LUNES

CUATRO TREINTA

Revista de asuntos registrales

Año XVII - Núm.378 - 2ª quincena, septiembre, 2004

sumario

Rev-378. 2ª Quincena de Septiembre, 2004

RESOLUCIONES 2

SENTENCIAS 4

ESCRIBE PARA LUNES

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 48 DEL R.D 1093/1997, DE 4 DE JULIO, A LA LUZ DE LA RECIENTE DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERALDE LOS REGISTROS Y NOTARIADO por Basilio J. Aguirre Fernández..... 10

SINALAGMATIZACIÓN DE OBLIGACIONES por Cesareo Gil de Pareja 24

SECCIÓN FISCAL por Francisco Molina..35

RESEÑA LEGISLATIVA..... 39

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

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 Férnandez de Palencia
Susana Juste Ribes
Lourdes Martínez del Amo Ruiz
Cristina Martínez Ruiz
Francisco Molina Balaguer
Fernando Ortega Gironés
Mercedes Ríos Peset
Alicia de la Rúa 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

ALBERTO ADAN GARCÍA (Registrador de la Propiedad)

R. 17 DE JUNIO DE 2004 (BOE 11-08-04)

DIVISIÓN

La DGRN reitera otras resoluciones anteriores, en el sentido de que para probar la obtención de licencia de división por silencio positivo, no es necesario presentar el certificado de acto administrativo presunto, pues este no es un medio de prueba exclusivo, por lo que bastaría como sucede en el caso debatido presentar la solicitud de licencia de división y la solicitud de acto administrativo presento.

RDGRN 11 DE JUNIO DE 2004.(COMPRAVENTA. PODER)

Se suspende una escritura de compraventa y posterior de hipoteca, otorgada la primera por un subapoderado de la entidad mercantil vendedora, por no haberse reseñado por el Notario la facultad de sustituir el poder por el apoderado de dicha entidad, basándose en los arts. 261 Cco y 98 de la Ley 24/2001. En cuanto a ello la DG entiende que el defecto no puede ser estimado, pues al reseñar el Notario en la escritura que el poder es para vender, ello se entiende sin limitación alguna, además considera que no es de aplicación el art. 261 Cco, pues para que el mandato se repute mercantil, se requiere que tenga por objeto un acto u operación de comercio, y que sea comerciante o agente mediador el comitente o el comisionista, y si bien el poderdante (una entidad bancaria) lo es, lo cierto es que la legislación bancaria le impone un objeto social exclusivo, el propio de las Entidades de Crédito; y aunque estas pueden realizar otras actividades conectadas más o menos directamente con ese objeto social, difícilmente reunirán las características de un acto de comercio; además, aunque en ciertos casos la DGRN ha admitido que la compraventa de inmuebles puede ser en hipótesis determinadas un acto de comercio, lo cierto es que la compraventa en la escritura pública calificada no lo es, pues el poder se otorga para vender una finca en concreto, por lo que revoca el defecto. Sin embargo, y aunque indirectamente, la DGRN en esta Resolución parece seguir la doctrina de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Valladolid de 19 de Mayo de 2003, en el sentido de que la forma de acreditar la representación conforme al art. 98 Ley 24/2001 debe incluir como reseña sucinta no sólo los datos de la escritura de poder, sino también un breve resumen de las facultades conferidas, respecto del cual debe verterse el juicio de suficiencia.

También se suspende la inscripción por no aparecer reseñada la persona que otorgó el poder en representación de la entidad vendedora al subapoderado, que no está inscrito en el Registro Mercantil, defecto confirmado por la DGRN.

Y también se suspende por que no se acredita la realización de la entrega de la posesión jurídica y material de la finca vendida. Este defecto se revoca por la DGRN, en cuanto a la posesión real o material, pues es doctrina reiterada del centro directivo que su falta oretraso no impide la tradición, al amparo del art. 1462 CC, y en cuanto a la posesión jurídica, porque la entidad que la ostenta, declara que no está arrendada, sino actualmente ocupada por ella misma y se compromete a entregar la finca directamente a la compradora a partir de la firma de la escritura.

RDGRN 14 JUNIO 2004 (DIVISIÓN HORIZONTAL).

Se reitera la RDGRN de 10 de Diciembre de 2003, en el sentido de que la adscripción a cada vivienda de un régimen de propiedad horizontal, como anejo inseparable del uso privativo de una parte de parcela distinta destinada a jardín, no requiere la licencia de parcelación, pues no es propiamente un acto que suponga la modificación de la forma superficie o lindes de una o varias fincas, pues al suponer la propiedad horizontal una unidad jurídica de la finca, no puede equipararse al supuesto anterior, al no haber fraccionamiento jurídico del terreno, que pueda calificarse como parcelación.

SENTENCIAS

ALICIA DE LA RUA NAVARRO *Registradora de la Propiedad*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE FEBRERO DE 2004

SUCESIÓN: INNECESARIEDAD DE LA PARTICIÓN DE HERENCIA EN SUPUESTOS DE HEREDERO ÚNICO; CONFUSIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CON LA PARTICIÓN DE HERENCIA DEL CÓNYUGE FALLECIDO.

ARTÍCULOS CITADOS: 1344 Y 1404 DEL CÓDIGO CIVIL; 153 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Hechos:

1º.- Dª AAA fallece el 23 de noviembre de 1991, bajo último testamento otorgado el 5 de febrero de 1988, instituyendo en el mismo como única heredera a su hermana Dª BBB y en el que establece que deshereda a su esposo, D. CCC, por la causa del número lº del art. 855 del C.c.

La causante había contraído matrimonio con D. CCC el 9 de junio de 1960, siendo declarada su separación por sentencia firme el 20 de abril de 1989, sin que se haya liquidado la disuelta sociedad de gananciales.

2º.- Dª BBB formula demanda, instando que se declare que es la única heredera de su hermana Dª AAA, así como que los bienes que describe en el suplico integran la sociedad legal de gananciales constituida por la causante y D. CCC; y que, con elevación a públicos de determinados contratos, se adjudiquen tales bienes por mitad a la demandante y al referido D. CCC.

3º.- En sentencia dictada en primera instancia se estima parcialmente la demanda, declarando a la demandante única y universal heredera de su hermana, estableciendo los bienes que integran la sociedad de gananciales constituida por la causante y D. CCC, y acordando adjudicar dichos bienes por mitad entre éste y la demandante, lo que se verificará en ejecución de sentencia mediante la formación de lotes del mismo valor, que se adjudicarán de conformidad con lo que acuerden las partes, o, en su defecto, por sorteo, sin perjuicio de la facultad prevista en el art. 1061.2 del C.c.

En apelación, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la Sentencia, excluyendo del fallo el pronunciamiento relativo a la adjudicación de bienes.

La demandante recurre en casación.

Fundamentos de Derecho:

El art. 1344 C.c. señala que mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidas por mitad al disolverse aquella.

El Tribunal Supremo pone de relieve que los gananciales no existen hasta que no tiene lugar la liquidación de la sociedad conyugal. Es el momento de la disolución de dicha sociedad el de la división, determinación y atribución consiguiente de lo que corresponde a cada cónyuge en concepto de ganancial; mientras dicha sociedad, constituida por marido y mujer, subsista, se mantiene una comunidad que responde a aquella denominada de mano en común o manos reunidas, de la técnica germana, sin atribución de cuotas, muy distinta a la comunidad romana, en cuanto a la gestión y disposición de los bienes considerados o presumidos como gananciales, por el art. 1375 C.c. conforme al cual corresponde conjuntamente a los cónyuges.

El art. 1404 C.c. establece que, hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos.

La resolución de la Dirección General de los Registros de 3 de Junio de 1986 declara que por el hecho de la disolución, art. 1344 y 1404 C.c., a cada cónyuge (o herederos en su caso) se le atribuye una mitad en el conjunto patrimonial en liquidación, pero la atribución a uno u a otro de bienes concretos sólo sucederá como consecuencia de la última operación divisoria, es decir, la adjudicación de bienes.

Lo expuesto hay que relacionarlo con la prevención del art. 1051 C.c., cuando dispone que ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohiba expresamente la división. Pero, aun cuando la prohiba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad. En la hipótesis de heredero único, como es el caso, huelga la partición hereditaria en cuanto el testamento es, por sí sólo, título traslativo del dominio de los bienes relictos al confundirse en tal supuesto el derecho abstracto sobre el conjunto patrimonial hereditario con el derecho concreto sobre cada uno de los bienes individualizados. No debe confundirse la liquidación de la sociedad conyugal con la partición de la herencia, porque son operaciones distintas y no recaen sobre los mismos derechos, toda vez que por la primera se trata de determinar las aportaciones de ambos cónyuges, satisfacer las deudas y cargas de la sociedad conyugal y proceder a la división del haber partible transformando la cuota ideal de cada interesado en otra real y efectiva, mientras que la segunda sirve de cauce para adjudicar el caudal hereditario del difunto a través de una serie de operaciones, si bien suele coincidir aquélla liquidación con la partición de bienes de uno de los cónyuges.

Por ello, se estima en este sentido el recurso de casación, con la consiguiente confirmación del extremo contenido sobre este particular en la sentencia dictada en primera instancia, relativo a la adjudicación de bienes, que fue dejado sin efecto en la dictada en virtud del recurso de apelación formulado por el demandado.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE DICIEMBRE DE 2003

DONACIÓN MORTIS CAUSA: REQUIERE FORMA TESTAMENTARIA, CON SUMISIÓN A LAS REGLAS DE LOS TESTAMENTOS, INCLUSO EN LO REFERENTE A LOS REQUISITOS FORMALES EXIGIDOS PARA OTORGARLA.

ARTÍCULOS CITADOS: 620 DEL CÓDIGO CIVIL

Hechos:

1º.- D. AAA adquiere acciones de la compañía B, S.A., y al no tener hijos las pone a nombre de sus hermanos y sobrinos, entre ellos D. CCC, pero con reserva de su propiedad, del ejercicio de toda clase de derechos inherentes a las mismas y del cobro de los dividendos. En los documentos privados de adquisición se expresa que las acciones que están a nombre de D. CCC son de la propiedad de D. AAA, y que sólo al morir éste pasarán a nombre de aquél, haciéndose constar expresamente la conservación de las mismas en poder de D. AAA y la posibilidad de revocar la donación en cualquier momento.

2º.- D. AAA promueve demanda contra D. CCC, suplicando se declare que las acciones que figuran a nombre de éste son de la propiedad de aquél y se condene a D.CCC a que realice todos cuantos actos sean necesarios para que tales acciones pasen a figurar a nombre del demandante D. AAA.

3º.- El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. El demandado recurre en casación.

Fundamentos de Derecho:

Los términos utilizados en los contratos evidencian que la donación tenía como presupuesto de eficacia la muerte del donante, que lejos de tener intención de desprenderse de sus derechos en el momento en que la efectuó, hace constar expresamente la conservación de los mismos en su poder y la posibilidad de revocarla en cualquier momento, de manera que la adquisición de los derechos depende del acontecimiento que constituye la condición (el fallecimiento de D. AAA), y, al no haberse producido dicho suceso, no ha existido ninguna adquisición de derechos por el demandado (art. 1114 C.c.). Resulta tratarse de una donación "mortis causa" lo que la convierte en revocable por lo mismo que no producen efecto sino "post mortem" sin que a ello obste la titularidad de las acciones que formalmente ostenta el demandado.

Sin embargo, la llamada donación "mortis causa" a que se refiere el art. 620 C.c. (la cual desde luego no transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados hasta que se produzca la muerte del donante), no puede tener eficacia si no se justifica por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias. Si bien es cierto que tal donación es libremente revocable por el donante, dicha revocación ha de hacerse en testamento y de forma suficientemente expresiva de la voluntad de tal revocación.

La donación "mortis causa" requiere forma testamentaria, lo que significa su sumisión a las reglas de los testamentos, incluso en lo referente a los requisitos formales

exigidos para otorgarla, que no fueron cumplidos en el caso en cuestión.

D. AAA no hizo sino desprenderse de la titularidad formal de las acciones que reclama, ya que, además de mantener la propiedad de estos títulos, conservaba los derechos para cobrar los dividendos' acudir a las ampliaciones, representar ante la compañia en sus reuniones o Juntas Generales, e inclusive, ostentar el pleno dominio de las que fueran precisas para alcanzar un puesto de Consejero, Gerente o Presidente en la misma, todo lo cual pone de relieve que lo realizado choca con el contenido del art. 618 C.c., que considera el contrato donatario como una figura especial de la forma genérica del "acto de liberalidad" en el que ésta es primordial para todos los tipos de la misma, a lo que es preciso añadir las notas contractuales de gratuidad y de disposición, ninguna de las cuales puede estimarse aquí concurrente.

Nos encontramos ante un acto de disposición gratuita "mortis causa" sin forma testamentaria y, por consiguiente, nulo.

El actor siempre ha mantenido la propiedad de las acciones objeto del litigio, por lo que nada obstaculiza su reclamación para que la titularidad formal de las mismas se ponga a su nombre.

En consecuencia, se desestima el recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE FEBRERO DE 2004

RETRACTO ARRENDATICIO URBANO: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN; INNECESARIEDAD DE LA NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO DE LAS CONDICIONES ESENCIALES DE LA TRANSMISIÓN CUANDO APARECE PROBADO QUE YA HA TENIDO PLENO Y EXACTO CONOCIMIENTO DE LAS MISMAS.

ARTÍCULOS CITADOS: 47 Y 48 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1.964.

Hechos:

lº.- La finca X es objeto de adjudicación judicial en procedimiento sumario ejecutivo del art. 131 LH.

2º.- D. AAA formula demanda de retracto arrendaticio urbano contra D. BBB y D. CCC.

3º.- El Juzgado de lª Instancia desestima la demanda, siendo dicha resolución confirmada por la Audiencia Provincial en apelación. El demandante recurre en casación.

Fundamentos de Derecho:

Se señalan dos argumentos para rechazar el ejercicio de la acción de retracto arrendaticio. El primero es que el actor no tiene la condición de arrendatario, sino de propietario, por lo que carece de acción para ejercitar aquel retracto; y el segundo, que tenía pleno conocimiento de las condiciones de

la adjudicación judicial de la finca en el procedimiento sumario hipotecario con más de sesenta días de antelación al ejercicio del retracto por lo que, en todo caso, caducó el derecho de retraer.

Según reiterada doctrina jurisprudencial, deviene innecesaria la práctica de la notificación en la forma que establece el art. 48.2 de la LAU de 24 de diciembre de 1.964 cuando aparece probado que el arrendatario ya ha tenido pleno y exacto conocimiento de las condiciones de la venta o transmisión, a partir de cuyo momento ha de contarse el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de retracto (60 días).

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MARZO DE 2004

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONDENA A LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS A DEVOLVER AL ACTOR UN LOCAL DE SU PROPIEDAD QUE AQUÉLLA HABÍA OCUPADO; CONDENA ALACTOR A RECTIFICAR LAS VARIACIONES CONSTRUCTIVAS LLEVADAS A CABO EN EL LOCAL, A FIN DE PRESERVAR LOS ELEMENTOS COMUNES AFECTADOS POR LAS MISMAS. NO APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN O EXACTITUD REGISTRAL; FALTA DE COINCIDENCIA ENTRE EL REGISTRO Y LA REALIDAD MATERIAL EXTRARREGISTRAL.

ARTÍCULOS CITADOS: 11 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL, EN RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 38 Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Hechos:

lº.- La entidad A, S.L., por escritura pública de 10 de marzo de 1.993, adquiere el bajo del bloque uno del edificio, finca que inscribe en el Registro de la Propiedad.

2º.- Esta finca resulta ocupada en agosto de 1.994 por la Comunidad de Propietarios del edificio para reconvertir el local en zona diáfana.

3º.- La entidad A, S.L. demanda a la Comunidad de Propietarios, solicitando se le condene a hacer entrega del local propiedad de la actora, en las mismas condiciones en que se encontraba antes de ser ocupado, con las obras de cerramiento y puerta de comunicación, corriendo de su cargo tales obras de readaptación.

4º.- La Comunidad de Propietarios plantea reconvención, solicitando se condene a la entidad A, S.L. a devolver a su estado anterior el suelo del local y los demás elementos conforme al proyecto redactado para la ejecución del edificio.

5º.- El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvención. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, y manteniendo la estimación de la demanda, estima asimismo la reconvención, debiendo procederse, en ejecución de sentencia, al

mantenimiento de los elementos comunes, según el proyecto originario. La demandante recurre en casación.

Fundamentos de Derecho:

Las alteraciones en la construcción resultan presentes y suficientemente acreditadas, sin perjuicio de las acciones que puedan asistir a la recurrente y Comunidad contra el promotor y constructor y la problemática urbanística.

El principio de legitimación registral que contiene el art. 38 en relación al 34 de la L.H. no es absoluto ni imperativo, ya que el Registro de la Propiedad carece de una base fáctica fehaciente, pues como se desprende de los art. 2, 7 y 9 de la L.H., el mismo se apoya en las declaraciones de los propios solicitantes de las inscripciones, por lo que quedan fuera de las garantías que pueden otorgar los datos registrales lo relativo a hechos materiales y, por consecuencia de ello, la institución registral no responde de la exactitud de los actos y circunstancias fácticas, ni por tanto de las descripciones que de las fincas se hagan e incluso de su existencia, al ostentar las inscripciones registrales por principio carácter declarativo y voluntario.

En el presente caso ha quedado suficientemente demostrado la existencia de una realidad material extrarregistral del local adquirido en sus circunstancias físicas, pues resultaron probadas las alteraciones de los elementos comunes llevadas a cabo, las que carecen de toda constancia registral, por lo que no procede que prevalezca la presunción de exactitud del Registro, al producirse quiebra de la verdad formal y no ocasiona ningún efecto lo dispuesto en los art. 34 y 38 de la L.H., aún cuando se consideren hechos devenidos con anterioridad a la adquisición del inmueble. La recurrente al realizar la compra implícitamente aceptó sus características físicas, siendo responsable por mantener una situación que directamente implica, al menoscabarlos, a los elementos comunes del edificio, que subsiste sin contar con el consentimiento y autorización correspondiente de los copropietarios, afectando al título constitutivo, en conformidad a las exigencias del art. 11, en relación al 7 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, acuerdo que en este caso no se ha producido por resultar perjudicados los intereses comunitarios y carecer la recurrente del necesario amparo legal para incorporar a su patrimonio las alteraciones edificativas denunciadas.

Por lo expuesto, se declara no haber lugar al recurso de casación.

Basilio J. Aguirre Fernández Registrador de la Propiedad

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 48 DEL R.D. 1093/1997, DE 4 DE JULIO, A LA LUZ DE LA RECIENTE DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1.- INTRODUCCIÓN

Sobre las fincas registrales se pueden realizar diferentes cambios descriptivos a fin de recoger en los folios del Registro las modificaciones que en la realidad física de las mismas se efectúan con distintos fines. Una de esas modificaciones consiste en crear dos o más fincas a partir de una preexistente. Es lo que en la legislación hipotecaria se denomina segregaciones y divisiones de fincas [1].

Estas operaciones -en el ámbito de las fincas de naturaleza rústica [2], que son las que ahora nos interesan- no resultan neutras desde el punto de vista de los intereses generales. De ahí, que se haya ido limitando poco a poco la primitiva libertad absoluta que existía para efectuarlas. Así, el conjunto de requisitos que se exigen para llevar a cabo la división o segregación en esta clase de suelo ha sufrido cambios radicales en los últimos quince años.

En primer lugar fue la legislación urbanística[3] la que, con el propósito de impedir las llamadas parcelaciones ilegales, exten-

[1] Según la clásica definición de ROCA SASTRE (*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo III, página 1481), segregación es la operación registral en cuya virtud se separa parte de una finca inmatriculada para formar una finca nueva, y división es la operación registral en cuya virtud la totalidad de una finca inmatriculada se divide en dos o más suertes o porciones, que pasan a formar nuevas fincas. Se regulan en los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario.

[2] Sin perjuicio de la distintas terminologías utilizadas en las diferentes leyes autonómicas que regulan la materia urbanística, podemos considerar a estos efectos como finca rústica la que no tiene calificación de suelo urbano o suelo urbanizable.

[3] Sobre la normas urbanísticas que actualmente regulan la materia ha de verse:

- Legislación Estatal: Artículo 259 del R. D. Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que se halla en vigor por disposición expresa del la vigente Ley del Suelo, Ley 6/1998, de 13 de abril;

- Andalucía: Artículos 66 a 68 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía;

dió a toda clase de suelo la necesidad de la previa licencia urbanística para este tipo de actos de división o segregación[4]. Quedó así encomendado a los Ayuntamientos la tutela de la legalidad urbanística en este tipo de operaciones.

Por otro lado, en estas actuaciones existe otro posible interés público afectado. Se trata del relativo a la necesidad de obtener el mejor rendimiento agrícola de la tierra a fin de hacer efectiva la función social de la propiedad. Es en este punto donde surge la figura de las *unidades mínimas de cultivo* como límite por debajo del cual no es posible admitir la creación de nuevas fincas, en tanto se considera que no son susceptibles de una adecuada explotación agraria. Se persigue por lo tanto la protección de un aspecto de legalidad diferente de la urbanística y cuya tutela, como ahora veremos, se encarga a otra administración distinta de la municipal.

La actual regulación de las unidades mínimas de cultivo se halla contenida en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrícolas. La más importante novedad de esta ley con respecto a sus precedentes es la aplicación de una sanción de nulidad para los actos parcelatorios que vulneren el régimen de las unidades mínimas de cultivo. Ello supone en la práctica la necesidad de que el Registrador de la Propiedad extienda su calificación al control del cumplimiento de esta normativa en todos los casos de segregación o división de fincas rústicas.

Para completar la regulación de esta materia en lo afectante a la función calificadora del Registrador se introdujo un proce-

---

- Aragón: Artículos 178 a 183 de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, que aprueba Normas Reguladoras de la Actividad Urbanística en Aragón;

- Asturias: Artículos 125, 189 y 228 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, que aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo;

- Baleares: Artículo 13 de la Ley 6/1997, de 8 de julio, reguladora del Suelo Rústico en las Islas Baleares;

-Canarias: Artículos 80 a 83 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales Protegidos en las Islas Canarias;

-Cantabria: Artículos 195 a 199 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación del Territorio y Régimen Urbanístico del Suelo en Cantabria;

-Castilla y León: Artículos 97.f), de la Ley 5/1999, de 8 de abril, sobre Normas Reguladoras de Urbanismo, y 309 a 311 del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León;

-Castilla-La Mancha: Artículos 89 a 91 La Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y la Utilización del Suelo para su Aprovechamiento Urbanístico;

-Cataluña: Artículos 183 a 188 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo, y 78 a 83 del Decreto 287/2003, de 4 de noviembre, que aprueba el Reglamento Parcial de la Ley;

-Extremadura: Artículos 39 a 41 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial;

-Galicia: Artículos 204 a 207 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural;

-Madrid: Artículos 143 a 146 de la Ley 9/200 1, de 17 de julio, del Suelo;

-Murcia: Artículos 87 a 91 de la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo;

-Navarra: Artículos 145 a 148 de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo;

-La Rioja: Artículos 193 a 197 de la Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo; y

-Valencia: Artículos 82 y 83 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad de Valencia.

[4]La Dirección General así lo entendió en distintas resoluciones, como las de 13 de mayo de 1994, 5 y 17 de enero, 16 de junio y 12 de julio de 1995.

dimiento de actuación para estos casos en el artículo 80 del R. D. 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

Una reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de marzo de 2004 ha venido a sembrar importantes dudas en la aplicación de este procedimiento.

Pero antes de examinar esta resolución y las consecuencias que de la misma resultan, voy a analizar con algo más de detalle los dos textos legales citados, aunque me centraré exclusivamente en los aspectos que afectan a la inscripción en el Registro de las operaciones de segregación o división de fincas rústicas.

II.- REGULACIÓN LEGAL DE LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO

Como señalé en el apartado anterior hay que hacer mención de dos textos legales:

a) Artículos 23 a 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias:

-Artículo 23. Determinación

1. A los efectos de esta Ley se entiende por unidad mínima de cultivo, la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona.

2. Corresponde a las Comunidades Autónomas determinar la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y para regadío en los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial.

Artículo 24. Indivisión.

1. La división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

2. Serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior.

3. La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 de este artículo, aun en contra de lo dispuesto por el testador aplicando las reglas contenidas en el Código Civil sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por ley y sobre la adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos.

-Artículo 25. Excepciones

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, se permite la división o segregación en los siguientes supuestos:

a) Si se trata de cualquier clase de disposición en favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación, tanto la finca que se divide o segrega como la

colindante, no resulte de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

b) Si la porción segregada se destina de modo efectivo, dentro del año siguiente a cualquier tipo de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario, siempre que se haya obtenido la licencia prevista en la legislación urbanística y posteriormente se acredite la finalización de la edificación o construcción, en el plazo que se establezca en la correspondiente licencia, de conformidad con dicha legislación.

A los efectos del artículo 16 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 2 6 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, no se entenderá vulnerada la legislación agraria, cuando la transmisión de la propiedad, división o segregación tenga el destino previsto en este apartado.

c) Si es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos.

d) Si se produce por causa de expropiación forzosa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa.

-Artículo 26. Inscripción de fincas rústicas.

1. En toda inscripción de finca rústica en el Registro de la Propiedad se expresará si es de secano o de regadío, su extensión superficial, y que sólo puede ser susceptible de división o segregación respetando la extensión de la unidad mínima de cultivo, de acuerdo con lo establecido en el presente Título.

2. La inexactitud de aquellos datos no puede favorecer a la parte que ocasionó la falsedad ni enervar los derechos establecidos en este Título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

A los efectos que ahora nos interesan, sólo creo conveniente resaltar las siguientes cuestiones:

-La competencia en esta materia se atribuye claramente a las Comunidades Autónomas y no a otras Administraciones. Serán las encargadas de velar por el cumplimiento y respeto de las unidades mínimas de cultivo que ellas mismas pueden determinar para cada municipio. De igual manera serán ellas las competentes para apreciar la concurrencia o no en cada caso concreto de alguna de las excepciones que recoge la ley, así como las legitimadas para promover la anulación de los actos divisorios ejecutados sin respetar estas limitaciones.

- No se ha previsto en la ley la exigencia de una licencia previa para las segregaciones o divisiones que pudieran afectar al régimen de las unidades mínimas de cultivo.

- Como ya apunté anteriormente, se considerarán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo el régimen de las unidades mínimas de cultivo.

- Es muy trascendente desde el punto de vista de la calificación del Registrador destacar que se preven una serie de cuatro excepciones en las que es posible realizar la

parcelación de fincas rústicas por debajo de la unidad mínima de cultivo sin incurrir en la citada sanción de nulidad. Lo que ocurre es que estas excepciones no parecen ser de una aplicación mecánica, sino que, por el contrario, están sometidas a la apreciación de circunstancias de hecho no siempre fácilmente constatables con los medios de que dispone el Registrador para realizar su labor calificadora, y que, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, son exclusivamente los documentos presentados a inscripción y los asientos del Registro[5].

Para solventar esa dificultad se estableció la segunda norma de las que antes hemos citado y que paso a examinar a continuación.

b) Artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarlas al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecarla sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística:

-Artículo 80. Fincas de dimensión inferior a la parcela mínima de cultivo.

Cuando se trate de actos de división o segregación de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, los Registradores de la Propiedad remitirán copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente, en los términos previstos en el apartado 5 del artículo anterior[6]. Si dicha Administración adoptase el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 24[7] de la Ley 19/1995, de 4 de julio, remitirá al Registrador certificación del contenido de la resolución recaída. En el caso que transcurran cuatro meses desde la remisión o de que la Administración agraria apreciase la existencia de alguna excepción, el Registrador practicará los asientos solicitados. En el supuesto de que la resolución citada declarase la nulidad de la división o segregación, el Registrador denegará la inscripción. Si dicha resolución fuese objeto de recurso contencioso-administrativo, el titular de la finca de que se trate podrá solicitar la anotación preventiva de su interposición sobre la finca objeto de fraccionamiento.

Se trata de un precepto que no constituye un modelo de perfección desde el punto de

---

[5] En este punto discrepo de la opinión sostenida por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN en su obra La Protección Registral del Suelo Rústico, publicado en el año 2003 por la Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, constituida por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, página 298. La simple lectura con detalle de la excepción recogida en la letra b) del artículo 25, o la particularidad fáctica que se pone de manifiesto en los distintos supuestos que a diario se presentan en los Registros, obligan a sostener que no todos los casos en los que se pretende aplicar una de las excepciones previstas en el tan repetido artículo 25 puede el Registrador formarse un juicio razonable sobre si se dan o no los requisitos pertinentes.

[6] En concreto el artículo anterior regula el procedimiento de remisión en el apartado 1 y no en el 5, por lo que se entiende que es un error. Establece en lo que ahora nos interesa el citado apartado 1 del artículo 79 de este Real Decreto: *... remitirán copia del título o títulos presentados al Ayuntamiento que corresponda, acompañando escrito con solicitud de que se adopte el acuerdo que, en cada caso, sea pertinente y con advertencia expresa de que en caso de no contestación se procederá con arreglo a lo establecido en este artículo. La remisión de la documentación referida se hará constar al margen del asiento depresentación, el cual quedará prorrogado hasta un límite de ciento ochenta días a contar de la fecha de la remisión.*

[7] Parece evidente que aquí también hay un error numérico, porque la referencia correcta debe ser los artículo 24 y 25.

vista de su redacción. Hay errores palmarios como he hecho constar en sendas notas a pie de página. Pero es que, además, está redactado en unos términos excesivamente amplios. Esa amplitud requiere una interpretación correctora de su literalidad, puesto que es la única manera de producir aplicaciones coherentes con la ley que le da cobertura.

Siguiendo a JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA[8] creo que el procedimiento que establece este artículo ha de restringirse a los casos en los que la segregación o división que genere fincas por debajo de la unidad mínima de cultivo se realice al amparo de la aplicación de alguna de las excepciones recogidas en el artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio. Razona este autor que si no se alega la aplicación de ninguna de esas excepciones, sino que simplemente se realiza el acto divisorio sin más, el Registrador está plenamente facultado, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, para rechazar la inscripción de un acto que resultaría evidentemente nulo, dado que la eventual intervención de la Administración no está encaminada (como inadecuadamente resulta de la letra del artículo) a declarar la nulidad o validez civil del acto de división, sino a la más limitada función de aclarar al Registrador, a los efectos de la inscripción, si en opinión de la Administración se cumplen o no los requisitos necesarios para la aplicación de alguna de las excepciones legalmente previstas.

Yo voy algo más lejos. En mi opinión, el procedimiento previsto en este precepto no es de obligatoria aplicación por el Registrador. Éste lo puede usar como otro instrumento más en su labor de calificación. Lo normal será que el Registrador directamente tome una decisión sobre la inscripción o no del acto divisorio teniendo como única referencia la que tiene en la generalidad de los casos: los libros registrales y los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción (artículo 18 de la Ley Hipotecaria). Esta forma de interpretar el artículo evita las críticas que se han formulado por algunos autores[9] , en el sentido de que esta norma recorta la libertad de actuación en la función calificadora de los Registradores, o de que supone una suerte de dejación de estas funciones mediante la apelación a los órganos administrativos de la comunidad autónoma.

Por el contrario, siempre que el Registrador tenga dudas, a la luz de los datos que resultan del documento y de los asientos registrales, de si concurre o no alguna de las excepciones, y con independencia de las alegaciones realizadas por las partes en el documento que recoge el acto divisorio, podrá acudir a este procedimiento a fin de solucionar esas dudas. Creo que esto no significa hacer dejación de la obligación de calificar, sino simplemente pedir el auxilio de la Administración para obtener la máxima seguridad a la hora de controlar la legalidad de los actos que acceden al Registro. Existe algún precedente análogo. Así los artículos 15 de la Ley de Costas (Ley 22/1988, de 28 de julio) y 35 de su Reglamento (R. D. 1471/1989, de 1 de diciembre) esta-

---

[8] *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V(Urbanismo y Registro), Civitas, Madrid, 1999, páginas 584 a 588.

[9] MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN, obra citada, página 298, o JAVIER GARCÍA MÁS en su trabajo Urbanismo. Comentarios al R. D. 1093/7997, de 4 de julio, publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 645, 1998, páginas 349 y 350.

blecen la posibilidad de que, tanto en las inmatriculaciones como en las segundas y posteriores inscripciones[10] , *si el Registrador sospechase una posible invasión del dominio público marítimo -terrestre, pondrá en conocimiento de la Administración del Estado la solicitud de inscripción, dejándola entre tanto en suspenso hasta que aquélla expida certificación favorable.* Es más, esta Ley también aplica el mecanismo del *silencio positivo* a los efectos de la inscripción [11].

En consecuencia, ésta es la interpretación que considero más correcta en relación con la aplicación de este poco afortunado precepto, y que permite no considerarlo ilegal en su relación con lo previsto en la Ley 19/1995, de 4 de julio, y con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Delimitado el campo de aplicación del precepto, y dejando a un lado las deficiencias de redacción que se aprecian en el mismo, lo que sí hay que afirmar con claridad es que cuando el Registrador utilice el procedimiento en él previsto para que la Administración Autonómica se pronuncie sobre un acto divisorio realizado al pretendido amparo de la aplicación de las excepciones previstas en el tan repetido artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de Julio, habrá de atenerse al criterio que ponga de manifiesto dicha Administración, sin que le sea posible calificar en sentido contrario a la resolución administrativa. Y ello por tres elementales razones:

- La primera, evidente (aunque ya veremos que a la Dirección General de los Registros y del Notariado no se lo parece tanto): porque así lo dice el artículo 80, que forma parte de un Real Decreto en vigor. La primera exigencia del principio de legalidad que gobierna la actuación del Registrador es la de aplicar el contenido de las normas legales y reglamentarlas vigentes. Se puede estar en desacuerdo con la solución que ha acogido esta norma[12] pero no por ello dejar de aplicarla.

- La segunda guarda relación con el necesario respeto a la distribución de competencias en esta materia. Si, como ya apunté antes, las comunidades autónomas son las competentes en materia de unidades mínimas de cultivo, lo lógico es que se respete el criterio de las mismas sobre la concurrencia de las mencionadas excepciones.

- No debe olvidarse, por último, que la resolución que dicta el órgano autonómico es un acto administrativo que, como tal, sólo cabe revisar a través de los procedimientos administrativos pertinentes o por la vía de la jurisdicción contencioso administrativa.

Además, el Registrador al valorar el contenido de la certificación administrativa que remite dicho organismo, y aunque ya sé que no es el título inscribible en sí, no debe ir más allá de dónde iría si se tratase de

---

[10] Aunque respecto a la aplicación en los casos de inscripciones segundas o posteriores que prevé este último precepto la Dirección General, como reseñaré más tarde, lo ha considerado ilegal y, por ello, inaplicable.

[11] El punto tercero del artículo 15 de la Ley establece: Transcurridos treinta días desde la petición de oficio de la certificación a que se refiere el apartado anterior sin que se haya recibido contestación, podrá procederse a la inscripción.

[12] Yo, como expondré al final de estas notas, hubiera preferido otra vía para resolver el problema de control de las unidades mínimas de cultivo en el Registro de la Propiedad.

inscribir propiamente un documento administrativo. En consecuencia ha de respetar los límites prevenidos en el artículo 99 del Reglamento Hipotecarlo. Por tanto, no parece razonable que si el órgano competente de la comunidad autónoma en cuestión dicta un acto administrativo en cumplimiento de los trámites procedimentales previstos en el artículo que estamos analizando, declarando que no concurre una determinada causa de excepción de las previstas en el artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, pueda el Registrador revisar el fondo de ese acto administrativo considerando que sí que concurre la referida excepción.

En definitiva, el Registrador tiene la posibilidad de tomar una decisión por sí mismo, pero si acude a la consulta a la Administración Autonómica, deberá respetar lo manifestado por ella.

III.- POSTURA MANTENIDA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN SU RESOLUCIÓN DE 22 DE MARZO DE 2004

Hasta ahora los pronunciamientos de la Dirección General en materia de unidades mínimas de cultivo no habían hecho otra cosa que aplicar de manera lógica la regulación vigente. Sin embargo, la resolución que ahora nos ocupa resulta extraordinariamente novedosa y sorprendente.

Se trata de una escritura de segregación, declaración de obra nueva y venta. En la misma se parte de una finca rústica de la que se segregan seiscientos tres metros y siete decímetros cuadrados. Se trata de una segregación claramente inferior a la unidad mínima de cultivo para ese municipio. Sobre la porción segregada se declara una obra nueva consistente en una vivienda unifamiliar y, a continuación se vende. Se incorporan la licencia municipal autorizando la segregación y la obra nueva.

La Registradora, tras hacer uso del procedimiento que establece el artículo 80 del R. D. 1093/1997, de 4 de julio, recibe la resolución de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía que declara nula la segregación recogida en la escritura. En base a ello califica el documento presentado denegando la inscripción del mismo.

Los interesados recurren la nota de calificación sosteniendo que en este caso resultaba aplicable la excepción prevista en el artículo 25,b) de la Ley 19/1995, de 4 de julio, por lo que la Registradora no debió proceder con arreglo a lo previsto en el artículo 80, sino practicar la inscripción.

La Registradora en su informe sostiene que el procedimiento previsto en el artículo 80 está precisamente pensado para aquellos supuestos en que se plantean excepciones a la indivisibilidad resultante del régimen de las unidades mínimas de cultivo.

Por su parte el Centro Directivo resuelve de acuerdo a los fundamentos de derecho que transcribo:

"Vistos los artículos 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias, y 31, 50, 52 y 66 de la Ley 712002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

1. Se presenta en el Registro una escritura de segregación, declaración de obra nue-

va y venta de una finca rústica que infringe la normativa sobre unidades mínimas de cultivo, pero la cual está provista de la correspondiente licencia municipal de segregación y construcción de vivienda unifamiliar aislada. La Registradora, con fecha 19 de abril de 2003, califica el título suspendiendo la inscripción por apreciar la existencia de determinado defecto no recurrido y envía a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía notificación de la escritura presentada. Con fecha 19 de mayo de 2003 se recibe en el Registro Resolución de la expresada Consejería declarando la nulidad de la segregación, por lo que la Registradora, con fecha 31 de mayo, deniega la inscripción de la segregación practicada. El interesado recurre.

2. El recurso ha de ser estimado. El artículo 25.b) de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, de 4 de julio de 1995, exceptúa de la prohibición de división el supuesto de que sobre la porción segregada vaya a realizarse una construcción permanente de carácter no agrario; en este caso, en consecuencia, han de aplicarse las normas urbanísticas, y si se tiene en cuenta que la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía atribuye a los municipios la facultad de conceder la licencia correspondiente (cfr. artículo 66 de dicha Ley), obtenida tal licencia, el documento es perfectamente inscribible, sin perjuicio de que, si la licencia es nula, pueda ser impugnada por el procedimiento y con los efectos legalmente establecidos, sin que baste una simple declaración de nulidad de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía.

Fallo

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto".

Lo primero que sorprende en la trascripción que acabo de realizar es que la Dirección General ni siquiera cita el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Como digo resulta sorprendente porque su aplicación constituye la base del recurso gubernativo. Al amparo del mismo había dictado la Registradora la correspondiente calificación denegatoria, y, en sentido opuesto, había denunciado el recurrente la improcedencia de su aplicación en este caso.

El Centro Directivo ha optado por el silencio. En efecto no menciona el artículo, pero eso no es óbice para que las consecuencias que se produzcan sobre el mismo resulten deletéreas. Parece claro que para la Dirección General este precepto no ha de ser aplicado por los Registradores. En el segundo fundamento de derecho afirma tajantemente la obligación de inscribir cuando concurra alguna de las excepciones previstas en la legislación de unidades mínimas de cultivo, sin parezca tener ningún sentido la eventual consulta a la Administración competente en esta materia, puesto que de nada sirve la opinión que ésta manifieste al respecto.

Personalmente creo que este es el primer gran fallo atribuible a esta resolución. No se puede inaplicar una norma sin más justificación. Dicha inaplicación sólo puede tener dos causas:

a) Considerar que dicha norma ha quedado derogada tácitamente por otra posterior (así podría deducirse de la invocación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía).

b) Entender que se trata de una norma reglamentarla ilegal y, en consecuencia, nula de pleno derecho (el artículo 62.2 de la

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, establece que ... *serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior; las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.*

En efecto, en ambos casos es perfectamente posible la inaplicación de un reglamento. Si lo que se ha producido es la derogación tácita del precepto por aplicación de la regla contenida en el artículo 2.2 del Código Civil debe la Dirección General aclarar la razón por la que una eventual norma posterior, sobre la misma materia, *resulta incompatible con la anterior*. Y digo que debe aclararlo porque ni la Registradora, que evidentemente ha aplicado el artículo 80, ni los recurrentes, que también lo invocan, aunque sea para descartar la aplicación en este caso, parecen considerar que tal derogación se ha producido. Pero es que, además, yo entiendo que tal derogación no ha tenido lugar. No puede una ley autonómica modificar preceptos relativos a actuaciones propias del procedimiento registral (el contenido del artículo 80 se centra en especificar la manera de actuar que corresponde al Registrador en estos casos), puesto que la regulación de los *registros públicos* es competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1, 8 de la Constitución Española).

Por otro lado, la inaplicación de normas reglamentarias que se consideren nulas de pleno derecho por resultar ilegales, como magistralmente exponen EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ[13] constituye un deber emanado del principio de legalidad. Las normas reglamentarias están necesariamente sujetas antes de su aplicación por los ciudadanos, por las autoridades administrativas o por los tribunales, a un enjuiciamiento previo con el fin de determinar si tales normas reglamentarias contradicen a las leyes. En este caso debe no aplicarse tal reglamento como medida inmediata, sin perjuicio de otras eventuales reacciones frente al mismo, como son la anulación de oficio o a instancia de cualquier interesado por parte de la Administración que lo había dictado, o la impugnación del dicho reglamento a la jurisdicción contencioso administrativa a través de un recurso directo o indirecto (artículos 25 y siguientes de la Ley 29/1998, de 1 3 de julio, de Jurisdicción Contencioso Administrativa). Pero lo que también parece lógico es que si la Dirección General estima que concurre tal circunstancia de ilegalidad que justifica la inaplicación, debería haberlo explicitado en los fundamentos de derecho de esta resolución.

De hecho, en las ocasiones en que el Centro Directivo ha considerado que una norma reglamentaria era ilegal y, consecuentemente procedía su inaplicación, lo ha justificado clara y suficientemente. Así ha ocurrido con el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Costas (R. D. 1471/1989, de 1 de diciembre). Distintas resoluciones desde la de 16 de diciembre de 1991, han venido considerando que no procedía su aplicación

[13] Curso de Derecho Administrativo, I, Civitas, undécima edición, año 2002 páginas 223 y siguientes.

por cuanto era contrario a la ley. Así podemos citar la más reciente de 21 de febrero de 2002 que, en su fundamento de derecho tercero afirma claramente que pese a ser esta la solución legal, el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley, aprobado por Real Decreto 1471/1999, de 1 Dic., ha remitido en su artículo 35 a las mismas exigencias que para las inmatriculaciones a todos los supuestos de segundas y posteriores inscripciones. Esta norma, como ya señalara la Resolución de 16 Jul. 1998, no solo carece de cobertura legal, quebrantando el principio de jerarquía normativa -- artículos 9.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 23 de la Ley del Gobierno— sino que va en contra de los mismos principios y que inspiran la Ley que desarrolla y que son coincidentes con los que rigen en el sistema hipotecario en orden a llamar en aquellos expedientes que puedan desembocar en una modificación de la situación registrar a los titulares de derechos inscritos. En este sentido la presunción a todos los efectos legales del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, de la existencia y pertenencia de los derechos inscritos, junto con el mandato normativo contenido en el artículo 1.3 de la misma Ley cuando establece que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley, coordina perfectamente con el régimen de la Ley de Costas para la tramitación e inscripción de los expedientes de deslinde.

Aunque pudiera parecer lo contrario, yo no estoy defendiendo la aplicación de este artículo 80 porque me parezca una norma acertada. Tengo serias dudas sobre la legalidad y, sobre todo, sobre la oportunidad de la misma. Pienso que, en efecto, no es lo más correcto suspender la calificación de un documento a la espera del pronunciamiento de un órgano de la administración. Pero el precepto está ahí, y no cabe eludir su existencia. Pierde el Centro Directivo una magnífica oportunidad para promover una interpretación del mismo que resulte lo más acorde posible con las previsiones legales y con las exigencias de nuestro sistema hipotecario.

Otro gran error que a mi juicio comete esta resolución es confundir las cuestiones urbanísticas con las relativas al régimen de las unidades mínimas de cultivo. En concreto se cita el artículo 66 de la Ley Andaluza. Este artículo, tras definir como parcelación urbanística ... en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos, establece que cualquier acto de parcelación urbanística precisará de licencia urbanística o, en su caso, de declaración de su innecesariedad. No podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de su innecesariedad, que los Notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente. El Centro Directivo afirma que si se ha concedido la licencia de parcelación por parte del Ayuntamiento, la segregación es perfectamente inscribible, y que, si se considera que tal licencia es nula, lo procedente es impugnarla en la vía contencioso administrativa.

Como digo la confusión es total. Ya he señalado al comienzo de estas notas que la

misión de la licencia urbanística es proteger unos intereses públicos distintos que los que se quieren salvaguardar con la normativa de las unidades mínimas de cultivo. Las administraciones competentes para controlar uno y otro aspecto son distintas. En consecuencia, los requisitos que se imponen para inscribir una segregación o división de finca rústica (obtención de la previa licencia o declaración municipal de innecesariedad y respeto a la normativa de unidades mínimas de cultivo) son concurrentes. Si cualquiera de ellos resulta incumplido la segregación o división no podrá acceder al Registro, y el hecho de cumplir uno de los mismos no prejuzga el cumplimiento del otro.

Partiendo de este planteamiento, el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, ha previsto que en los casos de segregación por debajo de la unidad mínima de cultivo, además de la eventual comunicación que establece el artículo 80 que estamos analizando (comunicación con la que se estaría acreditando el cumplimiento de uno de los dos requisitos antes mencionados), que, en tanto puede surgir la correspondiente duda acerca de la eventual creación de *un núcleo de población, en los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable,* el Registrador debe comunicarlo al Ayuntamiento correspondiente para que éste, como administración competente en materia urbanística, manifieste si se da o no el referido peligro de urbanización ilegal.

Parece evidente, por tanto, que, aunque el acto divisorio cuente con la correspondiente licencia o declaración municipal de innecesariedad, si la división genera fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo el Registrador debe adoptar alguno de las siguientes acuerdos:

-Denegar la inscripción, si considera que no se cumple ninguna de las excepciones previstas en el artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio;

-Inscribir, si considera que sí concurre alguna de estas excepciones;

-Remitir copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente en los términos previstos en el artículo 80 del R. D. 1093/1997, de 4 de julio, en el caso de que albergue dudas sobre la concurrencia o no de las referidas excepciones.

Después de todo lo dicho, se puede concluir que la resolución de la Dirección General de 22 de marzo de 2004 ha venido a provocar confusión e inseguridad jurídica. No sabemos si el artículo 80 ha de seguir siendo aplicado en la práctica por los Registradores. Es más, los casos en que ya se ha solicitado de la Administración autonómica correspondiente que remita al Registro la resolución prevista en este artículo y se está a la espera de respuesta, tampoco sabemos qué habrá que hacer. Desde luego si seguimos el criterio de este fallo del Centro Directivo habría que inscribir o denegar la inscripción con independencia de la postura que manifieste la Comunidad Autónoma.

Otra cosa que no ha aclarado la Dirección General es si habría que comunicar al organismo correspondiente de la Administración Autonómica que se practica la inscripción a pesar de la resolución contraria emitida por el mismo. Pienso que sería un medida prudente porque así permitiríamos que la Administración Autonómica pudiera

reaccionar impugnando la licencia municipal como sugiere la Dirección General y solicitar la anotación de esa demanda, o, incluso, impugnar civilmente la validez de la inscripción así verificada.

En fin, la inseguridad jurídica que provoca esta resolución se manifiesta además en esa posibilidad (quizá más bien probabilidad) de que la citada Administración Autonómica impugne de forma directa (atacando el propio asiento por recoger un acto nulo), o de forma indirecta (atacando la validez de la licencia urbanística que ha fundamentado la segregación o división) la inscripción practicada. Estamos favoreciendo de esta manera el acceso al Registro de situaciones fácilmente claudicantes, que no se van a ver sanadas por dicha inscripción (artículo 33 de la Ley Hipotecaria) y que generarán confusión, dudas e inseguridad. Justo lo contrario de lo que ha de perseguir el Registro de la Propiedad.

IV.- PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Hecha la crítica de la Resolución, lo que sí hay que admitir es que ha servido para avivar la discusión sobre las deficiencias técnicas del sistema de control de legalidad en la inscripción de las divisiones y segregaciones de fincas rústicas.

Parece claro que el procedimiento previsto en el artículo 80 del R. D. 1093/1997, de 4 de julio no es precisamente un dechado de precisión técnica ni de pulcritud jurídica. El esfuerzo interpretativo que hemos visto que requiere este precepto reglamentario para que su aplicación sea coherente con las disposiciones legales que regulan la materia, así como las dudas que en la práctica genera, evidencian por sí mismas lo inadecuado de este sistema.

Debemos por tanto buscar alternativas. Basar la decisión exclusivamente en el título por el que se documenta la segregación o división y en los libros del Registro (artículo 18 de la Ley Hipotecaria) no me perece correcto por todas las razones que he ido exponiendo a lo largo de estas notas.

Creo que sería más adecuado someter los actos divisorios que generen fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo y que pretenden la inscripción al amparo de alguna de las excepciones prevenidas en el artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, a la necesidad de previa licencia concedida por la Administración agraria competente. La licencia previa implica importantes ventajas:

-Para la Administración supone la posibilidad de controlar a priori la legalidad del acto parcelatorio, evitando así tener que atacar la división ya hecha e, incluso en algunos casos, ya inscrita en el Registro.

-Para el titular de la finca que pretende hacer la división o segregación la licencia previa le garantiza la perfecta adecuación del acto divisorio a la normativa que lo regula. Ello añade un plus de seguridad jurídica a la operación. Y todos sabemos que esa mayor seguridad jurídica aumentaría sin duda el valor económico de las fincas resultantes de la división o segregación.

-Para el Notario o funcionario autorizante del documento en el que se recoge la división la licencia le garantiza que ese

documento no va a ser invalidado con posterioridad.

-Para el Registrador va a suponer una mayor facilidad en su labor calificadora, la cual podrá ejecutar con más rigor técnico. Al igual que la licencia urbanística supone el aval de la autoridad municipal respecto al cumplimiento de los requisitos que se derivan de la legislación y el planeamiento urbanístico, esta licencia agraria añadiría el visto bueno de la otra Administración implicada en el control de los actos divisorios en suelo rústico, permitiendo al Registrador fundar su criterio en la seguridad del previo control técnico de una situación de hecho no siempre fácilmente apreciable.

-Para nuestro sistema hipotecario supondría garantizar que la inscripción que se practica va a mantenerse con carácter firme y definitivo sin ser impugnada por una Administración que ha dado ya previamente el plácet. Conseguiríamos así evitar las inscripciones claudicantes que, como antes he señalado, tan perjudiciales son para la seguridad jurídica, principio al que el Registro ha de servir como fin esencial.

Para concluir estas notas me voy a atrever con una propuesta de reforma legal. Siguiendo las conclusiones que acabo de exponer considero que una próxima reforma legal en esta materia debería introducir un punto segundo en el artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, cuyo texto podría ser el que sigue:

"Los Notarios y demás funcionarios no autorizarán, y los Registradores no inscribirán escrituras o documentos públicos por los que se realicen divisiones o segregaciones de fincas rústicas que, dando lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, se acojan a algunas de las excepciones previstas en el apartado primero de este artículo, sin que se acredite la obtención de la licencia otorgada por la Administración Agraria competente, que los primeros deberán testimoniar en el documento".

Con esta reforma se conseguiría solucionar las dudas y dificultades prácticas que he puesto de relieve en este comentario. Simplemente advertir que incluyo la alusión a notarios y demás funcionarios, porque, como muy bien se ha encargado de recordar la Dirección General en su resolución de 29 de abril de 2003, también se han de exigir los mismos requisitos cuando la segregación se haya formalizado en documento público distinto del notarial (por ejemplo, en resolución judicial).

Córdoba, 10 de junio de 2004.

Basillo Javier Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad.

Cesareo Gil de Pareja Abogado

SINALAGMATIZACION DE OBLIGACIONES REALES Y CALIFICACIÓN REGISTRAL

INDICE

1.- LA OBLIGACIÓN REAL Y LA OBLIGACIÓN SINALAGMÁTICA

2.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CREACIÓN DE OBLIGACIONES REALES

3.- CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN REAL Y DE LA OBLIGACIÓN PERSONAL

4.- RESPUESTA LEGAL AL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES REALES PRINCIPALES EN LA RELACIÓN DEL REPARTO REAL DEL USUFRUCTO Y DE LA HIPOTECA. EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES REALES SECUNDARIAS

5.- LA OBLIGACIÓN REAL Y EL TERCERO HIPOTECARIO

6.- LA SINALAGMATIZACIÓN DE LA OBLIGACIÓN REAL

6.1.- Sinalagmatización de obligación real prevista por el Ordenamiento Jurídico

6.2.- Sinalagmatización de obligación real modificativa de la establecida en el Ordenamiento Jurídico

6.3.- Sinalagmatízación de obligación real de nueva creación

A lo largo de la evolución jurídica, la problemática de las obligaciones conectadas a las cosas ha separado a la doctrina en lo referente a su naturaleza jurídica, sus caracteres ontológicos y sus diferenciales con otras categorías del ordenamiento jurídico. En los textos doctrinales se encuentran referencias a numerosos tipos de estas obligaciones: "obligatio rei", "obligatio in rem scripta ", "obligatio propter rem", obligación noxal, carga real, obligación real, obligación "quid deambulat cum domino", "obligatio ob rem", "obligatio ex re", limitación del dominio, servidumbre "oneris ferendi", "pignoris obligatio, "res obligata", "obligatio praediorum", etc[1].

[1]De "enmarañamiento terminológico" califica la situación nominativa de las obligaciones conectadas a las cosas DE CASTRO VÍTORES, La obligación real en el Derecho de bienes, Centro de Estudios Registrales, 2000, pág. 127.

Estas obligaciones conexas a las cosas pueden proceder de muy diversos orígenes jurídicos, no siempre asociados a una titularidad real. El arrendatario, no ostentando un derecho real, tiene importantes obligaciones derivadas de su condición de poseedor de la cosa, como las tiene el precarista. El depositario se encuentra en igual tesitura, aplicable así mismo al comisionista. Sin embargo, en lo sucesivo, centramos nuestro estudio exclusivamente en aquéllas obligaciones que derivan de una titularidad real, sea el derecho de propiedad, sea otro derecho real.

1.- LA OBLIGACIÓN REAL Y LA OBLIGACIÓN SINALAGMÁTICA

Como apuntamos, nos encontramos en el escenario de los derechos reales. Al constituirse un derecho de éste carácter, nace un lote de obligaciones que lo acompañan de modo accesorio pero que son ineludibles para distribuir los aprovechamientos sobre la cosa; situación que es especialmente visible en los derechos reales limitativos del dominio. Desde esta premisa, no debe caerse en el error conceptual de configurar el derecho real como un estatuto de obligaciones personales. El derecho real no es un conjunto de deberes jurídicos entre partes, sino un "poder directo" sobre un objeto. Sin embargo, para articular el reparto de utilidades sobre la cosa necesita una organización obligacional accesoria, pero imprescindible [2] . La obligación que sirve a esta distribución de aprovechamientos ha sido calificada por un sector doctrinal como "obligación real", por servir íntimamente al contenido de un derecho real y ser imprescindible para el mismo[3].

En un lugar distinto se encuentra la obligación sinalagmática, nacida del vínculo personal constitutivo del derecho real. Se trata de un deber jurídico residente en el contenido prestacional de las partes contra-

---

[2] DE CASTRO VÍTORES dice así: " Todo ello nos introduce en la accesoriedad funcional, que cierra el círculo de las perspectivas de la accesoriedad: la obligación real es un instrumento, un material constructivo de la relación de reparto, que entra en juego para hacerla posible, objetiva o subjetivamente (viabilidad como relación real para el reparto de utilidades, adecuación al interés y necesidades de las partes) facilitarla o procurar solución de conflictos de intereses actuales o previsibles en el curso de la relación". DE LOS MOZOS afirma que " la obligación real constituye uno de los instrumentos mas eficaces para moldear el contenido de los derechos reales..." ("El derecho de bienes en el Código Civil", Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, nº 21, 1989, pág. 101). Esta afirmación demuestra que " la idea según la cual el derecho real no necesita, para ejercerse, ningún intermediario, es falsa para la mayor parte de los derechos reales..." (RIGAUD, El Derecho real, historia y teorías, Reus, 1928, pág. 307). "Es falso - como, por lo demás, se ha repetido y denunciado -, que los derechos reales impliquen una relación de señorío o poder inmediato y directo sobre los bienes. Ni la hipoteca ni parte de las servidumbres ni el tanteo ni el retracto implican tal derecho de señorío o posesión, consistiendo sólo en pretensiones contra determinadas personas." (CARRASCO PERERA, Derecho civil, Tecnos, 1999, pág. 253.)

[3]DE CASTRO VÍTORES explica que "en este sentido, adquiere cierto interés la afirmación (con expresión bastante arriesgada) de que la obligación surge de la íntima potencialidad del derecho real." (ob. cit., pág. 501). Para este autor, lo sustantivo es el derecho real, y lo adjetivo el derecho personal. Es la relación de reparto que ocasiona el derecho real lo que "justifica la presencia de la obligación" (ob. cit., pág. 496). Define la obligación real como "relación de cooperación, accesoria del esquema básico de exclusión en el marco de la relación jurídico real de reparto." (ob. cit., pág- 491- Para algunos autores existe una superposición de círculos concéntricos que van desde el núcleo hasta la periferia del derecho real. En el núcleo está el poder real, en una órbita cercana al mismo las obligaciones reales, y a la mayor distancia del núcleo los últimos deberes que, con menor importancia, colaboran al desenvolvimiento distributivo sobre la cosa.

tantes, que trae su origen en el deber jurídico de la contraparte[4]. Mientras la obligación sinalagmática sirve para articular una relación personal, la obligación real es el instrumento distributivo de utilidades sobre la cosa que es objeto de¡ derecho real. Sin embargo esta distinción, los espacios propios de ambas modalidades de obligaciones pueden no estar nítidamente diferenciados y, en ocasiones, incluso, mezclarse.

La primera cuestión a dilucidar es la aptitud del contrato para crear un derecho real, toda vez que, de no ser así, no nacerán obligaciones reales. Doctrina y Jurisprudencia han advertido la necesidad de desplegar una actividad hermenéutica que distinga los acuerdos con contenido puramente personal, en los que una de las partes se obliga a realizar una determinada conducta, de aquellos constitutivos de poderes reales sobre una cosa, con sus anejas obligaciones reales. En el primero de los casos, las conductas son prestaciones personales residentes en el sinalagma genético del contrato, y en el segundo, obligaciones reales que acompañan a un poder directo, inmediato, exclusivo y frente a todos, sobre la cosa. La Sentencia TS 16 -3 -2001 afirma lo siguiente: "Pues bien, la distinción entre ambas figuras requiere considerar, por una parte, que la servidumbre, como todo derecho real, implica un poder sobre una cosa -en este caso un fundo-, y tiene naturaleza perpetua, al paso que la obligación en sentido técnico -esto es, como derecho de crédito- implica un poder o facultad contra la persona del deudor para exigirle una prestación, y tiene naturaleza transitoria, pues su ejercicio la extingue.

Más concretamente, a falta de determinación expresa por las partes de¡ negocio que las origina, la distinción entre servidumbre y obligación de no hacer, debe hacerse, mediante la interpretación del título, averiguando cual fue la voluntad de las partes y la intención de las mismas en orden al alcance que han de tener sus declaraciones negociales (...)". Esta distinción tiene un hondo calado doctrinal; sin embargo, no es éste asunto que centre el interés de este discurso. Lo que llama nuestra atención es el hecho de que las obligaciones reales y las contractuales pueden manifestarse de modo solapado dentro de un mismo negocio jurídico. Debe tenerse en cuenta que los contratos pueden - y suelen - ser un conglomerado de figuras cuyos elementos llegan a ser difícilmente distinguibles[5]. No se trataría,

[4] Las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble: a) genético, en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra, y b) funcional, significativa de la interdependencia que las dos atribuciones tienen entre sí en el desarrollo de la relación contractual." Sentencia TS 28 -9 -1965. En el mismo sentido, Sentencia TS 3-7-1995. La Sentencia TS 18 -11 -1994 afirma que Ias obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble, el genérico en cuanto una atribución obligacional debe su origen a la otra, y el funcional significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligacionales tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes, que tienen que cumplirse simultáneamente. "... por ministerio de la Ley, y cuyo contenido tiene un sinaragma doble: el genético, en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra- y el funcional, significativo de la interdependencia que las dos atribuciones patrimoniales tienen entre sí en el desarrollo de la relación contractual - Sentencias 28.9.1965 (RJ 1965\4056); 25.6 y 22.10.1985 (RJ 1985/3314 y RJ 1985/4963). " (Sentencia TS 10 -1-1991).

[5] La Sentencia TC 11-4-1998, considera que "la posición de ambas partes en el seno del contrato es el resultado de un complejo entramado de derechos y obligaciones mutuos sin que pueda afirmarse que el art. 14 CE impone como exigencia el equilibrio real y efectivo del sinalagma contractual."

en este caso, de determinar si el contrato crea o no derechos reales, sino si, creándolos, las múltiples y variadas obligaciones presentes tienen carácter sinalagmático o real.

2.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CREACIÓN DE OBLIGACIONES REALES

Si no existiera concesión a la autonomía de la voluntad en la construcción de los derechos reales, la cuestión planteada quedaría sensiblemente limitada. No nos referimos a la creación de "nuevos" derechos reales, sino a la determinación del régimen jurídico aplicable a los ya establecidos. El Ordenamiento Jurídico y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo han impulsado un criterio abierto en la organización del contenido de los derechos reales. Ejemplo de ello es el artículo 594 CC, al consentir al dueño de un predio la constitución de servidumbres sobre el mismo en el "modo y forma que bien le pareciere." No menos concesiva resulta la cláusula de reenvío al "título de constitución" del usufructo en el artículo 467 CC. Paradigma de la autonomía de la voluntad es el artículo 67.2 LSA, al afirmar que "en las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo, en su defecto, lo previsto en la presente Ley y, supletoriamente, el Código Civil" La Jurisprudencia del TS y la doctrina de la DGRN participan de este criterio [6].

Si tanto la creación de obligaciones personales como de obligaciones reales gozan de la concesión privatista, el problema se plantea cuando ambas aparezcan mezcladas en un mismo negocio jurídico.

3. -CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN REAL Y DE LA OBLIGACIÓN PERSONAL

La obligación real está en el reparto de utilidades de la cosa y no se separa de ella, por lo que deambula con la misma de un titular a otro. Si el adquirente o subadquirente de la propiedad o del derecho real la incumplen, la otra parte puede exigir su cumplimiento de forma específica o, en su caso,

---

[6] La Resolución DGRN de 1 abril 1981 afirma que "nuestro sistema inmobiliario está basado según establece el art. 2 de la L. H. (RCL 1946\342, 886 y NDL- 18732) exclusivamente en la inscripción de los títulos que contengan derechos de naturaleza real, si bien no prima un criterio de «numerus clausus», tal como se desprende del art. 7 del Regl. H. (RCL 1947\476, 642 y NDL- 18733 tabla distribución artículos), que permite el ingreso en cualquier contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre inmuebles o inherentes a derechos reales. No parece necesario decir que la contratación, en cuanto creadora de derechos de crédito, está presidida por el principio de libertad contractual reconocido por el artículo 1255 CC: " Efectivamente, el artículo 1255 del Código Civil, consagra el principio de libertad contractual, que permite por la simple voluntad de las partes contratantes la modificación normativa de cualquier clase de contratos, estableciéndose dicho principio con carácter imperativo siempre que la referida voluntariedad contractual no afecte o sea contraria a la Ley, a la moral, ni al orden público." Sentencia TS 26 - 9 -2002. DE LOS MOZOS considera que, obligaciones reales, Ias hay no sólo de naturaleza imperativa, sino también de naturaleza dispositiva, y que junto a ellas hay que alinear la categoría de las obligaciones reales convencionales, admisibles en determinadas circunstancias, y caer en la cuenta de que las posibilidades del juego de la autonomía privada para modelar el contenido de ciertos derechos reales son, evidentemente, muy amplias." ("La obligación real, aproximación a su concepto", Libro homenaje a Roca Sastre, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1976, pág. 335).

por equivalente, pero no puede ejercer la vía resolutiva del vínculo al amparo del artículo 1124 CC. La razón es que la obligación real no es el contenido del sinalagma genético del contrato creador del derecho real. A diferencia, la obligación personal es "prestación" contractual y su incumplimiento puede provocar la resolución del vínculo y la aplicación del artículo 1124 CC, pero no puede ser exigida del subadquirente, ya que no deambula con la finca, sino que permanece unida las partes contractuales[7].

Al argumento sinalagmático que hemos expuesto, hay que sumar el carácter accesorio de la obligación real respecto al derecho real. Este carácter permite aplicar al incumplimiento de las obligaciones reales el criterio de la accesoriedad en el cumplimiento de los contratos que postula la Jurisprudencia, ya que "ha de haber propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato." (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1983). En definitiva, "el incumplimiento debe recaer sobre elementos esenciales del contrato." (Sentencia TS de 27 -11-1992). Si se sigue el criterio de la accesoriedad de la obligación real respecto al derecho real, se puede llegar razonablemente a la conclusión de que su incumplimiento no afecta a la supervivencia del vínculo creador del derecho real.

4.- RESPUESTA LEGAL AL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES REALES PRINCIPALES EN LA RELACIÓN DE REPARTO REAL DEL USUFRUCTO Y DE LA HIPOTECA. EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES REALES SECUNDARIAS.

En inicial sintonía con la corriente jurisprudencial apuntada, los textos normativos reguladores de algunos derechos reales establecen consecuencias particulares para el caso de incumplimiento de las obligaciones reales a ellos vinculadas que, en los casos que veremos, están desconectadas de cual-

[7] Aunque la resolución del artículo 1124 CC opera con efectos "ex tunc" y alcance real, si no se ha dado a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, el adquirente inscrito queda protegido por efecto del artículo 34 LH, al ser tercero respecto a la relación resuelta por causas que no constan en el mismo registro. Si consta, la acción tiene que dirigirse contra el primer y el segundo adquirente por exigencias de la Resolución DGRN de 24 -2-1998, ya que los efectos de la sentencia exclusivamente dirigida contra el primer titular no pueden afectar al segundo, ni rectificarse el asiento de éste sin haber sido oído en juicio, por exigencias del artículo 24 CE (véase CASTILLO GONZÁLEZ, " Condición resolutoria: la Sentencia declarativa de la resolución, dictada en pleito entablado exclusivamente contra el comprador no permite la cancelación de los asientos posteriores." Lunes, nº 231, 1998, pág. 12). El párrafo séptimo del artículo 20 LH, introducido por la DA 3ª Ley Orgánica 5/2003 de 25 de noviembre, preceptúa: " No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta de aquélla contra la cual que se ha dirigido el procedimiento." DOMÍNGUEZ CALATAYUD, al comentar dicha reforma afirma: " El carácter absolutamente excepcional de la reforma queda evidenciado por la reiteración, en la primera parte del párrafo que comentamos, del principio detracto en su más clásica acepción, por emparentado estrechamente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Constitución." ("Comentario de urgencia sobre la disposición final tercera de la Ley Orgánica 5/2003 de 25 de noviembre, que adiciona un párrafo, el séptimo, al artículo 20 de la Le Hipotecaria", Lunes, nº 361, 2004, pág. 15.

quier actividad resolutoria o extintiva del derecho. En los casos del usufructo, servidumbre e hipoteca, se trata de incumplimiento de deberes elementales de conservación de la cosa y de uso civilizado que atentan frontalmente a los intereses del nudo propietario, dueño del predio sirviente y acreedor hipotecario.

En cuanto al usufructo, no cabe duda que el deber de conservar adecuadamente la cosa es una obligación real de primer orden o, al menos, así lo reconoce el artículo 467 CC[8], si las partes no modifican tal criterio. El artículo 520 CC considera que no se extingue el usufructo por el mal uso de la cosa usufructuada, pero se habilita al nudo propietario para exigir que se le entregue la cosa en calidad de "administrador". El legislador podría estar considerando que, "en la relación constitutiva del usufructo", el uso de la cosa que haga el usufructuario no es elemento prestacional de la misma o, al menos, no es esencial. Contrasta esta norma con la contenida en la regulación del derecho de arrendamiento urbano, con racionales semejanzas en su desenvolvimiento y reparto de utilidades a la relación usufructuaria. El artículo 27 LAU entiende resoluble la relación arrendaticia a instancias del arrendador en base la realización, por parte del arrendatario, de actos de administración de la cosa inconsentidos por el primero, como el subarriendo o la cesión, la alteración del fin del inmueble, así como la consecución de actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas, ilícitas o pertubadoras en la finca. Es posible que la concepción del usufructo como un derecho destinado a la dotación de sustento colabore a justificar esta protección del usufructuario, pero también es cierto que el arrendamiento urbano está presidido por una decidida misión social que está manifestada en la exposición de motivos de la Ley y en su texto articulado[9]. Por tanto, haga lo que haga el usufructuario en la finca, parece que el usufructo no se extíngin[10].

Si tomamos el derecho real de hipoteca y acudimos a la obligación real del prestatario de conservar la finca que sirve de garantía, nos encontramos con la "acción de devastación" del artículo 117 LH y 219 RH para el caso de que, de manera dolosa, el deudor realice actos de deterioro que disminuyan el valor del fundo. De nuevo, una obligación real como es la de conservación de la cosa puesta en garantía [11] ,tiene asociado a su incumplimiento medidas de carácter especial y ajenas a la resolución - anticipada - del derecho real. Sobre los supuestos apuntados volveremos mas adelante.

---

[8]La Sentencia TS 19 - 1 - 1962 postula el carácter alterable del criterio de conservación de la forma y substancia por pacto expreso de las partes y en virtud de la libertad modificadora que reconoce el artículo en cuestión.

[9] Por este motivo, el artículo 6 LAU preceptúa: "Serán nulas y se tendrán por no puestas las estipulaciones que modifiquen, en perjuicio del arrendatario o subarrendatario, las normas del presente Título, salvo los casos en los que una norma expresamente lo autorice."

[10] La Sentencia TS de 16 de marzo de 2001, antes comentada, al abordar la problemática del incumplimiento de los deberes del dueño del predio sirviente consideró que la servidumbre no se extingue por el mal uso de la misma, sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda incurrir el incumplidor.

[11] Resulta muy convincente el razonamiento contenido en el artículo de GARCÍA GARCÍA, " El pacto de prohibición de arrendar salvo en determinadas condiciones, en la Hipoteca", Lunes, nº 231, 1998, págs. 14 y ss., en el que considera que la concertación de arrendamientos sobre la finca no puede prohibirse por el acreedor hipotecario en aras de la conservación de valor de la finca y que el registrador, en su caso, no debe inscribirlos, por razón del artículo 27 LH. A efectos del mercado hipotecario, véase la posibilidad de ampliar hipoteca por desmerecimiento del valor del bien hipotecado en mas de un 20 % de su tasación inicial, según el RD 17- 3-1982.

Respondiendo al segundo apartado del epígrafe, veamos ahora el régimen aplicable a algunas obligaciones secundarias. La dureza de las medidas adoptadas por el ordenamiento jurídico para atender al incumplimiento de las obligaciones reales debería responder al valor que el legislador atribuye a las mismas, sobre todo si se compara con otras reacciones represivas de menor calado que las expuestas. En principio, debe llamarnos a la reflexión la diferencia entre las obligaciones reales dispositivas de las que no lo son. La obligación de prestar fianza en el usufructo o de hacer inventario son dispensables sin más por el nudo propietario y por disposición del artículo 493 CC. Es igualmente dispensable la obligación de aportar certificación del estado de deudas cuando se transmita la vivienda o local en régimen horizontal (art. 9.e LPH). No es dispensable la obligación de no apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca prevista por el artículo 1859 CC, ya que con ella se persigue un fin de orden público que justifica su carácter cogente [12] . Existen numerosas obligaciones por razón de la cosa cuyo incumplimiento tiene asociadas reglas especiales, que llegan al extremo excepcional de la autodefensa. Así sucede con la posibilidad de cortar las raíces de un árbol vecino cuando crecen en el suelo de finca ajena (art. 592 CC). En otro contexto, el artículo 9.i LPH aplica a la falta de notificación del cambio de titularidad el efecto de extender solidariamente la responsabilidad a transmitente y adquirente. Esta heterogeneidad de tratamientos conducen racionalmente a plantearse si todas las obligaciones reales se encuentran a la misma distancia del poder real o si, por el contrario, hay grados asociados a tal distancia y, en su caso, qué singularidad de régimen jurídico correspondería a cada uno de los niveles[13].

5.- LA OBLIGACIÓN REAL Y EL TERCERO HIPOTECARIO

El negocio constitutivo del derecho real contiene un conglomerado de cláusulas reguladoras de derechos y obligaciones entre las partes en el que se mezclan obligaciones reales y contractuales de modo indiferenciable. Este lote llega al registro de la propiedad para su despacho y es entonces cuando se plantean graves interrogantes referentes al alcance de la protección del tercero hipotecario que, en los ejemplos anteriores, es el adquirente de la propiedad limitada, o del derecho real limitativo. El registro de la propiedad está destinado a la inscripción de los derechos reales sobre los bienes inmuebles y no de los derechos de carácter personal, como prescriben los artículos 7 y 9

[12] Que es la represión de la Usura, ya afrontada con ímpetu por la Ley Azcárate de 1908 y actualmente manifestada en la legislación bancaria y penal, así como en la prohibición de la "fiducia cum creditore" en la que el deudor - fiduciante transmite la propiedad al acreedor - fiduciario bajo condición resolutoria - pacto comisorio - , consistente en el total pago de lo debido.

[13] Entiende DE CASTRO VÍTORES que "cuanto mas resulta dependiente el derecho y su conformación de una determinada relación de exclusión - cooperación, mas nos introducimos, desde la periferia del círculo de las obligaciones propter rem, al núcleo propio de las obligaciones reales." (ob. cit., pág. 493). En este autor, parece que la obligación "propter rem" quiere diferenciarse de la obligación real precisamente por la distancia que ambas guardan respecto al núcleo del derecho real. Mientras que la "propter rem" es una obligación que no estructura el reparto de utilidades, la obligación real es elemento esencial para el regular ejercicio del poder real. E incluso en algunas citas parece encontrarse tan lejos del núcleo real que utiliza calificativos como "deberes de prestación conexos" (ob. cit.,pág.54)

RH[14]. Sin embargo, el artículo 51 RH exige que en el asiento de inscripción se hagan constar los elementos objetivos del negocio creador del derecho: en cuanto al precio , el "valor de la finca o derecho inscrito" (regla 8ª) y en cuanto al contenido del derecho que se inscriba, "expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente" (regla 6ª). El legislador hipotecario, conocedor de la "unidad estructural" del negocio jurídico, es consciente de que el contrato es un conjunto heterogéneo que opera como un todo y cuyas partes no son individualizables sin mas. Sin embargo, en la última rúbrica del citado apartado del artículo 51 RH preceptúa: "No se expresarán, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real". Precisada de clarificación esta intersección de criterios dentro del mismo artículo, la Resolución DGRN de 5 de febrero de 1990 considera inscribible los pactos de trascendencia puramente personal en casos de Innegable ambigüedad sobre el alcance" de los mismos: "Por todo ello y habida cuenta de la necesaria expresión en el asiento de todos los pormenores del título que definan la extensión del derecho inscrito." Aunque la propia Resolución reconoce el confusionismo en el que se encuentran los subadquirentes, García García lo ha denunciado como contrario al espíritu y razón de ser del registro de la propiedad[15], ya que la constancia registral de derechos personales puede provocar la convicción en el tercero de quedar afectado por ellos. Es más, la propia Dirección General de Los Registros y del Notariado ha mostrado propensión a la misión investigadora del registrador en el carácter de los derechos integrantes del contrato creador del derecho real[16]. Si el negocio de constitución de una servidumbre incorpora un conjunto de pac-

---

[14] El artículo 9 RH preceptúa : "No son inscribibles ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales."

[15] Afirma GARCÍA GARCÍA que "... se produce confusionismo para terceros respecto a la eficacia obligacional de los pactos, obstaculizando con ello la circulación de los bienes inmuebles, contra el artículo 27 LH y los principios que inspiran dicha legislación, y cuyo mantenimiento producirá un mayor número de pleitos, intervención de especialistas y mayor coste para los ciudadanos y daños a la productividad y riquezas del País, que no se deber permitir. Y si no, véase la situación de conflictividad judicial y de oscuridad inmobiliaria en Estados Unidos. Será mejor cuanto mas se depuren las situaciones jurídicas inmobiliarias en el ámbito extrajudicial o registraL (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario , mayo - junio, 1992, pág. 1349).*

[16] Continúa afirmando GARCÍA GARCÍA: "Según otras Resoluciones DGRN, "es misión del registrador de la propiedad la depuración de los pactos personales respecto a los de contenido real", aludiendo a la Resolución de 1 de abril de 1981, a "la misión ciertamente no sencilla del registrador de examinar en cada caso si se dan o no los caracteres típicos del derecho real", refiriéndose a la Resolución de 20 de mayo de 1987, a la "necesidad del examen minucioso por parte del registrador", para la depuración de aquéllos pactos de los documentos que no pueden tener acceso al Registro- la Resolución de 25 de julio de 1981 destaca que " no se debe permitir el acceso al registro de todos aquéllos derecho o pactos que carecen de trascendencia real", y la Resolución de 4 de julio de 1984 alude a la "seriedad que debe presidir el contenido de los asientos registrales", lo que "no autoriza a que aparezcan reflejados en los mismos todo tipo de pactos y circunstancias". (ob. cit., pág. 1349). En la Resolución de 1-4-1981 DGRN citada por GARCÍA GARCÍA, se establece que "este criterio de «numerus apertus» adoptado por nuestra legislación, obliga al Registrador, en una emisión ciertamente no sencilla, como ya ha declarado este Centro, al estudio en cada caso concreto del acto o pacto que se pretende inscribir, al objeto de examinar si se dan o no los caracteres típicos del derecho real, es decir, la absolutidad y la inmediatividad, que determinaría su acceso a los libros registrales, y caso de que no fuera así, poder rechazarlo, a fin de evitar que entren en el registro de la propiedad derechos de carácter personal." En el mismo sentido véase MARTÍNEZ SANCHÍS, "El deterioro del pacto comisorio en la jurisprudencia hipotecaria", Anuario de Derecho Civil, 1989, pág. 1193.

tos relativos al reparto de utilidades de la finca entre el titular del derecho limitativo y el propietario; ¿deben ser inscritos por el registrador? Veamos algunas claves en los epígrafes siguientes.

6.- LA SINALAGMATIZACIÓN DE LA OBLIGACIÓN REAL

Nos parece, en principio, obligación real, aquella que sirve a la distribución de aprovechamiento, de usos, facultades o poderes sobre la cosa. Pero nos podemos encontrar con obligaciones cercanas a este perfil que la autonomía negocia¡ ha convertido en prestación contractual. En el contrato constitutivo del derecho de usufructo, el usufructuario se obliga expresamente a realizar los reparos ordinarios, conforme le exige el artículo 500 CC. Esta mención expresa; ¿convierte a la obligación real en prestación del contrato? El dogma de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC no parece obstar a tal posibilidad, siempre, desde luego, desplegando la correspondiente tarea interpretativa preceptuada por los artículos 1281 y siguientes CC. Ahora bien, parece incuestionable que la obligación real se sinalagmatiza si se somete su incumplimiento a pacto comisorio, toda vez que éste es una modalización de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC, norma exclusivamente aplicable a prestaciones sinalagmáticas.

Las partes han convertido una obligación real típica en obligación personal derivada del contrato. Esta mutación; ¿ afecta al derecho real creado? En los epígrafes anteriores hemos aludido a la necesidad de hacer una calificación general del contrato que distinga el negocio puramente obligacional del negocio creador de derechos reales. No es ésta la cuestión que estamos planteando, puesto que partimos de la existencia de un poder real sobre la cosa que se concede a persona distinta de su dueño. En el ejemplo anterior, el usufructo está constituido como poder directo sobre la cosa. El hecho de que alguna obligación real accesoria del mismo se haya si alnag gatizado, no significa que la relación se "personalice». No encontramos argumentos para vislumbrar que el usufructuario pueda perder su "poder real" en el ejemplo expuesto.

No obstante este criterio general, entendemos que la obligación real sinalagmatizada puede ser de varios tipos, por lo que pueden plantearse las siguientes hipótesis, susceptibles de consideraciones singulares en cuanto a sus efectos entre partes y frente a terceros:

6.1.- SINALAGMATIZACIÓN DE OBLIGACIÓN REAL PREVISTA POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Es la contenida en el ejemplo anterior, ya que las partes se limitan a hacer personal una obligación que ya estaba prevista por el artículo 500 CC. El incumplimiento de la misma permite al nudo propietario resolver el contrato constitutivo del usufructo. Si el usufructuario transmite su derecho de usufructo, y el adquirente incumple esta obligación; ¿ qué pretensión podrá dirigirse contra él? Entendemos que no la resolutoria, pues ésta vinculaba a las personas con-

tratantes[17],salvo que se haya dado al incumplimiento el carácter de condición resolutoria expresa. Ahora bien, el hecho de que la obligación contractual no llegue al tercero, no significa que no sea exigible de éste la "obligación real" de pagar los gastos ordinarios que acompañan a la cosa por "mor" del artículo 500 CC. Entendemos, por ello, que la sinalagmatización de una obligación real "legal" no la extrae del estatuto obligacional real que acompaña al derecho real. En otro caso, la obligación sinalagmatizada quedaría fuera de dicho estatuto, dejando un vacío cuyo llenado interpretativo[18] provocaría la aplicación, precisamente, del artículo 500 CC. Es, por tanto, simultáneamente, obligación personal y real.

6.2.- SINALAGMATIZACIÓN DE OBLIGACIÓN REAL MODIFICATIVA DE LA ESTABLECIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Entre las partes contratantes se generan los efectos propios de la obligaciones contractuales. En cuanto a tercero, la cuestión es mas compleja. El usufructuario se obliga, por ejemplo, a pagar los gastos extraordinarios sobre la cosa, invirtiendo la regla del artículo 501 CC, y convirtiendo este deber en prestación sinalagmática. Si el usufructuario transmite la finca; ¿ quién paga los gastos extraordinarios, usufructuario o nudo propietario? Podrían defenderse dos posturas. La modalización de una obligación real predeterminada en el Ordenamiento supone usar de la autonomía de la voluntad para configurar el estatuto obligacional que acompaña al derecho real, por lo que las singularidades introducidas pasan a ocupar el lugar de la norma cambiada. Es decir, en la relación de reparto que ocasiona el usufructo, la obligación real de pago de los gastos extraordinarios queda modificada por voluntad de las partes. En tal caso, la obligación modalizada, sigue siendo real, viaja con la cosa y obliga a terceros adquirentes de la nuda propiedad o del usufructo. Un apoyo interpretativo favorable lo podríamos encontrar en los artículos 543 y 599 CC. En el primero de ellos se considera que al dueño del predio dominante le corresponden las obras para la instalación y conservación de la servidumbre. El artículo 599 contempla la inversión de esta regla y permite que el dueño del predio sirviente se libere mediante abandono de la finca. Si el abandono extingue el deber de pago, es que éste no es sinalagmático, sino real. Se trata, por tanto, de una alteración de las reglas de reparto establecidas en el Ordenamiento para una obligación real que, no obstante el cambio, sigue conservando el carácter "real".

Por el contrario, podría considerarse que las especialidades de pago de gastos ex-

[17] Y a sus herederos, en virtud del principio de relatividad de los contratos del artículo 1257 CC. Tratamos la transmisión del derecho de usufructo y no la "cesión del contrato", que contiene obligaciones cuya asunción por tercero requiere del consentimiento del acreedor si se pretende un efecto liberatorio. La Sentencia TS 23-7-2003 considera que: "Se ha sustituido la persona del deudor, con respecto a la misma relación obligatoria. Figura no contemplada expresamente en el ordenamiento jurídico español, pero sí por la jurisprudencia (así, en sentencias de 14 de noviembre de 1990 [RJ 1990\87110], 22 de mayo de 1991 [RJ 11991\24281, 27 de junio de 1991 [RJ 1991\4631 y RJ 1991\4632], 11 de mayo de 1992 [RJ 1992\3897], 26 de abril de 1993 [RJ 11993\29461) que, en numerosas ocasiones destaca la necesidad del consentimiento del acreedor (sentencias de 29 de noviembre de 2001 [RJ 2001\95311, 21 de marzo de 2002 [RJ 2002\25271, 22 de marzo de 2002 [RJ 2002\22871)..."

[18] En tanto habría que decidir quién se encarga del pago de gastos ordinarios y, no pudiendo resolverlo sobre la letra del contrato, se aplicaría la norma contenida en el CC.

traordinarios se han introducido por las partes a efectos de la "personalización" del deber, sin ánimo de organizar la relación de reparto. En este caso, la tarea interpretativa adquiere caracteres de acusada complejidad. Pensemos, por ejemplo, en la introducción de una cláusula que afirme: " En virtud de las cantidades que el usufructuario adeuda al nudo propietario, los gastos extraordinarios sobre la cosa serán de cuenta de aquél" Según este redacción, el pago de tales gastos es un modo de liquidar deudas pendientes entre partes, por lo que la cláusula parece estar circunscrita a los intereses internos existentes entre los contratantes. En este contexto, el deber de pagar los gastos extraordinarios; ¿ es una obligación sinalagmática? Lo sea o no; ¿ modaliza la obligación real del artículo 501CC?

6.3.- SINALAGMATIZACIÓN DE OBLIGACIÓN REAL DE NUEVA CREACIÓN

No nos olvidamos que la autonomía de la voluntad habilita la creación de obligaciones reales y contractuales del modo y manera que convenga a los intereses de las partes negociales. El titular de una servidumbre voluntaria se compromete a realizar obras de acondicionamiento en la finca sirviente que van mas allá de la instalación y conservación de su derecho: realizar un jardín en los márgenes del camino de paso, conservarlo, recoger la hojarasca caía en el predio sirviente, etc. Tales obligaciones; ¿ son precio por la constitución de la servidumbre? Si lo son, ¿ son también obligaciones reales introducidas por las partes para articular el reparto de utilidades sobre la cosa? De nuevo, es necesario acudir a la interpretación del contrato para poder dilucidar esta cuestión. En el ejemplo anterior parece que la obligación asumida por el titular de la servidumbre sirve para organizar el aprovechamiento de la cosa con el dueño de la finca y, como tal, podría ser considerada una obligación real. Pero puede que el dueño de la finca quiera que el precio de la servidumbre voluntaria se pague en "obra", por lo que la obligación sería, - también, o exclusivamente, - sinalagmática. Si se llega al entendimiento de que el valor de las tareas a realizar en el predio sirviente son el valor de la servidumbre voluntaria y onerosa, cabria pensar que no son exigibles al tercero que adquiera el predio dominante.

Observamos, en definitiva, que la obligación real no es un concepto rancio, perdido en el recuerdo de las fuentes clásicas, sino un avispero jurídico que zumba en los expedientes de registros de la propiedad, tribunales y despachos profesionales.

Cesareo Gil de Pareja

SECCION FISCAL

Francisco Molima Balaguer. Registrador de la Propiedad

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

En recurso para la unificación de doctrina en torno **a la interpretación y aplicación del art. 123 LGT**, el TEAC viene a señalar:

-Que desde los Reglamentos del IRPF de 1979 y 1981, del IS de 1982, Ley 10/1985, Ley 18/1991, se hace visible una progresiva ampliación de las potestades de comprobación de los órganos de gestión tributaria, que, desde una verificación formal limitada a la corrección de errores materiales o de hecho, llegaría a la posibilidad de girar liquidaciones provisionales sobre la base de los justificantes acompañados a la declaración, o solicitados por los órganos de gestión, o, en relación al IVA, sobre los datos, índices, etc, de que disponga la Administración.

-Que la reforma del art. 123 LGT por Ley 25/1995 culmina ese proceso, ante la generalización del sistema de autoliquidación, ante lo cual, los órganos de gestión pueden:

-Requerir la presentación de los justificantes que estimen necesarios, salvo documentación contable de actividades empresariales o profesionales;

-Dictar liquidaciones provisionales conforme a los datos consignados en la declaración y sus justificantes;

-Dictar liquidaciones provisionales, en caso de discordancia entre la declaración y los elementos de prueba de que dispongan, de acuerdo con dichos elementos de prueba;

-Dictar liquidaciones provisionales, en caso que el importe de la devolución no coincida con el solicitado, según los justificantes de declaraciones y elementos de prueba que obren en su poder.

-Pero si hasta ahora sólo se ha hecho referencia a los justificantes aportador por el interesado por sí mismo o a requerimiento del órgano de gestión, y a los elementos de prueba que este tenga en su poder, el apartado 2º del artículo autoriza las comprobaciones abreviadas que sean necesarias, refiriéndose a las liquidaciones en general. Y esa comprobación abreviada procede:

-Cuando se examinan datos y antecedentes que ya obran en poder de la Administración;

-Cuando se deduce la existencia de hecho imponible no autoliquidado e ingresado en su totalidad, por la contabilidad, registros o documentos, contables o extracontables, lo que se compatibiliza con la prohibición de examinar documentación contable de actividades empresariales o profesionales al excluir de este concepto los registros especificamente debidos a la normativa fiscal. Y esta exclusión debe ser extensiva a documentos que, como las facturas, si bien son debidas a usos comerciales, tienen una regulación fiscal de sus formas y condicionan a éstas sus efectos fiscales.

-Esa comprobación abreviada se dirigirá siempre a la constatación de la correspondencia entre los datos declarados y lo que figuran en los registros y documentos de referencia.

-No obstante, esa ampliación de las facultades de comprobación no implican una investigación, que corresponde sólo a los órganos de Inspección, y no están sujetas a las limitaciones expuestas. Así:

-Las liquidaciones resultantes de las comprobaciones son provisionales.

-Antes de formular la liquidación se concede audiencia al interesado.

-Respecto del texto del art. 123 LGT redactado por Ley de 20 de julio de 1995, STS de 24 de julio de 1998 ha señalado, y ahora reitera el TEAC, que:

-Los órganos de gestión pueden requerir la presentación de las facturas que sirven de soporte a los libros-registros de carácter fiscal;

-Los órganos gestores pueden dictar liquidaciones provisionales, cuando los datos declarados coincidan con los registrados, pero surge controversia con el sujeto pasivo por la interpretación de la norma. Pero si subsiste la controversia, en cuanto a la existencia del hecho imponible o su valoración en derecho, debe solicitarse informe a la Inspección.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

LA ESCRITURA DE DESEMBOLSO DE DIVIDENDOS PAIVOS ES SOLO UNA FASE EN EL PROCESO DE AUMENTO DE CAPITAL POR LO QUE EL IMPUESTO SÓLO SE DEVAGA UNA VEZ.

Formalizada una operación de aumento de capital social, y satisfecho el correspondiente impuesto, se procede ahora a documentar en escritura pública un desembolso parcial de dividendos pasivos, por el que se gira liquidación en la modalidad de AJD. La AN estima el recurso contencioso-administrativo:

-Porque ya se satisfizo el impuesto por el total importe del capital suscrito al otorgar la escritura de aumento de capital;

-Y porque Directiva 69/335/CEE, de 17 de julio, impide aplicar una nueva imposición cuando ya se devengó el impuesto sobre el capital suscrito en la constitución de la sociedad.

El Abogado del Estado recurree en casación argumentado la distinta naturaleza de las modalidadades de AJD y OS, que impide que exista *bis in idem* en este supuesto.

El Tribunal Suprema falla:

-La incompatibilidad del art. 10 de la Directiva 69/335/CEE y los arts. 27,1,a) y 31.2 Real Decreto Legistlativo 3050/1980 y 42.2 RD 3494/1981 es manifiesta y evidente.

-En sendas sentencias de 3 de noviembre de 1997 el TS declaró:

-Que la escritura de desembolso de dividendos pasivos es solo una fase en el proceso de aumento de capital, por el cual se gira una única liquidación, al tiempo de otorgarse la escritura de aumento. Así lo entendió ya la entonces Dirección General de los Contencioso del Estado, en Circular 3/1968 y posteriormente, en 11 de marzo de 1981.

-Que, por tanto, no cabe argumentar que el aumento y el desembolso de los dividendos pasivos son actos distintos, que se dan por separado, y documentan e inscriben de modo independiente, ya que el desembolso no constituye acto o contrato inscribible, y, si pudiera considerarse acto independiente, tributaría por TPO, no por AJD. No obstante, no ha de entenderse tal desembolso sino como la ejecución de la obligación contraída por la suscripción del capital.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO

En una compraventa de inmuebles, sujete a IVA y exenta, se realiza la renuncia a la esención mediante acta notarial independiente. Girada la liquidación correspondiente, el interesado formula alegaciones que no son atendidas, interponiendo recurso con los siguientes argumentos:

-Al ignorarse las alegaciones, sin una motivación, el trámite de audiencia queda reducido a una formalidad, que obliga al sujeto pasivo a acudir al recurso para que se tengan en cuenta sus criterios, vulnerando así el principio de contradicción.

-La norma autonómica que eleva el tipo aplicable en AJD en los casos de renuncia a la exención de IVA carece de cobertura legal y es contraria a la Sexta Directiva.

El TEAC resuelve:

-El trámite de audiencia no es recurso previo, sino que sólo persigue que el sujeto interesado conozca el expediente y sea oído antes de dictar el acto de liquidación, impugnable. Desatender las alegaciones formuladas no implica ni aclararlas y rebatirlas.

-El deber de motivación, en los actos de liquidación, solo comprende expresar el concepto tributario, sujeto pasivo, tipo de gravamen, base imponible, cuota y deuda tributaria, con deducción en sus caso del importe ya ingresado e indicación del tipo de interés aplicable y número de días. Únicamente en el supuesto de aumento de la base imponible es exigible una expresión concreta de los hechos y elementos que la motiva.

Es el art. 13 de la Ley 1/1996 de Cesión de Tributos a las Comunidades Autónomas la que permite a éstas fijar los tipos impositivos que estimen oportunos en la modalidad de AJD, cuando se trate de documentos notariales. En casos como el presente, de sujeción y exención del IVA, en que la tributación por AJD exige una renuncia a la exención expresa y que conste fehacientemente, el hecho de documentarla en acta notarial independiente no impide la aplicación de la norma, que de otro modo se vería burlada.

La Sexta Directiva lo que prohibe es crear o mantener tributos que graven la cifra de capitales, no las transmisiones inmobiliarias empresariales.

RESEÑALEGISLATIVA
(BOE del 16-30 de septiembre de 2004)

DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

COMUNIDAD VALENCIANA - REGISTRO DE VOLUNTADES

DECRETO 168/2004, de 10 de septiembre (DOGV 21/09), del Consell de la Generalitat, por el que se regula el Documento de Voluntades Anticipadas y se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunidad Valenciana.

COMUNIDAD VALENCIANA - URBANISMO

DECRETO 178/2004, de 24 de septiembre (DOGV 28/09), del Consell de la Generalitat, por el que se crea y regula el Registro Autonómico de Patrimonios Públicos Municipales de Suelo.

CATALUÑA -PRESUPUESTOS

LEY 6/2004, de 16 de julio (BOE 29/09), de Presupuestos de la Generalitat de Catalufia para el 2004

LEY 7/2004, de 16 de julio (BOE 29/09), de Medidas Fiscales y Administrativas.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana