LUNES

CUATRO TREINTA

Revista de asuntos registrales

Año XVII - Núm.380 - 2ª quincena, octubre, 2004

informativa de derecho privado y registral
LUNES 4'30

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

sumario

Rev-380. 2ª Quincena de octubre, 2004

CASOS.....2

RESOLUCIONES 5

SENTENCIAS.....9

ESCRIBE PARA LUNES

LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DEL NUEVO ARTÍCULO 808 C.C: FIDEICOMISO DE RESIDUO por Antonio Ripoll 15

ACTUALIDAD... 21

SECCIÓN FISCAL por Ignacio Palacios Gil de Antuñano 33

RESEÑA LEGISLATIVA 41

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

CASOS PRÁCTICOS

Cristina Martínez Ruíz. Registradora de la Propiedad

COMPRAVENTA DERIVADA DEL EJERCICIO DE UN CONTRATO DE LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO

En el Registro figura inscrito sobre una determinada finca un contrato de leasing o arrendamiento financiero que contrataron unos esposos que estaban casados en régimen de gananciales.

Ahora se presenta una escritura de compraventa de esa finca en la que el marido ejercita la opción de compra derivada del indicado contrato de arrendamiento financiero manifestando en la escritura que está separado judicialmente.

El Registrador se plantea si para poder inscribir esa compraventa debe exigir la previa liquidación de la sociedad de gananciales, y los contertulios respondieron afirmativamente.

Es decir, el arrendamiento financiero, así como todos los derechos que de él resulten, tienen carácter ganancial, por lo que en este caso deberá aportarse la liquidación de la sociedad conyugal de la que resulte que dichos derechos han sido adjudicados al marido, que es quien los está ejercitando.

Este caso pone en entredicho la doctrina sentada por la DGRN en la resolución de 12 de mayo de 1994 en la que viene a señalar que para la inscripción de la venta de una finca derivada de un contrato de arrendamiento financiero no es necesaria la previa inscripción del mismo. Por ello, los contertulios entendieron que, si bien no se puede exigir la previa inscripción del arrendamiento financiero, lo que sí se debería exigir en el momento en que se presentara a inscribir la compraventa derivada de dicho contrato, es la presentación junto con dicha escritura de compraventa de la escritura del arrendamiento financiero como elemento del que trae su causa la compraventa y cuya calificación conjunta debe realizarse para comprobar la concurrencia de todos los requisitos legales.

PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA

Se presenta en el Registro una escritura de declaración de obra nueva y propiedad horizontal tumbada formada por nueve elementos independientes destinados a viviendas unifamiliares. En la escritura se indica que a cada vivienda unifamiliar le corresponde como propia una porción de terreno de x metros cuadrados, de los cuales una parte no están construidos y cuyo uso privativo le corresponde a cada vivienda unifamiliar (probablemente destinados a jardín).

De la redacción de los elementos independientes de la propiedad horizontal el Registrador se plantea si estamos ante una auténtica propiedad horizontal tumbada en la que el suelo es común, o

si por el contrario se trata de parcelas físicamente independientes a las que se vincula en comunidad ob rem otros elementos, por lo que se necesitaría la correspondiente licencia de parcelación.

De la redacción de la escritura y de la doctrina sentada por la DG en la resolución de 10 de diciembre de 2003 se llega a la conclusión de que no es necesaria la licencia de parcelación porque a pesar de los términos empleados (" le corresponde como propia") el suelo es común para todas las viviendas unifamiliares sin que exista división o fraccionamiento jurídico del terreno, teniendo en cuenta que, la asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, no alteran esa unidad, pensemos en el caso de las azoteas, patios interiores de edificios o zonas del solar no ocupadas por la construcción.

SUPUESTA CONFUSIÓN DE DERECHOS

Se presenta en el Registro una escritura de compraventa en la que una determinada señora compra una finca y solicita que se cancele por confusión de derechos una anotación preventiva de embargo practicada a su favor sobre dicha finca.

El Registrador se plantea si puede cancelar directamente dicha anotación, o si por el contrario debe exigir el correspondiente mandamiento cancelatorio.

Los contertulios entendieron que para la cancelación de esa anotación preventiva será necesario el correspondiente mandamiento judicial en el que se ordene la cancelación por la autoridad judicial que en su día ordenó extenderla, y los argumentos alegados fueron los siguientes:

- el artículo 83.1 LH donde se establece que *las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria;*

- no existe confusión de derechos ya que el anotante, por el hecho de la anotación, no se puede afirmar que tenga ningún derecho real sobre la finca anotada;

- el artículo 210 RH establece que *cuando el anotante o un tercero adquiera el inmueble o derecho real sobre el cual se haya constituido anotación de un derecho, en términos que este último quede extinguido legalmente, deberá extenderse la inscripción a favor del adquirente, si procede, en la misma forma que las demás, pero haciendo en ella la debida referencia , y si el interesado lo solicitare, la expresión de quedar cancelada la anotación, aun cuando no se presente el mandamiento judicial ordenando tal cancelación que, en su caso, sería procedente"*. Tal y como establecieron los contertulios, este artículo está pensado en anotaciones preventivas de reclamación de titularidad, pero no en las de embargo, en las cuales el embargo no queda extinguido legalmente hasta que el juez que ordenó su constitución ordene a su vez su levantamiento. El embargo nace cuando lo decreta el juez, ya que la anotación preventiva no tiene carácter constitutiva del mismo, sino de publicidad y eficacia frente a terceros; y,

- por último, otra razón para exigir el correspondiente mandamiento cancelatorio es para evitar las situaciones que podrían producirse si el procedimiento en el cual se ordenó esa anotación, hubiera continuado y la finca ya hubiese sido subastada y adquirida por un tercero.

CLAÚSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LA HIPOTECA

En 1993 se inscribió en el Registro una determinada hipoteca, suspendiéndose la inscripción de una claúsula de vencimiento anticipado por estar defectuosa.

Ahora, se vuelve a presentar por la entidad acreedora esa escritura de préstamo hipotecario solicitándose la inscripción de esa claúsula de vencimiento anticipado subsanada, el problema es que la finca ya no pertenece al deudor hipotecario, sino que se ha vendido a un tercero que se ha subrogado en dicho préstamo hipotecario.

La cuestión que se plantea es si para la inscripción de esa claúsula de vencimiento anticipado debe exigirse el consentimiento de ese comprador, que es el actual titular registral de la finca.

Los contertulios entendieron que no es necesario dicho consentimiento, ya que el comprador, frente a la hipoteca, no es un tercero, puesto que se ha subrogado en toda la relación contractual que deriva del préstamo hipotecario.

Es decir, se han de distinguir dos supuestos:

- si el comprador de la finca no se hubiese subrogado en el préstamo hipotecario estaríamos ante un tercero al que sólo le va a afectar la hipoteca en cuanto a su contenido registral, por lo que para inscribir esa nueva claúsula de vencimiento anticipado sería necesario su consentimiento,

- pero si el comprador se ha subrogado en el préstamo hipotecario, la subrogación tiene lugar en todo el contenido contractual, tanto inscrito como no inscrito, por lo que no sería necesario su consentimiento para la inscripción de dicha claúsula. En este caso, el comprador ha ocupado la misma posición que ocupaba el deudor hipotecario por lo que quedará afectado por todo el contenido contractual del préstamo hipotecario.

CITAS

"Intentar definir el humorismo es como pretender atravesar una mariposa, usando a manera de alfiler un poste telegráfico."
E.Jardiel Poncela (Escritor español)

"Verse a sí mismo suele ser un buen estímulo del sentido del humor."
Bernardo Verbitsky. (Escritor argentino)

"A ninguna mente bien organizada le falta sentido del humor."
Samuel T.Coleridge (Poeta británico)

"En mí, la constante es el humor sobre débiles y poderosos, la relación entre el poder y la gente".
Quino (Dibujante argentino)

"La potencia intelectual de un hombre se mide por la dosis de humor que es capaz de utilizar."
Friedrich Nietzsche (Filosofo alemán)

ALVARO DE LANZA, ANA Mª SABATER Y SUSUNA JUSTE, (Registradores de la Propiedad)

R. 22 DE JUNIO DE 2004 (BOE 7-09-04)

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. LOS ASIENTOS DEL REGISTRO ESTÁN BAJO LA SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES.

En el Registro aparece inscrito contrato de compraventa sujeto a la "condición" impuesta al comprador de construir una fábrica en un plazo de cinco años.

Se presenta instancia suscrita por el comprador solicitando la cancelación al amparo del artículo 177 RH. (Habían transcurrido cinco años desde el vencimiento de la obligación).

La Registradora cancela por caducidad dicha "mención" por nota marginal.

Se presenta instancia por el vendedor solicitando la nulidad de la nota marginal de caducidad de la condición resolutoria.

La Registradora no practica la inscripción por faltar el consentimiento del titular registral de la finca o resolución judicial que declare la inexactitud de conformidad con el art. 40d) de la LH.

La Registradora alega que no se trata de condición resolutoria, sino un pacto personal impuesto al comprador en un plazo de cinco años. Que dicha condición no consta en el Acta de inscripción y es aplicable el artículo 177 del RH y no el art. 82.5 de la LH. Se interpone recurso gubernativo manteniendo el carácter de condición resolutoria.

La Dirección General desestima el recurso.

Una vez practicado el asiento está bajo la salvaguardia de los Tribunales, y tal pretensión debe ejercitarse ante los Tribunales.

(Ana Mª Sabater)

R. 18 DE JUNIO DE 2004 (BOE 7-09-04)

COMPRAVENTA. MANIFESTACIÓN DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL.

Se presenta en un Registro de la Propiedad de Barcelona, escritura de compraventa, autorizada por un Notario de Madrid, de un inmueble situado en Barcelona. La vendedora es una señora viuda con domicilio en Madrid y la parte compradora es una Sociedad.

El Registrador suspende la inscripción por no manifestarse en la escritura si la finca transmitida constituye o no el domicilio común o de pareja estable de la trasmitente, al amparo de los artículos 11 y 28 de la Ley de Uniones Estables de Pareja, Ley 10/98.

El Notario interpone recurso gubernativo. En su informe alega la inaplicabilidad de la Ley, que exige unión estable heterosexual u homosexual, y que uno de los miembros de la pareja tenga vecindad civil catalana. No se puede admitir presunciones como que todo titular de un piso en Barcelona tenga pareja heterosexual u homosexual en dicho inmueble y con persona de vecindad catalana.

El Registrador en su informe alega que en la escritura calificada resulta que la vendedora tiene domicilio en Madrid, pero el domicilio no atribuye vecindad civil. Del artículo 91 Reglamento Hipotecario puesto en relación con la Ley 10/98 resulta la exigencia de manifestar por el interesado que no está sujeto a limitación dispositiva alguna.

La Dirección General revoca la calificación del Registrador. La manifestación del carácter de la vivienda que impone el artículo 1320 del CC. y artículo 91 del RH. no es aplicable por analogía a las uniones estables de pareja. Si del Registro no resulta el carácter de vivienda común no puede rechazarse la inscripción en base a una manifestación específica del transmitente al respecto, cuando la Ley 10/98 no exige manifestación alguna.

(Ana Mª Sabater)

R. 21 DE JUNIO DE 2004 (BOE 8-09-04)

DERECHO DE USO. CONVENIO REGULADOR.

Supuesto.-Se presente en el Registro un Convenio Regulador de separación matrimonial adjudicándose en dicho convenio el uso de la vivienda familiar a la esposa.

Calificación:

1.-No se describe la vivienda con los requisitos del artículo 9 LH y 51 RH.

2.- El usufructo aparece inscrito a favor de un tercero, por lo que debe denegarse la inscripción del derecho de uso conforme al artículo 20 LH y añade que "debe expresarse que el derecho de uso también se atribuye a los hijos del matrimonio con sus circunstancias.

DGRN.- El primer defecto debe ser rechazado pues la descripción con los requisistos legales tienen por objeto la perfecta identificación de la finca y en el presente caso el Registrador no tiene duda alguna sobre la misma.

El segundo debe ser confirmado. No puede inscribirse el uso de la vivienda familiar cuando el usufructo pertenece a personas distintas de las que suscriben el convenio colectivo.

En cuanto a que deban expresarse los nombres de los hijos y sus circunstancias personales debe decirse que la inscripción del derecho de uso tiene por objeto evitar la disposición del bien por sus titular y que la defensa del usuario se otorga sólo a él por lo

que no es necesario reseñar las circunstancias personales de los hijos.

(Alvaro de Lanzas)

R. 21 DE JULIO DE 2004 (BOE 8-09-04)

CONDICIÓN SUSPENSIVA. RECURSO GUBERNATIVO.

La DGRN reitera la doctrina de que las transmisiones del dominio bajo condición suspensiva "suspenden" la adquisición hasta el cumplimiento de la condición (que se consignaría en el Registro mediante nota marginal ex: art. 23 LH) y tan solo generan una expectativa en el adquirente. Como consecuencia todos los actos posteriores otorgados por el adquirente quedan sin efecto en caso de incumplirse tal condición. En el supuesto de la Resolución existe una inscripción de dominio bajo condición suspensiva y posteriormente se inscribe una hipoteca haciendo constar el Registrador en la nota de despacho de la hipoteca que queda sujeta al incumplimiento de la condición y en caso de incumplirse se procedería a su cancelación.

En el Recurso se pretende que se rectifique la inscripción de la hipoteca eliminando la suspensión de la hipoteca al cumplimiento de la condición.

DGRN.- El recurso gubernativo no es el medio adecuado para discutir acerca de la forma de realizar la inscripción.

(Alvaro de Lanzas)

R. 2 DE JULIO DE 2004 (BOE 2-09-04)

COMPRAVENTA DE BIEN PATRIMONIAL DEL AYUNTAMIENTO

Por medio de escritura autorizada el 18 de noviembre de 1990, el ayuntamiento, representado por su alcalde, vendió a un señor una finca urbana de carácter patrimonial, previa subasta que desembocó en la adjudicación definitiva, por acuerdo del pleno de 30 de agosto de 1984, en favor de aquel, que fue el único licitador.

La registradora deniega la inscripción por no haberse respetado el plazo legalmente establecido para elevar a escritura pública la adjudicación definitiva, que según el Art. 49 del reglamento de contratación de las corporaciones locales de 9 de enero de 1953, es dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la adjudicación definitiva.

El interesado recurre la nota, alegando que dicho Art. 49 no exigía plazo alguno para formalizar el contrato en escritura pública, y ha sido derogado por la ley de contratos de las administraciones públicas, que faculta para elevarlo a escritura pero sin señalar plazo alguno para el otorgamiento de esta.

La DGRN revoca la nota, pues del Art. 49 y demás preceptos reglamentarios no se establece plazo para otorgar escritura pública, sino que se limitan a prevenir la posibilidad que tiene el ayuntamiento de resolver el contrato si el contratista incumpliese sus obligaciones o impidiese la formalización del mismo, sin que en principio ello afecte a la validez de la obligación.

Concluye la DGRN que en la escritura calificada no se acredita que el ayuntamien-

to haya procedido ha resolver el contrato, sino todo lo contrario, la intervención del alcalde en el otorgamiento de la escritura implica claramente la subsistencia de la adjudicación, sin que la registradora pueda presumir la ineficacia de la misma.

(Susana Juste)

R. 23 DE JUNIO DE 2004 (BOE 4-09-04)

LICENCIA DE SEGREGACIÓN

Se presenta escritura de segregación y venta de finca rústica, acompañada de los siguientes documentos:

a) fotocopia de solicitud de certificación de innecesariedad de licencia de segregación, dirigida al ayuntamiento.

b) fotocopia de solicitud de certificación acreditativa de silencio positivo, dirigida a la misma entidad.

c) instancia alegando el interesado falta de resolución expresa del ayuntamiento.

El registrador suspende la inscripción porque había recibido con anterioridad a la presentación del título calificado, un informe remitido por el ayuntamiento en el que se hacía constar que había recaído resolución declarando desistidos de su petición a los interesados, de obtener licencia de segregación, con lo que se solicitaba expresamente la denegación de la inscripción de las operaciones solicitadas.

La DGRN confirma la nota: Para la obtención de licencia por silencio positivo no basta con probar la existencia de la solicitud dirigida a la administración, sino que es necesario probar de alguna manera la inexistencia de contestación de dicha administración, y en el caso presente no sólo no se prueba tal falta de actividad, sino que el registrador, ha recibido antes de la solicitud de inscripción, un escrito del ayuntamiento declarando que ese expediente ha sido denegado por desistimiento de los interesados.

(Susana Juste)

SENTENCIAS

ALICIA DE LA RUA NAVARRO *Registradora de la Propiedad*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE ENERO 2004

DIVISIÓN DE COSA COMÚN: NECESIDAD DE LLAMAR AL PLEITO A TODOS LOS INTEGRADOS EN LA COMUNIDAD PROINDIVISO

Hechos:

1º.- D. AAA y Dª BBB promueven demanda contra varias personas, "y los herederos si alguno de los anteriores hubiere fallecido, y las demás personas desconocidas e inciertas que ostentan derecho de cualquier clase" sobre la finca X, debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, solicitando que se declare que los actores tienen derecho a extinguir o liquidar, en cuanto a sus participaciones afecta, la comunidad o condominio proindiviso que integran con los demandados sobre dicha finca X, y se proceda a la partición de ésta por ser divisible.

2º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, por falta de litisconsorcio pasivo necesario, absolviendo a los demandados. Los demandantes recurren en casación.

Fundamentos de Derecho:

Señala, en primer término, el Tribunal Supremo que la excepción de litisconsorcio pasivo necesario es una cuestión de orden público, que queda fuera del ámbito de rogación de partes, por lo que puede ser apreciada de oficio, aunque no haya sido alegada.

Por otro lado, la sentencia recurrida se basó para estimar procedente la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en que la relación procesal se había constituido defectuosamente desde la demanda, pues no se dirigió la misma contra personas acreditadas como cotitulares de la finca X. Confirma este criterio el Alto Tribunal, pues al tratarse del ejercicio de división de finca común exige traer al pleito a todos los integrados en la comunidad proindiviso.

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ENERO 2004

RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA: NULIDAD RADICAL O ABSOLUTA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EL QUEBRADO DENTRO DEL PERIODO DE RETROACCIÓN.

ARTÍCULOS CITADOS: 878 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Hechos:

1º.- La entidad A, S.L. interpone demanda contra Dª BBB, D. CCC y Dª DDD, solicitando que se declare la vigencia del contrato de arrendamiento suscrito por la actora y la entidad A, S.A.T. Número xxx, hoy en quiebra, así como la subrogación de los derechos y obligaciones como arrendador del citado contrato de los demandados.

2º.- D. CCC contesta a la demanda oponiéndose a ella y formula reconvención, suplicando se dicte sentencia que declare que, por ser nulo, con nulidad radical, absoluta, ab initio y, por ello, inexistente el contrato de arrendamiento, por efecto de la retroacción absoluta que proclama el Auto que declara la quiebra de la Sociedad A, S.A.T., la entidad A, S.L. ocupa sin título ni derecho alguno el inmueble que fue adjudicado a los demandados.

3º.- La Sindicatura de la Quiebra de A, S.A.T. nº xxx formula así mismo reconvención, solicitando que se declare, además de la nulidad del contrato de arrendamiento, que es nulo, con nulidad radical, el contrato de compraventa otorgado el 23 de noviembre de 1.990 por quienes entonces figuraban como directivos de la quebrada y la demandada en reconvención.

4º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda y estima la reconvención, declarando la nulidad del arrendamiento celebrado entre la entidad A, S.L. y la quebrada A, S.A.T. núm. xxx, el día 23 de noviembre de 1.990, en escritura pública, y la nulidad de la compraventa celebrada entre la entidad A, S.L. y la quebrada A, S.A.T. núm. .xxx, el día 23 de noviembre de 1.990 en escritura pública. La Audiencia Provincial confirma este pronunciamiento, desestimando el recurso de apelación. La entidad demandante recurre en casación.

Fundamentos de Derecho:

La recurrente alega, entre otras cosas, infracción del párrafo segundo del art. 878 C.Co. con base en la doctrina jurisprudencial que rechaza la nulidad cuando los actos de transmisión o administración no afecten o no sean contrarios a los intereses de los acreedores.

La jurisprudencia de esta Sala sigue el criterio rigorista o estricto en la interpretación del párrafo segundo del art. 878 del C.Co., y aunque también son numerosas las resoluciones que en una línea de flexibilidad excluyen de la nulidad los actos de transmisión o administración que no causan perjuicio a los acreedores, en el caso la polémica resulta intrascendente porque resulta incuestionable que los contratos objeto del litigio son claramente perjudiciales para los acreedores, tanto en la perspectiva económica como la jurídica.

La desestimación de todos los motivos conlleva la declaración de no haber lugar al recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ENERO 2004

SOCIEDAD DE GANANCIALES: DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA DISOLUCIÓN Y, POR TANTO, QUEDA DETERMINADO CUÁL ES EL PATRIMONIO QUE SE PRETENDE LIQUIDAR; DICHO MOMENTO SERÁ LA FECHA DE LA SENTENCIA FIRME DICTADA EN EL PROCESO MATRIMONIAL; INCREMENTO DE VALOR DE LOS BIENES PRIVATIVOS POR LA ACTIVIDAD DE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES; DERECHO DE CRÉDITO A FAVOR DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES; BIENES DONADOS POR RAZÓN DE MATRIMONIO.

ARTÍCULOS CITADOS: 95.1, 1358, 1359, 1397.3 DEL CÓDIGO CIVIL; 369, 408 Y 406 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Hechos:

1º.- D. AAA formula demanda contra Dª BBB en ejercicio de acción de impugnación de las operaciones divisorias y de adjudicación realizadas por el contador dirimente sobre los bienes gananciales del actor y de la demandada. Ésta solicita en su escrito de contestación su absolución y que se declare definitivamente aprobada la partición realizada por el contador-partidor dirimente.

2º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima parcialmente la demanda, declarando haber lugar a la impugnación del cuaderno particional, sin que haya lugar a la aprobación del cuaderno particional aportado por la actora y a las adjudicaciones propuestas por ésta; en ejecución de sentencia se practicarán las correspondientes operaciones, ajustándose a la fecha de disolución de la sociedad conyugal que será el 14 de julio de 1980, actualización de valores y deducción de pagos a la Hacienda Pública, naturaleza ganancial de la vivienda, deuda con la comunidad por honorarios profesionales y pago de capital o intereses de la póliza 04.03.1977, no inclusión en el inventario del aumento de valor de la farmacia sin perjuicio del derecho de reembolso y no inclusión en el inventario de gastos en beneficio de la compañera sentimental del actor.

La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación revocando la Sentencia de 1ª instancia en los siguientes extremos: la fecha disolución del régimen de sociedad de gananciales será el 22 Diciembre 1982; la actualización del IPC se concretará al numerario; inclusión de 1.354.600 pesetas como ganancial por stock de la farmacia; la valoración del rescate de la prima de seguro de vida se ajustará a la mencionada Fecha de disolución; y finalmente consideración de gananciales de los regalos de boda reseñados en el inventario de la esposa.

Dª BBB interpone recurso de casación.

Fundamentos de Derecho:

El Tribunal Supremo trata, en primer lugar, del momento en que se produjo la disolución de la sociedad de gananciales y, por tanto, en que queda determinado cuál es el patrimonio que se pretende liquidar.

Al establecer el art. 95 del C.c., en su párrafo primero, que «la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial»; se está refiriendo al concepto que de «sentencias firmes» da el art. 369 de la L.E.C. de 1881, al considerar como tales «cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes», o, como dice el art. 207.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, «son resoluciones firmes aquellas contra las que las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado».

Interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de 22 de diciembre de 1982, que puso término a la segunda instancia en el proceso de separación matrimonial de los aquí recurrente y recurrida, tal sentencia no adquirió firmeza hasta la sentencia de este Alto Tribunal de 18 de septiembre de 1986, a lo que no obsta el que el pronunciamiento de primera instancia que acordó la separación de los cónyuges quedase firme al no haber sido recurrido por ninguno de los contendientes y limitarse el objeto de la apelación a la declaración de culpabilidad en cuanto a la causa de separación y a los efectos en relación con la patria potestad.

Cuando el legislador ha querido desligar la firmeza del pronunciamiento principal en los procesos matrimoniales, de la impugnación de las medidas acordadas, ha establecido un precepto claro y preciso en el art. 774.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, diciendo que «si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio», prueba de que en el régimen legal precedente la sentencia no adquiría firmeza hasta que no se resolvían los recursos interpuestos o era consentida por las partes, cualquiera que fuera el contenido del recurso interpuesto, es decir que fuesen impugnados todos o sólo algunos de los pronunciamientos de la sentencia y hubiesen quedado firmes los consentidos y no impugnados.

Así pues, recaída sentencia firme de separación matrimonial se produce la disolución de la sociedad legal de gananciales de manera automática y por ministerio de ley.

Se refiere el Tribunal Supremo, en segundo término, a los gastos realizados en «la pequeña vivienda construida en el patio y de la fachada» de la farmacia privativa del esposo. El párrafo segundo del art. 1359 del C.c. contiene una excepción a la regla sobre reintegro o reembolso del valor satisfecho por mejoras en los bienes privativos, lo que exige que, por quien se alega la aplicación de ese párrafo segundo, se pruebe que los bienes privativos objeto de la inversión han experimentado, a consecuencia de ésta, un aumento de valor, incremento de valor que, en este caso, no resulta acreditado.

En tercer lugar, y en relación con la póliza de seguro de vida concertada por el recurrido, y su pretensión de que «se reduzca el importe del rescate de la prima del seguro de vida», la sentencia recurrida incurre en error cuando se refiere «al rescate de la prima», como valor a satisfacer por el marido a la sociedad de gananciales; lo que debe reembolsar el recurrido a la sociedad de gananciales son las cantidades por él satisfecha con dinero ganancial para el pago

de las primas del seguro de vida por él concertado y no la cantidad percibida como rescate del seguro, cantidad siempre menor a la pagada en concepto de prima, como se pone de manifiesto en el art. 83.3 de la Ley de Contrato de Seguro.

Otra cuestión tratada es el carácter ganancial o privativo de determinados regalos de boda hechos por terceras personas a la demandada recurrente en casación.

En la diligencia de inventario que tuvo lugar el 22 de enero de 1992, el actor incluyó como bienes gananciales, constitutivos de la sociedad conyugal, determinados bienes, entre los que no se encontraban los regalos de boda recibidos por la esposa quien, en esa diligencia de inventario, los incluía como bienes privativos suyos, oponiéndose el actor hoy recurrido a tal inventario. El principio general de derecho que veda ir contra los propios actos, como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7.1 del C.c. que acoge la exigencia de buena fe en el comportamiento jurídico, impone un deber de coherencia en el tráfico. Negado por el actor recurrido en el acto de formación de inventario el carácter privativo de los regalos de boda hechos a la esposa que ésta les atribuía en su inventario, carece del carácter concluyente que la doctrina exige, el inventario del activo de la sociedad de gananciales que realizaba el marido. No cabe, por tanto, la aplicación en este caso de la doctrina de los actos propios que se propugna en el motivo.

Los regalos de boda constituyen donaciones por razón de matrimonio de acuerdo con el concepto que de las mismas da el art. 1336 del C.c., donaciones que por realizarse «antes de celebrarse» el matrimonio, nunca pueden calificarse como bienes gananciales (arts. 1344 y 1345 del C.c.) y así lo establece el art. 1339 al decir que «los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa». En este sentido procede determinar si los indicados regalos son bienes privativos de la recurrente o si, por el contrario, existe sobre ellos un pro indiviso entre recurrente y recurrido. Las pruebas aportadas a los autos acreditan que tales regalos fueron hechos exclusivamente a la esposa y no conjuntamente a ambos futuros contrayentes. Por tanto debe declararse la propiedad exclusiva de la recurrente sobre los repetidos regalos.

En cuanto al stock de medicamentos existente en la farmacia, como incremento del valor de la misma en virtud de la inversión de bienes comunes en la empresa, señala el Tribunal Supremo que el incremento de valor de los bienes privativos (en este caso, la farmacia es privativa del marido, actor recurrido) puede deberse a una doble fuente: la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 1359, aplicable a un establecimiento de farmacia en virtud de la remisión que hace el art. 1360.

Si el incremento de valor tiene su origen «en la actividad de cualquiera de los cónyuges», no debe de tenerse en cuenta la dedicación habitual del cónyuge propietario, ya que tal dedicación responde a la buena administración que todo cónyuge procura hacer de sus bienes propios y porque la sociedad de gananciales se beneficia con el producto de la actividad del cónyuge propietario, incluso teniendo una cualificación

profesional específica. En consecuencia, no puede, en este caso, tomarse en cuenta el posible incremento de valor del negocio de farmacia debido a la dedicación habitual de su propietario privativo, no estando acreditado que la ahora recurrente haya colaborado con su actividad a la explotación del negocio.

Y el cuanto a la inversión de fondos comunes, la única que resulta acreditada es la realizada para la compra de los productos a vender, existentes al momento de la disolución de la sociedad de gananciales.

Consecuencia de todo lo dicho, se declara haber lugar al recurso de casación, si bien parcialmente, en el siguiente sentido:

a) Se declara como fecha de disolución de la sociedad de gananciales habida entre actor y demandada la de dieciocho de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

b) Se incluirá en el haber ganancial el valor del stock de farmacia existente a la fecha de disolución de la sociedad.

c) Se reembolsará a la sociedad de gananciales, como deuda de valor, el importe de las primas del seguro de vida suscrito por el actor, devengadas hasta la fecha de la disolución de la comunidad ganancial.

d) Se declaran privativos de la demandada los regalos de boda por ella recibidos reseñados en su inventario. Quedan subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia.

¿SABÍAS QUE ...?

Algunas de las pinturas efectuadas por los artistas paleolíticos de la cueva Pergouset, en Lot Valley (Francia), fueron realizadas bajo los efectos de una sustancia alucinógena, según se desprende de los análisis realizados por Michael Lorblachet. **(Frescos Alucinante)**

La primera conexión telegráfica transoceánica se estableció el 5 de agosto de 1858. A los dos meses, el cable de 3200 Kilómetros que unía las dos costas del Atlántico se rompió. **(Échale un cable)**

Wilhelm Köning, científico austriaco, encontró en un asentamiento iraní del siglo III a. de C. un pequeño objeto tubular hecho con una lámina de cobre. Ésta está soldada con una aleación de plomo y estaño y sus extremos aparecen sellados con una tapa de cobre y otra de brea. Según Köning, si el cilindro se rellena con vinagre o vino produce electricidad. **(¿Para qué querían la pila?)**

A mediados del siglo XVI, el Papa Pío V condenó los festejos taurinos con la excomunión. **(Corridas pecaminosas)**

ESCRIBE PARA LUNES

ANTONIO RIPOLL SOLER. Notario

"Las líneas que siguen son un pretexto para dar cumplimiento a una obligación moral - de lo cual no sólo soy deudor sino también moroso- cual es la de agradecer a D. Jorge López Navarro y D. Mario Signes Pascual, mis preparadores, el tiempo y esfuezo que me dedicaron, indespensables para en mi caso, el acceso a esta profesión de la que tanto disfruto la cual no es medio ni modo sino actitud y talante. Si las ideas que en ella se aportan sirven a alguien el esfuezo habrá merecido doblemente la pena."

Antonio Ripoll

LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DEL NUEVO ARTICULO 808 C.C.: FIDEICOMISO DE RESIDUO

1.- INTRODUCCIÓN

Si hay algún documento notarial en el que la sensibilidad está por encima de cualquier efecto jurídico de alcance práctico ese es el testamento. A él se encuentra invitado el Notario como receptor fundamental de la voluntad del testador la cual debe *indagar, interpretar y adecuar al Ordenamiento* jurídico, como con palabras de rancio sabor en la memoria del opositor nos recuerda nuestro Reglamento.

El acto de testar se caracteriza por su intimidad, no se si por ser la muerte el presupuesto de la ejecución de la voluntad testamentaria o por los fundamentos de la voluntad manifestada por el testador como reflejo de sus vivencias más personales.

No se si como consecuencia de las palabras de Vallet "mimad los testamentos", o por la solemnidad del acto; desde que empecé mi ejercicio profesional siempre me ha gustado atender personalmente todos los testamentos, dando la configuración jurídica adecuada a los intereses del testador; haciendo primar el carácter particular sobre el formulario y formulismo del mal llamado "testamento normal" (en el Derecho común), que como Alfonso, el Oficial de mi primera Notaría comentaba "es gloria bendita", refiriéndose al momento de la apertura de la sucesión, pues facilita enormemente el acto particional en el despacho notarial.

Un testamento que siempre tiene un carácter especial o una nota diferenciadora es el de los padres de un discapaz. Muchas veces son los padres los que tienen la preocupación de que no falten recursos al hijo cuando ellos no estén y ya no puedan velar por él; pero no faltan ocasiones en las que son los propios hermanos los que se preocupan y tienen un interés manifiesto en que los padres beneficien al hijo discapaz incluso en perjuicio de ellos y a costa de nada recibir en el caudal paterno.

Antes de la reforma del Código civil con ocasión de la *Ley 31/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las perso-*

nas con discapacidad, el Notario advertía desolado la decepción de esos padres y hermanos cuando se les informaba sobre las limitaciones legitimarias o de la imposibilidad de renunciar en vida a la legítima.

Sin embargo, tras la citada Ley, el panorama y las posibilidades que se brindan al testador a que se refiere este trabajo han cambiado, siendo radicalmente distinta su posición, pero precisando la debida interpretación del levantamiento de los límites legitimarios para juzgar su suficiencia y adecuación a los fines pretendidos por el Legislador.

2.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 808.3 C.C. EN RELACIÓN CON EL 813 C.C.

2.1.- LA NUEVA REGULACIÓN: PLANTEAMIENTO.

Conforme al artículo 808 del Código civil, en su tercer inciso: *"Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados* y fi*deicomisarios los coherederos* forzosos "; y según el artículo 813, en coherencia con la solución del precepto anterior: "El *testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la Ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especia, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados".*

Antes de la reforma operada por la citada Ley, sin perjuicio de los mecanismos de la sustitución ejemplar, para prever la sucesión del incapaz, el discapaz podía recibir en la sucesión paterna como máximo los tercios de mejora, libre disposición y la parte de legítima que le correspondiera, concurriendo con los hermanos y con el ruego de la renuncia de la legítima de todos ellos a favor del primero.

Tras la *Ley 31/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad* la situación del discapaz parece haberse mejorado, pues aspira a recibir no sólo el pleno dominio de los tercios indicados sino también la condición de fiduciario en el tercio de legitima pero ¿qué quiere ello decir?

He de reconocer que la primera lectura del nuevo artículo 808 C.c. me causó sorpresa, no alcanzando a comprender cómo un instituto tan poco frecuente en la práctica notarial moderna como la sustitución fideicomisaria es el llamado a resolver un problema tan actual como la previsión sucesoria de la situación del hijo incapaz sobreviviente a los padres.

Sin embargo una lectura reflexiva del mismo pone de manifiesto lo acertado de la toma de posición legislativa, la cual, por el contrario no se halla suficientemente argumentada en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma, pues simplemente se limita a enunciar la solución adoptada sin justificarla ni destacar su bondad frente a otras.

Así, el Legislador de 2003, entre el mantenimiento de la situación vigente hasta la entrada en vigor de la nueva Ley y la supresión radical de nuestro tradicional sistema legitimarlo, al menos cuando concurra un hijo incapaz, opta por el establecimiento de una sustitución fideicomisaria en beneficio del incapacitado e imponiendo el consiguiente gravamen a los colegitimarios, que no reciben ningún beneficio a cambio y se hacen de peor condición.

Sin embargo, la adecuada intelección de la norma es complicada pues nada nos aclara sobre los presupuestos de dicha disposición testamentaria ni sobre las facultades del beneficiario de la misma.

2.2.- PRESUPUESTOS DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA.

2.2.1.- Elementos personales.

Como para la legítima en general, el precepto se está refiriendo al padre o ascendiente en relación al hijo o descendiente, entendido como persona ligada por parentesco en línea recta sin ascendiente directo vivo intermedio. Por tal motivo, beneficiario de la nueva disposición podrá serlo no sólo el hijo del testador sino también su nieto, hijo de padre premuerto, aunque concurra con otros hijos del testador.

2.2.2.- Elementos reales.

La disposición que nos ocupa, al margen de poder establecer la mejora amplia a favor del descendiente incapacitado permite dar la condición de fiduciario sobre la total legítima estricta al mismo. De tal manera se consigue, sin perjuicio de lo que se verá al tratar los efectos de esta disposición, que el incapaz entre en el goce de toda la herencia como propietario pleno, por un lado, y fiduciario, por otro lado.

Se plantea, no obstante, un problema, nos estamos refiriendo a la literalidad del inciso legal estudiado, pues la sustitución fideicomisaria se podrá establecer sobre el tercio de legítima estricta, parece que en su totalidad. Hubiera sido más propio decir algo así como “sobre la legítima estricta de los colegitimarios”, sin embargo el Legislador no ha tenido tal previsión. ¿Quiere esto decir que sólo se puede beneficiar al incapacitado si se grava también su propia legitima?

La respuesta debe ser negativa pues, en primer lugar, el testador puede establecer la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, pero no se le impide que se imponga sólo sobre una parte del mismo, pues tratándose de un gravamen debe interpretarse restrictivamente, y, por otro lado, pudiendo lo más -gravar toda la legítima estricta, puede los menos -gravar sólo una parte-.

En el caso de que sólo se establezca sobre una parte de la legítima estricta entiendo que deberá afectar por igual a todos los colegitimarios, pues lo que la nueva regulación permite es un nuevo gravamen sobre la legítima estricta (antes de la Ley se podía gravar el tercio de mejora), no en cambio unas nuevas facultades de desigualación para el ascendiente. Por el mismo motivo los coherederos forzosos han de ser colegitimarios a partes iguales, sin perjuicio de la sucesión por estirpes, en su caso.

Por otro lado, el testador no sólo no ha de imponer la sustitución como gravamen sobre la cuota del incapaz favorecido sino que

no puede hacerlo, pues en función de la naturaleza de los bienes heredados se le estaría haciendo de peor condición que antes de la reforma, más aún para aquellos que consideren que las facultades de este fiduciario se deben entender restrictivamente a modo de un fideicomiso típico. Sin embargo, este problema tiene escasa transcendencia práctica; la Ley está pensando en el incapaz sin hijos, y, por otro lado, es frecuente el establecimiento de sustituciones ejemplares a favor de los hermanos del incapaz. Consiguientemente, este no será el problema principal que exista en la mente del testador, el cual, a su vez, probablemente le sea intranscendente. Pero, nótese, no obstante, que en determinados casos puede ser útil la sustitución ejemplar para favorecer a aquel que más se ha ocupado del hermano incapaz.

2.2.3.- Elementos formales.

Aparte de los relativos al testamento, en el que no vamos a entrar, el precepto que nos ocupa habla de hijos o descendientes *judicialmente incapacitados.*

Algún autor, al comentar el precepto, simplemente se ha limitado a enunciar el requisito; otros, en cambio, dicen que se debe aplicar la misma doctrina que para la sustitución ejemplar y entienden que basta que el sustituido pueda ser declarado incapaz en cualquier momento de su vida aunque sea muy posterior al momento de la muerte del causante. Esta última posición me parece equivocada en tanto en cuanto las dos instituciones regulan realidades radicalmente distintas. La sustitución ejemplar, con independencia de la naturaleza que se le de es una previsión sucesoria sobre la herencia del sustituido; la sustitución fideicomisaria que nos ocupa, en cambio, es una medida de equilibrio entre la necesidad de favorecer al incapaz y el derecho de los colegitimarios que se están sacrificando y a los que no se les puede imponer una situación de pendencia indefinida por no haberse instado la incapacitación correspondiente.

La incapacitación judicial juega como una *conditio iuris* de la disposición pero ¿cuándo ha de apreciarse?

Lógicamente es intranscendente que se haya producido o no antes de otorgar testamento, en tanto que el negocio jurídico testamentario despliega sus efectos *post mortem.* Razones de justicia material podría llevamos a concluir que se puede declarar con posterioridad al fallecimiento del testador, aplicándose la norma del mismo modo si el presupuesto de hecho (la incapacidad) exigía en el momento de la apertura de la sucesión. Incluso imponiendo a los colegitimarios herederos forzosos la carga de instarla judicialmente.

Sin embargo, la propia sistemática de la Ley apuntala el argumento literal. En la nueva regulación legal se hace referencia en numerosas ocasiones al discapacitado y, sin embargo aquí se habla expresamente de *incapacitado judicialmente.* Nótese, por otro lado que la nueva regulación legal, la Ley en su conjunto, es eminentemente preventiva al regular la constitución del patrimonio protegido. Por tales motivos, me inclino a pensar que el gravamen legitimario lo que trata también, desde un punto de vista de política legislativa, es de incentivar la incapacitación judicial, que, por otro lado, tarde o temprano, tendrá que llegar, pues el hijo incapaz bajo el cobijo de los padres, irremisiblemente se convierte en actor jurídico para heredar a éstos.

Por tales motivos hay que concluir que la incapacitación si no está declarada judicialmente antes del fallecimiento si que deberá estar instada, pues el causante, en tal caso, ya ha hecho todo lo que está en sus manos para adecuar la situación jurídica de su hijo a la realidad que le ha tocado vivir y no se le puede penalizar por una eventual dilación judicial.

Lo dicho se entiende sin perjuicio de que dentro de las facultades dispositivas de los colegitimarios consintiesen tal gravamen pese a faltar el presupuesto de la incapacitación judicial recaída tempestivamente; surtiendo entonces éste todos sus efectos.

2.3.- EFECTOS DE LA DISPOSICIÓN PREVISTA EN EL 808 C.C.

Como apuntaba inicialmente, una lectura irreflexiva de la nueva norma nos llevaría a considerar arcaico el remedio legal y poco práctico: las facultades conservativas de la sustitución fideicomisaria tomarían en ilusorias las nuevas ventajas a favor del incapacitado judicialmente.

Sin embargo, aunque no estará exento de críticas, me parece que la solución adecuada es entender que la norma se está refiriendo a un **fideicomiso de residuo** con facultades de disposición para caso de necesidad del incapacitado.

Son varios los argumentos que militan a favor de dicha interpretación.

En primer lugar, la propia Exposición de Motivos de la Ley de reforma hace hincapié en la necesidad de dotar al discapaz de bienes económicos *a su disposición,* y que las facultades de administración del *patrimonio protegido* deben entenderse en un sentido amplio y dinámico.

En segundo lugar, la realidad social de las familias medias españolas nos revela que salvo en aquellos casos en los que existen ayudas estatales o privadas, la mayor parte del patrimonio del discapaz procederá de las atribuciones hereditarias paternas, con lo cual, poco se solucionaría su situación si por encima de lo que ya se le reconocía legalmente ahora sólo puede disfrutar el tercio gravado; en tal caso, hubiera sido más correcto establecer un usufructo, con más arraigo práctico en la actualidad, que una sustitución fideicomisaria.

En tercer lugar, a mayor abundamiento con el argumento anterior, la propia sistemática de la Ley de reforma conduce a dicha solución, pensemos en el siguiente supuesto práctico y real: Un padre de varios hijos convive con un hijo discapaz (que ha sido incapacitado judicialmente) en un estudio con una única habitación; dicho padre fallece intestado dejando como único caudal el referido estudio; en la partición de la herencia, previa la correspondiente declaración de herederos, se atribuye un derecho de uso a favor del discapaz, *ministerio legis* a tenor de lo dispuesto en el nuevo art. 822, sobre la vivienda único bien y sin perjuicio de la cuota abintestato de los hermanos del discapaz, a su vez coherederos. En ese momento la situación que se plantea es próxima a la que se daría si entendemos que el fideicomiso no conlleva facultades dispositivas y el padre hubiera fallecido con un testamento con las siguientes disposiciones:

"PRIMERA- - Instituyo heredero a mi hijo incapacitado judicialmente Don NAA.

SEGUNDA.- Lego, en concepto de sustitutos fideicomisarios, a mis otros hijos la legítima estricta que les corresponda gravada con una sustitución fideicomisaria en la que será fiduciario mi hijo NAA (incapacitado judicialmente). La diferencia entre el primer supuesto y el segundo -si se sigue la tesis contraria al fideicomiso de residuo- sería: En el primer caso el discapaz tiene un simple uso, mientras que en el segundo es fiduciario y puede arrendar la vivienda, lo que nunca hará porque será incompatible con el disfrute por él ¿dónde está la mayor protección que le dispensaría el nuevo 808? Por tal motivo, entiendo que se le dispensa mayor protección comprendiendo que el art. 808 da algo más que la posibilidad de una sustitución fideicomisaria ordinaria, considerando que dicha sustitución es fideicomisaria de residuo en los términos expuestos.

En cuarto lugar, la obligación de conservar no es esencial en la sustitución fideicomisaria.

En quinto lugar, la protección que se dispensa con la interpretación que se defiende es más coherente con la situación del discapaz y los objetivos de la Ley, adecuándose más a la realidad social y a los deseos de los testadores y circulo familiar aludidos inicialmente.

En sexto lugar, porque la disposición está condicionada a la necesidad del incapacitado y sometida a autorización judicial, como sucede con el total patrimonio del mismo, con lo que se da transparencia y se evitan abusos.

Y, en séptimo y último lugar, la solución es coherente con la regulación del patrimonio protegido en el que el tercero constituyente determina el destino del remanente cuando decae el mismo.

En cualquier caso, tal fideicomiso de residuo nunca sería condicional, los derechos de los fideicomisarios se adquirirían desde el fallecimiento del ascendiente, pues perjudicaría su legítima, más aún, y la solución legal perdería equilibrio y mesura.

En caso de disposición, los subrogados no dispuestos estarán afectos a la sustitución, mas no los frutos que quedan en el patrimonio del discapaz en tanto que propietario de los bienes y derechohabiente de los mismos.

3.- CONCLUSIONES

A la vista de lo argumentado podemos decir que la nueva regulación es coherente con la realidad social, ponderando los derechos del incapaz con los de los colegitimarios; trata de incentivar la incapacitación; el fiduciario tiene facultades dispositivas y debe juzgarse favorablemente.

No obstante, no estará exenta de críticas, especialmente por no adecuarse al medio rural en el que el problema de la incapacitación judicial no se plantea ni se aborda hasta fallecidos los padres.

Por tal motivo, se debe poner especial cuidado en la redacción del testamento estableciendo previsiones a favor del discapaz para el caso de que la incapacitación judicial nunca llegue.

Antonio Ripoll Soler,
Notario de Moixent,
Alicante, 23-07-2004

ACTUALIDAD

Los pasados días 18,19 y 20 de Octubre se celebró en Santiago de Compostela el 2º Congreso Nacional de Registradores.

La asistencia fue muy nutrida, también fue muy amplia la participación en los debates y muy meditada la redacción de las conclusiones que, por su interés general, transcribimos integramente a continuación.

INDICE

CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN PRIMERA:
POLÍTICAS DE VIVIENDA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1 SOBRE GESTIÓN URBANÍSTICA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

2 SOBRE LAS FORMAS DE ACCESO A LA VIVIENDA DISTINTAS A LA COMPRAVENTA

3 SOBRE SITUACIONES DE PREHORIZONTALIDAD

4 SOBRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y POLÍTICAS DE VIVIENDA PROTEGIDA

CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA:
PROCEDIMIENTO DE ACCESO AL REGISTRO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

1 SOBRE EL ACCESO TELEMÁTICO DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS AL REGISTRO

2 SOBRE LA ENTRADA DE DOCUMENTOS

3 SOBRE LA LLEVANZA ELECTRÓNICA DEL REGISTRO

4 SOBRE LA FORMALIZACIÓN DE LA EXTERIORIZACIÓN DE LA OPERACIONES REGISTRALES

5 SOBRE LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LA PROTECCIÓN DE DATOS

CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN PRIMERA

POLÍTICAS DE VIVIENDA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

1 SOBRE GESTIÓN URBANÍSTICA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD. HERRAMIENTAS REGISTRALES AL SERVICIO DE LA AGILIDAD, SEGURIDAD Y TRANSPARENCIA EN EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN DEL SUELO.

1. El Congreso parte de la necesidad de que todas instituciones conectadas con el derecho fundamental al disfrute de una vivienda digna, y que tienen encomendada la defensa y promoción objetiva y natural de los derechos y deberes sociales de los ciudadanos, extraigan, desde la misma Constitución, todas las virtualidades necesarias para de una parte, hacer efectivo el derecho citado y, de otra, facilitar la participación de toda la comunidad en las plusvalías generadas por la actividad de los entes públicos.

En este sentido, el sistema registral español debe mantener y desarrollar su tradicional función de aplicación e interpretación dinámica de las normas, de acuerdo con la realidad social, de forma que ello, contribuya a un sistema equilibrado que permita conjugar el reconocimiento y protección de la propiedad, como derecho subjetivo fundamental, con la plena realización de su función social. Todo ello, apoyado en la garantía que resulta de la inamovilidad de los Registradores y de su responsabilidad personal.

2. El Congreso propone que se intensifique el desarrollo de aquellas herramientas registrales que permitan la consecución conjunta de los fines siguientes:

a) El fortalecimiento de la protección del territorio y del medio ambiente.

b) La movilización general del suelo, de acuerdo con el interés de la comunidad.

c) La garantía de la sujeción a tal interés comunitario del patrimonio inmobiliario público, tanto el de las Corporaciones que participan en el desarrollo urbanístico, como en general, el de los patrimonios históricos correspondiente a los Entes Públicos.

3. Es evidente que el Sistema Registral debe configurarse como instrumento a través del cual se colabore en dar publicidad y garantizar la preservación y eficacia de un planeamiento urbanístico flexible y abierto, elaborado por las Administraciones competentes y legitimado democráticamente, como único criterio rector del interés de la comunidad que permita, por un lado, promover la salvaguarda de los valores de todo orden del territorio y, por otro, favorecer y estimular cuantas iniciativas permitan poner el suelo en condiciones suficientes para su utilización urbana.

4. Resulta básico que el Sistema Registral, en cuanto único para todo el territorio nacional, y al mismo tiempo presente en el territorio de todas las Comunidades Autónomas y de la práctica totalidad de los municipios, sirva de herramienta a través de la cual

a) Se articule una armonización mínima entre las distintas legislaciones urbanísticas autonómicas o, en su defecto, un gran pacto entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las instituciones representativas de las Corporaciones Locales que facilite una política de suelo coherente y global.

b) Se refuerce la eficacia de medidas directas o inductoras de las iniciativas de las Comunidades Autónomas, establecidas por el Estado en el marco de su título competencial, garantizando su aplicación a través de normas reglamentarias de adaptación del sistema registral, como ya ocurrió con las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística 1093/1997, de 4 de julio.

En este sentido y de acuerdo con la estructura del territorio, el Congreso propone potenciar:

a) La exigencia de que el fomento de un planeamiento abierto y su flexibilización garantice la articulación con los sistemas generales o redes básicas, imputando su realización a la iniciativa particular, como condición para su desarrollo, a fin de evitar actuaciones inconexas o arbitrarias generadoras de mayores desequilibrios.

b) La definición del marco del aprovechamiento patrimonializable por los particulares en tanto se trata de una creación de la propia sociedad, lo que exige el tratamiento homogéneo del problema, sin perjuicio de la peculiaridades de las Comunidades Autónomas

c) La previsión de que determinados tipos de suelo destinados a vivienda con algún género de protección formen parte de las nuevas categorías de sistemas generales, para su cesión gratuita en la proporción que legalmente se fije o su monetarización en beneficio de la Comunidad Autónoma. Ello dará lugar a la creación de patrimonios destinados directamente a la construcción de viviendas protegidas en régimen de acceso a la propiedad o para su explotación en arrendamiento.

d) El reconocimiento de la iniciativa de terceros para la redacción y ejecución del planeamiento en los sectores de suelo urbanizable, cuando sus propietarios no hayan presentado y obtenido la aprobación de su iniciativa en el tiempo que legalmente se fije, permitiendo el acceso al Registro del título de prefiguración de la urbanización admitido a trámite, siempre que se acredite su notificación al titular de los bienes, con expresión de la propuesta en orden a la magnitud del aprovechamiento, el número de viviendas, los plazos de ejecución y los demás extremos relevantes de la propuesta.

5. El Congreso entiende que el Sistema Registral es un instrumento adecuado para garantizar que la actuación de las Administraciones Públicas se subordine al interés de la Comunidad. Para el desarrollo de esta idea sería conveniente:

a) Dotar de plena eficacia registral a la vinculación legal de los patrimonios públicos de suelo a la construcción de viviendas protegidas. Para ello, en la inscripción que tenga lugar con ocasión del acceso al Registro de los expedientes de equidistribución, o de cualquier otro instrumento de gestión, debe hacerse constar dicha vinculación legal. Como consecuencia, sobre las fincas registrales resultantes sólo serán inscribibles aquellos actos y negocios jurídicos que se sujeten al destino previsto.

b) Promover la utilización de aquellas instituciones jurídicas, fundamentalmente el derecho de superficie, que permitan que los suelos incorporados a patrimonios públicos permanezcan en tales patrimonios con carácter permanente.

6. El Congreso parte de la experiencia, ya acreditada a los largo de los últimos decenios, de que el Sistema Registral permite, en relación con la actividad expropiatoria desarrollada con fines urbanísticos, conjugar la protección del propietario expropiado con la agilidad que exige la gestión urbanística. En este sentido, se propone:

a) Promover y facilitar actuaciones expropiatorias en las que, previa conformidad del expropiado, se abone el justiprecio mediante la atribución de aprovechamiento urbanístico concretable en la misma unidad de ejecución o en otra distinta. Dicho aprovechamiento debe ser susceptible de existencia como objeto de derecho independiente del suelo sobre el que se haya de concretar mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad.

b) Promover y facilitar, asimismo, la inscripción de expropiaciones urbanísticas, de suerte que ésta pueda tener lugar una vez acreditado el pago de la valoración señalada por la Admi-

nistración, dado que la permanencia de su personalidad jurídica y el régimen financiero garantizado asegura en todo caso que el expropiado perciba con certeza el importe del justiprecio que resulte y el de sus intereses, posibilidad que ya reconocen las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística.

No obstante, cuando la expropiación tenga lugar a favor de beneficiarios o cuando se trate, en términos generales de reconocer a agentes urbanizadores el derecho de adquisición por precio de fincas incluidas en la unidad de ejecución, se propone el establecimiento, como garantía adicional a favor del expropiado, que para inscribir en los términos señalados anteriormente, se incluyan en la inscripción garantías adicionales prestadas por la Administración expropiante que cubran la eventual insolvencia del beneficiario o del agente urbanizador, frente a incrementos de justiprecios o devengo de intereses no calculados que pudiera provocar a largo plazo, por razón de crisis económicas del concesionario, una situación de fraude para los expropiados.

2 SOBRE LA FORMAS DE ACCESO A LA VIVIENDA DISTINTAS DE LA COMPRAVENTA: EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DE POLÍTICAS DE PROMOCIÓN DEL ARRENDAMIENTO.

1. El Congreso entiende que es fundamental la adecuación de la legislación arrendaticia urbana a la realidad económica y social. Para ello es necesario suavizar la extraordinaria protección dispensada por la legislación vigente a la posición jurídica del arrendatario, adecuada en momentos en que el parque de viviendas era insuficiente y la situación económica impedía una demanda de adquisición de vivienda en propiedad. Asimismo, es muy importante reforzar los incentivos que lleven a los propietarios de viviendas vacías y a los promotores, a ampliar la oferta de arrendamientos, de suerte que sea competitiva, con la oferta de propiedad hacia la que, de modo preferente, se dirige actualmente la demanda.

2. Para la consecución de los objetivos señalados es necesario el desarrollo de herramientas registrales. En este sentido:

a) La inscripción en el Registro de las titularidades que resultan de la celebración del contrato tanto a favor del arrendador como del arrendatario, facilitan que tanto uno como otro dispongan de un activo patrimonial protegido, que puede ser objeto de transmisión o de soporte de un derecho de garantía. Para ello resulta imprescindible la adecuada definición del contenido inscribible de los derechos de arrendadores y arrendatarios y su estandarización.

b) En caso de ejecución de hipotecas, derecho de opción de compra, retractos, o cualesquiera otras cargas que puedan afectar al mantenimiento del contrato, es necesario sujetar la titularidad arrendaticia inscrita al mismo régimen de subsistencia o extinción establecido por la legislación hipotecaria y procesal civil para los demás derechos reales inmobiliarios. De esta forma, se fomentará la diligencia del arrendatario en la comprobación de la situación registral de la titularidad del arrendador y con ello se evitarán posibles actuaciones fraudulentas que entorpezcan el tráfico inmobiliario.

c) Es necesario facilitar la inscripción de contratos de arrendamiento de viviendas mediante la ampliación de las formas de documentación de tales contratos, de tal forma que se reconozca el acceso al Registro, no sólo de los arrendamientos formalizados en escritura pública, sino también de aquellos que consten en documento administrativo, en documentos tipo adaptados a formularios aprobados por la Administración y visados por ésta, o en documentos privados cuya autenticidad haya sido reconocida por las partes firmantes o cuyas firmas consten legitimadas.

d) La nueva técnica de publicidad-noticia pura que da a conocer el contenido del Registro, sin que ello suponga el nacimiento de efectos especiales de protección, es de conve-

niente utilización para fomentar la política de arrendamientos:

- Reforzando el conocimiento público de previsiones de planeamiento o de sus instrumentos de ejecución que prevean el destino a su explotación en alquiler de determinadas edificaciones, sean o no protegidas.

- Divulgando los compromisos asumidos por arrendadores y arrendatarios perceptores de ayudas públicas para la celebración de arrendamientos protegidos.

- Coordinando el contenido del Registro de la Propiedad con aquellos registros administrativos de arrendamientos que se puedan crear. En relación con tal objetivo se propone el desarrollo de comunicaciones estandarizadas y realizadas a través de procedimientos telemáticos entre el registro de la propiedad y las administraciones gestoras de los registros que se creen, en términos similares a la previsión del artículo 37 del RD 1093/1997 respecto a los registros administrativos de transferencias de aprovechamientos urbanísticos.

3. El Congreso entiende que es necesario el establecimiento de garantías registrales que aseguren el cumplimiento de los compromisos asumidos por parte de quienes, como consecuencia de políticas de fomento arrendaticio, hayan percibido ayudas u obtenido beneficios fiscales. A tal fin, cabe considerar la posibilidad de desarrollar notas de afección de los derechos del arrendador y del arrendatario, en cuanto unos y otros figuren inscritos, al cumplimiento de tales compromisos. Tales notas pueden tener un efecto excluyente de la fe pública, de modo análogo a las notas de afección fiscal o, para el caso de que así lo prevea la legislación sustantiva, efectos de prohibición de disponer y cierre registral.

4. Asimismo, parece importante que se promueva la inscripción en el Registro de la Propiedad de aquellos contratos a través de los cuales los propietarios de viviendas cedan éstas a Agencias Públicas de Alquiler para su posterior arrendamiento, y ello como forma de garantizar la plena eficacia de tales contratos, y su protección frente a ulteriores actos dispositivos realizados por el propietario.

5. Se considera también muy importante, el fomento de la obtención de información registral previa, recomendando su exigencia a aquellos particulares que soliciten ayudas públicas, como única forma de que la Administración concedente de tales ayudas pueda conocer, de forma suficiente, la existencia y vigencia de las titularidades que justifiquen la concesión de aquellas.

6. Como ya se ha demostrado en ocasiones, es conveniente el fomento del derecho de superficie para la construcción de viviendas destinadas a arrendamiento, de forma que en la inscripción del derecho del superficiario se hagan constar las condiciones de ejercicio de su derecho, el régimen de garantías constituidas a favor del titular del dominio residual del suelo en caso de incumplimiento del destino así como la posibilidad de inscripción de los contratos de arrendamiento de las distintas unidades urbanas construidas.

7. El Congreso considera también muy importante, una nueva regulación del arrendamiento con opción de compra en su modalidad unitaria de Leasing Inmobiliario, lo que superaría la actual superposición, en ocasiones confusa, de dos contratos distintos como el arrendamiento y la opción. El Leasing, en cuanto supone la adquisición de una titularidad definitiva a través de una financiación a largo plazo, supera el inconveniente psicológico a que puede dar lugar, en ocasiones, el derecho de superficie por razón de su temporalidad.

3 SOBRE SITUACIONES DE PREHORIZONTALIDAD: HERRAMIENTAS REGISTRALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS ADQUIRENTES Y LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL

1. El Congreso valora como fundamental para evitar situaciones de fraude, que los contratos de compraventa, compromiso, u opción de venta, o simplemente, contratos de intención por los que se transmitan o se prometa la transmisión de porciones concretas de edificios aun no sometidos a régimen de propiedad horizontal, pue-

dan ser objeto de publicidad registral mediante la anotación preventiva del documento público o privado en el que se formalicen cualquiera de los convenios citados.

2. Los contratos citados deberán reunir los requisitos mínimos para la identificación de las partes, su domicilio, la porción transmitida y el precio.

3. El reflejo en el Registro del contenido de los contratos a que se hace alusión en el número 1 anterior, deberá llevarse a cabo mediante anotación preventiva. El asiento de anotación deberá reflejar las circunstancias esenciales del contrato, que ingresará en el Registro a petición de ambas partes o de una sola de ellas, siempre que el Registrador notifique a la otra parte la solicitud unilateral y no exista oposición, o existiendo se decida judicialmente la practica de la anotación.

4. El Congreso entiende asimismo, que la entrega de cantidades a cuenta como consecuencia de la celebración de los convenios traslativos a que se refiere el número uno anterior, deberán ser objeto de nota marginal, en cuya práctica se debería tener en cuenta las medidas propuestas en materia de anotaciones.

5. El Congreso considera que la practica de la anotación preventiva o de la nota marginal no debe impedir:

a) Que el propietario del inmueble en su conjunto lleve a cabo su enajenación, si bien debería preverse la subrogación del adquirente en los compromisos asumidos por el transmitente.

b) La constitución de hipotecas por la sola voluntad del dueño delinmueble en su conjunto con la finalidad de financiar la construcción del mismo.

c) La constitución por la sola voluntad del dueño del inmueble en su conjunto del régimen de propiedad horizontal.

6. Sin embargo, el Congreso entiende que la anotación preventiva no puede facultar a su titular para enajenar la porción adquirida a que se refiere el asiento provisional, hasta el momento de la inscripción definitiva del elemento urbano adquirido, practicada en virtud de título público una vez constituido el régimen de propiedad horizontal.

7. En la instrumentación del sistema que se propone el Congreso estima que es fundamental que se determinen los efectos registrales de las anotaciones y de las notas marginales practicadas en régimen de prehorizontalidad, especialmente en relación con los créditos destinados a financiar la edificación. En este sentido:

a) Los créditos hipotecarios inscritos o los créditos anotados con anterioridad a la práctica de anotaciones y notas de prehorizontalidad deben tener caracter preferente, de tal forma que en caso de ejecución se cancelen todos los asientos posteriores, incluidos los de prehorizontalidad de acuerdo con el sistema previsto en la Legislación Hipotecaria.

b) En caso de créditos ordinarios anotados preventivamente con posterioridad a los asientos resultantes de prehorizontalidad, deben aplicarse las reglas generales resultantes del principio de prioridad y, por tanto, la ejecución no impedirá la subsistencia de las anotaciones y notas a que se refiere esta ponencia como derechos preferentes. El rematante deberá subrogarse, por tanto, en las obligaciones de entrega de la porción vendida una vez constituido el régimen de propiedad horizontal.

c) Cuando se trate de créditos hipotecarios inscritos con posterioridad, por la sola voluntad del propietario del inmueble en su conjunto, aunque una posibilidad, quizá la más técnica desde el punto de vista registral sería la de mantener los asientos practicados con anterioridad, el Congreso entiende que ello no resulta conveniente, puesto que impediría la necesaria financiación de las edificaciones y por tanto supondría la paralización del tráfico inmobiliario.

Por ello, se inclina a proponer como medida, una alteración concreta de los principios de prioridad y tracto en aras de una protección equilibrada de los intereses en juego, de forma que en estos casos tenga carácter preferente la hipoteca, sin perjuicio de las acciones tanto civiles como penales que puedan ser ejercitadas por el com-

prador anotante, como consecuencia del incumplimiento del promotor.

8. Dadas las características del sistema propuesto se cree fundamental el establecimiento de un régimen de notificaciones, incardinado, dentro del principio de la publicidad noticia-pura a que se ha hecho referencia en otros apartados de la ponencia. De acuerdo con este criterio se propone que el registrador de la propiedad notifique en todo caso al titular de los derechos objeto de anotación o nota marginal, la iniciación de procedimientos ejecutivos dirigidos contra el titular registral del inmueble, la adjudicación del inmueble en su conjunto como consecuencia de procesos de ejecución y los actos dispositivos realizados por el titular del inmueble en su conjunto.

9. Deberá regularse la cancelación automática de las anotaciones y notas como consecuencia de la constitución de régimen de propiedad horizontal y de la inscripción definitiva del piso o local en que se concrete la porción transmitida.

10. El Congreso recomienda que con la finalidad de construcción de viviendas se admita la inscripción registral del régimen de comunidad de bienes constituido con la finalidad de construir.

11. La comunidad de construcción debe constituirse con una duración determinada no superior al periodo razonable que tarde en levantarse el edificio y debe concluir por su extinción o por su conversión en comunidad en propiedad horizontal.

12. La comunidad de construcción debe gobernarse de acuerdo con los estatutos que específicamente se redacten y se incorporen al título constitutivo. El régimen de decisión de sus acuerdos debe someterse al régimen de mayoría simple o cualificada y de sus órganos de gobierno debe formar parte la Administración Pública en cuanto facilite ayudas para la construcción de viviendas protegidas en cualquiera de sus modalidades.

4 SOBRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y POLÍTICAS DE VIVIENDA PROTEGIDA: HERRAMIENTAS REGISTRALES PARA LA EFICACIA DEL SISTEMA

1. Los beneficios de todo orden (fiscales, expropiatorios, cesión de suelo público, subvenciones, etc) que conlleva la promoción de viviendas de protección en todas sus modalidades, unido a la finalidad social y de política económica a que están destinadas dichas viviendas, justifica plenamente las restricciones a la facultad de disponer a que tradicionalmente se las ha sometido y los efectos rigurosos que a su incumplimiento se atribuyen legalmente.

2. Desde el punto de vista registral, la diversidad de regímenes de protección oficial existentes, la variada regulación de sus efectos en cada Comunidad Autónoma, la regulación vigente sobre préstamos cualificados que afectan incluso a viviendas libres pues se conceden atendiendo a la persona y no a la vivienda, y la coexistencia de normativas estatales con otras autonómicas, hacen que las propuestas normativas que se realicen deban ser necesariamente de carácter general, y ello con la finalidad de posibilitar el acceso al Registro de la Propiedad de los efectos civiles de trascendencia real de todos los tipos de régimen de protección, ya sea estatal o autonómico, y con independencia de la denominación de cada régimen y del alcance de sus efectos.

3. El Congreso propone la utilización de la técnica registral de la publicidad noticia pura como medio de colaboración del Registro de la Propiedad en el suministro de información al público relativa a la sujeción de determinadas fincas registrales, al desarrollo sobre las mismas de actuaciones protegidas de construcción de viviendas de protección pública o privada, destinadas a propiedad o alquiler. Ello permitiría hacer constar en el folio registral el destino previsto por el plan o por sus instrumentos de ejecución sobre una finca determinada, reforzando la eficacia y publicidad de la previsión urbanística.

4. El Congreso considera esencial la constancia en el Registro de la Propiedad del contenido de la Calificación Definitiva, pues siendo ésta el documento administrativo que certifica que la edi-

ficación de que se trate ha cumplido cuantos requisitos son exigidos por la Ley para dotar a la misma de la calificación de protegida, dicha constancia registral proporcionará al registrador la base legal para ejercer su función calificadora en relación con los negocios posteriores relativos a viviendas acogidas a algún tipo de protección.

5. El Congreso estima que resulta imperativo el desarrollo de un sistema de intercomunicación fluido entre el Registro de la Propiedad y las Administraciones Públicas que tienen atribuidas las competencias de policía en relación con cada uno de los regímenes de protección de viviendas, aprovechando al efecto las nuevas tecnologías, que permiten el intercambio seguro de información, y ello con las finalidades siguientes:

a) El conocimiento por parte de dichas Administraciones del hecho de haberse producido la inscripción de transmisiones o de otros negocios jurídicos sobre viviendas protegidas, a fin de que aquellas puedan actuar las consecuencias que para tales casos establezca la legislación aplicable, ya se trate del ejercicio de derechos de adquisición preferente, imposición de multas, extinción del régimen, etc.

b) La comprobación, por parte de tales Administraciones, del cumplimiento de los requisitos de legalidad administrativa a los que el acto dispositivo de cuya inscripción se trata pueda estar sujeto. A tal efecto, cabría establecer un sistema análogo al previsto por los artículos 79 y 80 del R.D. 1093/97 de 4 de Julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística.

6. Fomentar la utilización del Registro como herramienta a través de la cual se refuerce la eficacia de las limitaciones de disponer que, con eficacia real, establezca la legislación reguladora del régimen de protección. La constancia de tales limitaciones en el Registro permitirá al registrador calificar los negocios jurídicos cuya inscripción se pretenda de conformidad con las previsiones ya inscritas, exigiendo el cumplimiento de los requisitos que por aquellas se establezcan, ya se trate de autorizaciones, notificaciones previas, constitución de garantías, o cualesquiera otros que se hayan previsto.

7. Se debe facilitar la inscripción de las expropiaciones de carácter sancionador siempre que estén expresamente establecidas por la legislación aplicable, en caso de incumplimiento de la función social de la propiedad, tanto por el primer adquirente como por los sucesivos. Ejemplos típicos del incumplimiento deberían ser la alteración del destino de la vivienda a domicilio habitual, su explotación mediante usos no autorizados o falsedad del adquirente en cualquier hecho determinante de la adjudicación. En estos casos, el justiprecio podría fijarse en el precio máximo de venta aplicable al tipo de vivienda protegida de que se trate, en el momento que se decrete la expropiación sanción.

CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN SEGUNDA

PROCEDIMIENTO DE ACCESO AL REGISTRO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

1 SOBRE EL ACCESO TELEMÁTICO DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS AL REGISTRO:

1. El Congreso entiende que las actuales tecnologías permiten la creación de nuevas formas documentales susceptibles de acceso directo al Registro y de inscripción en el mismo. Asimismo, entiende que corresponde al poder público la definición de los requisitos y garantías que han de rodear tales formas documentales para que se mantenga, en todo caso, el nivel actual de seguridad jurídica._

2. El Congreso afirma que en los actuales momentos la organización de los Registros de la Propiedad y Mercantiles en España está en condiciones de garantizar con plenitud el tratamiento registral de las nuevas formulas documentales electrónicas.

3. Es fundamental, la comprobación de vigencia del certificado de firma en el momento de firmar un documento electrónico, automáticamente mediante conexión con el directorio de certificados del prestador de servicios de certificación, para evitar que circulen en el tráfico documentos firmados con certificados revocados y que sin embargo, producen apariencia de validez,. y para evitar la Imposibilidad de comprobar la vigencia de los certificados de tos documentos electrónicos de más dé 15 años de antigüedad.

4. También es fundamental que se reconozca la diferencia entre firmar electrónicamente un documento (esto es, conformar la autoría o manifestación de conformidad con el contenido del mismo) y enviar con firma electrónica (asegurar la procedencia del envío de la documentación, como mera gestión de la misma y sin asumir autoría o conformidad con el documento).

5. Por último, también es básico que el sistema conecte directamente, sin intermediarios, al remitente telemático con el Registro de destino, y viceversa. Así se garantiza, de un lado, que el sellado de tiempo y la prioridad registral la determina el Registro receptor de la documentación,, y no un servidór intermedio, y de otro lado, que el destinatario recibe efectivamente las notificaciones electrónicas que le sean remitidas por un Registro.

6. El Congreso destaca la importancia de que los formatos de archivo de los documentos electrónicos sean abiertos, de dominio público, para garantizar su compatibilidad y su archivo en los Registros y que permitan el. tratamiento estructurado de la información, para facilitar la integración de los datos en las aplicaciones de gestión de los Registros. A estos efectos se propone como formato en la actualidad el XML, sin perjuicio de ser cambiado por el que pueda sustituirle en el futuro.

7. Debe reconocerse como única fuente de tiempo la distribuida por el Real Observatorio de la Armada en San Fernando (suministrador de la hora oficial en España) al Colegio de Registradores, que a su vez la distribuye a todos los Registros, con plena y absoluta eficacia jurídica, correspondiendo al Registro receptor de la documentación en exclusiva determinar el momento exacto de acceso del documento y fijar, por tanto, la prioridad en su despacho.

2 SOBRE LA ENTRADA DE DOCUMENTOS

1. Es determinante la regulación de la entrada de documentos fuera de las horas de apertura del Libro Diario, estableciendo la presentación en el momento inmediato siguiente de apertura del Diario, por el orden de recepción marcado en el libro de entrada y con constancia en el asiento de presentación dé la fecha y hora (con expresión incluso de milisegundos) en que tuvo lugar la entrada al Registro

2. También lo es la supresión de la presentación por fax, por motivos de seguridad, sustituyéndolo por lo medios telemáticos basados en firma electrónica, más seguros.

3. Para ello será necesario admitir r el uso del terminal del autoentrada instalado en los Registros para que los propios usuarios puedan llevar a cabo la presentación de títulos físicos en el Registro.

4. La solución futura conduce al sistema a la llevanza exclusivamente electrónica de los libros Diario y de presentación, con firma electrónica reconocida, siendo innecesaria la impresión y firma manuscrita del mismo.

5. También nos encaminamos directamente al uso de firmas electrónicas para procesos automatizados de la
Oficina Registral (la firma de procedimientos registrales **)** instalada en los servidores del Registro.

6. En materia de prioridad, esta debe resultar del acceso de los documentos al Registro, que debe entenderse realizado cuando el último bit de información identificativa del documento accede al libro de entrada.

3 SOBRE LA LLEVANZA ELECTRÓNICA DEL REGISTRO

1. El Congreso entiende que las exigencias derivadas de la implantación, por mandato legislativo, de la nuevas tecnologías de Firma Electrónica en el ámbito de los Registros de la Propiedad, así como el proceso de implantación en los registros de nuevas aplicaciones de gestión y la digitalización de los archivos abren las puertas del establecimiento del Registro de la Propiedad Electrónico.

2. Resulta indispensable la conexión dé los tres grandes proyectos informáticos iniciados por separado: escaneo, firma electrónica y aplicación de gestión que junto a los ya conectados a esta, es decir Geobase, Floti y Programa de Liquidadora, forman el núcleo del proyecto informático de los Registradores.

3. La llevanza electrónica del registro, como instrumento para la mejora en la prestación del servicio, exige que las aplicaciones de gestión sean capaces de conseguir los siguientes objetivos:

a) Asegurar la recepción, despacho y remisión de documentación electrónica.

b) Facilitar y simplificar de las tareas registrales.

c) Permitir un mayor control de esas tareas por el registrador.

4. La utilización de procedimientos de Firma Electrónica ha de concretarse en una doble situación:

a) La utilización de Firma Electrónica reconocida del registrador en aquellos casos en que actúe generando un documento público registral (asientos, cierres del Diario, expedición de certificaciones).

b) La utilización de firma de procedimientos registrales en los demás casos

5. El sellado de tiempo tomado de una fuente única para todos los registros deberá hacerse cualquiera que sea el soporte documental utilizado, en la forma y con las características que va se han hecho constar.

6. Todos los documentos registrales , sin perjuicio de su traslación al formato papel de los libros registrales, deberán generarse en formato electrónico, con sellado de tiempo, código de barras que identifique al registrador firmante y Firma Electrónica Reconocida del mismo.

7. Los documentos así generados deberán archivarse tanto en la base de datos de la aplica-

ción de gestión, como en una base independiente de datos de archivos firmados (archiving).

8. Estos archivos estarán almacenados en ordenadores bajo la custodia del Registrador, y serán accesibles a través de aplicaciones informáticas que permitan una visualización inmediata del documento, nombre del firmante y sello de tiempo. tales ordenadores estarán colocados en un lugar cerrado y seguro del registro, alejado de campos magnéticos y de alta tensión y con acceso controlado y restringido. Además se realizarán copias de seguridad de tales datos por los procedimientos que se determinen.

4 SOBRE LA FORMALIZACIÓN DE LA EXTERIORIZACIÓN DE LAS OPERACIONES REGISTRALES.

1. El Congreso entiende que la regulación legal debe reflejar la necesidad de que la nota de calificación desestimatoria quede unida al documento que le sirve de base.

2. Por el contrario, la exteriorización de la calificación estimatoria debe revestir la forma de certificación, incluyendo el estado en que queda inscrito el derecho de que se trate y el contenido del Registro una vez producida la alteración de su contenido. Por ello el Congreso propone que la resolución estimatoria de alteración del contenido del Registro sea un documento independiente del título presentado, con forma y contenidos homogéneos respecto de las calificaciones desestimatorias, y que puedan ser emitidas en soporte papel o electrónico, con los necesarios requisitos de seguridad que imposibiliten su manipulación o alteración. Todo ello sin perjuicio de hacer constar en el documento inscrito una somera reseña de los datos de inscripción.

3. En caso de calificaciones parcialmente estimatorias, se propone conjugar los dos procedimientos anteriores, añadiendo al documento presentado la nota de calificación desestimatoria y una somera reseña de lo inscrito, y expidiendo por separado el documento independiente que refleje, con valor de certificación, la resolución estimatoria de alteración del contenido del Registro.

4. Debe regularse la publicidad de los índices y ficheros informatizados mediante la nota simple de valor simplemente informativo, la cual garantizará su correspondencia con los datos existentes en los archivos informáticos, pero no con los asientos existentes en los Libros del Registro, reservando para este último propósito la certificación registral. Debe igualmente regularse la certificación registral electrónica.

5. La solicitud y expedición de información registral a través de Internet, ya se trate de notas simples de los archivos informáticos, ya de certificaciones electrónicos de los asientos de los Libros del Registro, debe centralizarse en el portal único del Colegio de Registradores mediante el uso de los ficheros localizadores, homogeneizando los sistemas a través de los que se verifica

6. La ponencia sostiene que la información registral a expedir con motivo de la preparación de documentos inscribibles, debe estar al alcance de los distintos operadores jurídicos, así como del titular registral, y que debe revestir la forma de certificación, estableciéndose un marco adecuado para su tramitación electrónica.

7. El sistema deberá dar sellado de tiempo seguro, en la forma y con las características que va se han hecho constar.

5 SOBRE LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LA PROTECCIÓN DE DATOS.

1. El Congreso entiende que debería regularse legalmente el carácter público de los Registros, pero permitiendo que, mediante la calificación, el Registrador aprecie si existe o no un legítimo interés en el solicitante, de manera que quien desee obtener información de los asientos o de los datos incorporados a los ficheros informáticos de los Registros, deberá acreditar ante el Registrador que tiene interés legítimo en ello.

2. Asimismo el Congreso sostiene la necesidad de regular los derechos del titular de los datos de carácter personal que consten en los ficheros registrales, conjugando las normas hipotecarías con las establecidas en materia de protección de datos.

3. Es fundamental la necesidad de establecer legalmente que el titular registral pueda conocer pormenorizadaménte las solicitudes de información que se hayan cursado en relación con los derechos inscritos a su favor, así como a pedir que se le notifiquen las que se realicen en adelante. Igualmente, debería arbitrarsé la posibilidad de que el Registrador notifique a los titulares registrales determinadas solicitudes de información, cuando lo juzguen conveniente para las intereses de aquellos.

4. El Congreso afirma que la información registral debe quedar restringida por razones de seguridad de las personas y los bienes, mediante el procedimiento que legalmente se establezca.

5. Por otra parte el Congreso sostiene que la información registral no debe ser literal, salvo en caso de mandato judicial o de consentimiento del titular, por lo que habrá de eliminarse de la misma, a través de la calificación del registrador, el contenido que por razones de protección de datos, o por su falta de trascendencia real, no deba comprenderse en la información a facilitar. Por tales razones y, además, por elementales motivos de seguridad, no debe admitirse el uso de la fotocopia, ni de medios similares ni la exhibición de los libros.

6. Por último, el Congreso afirma que deben regularse las medidas de seguridad físicas y lógicas a aplicar a los ficheros de datos de los registros y del propio Colegio así como el Sello de Transpariencia Registral.

HISTORIA DE ROMA

MUERTE POR DESPITE

El general Marcelo se dirigió a Sicilia para reconquistar Siracusa, donde tuvieron que enfrentarse a las máquinas ideadas por Arquímedes. Tras tres años de guerra, Marcelo tomó Siracusa y permitió que sus tropas las saquearan, aunque ordenó que no mataran a Arquímedes. Un legionario entró en el jardín del sabio y lo encontró sumido en el estudio de unas figuras geométricas trazadas en la arena. Arquímedes, que no se había enterado de lo ocurrido en la ciudad, gritó "¡No me pises las figuras!". El legionario, que no conocía a Arquímedes, lo atrevesó con su espada.

UN HIJO DE MAMÁ

La ambiciosa Agripina estaba obsesionada con que su hijo Nerón obtuviera el trono imperial. Cuando consultó a los oráculos, la respuesta fue: "Tu hijo será emperador. Pero cuando lo sea, asesinará a su madre". Agripina exclamó: "¡Que me asesinen pues!". Ambos desesos se cumplieron.

MANO DURA

Durante el consulado de Mario, los esclavos de Sicilia se sublevaron contra Roma y tomaron las ciudades más importantes de la isla. Muchos ciudadanos humildes y campesinos pobres se unieron a ellos, y juntos consiguieron derrotar a las tropas romanas durante siete años. Finalmente, los romanos, que necesitaban el trigo y la mano de obra que obtenían en Sicilia, reprimieron la rebelión y crucificarón a 20.000 esclavos como escarmiento a la población.

IGNACIO PALACIOS GIL DE ANTUÑANO. Registrador de la Propiedad

LIQUIDACION DE LAS INSTANCIAS PRIVADAS DE DISTRIBUCION DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTAMOS HIPOTECARIOS CON FIRMAS LEGITIMADAS , ES DECIR , CON TESTIMONIO NOTARIAL DE LEGITIMACION DE FIRMAS.

INCIDENCIA DE LA RESOLUCION DE LA DGRN DE 7-01-2004.

EL HECHO IMPONIBLE.-

Matrices , copias de escrituras , actas y testimonios notariales se contemplan expresamente en el párrafo 1º del art. 31 del TR.

En su párrafo 2º estos últimos no son mencionados. Los testimonios se han descolgado. Las matrices también.

La razón, probable, es que el legislador, cuando redactó el precepto, estaba pensando **en la inscripción en el Registro** de esta clase de títulos, los notariales .

Las matrices no se inscriben porque para ese menester ya están las copias y los testimonios, en términos generales, tampoco porque " en ellos no funda inmediatamente su derecho la persona que pretende la inscripción (art, 33 RH.)".

Son las escrituras y las actas pero no las matrices o los testimonios **los que se inscriben**.

Por ser así se consideró redundante su inclusión y se suprimieron bajo la idea de que no se deben liquidar matrices y testimonios de copias sino, directamente, estas últimas por ser las que acceden al Registro..

En definitiva: no es que los testimonios , por no recogerlos expresamente el legislador, estén excluidos de liquidación sino que, **cuando hacen las veces y sustituyen a la escritura pública a los efectos de la inscripción** , si deben serlo ocurriendo, en ciertos aspectos, algo similar a las elevaciones a público de documentos privados, pues, en ambos casos :

1º.- Existe intervención notarial
2º.- Los efectos del negocio son independientes de la forma.
3º.-Se inscriben en el Registro.

Esta idea**, la inscripción en el Registro**, que desde mi punto de vista parece lógica, es la que sirve de soporte a la línea argumental que se esboza a continuación.

Por lo demás , que lo testimoniado sea documento público (vgr. testimonio de una copia) o privado (una instancia) carece de relevancia pues lo fundamental, a los efectos que aquí se tratan, no es que haya intervención notarial sino que, en ambos casos, el documento se inscriba.

Partiendo de esta premisa y ante **un supuesto de hecho** como el del encabezamiento se trata , pues, de inclinarse por una de estas dos opciones :

A-Está prohibido extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible (art.14 LGT.). En consecuencia, estarían no sujetas al impuesto pues, a fin de cuentas, no son más que documentos privados.

B.-Sobre lo anterior debe prevalecer el art. 3º del Cc. Y la interpretación finalista que reclama, (art. 12 LGT.)

Todo ello sin perjuicio del art 15-1-b) de la misma LGT pues es evidente que el ahorro fiscal es la única finalidad perseguida.

El impuesto de A.J.D. en su modalidad de cuota gradual , requiere de ciertos requisitos que enumera el art. 31-2 del Texto Refundido del impuesto :

1º.-primera copia de escritura o acta.
2º.-objeto valuable.
3º.-acto o contrato inscribible en el Registro de la Propiedad , Mercantil , de la Propiedad industrial o Bienes Muebles.
4º.- que dicho acto o contrato no resulte sujeto a TPO , OS o el IS y D.

De entre ellos, el 2º y el 4º no constituyen el hecho imponible sino que son presupuestos necesarios para que este aflore:

—Porque sin el 2º nunca habrá base imponible y , consecuentemente , tampoco hecho imponible.
—Porque sin el cuarto se produciría un supuesto de doble imposición.

De lo anterior se desprende que el hecho imponible lo será o el primero o el tercero o bien la conjunción de ambos.

La cronología de distintas sentencias a propósito de distribuciones de préstamos hipotecarios arroja luz sobre el tema.

1º.-STSJ de Valencia de 20-05-02 : “ La seguridad jurídica que ofrece la intervención de quién otorga la fé pública es lo que constituye el objeto del gravamen".

2º.-STS de 15-06-02 : “ El IAJD tiene por hecho imponible la mera formalización notarial de actos que tengan por objeto cantidad o cosa valuable, sean inscribibles en el Registro……..”

3º.-STS de 24-x-03, **dictada en interes de Ley**: “ La inscripción en el Registro de la Propiedad…..otorga al titular registral un conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico concede a determinados actos….constituyendo dichas especiales garantías registrales la finalidad del gravamen de AJD.”

4º.-Previamente a todas ellas la STSJ de Madrid DE 19-09-01, para patrocinar la sujeción al impuesto de AJD de las escrituras de distribución, había destacado un aspecto importante y es que …” se están creando tantos derechos reales de garantía , independientes los unos de los otros, como inmuebles o pisos surjan de la escritura de división horizontal pues cada uno de ellos responde del cumplimiento de la nueva obligación hipotecaria a que queda sujeto el piso, de manera independiente, por un capital e interés propio.”

Sin perjuicio de cierta imprecisión terminológica en el sentido de que con las escrituras de distribución hipotecaria no se crean ("constituyen") derechos reales excepto cuando juntamente con la distribución hubiera ampliación y, en este segundo caso, tan solo se constituiría respecto al capital ampliado sino que lo que hay es una NOVACIÓN MODIFICATIVA (art. 1203 C.c.) de un primitivo contrato de hipoteca es de destacar como se pone el acento en la **"nueva situación hipotecaria creada"** lo cual es conforme con la concepción de la hipoteca como derecho real de constitución registral enlazándose, así, con la STS antes citada.

PERSPECTIVA FINALISTA DEL IMPUESTO

Desde el momento en que el art. 12 de la LGT, a propósito de la interpretación de las normas, se remite al art. 3 del C.c. el cual señala que habrá que estar fundamentalmente al espíritu **y FINALIDAD** de aquéllas y desde el momento en que la STS 24-10-03, en interés de ley, destaca **la garantía registral como finalidad del gravámen de AJD** se hace necesario prestar atención a esta.

Es un hecho constatado que varios billones de pesetas anuales se destinan a la construcción y adquisición de viviendas, desarrollo industrial…..y son, todos ellos, garantizados con el derecho real de hipoteca. Es , pues , esa garantía y la seguridad jurídica que comporta la que, desde una perspectiva teleológica, explica cual es el hecho imponible .

La práctica demuestra que son muy numerosas las entidades financieras que, en sus modelos de préstamos hipotecarios , o bien suspenden la entrega de su importe hasta que se acredite la inscripción en el Registro de la Propiedad o bien introducen , entre las claúsulas de resolución y vencimiento anticipado, la circunstancia de que "por cualquier causa el Sr registrador de la Propiedad denegare la inscripción de esta escritura”.

No olvidemos que , según el art. 20 de la LGT ," el hecho imponible es el presupuesto fijado por la Ley….**cuya realización** origina el nacimiento de la obligación tributaria".

Por consiguiente , hasta que no se haya **realizado** (a través de la inscripción en el Registro) la garantía y la seguridad jurídica de la hipoteca no habrá hecho imponible.

De aquí se deduce que :

—Una escritura pública de distribución sin inscripción en el Registro no cumple , dada la ausencia de garantía , el presupuesto fijado por la Ley para configurar el tributo.

—La inscripción en el Registro de una instancia con firmas notarialmente legitimadas o ratificadas ante el registrador si cumple con dicho presupuesto.

—Como se verá después la inscripción en aquél y la posibilidad de expedir , en caso de impago , certificaciones de la finca y su hipoteca con fuerza ejecutiva sustituyen la intervención notarial en estos casos.

—En consecuencia , de los cuatro requisitos del art. 31-2 TR hay que entender que el primero o el tercero sobran pues son redundantes .La redundancia siempre ha repugnado al Derecho . Debe entenderese aplicable el axioma **Inclussio unius exclussio alterius**.

En unos casos a favor de la escritura y, en otros, a favor de la inscripción.

REGLA GENERAL

La inscripción en el Registro es voluntaria. No es constitutiva de derechos sino declarativa ya que los derechos reales nacen , se transmiten y se extinguen fuera de él.

Conforme a esta regla general cualquier escritura pública de segregación , agrupación..etc se liquidaría por AJD aunque se solicite expresamente su no inscripción pues el hecho imponible es el otorgamiento de aquella.

En estos casos prevalece la intervención de " quien otorga la fé pública".

EXCEPCIONES

Son varias.

De entre ellas sobresale la hipoteca cuya inscripción es constitutiva desde la publicación del C.c. el cual señala en el art.1875:" …es indispensable para que la hipoteca quede validamente constituida que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad."

Con posterioridad este precepto ha pasado a los art. 145 LH , según el cual : " para que las hipotecas queden válidamente establecidas se requiere escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad " y 159 LH que señala que " para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas se necesita la inscripción de título en cuya virtud se constituyan".

Entre estas últimas algunas de ellas no requieren escritura pública sino documento judicial como las hipotecas apud acta, acta administrativa como las constituidas a favor del IRYDA o documento Administrativo como los supuestos de los arts. 36 , 39 y 52-10 del Reglamento General de Recaudación.

De los arts. antes citados se desprende que la hipoteca como garantía siempre reclama la inscripción pero, en ocasiones, no reclama la escritura pública. Aquél que diga que el requisito de la escritura pública se exige " ad substantiam" para la constitución de la hipoteca tendrá que reconocer que admite excepciones .

Por el contrario, la inscripción en el Registro no las tiene .

Una escritura de hipoteca sin inscripción en el Registro no constituye ningún derecho real, es decir, ni implica un poder sobre un inmueble protegido frente a todos ni confiere al acreedor acción real alguna tendente a la efectividad de la deuda mediante la venta forzosa de la finca. Esta acción real se vería sustituida por el más genérico e inespecífico principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 C.c.

LA RESOLUCION DE LA DGRYN DE 7-01-04 (BOE DE 17-02 -04)

Por primera vez se aborda esta materia para admitir la inscripción de la distribución por instancia privada al amparo del art. 216 del RH. La solicitud deberá firmarse o ratificarse ante el Registrador o tener la firma notarialmente legitimada.

Si la escritura pública se exigiera como forma " ad substantiam " para la existencia del derecho real está claro que cualquier novación o modificación ulterior de su contenido debería cumplir el mismo requisito formal. En consecuencia es de suponer que la DG ha entendido:

1º.- o bien la escritura pública no es más que uno de los varios vehículos documentales para conseguir la inscripción que es el auténtico requisito "ad substantiam",

2º.- o bien la distribución del préstamo, por distintos motivos que no vienen al caso, se estima que no tiene la entidad suficiente para ser una auténtica novación modificativa lo cual es impensable.

En cualquier caso la DG no explica sus razones mas que por remisión al citado artículo reglamentario pero tiene una clara incidencia tributaria .

INCIDENCIA TRIBUTARIA.

En el presente caso se trata de un **TESTIMONIO NOTARIAL** , es decir , un documento notarial no protocolizado que tiene por objeto autenticar una firma dando fé de su autenticidad. El único efecto que produce , además del indicado , es que confiere fecha fehaciente al documento privado.

Si en lugar de acudir al testimonio de legitimación de firmas las partes hubieran acordado levantar un **ACTA DE PROTOCOLIZACION** del mismo documento privado de distribución:

—No se estarían escribiendo estas líneas porque las actas son contempladas expresamente en el art. 31-2 del TR.

—Al igual que en el caso anterior se dotaría al documento de fecha fehaciente pues acreditaría la existencia del mismo a la fecha de su protocolización.

—En consecuencia, el único efecto añadido es el de su incorporación al protocolo con **finalidad de posibles reproducciones posteriores.**

—En suma; se incorpora un documento privado, continente del negocio jurídico, a un protocolo operando la intervención notarial sobre el continente pero no sobre el contenido que queda intocado. Ni siquiera conlleva, a diferencia del testimonio, la garantía de autenticidad de las firmas.

¿Es lógico que un detalle como aquél incida en la existencia o inexistencia de un hecho imponible, máxime si se tiene en cuenta que por virtud de su inscipción en el Registro pueden los interesados obtener cuantas certificaciones, literales o en relación, quieran?.

La respuesta debe ser negativa desde la perspectiva FINALISTA que exige el TS por los siguientes motivos;

1º-En el caso de que la totalidad de una finca inscrita (un solar) se divida en dos o más porciones (por virtud de la declaración de obra nueva y propiedad horizontal) se inscribirá cada una de estas como finca nueva y bajo número diferente (art. 46 RH y 396C.c.).

2º-Siendo así , el acreedor podrá exigir la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas (los diferentes pisos, garajes y locales) o podrá perseguirlos todos a la vez (art. 123 LH)

3º-Siendo así, cualquier comprador de una vivienda desconocerá de que cantidades concretas responde su finca. No se atreverá a comprar

4º-Porque es así, la distribución , siendo voluntaria y no obligatoria (art 123 LH) es la regla general.

5º -Esta " nueva y distinta suma " de la que responde cada piso por virtud de la distribución despeja las dudas. Sin ella no se vendería ningún piso.

6º-La ausencia de escritura pública no impide la inscripción que es el auténtico " **hecho imponible**". Sin ella el derecho real de hipoteca no existe (STS 26-01-00). La escritura solo sirve para dotar al crédito de la preferencia que le corresponde como escriturario que es.

7 º La ausencia de escritura pública no entorpece, en absoluto, en los casos de impago, la ejecución del crédito. EL ART. 317-4 de la LEC dice que son documento públicos las certificaciones que expidan los Registradores de los asientos registrales y en el art 685, a propósito de la demanda ejecutiva frente al hipotecante y documentos que deben acompañarse a la misma, indica que uno de ellos es el título (ejecutivo) de crédito a que se refieren los arts 550, 573 y 574 (es decir, la escritura) pero que si no pudiera presentarse deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

Se ve claramente que los efectos jurídicos que produce el documento privado de distribución son los mismos que los de la escritura pública o los de acta de protocolización.

CONCLUSIONES

1º.-Tratándose de negocios jurídicos de inscripción constitutiva (préstamo hipotecario) o de novaciones de aquéllos (distribución del préstamo) el hecho imponible es la inscripción.

2º.-Es intrascendente cual sea el soporte documental del negocio siempre que sea inscribible.

ELCHE , 3 de Octubre de 2004
IGNACIO PALACIOS .

INSTRUCCIÓN 1/2004

En relación con mi escrito de fecha 14-09-04 a propósito de "Los modelos que se acompañan a la Instrucción 1/2004" y otras cuestiones tras mantener conversación con la Conselleria debe entenderse aclarado/rectificado en cuanto a las tres cuestiones siguientes :

1º.-La propuesta de liquidación provisional y consiguiente trámite de alegaciones es OBLIGATORIA para los recargos por presentación extemporánea debiendo, al efecto, utilizarse los modelos suministrados.
Todo ello en contra de la opinión mantenida en la página 14 del citado escrito.

2º.-En la MOTIVACIÓN II (página 3ª ; hecho imponible " segregación de un solar y venta para V.P.O.) se decía que todas las compras de solares para VPO se deben mandar a valoración dentro de los 15 días siguientes a su presentación en la Oficina Liquidadora.

Tenía su razón de ser en el art. 5 del RITP y ciertas sentencias, criticables desde mi punto de vista, del TSJ Valencia que lo interpretan .

Me dicen, con bastante sentido , que tanto estos supuestos como aquéllos otros en que se detecte que el primitivo comprador del solar lo ha trasmitido a un tercero deben reconducirse a la página 12 de la Instrucción y enviarse a valorar con carácter prioritario bien después de los tres años, en el caso primero, bien cuando se detecte una segunda venta en el caso segundo.

No deben mandarse a valorar todas las compras de VPO indiscriminadamente.

3ºEn la página 1ª decía que el Procedimiento de gestión tributaria mediante Declaración se inicia bien con Requerimiento bien mediante Propuesta Motivada.

Me estaba refiriendo, sin decirlo, **al artículo 128-2º** dentro del contexto de los procedimientos iniciados de oficio.

Debe aclararse que existe **un art. 128-1º** que debe reconducirse , nuevamente , a la página 12 de la Instrucción con objeto de que las declaraciones del impuesto sobre sucesiones y donaciones que no hayan sido objeto de autoliquidación, dentro del procedimiento iniciado a instancia de parte , se manden a valorar con carácter prioritario.

Por lo demás, está claro que cuando el obligado tributario no haya comunicado los datos necesarios para que la Administración cuantifique la obligación tributaria (art. 128-1º LGT.) deberá requerírselo a través del modelo S-32 y S-87 cuya utilidad nunca he discutido.

ELCHE , 3 de Octubre de 2004
IGNACIO PALACIOS .

¿Sabía usted ...?

Un gobernador sin ortografía.

Cuando el político Francesc Pi y Margall era ministro de Gobernación recibió un comunicado de un gobernador provincial que decía así: "Tengo el honor de poner en conocimiento de Vuecencia, que hayer hubo un motín contra el recaudador de contribuciones, pero oy ya están calmados los ánimos". Pi y Margall, que además de político era un gran humanista y escritor, le contestó indignado: "Me permito advertir a Vuecencia que está ignorante en cuanto a la antigüedad de la hache. La h no es de ayer, es de hoy"

¿Fue Colón el primero?

El explorador Cristóbal Colón no fue el primer cristiano en pisar tierra americana, según un relato que circuló ya en los siglos XVI y XVII. Un navegante andaluz, llamado Alonso Sánchez de Huelva, habría llegado accidentalmente a Haití, en 1484 o 1485, a causa de una fuerte tempestad. Al regresar, supuestamente, relató a Colón los pormenores de su viaje y murió poco después, sin sospechar que había alcanzado el Nuevo Mundo. De acuerdo con esta hipótesis, el futuro descubridor tuvo así la seguridad de que más allá del océno Atlántico encontraría tierra.

RESEÑA LEGISLATIVA
(BOE del 1-31 de Octubre de 2004)

DISPOSICIONES ESTATALES

FIESTAS LABORALES

RESOLUCIÓN 6 de octubre de 2004 (BOE 22-10), de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación de la relación de Fiestas Laborales para el año 2005.

TRIBUTARIO

REAL DECRETO 2063/2004, de 15 de octubre (BOE 28-10), por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario.

TRIBUNAL SUPREMO

PROVIDENCIA de 30 de septiembre de 2004, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 20-10), sobre planteamiento de cuestión de ilegalidad del artículo 29 del RD 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

COMUNIDAD VALENCIANA-PATRIMONIO CULTURAL

LEY 7/2004, de 19 de octubre (DOGV 21-10), de Modificación de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano.

COMUNIDAD VALENCIANA-VIVIENDA

LEY 8/2004, de 20 de octubre (DOGV 21-10), de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana.

CANTABRIA - COSTAS

LEY 2/2004, de 27 de septiembre (BOE 27-10), del Plan de Ordenación del Litoral.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana