LUNES
CUATRO TREINTA

Revista de asuntos registrales

Año XVIII - Núm.393 - 1ª quincena, mayo, 2005

informativa de derecho privado y registral
LUNES 4'30

sumario

N.393. 1ª Quincena de Mayo, 2005

CASOS 2

RESOLUCIONES 3

SENTENCIAS 8

ESCRIBE PARA LUNES

LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN TRIBUTARIA (2ªPARTE) **por Carlos Colomer Ferrándiz** 13

MAS SOBRE LA FORMA DE JUSTIFICAR EL CARÁCTER PRIVATIVO DEL PRECIO EN LAS ADQUISICIONES HECHAS POR LOS CÓNYUGES EN RÉGIMEN DE CANANCIALES **por Sergio Saavedra** 30

ACTUALIDAD 33

RESEÑA LEGISLATIVA 36

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
Guillermo Dromant Jarque
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 Rua Navarro
Ana Mª Sabater Mataix
Miguel Soria Lopez

MAQUETACIÓN
Regina Martínez Vicente

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

Depósito legal: V-1212-1988

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

CASOS PRÁCTICOS

Cristina Martínez. Registradora de la Propiedad

ANOTACIÓN DE EMBARGO POR DEUDAS SALARIALES ESTANDO INSCRITO EN EL REGISTRO EL CONCURSO DE ACREEDORES. —

Sobre una determinada finca figura inscrito en el Registro el concurso de acreedores a que se encuentra sometido su titular registral y que se rige por la nueva Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

Se presenta ahora un mandamiento expedido por un Juzgado de lo Social ordenando el embargo de dicha finca.

Con carácter general, una vez inscrito el concurso en el Registro ya no se va a poder anotar ningún embargo, salvo las dos excepciones establecidas en el artículo 55.1 LC y relativas a procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado la providencia de apremio y las ejecuciones laborales, siempre que, en ambos casos, sean anteriores a la fecha de declaración del concurso y que los bienes embargados no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional.

En el presente caso, en el mandamiento expedido por el Juzgado de lo Social simplemente se indica la fecha de la diligencia de la traba del embargo y que ésta es anterior a la fecha en la que se declara el concurso, sin embargo, no hace referencia al otro extremo exigido por la LEC relativo a la necesidad o no de ese bien para continuar con la actividad del concursado.

Esto significa que deberá suspenderse la práctica de la anotación del embargo, indicando al Juzgado de lo Social la situación de concurso en la que se encuentra el titular registral para que este Juzgado se ponga en contacto con el Juzgado Mercantil en el que se esté llevando el concurso y le solicite que emita declaración sobre dicho extremo.

A partir de aquí pueden pasar dos cosas:

1- O que dicha finca sea necesaria para continuar con la actividad del concursado, con lo que no se podrá anotar el embargo;

2- O que dicha finca no sea necesaria para tal fin, en este caso será necesario nuevo mandamiento en el que se exprese dicha circunstancia, mandamiento que puede provenir, tanto del Juzgado de lo Social que ordena el embargo tras la oportuna contestación del Juzgado Mercantil, o de éste último si le ha requerido la documentación al primero para ser él directamente el que solicite la anotación del embargo tras el estudio de la misma.

FRANCISCO MOLINA Y PEDRO FANDOS (Registradores de la Propiedad)

R. 27 DE DICIEMBRE DE 2004 (BOE 11-02-05)

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA. REQUISITOS

En un procedimiento por alzamiento de bienes se ordena tomar anotación del procedimiento sobre la finca de uno de los querellados, en concepto de "medida de aseguramiento de las responsabilidades civiles".

La DG recuerda que es anotable la querella cuando, ejercitandose conjuntamente con la penal la acción civil, se ejerciera una acción con trascendencia real inmobiliaria siempre que se cumplan dos requisitos: que del ejercicio de la acción pudiera resultar la nulidad del título inscrito, y que del mandamiento resulte el contenido de la acción civil ejercitada.En la querella se hace referencia a una posible simulación de la compra inscrita, pero dado que en el suplico de la querella no se solicita la declaración de nulidad, no pueden considerarse cumplidos los requisitos expresados.

(Francisco Molina)

R. 29 DE DICIEMBRE DE 2004 (BOE 11-02-05)

RECURSO GUBERNATIVO. OBJETO

Constituida hipoteca sobre un derecho, sujeto a condición suspensiva, el Registrador practica la inscripción con el condicionamiento del desenvolvimiento de la condición a que se sujeta el derecho hipotecario. Se interpone recurso contra la forma en que se ha practicado la inscripción, declarando la DG improcedente el recurso, pues su objeto ha de ser exclusivamente la calificación negativa, total o parcial, no la forma en que se practiquen los asientos.

(Francisco Molina)

R. 3 DE ENERO DE 2005 (BOE 18-02-05)

TRACTO SUCESIVO. EXCESO DE CABIDA.

Se suspende la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia porque:

a) Del certificado del registro General de Actos de Última Voluntad, que se incorpora al acta de declaración de herederos abintestato que acompaña a la escritura calificada, resulta que el causante otorgó testamento, y dado el carácter subsidiario de la sucesión intestada, hay que acreditar la ineficacia del testamento, defecto confirmado por la DG.

b) Hay una diferencia en los apellidos de la viuda según el Registro y los que

constanen el título, incumpliendo el principio del tracto sucesivo, defecto revocado por la DG, pues de los certificados de matrimonio y de nacimiento de sus tres hijos resulta acreditada la correcta filiación de la viuda.

c) No se acredita el exceso de cabida de la finca, por los medios del art. 200 LH y 298 RH, pues, aunque se aporta certificación catastral descriptiva y gráfica, el exceso en más del triple de la superficie registral, origina dudas en el Registrador respecto a la identidad de la finca. La DG confirma el defecto y estima que debe justificarse la adquisición del exceso por el transmitente para su inscripción, aunque cabe registrar la cabida originaria.

(Pedro Fandos)

R. 4 DE ENERO DE 2005 (BOE 18-02-05)

RECTIFICACIÓN

Mediante instancia privado se solicita la rectificación de un asiento en el que se hizo constar la compraventa de la nuda propiedad de una determinada finca, mediante una instancia privada, alegando su nulidad y la inscripción de un documento privado de contrato vitalicio oneroso, admitido como prueba documental en el procedimiento de divorcio de la recurrente. Se supende por infringir el art. 3 LH, denegándose incluso la práctica del asiento de presentación conforme al art. 420. 1 y 3 RH. La DG confirma la nota y no estima el recurso, pues además los asientos una vez practicados están bajo la salvaguarda de los Tribunales.

(Pedro Fandos)

R. 7 DE ENERO DE 2005 (BOE 18-02-05)

DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN.

Se suspende la inscripción de un testimonio judicial de división de la cosa común por no haberse otorgado la correspondiente escritura pública y por no constar el consentimiento de todos los interesados. La DG revoca los dos defectos, el primero porque el acuerdo privado de división acompañado de la licencia y de la certificación catastral homologado judicialmente, tiene el valor de un documento auténtico, y el segundo porque de los documentos presentados sí que resulta dicho consentimiento, sin tener en cuenta los nuevos argumentos alegados en el informe por el Registrador por no realizarse en el momento procedimental adecuado.

(Pedro Fandos)

R. 11 DE ENERO DE 2005 (BOE 03-03-05)

MERCANTIL. ELEVACIÓN A PÚBLICO DE ACUERDOS SOCIALES.

Se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una SL, en la que se acuerda la redenominación y aumento de capital porque la certificación bancaria que acredita el depósito no puede ser anterior en más de dos meses a la escritura, pues contraviene el art. 189.1 RRM; la SL recurrente alega que la fecha de los dos meses debe contarse

desde la fecha del acuerdo de la Junta y, en el presente caso, el depósito se realizó el mismo día en que se aprobó el acuerdo de la Junta, lo cual es confirmado por la DG, que confirma la interpretación que ya había dado al art. 189.1 RRM en el sentido de que se refiere a los depósitos anteriores a la fecha del acuerdo de la Junta, pero no a los posteriores.

(Pedro Fandos)

R. 20 DE ENERO DE 2005 (BOE 03-03-05)

CERTIFICACIÓN DE DOMINIO. ART. 206 LH.

Se suspende la inscripción de una finca como bien vacante a favor del Estado, que figura en el Registro a nombre de titular desconocido, a través de una certificación administrativa de dominio del art. 206 LH para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido de una finca, ya que dice la Registradora que no hay tal interrupción del tracto, pues no hay transmisiones intermedias que no hayan accedido al Registro, según reiterada doctrina de la DG. La DG, no obstante dar la razón a la Registradora, revoca el defecto y estima el recurso con el argumento de que no hay obstáculo para practicar la inscripción a través de esta certificación que, además de para reanudar el tracto sucesivo, es también medio inmatriculador; además, en el expediente administrativo previo a la certificación, resulta acreditado que se efectuó la citación del titular registral en la forma debida, por lo que se cumplen las garantías legalmente establecidas para salvaguardar los posibles derechos de aquél.

(Pedro Fandos)

R. 3 DE ENERO DE 2005 (BOE 04-03-05)

ENAJENACIÓN DIRECTA DE BIEN PATRIMONIAL.

Se suspende la inscripción de una escritura de enajenación directa de un bien municipal de naturaleza patrimonial, pues ha de enajenarse en subasta pública; se alega por la recurrente que la subasta quedó desierta y que con anterioridad se practicaban esas inscripciones en caso de subasta desierta. La DG confirma la nota de la Registradora en el sentido de que la enajenación de los bienes patrimoniales por subasta pública es la regla general para salvaguardar la publicidad, competencia y libre concurrencia que deben regir en la contratación con las Administraciones Públicas, salvo que se haga por permuta, con determinadas condiciones, sin que se contemple por la Ley como posible excepción para acudir al procedimiento negociado, el hecho de quedar desierta la subasta.

(Pedro Fandos)

R. 4 DE ENERO DE 2005 (BOE 04-03-05)

BIENES MUEBLES. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.

Se solicita por la recurrente el reconocimiento de efectos de una anotación preven-

tiva de embargo, respecto de otra posterior. La primera se debió practicar en virtud de mandamiento que se presentó el 26-III-2003 y que se calificó negativamente por existir una reserva de dominio anterior y vigente. El 20 de mayo se presenta por vía telemática mandamiento de la TGSS sobre el mismo vehículo. El 2 de junio se presenta nuevamente el primer mandamiento, que se vuelve a calificar negativamente y se vuelve a presentar el 12 de junio, calificado negativamente nuevamente y se vuelve a presentar el 4 de julio, habiéndose subsanado los defectos, practicándose la anotación. La anotación a favor dela TGSS se practica el 9 de julio, porque como dijo la Registradora, se había cancelado por caducidad la reserva de dominio y ha transcurrido la vigencia de los asientos de presentación de los mandamientos presentados el 20 y el 26 de marzo, sin que se recurrieran las calificaciones. La DG precisa en primer lugar que no es el Centro competente para alterar el rango registral de dos asientos practicados, lo cual sólo puede producirse por acuerdo entre las partes o a través del procedimiento judicial correspondiente, por lo que se desestima el recurso.

(Pedro Fandos)

R. 12 DE ENERO DE 2005 (BOE 04-03-05)

PROYECTO DE COMPENSACIÓN. MODIFICACIÓN.

Inscrito en el Registro un proyecto de Compensación, otorgado por propietario único y el Ayuntamiento correspondiente, se presenta ahora escritura por la que, compareciendo dicho Ayuntamiento y los actuales titulares registrales de las fincas afectadas, se aumenta el aprovechamiento urbanístico y los gastos de urbanización. Pero, en lugar de solicitar la rectificación de las últimas inscripciones de dominio de cada una de las fincas, modifica todas las escrituras intermedias hasta llegar a los titulares actuales, por lo que, al no constar el consentimiento de los titulares intermedios, se suspende su inscripción por la Registradora, lo cual se confirma por la DG.

(Pedro Fandos)

R. 17 DE ENERO DE 2005 (BOE 03-04-05)

SEGREGACIÓN

Se suspende la inscripción de una escritura de segregación en la que dos apoderados mancomunados de una sociedad, con la correspondiente licencia proceden a segregar una parcela de 7836 metros cuadrados, porque no se acredita la vigencia del cargo del Secretario de la Sociedad en la fecha del acto a que se refiere la certificación incorporada al poder de fecha 20-II-2004 y segregarse una superficie superior a la que aparece en el poder en que se habla de 7500 metros cuadrados aproximadamente, superior a la estimada como margen de error en la Legislación Hipotecaria. Ambos defectos son revocados por la DG, el primero, porque la reseña del poder que efectúa el Notario se ajusta a las exigencias del art. 98 de la Ley 24/2001 y la calificación del Registrador debe limitarse a comprobar que el Notario ha realizado **el juicio de suficiencia** y que **las facultades reseñadas** incluyen las que son necesarias para la realización del negocio o acto que se

instrumenta en la escritura . En el presente caso (a diferencia de la batería de Resoluciones anteriores sobre poderes del mes de Septiembre y Octubre, y que fueron objeto de crítica en la revista número 383) el Notario reseña las facultades que se concedieron en la escritura de poder pues decía que se le concedían facultades "para otorgar una o varias escrituras de segregación de una parcela de terreno de 120.541 metros cuadrados, con objeto de segregar de la matriz una parcela de terreno de 7500 metros cuadrados aproximadamente", por lo que el Notario autorizante cumple escrupulosamente con el art. 98 de la Ley 24/2001, en relación con el 18 LH y la Instrucción de 12-IV-2002. Por lo que de las afirmaciones de esta Resolución se desprende que (contra el criterio de las anteriores ya criticadas) si no aparece el juicio de suficiencia respecto a las facultades concedidas y la reseña de las mismas, en relación con el contenido concreto de la escritura de poder en la que se confieren, el Registrador no puede realizar su función calificadora. El segundo porque la diferencia de 336 metros cuadrados entre los 7500 aproximadamente de los que habla la escritura de poder y los 7836 que se segregan, está dentro del margen de error, pues aun reconociendo, como reconoce la DG, que el Notario tiene obligación de redactar los instrumentos públicos en estilo preciso y sin términos ambiguos, otorgado el mismo, debe interpretarse en el modo más adecuado para que produzca efectos; Además, acudiendo a la aplicación analógica del art. 298.3 párrafo 4º. RH , la diferencia de 336 metros cuadrados, no excede la vigésima parte de los 7500, por lo que podría considerarse como mera rectificación de superficie.

(Pedro Fandos)

- -

Comentario de la Resolución anterior

Por lo que la DG vuelve a la que ya consideramos, en nuestro número 383, que era la mejor interpretación de dicho artículo 98, como ya entendió la propia DG en la Instrucción de 12-IV-2002, en el sentido de que la reseña debía incluir los datos identificadores de la escritura de poder e indicación somera pero suficiente de las facultades conferidas, a lo que la Jurisprudencia añadió que debe referirse al contenido concreto de la escritura de poder y no a frases standards o genéricas que valen para todos los negocios de la misma clase, así parece entender ahora la DG que frases como "a mi juicio suficiente para esta compraventa" o similares no es suficiente para que el Registrador pueda ejercitar su función calificadora, pues con esa fórmula no sería posible comprobar, como afirma la presente resolución ***"que las facultades reseñadas incluyen las que son necesarias para la realización del negocio o acto que la escritura incorpora".***

(Pedro Fandos)

SENTENCIAS

ALICIA DE LA RUA NAVARRO *Registradora de la Propiedad*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE OCTUBRE DE 2004.

RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL: CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD.

ARTÍCULOS CITADOS: 1214, 1261 EN RELACIÓN AL 1445, Y 1218 EN RELACIÓN A 1250, 1253, 1275 Y 1277 DEL CÓDIGO CIVIL.

Antecedentes de hecho:

1º.- En escritura pública de 26 de abril de 1990, D. A vende la mitad indivisa de la finca X a su esposa Dª B, haciéndose constar expresamente en dicha escritura por parte de aquél, «que el dinero invertido en la compraventa es de la exclusiva propiedad de la esposa».

2º.- El 24 de marzo de 1990, D. C, padre de Dª B, vende a ésta la finca Y mediante escritura pública a cuyo otorgamiento comparece D. A ratificando que el dinero satisfecho por su esposa es de carácter privativo.

3º.- Dª B promueve demanda contra D. A sobre división de la cosa común respecto a la finca X.

D. A formula reconvención, solicitando que se declare la nulidad de la compraventa contenida en la escritura pública de 24 de marzo de 1990, respecto a la manifestación de que el dinero invertido en la compra por Dª B es de su exclusiva propiedad, siendo dicho dinero ganancial del matrimonio, y por tanto, efectuándose la compraventa a favor de ambos cónyuges como bien ganancial, y consecuentemente se ordene la rectificación de la inscripción del Registro de la Propiedad en dicho sentido; y que se declare la inexistencia o nulidad absoluta de la compraventa contenida en la escritura pública de 26 de abril de 1990, sobre la mitad indivisa de la finca X, así como la nulidad del asiento practicado en su consecuencia en el Registro de la Propiedad.

4º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda y estima la demanda reconvencional. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo acoge, estimando la demanda y desestimando la reconvención. El demandado reconviniente recurre en casación.

Fundamentos de derecho:

El problema se centra en la interpretación de la prueba para determinar la ganancialidad o privatividad de un bien dentro del matrimonio, teniendo en cuenta el valor probatorio de la «confesión» (declaración en un documento público) hecha a tal fin por el cónyuge a quien le perjudica la misma de acuerdo con el art. 1324 C.c.

Si bien el art. 1361 CC establece, como regla general, a falta de otra prueba o declaración al respecto, la presunción de ganancialidad de los bienes «existentes» en el matrimonio, debiendo probar la parte que pretenda la privacidad de los mismos, o de algunos de ellos, que son propios de él, existen otras normas, no obstante, que permiten alterar esa regla, como son la del art. 1355, por un lado, que autoriza a los citados cónyuges a establecer, de común acuerdo, la facultad de atribuir esa condición de ganancialidad a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio; y, por otro lado, la del art. 1324, que permite, mediante «confesión» (declaración unilateral válida en Derecho) hecha por el que, de ellos, pueda resultar perjudicado, que tal declaración se constituya en prueba eficaz y bastante para que determinados bienes sean considerados, aún perteneciendo a la comunidad o al cónyuge que la hace, como propios del otro (confesión, por otro lado, que sólo tiene efectos jurídicos entre los cónyuges o sus herederos, es decir, siempre que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos, y sin que pueda trascender a los acreedores).

La prevalencia confesoria que el art. 1324 establece, no es absoluta y cabe prueba en contrario, pruebas que han de ser eficaces y contundentes. Se trata de una «fuerte» presunción legal, que se establece por encima de la regla común del «onus probandi», y que evita el tener que acudir a la prueba corriente de presunciones. Si no se desvirtúa la validez de la declaración en que consistió la confesión, como pudiera ser por la existencia de error, dolo o engaño o de falta de capacidad, debe prevalecer esa fuerza probatoria de la misma.

En consecuencia, se desestima el recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE OCTUBRE DE 2004

DOBLE INMATRICULACIÓN. APLICACIÓN DE LA REGLA PRIOR TEMPORE POTIOR EST IURE.

ARTÍCULOS CITADOS: 348 Y 1281.1 DEL CÓDIGO CIVIL.

Antecedentes de hecho

1º.- Entre las entidades A, S.L. y B, S.L. se tramita un expediente de jurisdicción voluntaria del art. 313 RH, a cuyo término el órgano judicial competente declara la concurrencia de un supuesto de doble inmatriculación, por estar la finca registral de la primera (la nº X) incluida en la mayor de la segunda (la nº Y), ordenando que se extienda en los libros registrales nota expresiva de la anomalía y remitiendo a los interesados a posterior debate sobre el mejor derecho.

2º.- A, S.L. presenta demanda contra B, S.L., poseedora de la finca X, ejercitando acción reivindicatoria.

3º.- El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima, confirmando la resolución impugnada, basándose en sus mismos argumentos: a) la finca de la demandante es, en la realidad, una parte de la perteneciente a la demandada; b) cuando, en 1984, esta última fue íntegramente vendida a determinada sociedad de la que trae causa dicha demandada, lo fue también la porción de terreno que la demandante afirma que es suya; c) al comprar ésta, en el año 1995, por contrato celebrado con una de las dos personas que en 1984 había vendido a la demandada, los 160 metros cuadrados reivindicados en la demanda constituían cosa ajena para el vendedor; y d) en todo caso, el título de la demandada accedió al Registro de la Propiedad antes que el de la demandante. La demandante recurre en casación.

Fundamentos de derecho

Cuando una misma finca o una parte de ella consta inmatriculada dos o más veces se genera una situación irregular, que, como contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asientos.

Para solucionar ese conflicto, especialmente perturbador si los titulares registrales son distintos, el art. 313 R.H., además de establecer un trámite para publicar en el mundo tabular la dualidad, remite a los interesados a la decisión judicial sobre cuál sea el mejor derecho, sin condicionar en ningún caso el objeto del proceso ordinario.

Ese conflicto debe ser resuelto en el proceso declarativo conforme a las normas del derecho civil y no por aquéllas del derecho hipotecario que, en otro caso, serían aplicables. La coexistencia de dos asientos incompatibles de igual rango y naturaleza origina la quiebra de los principios rectores del sistema tabular.

Entre esas normas aplicables ocupa un lugar la reflejada en la regla «prior tempore, potior est iure», que atiende a la prioridad de toda adquisición válida respecto de la posterior, ya que, en los casos en que la propiedad haya tenido un titular anterior único, en la transmisión que sea segunda en el tiempo el transmitente carecerá de poder de disposición sobre la cosa en cuanto la misma habrá sido adquirida antes por otro como consecuencia del precedente negocio. Y tal facultad de disponer constituye condición necesaria para que el pago (que, a la vez, es «traditio») complete los efectos transmisivos de la propiedad a favor de quien contrató dicha segunda adquisición (art. 1160 C.c.). También cuenta la prioridad de la propia inscripción cuando, como sucede en los casos de doble venta (art. 1.473 C.c.), la norma aplicable, según lo dicho, supedite a ella la decisión del conflicto entre los compradores.

En el caso de autos, la demandante no pudo adquirir el dominio sobre la finca que reivindica, por el contrato de 1995 y la tradición consiguiente, ya que, sentado que no concurre un supuesto de adquisición a non domino, el vendedor no podía ser en la fecha copropietario, por haberse enajenado la cosa a la demandada varios años antes («nemo plus iuris ad alium transferre potest,

quam ipse habet»). Y nada tiene que ver que el historial registral de una u otra finca sea más antiguo.

Por todo ello, se declara no haber lugar al recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2004.

PRETERICIÓN DE HEREDEROS FORZOSOS NO RECONOCIDOS LEGALMENTE COMO TALES AL TIEMPO DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE Y DE LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA.

ARTÍCULOS CITADOS: 1261.1 Y 1262, 108.2 Y 112, EN RELACIÓN CON EL 807.1, 1058, Y 1080.1, EN RELACIÓN CON EL 1077, TODOS ELLOS DEL CÓDIGO CIVIL.

Antecedentes de hecho

1º.- D. AAA, casado con Dª BBB, y teniendo con ella tres hijos matrimoniales, D. C, D. D y Dª E, fallece el 13 de junio de 1987, bajo testamento otorgado notarialmente el 28 de enero de 1981, por el que instituyó como sus herederos legítimos, por terceras e iguales partes, a sus indicados hijos, legando a la esposa el usufructo vitalicio sobre todos los bienes de la herencia.

2º.- Dichos herederos realizan las operaciones particionales de la herencia, que protocolizan mediante escritura notarial de 19 de septiembre de 1990. En ella asignan a los bienes repartidos un valor de 3.472.707 ptas., si bien, al presentarse el cuaderno en la Delegación Territorial de Hacienda para la liquidación del Impuesto de Sucesiones, por ésta se efectúa una valoración revisora de dicho caudal, a efectos fiscales, de 44.733.930 ptas, el 29 de abril de 1992.

3º.- Ni en el testamento, ni en el cuaderno particional, se incluye como posible heredera a Dª F, nacida el 6 de septiembre de 1938, por su cualidad de hija extramatrimonial del testador, no reconocida legalmente por él, si bien era un hecho conocido por él y por sus herederos.

4º.- Dª F plantea demanda frente a Dª BBB y a D. C, D. D y Dª E, solicitando que se declare que la misma es hija no matrimonial del causante, con todos los derechos legales que ello comporta, tanto familiares, como sucesorios, y con derecho a suceder a su padre como heredera y con los mismos derechos que el resto de coherederos; que se condene a los demandados a tener en cuenta a la misma en las operaciones de cambio, liquidación, división y adjudicación de los bienes de la herencia, declarando la nulidad e ineficacia de los actos y documentos, públicos y privados, que contravengan dichos derechos en el orden sucesorio; y que se ordene la rectificación de la inscripción de nacimiento de la demandante en el Registro Civil para hacer constar en ella la paternidad de D. AAA.

5º.- El Juzgado de 1ª Instancia da lugar, en parte, a la demanda, y reconoce a Dª F como hija no matrimonial de D. AAA y su condición de heredera forzosa del mismo, con derecho a sucederle en la cuarta parte de la legítima estricta de sus bienes relictos, condenando a los otros tres hijos a que le

paguen la cantidad de su correspondiente valor y los intereses legales desde que se practicó la partición, o a entregarle tal valor en bienes de la herencia, con sus frutos o rentas desde entonces; y desestima en lo demás la demanda. La actora plantea recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial. Dª F interpone recurso de casación.

Fundamentos de derecho

La acción de nulidad de las operaciones particionales, y subsidiariamente, de rescisión de las mismas por dolo o culpa grave, que ejercita la recurrente deben ser rechazadas por las siguientes consideraciones:

Es cierto que las operaciones particionales realizadas por los herederos se rigen por las reglas de los contratos y obligaciones que puedan libremente asumirse, y que, por ello, deben de concurrir a las mismas todos los herederos designados, para mostrar su voluntad y dar su consentimiento a ellas, el que deberá ser libremente emitido.

Pero, si bien la actora, hija extramatrimonial del fallecido, compartió con éste y con sus hijos y herederos, durante la vida de aquél, su condición de hecho de tal, no fue reconocida como hija hasta que ella lo solicitó legalmente, lo que no hizo en muchos años, pudiendo no obstante hacerlo, por lo que el causante, que también pudo y no efectuó su reconocimiento en el testamento, otorgó tal última voluntad, designando como sucesores legítimos suyos a los tres hijos habidos de su matrimonio, con los derechos usufructuarios correspondientes a su cónyuge supérstite. Por ello, al momento de realizarse las operaciones de partición, división, liquidación y adjudicación de herencia, que sólo las pueden realizar los herederos, la hija preterida como heredera, no era tal y no podía intervenir en ellas, ni ser llamada a las mismas, por faltarle entonces esa cualidad, y por ello las operaciones realizadas, no son nulas.

Lo que sí procede es que al declararse heredero al que lo es y ha sido preterido, se le reconocen a éste, en la herencia, los derechos que procedan a su favor, pues los actos de los demás herederos no pueden perjudicar a su legítima estricta, «en la parte que le corresponda» (arts. 807.1, 808, 814.1, 823, 851 y 1080 C.c.). Tales derechos son los correspondientes a la legítima estricta, es decir, la cuarta parte del tercio de legítima, ya que no le afectan las mejoras, ni las disposiciones por legados u otras causas, que deben respetar siempre ese tercio, conforme a los preceptos que se acaban de mencionar.

La acción de rescisión de las operaciones particionales debe rechazarse también, por cuanto para su declaración se precisa el previo reconocimiento de haber actuado los demandados con mala fe o dolo, circunstancias éstas que no han resultado probadas.

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

ESCRIBE PARA LUNES

Carlos Colomer Ferrándiz (Inspector de Hacienda)

LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN TRIBUTARIA (2ª PARTE)

ESQUEMA:

3.- Normas comunes a los procedimientos tributarios

3.1 Fases de los procedimientos
3.1.1. Iniciación
3.1.2 Desarrollo
- El trámite de audiencia
3.1.3 Terminación

3.2 Liquidaciones

3.3 Obligación de resolver y plazos de resolución

3.4 Prueba

3.5 Notificaciones

3.6 Entrada en el domicilio de los obligados tributarios

3.7 Denuncias

3.8 Potestades y funciones de comprobación e investigación

3.- NORMAS COMUNES A LOS PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS.

Como dijimos al principio del tema, para llegar a los procedimientos de gestión tributaria se hace necesario, previamente, analizar los principios generales de aplicación de los tributos –que hemos efectuado en el epígrafe anterior- y las normas comunes a los procedimientos tributarios –que desarrollamos bajo el presente epígrafe-.

Como su nombre indica, se trata de un conjunto de normas que afectan a todos los procedimientos tributarios –de gestión, inspección y recaudación- pero para nosotros ofrecen especial interés por cuanto estos preceptos constituyen la regulación esencial de aquellos procedimientos, especialmente de gestión tributaria, que no están expresamente regulados en esta Ley.

Conviene detenerse un momento para entender el cambio de enfoque que supone la Ley General Tributaria frente a la concepción anterior

Hasta la entrada en vigor de la vigente Ley General Tributaria, el ordenamiento

tributario había acentuado su singularidad frente al procedimiento administrativo general lo cual había generado no pocos problemas de gestión y en general había sido cuestionado por la jurisprudencia.

Las «Normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios» de la actual Ley plasman la aproximación de las normas reguladoras de los procedimientos tributarios a las normas administrativas generales, dado que la Ley General Tributaria se limita a establecer las especialidades que existen en las normas tributarias, remitiéndose en lo demás a las normas reguladoras del procedimiento administrativo común.

La aproximación del Derecho Tributario español al Derecho Administrativo general en materia de procedimientos constituye uno de los aspectos más importantes de la reforma que contiene la nueva Ley General Tributaria al objeto de incrementar la seguridad jurídica en las relaciones entre los contribuyentes y la Administración tributaria. El objeto de la nueva Ley es, por un lado, eliminar las diferencias que injustificadamente subsisten en la regulación de los procedimientos tributarios respecto a las normas generales del procedimiento administrativo, logrando una más coherente unidad del ordenamiento jurídico, y, por otro lado, mantener aquellas especialidades que responden a la naturaleza propia de la relación jurídico-tributaria y resultan necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Dentro de las posibilidades planteadas sobre cómo efectuar la aproximación a los preceptos del Derecho administrativo general, el legislador ha optado por remitirse a las normas reguladoras del procedimiento administrativo común de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, introduciendo en la Ley General Tributaria únicamente las especialidades que resulten necesarias, al entender que el ánimo codificador de esta Ley y la consecución prioritaria del objetivo de incrementar la seguridad jurídica se integran de una forma más satisfactoria mediante esta fórmula.

Se descarta, por tanto, la alternativa de regular todo el procedimiento en materia tributaria y la de reproducir preceptos ya contenidos en la Ley 30/1992, evitándose de esta forma tradicionales problemas interpretativos. Tampoco se realizan remisiones a artículos concretos de la Ley 30/1992, al objeto de que la nueva Ley General Tributaria no se vea afectada por una eventual modificación de aquélla.

No obstante, la nueva Ley regula de forma más detallada aquellas materias respecto a las que la disposición adicional quinta de la Ley 30/1992 otorga al Derecho tributario mayor grado de autonomía, como los plazos máximos de resolución y los efectos de su incumplimiento, así como la regulación delos recursos y reclamaciones del Título V de la nueva Ley.

Para dar forma a esta concepción, entroncada con el Derecho administrativo general, aparece un artículo pórtico –el **artículo 97-** en el que se establece un elemental sistema de fuentes en materia de procedimientos tributarios, al disponer que:

Las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos se regularán:

a) Por las normas especiales establecidas en este título y la normativa reglamentaria dictada en su desarrollo, así como por las normas procedimentales recogidas en otras leyes tributarias y en su normativa reglamentaria de desarrollo.

b) Supletoriamente, por las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos.

Resulta así que las cuestiones procedimentales aplicables a la gestión de los tributos se regularán en primer término por las normas especiales contenidas en el Título III y en su normativa reglamentaria de desarrollo y, en su defecto, por las normas del procedimiento administrativo común.

Las normas de procedimiento administrativo común se contienen principalmente en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Congruente con esta concepción la Ley regula inmediatamente –artículos 98 a 104- las especialidades de los procedimientos administrativos en materia tributaria, lo que le lleva a desarrollar

- las fases de los procedimientos tributarios
- las liquidaciones tributarias
- la obligación de resolver
- los plazos de resolución

3.1 FASES DE LOS PROCEDIMIENTOS

Los **artículos 98 a 100** tratan de las fases de los procedimientos tributarios siguiendo la estructura tradicional –inicio, desarrollo y terminación- y deteniéndose en las especialidades tributarias.

3.1.1. Iniciación

El **artículo 98** prevé de forma muy amplia las formas de iniciación de los procedimientos tributarios, especialmente de gestión tributaria, al prever que el procedimiento pueda iniciarse:

-de oficio
-a instancia del obligado tributario

La iniciación a instancia del obligado tributario puede efectuarse mediante autoliquidación, declaración, comunicación, solicitud o cualquier otro medio previsto en la normativa tributaria.

·<u>Iniciación del procedimiento y Oficinas Liquidadoras</u>

La forma normal, ordinaria, de iniciación del procedimiento en las Oficinas Liquidadoras, es *a instancia de parte mediante autoliquidación*.

La autoliquidación es obligatoria, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y opcional en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para todas las Comunidades Autónomas excepto Andalucía, Castilla y León y Región de Murcia.

Desde el 1 de enero de 2004, se ha establecido, en estas tres Comunidades, con carácter obligatorio, el régimen de autoliquidación del impuesto.

La iniciación del procedimiento *a instancia de parte mediante declaración sin*

autoliquidación, en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, constituye un supuesto singular de iniciación de un procedimiento a instancia de parte, procedimiento que, a diferencia de lo que sucede con la autoliquidación, no se cierra con la presentación de la declaración sino que comporta una serie de actuaciones enmarcadas en el mismo.

Junto a ambos supuestos de iniciación del procedimiento a instancia de parte, cabe también la *incoación de oficio del procedimiento* como sucede cuando se produce una actuación inquisitiva de la Oficina Liquidadora, como por ejemplo al revisar el cumplimiento de los requisitos de disfrute de la exención de VPO o de la bonificación por sucesión en la empresa familiar, supuestos todos de iniciación de oficio del procedimiento, que se enmarcan en los distintos procedimientos de gestión.

Debe, también, tenerse presente que la iniciación del procedimiento mediante autoliquidación con ingreso, de ordinario, supone la iniciación y finalización a un tiempo de este procedimiento. Resulta así que cualquier actuación de la Administración tendente a completar datos, recabar información, comprobar valores, etcétera, supondrá el inicio de un nuevo y distinto procedimiento gestor que quedará enmarcado entre los procedimientos iniciados de oficio, con las consiguientes consecuencias en materia de plazos de resolución –artículo 104- y lugar para la práctica de las notificaciones –artículo 110-.

3.1.2 Desarrollo

El **artículo 99** detalla las especialidades tributarias en el desarrollo del procedimiento.

De éstas nos interesa destacar, sobre todo, tres aspectos: los relativos a la prueba, presentación de documentos y el trámite de audiencia.

En materia de presentación de documentos la ley recoge el criterio según el cual los obligados tributarios tienen derecho a no presentar los documentos que se le requieran cuando éstos hubiesen sido ya presentados o estuviesen en poder de la Administración.

En cuanto a la práctica de la prueba, se establece que, en los procedimientos tributarios, no será necesaria para la práctica de la prueba, la apertura de un periodo específico, ni la comunicación previa de las actuaciones a los interesados.

El trámite de audiencia merece ser tratado en detalle dada la relevancia que tiene en esta materia.

·El trámite de audiencia

La acogida del trámite de audiencia en la vigente Ley General Tributaria se establece en el artículo 34.1.m al disponer como derecho del contribuyente el *derecho a ser oído en el trámite de audiencia, en los términos previstos en esta ley*.

La Ley –artículo 99.8- fija la regla general de apertura de un plazo de audiencia antes de redactar la propuesta de resolución, pero excepciona de dicho trámite dos supuestos:

-aquellos procedimientos que tengan establecido un trámite de alegaciones posterior a dicha propuesta

Con ello trata de evitar la duplicidad de trámites de audiencia existente hoy en los procedimientos tributarios. Así, algunos procedimientos, como el de verificación de datos, que se inician directamente con una propuesta de liquidación, puedan tramitarse de forma ágil sin merma de los derechos del contribuyente.

En la práctica lo que sucede, curiosamente, es que la excepción se convierte en regla general, pues, como veremos más adelante, en casi todos los procedimientos de gestión está previsto un trámite de alegaciones posterior a la propuesta de resolución, con lo que la regla general es la inexistencia de trámite de audiencia autónomo, por cuanto se entiende incluido en el trámite de alegaciones.

-los supuestos en que se suscriban actas con acuerdo.

El supuesto de actas con acuerdo no tiene interés dado el enfoque de nuestro estudio y la imposibilidad de las Oficinas Liquidadoras para levantar actas con dicho carácter.

A estos dos supuestos de excepción del trámite de audiencia que menciona expresamente la Ley General Tributaria entendemos que debe añadirse un tercero que trae causa de la dicción del artículo 84.4 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con arreglo a la cual se podrá prescindir del trámite de audiencia:

-cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

La entrada de este supuesto de la Ley 30 está legitimada por la remisión que el artículo 97.b efectúa a las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos.

Esta excepción se ha interpretado, en general, en sentido estricto, excluyendo del trámite de audiencia supuestos muy concretos como los de práctica de recargos por presentación extemporánea, liquidación de intereses de demora o simple rectificación de errores aritméticos.

En la propia Ley General Tributaria, al tratar del procedimiento de gestión iniciado mediante declaración, veremos un supuesto –artículo 129.3 párrafo 1º - en que se aplica esta hipótesis.

3.1.3 Terminación

El **artículo 100** enumera las formas de terminación de los procedimientos tributarios con una cláusula general muy amplia que pretende abarcar todos los supuestos posibles como la resolución, el desistimiento, la renuncia, la imposibilidad material de continuarlos, la caducidad y cualquier otra causa prevista legalmente.

Ejemplo de la terminación por «otra causa» es el supuesto del artículo 133.1.e de la Ley, que prevé como forma de terminación del procedimiento de verificación de datos el inicio de un procedimiento de comprobación limitada o de inspección que incluya el objeto del procedimiento de verificación de datos.

Se añade como forma específica de terminación del procedimiento la contestación automatizada, en aquellos procedi-

mientos en que esté prevista esta forma de terminación.

3.2 LIQUIDACIONES

La Ley General Tributaria, tras abordar las especialidades tributarias que afectan a las fases de los procedimientos, se ocupa de determinar el concepto, clases y notificación de las liquidaciones.

-Concepto y clases de liquidación

El **artículo 101** establece el concepto de liquidación, por primera vez en la Ley General Tributaria, como acto administrativo resolutorio por el que se cuantifica la deuda tributaria o la cantidad a devolver o a compensar.

En cuanto a las clases de liquidación, se mantiene la tradicional distinción entre liquidaciones provisionales y definitivas.

· *Liquidaciones definitivas* son las practicadas en el procedimiento inspector y las demás a las que la normativa tributaria atribuya este carácter.

· *Liquidaciones provisionales* son todas las demás

La Ley General Tributaria sólo contempla como definitivas las practicadas en el procedimiento inspector –ajeno, en principio a las Oficinas Liquidadoras- y aquellas a las que la normativa atribuya dicho carácter. Quiere ello decir que, de ordinario, tendrán siempre carácter provisional las liquidaciones emitidas por las Oficinas Liquidadoras, que deberán ser cautas a la hora de incorporar sellos o formular menciones en las escrituras o junto a ellas del tenor de "se eleva a definitiva la presente liquidación .." por los problemas que puede conllevar dicha mención.

Insistimos: no parece prudente que las Oficinas Liquidadoras –o cualquier otro órgano de gestión tributaria- califique como definitiva la liquidación girada por la misma mientras esté viva la acción liquidatoria por no haber transcurrido el plazo de prescripción. Es significativo en este sentido, no sólo la dicción del artículo 101.3 que estamos comentando, sino también la de los distintos procedimientos de gestión tributaria:

-el artículo 130.a), que prevé como forma de terminación del procedimiento iniciado mediante declaración la «liquidación provisional»

- el artículo 133.1.b) prevé como forma de terminación del procedimiento de verificación de datos la «liquidación provisional»

- el artículo 138.3 prevé el carácter provisional para la liquidación que finalice el procedimiento de comprobación limitada. Además, el artículo 140.1, al regular los efectos de la regularización en el procedimiento de comprobación limitada, prevé la posible modificación de la regularización efectuada por descubrimiento de nuevos hechos o circunstancias.

Por lo demás, tengamos presente que el carácter provisional de las liquidaciones giradas no supone que las mismas puedan, sin más, ser objeto de ulterior comprobación y liquidación, pues la norma prevé que sólo puedan serlo en la forma que se verá al tratar de los distintos procedimientos de

gestión tributaria, y que resumimos a continuación.

- Revisión de las liquidaciones

Las operaciones en relación con las que se dicten las liquidaciones provisionales son susceptibles de soportar una liquidación definitiva, es decir, que es admisible una liquidación posterior sobre el mismo tributo y ejercicio, lo que no significa que la liquidación provisional pueda, sin más, ser rectificada por el mismo u otro órgano administrativo, pues una de las preocupaciones constantes de la nueva Ley es el incremento en la seguridad jurídica, que podría quedar afectada por una excesiva revisabilidad de dichas liquidaciones

La Ley se preocupa de diferenciar claramente los conceptos de liquidación provisional y liquidación susceptible de rectificación, resolviendo así las dudas que plantea el régimen actual al señalar en cada caso concreto el alcance de la comprobación que pueda realizarse posteriormente.

Así, en la nueva Ley, el carácter revisable de una liquidación provisional depende de los medios empleados en la comprobación que la origina:

La liquidación practicada en un procedimiento de verificación de datos –popularmente conocida como «liquidación paralela»- por un órgano de gestión tributaria no impide una posterior comprobación del objeto de la misma –artículo 133.2.

La liquidación practicada en un procedimiento de comprobación limitada podrá ser revisada únicamente si en una inspección posterior se descubren nuevos hechos al emplear otros medios distintos de los empleados en la comprobación limitada –artículo 140.

La liquidación provisional que procede de una comprobación realizada por la inspección sin limitación de medios –por ejemplo, un acta previa resultante de unas actuaciones de carácter parcial- no es susceptible de ser modificada en una actuación posterior de carácter general –artículo 148.

-Notificación de las liquidaciones

La notificación de las liquidaciones tributarias se regula en el **artículo 102,** detallando todos los elementos que necesariamente deberá contener y destacando la exigencia de motivación de todas las liquidaciones y la obligación de notificarlas.

En cuanto a los elementos son fundamentales e inexcusables:

-la identificación del obligado tributario

-los elementos determinantes de la cuantía de la deuda

Cabe recordar que el artículo 49 y siguientes de la Ley cita como tales elementos las bases tributarias –imponible y liquidable-, los tipos de gravamen, las cuotas íntegra y líquida y la deuda tributaria –que se integra, además de por la cuota, por el interés de demora y los recargos. Las sanciones, como dijimos y volveremos a ver, quedan fuera del procedimiento liquidador.

-motivación

La motivación no se limita, como sucedía en la antigua Ley, a los casos de elevación de la base imponible respecto de la declarada por obligado tributario sino que se extiende a todos los supuestos en que

la liquidación no se ajuste a los datos consignados por el obligado tributario o a la aplicación o interpretación de la norma realizada por el mismo. En definitiva, se requiere motivación en cualquier supuesto de discrepancia entre la Administración y el obligado, tanto si la misma afecta a elementos de hecho como a la interpretación de las normas.

Especial interés en esta materia es la relativa a la motivación en la comprobación de valores, respecto a la que dice el artículo 102.3 párr. 2º que el aumento de base imponible sobre la resultante de las declaraciones deberá notificarse al contribuyente con expresión concreta de los hechos y elementos adicionales que lo motiven, excepto cuando la modificación provenga de revalorizaciones de carácter general autorizadas por las leyes.

-medios de impugnación que puedan ser ejercidos

Debe mencionarse el órgano ante el que se hayan de presentar y plazo. Entre dichos medios, para el caso de elevación de la base declarada, parece ineludible el ofrecimiento de la tasación pericial contradictoria.

-lugar, plazo y forma de satisfacción de la deuda tributaria

- carácter provisional o definitivo de la liquidación

3.3 OBLIGACIÓN DE RESOLVER Y PLAZOS DE RESOLUCIÓN

Los **artículos 103 y 104** se ocupan de la obligación de resolver y los plazos de resolución.

En cuanto a la *obligación de resolver,* el artículo 103 regula el deber de resolver de la Administración así como los supuestos en que sus actos deben estar motivados.

La determinación de los *plazos máximos para resolver* es una de las cuestiones de mayor trascendencia de la nueva Ley, dadas las consecuencias vinculadas a su incumplimiento.

El **artículo 104** regula de forma sistemática los plazos de resolución de los procedimientos tributarios, el cómputo de los mismos y los efectos de la falta de resolución.

<u>-Plazos de resolución</u>

Se fija como principio general un plazo máximo de *seis meses* para resolver, salvo

- plazo superior establecido por Ley o norma comunitaria

- plazo inferior determinado en los distintos procedimientos

Es decir, se excluye la posibilidad de que una norma reglamentaria establezca plazos de resolución superiores a los seis meses.

Únicamente se excluye de estas reglas el procedimiento de apremio, que puede extenderse hasta la prescripción de la acción de cobro.

-Cómputo de los plazos de resolución

El plazo se computa

Desde:

-en los procedimientos iniciados de oficio: la notificación del acuerdo de inicio

Por ejemplo, en el procedimiento de comprobación de valor, verificación, comprobación limitada, etc.

-en los procedimientos iniciados a instancia del interesado: la entrada del documento en el registro del órgano competente para su tramitación

Por ejemplo, al presentar una declaración del ISD, al instar una devolución, etc.

Hasta:

-la notificación de la resolución

El plazo de seis meses es ciertamente breve, pero la dureza que el mismo supone para la Administración gestora se atenúa por dos razones:

1º/ Porque basta un solo intento de notificación que contenga el texto íntegro del acto para entender cumplida la obligación de notificar.

2º/ A efectos del cómputo, no se computan las dilaciones no imputables a la Administración ni los periodos de interrupción injustificada.

-Consecuencias del incumplimiento del plazo

Las consecuencias del incumplimiento del plazo de resolución es una de las materias en las que se producen mayores novedades.

-Régimen general

Los efectos de la falta de resolución expresa se regulan distinguiendo entre procedimientos iniciados a instancia de parte y procedimientos iniciados de oficio, si bien en ambos casos las consecuencias serán las que prevea la normativa que regule el procedimiento de que se trate, fijándose unos criterios para el supuesto de ausencia de regulación expresa.

Conviene insistir en que el régimen del artículo 104 apartados 3 y 4 es el régimen previsto para el supuesto de ausencia de regulación expresa. Pero en los procedimientos de gestión que constituyen el objeto de nuestro estudio sí se produce dicha regulación expresa, por lo que su interés, a estos efectos, es limitada y nos lleva a resumir a continuación su regulación:

En los procedimientos iniciados a instancia de parte la regla general es el silencio positivo, salvo en los casos de solicitudes formuladas en los procedimientos de ejercicio del derecho de petición y en los de impugnación de actos o disposiciones, en los que el silencio será negativo.

En los procedimientos iniciados de oficio, en defecto de normativa expresa, se prevé como regla general el silencio negativo, salvo en los procedimientosque puedan producir efectos desfavorables a los interesados en los que se produce la caducidad.

-Régimen en los procedimientos de gestión

Con carácter general, la falta de resolución expresa en el plazo de seis meses

determina dos efectos, la caducidad y la inexigibilidad de los intereses de demora.

La *caducidad* impide la producción de efectos interruptivos a las actuaciones realizadas en los procedimientos caducados y niega a dichas actuaciones la consideración de requerimientos administrativos a los efectos previstos en el artículo 27.1.´

Resulta así que los ingresos efectuados tras la declaración de caducidad por un obligado tributario soportarán sólo los recargos por presentación extemporánea sin requerimiento previo del artículo 27 de la Ley.

Sin embargo, la caducidad no produce por sí sola la prescripción de derechos y acciones, por lo que la Administración puede proceder de oficio a iniciar un nuevo procedimiento dentro del plazo de prescripción.

Las actuaciones efectuadas en los procedimientos caducados conservan, además, su validez o eficacia a efectos probatorios en procedimientos iniciados, o que puedan iniciarse con posterioridad, en relación con el mismo u otro obligado tributario.

-Las Oficinas Liquidadoras y los plazos de resolución de los procedimientos tributarios

Parece conveniente recapitular sobre cuanto hemos visto para referirlo a la actuación de las Oficinas Liquidadoras

El plazo general de resolución es de seis meses debiendo destacar que el cómputo de dicho plazo se efectúa

-si se trata de procedimientos iniciados a instancia de parte:

-desde la fecha de entrada del documento en el registro del órgano competente para su tramitación

-si se trata de procedimientos iniciados de oficio

-desde la fecha de notificación del acuerdo de inicio

En ambos casos la fecha límite es la de notificación de la resolución al obligado.

La dureza –por brevedad- de dicho plazo se ve atemperada, para las Oficinas gestoras, por la suavización de la exigencia de notificación, ya que basta con un solo intento para entender cumplida la obligación de notificar. En esta línea suavizadora de las exigencias se sitúa también la previsión de que no se incluyen en el cómputo del plazo de resolución las dilaciones no imputables a la Administración tributaria.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de los plazos, nos hemos referido a ellas anteriormente, distinguiendo también según procedimientos. Profundizando en lo señalado en el apartado anterior debemos tener siempre presente que la previsión de la Ley opera siempre en defecto de regulación expresa para cada tributo, disponiendo la propia Ley que todo procedimiento de aplicación de los tributos debe regular el régimen de actos presuntos que le corresponda.

Cabe subrayar, en relación con la gestión de tributos por las Oficinas Liquidadoras, que la presentación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, mediante declaración sin autoliquidación, constituye un supuesto de iniciación del procedimiento a instancia de parte cuya resolución en un plazo superior a seis meses constituiría un

supuesto de estimación de su solicitud, de no ser porque existe una normativa expresa reguladora del procedimiento de gestión tributaria iniciado mediante declaración que, como tendremos ocasión de ver, establece un régimen específico distinto al de silencio positivo.

En cuanto a los procedimientos iniciados de oficio, tanto en relación con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones como con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados –sean de verificación de datos, comprobación de valor, comprobación limitada, etcétera- el plazo de seis meses también será preclusivo teniendo la superación de dicho plazo, como consecuencia ordinaria, la caducidad del procedimiento.

Debe, por lo demás, recordarse que la caducidad no produce por sí sola la prescripción de derechos y acciones pero impide la producción de efectos interruptivos para los actos realizados por las Oficinas Liquidadoras cerca del contribuyente.

3.4 PRUEBA

La regulación de la prueba en la Ley General Tributaria mantiene, en esencia, el régimen de la antigua ley, con algunas mejoras en la técnica legislativa.

-Carga de la prueba

Comienza con el **artículo 105** que trata de la carga de la prueba fijando el criterio, tradicional en nuestro derecho, de que la carga de la prueba corresponde a cada parte en lo que le favorece.

Dispone el precepto que *en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo*

Este principio de carga de la prueba, conocido como principio dispositivo –frente al inquisitorial que atribuye a la Administración la función de acreditar la verdad material aun en lo que le perjudique- subraya y resalta el plano de igualdad en el que se mueven los sujetos activos y pasivos en todas las relaciones tributarias

-Medios de prueba

En cuanto a los medios de prueba el **artículo 106** se remite al Código Civil y a la Ley de Enjuiciamiento Civil en todo lo no previsto en la norma tributaria. A partir de ahí, la Ley regula especialidades sobre prueba en el ámbito tributario y aquellas cuestiones que no están resueltas por las normas civiles o procesales vigentes.

Dentro de estas especialidades cabe citar el tratamiento de las facturas y la referencia al valor probatorio de las diligencias.

La factura se contempla como medio cualificado de prueba en el ámbito tributario. El artículo 106 incorpora a la Ley General Tributaria la necesidad de justificar, de forma prioritaria, mediante factura o documento sustitutivo, los gastos y deducciones originados por operaciones realizadas por empresarios o profesionales, según el deber de facturación. Dicha incorporación se realiza respetando el principio fundamental de libertad de prueba, que no es incompatible con el establecimiento de requisitos formales de deducibilidad.

En determinados impuestos, como el Impuesto sobre el Valor Añadido, dichos requisitos formales convierten a la factura o documento equivalente en único *justifi-*

cante admitido para la deducibilidad de cuotas.

El **artículo 107** incorpora una mención genérica al valor probatorio de las diligencias extendidas en el curso de los procedimientos tributarios.

-La prueba y las Oficinas Liquidadoras

Referenciamos, a continuación, una serie de puntos especialmente relevantes en relación con la prueba en los tributos gestionados por las Oficinas Liquidadoras.

En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones la prueba de las cargas, gastos y deudas en las adquisiciones mortis causa[1], como la de las cargas y deudas deducibles en adquisiciones lucrativas 'inter vivos'[2] resulta decisiva para la cuantificación de la base de liquidación, al igual que la prueba del importe satisfecho en el extranjero[3] cobra relevancia en relación con la deducción de la cuota. Además, todas las reducciones de la base deben justificarse, en su caso, mediante la acreditación de los requisitos necesarios para su aplicación[4] y, en todos los casos, deben tenerse en cuenta los principios probatorios fijados en la Ley General Tributaria que, en principio, suponen la carga de la prueba al obligado tributario, en cuanto pretende hacer valer su derecho a las deducciones, reducciones, etcétera.

En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados sucede lo mismo en relación, sobre todo, con las exenciones[5] como también para determinar la base de liquidación, especialmente en las dos primeras modalidades de gravamen[6].

-Presunciones

El **artículo 108**, que cierra este apartado, recoge el régimen de presunciones en materia tributaria, sentando como principio general el carácter 'iuris tantum' de las mismas, esto es, susceptible de prueba en contrario, excepto previsión legal distinta.

Especial importancia tiene aclarar el alcance de la presunción de veracidad de los datos declarados que contiene el artículo 108.4 al decir que *los datos y elementos de hecho consignados en las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones y demás documentos presentados por los obligados tributarios se presumen ciertos para ellos y sólo podrán rectificarse por los mismos mediante prueba en contrario.*

Hay que tener presente que el concepto de declaración en la nueva Ley no sólo incluye la declaración del hecho imponible sino también las que contienen datos relativos a terceras personas. Por ello se dispone, a continuación del precepto citado, que si los datos declarados están incluidos en las declaraciones o contestaciones a requerimientos de terceras personas y el obligado alega la inexactitud o falsedad de los mismos, deben ser ratificados por el declarante, que deberá probarlos documentalmente.

Las presunciones encuentran especial aplicación en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, tanto en lo relativo a presunciones de hechos imponibles[7] como para las presunciones de adición de bienes[8]. La propia Ley prevé la posible prueba en contrario y reglamenta el procedimiento para la aplicación de dichas presunciones[9].

El cálculo del ajuar doméstico se efectúa mediante una norma presuntiva[10] que admite prueba en contrario, según recoge la norma y reitera la jurisprudencia, con algún pronunciamiento singular, en ocasiones, como el recogido en la nota adjunta[11].

3.5 NOTIFICACIONES

La regulación de las notificaciones en la Ley –**artículo 109**- sigue el criterio de aproximar su régimen jurídico al establecido con carácter general por las normas administrativas, con algunas especialidades en las que nos detendremos.

-Lugar de práctica

El **artículo 110** distingue, según el modo de iniciar el procedimiento:

-En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado la notificación se realizará, de forma prioritaria, en el lugar señalado a tal efecto por el obligado tributario y, en su defecto, en el domicilio fiscal.

-En los procedimientos iniciados de oficio, la notificación podrá realizarse en el domicilio fiscal, en el centro de trabajo, en el lugar donde se desarrolle la actividad o en cualquier otro adecuado a tan fin.

Se aprecia la inexistencia de prelación en los procedimientos iniciados de oficio que podrán serlo en cualquiera de los lugares citados.

-Recepción de la notificación

El **artículo 111** faculta para recibir las notificaciones *en el domicilio* del interesado a:

-el obligado tributario
-el representante del obligado tributario
-la persona que se encuentre en dicho lugar, identificada
-los empleados de las comunidades de vecinos o de propietarios.

Se recoge así la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que admite la validez de la notificación al conserje o portero. Vale la pena recordar la sentencia de 24 de octubre de 2001 en la que señala el Tribunal que en la actual estructura urbanística de las grandes ciudades, con una arquitectura vertical en altura y una configuración de la propiedad, paradójicamente llamada horizontal, es uso y costumbre la existencia de un empleado de tal comunidad («portero» o «conserje») encargado de recibir la correspondencia que acarrea el funcionario postal («cartero») y distribuirla entre los ocupantes o vecinos; la recepción por la sociedad contribuyente de la comprobación valorativa mediante envío por correo certificado con acuse de recibo a través del conserje de la finca donde tiene su domicilio social y fiscal, justifica el conocimiento del acto administrativo por la entidad destinataria.

-Imposibilidad de notificar

Para los casos de imposibilidad de notificar al obligado tributario, intentada la notificación **dos veces** en el domicilio fiscal, se regula en el **artículo 112** la notificación por comparecencia.

Este sistema de notificación sustituye a la notificación edictal, con vistas a salvaguardar el derecho a la intimidad de los obligados, ya que el objeto de la publicación que se efectúa no es el propio acto

administrativo sino un anuncio en el que se hace constar la existencia de una notificación pendiente de practicar por motivos no imputables a la Administración.

La regulación de la notificación por comparecencia presenta como novedades más significativas las siguientes:

· Basta un solo intento de notificación cuando el destinatario de la notificación conste como desconocido en el domicilio donde deba practicarse.

· Se limita la publicación de los anuncios en el boletín oficial correspondiente a los días 5 y 20 de cada mes.

Se facilita así el conocimiento de la notificación por los posibles destinatarios de la misma, ya que alivia la carga de consultar el Boletín, limitándola a dos días al mes.

· Se convierte en potestativa, a diferencia del régimen actual, la exposición de los anuncios en la oficina de la Administración tributaria competente.

· Se prevé la posible realización de anuncios mediante el empleo de las nuevas tecnologías.

· Se amplía el plazo para comparecer, fijándose en quince días naturales.

El apartado 3 del artículo 112, con vistas a proteger a la Administración de un obligado tributario de difícil localización establece que, en aquellos procedimientos en los que el inicio o cualquier otro de sus trámites o actuaciones se entienda notificado por no haber comparecido, se tendrá por notificado al interesado de las sucesivas actuaciones de dicho procedimiento, salvo la notificación de la liquidación resultante, que deberá realizarse por los medios previstos en la Ley.

-Las notificaciones y las Oficinas Liquidadoras

Junto con las valoraciones y la prescripción, el tema de las notificaciones y la incorrección de su práctica es uno de los motivos más alegados en los recursos presentados contra las liquidaciones giradas en relación con los tributos gestionados por las Oficinas Liquidadoras.

Intentamos, por ello, recapitular lo visto y sistematizar didácticamente las cuestiones más relevantes.

-¿Dónde se debe notificar?

Hay que distinguir según el procedimiento se haya iniciado de oficio o a instancia del obligado tributario.

De ordinario la iniciación será de oficio, en el seno de un procedimiento de comprobación o verificación por la Administración, salvo que se trate de una declaración sin autoliquidación por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Como antes dijimos, la presentación de la autoliquidación, sea en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, constituye un supuesto de iniciación y terminación, a un tiempo, del procedimiento a instancia de parte.

En consecuencia, en general, cabrá notificar en cualquiera de los lugares señalados por la norma para los procedimientos ini-

ciados de oficio –domicilio fiscal, centro de trabajo, localización de la actividad-.

Por excepción, en el caso de las declaraciones sin autoliquidación por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones habrá de notificarse al lugar señalado en la declaración por el obligado tributario y, en su defecto, en el domicilio fiscal.

Dicho régimen parece extensivo a las autoliquidaciones, pues por lógica parece razonable que se notifique al lugar que fija en la autoliquidación, salvo si es por comprobación inspectora o similar.

-¿A quién se debe notificar?

Al obligado tributario o su representante y, de no estar presentes, a cualquier persona que se encuentre en el lugar señalado o domicilio y haga constar su identidad.

La notificación al conserje o portero, caso de no estar presentes los notificados, es válida.

-¿Cuántas veces debe intentarse la notificación?

En principio dos veces, salvo que conste como desconocido en que bastará una sola vez.

-¿Qué sucede si no se puede efectuar la notificación ordinaria?

Se puede notificar por comparecencia, anunciando en el Boletín correspondiente la necesidad de que se persone para recoger una notificación pendiente, con las características antes vistas.

Hay que tener presente que la Disposición Transitoria tercera, número 2, letra b) de la Ley General Tributaria dispone la aplicación de la previsión sobre publicación de la notificación por comparecencia a los procedimientos iniciados antes del 1 de julio de 2004, lo que quiebra el principio general de inaplicación de la normativa procedimental a los procedimientos tributarios iniciados antes de dicha fecha.

-¿Qué sucede si no comparece el obligado tributario?

Se le tiene por notificado de todo el procedimiento, incluidas las actuaciones sucesivas, excepto la notificación de la liquidación que deberá efectuarse por los medios previstos.

3.6 ENTRADA EN EL DOMICILIO DE LOS OBLIGADOS TRIBUTARIOS

El **artículo 113** establece, de forma común a todos los procedimientos tributarios, y por tanto a los procedimientos de gestión, el requisito de la autorización judicial para la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido de los obligados tributarios o el consentimiento de éstos.

Esta cuestión, cuya previsión en la Ley General Tributaria parece meramente didáctica, tiene especial relevancia en relación con la comprobación de valor en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, dada la existencia de una corriente doctrinal y, en parte, jurisprudencial que aboga por la necesaria visita del valorador al inmueble a efectos de efectuar su comprobación.

Como reflejo de la posición jurisprudencial mayoritaria en este tema

cabe citar la doctrina del Tribunal Económico-administrativo Central en resolución de 23 de abril de 2003, con arreglo a la cual, el reconocimiento personal de los inmuebles por los técnicos valoradores puede tener relevancia en algunos casos de especial complejidad, pero la visita personal a las fincas no es una exigencia cuya omisión invalide la tasación, cuando por otros medios, estudios realizados y por los propios datos aportados por los interesados se puede llegar a formular un dictamen que se ajuste a las características del bien.

En consecuencia, cuando se trate de la visita a un inmueble que constituya el domicilio de un obligado tributario, será necesario el consentimiento de éste o una autorización judicial si quiere efectuarse la visita 'in situ'.

3.7 DENUNCIAS

El **artículo 114** regula la denuncia pública. De su regulación destaca como novedad la previsión expresa de que la misma no se incorporará al expediente, que, en su caso, se inicie a consecuencia de la misma. Con ello se pretende mantener el anonimato del denunciante.

Se mantiene, por lo demás, la separación del denunciante del procedimiento, no considerándole interesado en las actuaciones administrativas que se inicien ni en la interposición de recursos o reclamaciones contra el resultado de dichas actuaciones.

3.8 POTESTADES Y FUNCIONES DE COMPROBACIÓN E INVESTIGACIÓN

El Capítulo relativo a las normas comunes en los procedimientos tributarios se cierra con los artículos dedicados a las potestades y funciones de comprobación e investigación.

El **artículo 115** recoge una mención general a la facultad administrativa de *comprobación e investigación* de los elementos determinantes de la obligación tributaria y a la posibilidad de que las *calificaciones* realizadas por los contribuyentes sean modificadas en los procedimientos de comprobación e inspección, lo que supone aclarar de una forma definitiva la habilitación a los órganos de gestión tributaria para que puedan calificar en los procedimientos de comprobación que tramiten.

Asimismo, se reconoce la posibilidad de regularizar la situación tributaria en un procedimiento de aplicación de los tributos si se comprueba que no se cumplen las condiciones o los requisitos a los que se supeditaba un determinado acto de concesión o reconocimiento de un *beneficio fiscal*. En estos casos no se requerirá la previa revisión de dicho acto.

Ambas cuestiones son de especial interés para las Oficinas Liquidadoras:

Por una parte, que se reconoce expresamente a los órganos de gestión –y por tanto a las Oficinas Liquidadoras- la plena función y competencia calificadora y comprobadora.

Por otra parte, que se prevé que los actos de concesión o reconocimiento de beneficios fiscales que estén condicionados al cumplimiento de ciertas condiciones futuras o a la concurrencia de determinados requisitos, tendrán carácter provisional en cuanto que no fueron comprobados.

Tiene aplicación este precepto tanto en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados –por ejemplo, para viviendas de protección oficial, transmisión de vehículos usados, etcétera- como en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones –exenciones de empresa familiar o vivienda habitual, especialmente-.

El aspecto más relevante de la regulación actual es que la Ley General Tributaria excusa al órgano gestor de la necesidad de iniciar un procedimiento revisor para modificar su previa calificación, pues dispone que la Administración tributaria podrá comprobar en un procedimiento posterior de aplicación de los tributos la concurrencia de tales condiciones o requisitos y regularizar la situación tributaria del obligado, sin necesidad de proceder a la previa revisión de dichos actos provisionales.

El **artículo 116**, por lo demás, establece la obligación de la Administración de elaborar un Plan de Control Tributario y hacer públicos los criterios que lo informan, aunque se le atribuye un carácter reservado.

(Footnotes)

[1] Artículos 12, 13 y 14 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

[2] Artículos 16 y 17 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

[3] Artículo 22.1 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

[4] Artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

[5] Artículo 45 del Texto Refundido.

[6] Artículo 10.1.a) para transmisiones patrimoniales onerosas y 25.2 para operaciones societarias.

[7] Artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

[8] Artículo 11 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

[9] Artículos 92 y 93 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

[10] Artículo 15 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

[11] El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dice –sentencia de 2 de julio de 2001- que el art. 15 de la Ley Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones permite acreditar «la inexistencia de forma fehaciente» de ajuar doméstico, pero aunque el legislador lo diga es muy difícil probar la inexistencia y menos aún de forma fehaciente, con lo que en principio, si bien el sujeto pasivo puede acogerse a la presunción y a su valoración, lo cierto es que bastaría la negación de tal ajuar para que la carga de su existencia recayera ya en la Administración.

ESCRIBE PARA LUNES

Sergio Saavedra Queimadelos (Registrador de la Propiedad)

MAS SOBRE LA FORMA DE JUSTIFICAR EL CARÁCTER PRIVATIVO DEL PRECIO EN LAS ADQUISIONES HECHAS POR LOS CÓNYUGES EN RÉGIMEN DE GANANCIALES

He leído con sumo interés y complacencia el trabajo publicado en esta misma Revista (Nº 386 2ª Quincena, enero, 2005), por José Martínez Ripa (Opositor a Registros) sobre la forma de justificar el carácter privativo del precio en la compra de bienes por los cónyuges.

Y digo con sumo interés, porque interesantes son los argumentos que desarrolla, basados sobre todo en el sentido común, tras un detenido estudio de la copiosísima doctrina sentada por la Dirección General sobre esta materia y de los preceptos legales que la regulan.

Y con complacencia por comprobar que la Revista, generalmente monopolizada por los que por oposición hemos conseguido el título de "listos oficiales", tiene también sus puertas abiertas a los sufridos opositores, como José Martínez Ripa, que todavía (y subrayo la palabra todavía) no han conseguido dicho título.

En su trabajo se esfuerza en proponer que se modifique la norma contenida en el artículo 95-2 del Reglamento Hipotecario cuando dice que **"….El carácter privativo del precio o contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública"** o que la Dirección General flexibilice un tanto el riguroso criterio doctrinal que de manera uniforme y desde tiempo inmemorial viene manteniendo en la interpretación de dicha norma, hasta tal punto que la prueba que exige el citado artículo resulta prácticamente imposible, salvo que se acuda a procedimientos, que casi podríamos calificar de estrambóticos, como guardar el dinero en sobre cerrado en poder del Notario, o constatar la numeración de los billetes utilizados, o limitar como única posibilidad el supuesto de la unidad de acto.

Yo asumo como propios todos los razonamientos que en el citado trabajo se exponen, y que, por ello no voy a repetir. Pero si quisiera, y este es el motivo de estas letras, añadir un argumento más, que me parece interesante y que, al menos que yo sepa, nadie ha utilizado, aunque casi parece una cuestión de "Perogrullo".

Se trata de un argumento de tipo teleológico y tiene su base en el artículo 3 del Código Civil que dice: **"Las normas se**

interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas…"

Partiendo de este artículo, veamos cuál es el espíritu y la finalidad de la norma contenida en artículo 95-2 del Reglamento Hipotecario.

Parece claro y así se desprende de la opinión generalizada de la doctrina y de los propios fundamentos de las múltiples resoluciones de la Dirección General, que la finalidad primordial de este artículo es evitar que se produzca un desplazamiento patrimonial de un bien (o por lo menos una parte de su valor) que, en principio tiene carácter ganancial, dada la presunción del artículo 1361 del Código Civil, hacia el patrimonio privativo del cónyuge adquirente, en perjuicio del otro cónyuge.

Cuando en la adquisición intervienen los dos cónyuges y ambos afirman el carácter privativo del precio o contraprestación y consienten en que se inscriba como privativo a favor del adquirente, parece claro que el posible perjuicio para el otro cónyuge desaparece, pues bastaría con que éste no hiciese tal aseveración y no prestase su consentimiento para que el bien ya no pudiese inscribirse como privativo.

Pero, en cualquier caso, aunque no haya perjuicio para el otro cónyuge, lo cierto es que si no se demuestra de una manera clara y rigurosa que el precio o contraprestación tiene carácter privativo, se sigue produciendo un desplazamiento patrimonial entre los cónyuges. Y este desplazamiento patrimonial estaba prohibido por la legislación anterior.

Así, el artículo 1334 del antiguo Código Civil establecía que "Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio, excluyéndose de esta norma sólo los regalos módicos o de poca importancia con ocasiones de regocijo para la familia. Y, por su parte, el artículo 1458 establecía que: "El marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente, sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes o cuando hubiese separación judicial de los mismos bienes…"

Resulta claro, pues, que existiendo esta normativa de prohibición de contratación entre cónyuges durante el matrimonio, el hecho de que en un negocio jurídico de adquisición compareciesen los dos cónyuges y ambos afirmasen que el precio o contraprestación era privativo del adquirente y ambos consintiesen que se inscribiese como privativo a nombre de aquel podía claramente encubrir una donación (prohibida) entre cónyuges.

Y es por eso por lo que el artículo 95-2 del Reglamento Hipotecario exigió que el carácter privativo del precio o contraprestación se justificase mediante prueba documental pública (no bastando las simples manifestaciones de los interesados) y por lo que la Dirección General defendió a capa y espada con absoluto rigor la norma, sin ningún tipo de concesiones.

Pero los tiempos cambian. Y en la actualidad ha desaparecido la prohibición de donaciones o ventas entre cónyuges, y el artículo 1323 del Código Civil dispone "**El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos".**

Y si el artículo 1355 del Código Civil dice que **"Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga"** ¿Qué razón hay para no admitir, a sensu contrario, que puedan los cónyuges de mutuo acuerdo atribuir carácter privativo a los bienes adquiridos cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación?

En definitiva, lo que quiero decir es que si en otros tiempos parece lógico que la Dirección General actuase con un criterio riguroso en la interpretación del artículo 95-2 del Reglamento hipotecario, porque de esta manera se trataba de impedir un posible fraude a la prohibición de la contratación entre cónyuges y este era el espíritu y la finalidad primordial de la norma que estamos comentando, en la actualidad ese espíritu y finalidad han desaparecido y si interpretamos la ley atendiendo, tal como dice el Artículo 3 del Código Civil, en atención **"a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada"** parece que sería conveniente una mayor flexibilidad en la interpretación del citado artículo y, cuando menos, admitir como prueba suficiente, la comparecencia en la escritura de adquisición de los dos cónyuges aseverando el carácter privativo del precio y consintiendo la inscripción como privativo.

¿Qué eso puede encubrir una transmisión entre los esposos?. Bueno ¿y qué? Si esa transmisión está plenamente admitida por el artículo 1323.

Pero es que además hay otra razón que parece de Perogrullo. ¿No será peor el remedio que la enfermedad? Porque si extremando las garantías y poniendo dificultades a la prueba del carácter privativo del precio o la contraprestación obtenemos un resultado: que no se produzca un desplazamiento injustificado del patrimonio ganancial al patrimonio privativo de uno de los cónyuges, al mismo tiempo estamos provocando, aunque en sentido inverso, lo mismo que tratamos de evitar: un desplazamiento injustificado del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio ganancial. Pero con una agravante: que en el primer caso ese desplazamiento se produce de manera querida y consentida por los interesados, mientras que en el segundo tal desplazamiento se produce por ministerio de la ley, pero en contra de la voluntad y sin el consentimiento de los interesados.

La Laguna 20 de abril de 2005
Sergio Saavedra Queimadelos

ACTUALIDAD

-La Ley 8/2003 de 20 de Octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, cuya entrada en vigor se produjo el 21 de abril pasado, establece en sus artículos 51, 52 y 53 unos **derechos de tanteo y retracto a favor de la Generalitat** en las viviendas acogidas a cualquier régimen de protección que no sean de promoción pública; por tal motivo desde la Dirección General de vivienda y proyectos urbanos se nos remitió la Circular 2/2005, relativa a la aplicación de dichos artículos, que reproducimos en su integridad.

Además, sobre el mismo tema, fruto de diversas conversaciones mantenidas con la Consellería, el IVVSA y los Notarios, **Mª Emilia Adán,** nos envía un esquema realizado por ella, " por si os es de utilidad" cosa que no dudamos y por eso tambien queremos reproducir en la revista.

LA REDACCION.

CIRCULAR Nº 2/2005 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE VIVIENDA Y PROYECTOS URBANOS RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 51,52 Y 53 DE LA LEY 8/2004, DE 20 DE OCTUBRE SOBRE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO A FAVOR DE LA GENERALITAT EN LAS VIVIENDAS ACOGIDAS A CUALQUIER RÉGIMEN DE PROTECCIÓN QUE NO SEAN DE PROMOCIÓN PÚBLICA.

La Ley 8/2004 de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, publicada en el DOGV del 21 de octubre de 2004, establece en su disposición final segunda que la entrada en vigor será de seis meses desde su publicación, es decir, el 21 de abril de 2005.

En el Título IV, “Fomento público y prestación directa de la vivienda”, dentro del Capítulo II, “Protección pública de la vivienda”, los artículos 51, 52 y 53 regulan los derechos de tanteo y retracto a favor de la Generalitat Valenciana.

Estando próxima, por tanto, la entrada en vigor de la Ley, es conveniente clarificar en los supuestos de viviendas acogidas a cualquier régimen de protección pública que no sean de promoción pública, cómo inciden en dicho tipo de viviendas las disposiciones relativas a los derechos de tanteo y retracto que prevé la ley.

Con respecto al ámbito objetivo de la aplicación de la Ley en las viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que no sean de promoción pública, dos son las condiciones para que sea aplicable el ejercicio de estos derechos:

-Que se trate de segundas y sucesivas transmisiones (artículo 51)

-Que la transmisión se efectúe dentro de los diez años a contar desde la última calificación definitiva en las viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública (artículo 53).

La otra cuestión que suscita la entrada en vigor de la Ley es cuándo debe aplicarse, es decir, ámbito temporal de la misma.

Habida cuenta de que la Ley 8/2004 no recoge ninguna disposición expresa en este sentido, debemos entender que rige el principio general de irretroactividad de la norma.

En consecuencia, se considera que el criterio a aplicar debe ser el siguiente:

1.- Segundas y posteriores transmisiones de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública, si la fecha de la cédula de calificación definitiva es posterior al 21 de abril de 2005: el nuevo régimen de tanteo y retracto es plenamente aplicable.

2.-Segundas y posteriores transmisiones de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública, si la fecha de la cédula de calificación definitiva es anterior al 21 de abril de 2005: sólo será aplicable el derecho de tanteo y retracto en el caso de que su régimen específico ya lo hubiera previsto, en cuyo caso se regiría por él, y el nuevo régimen de tanteo y retracto es aplicable en la medida que sea compatible con aquél.

Valencia, a 15 de abril de 2005
EL DIRECCTOR GENERAL DE VIVIENDA

EL DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO EN LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN PÚBLICA A LA LUZ DE LA NUEVA LEY DE LA VIVIENDA.

La ley 8/2004 de 20 de octubre de la Vivienda de la Comunidad Valenciana establece a favor de la Generalitat Valenciana un derecho de tanteo y retracto en las segundas y posteriores transmisiones de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública.

Este derecho encuentra su **reflejo normativo** en los artículos 51 a 53 de la ley.

Su **objeto** es la vivienda y sus anejos, por lo que parece que excluye a las plazas y trasteros que, aún teniendo el carácter de promoción pública, no hayan sido vinculados registralmente.

Su **ámbito** se concreta en la segunda y posteriores transmisiones onerosas y gratuitas.Se exceptúan las transmisiones gratuitas a favor de ascendientes, descendientes, cónyuge o pareja de hecho inscrita en el Registro de la Generalitat. (art. 50)

Se aplica a las transmisiones voluntarias, normalmente formalizadas en documento notarial, y a las forzosas derivadas de una ejecución judicial.

El **plazo** establecido es de diez años , que se empieza a contar:

1- En las transmisiones de viviendas de promoción pública desde la fecha del contrato , que en reunión mantenida con el IVVSA y con los notarios, se entendió que sería la fecha de la escritura, de la primera transmisión.

2- En las de promoción privada desde la calificación definitiva.

El **beneficiario** del tanteo y retracto es la Generalitat Valenciana, que en el caso de las viviendas de promoción pública es el IVVSA por ser el órgano encargado de su gestión.

Se nos ha comunicado la decisión del IVVSA de ejercitar este derecho, ahora bien en el caso de las viviendas de promoción privada, de momento no existe consignación presupuestaria.

Para la **inscripción** de las transmisiones en el Registro de la Propiedad se deberá acreditar:

1-En los documentos notariales:

-Que se ha practicado la notificación al IVVSA .Para ello la ley ha optado por la libertad de forma, si bien estamos a la espera de que nos comuniquen la dependencia donde quieren que les llegue, a los efectos de su compronbación registral.

-Que la notificación no es anterior en seis meses a la transmisión.

-Que las circunstancias de la transmisión que se han notificado son las mismas que constan en la posterior escritura de compraventa.

2-En los documentos judiciales:

- Que el organismo que ha realizado la adjudicación lo ha notificado al IVVSA o a la Generalitat en el plazo de tres días.

Estos requisitos pueden sustituirse por la comunicación de la Generalitat o del IVVSA de que no piensa ejercitar el derecho de tanteo.

Se ha hablado con el IVVSA para que soliciten expresamente la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de tanteo y retracto con el fin de dar operatividad a esta figura jurídica y poder informar a los ciudadanos del estatuto jurídico del bien, ya que, en principio, los derechos de tanteo y retracto legales no son inscribibles.

Régimen transitorio.

Esta Ley es aplicable a todas aquellas viviendas cuya primera transmisión (viviendas de promoción pública) o su calificación definitiva (viviendas de promoción privada) se produzca después de la entrada en vigor de la ley.

En cuanto a las anteriores, cuando conste inscrito el derecho de tanteo y retracto, o nos conste por el régimen que le es aplicable que existe dicho derecho de tanteo y retracto , lo prudente es exigir la notificación al IVVSA.

También será aplicable a aquellos supuestos en que se trate de un contrato de acceso diferido a la vivienda, en cuyo caso el plazo de diez años se contará desde la fecha de la escritura.

Mª Emilia Adán García.
Directora del Centro de Estudios Registrales.

RESEÑA LEGISLATIVA
(BOE del 01 al 15 de Mayo de 2005)

DISPOSICIONES ESTATALES

SUELO

ORDEN EHA/1213/2005, de 26 de abril (BOE 5/05), por la que se aprueba el módulo de valor M para la determinación de los valores de suelo y construcción de los bienes inmuebles de naturaleza urbana en las valoraciones catastrales.

EXTRANJEROS. LEGALIZACIÓN DOCUMENTOS

RESOLUCIÓN de 27 de abril de 2005 (BOE 14/05), de la Secretaría General Técnica, relativa a la adhesión de Azerbaiyán al Convenio suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961.

DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

CATALUÑA - FAMILIA Y SUCESIONES

LEY 3/2005, de 8 de abril (BOE 10/05), de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela.

CATALUÑA - CALIFICACIÓN

LEY 4/2005, de 8 de abril (BOE 10/05), de los recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad de Cataluña

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana