

Dicho motivo también se desestima, porque el posterior otorgamiento de escritura pública por parte de Dª BBB ha producido el efecto de la ratificación del acto dispositivo efectuado por su marido, cuya retroacción queda referida al momento mismo en que la compraventa se documentó por primera vez; además, la presencia de la «traditio», mediante el hecho declarado probado en la instancia de que los compradores tomaron inmediata posesión de la vivienda a fin de realizar en ella determinadas obras de adaptación, constituye un dato justificativo de la aprobación por aquélla del contrato suscrito por su esposo.

En consecuencia, se declara no haber lugar al recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE OCTUBRE DE 2003.

SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO: DESESTIMACIÓN DE LA ACCIÓN NEGATORIA. VOLUNTAD DE CONSTITUCIÓN DE VENDEDOR Y COMPRADORES; SIGNOS APARENTES DE LA SERVIDUMBRE IMPIDEN LA CONSIDERACIÓN DE LA ADQUIRENTE DEL PREDIO SIRVIENTE COMO TERCERO HIPOTECARIO POR FALTA DE BUENA FE, AUNQUE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD CONSTARA LIBRE DE LA SERVIDUMBRE.

ARTÍCULOS CITADOS: 34 DE LA LEY HIPOTECARIA; 541 Y 561 DEL CÓDIGO CIVIL.

Hechos:

1º.- D. AAA segrega una finca para venderla a la Asociación de Propietarios B, constituyendo sobre el resto de la finca matriz que quedaba en su propiedad, como predio sirviente, una servidumbre de acueducto a favor de aquélla, en virtud de la cual fuera provista de agua potable, obligándose por su parte los dueños del predio dominante a derivar en cinco tomas, agua para el uso de las personas y abrevaderos de ganados, a favor del predio sirviente, en la cantidad diaria estipulada.

2º.- Para la constancia de la referida servidumbre, en fecha 3 de enero de 1975, se firma por parte de los compradores y del vendedor un documento en el que se hace constar el paso de la tubería, en el predio del vendedor, para el abastecimiento de agua al predio dominante, así como las tomas y canales de agua para el servicio de las viviendas y abrevaderos de ganado.

3º.- Posteriormente, siendo dueñas del predio sirviente las hijas de D. AAA, segregan de ella una porción y la venden a Dª CCC en escritura pública, como libre de cargas y gravámenes, y sin que conste en el Registro de la Propiedad la existencia de la servidumbre.

4º.- La Asociación de Propietarios B demanda a Dª CCC en reclamación de cantidad.

5º.- Dª CCC formula reconvención, ejercitando la acción negatoria de servidumbre, solicitando se condene a la demandante reconvenida a retirar de su finca la tubería existente, restituyendo dicha finca al estado de libre de cargas y gravámenes como figura en el Registro de la Propiedad y fue adquirida en escritura pública y a indemnizarla hasta la fecha en que sea efectiva la liberalidad de cargas de la finca por el uso inconsentido de la finca.

6º.- El Juzgado de lª Instancia desestima la demanda y la reconvención. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial confirma la desestimación de la demanda y estima parcialmente el recurso interpuesto por Dª CCC, estimando en parte la demanda reconvencional, sin haber lugar a la indemnización. La demandante reconvenida, Asociación de Propietarios B, recurre en casación.

Fundamentos de Derecho:

La primera cuestión que se plantea es la existencia o inexistencia del título de constitución de la servidumbre. El Tribunal Supremo mantiene su existencia, pues «título de servidumbre es cualquier acto jurídico oneroso o gratuito, «inter vivos» o «mortis causa» en virtud del cual se establece esta limitación al derecho de propiedad realizado por el titular del predio sirviente», y existe en los autos la acreditación de la realidad del título suficiente para la constitución de la servidumbre de acueducto, por la voluntad conforme del vendedor D. AAA y los compradores Asociación de Propietarios B, de constituir una servidumbre de acueducto sobre la finca matriz en beneficio de la finca segregada, puesta de manifiesto en documentos en forma epistolar entre uno y otros y documento privado, que, por sus características, no tiene acceso al Registro de la Propiedad, por lo que la Asociación hizo gestiones para elevarlo a público, con el resultado positivo respecto a las hijas del vendedor que seguían siendo propietarias de parte de la finca matriz, dando lugar al otorgamiento de dos escrituras públicas, otorgadas ante el mismo Notario y de la misma fecha, reconociendo en la primera de ellas la servidumbre constituida, por la carta de fecha 7 de enero de 1975, y estableciendo en su lugar una nueva pero remitiéndose a la misma construcción, la instalación subterránea de la tubería, y en la segunda en los mismos términos que en la anterior en lo referente a la constitución de la servidumbre, pero sin hacer referencia alguna al documento privado de fecha muy anterior. Sin embargo con la hoy demandada reconviniente no se llegó a resultado positivo alguno, a pesar de que ha venido haciendo uso del agua del acueducto, utilizando las tomas de agua sitas en su parcela, lo que dio lugar a la reclamación del importe de los consumos por la Asociación de propietarios, que fue el objeto de la demanda principal.

La segunda cuestión es la aplicación o no del art. 541 del C.c.. Y en efecto, el Tribunal Supremo lo considera de aplicación, ya que la constitución voluntaria de la servidumbre por el dueño del predio sirviente obedece a la misma finalidad que la constitución de ella por destino del padre de familia, producido al segregar parte de la finca de la que es propietario, y vender la segregada como fundo independiente, permitiendo a los compradores la instalación en la finca matriz de los tubos necesarios para abastecimiento de agua a la finca segregada, constituyendo, además signos aparentes de servidumbre en la finca del vendedor (existencia de tomas de agua con sus correspondientes contadores). Entiende el Alto Tribunal que, de acuerdo con el art. 561 del C.c., se trata de una servidumbre continua y aparente.

Por otra parte, no puede invocarse con éxito el art. 34 de la L.H., porque esa realidad exterior establecida en la finca, elimina el requisito de la existencia de buena fe en el adquirente, presupuesto necesario para obtener la protección consagrada en el anterior precepto hipotecario al tercer adquirente; no puede el recurrente ampararse en la falta de inscripción de la servidumbre cuando ésta tiene el carácter de aparente y continua.

Todo lo expuesto lleva a dar lugar al recurso de casación, y dictar sentencia en la forma que se hizo en la sentencia de primer grado, desestimando tanto la demanda como la reconvención.

Rafael Rivas Andres. Notario

USUFRUCTO, COUSUFRUCTO Y USUFRUCTO CONJUNTO ... ¿GANANCIAL? (3º PARTE)

FÓRMULAS PARA INTENTAR CUMPLIR LA VOLUNTAD DE LOS USUFRUCTUARIOS

SUMARIO

VI.7.-TITULARIDAD, TRANSMISIBILIDAD Y GANANCIALIDAD DE LAS SERVIDUMBRES

VI.8.- LA COMUNIDAD GERMANICA. EN EL USUFRUCTO CONJUNTO GANANCIAL CONFLUYEN TRES COMUNIDADES GERMANICAS: UNA POR LA "SOCIEDAD DE GANANCIALES" OTRA POR LA "TITULARIDAD CONJUNTA USUFRUCTUARIA" Y OTRA POR LA "TITULARIDAD CONJUNTA GANANCIAL".

VI.9.-CONCLUSIONES

VI.10.-FORMULAS PARA INTENTAR CUMPLIR LA VOLUNTAD DE LOS USUFRUCTUARIOS.

VI.7.- TITULARIDAD, TRANSMISIBILIDAD Y GANANCIALIDAD DE LAS SERVIDUMBRES.

Respecto de las servidumbres, también consideramos que en la titularidad plural se dan los caracteres de la comunidad germánica, y, por tanto, se produce un acrecimiento a favor de los otros titulares. Es más, de acuerdo con Navarro Viñuales pensamos que la regla general es, precisamente, la comunidad germánica y no la ordinaria por cuotas.

Como ya hemos adelantado, nuestro objetivo es intentar demostrar que la exclusión de la liquidación ordinaria de los gananciales que se sustituye por la colación del valor, no depende de que la titularidad sea en mano común, sino de si el derecho es o no transmisible; por ello ni la servidumbre

predial de aguas (que es transmisible y asimilable a las personales) ni las servidumbres personales (que son transmisibles y asimilables a usufructos limitados o derechos especiales de uso) nos sirven de ejemplo, ya que les son de aplicación las reglas antes vistas del usufructo en cuanto a la transmisibilidad, la ganancialidad y la liquidación. Lo vamos a ver a enseguida.

En cuanto a la servidumbre predial de aguas es transmisible e hipotecable por expresa declaración legal; lo dice el **Art. 108 de la Ley Hipotecaria "No se podrán hipotecar: 1º. Las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante,** y **exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada** ...".

El Registrador **Josep M.ª Quintana Petrus en "DERECHO DE AGUAS - La Ley de Aguas de 1985 y sus Reglamentos"** (manejamos edición anterior a la reforma de la Ley de Aguas por la ley de 13 de diciembre de 1999) lo explica de la siguiente manera: **"ROCA *SASTRE manifiesta en relación a esta cuestión que la excepción de la hipotecabilidad de las servidumbres de aguas debe explicarse a base de la naturaleza transportable o movible del agua que hace que las servidumbres a ellas referentes no estén tan localizadas como las servidumbres prediales en general, lo que permite que pueda variarse su destino, previa la mutación de su estado de hecho, o situación de servicio ".***

En definitiva, la servidumbre predial de aguas se comporta como vamos a ver lo hacen las personales y le es aplicable las mismas consideraciones que a éstas últimas hacemos a continuación, puesto que al ser transmisible e hipotecable no se considera como inseparable de la finca a la que beneficia, por lo que no nos sirve como ejemplo de derecho intransmisible.

Las servidumbres personales son definidas por Castán como aquellas en las que la persona del titular se determina de manera directa e inmediata y no, como ocurre en las prediales, de manera indirecta y mediata por referencia a la finca favorecida por ellas.

Pues bien, las diferencias entre ambos tipos de servidumbres son de tal importancia que no han faltado quienes consideran que las personales no son auténticas servidumbres. Piénsese en que las prediales son intransmisibles (al menos relativamente) y perpetuas (al menos potencialmente), mientras que las personales son transmisibles y temporales. El Notario **Francisco Lucas Fernández en "La Servidumbre Predial de Paso"** (Universidad de Murcia 1963) cita en nuestra patria a Tamayo como autor que no las considera auténticas servidumbres y, en idéntico sentido, cita también a los Códigos Civiles de Francia y Holanda.

De hecho, la muy reciente **Ley Catalana de derechos de superficie, de servidumbres y de adquisición voluntaria o preferente de 31 diciembre de 2001,** no las admite. Dice su **Exposición de Motivos "Se excluyen los derechos de aprovechamiento establecidos a favor de una persona física, sobre una finca ajena, con independencia, por lo tanto, de toda relación entre fincas" y el Art. 6** es más general al decir **"La servidumbre es el derecho real limitado que grava parcialmente una finca, que es la sirviente, en beneficio de otra, que es la dominante** .....

En Navarra la situación es la misma que en Cataluña, tal y como explica **Salinas Quijada en su Compendio: *"... no siendo, por tanto, servidumbres.. los derechos de uso o aprovechamiento establecidos a favor de una persona sobre finca ajena, con independencia de toda relación entre predios (FN.- 394)".***

Como decimos, estas especiales características de las servidumbres personales las alejan de las prediales y las acercan a un usufructo limitado **(Art. 469 Cc "Podrá constituirse el usufructo en todo o en parte de los frutos de la cosa** ...). En cualquier caso, si predominara su asimilación al usufructo, es evidente que cabría su constitución con carácter vitalicio, simultáneo y sucesivo por aplicación supletoria del Art. 521 del Cc, y si predominara su asimilación a las servidumbres prediales la solución sería la misma, pues como vamos a ver a continuación las reglas que disciplinan estas últimas también son favorables a la comunidad germánica en la titularidad.

Pero hay más, las escasas normas que el Cc dedica a las servidumbres personales también parecen abonar esa presunción favorable a la titularidad conjunta sin cuotas, ya que por un lado parece dar por supuesta la posibilidad que la titularidad pertenezca a varias personas en mano común en el **Art. 531 "También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada".** Nótese que este Art. contrapone "varias personas" a "comunidad", lo que interpretamos en el sentido de que la comunidad está integrada no por individualidades con cuotas sino "en mano común", ya que si no fuera así -aparte de una redundancia absurda- ¿es que "varias personas" titulares no son ya una "comunidad"?.

Por otro lado esta interpretación se confirma en los Arts. 600 y 602 del Cc que toda la doctrina consultada (Castán, Espín, Juan Roca Juan, Lucas Fernández y Chico) consideran que es regulación aplicable a las servidumbres personales, y donde claramente se menciona como titulares de las mismas a universalidades de individuos y vecinos de pueblos, vaya, la comunidad germánica o en mano común por antonomasia; dice el Art. **600 "La comunidad de pastos sólo podrá establecerse en lo sucesivo... no a favor de una universalidad de individuos..."; y el Art. 602 "Si entre los vecinos de uno o más pueblos existiere comunidad de pastos.."; y el Art. 604 "Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable a las servidumbres establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular".** Aclaramos que esa prohibición de constituir servidumbres a favor de universalidad de individuos es únicamente respecto de pastos y leñas y no del resto que pueden tener como contenido los mismos tipos de servicio que pueden ser objeto de las prediales.

Respecto de la transmisibilidad de las servidumbres personales seguimos a Castán y Chico (que cita a Roca Sastre) y que consideran que este tipo de servidumbres son transmisibles e hipotecables sin ningún género de dudas ex **Art. 107 de la Ley Hipotecaria "Podrán también hipotecarse:** ... **5º los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real** ..."

Y si la titularidad puede ser conjunta y la transmisión libre y sin restricciones,, ha-

bremos de concluir que tendrán carácter ganancial por las reglas normales, lo que les hará objeto de liquidación ordinaria de gananciales como si fueran usufructos limitados o derechos especiales de uso. Recordemos que la liquidación de gananciales por colación del valor sólo la admite el Art. 1358 Cc respecto de derechos a los que no se aplican las reglas generales de determinación de la ganancialidad, lo cual -como vamos a ver- sólo se puede predicar de las servidumbres prediales, no de las personales.

Confirma la anterior conclusión el Derecho Navarro que no les da el tratamiento de servidumbres sino el de usos especiales con regulación específica. **Salinas Quijada en su Compendio lo explica así** ***"Y así el `derecho de hacer leña en el monte para sus necesidades sin perjuicio del arbolado' recayente sobre finca de propiedad privada y concedido no a corporaciones públicas sino a particulares vecinos del Valle del Baztán, según la STS de 16 de octubre de 1985, debe configurarse como Derecho de uso o aprovechamiento establecido a favor de una o varias personas sobre finca ajena, con independencia de toda relación entre predios regido, según la ley 394.2 del Fuero Nuevo, las normas ad hoc establecidas en la ley 423 para derechos similares al uso y habitación'..."*.

Así pues, hechas las exclusiones de la servidumbre de aguas y de las personales, nos centraremos en las prediales que son las que sirven a nuestro objeto de remarcar qué distintamente se comportan en la liquidación de los gananciales los derechos transmisibles de los que no lo son.

La primera cuestión sería decidir si rige en las servidumbres prediales una presunción análoga a la que rige para el usufructo, el uso y la habitación y las personales en los Arts. 521 y 987, 531, 600 y 602 del Cc, de manera que los derechos constituidos a favor de varios titulares se presumen constituidos en comunidad germánica sin cuotas y con derecho de acrecer a favor de los otros titulares.

Ahora bien, es extraordinariamente curioso (a la par que resbaladizo) el adentrarse en el apasionante aspecto de la titularidad de las servidumbres prediales, en las que además de las dos titularidades que intervienen en los otros casos de derechos reales de goce interviene otra tercera con fuerza arrolladora. En efecto, en el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres personales, intervienen la titularidad del predio gravado (que no es objeto de estudio en estas líneas) y la titularidad del derecho en sí cuyos problemas estamos intentando desentrañar aquí. Pues bien, en las prediales interviene una tercera titularidad que es la del predio dominante que ejerce una influencia tan aplastante sobre la titularidad de la servidumbre que la hace prácticamente desaparecer, y aunque "intelectualmente" siempre se podría distinguir la titularidad de la servidumbre de la del predio dominante, "en la práctica" casi no tiene ninguna trascendencia. Recordemos que según el **Art. 534 del Cc "Las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen";** y que según previene el **Art. 108 de la Ley Hipotecaria "No se podrán hipotecar: 1º.- Las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante..."**

Esta unión entre titularidad del predio dominante y titularidad de la servidumbre que imponen el Cc y la LH es tan completa

que la segunda es anulada hasta llegar a ser una simple cualidad del primero.

Ahora bien, decíamos que "casi" no tenía efectos prácticos la distinción entre la titularidad de la servidumbre y la del predio dominante, porque hay limitados supuestos en los que sí que tiene importancia esa distinción; son casos en los que esa íntima unión entre una y otro se debilita, casos en los que en cuanto cobra cierta independencia la titularidad de la servidumbre se muestra -en los casos de cotitularidad- esa "presunción o regla general favorable a la comunidad germánica" que proponía Navarro Viñuales.

En efecto, debido a esa unión entre predio dominante y servidumbre, en términos generales se puede decir que: a) sólo pueden ser titulares de las servidumbres los que sean titulares del predio dominante; b) sólo se puede disponer de ellas si es conjuntamente con el predio dominante; c) la servidumbre es un derecho (salvo que se pacte otra cosa) perpetuo, puesto que como el predio dominante nunca desaparece, al fallecer el titular actual de la servidumbre (y dada la íntima conexión de ésta con aquél) por sucesión hereditaria se provee de sucesivos titulares tanto a una como a otro.

Como decimos, lo transcrito en el párrafo precedente son características generales de estos derechos, pero en cuanto se relaja el vínculo entre predio dominante y servidumbre, en cuanto se puede distinguir entre titularidad de una y de otro, reaparece en escena la comunidad germánica en la servidumbre. Veremos dos ejemplos.

El primer ejemplo es el **Art. 535,** que no sólo es favorable a esta conceptuación de la servidumbre conjunta, sino que parece más bien una perfecta definición de en qué consiste una "comunidad germánica o en mano común", en la que todos los titulares están llamados, en principio, al disfrute de todo el derecho que, lógicamente, sólo se ve constreñido por la existencia de otros titulares con idénticas pretensiones. Con esa definición queda clara la fuerza expansiva, el derecho de acrecer que hay a favor del resto de titulares en caso de renuncia de uno de ellos. Dice así **"Las servidumbres son indivisibles... Si es el predio dominante el que se divide entre dos o más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera".** Consideramos que este artículo no sólo se refiere al supuesto de que la prestación en que consista la servidumbre sea esencial y objetivamente "indivisible" (puesto que para esa obviedad no se requiere ninguna regla especial y bastaría la aplicación del **Art. 1151 del Cc "... se reputarán indivisibles las obligaciones... que no sean susceptibles de cumplimiento parcial"),** sino que necesariamente se ha de referir a los supuestos de titularidad plural con posibilidad de fraccionamiento de la servidumbre.

Pensamos que la regla contenida en este Art. 535 es un buen ejemplo de lo que venimos tratando y que comprende tres casos:

a) Un solo dominante que se divide después de constituida la servidumbre.

b) Varios dominantes que inicialmente ya constituyen una servidumbre con carácter conjunto.

c)Y un último supuesto curioso que se da en el momento anterior a la división, en el que la titularidad entre varios del predio

dominante es una comunidad romana por cuotas, mientras que la titularidad de la servidumbre es en mano común entre las mismas personas, ya que esta sería la única manera de que luego -cuando se lleve a efecto la división del dominante- la servidumbre se mantenga sin dividir tal y como exige este Art. 535 Cc.

El segundo ejemplo es el del **primer párrafo del Art. 544 "Si fuesen varios los predios dominantes, los dueños de todos ellos estarán obligados a contribuir a los gastos de que trata el artículo anterior, en proporción al beneficio que a cada cual reporte la obra. El que no quiera contribuir podrá eximirse renunciando a la servidumbre en provecho de los demás".** Este curioso Art.:

a) Es una excepción a esa vinculación total entre dominante y servidumbre, ya que al legislador debió parecerle excesivo que para renunciar a la servidumbre (lo accesorio) se tuviera que renunciar también al predio dominante (lo principal) y por eso permite separar ambos y que sólo se renuncie a la primera.

b) Es una excepción a la regla general de indisponibilidad de la servidumbre del Art. 534 Cc con independencia del dominante, pues permite la de la servidumbre en este caso de renuncia.

c)Es una clara muestra de la presunción de comunidad en mano común en caso de cotitularidad, ya que la renuncia no extingue la servidumbre (como en general previene el Art. 546. 5º Cc sino que produce su expansión a los demás titulares.

Por otro lado hay que tener en cuenta que si en caso de fallecimiento del titular no se produce el acrecimiento típico de la comunidad germánica, es por la sencilla razón de que en realidad no se produce "vacante" en la titularidad, ya que por la unión con el dominante y por su carácter perpetuo, la sucesión hereditaria provee de sucesivos titulares a uno y a otra.

Respecto de la transmisibilidad de la servidumbre diremos que tiene un peculiar régimen de transmisión, por cuanto se viene a considerar como una cualidad del predio dominante al que pertenece y, por tanto, sólo puede transmitirse conjuntamente con él, (salvo el caso de la renuncia que acabamos de ver). Así lo establecen sin ningún género de dudas los Arts. **Art. 534 Cc y Art. 108 de la Ley Hipotecaria** que antes hemos transcrito.

Castán lo explicaba con estas palabras ***"Una vez constituida la servidumbre en provecho de una cosa..., es inherente... al fundo, y en consecuencia no es susceptible de transmisión o enajenación total o parcial. De aquí el axioma de que una servidumbre no puede gravarse con otra... La sentencia de 4 de febrero de 1930 estima como un absurdo jurídico la existencia de una servidumbre sobre otra servidumbre".***

Estas especialidades en el régimen de las servidumbres no sólo se manifiestan en cuestiones de titularidad, sino también en sus relaciones con la sociedad de gananciales, y ello tanto en el momento de la inicial calificación de las mismas como gananciales, como en el momento final de la liquidación.

En efecto, en cuanto a su posible gananancialidad hemos de decir que al ser cualidad de la finca a que pertenecen, la calificación de privativa o ganancial se realiza con inde-

pendencia del origen de los fondos con los que se adquiere; es decir, será privativa o ganancial según lo sea la finca a la que sirva.

Puede ocurrir que coincidan ambos términos de la ecuación, como cuando un cónyuge -o los dos- utilizan fondos gananciales para adquirir una servidumbre para una finca ganancial, o cuando un cónyuge utilice fondos privativos para adquirir una servidumbre para una finca privativa suya.

Pero habrá casos en que no coincidan, como cuando un cónyuge utilice fondos gananciales para servidumbre en finca privativa suya, o cuando un cónyuge - o ambos- utilicen fondos privativos para servidumbre en finca ganancial.

Y pasando a la liquidación de gananciales, fácilmente se comprende que al no tener autonomía la servidumbre nunca puede dar lugar a la auténtica liquidación ordinaria en los gananciales.

En efecto, ni aún en el caso de que la servidumbre coincidiera con la finca en que ambas fueron adquiridas con fondos gananciales, se puede adjudicar de manera separada, con lo que lo único que ocurre es que en el inventario de la finca se tendrá en cuenta el mayor valor de ésta como consecuencia de esa "cualidad" que ahora tiene (la servidumbre) y antes no tenía; en suma sólo de esa manera indirecta o mediata se puede hablar de liquidación de gananciales en la servidumbre.

Y, desde luego, que en los otros casos en que no coincide la titularidad de la servidumbre con los fondos que se utilizaron para adquirirla, no cabe de ninguna manera hablar de la auténtica liquidación de gananciales, y sí sólo de la colación de su valor. Aquí sería de plena aplicación el **Art. 1358 del Cc.** y deberán producirse las compensaciones que procedan. Más concretamente, si se hubieran utilizado fondos gananciales para constituir una servidumbre en beneficio de finca privativa será de aplicación la norma especial del **Art. 1359 "Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho. No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado".**

En fin, aunque nos hayamos desviado un tanto pensamos que queda más claro el que la colación del valor que se propone como único método de liquidar en los gananciales el usufructo conjunto ganancial, sólo es de aplicación en aquellos derechos absolutamente intransmisibles (uso y habitación) o relativamente intransmisibles (servidumbres prediales).

VI.8.- LA COMUNIDAD GERMÁNICA. EN EL USUFRUCTO CONJUNTO GANANCIAL CONFLUYEN TRES COMUNIDADES GERMÁNICAS: UNA POR LA 'SOCIEDAD DE GANANCIALES", OTRA POR LA "TITULARIDAD CONJUNTA USUFRUCTUARIA" Y OTRA POR LA "TITULARIDAD CONJUNTA GANANCIAL".

Que el C.c español establece como regla general la comunidad romana por cuotas es algo que por repetido en este artículo aburre. Como también aburre por repetido el que excepcionalmente haya ciertos casos de comunidad germánica.

La situación descrita es general en Derecho español no sólo en el Derecho privado, sino también en el público. En este sentido hemos de recordar los bienes comunales de las entidades locales hoy en franca regresión, entre otras razones por que a los Ayuntamientos no les hace ninguna gracia que esos bienes pertenezcan a los vecinos en cuanto a tales y no a la Corporación. Tal vez por ello la doctrina administrativa acogió de manera francamente positiva la legislación de Montes vecinales en mano común de 27/7/68 y la actual de 11/11/80.

En el ámbito civil hay que recordar algunos otros supuestos de comunidad germánica como los montes vecinales de la parroquia que regulaban los **Arts. 88 y 89 de la antigua compilación de Galicia de 1963** y hoy se regula en el **Art. 14 de la Ley de 24/5/95 de Derecho Civil de Galicia.** En el mismo sentido se puede ver el Art. 15 de esa Ley sobre las comunidades de aguas de esos montes.

Otro ejemplo sería la "alera" foral y las mancomunidades de pastos leñas y "ademprios" del **Art. 146 de la Compilación de Aragón de 1967.**

En las **Leyes 379 y siguientes de la Compilación de Navarra de 1973** se regulan algunas de estas comunidades donde es evidente esa comunidad sin cuotas con vocación expansiva al todo. Así la **Ley 380 respecto de** la **'corraliza' "cada titular podrá ejercitar su aprovechamiento en toda la extensión que consienta el disfrute correspondiente de los demás titulares".** En idéntico sentido estarían "la Comunidad Facera", los Helechales", el "Dominio Concellar" de los Valles del Roncal y Salazar y la "Vecindad Forana". Es más, como explica **Salinas Quijada en su Compendio,** en derecho navarro se pone en pie de igualdad -y referido a todo tipo de derechos- la posibilidad de este tipo de comunidades; literalmente dice: ***"tampoco ha habido inconveniente alguno en admitir esa clase de comunidades en mancomún de Navarra, por la libertad de pacto... y por la libertad normativa, que integran ambas el principio de libertad civil, Y así, cuando tales comunidades existan por costumbre o por haberse establecido por voluntad de los constituyentes, serán indivisibles salvo pacto unánime, ningún comunero podrá disponer de su parte sin el consentimiento de todos los demás titulares (FN.-377)".***

Aunque otra cosa pudiera parecer, pensamos que las compras con pactos de sobreviviencia en Cataluña, de los **Arts. 61 y 62 de la antigua Compilación Catalana de 21/7/60** y que hoy se regulan para los cónyuges en régimen de separación y parti-

cipación en los **arts. 44, 45, 46 y 47 del Código de Familia de 15/7/98,** nada tienen que ver con la comunidad germánica. En efecto, aquí no hay titularidad expansiva, ni vocación al todo, sino que la adquisición se hace por cuotas determinadas y hay una verdadera transmisión gratuita de la cuota del fallecido al supérstite, como lo revela el hecho de que ex **art. 44.3** ".".. **la adquisición de la participación del premuerto, debe computarse en la herencia de éste, a efectos del cálculo de la legítima, y, en su caso, imputarse en pago a cuenta de la cuarta viudal".** En contra de esta opinión (si le hemos entendido bien) está **José Luis Mezquita del Cacho** en su trabajo **"Perspectiva actual de las adquisiciones conyugales con pacto añadido de sobreviviencia",** publicado en el colectivo "Jornadas sobre el Código de Familia" por la Revista La Notaría. También estarían en contra **Puig Ferriol y Roca Trías** según cita que de ellos hace **Jesús Martínez Cortés en "El régimen económico de separación de bienes"** incluido en el libro colectivo **Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV, Volumen 2º de Familia;** dice la cita **"no existe transmisión al sobreviviente, sino expansión de la titularidad del mismo";** de todas maneras la cita es relativa a **"Fundamentos del Derecho civil de Cataluña" año 1.979,** con lo que queda en el aire la cuestión de si estos autores siguen manteniendo su opinión hoy en día tras el nuevo art. 44.3 que acabamos de citar.

Pero antes de continuar hemos de hacer unas precisiones conceptuales. En efecto, en los artículos citados al principio (a los que nos remitimos) **Hernanz Vila,** siguiendo a BELTRÁN DE HEREDIA, explica la COTITULARIDAD PLURIMA TOTAL que parece ser una categoría genérica en la que podrían encajar los supuestos de lo que hemos llamado "comunidad germánica"; por su parte **Rodríguez López** parece que construye el género TITULARIDAD CONJUNTA, del que serían especies lo que aquí hemos llamado "comunidad germánica"; **Navarro Viñuales** parece ser el más proclive a utilizar el término de COMUNIDAD GERMÁNICA para explicar el usufructo conjunto y deja entrever que este tipo de comunidad puede existir en otros casos de derechos limitativos del dominio.

Pues bien, nosotros hemos extendido ese término "comunidad germánica" y lo aplicamos al intentar explicar la titularidad conjunta en los derechos de uso, en el de habitación, en las servidumbres personales y en las prediales, pero no tenemos el más mínimo inconveniente en rectificar y denominar a todos esos casos como "derechos conjuntos" o "titularidades plúrimas, expansivas o similares". Nuestro objetivo no es construir una categoría de derechos que englobe los supuestos estudiados (labor que gustosamente dejamos a alguien con mayores luces), sino demostrar que en todos ellos (sea cual sea su categorización) los problemas sobre su titularidad son distintos de los que plantea su posible ganancialidad y que las normas que resuelven unos problemas son distintas de las que disciplinan los otros.

En fin, lo que queremos resaltar aquí es que la comunidad germánica es un tipo de comunidad cuyos caracteres son difíciles de aprehender para el jurista patrio mucho más habituado a la comunidad ordinaria por cuotas, y que por más útil que sea este tipo de comunidad para explicar ciertos supuestos especiales como la comunidad hereditaria y la ganancial, lo cierto es que la germá-

nica siempre se ve como excepción a la regla que constituye la romana.

Y claro, si ya es en sí dificil el manejarse con el concepto de "comunidad germánica , lo que convierte al usufructo conjunto ganancial en un caso extraordinariamente complejo y singular es que sobre él confluyen no una sino "tres comunidades germánicas" que provienen de otras tantas regulaciones.

En efecto, en cuanto a la "GANANCIALIDAD" diremos que si el usufructo conjunto es ganancial, entra en una categoría de bienes "los gananciales" muchos de cuyos aspectos sólo se pueden entender manejando la idea de comunidad germánica. Ya hemos indicado que en la actualidad esa idea de comunidad ya no es tan relevante como antes de la reforma del Cc de 13/5/81, que hoy tiene más un sentido económico que jurídico y que como decía Blanquer los gananciales son mucho más que una comunidad; pero con todo son muchos los autores que explican la situación de la comunidad postmatrimonial o la renuncia de los gananciales con el concepto de comunidad germánica. En todo caso como los problemas de la ganancialidad no son exclusivos del usufructo, dejamos simplemente apuntada esta primera idea de comunidad.

Por otro lado, con independencia de que sea o no ganancial, cuando el usufructo es conjunto se produce una comunidad germánica en la titularidad que hemos denominado "TITULARIDAD CONJUNTA USUFRUCTUAR" y que es la que proviene de los Arts. 469 y 521 del Cc. Cómo se desenvuelve esta titularidad y los problemas que se plantean en su relación con la ganancialidad es a lo que hemos dedicado los apartados anteriores a los que nos remitimos.

Pero es que además, como absoluta novedad tras la reforma del Cc de 13/5/81, resulta que los Arts. 1353 y 1355-2º han introducido una nueva comunidad germánica que denominamos "TITULARIDAD CONJUNTA GANANCIAL"; dicen así: **Art. 1353 "Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges, conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario" y Art. 1355-20 "Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes."**

Antes de que se nos acuse de incongruencia somos los primeros en reconocer una "contradictio in términis", pues si llevamos buena parte de este articulo intentando demostrar que titularidad y ganancialidad son cosas distintas es -cuando menos- llamativo el título que hemos dado a esta comunidad. No es casual, está hecho intencionadamente para llamar la atención sobre la falta de sistemática y la incongruencia en que ha incurrido el Cc.

En efecto, hay falta de sistemática puesto que en los Arts. 1344 Cc y ss. se deberían de regular las cuestiones de ganancialidad, dejando para la sede que corresponda las cuestiones de titularidad. Así hemos visto que la titularidad del usufructo conjunto estaba en los Arts. 469 y 521 Cc, o que la disciplina general de la comunidad estaba en los Arts. 392 y ss, o que la donación conjunta a ambos cónyuges estaba en el Art.

637 Cc o que, en fin, el derecho de acrecer en la sucesión hereditaria estaba en los Arts. 981 y ss Cc. Por todo ello pensamos que hubiera sido de mejor sistemática que las cuestiones de titularidad de las adquisiciones conjuntas por ambos cónyuges, según los casos, se hubieran llevado a la sede de la donación, de las herencias, de la compraventa o, incluso, de la comunidad (que como ya hemos dicho admite en el Art. 392-20 que pueda haber "disposiciones especiales" que regulen otro tipo de comunidad).

Por otro lado hay incongruencia, pues si como explican Garrido Cerdá y Blanquer Uberos "intencionadamente" el legislador de 13/5/81 excluyó la conceptuación de los gananciales como una comunidad actual de bienes dándole un sentido más bien económico, no se entiende muy bien por qué se crea una nueva categoría de comunidad germánica en la titularidad, aparte de las que ya preveía el Cc en su sede correspondiente (usufructos, servidumbres ...) y sería más congruente que ambos cónyuges adquirieran los bienes por mitad con carácter ganancial. Dicho en otras palabras, si el Art. 1344 Cc no impone la comunidad en la titularidad y el resto de los Arts. de ese capítulo consideran suficiente protección para un cónyuge los derechos de control que otorga la cogestión y codisposición sobre los bienes que son titularidad del otro y todo ello se produce en plano de igualdad tanto para la mujer como para el marido, ya no tiene ningún sentido el alterar las reglas generales sobre la comunidad romana por cuotas introduciendo esta nueva comunidad germánica, pues ha desaparecido (como explicaba Blanquer) lo que en su origen dio lugar a esa conceptuación de los gananciales como comunidad germánica, que no era otra cosa que intentar ampliar la protección de los derechos de la mujer en el matrimonio.

Como ya hemos dicho en otro sitio, parece que la concepción de los gananciales (jurisprudencial, doctrinal y en el Reglamento Hipotecario antiguo) como comunidad germánica ha llegado contaminar el mismo Cc. En cualquier caso, aun asistemática e incongruente la regulación de estos Arts. ha arraigado y no parece que haya planteado hasta ahora mayores problemas y, desde luego, nos va a ser de gran utilidad para los objetivos de este trabajo; lo vamos a ver enseguida, pero antes dos observaciones sobre el alcance y extensión de esta "titularidad germánica ganancial".

En cuanto a LOS ELEMENTOS PERSONALES, resulta que esta comunidad es muy restringida puesto que se da sólo entre personas que estén casadas y, además, precisamente en régimen de gananciales. En efecto, los Arts. 1353 y 1355-20, son meridianamente claros pues ya no sólo es su ubicación en sede de sociedad de gananciales, sino que expresamente sólo se refieren a "los cónyuges". Por otro lado, el que se refieren sólo a los casados en gananciales resulta de que en los regímenes de participación y separación las reglas son exactamente las contrarias y lo que se produce es la comunidad ordinaria romana; lo primero es resaltar que ambos regímenes en su vigencia funcionan de igual manera, por eso dice el **Art. 1413 Cc "En todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán, durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes";** por su parte **el Art. 1414 Cc** sienta la exclusión de la comunidad germánica cuando dice **"Si los casados en régimen de participación adquirieran conjuntamente algún bien o derecho, les pertenecerá**

en pro indiviso ordinario"; y por si hubiera alguna duda dice el **Art. 1441 Cc "Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad".** Confirma lo hasta aquí dicho el **Art. 90. 2 del actual Reglamento Hipotecario "Los bienes adquiridos por ambos cónyuges, sujetos a cualquier régimen de separación o participación.) se inscribirán a nombre de uno y otro, en la proporción indivisa en que se adquieran** .....

Sin embargo, respecto de LOS ELEMENTOS OBJETIVOS, la comunidad germánica introducida en estos artículos no puede ser más extensa puesto que se puede referir no sólo a los derechos reales limitativos sino, incluso, a la propiedad (se habla en general de "bienes y derechos") y sea cual sea el titulo de constitución, tanto intervivos como mortiscausa, tanto gratuito como oneroso.

Volviendo al usufructo, lo primero sería explicar por qué consideramos de extraordinaria importancia el fundamentar nuestra posición desde estos Arts. 1353 y 1355 Cc. Veamos: cierto es que pensamos que con lo dicho en los capítulos anteriores consideramos suficientemente probadas nuestras conclusiones pero también pensamos que para llegar a esa explicación del usufructo conjunto ganancial se han tenido que combinar los Arts. 392, 393, 469, 521, 528, 531, 534, 535, 544, 600, 602, 637, 982, y 987 (que resuelven cuestiones de titularidad y fueron publicados en 1889), con los Arts. 1344 y ss (que disciplinan cuestiones de ganancialidad y han sido publicados un siglo después), de manera que siempre quedará la duda de si esa combinación es la única posible o caben otras distintas.

Frente a ello, pensamos que si lográramos dar la misma solución al usufructo conjunto ganancial, argumentando desde el mismo centro neurálgico de la regulación de los gananciales, aplicando Arts. introducidos de intento como novedad por el mismo legislador, en la misma ley reformadora del Cc, resultaría que ya no se podría pretender ninguna excepcionalidad en la liquidación de los gananciales de un usufructo conjunto, cuando el mismo legislador -insistimos: en la misma ley- regula su titularidad y su ganancialidad sin establecer excepción alguna.

Pues bien, animados con ese propósito hemos de resaltar (dejando aparte problemas de sistemática e incongruencia) que los **Arts. 1353 y 1355-2º,** no sólo regulan cuestiones de ganancialidad. En efecto, recordemos que los Arts. 987 y 982 para las sucesiones y el 637 para las donaciones establecían un derecho de acrecer en los llamamientos conjuntos sin cuotas. Los Arts. 987 y 982 se referían a cualesquiera personas llamadas y el Art. 637 se refería a cónyuges (pensamos que sólo a los casados en gananciales pues normas posteriores y mas específicas como los antes vistos Arts. 1414 y 1441 excluyen al régimen de participación y al de separación). Estos Arts. ya hemos dicho que planteaban la incógnita de si eran aplicables sólo a ese momento de la titularidad en formación o si era aplicable el acrecimiento que preveían también al usufructo ya constituido. Pues bien, **el Art. 1353** acaba con esas dudas puesto que se está refiriendo a un momento posterior en el que ya se a consumado la adquisición de la titularidad; recordemos **"Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges, conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que**

la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario".

En suma, en las adquisiciones gratuitas del **Art. 1353:**

a) Hay una titularidad conjunta ya constituida, sin cuotas, y ya "aceptada por ambos".

b) Caso de que en la titularidad conjunta sin cuotas se produjera una vacante por fallecimiento o renuncia se daría el derecho de acrecer a favor del otro cónyuge, pues otra interpretación nos llevaría al absurdo de que se permite constituir una comunidad germánica para que acabe funcionando como una comunidad ordinaria por cuotas.

c) El testador o donante puede destruir la presunción de ganancialidad.

d) El mismo legislador -en la misma ley- que introduce esta titularidad conjunta ganancial no excluye que luego haya de llevarse el resultado del acrecimiento a la liquidación ordinaria de los gananciales, no establece ninguna especialidad en el usufructo conjunto respecto del resto (le los gananciales

Ahora bien, en las adquisiciones gratuitas la voluntad a respetar y cumplir es la del donante o testador, de manera que sólo ellos pueden excluir el acrecimiento (Arts. 637 y 982 Cc) o la ganancialidad (Art. 1353 Cc) y los favorecidos no tienen más opción que aceptar o repudiar. Frente a ello, en las adquisiciones onerosas la única voluntad relevante es la de los adquirentes que son los que habrán de decidir si adquieren conjuntamente (con derecho de acrecer) o por cuotas indivisas y también son los que pueden destruir la presunción de ganancialidad. Por eso no bastaba con el Art. 1353 y fue necesario una norma especial para la adquisiciones onerosas: **el Art.1355-2" "Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes."**

En suma, en las adquisiciones onerosas del **Art. 1355-2º:**

a)Hay una titularidad conjunta, sin cuotas de un usufructo ya constituido.

b) Caso de que en la titularidad conjunta sin cuotas se produjera una vacante por fallecimiento o renuncia se daría el derecho de acrecer a favor del otro cónyuge, pues otra interpretación nos llevaría al absurdo de que se permite constituir una comunidad germánica para que acabe funcionando como una comunidad ordinaria por cuotas.

c) Los cónyuges pueden destruir la presunción de ganancialidad.

d) El mismo legislador -en la misma ley- que introduce esta titularidad conjunta ganancial no excluye que luego haya de llevarse el resultado del acrecimiento a la liquidación ordinaria de los gananciales, no establece ninguna especialidad en el usufructo conjunto respecto del resto de los gananciales.

No queremos acabar este apartado sin hacer una breve referencia a las nuevas posibilidades que brindan estos Arts. 1353 y 1355-2º en orden a configurar ilimitadamente titularidades conjuntas con carácter privativo, que tuvieran fuerza expansiva a

favor del supérstite sin pasar ni por la liquidación de los gananciales, ni por la herencia, lo que en definitiva no es sino aplicar la solución que proponemos para el usufructo conjunto a otros derechos incluido el de propiedad, o dicho en otras palabras, nos encontraríamos muy próximos al PACTO DE ACRECIMIENTO O "TONTINE".

Como decimos, vamos a hacer una referencia breve y para ello nos basamos en las opiniones de **Garrido de Palma en "Capitulaciones matrimoniales y régimen económico matrimonial" y de Jesús Martínez Cortés en "El régimen económico de separación de bienes",** ambos trabajos incluidos en el libro colectivo **"Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV, Familia, Volumen 1º y 2º páginas 266/267 y 323/324/325"** respectivamente. También nos basaremos en el **Manual Notarial de Disposiciones Sucesorias de Europa, elaborado por la CAEM (Comisión de Asuntos Europeos y del Mediterráneo) de la UINL, (Unión Internacional del Notariado Latino) y publicados por IRENE (Institut de Recherches et D'Etudes Notariales Europeen),** al que denominaremos MNDSE.

Pues bien, aunque sea adelantar las conclusiones, lo que proponemos para evitar que el usufructo conjunto ganancial sea llevado a la liquidación ordinaria de los gananciales, es configurarlo (inicial o posteriormente) como privativo, de manera que fallecido un cónyuge, el supérstite quede como único titular pleno y libre de un usufructo del que podrá disponer sin necesidad de cumplir ningún otro requisito. Esta solución es perfectamente aplicable (ex Arts. 1353 y 1355-20 Cc) al derecho de propiedad adquirido tanto intervivos como mortiscausa, tanto a título oneroso como gratuito, puesto que los testadores, donantes y cónyuges pueden destruir la presunción de ganancialidad. Es evidente, que la auténtica y completa virtualidad de este pacto de acrecimiento está ligada a que lo adquirido lo sea con carácter privativo, puesto que si tuviera carácter ganancial la titularidad que se consolida en el supérstite no es que no tenga alguna limitada importancia (por ejemplo en la posibilidad de arrendar), pero económicamente (al no poder disponer sin antes liquidar por la mitad de su valor) prácticamente carecería de esa importancia.

Martínez Cortes dice que la cláusula de acrecimiento o tontina ha sido estudiada especialmente en derecho francés, donde **G. Cornu** la define **"como la cláusula en cuya virtud los adquirentes de un mismo bien convienen en que la adquisición será reputada hecha por cuenta tan sólo del sobreviviente de ellos, desde el día de la adquisición, con exclusión del premuerto, que es retroactivamente considerado como si nunca hubiera sido propietario".** Continúa diciendo **Martínez Cortés** que ante las acusaciones (descritas por **Boussougou-Bou-Mbine)** de que este tipo de cláusulas infringían la prohibición de pactos sobre la herencia futura, se configuraron como actos a título oneroso y aleatorio; según **M. Delmás-Saint Hilaire "cada uno de los adquirentes se encuentra propietario de una mitad bajo la condición resolutoria de su premoriencia, y propietario de la otra mitad bajo la condición suspensiva de su supervivencia".**

Ahora bien, este pacto de Tontine (o su resultado obtenido mediante la combinación de adquisición conjunta sin cuotas excluida la ganancialidad) plantea una serie de cuestiones que vamos a, siquiera, dejar esbozadas.

¿ENTRE QUIÉNES ES POSIBLE EL PACTO DE ACRECIMIENTO?

Para Garrido de Palma parece que es posible sólo entre cónyuges que además estén casados en régimen de separación de bienes, puesto que estudia el pacto dentro del apartado **"Penetración de las ideas comunitarias en el régimen de separación de bienes".** En el mismo sentido parece que se pronuncia Martínez Cortés puesto que lo estudia en el apartado relativo al régimen de separación y, precisamente, como un medio de **"paliar y mitigar las consecuencias y efectos del régimen de separación".**

Según el NNDSE en Bélgica se admite entre no casados, entre cónyuges casados en separación o en comunidad universal con cláusula de atribución exclusiva al sobreviviente. En Francia cabe un pacto de comunidad universal con cláusula de atribución total a favor del sobreviviente. En Holanda el pacto de tontine puede ser convenido por miembros de una unión de hecho. En Luxemburgo cabe que los cónyuges pacten una comunidad universal con cláusula de atribución de la totalidad de los bienes al supérstite y cabe el pacto de tontine entre personas sin parentesco alguno. En Inglaterra existe un amplio repertorio de "tontines" entre cónyuges, ascendientes y descendientes y extraños. En Suiza cabe pactar régimen de comunidad universal con cláusula de atribución al supérstite.

Por nuestra parte nos limitaremos a constatar que el único reconocimiento legal de algo que produzca parecidos efectos al pacto de tontine sólo se encuentra en el Cc al hablar de los gananciales; aparte, claro es de las compras con pacto de supervivencia de Cataluña que ya hemos dicho que, en nuestra opinión, son más una transmisión gratuita que una expansión no trasmisiva.

¿QUE TRANSCENDENCIA FISCAL TIENE EL PACTO DE ACRECIMIENTO?

Martínez Cortés se refiere al derecho francés cuando se queja de que en ese país se considera que se produce una transmisión gratuita sujeta al impuesto de sucesiones lo que es una contradicción del régimen civil.

Según el MNDSE en Bélgica quedan sujetos al impuesto de Donaciones. En Francia en el pacto de comunidad universal con cláusula de atribución total a favor del sobreviviente, se considera que cuando se consuma la atribución lo es "ex contractu" y no por herencia, con lo que no hay impuestos. En Holanda el pacto de tontine convenido por miembros de una unión de hecho tiene distinta trascendencia fiscal según se consume antes o después de cinco años. En Luxemburgo caso de que los cónyuges pacten una comunidad universal con cláusula de atribución de la totalidad de los bienes al supérstite, o en caso del pacto de tontine entre personas sin parentesco alguno, los impuestos son más bajos que el de sucesiones.

Por nuestra parte nos limitaremos a recordar que los Reglamentos de ITP y IsyD, refiriéndose al usufructo conjunto entre cónyuges declara que no está sujeta la expansión del usufructo de un cónyuge a otro.

Pues bien, aunque los Reglamentos se refieren a un supuesto muy concreto de un usufructo entre cónyuges, hay que observar

que la expansión está no sujeta, y, por tanto, no hay hecho imponible gravado por la sencilla razón que no hay transmisión. Si esto fuera así, por la misma razón habrá de considerarse que al no haber transmisión en un acrecimiento de propiedad, esa expansión estaría no sujeta. Pero claro en tema tan delicado (obvio es recordarlo) toda prudencia es poca.

V.I.9.-CONCLUSIONES

PRIMERA.- El usufructo es un derecho transmisible.

SEGUNDA.- Si se constituye conjuntamente a favor de varias personas sin designación de cuotas, en caso de fallecimiento o renuncia de un titular, lleva ínsito el acrecimiento o expansión a favor del resto de titulares. Este acrecimiento no depende de ningún pacto especial, sino que se produce por su propia naturaleza de comunidad germánica, automáticamente, sin necesidad de cumplimentar ningún trámite o requisito y ex lege por aplicación de los Arts. 469, 521, 637, 982 y 987 del Cc.

TERCERA.- El usufructo constituido a favor de un cónyuge puede ser ganancial por las reglas generales y si llega a serlo habrá de ser llevado a la liquidación ordinaria de los gananciales donde se podrá adjudicar a los herederos del premuerto ya que, ni hay ninguna excepción prevista para él en los Arts. 1344 y ss, ni le es aplicable la colación del valor del Art. 1358 Cc que sólo está prevista para los derechos que son privativos o gananciales con independencia del caudal con el que se adquieren.

CUARTA.- El usufructo ganancial conjunto para ambos cónyuges (teniendo bien presente la distinción entre titularidad y ganancialidad y que el acrecimiento no supone transmisión), la única particularidad que tiene es una inicial indeterminación en la titularidad, y una vez resuelta por el acrecimiento legalmente automático a favor del supérsite, habrá de liquidarse en los gananciales por las reglas generales, con posibilidad de adjudicarlo a los herederos del premuerto ya que el supérstite puede ser el más interesado en que así se haga. En suma, todos los posibles casos de usufructo conjunto se acaban reconduciendo al usufructo ganancial que es titularidad de un solo cónyuge.

QUINTA.- Este acrecimiento y esta liquidación de gananciales del usufructo conjunto está confirmada en la nueva regulación de la titularidad conjunta de los Arts. 1353 y 1355-2º Cc que se introdujo en la reforma de 13/5/81, tras la que está más claro que ni la ganancialidad anula la titularidad ni el acrecimiento del usufructo puede suponer una liquidación abreviada de gananciales.

SEXTA.- La DGRN de manera sistemática ha venido imponiendo la ineludible obligación de liquidar el usufructo (tanto el simple como el conjunto) y ni ella ni el TS han siquiera insinuado que sólo se pudiera hacer por colación del valor. La única Resolución que declaró que no era necesaria la liquidación fue la de 10/7/75, que resolvió con contradicciones un caso tan especial que difícilmente puede extrapolarse a otros supuestos.

SÉPTIMA.- La única posible excepción es el caso del usufructo que antes de la liquidación no tiene carácter ganancial, bien por que no lo tuvo nunca desde su constitución (por haberlo ordenado el testador o

donante, o por haberse adquirido con fondos privativos acreditados o confesados), o bien porque con posterioridad a su constitución se transmite del patrimonio ganancial al privativo (para los usufructos constituidos antes de la reforma del Cc. de 13/5/1981 la confesión o la transmisión necesariamente habrá de hacerse o reiterarse con posterioridad a su entrada en vigor ya que antes no se admitía ni la confesión ni la contratación entre cónyuges).

OCTAVA.- Para la transmisión del usufructo del patrimonio ganancial al privativo, no basta el utilizar el término "sucesivo", sino que se requiere un auténtico "pacto causalizado" que no deje dudas sobre la verdadera voluntad de los cónyuges. La doctrina que en tal sentido estableció la solitaria Resolución de 21/1/91 habrá de entenderse derogada por otras muchas posteriores.

VI.10.- FÓRMULAS PARA INTENTAR CUMPLIR LA VOLUNTAD DE LOS USUFRUCTUARIOS.

El artículo podría perfectamente acabar en el apartado anterior, pero pienso que profesionalmente ni podemos ni debemos conformarnos con explicar o describir una situación si sospechamos que entre lo que damos y lo que nuestros clientes reclaman no hay una completa simetría.

Tomemos un ejemplo típico de un matrimonio que en su ciudad de origen ya tienen la vida más que resuelta y que al decidir comprarse una segunda residencia en la playa piensan que -no siendo de primera necesidad- bastará con quedarse ellos el usufructo y que la nuda propiedad sea para los hijos. Pues bien, ese acto de generosidad para con los hijos (que más que probablemente encubre una donación de dinero) tiene como contrapartida el obtener la seguridad de que mientras viva uno de ellos nadie les va a perturbar en el disfrute del inmueble. Y si por un momento llegaran a imaginarse que para continuar en el usufructo el supérstite tuviera que pagar la mitad de su valor a los hijos, el fallecido se levantaría de la tumba.

Si llegamos a la conclusión en un determinado caso concreto (y eso cada uno habrá de juzgarlo según las circunstancias de cada supuesto) de que los cónyuges no quieren que se liquide en los gananciales el usufructo, habrá que intentar darles alguna solución, que no puede ser otra que el lograr que antes de la liquidación tenga carácter privativo, bien por que lo tuvo desde el primer momento, bien porque se transfirió del patrimonio común al privativo.

Para lograr que el usufructo tenga ese carácter privativo no se pueden violentar las normas del Cc, ni se pueden buscar atajos como intentó la Resolución de 1991 considerando que era suficiente el añadir la palabra "sucesivo".

Claro es que todo eso supone el que tengamos que cambiar nuestra forma de actuar. En efecto, hasta ahora teníamos un modelo único de constitución de "usufructo vitalicio, simultáneo y sucesivo" que aplicábamos a todos los casos. A partir de ahora habrá que distinguir si los usufructuarios son solteros o casados; si son casados, si lo están en régimen de separación, participación o comunidad; si la constitución es intervivos o mortiscausa, a titulo oneroso o

gratuito; si se constituye por vía de retención o por adquisición... Veamos:

PRIMERO.- DONACIÓN O LEGADO DE UN USUFRUCTO CONJUNTO SIN CUOTAS QUE ACEPTEN AMBOS CÓNYUGES.

El evitar que tenga carácter ganancial es bien sencillo, pues basta que al amparo del Art. 1353 el testador o donante excluya expresamente esa ganancialidad.

SEGUNDO.- ADQUISICIÓN ONEROSA POR AMBOS CÓNYUGES DE UN USUFRUCTO CONJUNTO SIN CUOTAS.

El Art. 1355-20 Cc refuerza la presunción de ganancialidad del Art. 1361 Cc, pero esa presunción puede ser destruida por confesión de ambos cónyuges de que el dinero invertido es pagado proporcionalmente con cargo a sus respectivos fondos privativos.

TERCERO.- TRANSFERENCIA DEL USUFRUCTO CONJUNTO SIN CUOTAS A LOS PATRIMONIOS PRIVATIVOS DE AMBOS CÓNYUGES.

Este grupo está formado por usufructos que quedan incluidos en el patrimonio ganancial, bien porque el testador o donante no excluyera la ganancialidad, bien porque se adquiriera con fondos gananciales confesando que era para la comunidad, bien porque la confesión de privaticidad no pueda operar al ser permuta con otros gananciales, bien porque se retiene de una propiedad indubitadamente ganancial, bien porque antes de la reforma del Cc de 13/5/81 lo adquirieran uno o ambos cónyuges en gananciales.

En todos estos casos se podría intentar una fórmula que dejara definitivamente resuelta la cuestión sin necesidad de compensaciones posteriores y que "fiscalmente" se acercara lo más posible a la "disolución de la sociedad conyugal" que declara exenta el Art. 45. **B. 3 del Texto Refundido del ITP y AJD de 24/9/1993** (por más que "civilmente" sea... como diríamos... "ligeramente discutible"). Sugerimos la siguiente:

"————— **OTORGAN————-**

PRIMERO. APORTACIÓN A LOS PATRIMONIOS PRIVATIVOS DE AMBOS CÓNYUGES. ————————

El usufructo descrito en la exposición de esta escritura se aporta proporcionalmente a los respectivos patrimonios privativos de los dos cónyuges titulares ——
————————————————————

Con esta operación se dan por cancelados los créditos que ambos cónyuges ostentaban por idéntico importe sobre el patrimonio ganancial en virtud de sendas aportaciones previas de bienes privativos ——————————————

Como consecuencia de estas adjudicaciones como disolución anticipada parcial de la sociedad, ya no será necesario el incluir el presente usufructo en la liquidación final de los gananciales ———"

Queda para mejor ocasión el estudio de los problemas fiscales que se puedan plantear con las adjudicaciones y los que plantea el Art. 95. 4 del Reglamento Hipotecario respecto de la confesión de privaticidad.

ACTUALIDAD

BEGOÑA BEITIA BASTIDA *Registradora de la Propiedad*

NUEVA LEY GENERAL TRIBUTARIA

LA POSIBLE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD Y MERCANTIL EN LA NUEVA LEY GENERAL TRIBUTARIA

La nueva Ley General Tributaría de 17 de diciembre de 2003 que entrará en vigor el 1 de julio de 2004 ha modificado los supuestos de responsabilidad de la deuda tributaria y ha recogido en el **artículo 42.c** un supuesto de responsabilidad en los casos de ***"sucesión en la titularidad o ejercicio de la actividad".*** Dados los términos de su nueva redacción, en principio parece aplicable al particular sistema de provisión de vacantes en los Registros de la Propiedad y Mercantiles, no ya en los casos de interinidad, sino en los de acceso a la plaza en propiedad.

La nueva Ley recoge de forma expresa en el citado artículo 42.c, cuyo texto íntegro no es preciso reproducir por no venir al caso, que la responsabilidad será solidaria y que afectará a todos los que ***"sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas".*** La interpretación de las normas tributarias y especialmente la Ley sobre el Impuesto de las Personas Físicas (I.R.P.F.) de 10 de diciembre de 1998 establece claramente en sus artículos 6 y 25 que se consideran actividades económicas entre otras, "el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas", entre las que hemos de considerar incluida nuestra actividad.

Esta modificación amplía los supuestos establecidos en el artículo 72 de la anterior Ley (230/63), que se referían a la sucesión en la titularidad, y en el artículo 13 del actual Reglamento de Recaudación, que se refiere a la sucesión en la titularidad o ejercicio.

La anterior regulación la encuadraba en la sección de "Garantías tributarias" y conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2000, estaba limitada a ser una responsabilidad subsidiaria.

En cuanto al alcance de dicha responsabilidad el artículo 42.c de la Ley General Tributaria establece que el nuevo titular será responsable por las obligaciones tributarias

contraídas del anterior titular y "derivadas *del ejercicio de la actividad"* de manera expresa establece que la responsabilidad se extenderá también a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar.

Esta última aclaración se ha debido al interés del legislador en incorporar la tesis defendida por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de julio de 2000, donde se defendió que por no venir expresamente reguladas en la anterior Ley General Tributaria, las retenciones no podían ser consideradas como una deuda tributaria propia de la actividad económica al ser realmente pagos a cuenta de meras deudas de los trabajadores.

El artículo 42.c incluye también dentro de la responsabilidad las sanciones impuestas o que puedan imponerse, cuando no se haya solicitado el certificado del que luego hablaremos.

El tipo de responsabilidad que establece la Ley como ha quedado expuesto es la *"solidaria", y según* el artículo 175 de la misma Ley, hay que distinguir dos supuestos:

a) Declaración de responsabilidad antes del vencimiento del período voluntario del deudor principal (se deberá esperar por parte de la Administración al vencimiento del plazo).

b) Declaración de responsabilidad después del vencimiento del período voluntario del deudor principal (el acto de declaración de responsabilidad y la exigencia del pago se notificarán conjuntamente)

La Ley sólo establece un supuesto de **limitación del alcance de la responsabilidad,** este supuesto viene recogido en los artículos 42.c y 175.2 y es el caso de solicitud de un certificado por el futuro titular a la Administración tributaria, siempre previa conformidad del titular actual, sobre las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias del anterior titular.

Esta certificación se emitirá en un plazo de tres meses, y la responsabilidad se limitará al contenido de la certificación. En los supuestos en los que la Administración no contestara o la respuesta fuera defectuosa, existirá una exención de responsabilidad al sucesor.

La posibilidad de solicitar el certificado del artículo 175 en los supuestos de concursos de traslado es poco efectivo debido, por un lado al escaso efecto limitador de responsabilidad que produce, y por otro a la dificultad que supondría que todos los aspirantes a un Registro solicitaran con la aquiescencia del actual titular, un certificado a la Administración tributaria sobre sus deudas tributarias. Si esto es así, como parece tras una primera interpretación al margen de los problemas que se suscitarían, debería establecerse la posibilidad de renuncia una vez resuelto el concurso en los supuestos en los que el certificado de deudas del anterior titular no fuera el deseado. Hay que pensar que es más fácil para la Administración dirigirse al nuevo Registrador que al anterior, que puede haber trasladado su residencia a otra Provincia o incluso a otra Comunidad Autónoma.

En conclusión parece que el ejercicio de la profesión registral se enmarca dentro del supuesto legal, siendo responsables solidarios de todas las deudas tributarias anteriores los nuevos titulares.

Está claro que el artículo 42.c de la Ley General Tributaria no está pensado para los cambios de titularidad de los Registros. Además se puede objetar que el ejercicio profesional de la actividad Registral no es una pura actividad económica sino que va más allá en cuanto que el Registro presta un servicio público, y en él presta su función un funcionario público.

Sería conveniente que por parte del Colegio se elevara consulta a la Dirección General de Tributos sobre el alcance de dicho artículo.

En estos momentos se está trabajando en la Administración en la elaboración de un nuevo Reglamento General de Recaudación que desarrolle la nueva Ley General Tributaria, y podría ser el momento en el que se incluyera alguna limitación en la interpretación de la Ley para excluir el sistema de provisión por concurso de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, de los supuestos de "sucesión o cambio de titularidad o ejercicio de actividades económicas" que establece el artículo 42.c de la Ley General Tributaría como supuestos de responsabilidad solidaria.

GRANDES PERSONAJES

-Los habitantes de Numancia se negaron a rendirse a las tropas de Escipión y la ciudad fue sitiada por hambre durante meses. Una vez agotado el ganado los numantinos se alimentaron con la piel de los animales sacrificados, con paja y, por último, con la carne de los moribundos, los enfermos y los más débiles. Escipión no aceptó una rendición incondicional, y los sitiados incendiaron la ciudad y prefirieron morir quemados.

El general romano recorrió los escombros de la ciudad y ordenó que nunca fuera reconstruida. Cincuenta supervivientes, casi muertos pero con la mirada altiva, fueron llevados a Roma y encadenados al carro triunfal de Escipión.

-Calígula envidiaba y deseaba a Próculo, un gladiador hermoso y moreno que era famoso por el increíble tamaño de sus genitales.

Cuando el gladiador se casó, Calígula y su esposa se invitaron a los esponsales. Calígula ejerció el derecho de pernada con la recién casada ante Próculo, y luego procedió a sodomizar al muchacho sobre una mesa de cocina mientras la joven esposa miraba.

Un tiempo despúes, Calígula hizo ejecutar a Próculo y conservó sus genitales como talismán.

PEDRO FANDOS PONS *Registrador de la Propiedad*

¿Cómo se liquidaría ...? Un caso típico de:

LIQUIDACIÓN DE PRÉSTAMOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO ASIMILADAS, SIN GARANTÍA ESPECÍFICA O CON GARANTÍA PERSONAL

Con carácter general, a la hora de abordar la tributación de las operaciones de préstamo, hemos de partir de diferenciar entre:

-préstamos mercantiles, en los casos en los que el prestamista es una sociedad mercantil, o, en otro caso, se trata de un empresario o profesional liberal que concede el préstamo en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional habitual. En tales casos, el prestamista es sujeto pasivo del IVA, y la operación queda sujeta a este impuesto.

-préstamos civiles, en cualquier otro supuesto, siendo entonces la operación constitutiva de hecho imponible del ITP, modalidad transmisiones patrimoniales onerosas.

Hay, además, que tener en cuenta:

1º.- que será indiferente cómo vaya a instrumentarse la operación, ya sea:
-escritura o póliza de préstamo, con intervención notarial;
-documento privado;
-descubierto en cuenta corriente o excedido en cuenta de crédito;
-letras de cambio firmadas como librado, o pagarés singulares firmados como deudor, por el prestatario;
-pagarés emitidos en serie por el deudor;
-activos de rendimiento implícito (bonos cupón cero), explícito (bonos ordinarios y obligaciones) o mixto (bonos convertibles).

2º.-que, a efectos de ITP, al préstamo personal se equiparan (STS de 5 de octubre de 2.002) la cuenta de crédito, el depósito retribuido, y el reconocimiento de deuda, siempre que este último sea abstracto y expreso, art. 15-2 LITP y 25-2 RITP.

Sentado lo anterior, encontraremos, entonces:

A) El préstamo entre particulares está sujeto a ITP, art. 7-1-b LITP, 10-1-b RITP, cualquiera que sea el prestatario, art. 7-5 LITP, 31-2 RITP:

-Sujeto pasivo es el prestatario, art. 8-d LITP;

-la base imponible, según art. 50-4 y 26 RITP, será:

-en el préstamo con garantía personal del deudor o fianza, el capital prestado;

-en el reconocimiento de deuda, el capital;

-en el depósito retribuido, el valor de la cosa depositada;

-en la cuenta de crédito, el crédito realmente utilizado. Al efecto, se liquida anualmente, por el mayor saldo deudor de la cuenta en el periodo liquidado, y si la duración total de la operación excede de 1 año, la base, para el 2º y ulteriores ejercicios, es la diferencia positiva entre el máximo dispuesto en el ejercicio liquidado, y el mayor saldo deudor de los ejercicios anteriores.

-tipo, conforme art. 11 - 1 -b LITP, será el 1 %.

No obstante, desde la entrada en vigor de la LIVA, y ahora con art. 45-1-13.15 LITP y 88-1 -B- 15 RITP, los depósitos en efectivo y préstamos, incluídas las operaciones asimiladas que anteriormente citábamos (art. 88-1-B-15 y 25-2 y 3 RITP) están exentos, aunque se representen por medio de pagarés, bonos, obligaciones u otros títulos análogos, lo cual es extensivo a la posterior transmisión de los títulos representativos del empréstito o depósito.

Supuesto particular digno de análisis puede ser el del contrato de comodato: art. 7- 1 -B LITP considera hecho imponible del tributo la constitución de préstamos, sin diferenciar en atención a su onerosidad o gratuidad; pero, por el contrario, siendo esencialmente gratuíto, debe quedar lógicamente al margen del hecho imponible del ITP; y, si pretende asimilarse al contrato de depósito, art. 10.2.j LITP sólo determina la fijación de la base imponible para el caso de depósitos retribuidos, lo que hace pensar en una no sujeción al impuesto.

Parece más defendible por tanto la no sujeción, y, de probarse el *ánimus donandi,* aplicar art. 3-1-b LISD (opción rebatida por SsTS de 8 de junio y 28 de septiembre de 2.002, para los préstamos a largo plazo sin interés). Pero, aunque se optara por la sujeción, seguiría rigiendo la exención del art. 45-1-B-15 LITP.

B) El préstamo que hemos denominado mercantil, o más propiamente, el supuesto en el que el prestamista es sujeto pasivo del IVA: queda, obviamente, sujeto a éste, pero exento, art. 4, 5, 20-1-18-c LIVA. En tanto carezca de garantía específica, no siendo inscribibles, no estarán sujetos a ITP, modalidad de actos jurídicos documentados, al 0'50% o al 1% según CCAA., art. 31-2 LITP, 72 y 74 RITP. Y a estos efectos será indiferente que se quiera concebir la apertura de una línea de descuento de letras de cambio como operación de crédito o como cesión del mismo, pues de todos modos va a estar sujeta pero exenta en IVA.

No obstante, podemos encontrarnos con supuestos particulares:

1º.- la emisión de títulos a la orden: la exención de IVA para los préstamos no se extiende, en los instrumentados por efectos financieros, al AJD correspondiente a los documentos mercantiles, al tipo de 0'30%. E igualmente, para el caso de estar sujeto a la modalidad de TPO, cuya exención no es extensiva a esta modalidad de gravamen, que resulta, por lo tanto, compatible, art. 8 8- 11 RITP.

2º.- la emisión de valores mobiliarios, ya sean instrumentos explícitos (bonos u obligaciones) o implícitos (pagarés, bonos cupón cero), nominativos o al portador, representados por anotación en cuenta o título. Hemos de distinguir:

a) la cuestión de su sujeción a IVA o a ITP:

-si el suscriptor es sujeto pasivo del IVA, la operación debería estar gravada con éste, siendo sujeto pasivo el inversor, pero quedando exenta de tributación.

-si por el contrario no lo es, debería quedar sujeta, aunque exenta, al TPO, siendo sujeto pasivo el deudor-emisor.

Pero lógicamente la emisión se hace sin restricciones en este ámbito, y sin discriminar según el suscriptor sea o no sujeto pasivo del IVA, ante lo cual el TEAC (7 de noviembre y 6 de junio de 1.990) opta por considerar la emisión sujeta a TPO, y exenta, obviamente.

b) la sujeción de los documentos de formalización de la operación en sus diferentes fases a AJD al 0'50% o al 1% según CCAA. (documentos notariales):

b.1-escritura de emisión de obligaciones: puede argumentarse que, mientras no se verifiquen las suscripciones, carece por si misma de un objeto valuable económicamente, y, por tanto, no habría de estar sujeta a AJD al 0'50% o al 1% según CCAA, conforme al art. 31-2 LITP. Pero la Audiencia Nacional (sentencia de 21 de noviembre de 1.995) considera esta escritura sujeta a tal modalidad impositiva, aunque exenta, con Directiva 69/335/CEE, como recuerda STS de 3 de noviembre de 1.997.

b-2-escritura de aumento de capital, por suscripción de las obligaciones emitidas y suscritas: desde luego, hay una primera copia de escritura pública, que tiene un objeto valuable, cual es el importe de las obligaciones suscritas, y es inscribible en el Registro Mercantil. La cuestión, en relación con lo antes indicado, es si la operación está o no sujeta a TPO:

-si los suscriptores son sujetos pasivos de IVA, no está obviamente sujeta a TPO, y queda consecuentemente sujeta a AJD al 0'50% o al 1% según CCAA

-pero si son particulares, está sujeta, aunque exenta, en TPO, y no está sujeta en AJD al 0'50% o al 1% según CCAA.

Según la tesis antes expuesta, puede entenderse, ante el problema de determinar la naturaleza del suscriptor, que la operación está sujeta a TPO. Pero TEAC (7 de septiembre de 1.995) defiende la postura de diferenciar a los suscriptores según sean o no sujetos pasivos de IVA. De admitir esta posición, aún habría que aclarar si, como préstamo, debe también quedar exenta la operación en AJD:

-Parte de la doctrina ha señalado que, dado que las exenciones del art. 45 se encuentran en sede de disposiciones comunes de la LITP, y el art. 45-11 establece la no aplicación de las mismas a las modalidades de AJD al 0'30% y AJD gravamen fijo, debe, por exclusión, ser aplicable la exención a AJD, máximo si se atiende a la amplitud de los términos con que está redactada aquella, y la dificultad de distinguir en cada caso la naturaleza particular o empresarial del suscriptor.

-Circular de la DGT de 6 de mayo de 1.986 considera que la exención del art. 45- 1 - B.15 LITP sólo es válida para préstamos sujetos a TPO.

-SsTS de 2 de octubre de 1.989, 12 de septiembre de 1.990, 3 de enero y 4 de febrero de 1.991, en relación con la escritura de préstamo hipotecarlo, ha señalado que el hecho imponible en AJD, no es el préstamo, sino el documento, y que las exenciones aplicables al AJD siempre se determinan con carácter expreso, lo que no ocurre en el art. 45-1-B-15 LITP. Este criterio de no exención se ha visto sin embargo modificado en STS de 19 de abril de 1.997. Además, SsTS de 4 de noviembre de 1.996 y 3 de noviembre de 1.997 entienden que la doctrina de la sentencia de 1.989 no es aplicable a la emisión de obligaciones, que, conforme a la Directiva 69/335/CEE, no debe estar sujeta a AJD.

b-3- escritura de cancelación de las obligaciones emitidas y no suscritas: según todo lo dicho, podría entenderse que, estando sujeta a AJD, conforme art. 32-1 LITP, resulte exenta, de igual modo como lo está la escritura de emisión. STS de 3 de noviembre de 1.997 así lo confirma al anular los arts. 70-4 y 74 RITP, en cuanto a tributación de las escrituras de emisión y cancelación de obligaciones, bonos, cédulas, pagarés y títulos análogos, cuando no tributan por TPO, como recoge la DGT en consulta de 17 de septiembre de 1.999. Los argumentos son:

-Ley 32/1.980 de 21 de junio, al suprimir el impuesto para la extinción de préstamos y empréstitos. Su DT 3ª-2 creó un gravamen del 1% para la emisión de, obligaciones, hasta la entrada en vigor del IVA, con el que se dispensaba de otra tributación para las operaciones de financiación externa.

-La LIVA consideró exenta toda la financiación externa de las empresas. Paralelamente, art. 48-1-B-19 TRITP de 1.986 declaraba la exención de todo tipo de préstamo, como quiera que se articulara o instrumentara, como consecuencia de la transposición de la Directiva 69/335/CEE.

-El TR de 1.993 recoge sin innovar las modificaciones posteriores, y así art. 45-1 -B.15 determina la exención de los empréstitos representados por bonos, pagarés y obligaciones. Dado que el art. 11 de la citada Directiva suprime toda carga impositiva sobre los empréstitos representados en la forma indicada, u otras análogas, RITP no puede gravar ni la emisión, ni la cancelación de la operación.

c) La sujeción, en su caso, a AJD al 0'30% (documentos mercantiles): en principio, la modalidad de AJD correspondiente a los documentos notariales y la de los documentos mercantiles, por los valores mobiliarios puestos en circulación, son compatibles sin problema ninguno, siempre que éstos realicen efectivamente una función de giro. Esto debería excluir la tributación en cuanto a valores al portador, pero TEAC (26 de julio de 1.995) considera que los valores no a la orden son "títulos análogos" a los que desempeñan una función de giro, y en consecuencia defiende su sujeción, siempre que se emitan en serie y por plazo no superior a 18 meses, art. 33-1 LITP, quedando, en cualquier caso, exentos por art. 88- 1 -B) 15 RITP.

3º.- la emisión de bonos u obligaciones convertibles en acciones: a prior¡, fiscalmente no cambia nada respecto de la emisión de obligaciones ordinarias (esté sujeta a TPO o a IVA resulta exenta; la escritura no tributa por AJD si los suscriptores son particulares, pero tampoco si son sujetos pasivos del IVA, según las sentencias y disposiciones anteriormente expuestas). Pero la operación va a conllevar, a su debido tiempo, una ampliación de capital, por conversión de los bonos u obligaciones en acciones, con cancelación de los valores convertidos, que tributarán separadamente, conforme art. 4 LITP, y resolución del TEAC de 29 de abril de 1.993:

a) Por la ampliación de capital, se tributa, como operación societaria, art. 19-1-1º LITP y 54-1-1º RITP, siendo sujeto pasivo la entidad que aumenta su capital social, art. 23.a) LITP y 62.a) RITP, y base imponible para el caso de una sociedad intuitu pecuniae, el importe nominal de la ampliación, más la prima de emisión, art. 25-1 LITP y 64-1 RITP, siendo el tipo de gravamen aplicable el 1 %, y produciéndose el devengo al otorgamiento de la escritura, art. 49-1-b) LITP y 92- 1-b) RITP.

b) Para la cancelación de los bonos u obligaciones convertidos, rige lo ya expuesto para la cancelación de los no suscritos. Si a posteriori se formaliza en acta notarial la destrucción de aquéllos, TEAC (7 de marzo de 1.990) entendió que no procede tributación alguna, si se acredita que ya se satisfizo el AJD por la cancelación; pero, como hemos apuntado, ésta no tributa, de modo que sí lo haría el acta. El propio TEAC en resolución de 29 de julio de 1.991 establece la no sujeción de esta acta a AJD, ya que:

-los títulos ya cancelados y amortizados carecen de todo valor; -el acta no instrumenta un acto o contrato;
-aunque permite el acceso al Registro Mercantil de la amortización, lo hace como documento complementarlo de la escritura en que consta la amortización;

-otra opción comportaría duplicidad impositiva;
-la finalidad de la Directiva 69/335/CEE es la total inexistencia de gravamen sobre la financiación de las empresas, en todas sus formalidades, según STS de 3 de noviembre de 1.997.

Para concluir, una breve referencia al supuesto de la fianza o aval personal como en el caso de las operaciones de crédito, si los otorga un empresario o profesional en el ámbito de su actividad, estarán sujetas a IVA, y exentas, art. 20-1-18º f LIVA; y de no ser así, quedan sujetas a ITP, art. 7-1-B LITP, siendo sujeto pasivo el acreedor afianzado, art. 8-e LITP, y base imponible el capital garantizado.

Pero si la garantía se vincula a un préstamo, sólo éste se considera hecho imponible, art. 15.1 LITP y 25.1 RITP (y por préstamo hay que entender también las cuentas de crédito, art. 15.2 LITP, con las mismas exenciones, art. 25-3 RITP). Por tanto, y para concluir, si la fianza garantiza un préstamo u operación asimilada, en tanto éste estará exento, no habrá tributación en absoluto, siempre que sean simultáneos el otorgamiento del préstamo y la fianza o aval, o al formalizar el primero ya se hubiera previsto la futura constitución del segundo, art. 25-1 RITP y DGT en consulta de 13 de noviembre de 2001, y teniendo en cuenta:

-que la fianza en garantía de préstamo hipotecarlo, según consulta a la DGT de 3 de marzo de 2.000, tributa por TPO;
-y que también tributa por TPO la fianza en garantía de cualesquiera otras operaciones, como arrendamientos, leasing, etc.

CITAS Y FRASES

Un océano de genio vale menos que una gota de bondad.
Charles Gounod

La palabra es plata, el silencio es oro.
Proverbio

El hombre de hoy no es heroico. Le basta con sentirse poderoso.
Merce Rodoreda

Lo que hay fuera de mí es una imitación mal hecha de lo que hay dentro de mí.
Antonio Porchia

SECCIÓN HUMOR

Al terminar el solemne acto de su ingreso en la Real Academia, sus amigos notaron que el escritor Pío Baroja (1872-1956) tenía los ojos húmedos. Conociendo la rigidez de su carácter, que creían incapaz de conmoverse por nada, le preguntaron si tanto le había emocionado el honor que se le había conferido.

-Lo que me emociona es la conjuntivitis que tengo - gruñó Baroja.

• • • • • • • • • • • • • • • • • •

El estadista británico Winston Churchill (1872-1933) tenía la costumbre de coger el tren en el último minuto, lo que era siempre una preocupación para sus acompañantes. Por ello, en cierta ocasión, fue reprendido por un amigo, al considerar que era una debilidad del gran hombre.

- Winston es tan buen jugador - terció en su defensa la esposa de Churchill - que da siempre al tren la oportunidad de escapar.

• • • • • • • • • • • • • • • • • •

En una reunión de la alta sociedad se discutía frívolamente si era mejor amar o ser amado. Una mujer - que, como es de suponer, llevaba la voz cantante en una discusión sobre temas amorosos de este tipo - decía:

-Yo prefiero ser amada.

El político francés Arístides Briand (1862-1932) no estuvo de acuerdo con aquella afirmación, y dijo:

- Yo, no. Yo prefiero amar. Al menos, en este caso, puedes escoger.

• • • • • • • • • • • • • • • • • •

En cierta ocasión el filósofo español Miguel de Unamuno (1864-1936) debatía con otros intelectuales acerca del papel que juega realmente la Real Academia en la evolución de la lengua. Harto de que uno le rebatiera, zanjó así la polémica:

-La suerte que la lengua corra depende tanto de la Real Academia, como depende de la Real Academia de Medicina el porvenir del bazo o del tiroides, o de las ciencias físicas el porvenir de los anillos de Saturno. La lengua la hace el pueblo, señor mío, y no los académicos

• • • • • • • • • • • • • • • • • •

En una reunión social a la que asistía el escritor británico Rudyard Kipling (1865-1936) alguien le preguntó:

-Si, debido a una catástrofe imprevista, la especie humana llegase a desaparecer de la Tierra, ¿cuál cree usted que sería el rey de la creación? ¿El elefante?

-No creo - contestó Kipling-. Es demasiado honrado. Quizás la zorra.

• • • • • • • • • • • • • • • • • •

Preguntado sobre cuál era su opinión sobre la diplomacia norteamericana, el escritor vasco Pío Baroja (1872-1956) dijo escuetamente:

-Los Estados Unidos no tienen diplomacia; tienen dólares.

• • • • • • • • • • • • • • • • • •

(Anecdotario Universal de Cabecera de Gregorio Doval. Ediciones Prado)

RESEÑA LEGISLATIVA
(BOE 16 a 31-05 de 2004)

DISPOSICIONES ESTATALES

TRIBUNAL SUPREMO

PROVIDENCIA de 31 de marzo de 2004 (BOE 24-05), de la Sala Tercera del TS, sobre planteamiento de cuestión de ilegalidad de la escala octava del artículo 2 del Decreto 757/1973, de 29 de marzo, sobre Arancel de los Registradores Mercantiles.

PROVIDENCIA de 1 de abril de 2004 (BOE 24-05), de la Sala Tercera del TS, sobre planteamiento de cuestión de ilegalidad de la escala octava del artículo 2 del Decreto 757/1973, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores Mercantiles.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RECURSO de inconstitucionalidad número 1937/2002 (BOE 25-05), promovido por el Gobierno de Canarias, contra el artículo 79 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

SECTOR FERROVIARIO

RESOLUCIÓN de 20 de mayo de 2004, del Congreso de los Diputados (BOE 26-05), por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del RD Ley 1/2004, de 7 de mayo, por el que se aplaza la entrada en vigor de la Ley 39/2003. de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.

DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

ASTURIAS - URBANISMO

DECRETO LEGISLATIVO 1/2004, de 22 de abril (BOE 31-05), por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana