LUNES
CUATRO TREINTA

Revista de asuntos registrales

Año XVIII - Núm.403 - 2ª quincena, octubre, 2005

informativa de derecho privado y registral
LUNES 4'30

sumario

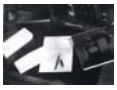
Nº 403. 2ª Quincena de Octubre, 2005

CASOS 2

RESOLUCIONES 3

SENTENCIAS 17

NOS ESCRIBE: LA RESPONSABILIDAD ESPECIAL DE ADMINISTRADORES EX ARTICULO 262.5 DE LA L.S.A (Opiniones doctrinales) por Sonia Ortega Parra 2ºPARTE 24


FISCAL 38

COMISIÓN DE CALIFICACIÓN 43

CRIPTOGRAMA 46

LÓGICA 47

RESEÑA LEGISLATIVA 48

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

Inmaculada Gosalvez. Registradora de la Propiedad

CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO

La finca consta inscrita a favor de X casado con A en gananciales y para su sociedad conyugal. En la partición de la herencia de X, el acta de notariedad declara únicos herederos a sus tres hijos, puesto que X falleció viudo de B. Se pide la rectificación del carácter ganancial de la finca. Sin embargo, es necesario que se acredite que en el momento de la compra X era viudo, y no sólo con certificación del Registro Civil, puesto que es indiciario y no fehaciente. Es necesaria un acta de notariedad relativa al estado civil del causante.

VINCULACIÓN OB REM

El titular de una planta baja de un edificio en régimen de propiedad horizontal lo vincula con un terreno anejo de su propiedad, configurándolo como una unidad de destino. Se trata de una agrupación funcional, por lo que es meramente formal y no material. No es necesario el acuerdo de la Junta, siempre que en la descripción que se haga de la unidad, el acceso no se dé a través de elementos estructurales del edificio.

ALBERTO ADAN, ANA Mª SABATER, FRANCISCO MOLINA Y PEDRO FANDOS (Registradores de la Propiedad)

R. 5 DE MAYO DE 2005 (BOE 06-08-05)

ANOTACIÓN DE EMBARGO. BIENES GANANCIALES

Se deniega por la Registradora la anotación de un mandamiento de embargo por el que ordena el embargo a favor de la esposa de la "parte de propiedad" que corresponda a su marido en un bien ganancial.

Recurrida la calificación, la DGRN confirma la nota al no corresponder a los cónyuges casados en régimen de gananciales una cuota indivisa en cada uno de los bienes que integran el régimen, sino que su participación se refiere a la globalidad del patrimonio ganancial, y sólo cuando se liquide el régimen de gananciales esa cuota global será sustituida por titularidades sobre bienes concretos.

(Alberto Adán)

R. 9 DE MAYO DE 2005 (BOE 06-08-05)

R.M. GENERAL.JUNTA GENERAL

Presentada en el Registro Mercantil una escritura de elevación a público de ciertos acuerdos sociales, su inscripción se suspende al exigir los estatutos de la sociedad que entre la primera y la segunda convocatoria de Junta General medie al menos una hora, requisito no cumplido en la convocatoria.

Entiende la DGRN que el anuncio de la convocatoria de la Junta General es de gran importancia porque permite y garantiza el derecho de asistencia y voto; y al no cumplirse los requisitos expresados en los estatutos, se está perjudicando tal derecho, por ello desestima el recurso.

(Alberto Adán)

R. 17 DE MAYO DE 2005 (BOE 06-08-05)

ESTADO CIVIL

En una escritura de crédito con garantía hipotecaria, el compareciente manifiesta que su estado civil es el de "separado", sin especificar si lo está judicialmente, o si se trata de una mera separación de hecho.

La cuestión surge a raíz de la no manifestación por éste de si la vivienda constituye o no la habitual de la familia, ya que

el bien lo adquirió casado bajo el régimen de separación de bienes.

La DGRN estima, confirmando la nota de calificación, que es necesario manifestar si la separación es judicial o de hecho, ya que sólo la primera constituye un estado civil, y por tanto, sólo si se trata de una separación de hecho sería necesaria la manifestación de que no constituye domicilio familiar.

(Alberto Adán)

R. 19, 21, 23, 24 DE MAYO DE 2005 (BOE 06-08-05)

R. 20,21,21,23 DE MAYO DE 2005 (BOE 09-08-05)

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA.CALIFICACIÓN DE PODERES

En estas Resoluciones, la Dirección General, contradiciéndose con otras anteriores, e incluso con sentencias de diversas Audiencias Provinciales, trata de establecer el criterio calificador a seguir en materia de representación voluntaria.

Considera que, al hilo del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, para calificar positivamente un acto o negocio jurídico efectuado a través de un apoderado, además de la identificación de la escritura de la que dimana la representación voluntaria, que al Notario autorizante le es exhibida, deberá éste último emitir un juicio de suficiencia de las facultades del representante congruente con el acto o negocio jurídico de que se trate.

Cumplidos estos requisitos, el Registrador debe abstenerse, según la DGRN, de solicitar la propia escritura de poder, o la transcripción de facultades. Comentario: de estas Resoluciones resulta también la innecesariedad de una reseña somera pero suficiente de facultades a la que se refiere el texto legal citado, lo que convierte en una tarea imposible la calificación registral de la representación voluntaria.

(Alberto Adán)

R. 23 DE MAYO DE 2005 (BOE 06-08-05)

ANOTACIÓN DE EMBARGO. PRÓRROGA.

Las anotaciones preventivas de embargo, que hayan sido prorrogadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no pueden ser objeto de cancelación por caducidad; sólo podrán ser canceladas cuando haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación y su prórroga hayan sido declaradas y solicitadas.

(Alberto Adán)

R. 23 DE MAYO DE 2005 (BOE 06-08-05)

SEGREGACIÓN. UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO.

Se practica una segregación sobre finca rústica, dando lugar a que tanto la porción

segregada como el resto de finca resulten de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Los presentantes presentan un informe del Alcalde en el que se manifiesta que sobre ambas parcelas se concedió licencia para la construcción de una vivienda en una y de un hotel en la otra.

El Registrador pone la actuación en conocimiento de la Consejería autonómica de Agricultura, la cual remite un acuerdo por el que se declara nula la segregación. Recibido éste,el Registrador deniega la inscripción.

Estima la DGRN que, al exceptuar la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de la prohibición de disponer el supuesto en que la finalidad sea la de realizar una construcción permanente de carácter no agrario, este supuesto debe regirse exclusivamente por la legislación urbanística, que en el caso de Andalucía otorga a los Ayuntamientos la facultad de conceder licencias urbanísticas, sin que pueda oponerse una declaración de nulidad por parte de la Consejería.

(Alberto Adán)

R. 24 DE MAYO DE 2005 (BOE 09-08-05)

HIPOTECA

Se presenta escritura de Hipoteca, y en la cláusula de « Constitución de Hipoteca» se expresa que la Hipoteca que se constituye garantiza los siguientes conceptos:

- el principal del préstamo (1.359.506,00)

-hasta un máximo del cinco por ciento del principal, es decir , hasta la suma de 67.975,30

-hasta un máximo de sesenta por ciento del principal, es decir, hasta la suma de 815.703,60 para garantizar intereses de demora,

- hasta un quince por ciento del principal, es decir, hasta la suma de 203.925,90 para costas y gastos de la ejecución.

El Registrador suspende la inscripción entre otros defectos que no son motivo del recurso por:

Responsabilidad hipotecaria por intereses ordinarios: con independencia que se fije una cantidad alzada por tal concepto, es preciso fijar un tope a la variabilidad de intereses que se pacta en la cláusula séptima.

La DGRN revoca la calificación registral. No cabe imponer al amparo del Principio de determinación la fijación de un tope máximo al que pueden ascender los intereses ordinarios en las relaciones personales entre acreedor y deudor si se señala el límite al que puede ascender su cobertura hipotecaria, de modo que más allá del mismo no podrán ser satisfechos con cargo al precio del remate del bien hipotecado, aun cuando los efectivamente devengados y exigibles en las relaciones personales entre acreedor y deudor fueren superiores.

(Ana Mª Sabater)

R. 24 DE MAYO DE 2005 (BOE 10-08-05)

INSTANCIA PRIVADA

Se interpone recurso gubernativo contra la negativa del Registrador a la práctica de un asiento de presentación de instancia privada para rectificar el carácter ganancial con el que se ha inscrito un bien, la Direc-

ción General no estima el recurso, pues el recurso adecuado es el de queja, y no el gubernativo, reservado frente a las calificaciones negativas a practicar una inscripción.

(Pedro Fandos)

R. 25 DE MAYO DE 2005 (BOE 06-08-05)

EXCESO DE CABIDA. INMATRICULACIÓN

Cuando se trata de inmatricular una nueva realidad física que engloba tanto la finca registral como una nueva superficie colindante, el medio idóneo sería inmatricular primero esa nueva superficie con todos los requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria, y luego proceder a su agrupación con la finca originaria.

(Alberto Adán)

R. 25 DE MAYO DE 2005 (BOE 09-08-05)

PROPIEDAD HORIZONTAL

Se presenta escritura de división horizontal de finca registral descrita como parcela de terreno sobre la que existen dos viviendas unifamiliares cuyas obras nuevas fueron declaradas en distintas escrituras que tuvieron acceso al Registro, y ahora se solicita su declaración como vivienda número 1 y vivienda número 2 en régimen de propiedad horizontal de la finca a la que pertenecen.

La Registradora suspende la inscripción porque la división horizontal de finca rústica se puede considerar como acto revelador de una parcelación urbanística, por lo que es exigible Licencia Municipal de Parcelación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (arts. 52, 66, 68, 169, 176, y 185) y art. 78 del RD 1093/97 de 4 de Julio.

Retirada y presentada de nuevo la escritura es calificada nuevamente: Remitido con fecha...al Ayuntamiento de Jaén la documentación a que se refiere el art. 79 del RD1093/97 de 4 de julio, y recibido en el Registro informe del gerente de Urbanismo de dicho Ayuntamiento, expresivo de que la finca a que se refiere el precedente documento está sita en suelo no urbanizable común y constituye núcleo de población, se deniega la inscripción solicitada, de conformidad con dicho precepto y los señalados en la nota anterior.

La DGRN CONFIRMA la calificación registral.

Aprobadas por el RD 1093/1997, de 4 de Julio , las normas complementarias al Reglamento Hipotecario relativas a la inscripción de actos de naturaleza urbanística, y dadas las remisiones a la norma autonómica en materia urbanística dictada al amparo de la Sentencia del TS, la normativa aplicable es la contenida en la Ley deOrdenación Urbanística de Andalucía. El art. 66.3 de dicha Ley exige para cualquier acto de parcelación urbanística, licencia urbanística o declaración de innecesariedad que los Notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente; **El art. 66 de la citada Ley define que en suelo no urbanizable se considera parcelación urbanística los supuestos de divisiones horizontales**. Presunción legal de parcelación, que en tanto no se desvirtúe por el correspondiente procedimiento administra-

tivo o jurisdiccional, exigirá licencia o declaración de innecesariedad.

(Ana Mª Sabater)

R. 26 DE MAYO DE 2005 (BOE 09-08-05)

EMBARGO. TRACTO SUCESIVO

En el presente recurso hay que partir de las siguientes consideraciones:

En 1992 y 1993 se practican en el Registro anotaciones de embargo a favor del Estado por impago de deudas tributarias. Fincas inscritas a nombre de una señora casada con carácter privativo, siendo dicha señora la deudora.

En 1991 la deudora aporta los bienes a una Sociedad formada por ella y su marido sin que la apotación se presentara en el Registro.

Al ser embargados dichos bienes, la Sociedad formula tercería de dominio sin que ésta prospere.

En 1997 se inscribe en el Registro la aportación.

Caducadas las anotaciones de embargo, se presentan de nuevo los mandamientos, junto con las Sentencias desestimatorias de la tercería de dominio, solicitando de nuevo la práctica de los embargos.

El Registrador deniega la práctica de las anotaciones de embargo solicitadas por hallarse las fincas inscritas a nombre de persona distinta (la sociedad a la que se aportaron).

La DGRN revoca la calificación registral, reiterando la doctrina mantenida en las Sentencias que desestimaron la tercería de dominio. Estima declarando que no cabía tercería pues no existe independencia de personalidad entre el tercerista y la embargada, pues de conformidad con el art. 6.4º del Código Civil, que considera ejecutados en fraude de Ley los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, se advierte que la creación de entidades mercantiles es una simple ficción, pues el titular registral no es persona distinta del embargado. Además, no se da en el presente caso la indefensión del titular registral pues no sólo ha intervenido en el procedimiento , sino que ha sido demandante en el juicio de tercería.

(Ana Mª Sabater)

R. 26 DE MAYO DE 2005 (BOE 10-08-05)

PARTICIÓN DE HERENCIA

Se suspende la inscripción de una escritura de partición en la que el causante separado judicialmente y sin descendientes otorgó testamento abierto distribuyendo la herencia en legados, a favor de la madre que premuere, y de otras personas, sin institución de heredero, por lo que sus dos hermanos por declaración judicial de herederos son declarados herederos, adjudicándose por iguales partes indivisas la finca legada a la madre premuerta, por vía de legado ordenado por el causante a favor de su madre, cuando dicho legado ha quedado sin efecto por haber fallecido la legataria antes que el causante, por lo que no hay derecho de transmisión. La Dirección General revoca el defecto, pues la escritura no dice que se produzca derecho de transmisión, únicamente no especifica el título por el que se adquiere la finca.

(Pedro Fandos)

R. 26 DE MAYO DE 2005 (BOE 10-08-05)

OPCIÓN DE COMPRA. CONDICIÓN SUSPENSIVA. CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Constituido un derecho de opción de compra sobre varias fincas, bajo la condición suspensiva de seguir siendo los optantes, o sus herederos, arrendatarios de las fincas al tiempo de ejercitarse la opción, lo que se acreditará si no consta al Notario ante el que se ejercite la opción ninguna manifestación en contrario del concedente; se aplaza parcialmente el pago de la prima por la concesión de la opción, garantizando el pago con condición resolutoria; y se fija como plazo de ejercicio el que expira el 1 de diciembre de 2005, transcurrido el cual sin que conste registralmente el ejercicio, podrá cancelarse a instancia del concedente. El Registrador considera que hay dos negocios, de arrendamiento y concesión del derecho de opción, e, ignorándose las circunstancias del primero, los términos del segundo quedan indeterminados, y por ende, dependientes de la exclusiva voluntad de una de las partes; alega asimismo la no inscribibilidad del pacto relativo a la cancelación del derecho por falta de constancia registral de su ejercicio, por la posibilidad de haberse ejercitado extraregistralmente.

La DG estima el recurso: la libertad contractual permite establecer las condiciones que se tenga por convenientes, siempre que no sean contrarias a la leyes, la moral o el orden público, resultando inscribibles si, además, tienen alcance o trascendencia real inmobiliaria. Siendo inscribible el derecho de opción, y siéndolo las condiciones del derecho que se inscribe, la DG no aprecia limitación alguna para la libertad de los contratantes ni contravención de principio hipotecario alguno.

(Francisco Molina)

R. 27 DE MAYO DE 2005 (BOE 10-08-05)

DERECHO DE VUELO. PROPIEDAD HORIZONTAL. CUOTAS. LICENCIA MUNICIPAL

En la inscripción de un edificio en régimen de propiedad horizontal consta que los constituyentes del mismo se reservan el derecho a elevar nuevas plantas, de acuerdo con las ordenanzas municipales, haciéndolas suyas, sin necesidad de consentimiento de los demás propietarios, y pudiendo, por sí solos, formalizar la correspondiente declaración de obra nueva, con atribución de cuota, en proporción a la superficie, y redistribución de cuotas, conforme al mismo criterio, entre los restantes elementos del edificio. Transmitidos ya algunos de los pisos, se presenta escritura en la que, en ejercicio del derecho de vuelo, se modifica la descripción del edificio y se redistribuyen cuotas. El Registrador considera que, no estando suficientemente delimitado el criterio para la atribución de cuotas, se requiere consentimiento unánime de los propietarios; que, habiéndose ya ejercitado el derecho de vuelo, no es posible una nueva ampliación de la obra; y que la licencia municipal que se acompaña no describe el solar en términos coincidentes con los del Registro.

La DG entiende que el criterio de distribución de cuotas sí está suficientemente explicitado en la inscripción, (proporción a la superficie), que un primer uso del derecho de vuelo no extingue éste, dada su formulación, y renaciendo siempre que las ordenanzas municipales permitan una mayor edificabilidad, y que la falta de correspondencia entre descripción registral del solar y licencia no es obstáculo para la inscripción, si no hay dudas sobre la identidad de la finca.

(Francisco Molina)

R. 27 DE MAYO DE 2005 (BOE 10-08-05)

PERMUTA DE SOLAR POR PISO DEL EDIFICIO FUTURO. CONDICIÓN SUSPENSIVA. CANCELACIÓN

Inscrita la permuta de un solar por unidades de la edificación a construir sobre el mismo, con la condición suspensiva de que la cesionaria entregue al cedente, bien una póliza de seguro garantizando la construcción y entrega, bien los pisos, ya concluidos, en el plazo que se estipula, pactando una cláusula penal para el caso de incumplir con dicho plazo. Ahora, y transcurrido el plazo indicado, el administrador de la promotora otorga acta de manifestaciones expresando haber cumplido la condición pactada. El Registrador exige que se acredite la terminación de las obras dentro del plazo convenido, o el pago de la indemnización.

La DG confirma la calificación: acreditada la terminación de la obra en fecha claramente posterior a la pactada, el cumplimiento de la condición comporta el pago de la indemnización, extremo éste no acreditado.

(Francisco Molina)

R. 28 DE MAYO DE 2005 (BOE 09-08-05)

USO Y DISFRUTE

Se presenta en el Registro testimonio de Sentencia de divorcio en el que se le atribuye a la esposa el uso del domicilio familiar en una determinada vivienda.

En el Registro dicha vivienda aparece inscrita la cuarta parte de la nuda propiedad a favor del marido, y la mitad indivisa en pleno dominio a favor de persona distinta, así como el usufructo vitalicio de la otra mitad indivisa.

El Registrador deniega la inscripción, entre otros defectos, por estar inscrita parte de la casa a favor de persona distinta del demandado.

La DGRN estima parcialmente el recurso interpuesto en cuanto a la cuarta parte en nuda propiedad inscrita a favor del marido.

El derecho de **uso de la vivienda recae sobre la nuda propiedad** y es compatible con el derecho de usufructo perteneciente a persona distinta pues tal derecho de uso recae sobre la nuda propiedad. Si bien el uso tendrá limitaciones por el usufructo existente, tal uso será posible al menos cuando el usufructo se extinga. Además, la constancia registral del derecho de uso solicitada impedirá que la esposa pueda verse afectada por un acto dispositivo del marido sin su consentimiento.

(Ana Mª Sabater)

R. 28 DE MAYO DE 2005 (BOE 09-08-05)

COMPRAVENTA.CONDICIÓN RESOLUTORIA

Se presenta en el Registro escritura de compraventa de participaciones indivisas de dos fincas rústicas, quedando parte del precio aplazado y se pacta condición resolutoria, suspendiendo la Registradora la inscripción de la venta por no distribuirse el precio aplazado entre las participaciones que se venden. El Notario recurre al entender que la falta de distribución debe impedir la inscripción de la condición, pero no de la compraventa, la Dirección General desestima el recurso y confirma la nota, al entender que dicha inscripción parcial alteraría el equilibrio negocial pretendido y atribuiría al negocio efectos distintos de los pretendidos por las partes, y conforme al actual artículo 19 bis LH, el único legitimado para solicitar la inscripción parcial es el interesado, que en este caso es el vendedor.

(Pedro Fandos)

R. 30 DE MAYO DE 2005 (BOE 10-08-05)

OBRA NUEVA Y DIVISIÓN "VERTICAL" (SIC). LICENCIA MUNICIPAL. PARCELACIÓN

Previa declaración, sobre una finca rústica inscrita, de la obra nueva de una construcción datada en 1908, se procede a su «parcelación vertical y división en departamentos», resultando dos viviendas, con una cuota de participación del 50% cada una, y estableciéndose unos estatutos de la «comunidad en régimen de propiedad horizontal constituida en esta escritura». El Registrador, dado que la normativa urbanística andaluza, aplicable al caso, presume en toda división horizontal en finca rústica la posibilidad de una parcelación urbanística encubierta, solicita declaración municipal de innecesariedad de licencia.

La DG desestima el recurso, sobre la base de la presunción legal invocada por el Registrador, y la circunstancia de expresarse en la propia escritura la idea de estar practicando una «parcelación vertical».

(Francisco Molina)

R. 30 DE MAYO DE 2005 (BOE 10-08-05)

CANCELACIÓN. DE EXCESO DE CABIDA. TRACTO SUCESIVO.

Inscrita una finca, se procede, en virtud de expediente de dominio, a hacer costar su mayor superficie, si bien el testimonio del auto correspondiente accede a Registro 12 años después de dictado el auto, y habiendo sido la finca objeto de transmisión entre tanto. Ahora la Audiencia Provincial anula el auto que motivó la inscripción del exceso de cabida, y ordena la cancelación del asiento correspondiente, a lo que se opone el Registrador, habiéndose entendido el procedimiento con los anteriores titulares de la finca, y no con los actuales.

La DG no valora la procedencia de la inscripción del exceso de cabida, cuando en

el expediente de dominio no han intervenido los que, al tiempo de la presentación del testimonio del auto, son titulares registrales, pero, practicada ya la inscripción, la cancelación es evidente que requiere de la intervención de éstos.

(Francisco Molina)

R. 31 DE MAYO DE 2005 (BOE 09-08-05)

OBRA NUEVA DIVISIÓN VERTICAL.

Se presenta en el Registro escritura de declaración de obra nueva sobre suelo rústico no urbanizable, sin licencia del Ayuntamiento, pero con certificación de Ingeniero Técnico Industrial de antigüedad superior a 4 años de la misma, otorgada por los titulares registrales que, a continuación proceden a dividirla verticalmente, lo cual da lugar a una división horizontal en dos elementos independientes. Suspende el Registrador la división, por considerar que se trata de una parcelación urbanística en suelo rústico no urbanizable, de acuerdo con la normativa urbanística andaluza, por lo que debe presentarse declaración municipal de innecesariedad de la licencia, para destruir la presunción de parcelación urbanística que conforme a dicha normativa pesa sobre las divisiones horizontales en suelo rústico no urbanizable. La Dirección general confirma la nota y desestima el recurso.

(Pedro Fandos)

R. 1 DE JUNIO DE 2005 (BOE 09-08-05)

ELEVACIÓN A PÚBLICO DE ACUERDOS SOCIALES

Se presenta en el Registro escritura por la que la apoderada de una sociedad que es la socia única de otra sociedad, es la que certifica y eleva a público determinados acuerdos sociales de la sociedad unipersonal. Se suspende por el registrador, porque la apoderada del socio único no puede certificar las decisiones de éste y elevarlas a público. La Dirección general estima el recurso pues el socio único ejercerá las competencias de la Junta General y ejecutará las decisiones de la misma, conforme a la legislación societaria y del registro Mercantil, con lo que la facultad certificante y de elevar a público los acuerdos, corresponde no sólo a los administradores de la sociedad, sino también al socio único y si éste es una sociedad, debe designar a la persona física que le represente, en defecto de representantes orgánicos.

(Pedro Fandos)

R. 2 DE JUNIO DE 2005 (BOE 09-08-05)

COMPRAVENTA

Se presentan dos escrituras de compraventa, con el objeto de inmatricular la finca en cuestión, El Registrador suspende la inscripción por no coincidir la descripción de la finca que se pretende inmatricular en cuanto a la superficie y el número de calle, porque no se acredita la fehaciencia de la adquisición anterior con acta de notorie-

dad, pues en el antetítulo el transmitente aparece representado por mandatario verbal, y porque al no exhibir el antetítulo al Notario, el adquirente de la segunda escritura aceptó las manifestaciones de su vendedor, y decir ahora otra cosa va contra la teoría de los actos propios. El primero de los defectos se confirma por la Dirección General, el segundo se revoca pues considera que el antetítulo puede considerarse como justo título para prescribir conforme al artículo 1952 CC, aunque no se haya ratificado por el mandante del mandatario verbal, por lo que se considera como fehaciente, y también revoca el tercer defecto, porque la utilización del antetítulo no va contra la buena fe ni contra la doctrina de los actos propios, ya que no existe discordancia entre la persona representada por mandatario verbal y la que se dice en el título inmatriculador que era la transmitente de la finca.

(Pedro Fandos)

R. 3 DE JUNIO DE 2005 (BOE 10-08-05)

CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES. ANOTACIÓN DE EMBARGO PRORROGADA. CADUCIDAD.

En 1989 se tomó anotación preventiva de embargo, en virtud de mandamiento expedido en procedimiento ejecutivo, anotación que fue prorrogada en 1993. En 2000 se aprueba el remate y expide el mandamiento de cancelación de cargas, suspendiendo el Registrador tal cancelación por considerar caducada la anotación de embargo, por transcurso de 4 años desde su fecha, y de más de 6 meses desde la firmeza del auto de aprobación de remate.

La DG reitera su doctrina sobre la materia: la anotación prorrogada antes de la entrada en vigor del actual texto del art. 86 LH no puede subsistir indefinidamente, después de terminado el procedimiento, pero la cancelabilidad inmediata, una vez firme la resolución recaída, frustraría la protección del embargante, privado del margen temporal necesario para hacer efectiva la prioridad que le concede su anotación, motivo por el cual se aboga por el plazo de 6 meses desde la firmeza de la resolución para considerar caducada la anotación. En el supuesto se podría haber instado la cancelación por caducidad, pero si no ha sido así al tiempo de la entrada en el Registro del mandamiento cancelatorio, la anotación ha de considerarse vigente, no siendo posible la cancelación de oficio de las anotaciones prorrogadas.

(Francisco Molina)

R. 4 DE JUNIO DE 2005 (BOE 10-08-05)

CANCELACIÓN POR CADUCIDAD DE HIPOTECA, CONSTANDO EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE CARGAS PROCEDIMIENTO EJECUTIVO.

Inscrita una hipoteca, y constando al margen la expedición de la certificación correspondiente, a efectos de su ejecución, se insta la cancelación, por caducidad, de la carga, argumentando que, siendo el texto del párrafo 5º del art. 82 LH posterior a la LEC, la disposición de ésta que establece

que, extendida la nota marginal, la hipoteca no se podrá cancelar por causa distinta de la propia ejecución, debe entenderse derogada.

La DG señala que en la derogación tácita es principio básico que la norma general no pueda derogar a la norma especial, considerando la segunda más como excepción a la primera que como incompatibilidad: mientras la norma general (LH) trata de limpiar el Registro de cargas que presumiblemente ya no existen, la regla especial (LEC) evita la cancelación de la hipoteca que se está ejecutando. Pero una interpretación armónica conduce a que se pueda cancelar la hipoteca que ha entrado en fase de ejecución, por el transcurso del plazo del art. 82·5º LH, contado desde la fecha de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas.

(Francisco Molina)

R. 6 DE JUNIO DE 2005 (BOE 10-08-05)

RECURSO GUBERNATIVO. APORTACIÓN DEL TÍTULO

Presentada a inscripción una escritura de compraventa, cuyo despacho se suspende por diversos defectos, se interpone recurso contra la calificación negativa del Registrador, requiriendo éste al recurrente para que aporte copia o testimonio del título calificado. no verificado de este modo, la DG inadmite el recurso.

(Francisco Molina)

R. 7 DE JUNIO DE 2005 (BOE 10-08-05)

ANOTACIÓN PREVENTIVA. DE DEMANDA. SIENDO EL TITULAR REGISTRAL EL DEMANDANTE.

Una finca está inscrita, en cuanto al usufructo, a favor de dos personas, y en cuanto a la nuda propiedad, y por mitades indivisas, a favor de otras dos, una de ellas menor de edad. Los usufructuarios, un nudo propietario y la madre del nudo propietario menor de edad, celebran contrato privado de venta a favor de terceros, que, pasado un tiempo, instan la elevación a público del contrato, lo que logran en fase de apelación, aunque se reconoce que la autorización judicial en virtud de la cual actuaba la madre se refería en realidad a otros bienes. Con todo, la venta no se llega a inscribir. La menor, ya emancipada, presenta demanda para que se declare la nulidad de la venta y solicita que se tome anotación preventiva de la demanda, anotación que se practica en cuanto al usufructo y la mitad indivisa de la nuda propiedad, suspendiéndose en cuanto a la mitad restante, que pertenece a la demandante.

La DG recuerda que la anotación de demanda se practica siempre que el procedimiento se dirija contra el titular registral, no resultando lógico tomar anotación cuando el titular es el propio demandante. No obstante, en aras de la tutela judicial efectiva, debe practicarse la anotación cuando, en caso contrario, se produzca una indefensión para el demandante, como en el supuesto de existir un título de transmisión o gravamen no inscrito, pero que, de inscribirse, comportaría la adquisición de la finca por tercero, siendo además ése, el título

cuya ineficacia se reclama. Por ello sería posible practicar la anotación en el caso expuesto, sin que peligre el principio de tracto sucesivo, que sólo está en entredicho si la finca consta inscrita a nombre de tercero.

(Francisco Molina)

R. 8 DE JUNIO DE 2005 (BOE 10-08-05)

INMATRICULACIÓN. CERTIFICACIÓN CATASTRAL

Estimada acción reivindicatoria sobre finca no inscrita, se presenta testimonio de la Sentencia para lograr la inmatriculación, oponiéndose el Registrador, por no aportación de la certificación catastral, máximo cuando el fallo se circunscribe «a lo que actualmente es en su extensión y linderos la parcela catastral n.º 12 del polígono 17».

La DG no puede sino confirmar la calificación negativa, por la exigencia legal y reglamentaria de certificación catastral para todo título inmatriculador, y en el caso particular, por referirse el propio título a ella para integrar la descripción de la finca.

(Francisco Molina)

R. 10 DE JUNIO DE 2005 (BOE 09-08-05)

OBRA NUEVA

Se suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva por no acreditarse la constitución del seguro decenal en garantía de la edificación, o en su defecto, por no manifestar el carácter de autopromotor y que la vivienda es para uso propio y además, porque la licencia se concede para un edificio de dos plantas, cuando en la escritura se describen tres. La Dirección General confirma el primer defecto, pero revoca el segundo, pues la adecuación de la obra al proyecto para el que se obtuvo la licencia es una circunstancia de hecho cuya acreditación resulta del certificado del técnico, que comparece en el otorgamiento de la escritura, además la discordancia resulta porque en la escritura se describe también el sótano, cuyo tratamiento no es uniforme en los distintos planeamientos.

(Pedro Fandos)

R. 13 DE JUNIO DE 2005 (BOE 09-08-05)

AMPLIACIÓN DE OBRA Y COMPRAVENTA

Se deniega la inscripción de una escritura de ampliación de obra nueva y compraventa, por falta del consentimiento del marido titular registral, dado que la finca en cuestión está inscrita a nombre de ambos cónyuges, como ganancial. La escritura es consecuencia de un Auto Judicial dictado en procedimiento de ejecución de convenio regulador de divorcio, en el cual se embarga la finca y el Juez, ante la situación de rebeldía del marido en el procedimiento de divorcio, concede a la esposa amplias facultades para pactar un convenio, sin necesidad del consentimiento del marido. Y subsidiariamente, para el caso de que tal defecto no sea mantenido, falta la resolu-

ción judicial posterior aprobatoria de la resolución. La Dirección general estima el recurso pues la realización del bien es consecuencia del embargo, que garantiza la deuda que el marido tiene con la mujer, con la particularidad de que se sustituye la subasta por la realización directa del bien por la mujer, que autoriza el Juez con el Auto, sin ser necesario el consentimiento del esposo ni autorización judicial posterior.

(Pedro Fandos)

R. 14 DE JUNIO DE 2005 (BOE 09-08-05)

HERENCIA. ACEPTACIÓN

Se deniega la inscripción de una escritura de aceptación de herencia de una ciudadana aragonesa otorgada por once de los dieciséis llamados, pretendiendo la inscripción a favor de los aceptantes por sus respectivas cuotas indivisas, por entender la registradora que la aceptación unilateral por uno de los herederos no constituye un acto particional ni atribuye titularidad dominical sobre bienes concretos o cuotas indivisas de los mismos, lo cual es confirmado por la Dirección General.

(Pedro Fandos)

R. 17 DE JUNIO DE 2005 (BOE 10-08-05)

CALIFICACIÓN DE PODERES.

En escritura de constitución de hipoteca, el representante de la entidad acreedora actúa «en virtud de poder no revocado, suspendido, ni limitado, según afirma, que le fue conferido mediante escritura autorizada [...] que en el Registro Mercantil causó inscripción [...], de cuya copia inscrita que tengo a la vista resulta que, tiene facultades para formalizar esta escritura, por cuanto está expresamente facultado para conceder y formalizar toda clase de préstamos», todo ello a juicio y bajo la responsabilidad del Notario. El Registrador entiende que no consta el fundamento del cual deriva el Notario la suficiencia de las facultades representativas.

La DG sostiene la tesis reiterada en la materia de considerar bastante la simple identificación de la escritura de apoderamiento, con sus datos de inscripción en el Registro Mercantil, en su caso, y de emisión por el Notario de juicio de suficiencia de las facultades conferidas para el acto o negocio que se formalice, sin ser imprescindible ni exigible una manifestación sobre la subsistencia de aquellas facultades - «pues no hay norma que lo imponga y su inclusión en las escrituras se debe más bien a una práctica reiterada» -de modo que se consideran sobradamente cumplidos los requisitos con las menciones incluidas en la escritura, sin que pueda el Registrador solicitar que se le aporte documento ninguno, pues infringiría arts. 18 LH y 17 bis LN ya que debe calificar por lo que resulte del título y los asientos del Registro y sin acudir a medios extrínsecos de calificación (sic).

(Francisco Molina)

R. 20 DE JUNIO DE 2005 (BOE 09-08-05)

PROPIEDAD HORIZONTAL. EXTINCIÓN DE CONDOMINIO

Se inscribe en el Registro de la Propiedad la adquisición por varias personas de un edificio en proindiviso; posteriormente; los propietarios constituyeron una propiedad horizontal, en la que se determinaron como elementos independientes, tres locales y una vivienda en planta primera, una vivienda en la segunda y otra en la tercera, disolviendo parcialmente la comunidad en cuanto a los locales adjudicándose uno a cada uno de los tres propietarios, manteniéndose la comunidad respecto a las tres viviendas. Ahora se presentan dos escrituras por las que se modifica la propiedad horizontal, pasando varios de los elementos comunes a ser anejos privativos, se acredita la existencia de un sótano por certificado del secretario del Ayuntamiento, con el visto bueno del Alcalde, y además se modifica la descripción de los departamentos, produciéndose la división en dos de lo que antes se describía como un departamento por planta, a los que se asignan como anejo sendos trasteros en la planta sótano, adjudicándose los nuevos departamentos a cada uno de los propietarios, salvo uno que se mantiene en común. Posteriormente el mismo Notario otorga una escritura complementaria de aquélla en la que declara la obra nueva anterior para que se inscriba y posteriormente pueda inscribirse la modificación de la propiedad horizontal, las cuales se deniegan por los siguientes defectos:

1) Para inscribir la obra nueva, habrá que extinguir antes el anterior régimen de propiedad horizontal, pues se modifica la configuración física del edificio, lo cual afecta a su configuración jurídica, defecto revocado por la Dirección General pues la constitución de la propiedad horizontal es compatible con una comunidad romana, sobre los elementos no incluidos en el régimen de propiedad horizontal.

2) Dado que sobre la finca existía una obra nueva ya declarada y ahora se declara que el edificio tiene una nueva descripción, sin que conste como se ha llegado a esa nueva descripción cuya inscripción se solicita; se revoca por la Dirección General pues no existe ningún precepto que exija expresar como se ha llegado a la nueva descripción.

3) El nuevo régimen de propiedad horizontal es consecuencia de la obra nueva realizada, más que una modificación de la propiedad horizontal anterior, ya que lo que se ha de constituir es un nuevo régimen de propiedad horizontal, al haberse extinguido el anterior.

4) Resulta incorrecto que se diga que el objeto de la extinción de condominio sea exclusivamente los departamentos resultantes de la propiedad horizontal, no los locales comerciales que ya eran privativos de cada propietario. La Dirección General revoca los defectos 3 y 4 por reiterativos con relación al primero.

(Pedro Fandos)

SENTENCIAS

ALICIA DE LA RUA NAVARRO *Registradora de la Propiedad*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2004.

TANTEO CONVENCIONAL: DERECHO PERSONAL, NO REAL; NO INCLUYE EL DERECHO DE RETRACTO.

ARTÍCULOS CITADOS: 1209, 1253, 1257, 1281 A 1285, 1473, 1524, 1639 Y 1929 DEL CÓDIGO CIVIL.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El 21 de noviembre de 1975 los tres propietarios de un manantial de aguas minero medicinales, Dª A, D. B y Dª C, se obligan a suministrar al Balneario D, propiedad de la primera, treinta y seis mil litros diarios de agua. En este contrato, los contratantes pactan que si la dueña del Balneario D trata de venderlo, deberá previamente comunicar su propósito a los otros propietarios del manantial «por escrito, indicando precio, forma de pago y demás condiciones de venta», a fin de que los destinatarios de la notificación, conjunta o individualmente, puedan adquirirlo «en las mismas condiciones, contestando en tal sentido dentro de los quince días siguientes a la recepción de la comunicación»; en la cláusula adicional segunda, las partes convienen en que es «condición del presente contrato que la propiedad del Balneario corresponda» a Dª A o sus descendientes.

2º.- El mismo día dichos copropietarios arriendan a E, S.A. el manantial, contrato en el que la arrendataria queda obligada a no consumir los treinta y seis mil litros diarios que los dueños y arrendadores deben suministrar al Balneario D.

3º.- En noviembre de 1979, la sociedad E, S.A. amplía su capital mediante la emisión de nuevas acciones, suscritas Dª A, D. B y Dª C, que aportan como contravalor la propiedad del manantial «con todos los derechos inherentes», pasando así la sociedad arrendataria a ser su dueña. Entre los años 1979 y 1986, todas las acciones representativas del capital de E, S.A. pasan a manos de un tercero, la sociedad F, S.A.

4º.- El 9 de noviembre de 1987, la propietaria del Balneario D, Dª A, que lo tenía arrendado a D. F, lo vende a una sociedad denominada Balneario D, S.A., que había sido constituida por dicho arrendatario y su hermana, otorgando la correspondiente escritura pública el 18 de diciembre de 1987 e inscribiéndose en el Registro de la Propiedad el 18 de marzo de 1988.

5º.- E, S.A. interpone demanda contra Dª A, D. F y Balneario D, S.A., sobre reivindicación del derecho de retracto sobre el bal-

neario, solicitando subsidiariamente que se declare el derecho de la demandante a cortar el suministro de agua del manantial a Balneario D, S.A.

6º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima la demanda, declarando el derecho de la actora E, S.A. de ejercitar el derecho de retracto o de adquisición preferente sobre la finca e instalaciones en la misma existentes, condenando a Balneario D, S.A. a otorgar la correspondiente escritura de compraventa a su favor y a percibir el precio de setenta y cinco millones de ptas. (precio de la venta), disponiendo la inscripción de esta compraventa en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de los derechos de arrendamiento que puedan corresponder a D. F. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación, en el único sentido de establecer como precio para el ejercicio del derecho de retracto 300.136.296 ptas. (precio de mercado). Los demandados formalizan recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Supremo parte de la configuración de la cláusula contractual señalada del contrato de 21 de noviembre de 1975 como tanteo convencional y de eficacia inter partes, no erga omnes, que es natural a los derechos personales. Se entiende que dicha cláusula, con la finalidad de «que la propiedad del agua y la propiedad del Balneario, que no podía subsistir como tal sin el suministro de la anterior, quedasen reunidos en una sola mano», dio vida a un derecho de crédito, en la modalidad de tanteo, de origen convencional y no personalísimo, sino transmisible.

Por otro lado, dejando al margen si con la aportación del manantial a la sociedad E, S.A. se produjo o no una cesión del contrato de 21 de noviembre de 1975, lo cierto es que dicha sociedad es titular del derecho de tanteo convencional, pues éste es transmisible y aquélla adquirió, como contravalor de las nuevas acciones que emitió con la ampliación de su capital, la propiedad del manantial «con todos los derechos inherentes».

Se plantea así mismo si, siendo titular de un derecho de tanteo convencional, cabe entender incluido el derecho de retracto, ésto es, si puede ejercitar el derecho de adquisición preferente después de haberse efectuado la compraventa.

La afirmación de que tanteo y retracto son dos modalidades de un mismo derecho de adquisición preferente constituye una verdad relativa, ya que, al operar uno antes de la venta y el otro después de ella, el que en el segundo haya siempre terceros directamente afectados en sus derechos dota a ambos de sustantividad jurídica, aunque pertenezcan al mismo género. Esa sustantividad explica que cuando tienen origen legal unas veces consistan sólo en el retracto (arts. 1522 y 1523 C.c.) y otras en el retracto previo tanteo, ya sea cumulativamente (arts. 1636 a 1638 C.c.), ya sólo para el caso de que la notificación precisa para el tanteo hubiera faltado (arts. 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, y 88 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos). Tratándose de derechos de adquisición preferente de origen convencional, cual es el caso, es la voluntad de los constituyentes la determinante del alcance de los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1255 C.c.

Hay que concluir, por tanto, que el derecho de que se trata sólo se podía ejercitar inter partes y no frente a terceros, para quienes era res inter alios; E, S.A. adquirió derivativamente un derecho de crédito con-

tra Dª A por virtud del que podía exigirle, como deudora, que le prefiriera en la posición de adquirente en caso de tener la intención de enajenar el Balneario D y que, para posibilitar su preferencia, le notificara oportunamente el propósito de enajenar. Como derecho de crédito que es, el tanteo convencional no produce efectos erga omnes, de modo que, en caso de incumplimiento de la obligación correlativa (es decir, de omitir la deudora la notificación y celebrar la venta sin respetar la preferencia), la acreedora podía exigir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, pero no convertirse en compradora sustituyendo al tercer adquirente. Sin embargo, en la demanda se ejercitó una acción de retracto y no de impugnación de la venta o de indemnización de daños.

En cuanto a la pretensión subsidiaria de la demanda, de que se declarase que la obligación de E, S.A., como propietaria del manantial, de suministrar agua al Balneario D (nacida del contrato celebrado por los entonces propietarios, sus causantes) había quedado extinguida al cumplirse una condición resolutoria del vínculo contractual, la contenida en la cláusula adicional segunda del contrato de 21 de noviembre de 1975 («es condición del presente contrato que la propiedad del Balneario corresponda a Dª A o a sus descendientes, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula adicional anterior»), señala en primer término el Tribunal Supremo que es indiferente, a estos efectos, que la condición no se hubiera pactado en el otro contrato de la misma fecha, el de arrendamiento del manantial a E, S.A., ya que la limitación del consumo de agua impuesta a la arrendataria no era más que una consecuencia de la obligación de suministro al Balneario asumida por los copropietarios. Ello sentado, la naturaleza resolutoria del acontecimiento futuro e incierto a que se refiere la cláusula contractual resulta del tenor literal de la misma, que exterioriza el ánimo de los contratantes de resolver la relación en el caso de que el Balneario D fuera adquirido por terceros no descendientes de Dª A. El evento se ha verificado (conditio existit) y sus consecuencias deben operar de acuerdo con la voluntad que válidamente lo contempló como causa resolutoria.

Como consecuencia de todo lo expuesto, se declara haber lugar a los recursos de casación, anulando la sentencia recurrida y, en su lugar, con estimación sólo en parte de la demanda, se declara que E, S.A. puede poner fin al suministro de agua del manantial al Balneario D, sin que la propiedad o arrendatarios del mismo tengan derecho a indemnización por ello.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE DICIEMBRE DE 2004.

RESOLUCIÓN DE COMPRAVENTA. CONDICIÓN RESOLUTORIA. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CANCELACIÓN DE HIPOTECA: FECHA.

ARTÍCULOS CITADOS: 1775.2 EN RELACIÓN CON LOS 1100, 1101, 1108 Y 1256, Y 1281, 1283, 1114 Y 1117 DEL CÓDIGO CIVIL.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El 27 de octubre de 1995 D. A, en representación de su esposa Dª B, dueña de los pisos X e Y, los vende a D. C, bajo

condición resolutoria que sujeta el otorgamiento de escritura pública a la previa liberación por la vendedora de las cargas y gravámenes que pesan sobre el inmueble vendido, y quedando un depósito de 4.000.000 ptas. confiados a D. D, que interviene en la operación como asesor inmobiliario, a resultas del completo cumplimiento de la referida relación contractual.

2º.- Las hipotecas que gravaban las fincas se levantan el 26 de febrero de 1996, presentándose al día siguiente la correspondiente escritura en el Registro de la Propiedad para la cancelación de dichas hipotecas.

3º.- El 3 de marzo de 1996 se expiden notas simples informativas del Registro de la Propiedad, a instancia de D. C, de las que resultan que aún no han sido canceladas las inscripciones de hipoteca.

4º.- D. C promueve demanda sobre resolución de contrato y devolución de depósito contra D. A, Dª B y D. D. Por su parte, Dª B demanda a D. C solicitando que se dé por resuelto el contrato de compraventa suscrito entre las partes, y se condene al demandado a que indemnice a la actora de los daños y perjuicios causados.

5º.- El Juzgado de Primera Instancia estima en parte las demandas de D. C y Dª B, declarando resuelto el contrato suscrito entre ambos el 27 de octubre de 1995, sin que haya lugar a indemnización de daños y perjuicios, condenando asimismo a D. D a reintegrar a D. C la suma de 4.000.000 ptas., que le fueron entregados en concepto de depósito sin intereses. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revoca sólo en parte, desestimando íntegramente la demanda de D. C y estimando parcialmente la de Dª B, dando por resuelto el contrato a cuyo fin se ordena al depositario D. D que devuelva el depósito de cuatro millones de ptas. al demandado D. C. Éste último interpone recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En primer lugar, el Tribunal Supremo señala que la conducta de D. D fue la adecuada ante la reclamación del precio que ambas partes le hacían, actuando en base a la facultad que le concede el art. 1775 C.c., pues consta probado que D. D fue nombrado depositario por ambas partes, con lo que estaba obligado con los dos partícipes en el contrato a los efectos del referido art. 1775, y ante la discrepancia surgida entre éstos, la actitud tomada por el mismo ha sido correcta, al mantener el depósito hasta que, judicial o extrajudicialmente, se le indicara la identidad de la persona a quien ha de efectuarse la devolución.

En segundo término, se discute acerca de la condición impuesta en la estipulación tercera del contrato, que literalmente dice:

«La escritura se otorgará por la vendedora a favor del comprador o de la persona física o jurídica que éste designe antes del otorgamiento en el referido plazo máximo de cuatro meses a partir de la fecha.

A tal fin la vendedora realizará cuantas gestiones sean necesarias o convenientes para tener lista la documentación necesaria para el otorgamiento de la escritura de compra en el expresado concepto de libres de cargas y gravámenes de los referidos inmuebles, y directamente inscribible en el Registro de la Propiedad. Igualmente realizará la vendedora, dentro de dicho plazo máximo, las gestiones y notificaciones que sean necesarias de conformidad con la Ley de Arrendamientos Urbanos, a los inquilinos existentes en los dos inmuebles que se transmiten y se encuentran arrendados.

La imposibilidad por parte de la vendedora de otorgar la escritura de venta y posesión de los inmuebles que se transmiten en el referido plazo máximo de cuatro meses, o falta de notificaciones a los inquilinos aludidos, actuará como condición suspensiva del presente contrato, el que quedaría sin vigor ni efecto automáticamente, pues no habría nacido a la vida del derecho, debiendo reintegrarse por su depositario los cuatro millones de pesetas que hoy se entregan por la parte compradora en el plazo máximo de 48 horas a partir de ser requerida al efecto».

La calificación del contrato es la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable: es precisa una previa interpretación para llegar a la correcta calificación del contrato, la cual está por encima de las declaraciones e incluso de la voluntad de los sujetos. En este caso, se entiende que la cláusula precisada constituye una condición resolutoria.

Frente a la alegación por la parte recurrente de que no se habían levantado las cargas en el plazo de cuatro meses, en base a las notas simples informativas del Registro de la Propiedad, se desestima porque consta acreditado en autos que las cargas se levantaron el 26 de febrero de 1996 e, igualmente, que al día siguiente se presentó la correspondiente escritura en el Registro de la Propiedad para la cancelación de la hipoteca, con lo que la vendedora cumplió, aunque fuera in extremis, la obligación que le correspondía. La escritura de cancelación se entregó en el Registro y fue anotada en su Libro Diario dentro de la fecha prevista, por lo que la inscripción de las cancelaciones de hipoteca tendrá efecto desde la fecha de su presentación, sin que unas simples notas informativas de las cargas constituyan prueba de la falta de cumplimiento de la condición de que se trata.

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE FEBRERO DE 2005.

DIVISIÓN DE COSA COMÚN: CONCEPTO DE INDIVISIBILIDAD; REQUISITOS PARA ESTABLECER UN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

ARTÍCULOS CITADOS: 404, 1.062 Y 401 DEL CÓDIGO CIVIL.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- La finca X pertenece a D. A y Dª B en cuanto a dos terceras partes indivisas, y a Dª C y Dª D en cuanto a la tercera parte restante.

2º.- D. A y Dª B interponen demanda contra Dª C y Dª D solicitando que se declare indivisible en el aspecto legal la finca X y, en consecuencia, se ordene sea la misma sacada a pública subasta por el Juzgado, con la concurrencia de licitadores extraños, ordenando que el precio que se obtenga del remate, sea distribuido entre los condueños de tal inmueble; todo ello salvo que se demuestre la divisibilidad de la finca, respetando el dominio de las dos terceras partes de los demandantes y de la otra tercera parte correspondiente a los demandados. Dª C y Dª D formulan reconvención

para que se declare la división de la finca litigiosa conforme a las cuotas señaladas mediante la adjudicación de pisos o locales en la forma prevista en el art. 396 C.c con reintegro a las partes del valor de las obras de mejora realizadas en cada una de ellas.

3º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima la demanda, declarando indivisible la finca X, ordenando su división mediante venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, repartiéndose el precio entre los copartícipes en proporción a su haber en la división. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. Las demandadas interponen recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Las recurrentes alegan que al menos desde el año 1911 la casa ha sido siempre transmitida, adquirida y utilizada por «partes de casa» en las referidas proporciones (2/3 y 1/3) y que en ella existen dos viviendas ocupadas desde hace más de treinta años por los actuales propietarios. Y se justifica por el hecho de que, a pesar de la unidad registral, hay dos unidades catastrales, que tributan con independencia y cuyas viviendas tienen desagües y servicios separados, además de que el uso individual ha sido consentido y no impugnado, y por ambas partes se han realizado obras en sus respectivos espacios. Dicha atribución en propiedad se complementaría con la atribución en utilización conjunta del patio central porticado y el corredor de dicho patio.

El Tribunal Supremo señala, sin embargo, en primer lugar, que la determinación de la indivisibilidad, inservibilidad o desmerecimiento de la cosa desde la perspectiva de la verificación casacional presenta dos aspectos: el fáctico, integrado por los hechos y descripciones que configuran la situación juzgada, de modo que las premisas sentadas sólo pueden ser atacadas en casación mediante el error en la valoración de la prueba, y el jurídico o «questio iuris», que comprende las valoraciones o calificaciones deducidas de aquellas premisas inconmovibles.

Respecto al primero de dichos aspectos, todas las alegaciones que se efectúan en relación con las apreciaciones probatorias, y singularmente con el informe del perito en que se fundamenta la sentencia de instancia devienen estériles, porque las consideraciones de que se trata sólo podían acceder a la casación a través del error en la valoración de la prueba, con indicación del precepto legal idóneo para sustentar la denuncia, cuyo carácter no tienen los mencionados en el enunciado del motivo, ninguno de los cuales contiene ninguna norma o regla de valoración probatoria.

En cuanto al segundo aspecto, la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de indivisibilidad jurídica es pacífica, habiendo declarado numerosas Sentencias que la misma puede obedecer, bien a resultar, en caso de división, inservible la cosa para el uso a que se destina, bien a un anormal desmerecimiento, bien a la originación de un gasto considerable a los partícipes.

En este sentido, el Alto Tribunal expone que el uso exclusivo de las partes de casa es un acto meramente tolerado y recíproco y que ambas partes se sirven de la comunidad conforme a normas de utilización muy antiguas, pero que carecen de la virtualidad de ser imperativas para la división material, sobre todo porque en la copropiedad unos tienen un tercio y los otros dos tercios, y no puede imponerse a un condómino que ceda

más derechos que el otro para estructurar una comunidad del art. 396 C.c. Por consiguiente, a pesar de lo afirmado por la parte recurrente, falta la base fáctica para estimar que las respectivas posesiones se corresponden con sus respectivas participaciones o cuotas. Tampoco hay base probatoria para estimar que con el criterio de la recurrente se produciría la división total, y no resulta división de comunidad efectiva cuando la misma perdura en una parte.

Por otro lado, la solución propuesta podría ser buena para resolver el conflicto siempre que lo aceptase la otra parte. Pero el que pueda ser buena para un arreglo amistoso no quiere decir que puedan ser impuestas por los tribunales. La divisibilidad de una comunidad no está en función del interés y apreciación subjetiva de una parte, que no puede pretender un criterio de divisibilidad que no consta dé respuesta de igualdad objetiva a las respectivas cuotas. De ahí que, ante la falta de acuerdo de los interesados, sea ajustada a derecho la decisión judicial por la que se ordena que la división tenga lugar mediante venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, repartiéndose el precio entre los copartícipes en proporción a su haber en la indivisión.

Así mismo, y con base en el informe pericial, no sólo no es posible una división material de la finca respetando las cuotas de participación de los litigantes, sino que tampoco es posible constituir un régimen de propiedad horizontal que sustituya a la comunidad actualmente existente. La pretensión de convertir la situación posesoria en dominical con ciertos espacios de utilización conjunta no es ajustable a las cuotas que tienen los condóminos; y, por otro lado, la aplicación del art. 401.2 C.c. exige que las características del edificio permitan la división mediante la adjudicación de pisos o locales independientes con sus elementos anejos, y, en el caso en cuestión, la finca presenta unas peculiaridades estructurales y arquitectónicas que no permiten su acomodo al régimen de propiedad horizontal que regula el art. 396 C.c. De ahí que se hable en el propio recurso de comunidad especial, y se postule una división que en realidad es «sui generis», y no se corresponde con el modelo legal.

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

SONIA ORTEGA PARRA

LA RESPONSABILIDAD ESPECIAL DE ADMINISTRADORES EX. ARTÍCULO 262.5 DE LA L.S.A. (OPINIONES DOCTRINALES) 2ª PARTE

ÍNDICE

III.- EL DIES A QUO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL.

IV.- SOLIDARIDAD ¿Entre administradores? O, ¿Entre administradores y sociedad?

V.- CESE DEL ADMINISTRADOR NO INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL. OPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS.

III.- DIES A QUO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL.

Establece con notable parquedad el artículo 262.5 de la L.S.A.:

"Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar **en el plazo de dos meses** la Junta General, para que adopte en su caso, el acuerdo de disolución…"

Ahora bien, ¿Desde cuando debemos entender que surge la obligación de convocar en dos meses? ¿Qué dies a quo debemos tomar como referencia para efectuar el cómputo?.

Piénsese que dicho artículo sanciona no sólo la no convocatoria de la Junta General para adoptar, en su caso, el acuerdo de disolución, sino que además sanciona que ello no se lleve a cabo en el plazo de dos meses desde que aparezca la causa de disolución.

Ello nos lleva a plantearnos las siguientes cuestiones ¿En qué momento debe entenderse que los administradores necesariamente han debido detectar la causa de disolución en la sociedad?. No ha sido esta cuestión tampoco ajena a la diversidad doctrinal.

Para Jesús Quijano [17], los administradores deben detectar la causa de disolución necesariamente en el momento de elaboración de las cuentas anuales que en sí misma es una obligación inherente al cargo del administrador, en virtud del artículo 171 de la L.S.A.

No obstante lo anterior, debiera ser suficiente que el desequilibrio económico se conozca por los administradores en cualquier momento del ejercicio, citándose a título de ejemplo los balances trimestrales del artículo 28 del C. Com.

Para este autor "Lo relevante es que la situación de pérdidas exista y sea, o deba ser, conocida por los administradores y no tanto su reflejo formal o documental".

Para Rodríguez Villa y Huerta Viesca [18], "la obligación de convocar nace por la concurrencia de la causa de disolución, no por el conocimiento o consciencia de la misma por parte de los administradores sociales, de quienes, por razón de la diligencia que se les exige para desempeñar su cargo (Artículo 127.1 L.S.A.), se debe presumir que han de tener conocimiento inmediato de tal situación, por el seguimiento que deben hacer del estado de la S. A. en cada momento".

Siguiendo esta concepción doctrinal, lo relevante no es cuándo el administrador o administradores tienen conocimiento de la causa de disolución, sino cuándo se ha producido ésta. Así las cosas, comenzará el cómputo de los meses cuando concurra la causa de disolución con independencia de cuando tengan conocimiento de ella los administradores. De esta forma, si el administrador detecta la causa de disolución una vez transcurrido el mencionado plazo, inevitablemente ya han incurrido en responsabilidad debiendo hacerse cargo de **todas las obligaciones sociales.**

Para Fernando Cerdá Albero [19], "El dies a quo será aquel en el que el acreedor demandante conociera que se ha producido el resultado que se quiso evitar con la imposición del deber (la insolvencia societaria)".

Para Vicent Chuliá [20], el artículo 262.5 de la L.S.A., agrupa diversos supuestos de causas de disolución debiendo por tanto remitirnos al deber de diligencia general exigido a los administradores ex. Artículo 127 L.S.A. De otro lado, no parece inferirse que haya de constatarse la causa de disolución cuando los administradores, bien por sus conocimientos, bien por el mero sentido común, determinen la existencia de pérdidas contables.

Así las cosas, "los administradores estarán obligados a convocar Junta General siempre que constaten las pérdidas a través de un balance de comprobación trimestral u otro estado de situación, pero también siempre que las pérdidas puedan ser detectadas con el criterio objetivo exigible a los administradores".

Se citan por el autor otras legislaciones mercantiles que no condicionan el conocimiento de la pérdida societaria a la espera de un balance determinado o estado contable, sino que se reconoce la causa de disolución "desde que se hubiera podido detectar la pérdida" (Normativa belga); desde que "Se dieran cuenta los administradores" (Normativa inglesa, alemana o el artículo 2446 del Codice Civile italiano).

Frente a estas posturas, se alzan aquellas por las que el exceso de agravación de la norma aconseja una interpretación benévola del precepto, debiendo entender que la obligación de los administradores de detectar la causa de disolución, habrá de subordinarse a la formulación de cuentas anuales.

Quizás sea la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000 la que pone término a la discusión doctrinal suscitada (artículo 1.6 C.C.), habiéndose establecido por parte del Alto tribunal que el dies a quo **habrá de situarse en el momento en que el administrador debió conocer de la causa de disolución.**

Para el T.S., no es necesario que el desequilibrio patrimonial se desprenda de las cuentas anuales que han sido elaboradas por la presentación en la Junta general, sino que **la obligación surge en el momento en que los administradores a través de cualquier balance, incluido el trimestral de comprobación, tienen conocimiento de la existencia del desequilibrio patrimonial.**

El dato decisivo para efectuar el cómputo de dos meses, no se puede reproducir de modo absoluto al momento en que se conoce el resultado de las cuentas anuales, sino que se ha de contemplar en relación **con el conocimiento adquirido, o podido adquirir,** acerca de que se da una situación en el patrimonio social inferior a la mitad del capital social.

Sin lugar a dudas dicha interpretación provoca que los administradores deban tener en todo momento un perfecto conocimiento del estado contable de la sociedad. Todo ello en virtud del deber de diligencia que les es inherente (Artículo 127 L.S.A.) y de la necesaria profesionalización y especialización que debe llevar aparejado el cargo. Consecuencia ésta última del artículo 262.5 L.S.A. y 105.5 L.S.R.L. tal y como avanzábamos al inicio de este trabajo.

De otro lado, piénsese que el citado artículo 262.5 L.S.A. únicamente se refiere al deber de convocatoria de Junta General. Sin embargo, no hace referencia el precepto al deber de celebración de la misma. Así se establece en el tenor literal del mencionado artículo: "Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de **convocar** en el plazo de dos meses la Junta General…"

Para el profesor Quijano este primer deber de convocatoria es el que hay que entender que queda subordinado al cumplimiento del plazo de dos meses desde que aparezca la causa de disolución, por lo que quedará igualmente cumplido aunque la Junta general se **celebre** una vez agotado el susodicho plazo.

Personalmente y siguiendo la tesis de Vicent Chuliá, esta laguna legal (Laguna legal ya que la Ley establece únicamente plazo específico para la convocatoria de la Junta que no para su celebración), habrá de suplirse con la aplicación del artículo 97.1 L.S.A., de forma tal que necesariamente la celebración de Junta General habrá de materializarse como máximo en el plazo de 15 días desde su convocatoria.

Tal y como argumenta Vicent Chuliá [(21)] "Los administradores no tienen ninguna justificación para demorar por más tiempo el ejercicio de la iniciativa empresarial por parte de la Junta".

¿Qué consecuencias pueden derivarse si el administrador convoca la Junta General dentro del plazo de dos meses pero, sin embargo, se lleva a cabo la celebración de la misma 3 ó 4 más tarde de la convocatoria con demora en la promoción de la disolución?.

Siguiendo al profesor López de Medrano entendemos que el administrador ha cumplido con el deber legal que le impone el artículo 262.5 L.S.A., a saber, la convocatoria de la Junta General en el plazo de dos meses desde que concurra la causa de disolución, por lo que la responsabilidad que pueda derivarse como consecuencia de la demora injustificada en la celebración de la misma, habrá de entenderse referida al régimen general de responsabilidad previsto en los artículos 133-135 L.S.A.

Otra de las cuestiones que conviene abordar en este punto, por su íntima conexión con el dies a quo, es la institución de la prescripción.

La diversidad de opiniones doctrinales y criterios jurisprudenciales hasta el momento aplicados, sin embargo, encuentran un denominador común a la hora de determinar la prescripción de la acción ejercitable, siendo el criterio seguido por regla general, el instaurado en el artículo 949 del C. Com.

A propósito del plazo cuatrienal se han pronunciado entre otras la STS de 29 de abril de 1999 [(22)].

Igualmente la mayoría de la doctrina se decanta por la aplicación del artículo 949 del C.Com. (Vicent Chuliá, Eizaguirre, Uría/Menéndez, Beltran, Rodríguez Ruiz y Huerta etc…)

No obstante lo anterior, lo expuesto no significa que exista uniformidad total en la materia, manteniéndose tesis doctrinales intermedias. Así, Eduardo Polo [(23)] considera que la prescripción de la acción vendrá determinada por la naturaleza de la acción ejercitada.

Alguna sentencia de la denominada "jurisprudencia menor", se ha remitido al plazo general de prescripción quincenal del artículo 1964 C.C. o incluso al plazo de prescripción que corresponda a la acción que se tenga contra la sociedad.

Sosteniendo la tesis de Rodríguez Ruiz y Huerta Viesca [24], parece jurídicamente más correcto atender al plazo cuatrienal señalado en el artículo 949 del C. Com. ya que su especialidad ha de permitir la aplicación preferente, habida cuenta que en el mencionado artículo atesora (o al menos así ha de entenderse), todo tipo de acciones que exijan la responsabilidad de los administradores, ya se traten éstas de la acción social de responsabilidad, la individual de responsabilidad, o las derivadas del artículo 262.5 L.S.A. o de las Disposiciones Transitorias Tercera y Sexta de la meritada Ley.

IV.- SOLIDARIDAD ¿ENTRE ADMINISTRADORES? O, ¿ENTRE ADMINISTRADORES Y SOCIEDAD?

Establece el artículo 262.5 L.S.A. "Responderán solidariamente los administradores…" y, siguiendo con lo que viene siendo tónica general en esta materia, este punto tampoco queda alejado de polémica doctrinal.

Lo cierto es que el tenor literal del precepto no es precisamente un ejemplo de acertada técnica legislativa ofreciendo de nuevo dudas en tan ardua cuestión.

¿Debemos entender que la solidaridad ha de circunscribirse a los administradores de la sociedad o, por contra, entender que ésta abarca a los administradores con la sociedad?

Quizás el autor más tajante en esta materia sea Fernando Cerdá Albero quien en su obra "Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas" comienza su epígrafe IV con el título "El carácter solidario de la responsabilidad. ¿Solidaridad entre quiénes?. [25]

Para el susodicho autor, no es concebible la solidaridad de las obligaciones sociales entre administradores y sociedad por las siguientes consideraciones:

1.-Parece claro el tenor literal de la norma restringe el ámbito de la solidaridad a los administradores única y exclusivamente.

2.-Se trata de una responsabilidad por daños, la omisión de convocar Junta general o, en su caso, disolución judicial es el criterio de imputación de resultados.

3.-Si el legislador hubiera querido instaurar la responsabilidad solidaria entre administradores y sociedad, lo habría impuesto expresamente, al igual que hizo en la Disposición Transitoria Tercera de la L.S.A.

4.-Los administradores responden solidariamente entre sí, pero de forma subsidiaria con respecto a la sociedad.

Debemos recordar que para este autor estamos ante una responsabilidad subjetiva por daños, en la que no se deslinda en concepto de deudor del concepto de responsable y donde se niega con carácter general el régimen automático de la norma.

Desde mi honesto punto de vista y siguiendo entre otros, las opiniones del profesor López de Medrano no podemos entender que la responsabilidad de los administradores haya de reputarse como subsidiaria a la sociedad ya que aquéllo implicaría la aplicación del artículo 1830 del C.C. y, con ello el beneficio de excusión.

No debemos olvidar que la causa de disolución por pérdidas no implica la insolvencia de la sociedad, por lo que podría darse el siguiente supuesto: Supongamos la existencia de una sociedad en la que concurre causa de disolución por pérdidas. Los administradores incumplen sus deberes legales no convocando Junta General para lograr el acuerdo de disolución en el plazo de dos meses desde que concurre la causa de disolución. Sin embargo, como la sociedad sigue siendo solvente, por aplicación del beneficio de excusión, los administradores se liberan del pago de las obligaciones sociales. ¿Qué virtualidad práctica tendría el precepto?

Desde este punto de vista parece lógico admitir que los administradores que incumplan sus obligaciones legales deben ser responsables aunque la sociedad sea solvente.

De otro lado, parece que la finalidad práctica del precepto así lo aconseja, aunque, todo sea dicho, la redacción de la Disposición Transitoria Tercera es más cuidadosa y adecuada en su regulación

El profesor Quijano adopta una posición inversa a la prevista por el profesor Cerdá Albero. Así, para Quijano debemos partir de la debida separación entre "persona responsable" y "persona deudora". Desde este punto de vista parece lógico admitir que, aunque despliegue efectos la responsabilidad de los administradores, ellos no son precisamente los deudores de los créditos que ostenten los acreedores contra la sociedad, por lo que aunque hagan suyas las deudas de la sociedad, es esta última la deudora del crédito reclamado, sin que quede sustituida en su posición por la figura del administrador que, en todo caso, " **añade garantía de su responsabilidad solidaria frente a terceros** [26]**".**

La misma opinión doctrinal caracteriza a Rodríguez Ruíz y Huerta Viesca ya citados a propósito de anteriores exponiendos. Jose Mª Neila Neila, Emilio Beltrán, Vicent Chuliá etc…

Vicent Chuliá [27], siguiendo la opinión mayoritaria, amplía la responsabilidad solidaria de los administradores con la sociedad, ya que la responsabilidad solidaria de los administradores estrictu sensu ya venía apuntada a propósito del régimen general de responsabilidad del artículo 133 L.S.A.

Opiniones intermedias han completado la diversidad interpretativa del precepto, tales como la de Ricardo Cabanas Trejo [28] que, sin atreverse a afirmar la responsabilidad solidaria

exclusiva de los administradores, no deja de reconocer que la condición de deudora únicamente la ostenta la sociedad, concluyendo su argumento con la institución de la responsabilidad por deuda ajena.

Se apunta la "dualidad de acción" del acreedor que podrá dirigirse contra el administrador o, conjuntamente contra la sociedad, pudiendo además en el primer caso demandar a cualquier administrador o a todos ellos en virtud del ius eligendi y el ius variandi.

La diversidad interpretativa, toda ella autorizada obstaculiza una conclusión uniforme. No obstante lo anterior, la debida separación entre responsables y deudores, inherente a nuestro ordenamiento jurídico aconseja mantener la solidaridad entre administradores y sociedad. No obstante, entendemos que tal y como ya manifestaron Rodríguez Ruiz y Huerta Viesca, la reforma de la L.S.A. de 1989 representó una buena oportunidad, desaprovechada por otra parte, para que el legislador hubiera redactado convenientemente este género de responsabilidad.

V.- CESE DE ADMINISTRADORES NO INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL. OPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS.

Procede en último término plantear otra de las cuestiones más polémicas que a este tipo de responsabilidad caracteriza.

Imaginemos el siguiente supuesto de hecho:

La sociedad A, tiene en fecha de 31 de diciembre de 2001 dos administradores, el Sr. B, y el Sr. C. En fecha de 4 de enero de 2002, el Sr. B cesa en su cargo, decisión ésta última que comunica a la sociedad por medio de conducto notarial. Sin embargo, ni por parte de la sociedad ni por parte del administrador que cesa, se hace constar dicha circunstancia en el Registro Mercantil. En fecha de 6 de febrero de 2002 aparece causa de disolución en la sociedad. No se procede a su disolución por parte del administrador que no ha cesado, incumpliéndose los deberes legales inherentes a su condición,en virtud del artículo 262.5 L.S.A. En fecha de 30 de junio de 2002 el Sr. D. (Acreedor de la sociedad), demanda a la sociedad y a los dos administradores que figuran con tal condición en el Registro Mercantil (Entre los que se encuentra el Sr. B, administrador que cesó en fechas anteriores a que apareciera la causa de disolución). ¿Sería jurídicamente viable la pretensión del acreedor demandante al incluir en su demanda al Sr. B?.

Para dilucidar la cuestión resulta necesario partir de la siguiente regulación:

Artículo 20 del C. Com. "el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de inexactitud o nulidad".

Artículo 21.1 del C. Com. "Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles frente a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín oficial del Registro Mercantil. Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción"

Artículo 21.4 del C. Com. "La buena fe del tercero se presume, se presupone en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción".

Artículo 22.2 del C. Com. "En la hoja abierta a las sociedades mercantiles…se inscribirán…el nombramiento y cese de los administradores…"

Todos ellos han de ponerse en conexión con sus homólogos respectivos del Reglamento del Registro Mercantil, artículos 7, 9 y 94.

Muchas han sido las opiniones doctrinales que se han pronunciado, y resta decir que todas ellas son diversas. No obstante, abarcaremos en este punto otras de las vertientes interpretativas del Derecho, a saber, la jurisprudencia.

-Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 15ª) de 5 de octubre de 1995, en el rollo de apelación nº 881/1994, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Béjar García.

La doctrina interpretativa que en este punto nos concierne es la expuesta en el Fundamento de Derecho Segundo:

"La inscripción registral no es constitutiva del cese y, de otra, a salvo de los supuestos de mala fe, fraude o simulación, el administrador queda exento de responsabilidad desde el momento del cese, sin que sea de aplicación el principio de no oponibilidad a terceros de buena fe de los actos inscribibles no inscritos en los supuestos que como el presente, son de responsabilidad extracontractual por culpa, ajenos a cualquier relación negocial…"

De conformidad con la citada sentencia, la responsabilidad del artículo 262.5 de la L.S.A. es de tipo extracontractual por culpa, supuesto éste que impide su subordinación a los efectos del Registro. De acuerdo con esta concepción, el tercero protegido es únicamente el tercero contractual.

De otro lado, aún en el caso de que se tratara de un tercero contractual, para la mayoría de los magistrados resulta oponible el cese no inscrito en tanto en cuanto la inscripción del cese de administradores no es constitutiva.

La doctrina, no siempre se ha mostrado conforme con esta posición. Así, para el profesor Manuel Mª Sánchez Álvarez limitar la publicidad legal a las relaciones contractuales supone una injustificable restricción al ámbito del artículo 21.1 del C. Com., máxime cuando el mencionado precepto se refiere genéricamente al "tercero" sin limitarse en su expresión a aquél que entabla una relación contractual con la sociedad o tercero contractual.

De otro lado, se ha argumentado (Vicent Chuliá), que la noción de tercero contractual es equívoca e induce a confusión, ya que "el contratante, por definición no puede considerarse como tercero de una relación jurídica".

Desde luego que no es unánime la concepción recogida en la sentencia ni desde el punto de vista doctrinal ni desde el punto de vista de los magistrados que integraban la Sala, tal y

como puede apreciarse por el voto particular del Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Gimeno Bayón Cobos que materializó su oposición al fallo mediante voto particular con base en los siguientes argumentos:

a) A pesar de que la inscripción del nombramiento y cese de los administradores no es constitutiva, no puede exonerarse de responsabilidad al administrador por impedirlo el efecto negativo de la publicidad material. (El efecto negativo de la publicidad material ha sido definido por Pau Pedrón como la presunción de que se desconoce la información que, a pesar de ser obligatoria, no ha sido registrada).

b) A pesar de no ser una relación contractual la que une al administrador con el acreedor es bien cierto que "el nexo que vincula al administrador con la administrada es el que justifica la imputación a aquél de las consecuencias del obrar de ésta".

c) Admitiéndose en nuestro ordenamiento la responsabilidad por hechos de terceros, es suficiente con que la acción ejecutada sea imputable al órgano de administración.

d) "Constituye un deber elemental de la diligencia exigible a un ordenado empresario desarrollar la actuación precisa para destruir la pública apariencia de responsabilidad que deriva de los asientos del Registro, sin que pueda escudarse la falta de concordancia entre éste y la realidad extraregistral en la pasividad ajena pues para la inscripción del cese será suficiente el escrito de renuncia notificado a la sociedad o la certificación a que se refiere el artículo 147 del R.R.M…."

Esta última mención ha llevado a parte de la doctrina a diferenciar las causas del cese de administradores (Separación, dimisión, caducidad, fallecimiento, etc…) y, en consecuencia, sobre quién recae la obligación de inscripción en el Registro Mercantil. No obstante lo anterior, tal y como afirma el profesor Manuel Mª Sánchez Álvarez "Ello es absolutamente irrelevante desde la perspectiva de los efectos positivos y negativos de la publicidad material pues, desde este punto de vista carece de importancia el motivo que ha provocado la ausencia de inscripción".

La polémica jurisprudencial imperante en esta materia se pone de manifiesto transcurridos dos años de la sentencia anteriormente citada, ya que en el seno de la misma AP e incluso de la misma sección, en un supuesto similar se llega a una consecuencia jurídica completamente distinta a la fallada anteriormente, a saber, la inoponibilidad a terceros del cese no inscrito.

-SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 30 de abril de 1997 en el rollo de apelación nº 283/96, siendo Ponente el Ilmo Sr. Magistrado D. Rafael Gimeno Bayón Cobos.

La meritada sentencia parte de la necesidad de proteger la seguridad del tráfico económico en sociedades capitalistas. Así se materializa en el artículo 54.3 del Tratado de Roma y en la Directiva por la que se reformó el texto de Sociedades Anónimas en 1989, en cuyo artículo 3.7 se establecía:

"Los terceros podrán valerse en cualquier caso de los actos e indicaciones respecto de los que aún no se hayan cumplido las formalidades de publicidad salvo que la falta de publicidad los convierta en ineficaces".

Debe completarse tal razonamiento con los preceptos 20, 21 y 22 del C. Com. y 7, 9, y 94.4 del RRM.

Cierto es que la inscripción del nombramiento y cese de los administradores no es constitutiva (no precisa inscripción para surtir efectos) pero no es menos cierto que dichos efectos no deben producirse en toda su amplitud y frente a todos ya que con ello se contraría la función del R.M. consistente en "Proteger la confianza de los terceros en la apariencia de exactitud tanto de lo que dice como de lo que no dice cuando debió haber dicho".

El resto de los argumentos jurídicos que sostienen la inoponibilidad a terceros del acto no inscrito es una reproducción de aquella interpretación que en Sentencia de fecha de 5 de octubre de 1995 vertiera el Ilmo Sr. Rafael Gimeno Bayón Cobos, a la sazón, Ponente de la sentencia ahora comentada.

Sin embargo, tampoco en esta ocasión existió unanimidad por los magistrados integrantes de la Sala mostrando mediante voto particular su disconformidad con el fallo el Ilmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

El magistrado mostraba su opinión contraria con base en los siguientes argumentos:

a) Declarando en este supuesto la inoponibilidad a terceros del cese no inscrito, se extiende el sentido del artículo 262.5 L.S.A., más allá de lo que su texto tolera.

En otras palabras, no puede hacerse responsable a un señor por un "deber legal" que legalmente no estaba obligado a cumplir. Es obvio que el administrador cesado en la sociedad no estaba obligado a promover la disolución societaria en el momento en que concurrió la causa de disolución, sencillamente porque en aquel momento ya no devenía administrador de aquella sociedad. Es más, aunque hubiera querido hacerlo, no podía haberlo hecho ya que dejó de ser administrador de la sociedad en tiempos anteriores. Los obligados a convocar junta en virtud del artículo 262.5 de la LSA son los administradores de la sociedad, únicos a los que dicha facultad asiste. Resta decir en este punto que aunque los socios puedan solicitar convocatoria éstos no son los que resultan obligados en razón del artículo mencionado.

b) La inscripción del cese no es constitutiva. El cese produce sus efectos aunque no exista inscripción del mismo.

c) Lo que se protege con el efecto material negativo de la publicidad no son las ventajas generales de registrar sino tan sólo la confianza del tercero en la plenitud de la publicidad registral.

En efecto, la buena fe del tercero ha de hacer inoponible al tercero los actos o hechos inscribibles no inscritos pero no es éste el objeto de la litis, ya que si en el registro no se publica la dimisión del administrador ninguna confianza puede ésto inspirar a los acreedores en orden al deber de promover la disolución de la sociedad que no deriva de la relación del administrador con el tercero sino del administrador con la sociedad.

La inoponibilidad del cese no inscrito, volvería a materializarse unos meses más tarde en la misma Audiencia y en la misma Sección 15ª de 29 de octubre de 1997, en el rollo de apelación nº 1304/96, siendo Ponente la Ilma. Sra. Dª Marta Rallo Ayezaren (Fundamento de Derecho Octavo).

Sin embargo, no podemos aseverar que dicha AP asuma ya un criterio unificado en relación con el artículo 262.5 L.S.A. Así, a pesar de afirmarse la inoponibilidad del cese no inscrito se atribuye a este tipo de responsabilidad una naturaleza objetiva. De forma contraria a como se había pronunciado esta Sección en anteriores pronunciamientos se establece que:

"Dicha responsabilidad exige los presupuestos objetivos contenidos en el precepto 1) existencia de crédito contra la sociedad 2) concurrencia de alguna de las causas de disolución del artículo 260 3) omisión por los administradores de convocatoria de la Junta General para la disolución. No se requiere, en cambio, la concurrencia de requisitos como el daño de tercero o la relación de causalidad entre la actuación de los administradores y el daño. Así resulta del propio artículo 262.5 L.S.A. que, como ha señalado la doctrina quedaría en otro caso vacío de contenido ante la coexistencia de los artículos 133 a 135 L.S.A."

El debate que se suscita en torno a la cuestión que tratamos en este punto, incluso en el seno de la misma Audiencia Provincial obtuvo respuesta del Tribunal Supremo que, en contra de lo que se venía dictaminando en la AP de Barcelona, mediante pronunciamiento en fecha de 10 de mayo de 1999 dictaminó:

"En el contexto descrito, la ausencia de intervención y desconocimiento de los cesados de la situación de la sociedad demandada no se les puede imputar frente a terceros por el único elemento de que el acto relativo a sus ceses no tuvieron reflejo en el Registro Mercantil, ya que no estaban facultados para la elevación a instrumento público de los acuerdos sociales ni para certificar…".

"En modo alguno pueden considerarse constitutivas las inscripciones correspondientes por no imponerlo precepto legal alguno".

Con ello el Tribunal Supremo parece que pone término a la diversidad doctrinal suscitada hasta ese momento. Sin embargo conviene hacer unas pequeñas aclaraciones. El Alto Tribunal determina la oponibilidad a terceros del cese no inscrito, no sin dejar de hacer las siguientes afirmaciones "la ausencia de intervención y desconocimiento de los cesados de la situación de la sociedad demandada no se les puede imputar frente a terceros por el único elemento de que el acto relativo a sus ceses no tuvieron reflejo en el Registro Mercantil, **ya que no estaban facultados para la elevación a instrumento público de los acuerdos sociales ni para certificar…".** Con esta última cuestión aparece una nueva brecha interpretativa y es que el citado Tribunal parece estar diferenciando en qué casos el cese podía haber sido inscrito por el administrador y en qué casos no.

Ésto nos hace plantearnos algunos de los supuestos que pueden surgir con relación al cese de administradores.

- Separación: En virtud del artículo 142 RRM, ésta se practicará mediante certificación del acta de la junta o, en su caso, del Consejo de Administración o mediante escritura pública que acredite las circunstancias de la separación.

- Dimisión: El artículo 147 RRM permite inscribir esta circunstancia al propio administrador en virtud del escrito de renuncia del cargo o mediante certificación del acta de la Junta o, en su caso, del Consejo de Administración. Naturalmente será necesario que la sociedad haya manifestado su aceptación a la renuncia o que el administrador adopte las medidas necesarias para la elección de un sustituto.
- Fallecimiento o declaración de fallecimiento. Puede practicarse en virtud de certificación del Registro Civil. Etc…

Inexcusable es la mención del artículo 4.2 RRM en cuya virtud la inscripción no podrá ser invocada por quién esté obligado a procurarla.

Con ello, únicamente en los casos de dimisión, es en los que la inscripción ha podido ser practicada por el propio administrador. Pero esta afirmación no nos puede llevar a engaño ya que también ha podido ser practicada por la propia sociedad.

En el resto de los casos (Separación o fallecimiento etc…), es claro que también a la sociedad compete la obligación de inscripción del cese, por lo que sólo a ésta podrá reprochársele las consecuencias negativas que puedan derivarse del cese no inscrito. En el caso especial del artículo 262.5 LSA examinado anteriormente, es obvio que es oponible frente a terceros por el administrador el cese no inscrito.

Sin embargo, observemos el siguiente fundamento de la sentencia examinada

"En modo alguno pueden considerarse constitutivas las inscripciones correspondientes por no imponerlo precepto legal alguno".

Con ello introduce el Tribunal una especie de dictamen final aseverando que en todo caso el cese produce sus efectos desde el momento en que éste se produzca, no siendo necesaria su inscripción para que surta efectos incluso frente a terceros.

De conformidad con la Sentencia del Alto Tribunal y, una vez calificados todos los extremos, parece que jurídicamente es más apropiado establecer la oponibilidad del cese no inscrito por las siguientes razones:

En primer lugar, porque el cese de administradores no se halla sujeto a inscripción constitutiva. El cese despliega sus efectos con independencia de su inscripción.

En segundo lugar, el administrador cesado no tiene poder ni competencia para convocar la Junta General de una sociedad y mucho menos para solicitar una disolución judicial de la misma, de la que ya ha desaparecido como administrador. (E incluso aunque permaneciera como socio de la misma, ya que el socio o socios aunque puedan solicitar dicha convocatoria, no están obligados a ello, por el contrario sí lo está la figura del administrador).

Su relación como administrador desde el momento del cese ha de reputarse nula. De conformidad con lo expuesto y, sobretodo si partimos de la consideración de que estamos ante

una responsabilidad objetiva, no puede imputársele al administrador cesado el incumplimiento de un deber que no está llamado a cumplir. No existe deber, por tanto no existe incumplimiento, ni sanción al mismo.

En tercer lugar atribuir este tipo de responsabilidad al administrador cesado es tanto como negar la virtualidad práctica del administrador de hecho.

Tal y como es sabido en nuestro ordenamiento jurídico se contempla la figura del administrador de hecho, atribuyéndole al mismo derechos, obligaciones y responsabilidades. Obsérvese a tal efecto el artículo 31 del Código Penal. Si ello es así, queda clara la voluntad del legislador de dotar de virtualidad práctica a una figura que aunque legalmente es precisa su inscripción, por el contrario no encuentra reflejo registral alguno.

Dotar de eficacia a la figura del administrador de hecho es dotar de eficacia a la figura del no administrador de hecho, ya que en ambos casos concurre una situación fáctica que en nada tiene que ver con la jurídica, en tanto en cuanto ninguna de las dos encuentra reflejo registral alguno, habida cuenta del carácter obligatorio no sólo del cese sino del nombramiento de administradores en sociedades mercantiles.

En cuarto lugar y, siguiendo los votos particulares del Ilmo. Magistrado Sr. D. Jose Ramón Ferrándiz Gabriel así como la doctrina emanada del T.S., el tercero acreedor reclamante de este tipo de responsabilidad, no lo reclama con base a la confianza depositada en el Registro ya que la no promoción de la disolución al acreedor "poco le importa" quien figure en el registro Mercantil como administrador de la sociedad. La ratio de este tipo de responsabilidad viene configurada por el deber de promover la disolución de la sociedad y por tanto de las relaciones generadas entre la sociedad y los administradores y nunca de administradores con acreedores.

Conviene en este punto recordar que debemos romper el esquema general de responsabilidad ya que en el supuesto que ahora nos ocupa la deuda o deudas las tiene la sociedad y nunca el administrador de la misma. Cuestión distinta es que éste devenga responsable por el incumplimiento del deber de promover la disolución que no genera que éste se convierta en deudor sino en responsable como sanción civil a aquél incumplimiento.

Y, en último lugar, respecto a la diferenciación que parece apuntar el TS en relación con el obligado a la inscripción del cese dependiendo del supuesto, lo cierto es que tal y como apuntara el profesor M. Sánchez Álvarez, "Ello es absolutamente irrelevante desde la perspectiva de los efectos positivos y negativos de la publicidad material pues, desde este punto de vista carece de importancia el motivo que ha provocado la ausencia de inscripción".

NOTAS

[17] Jesús Quijano, cit. Pág. 270.
[18] Rodríguez y Huerta cit, pág. 190 y ss.
[19] Fernando Cerdá Albero, cit. Pág. 189
[20] Vicent Chuliá, cit. Pág. 6
[21] Vicent Chuliá, cit. Pág. 7
[22] Comentada en la obra de Rodríguez Huerta, cit. Pág. 184
[23] Eduardo Polo "Los administradores y el Consejo de Administración de la S.A", pág. 379 y 380.
[24] Rodríguez Ruiz y Huerta Viesca, cit. Pág. 131 y ss.
[25] Fernando Cerdá Albero, cit. Pág. 134
[26] Jesús Quijano González, cit pág. 273
[27] Francisco Vicent Chuliá, cit. Pág. 8
[28] Citada en Rodríguez y Huerta cit. Pág. 87

SABIAS QUE...

De Beltrán ....Beltraneja

Juana de Castilla, la primogénita del rey Enrique IV y de su esposa Juana de Portugal, fue conocida como la Beltraneja por estar considerada hija natural del favorito real, Beltrán de la Cueva.

Esta afirmación, que la historia ni confirma ni desmiente, se deriva de la supuesta impotencia del monarca y de los rumores acerca de sus preferencias sexuales, puesto que se le atribuían relaciones con diversos jóvenes de la corte, pero para que la reina consorte le fuera infiel con el mencionado Beltrán tampoco es necesario que el monarca fuera impotente, ni calumniado.

¿Quién fue la reina más breve de Castilla?

Sin duda, se trata de Juana de Castro. Pedro el Cruel se enamoró de ella y, pese a la existencia de un matrimonio anterior con Blanca de Navarra, consiguió casarse con aquélla en marzo de 1354, si bien con la ayuda de los obispos perjuros. Al día siguiente, y una vez satisfechos caprichos y deseos, la abandonó y no volvió a verla jamás. Sin embargo, Juana jamás quiso renunciar al título de reina de Castilla que soló había "ejercido" durante unas horas, y con semejante honor, se retiró a la villa de Dueñas, donde murió en la ancianidad.

Ignacio Palacios Gil de Antuñano. Registrador de la Propiedad

LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS. HECHO IMPONIBLE Y FECHA DE DEVENGO. PROPUESTA DE CAJETIN.

No siendo un tema pacífico se prefiere acudir, a la pedagógica distinción de los epígrafes.

CONCEPTOS.

Hecho imponible:

Conforme al art 40 de la Ley del impuesto de Transmisiones Patrimoniales **el hecho imponible** es « la anotación preventiva **que se practique** «. En el mismo sentido el art.82-2 de su Reglamento.

PLAZO DE PRESENTACIÓN.

El art. 102-1 de este último fija el plazo de treinta días hábiles para la presentación de la autoliquidación **a partir de la firmeza de la correspondiente resolución judicial.**

DEVENGO.

El art 49 de la LITP dice que "el impuesto se devengará en los actos jurídicos documentados el día en que se formalice el acto sujeto a gravamen". Es decir, el documento judicial. También el art 92-1-b de su Reglamento.

El concepto de « devengo» no aparecía en la anterior LGT (hoy en día, cfr art 21) si bien la DGT en resolución de 19-09-67 señaló que "es el derecho a la percepción de los tributos y quiere decir lo mismo que nacimiento de la obligación tributaria y , por tanto, del crédito a favor de Hacienda.»

Por consiguiente, el devengo marca el momento en que nace la obligación de contribuir. **Normalmente coincidirá con la realización del hecho imponible pero no siempre ocurre**

así. Concretamente, en este hecho imponible que estamos examinando no coinciden cronológicamente.

Con la nueva LGT, esta última posibilidad aparece recogida en párrafo novedoso que es el art 21-2. de la LGT que se remite a la Ley propia de cada tributo» la cual podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar en un momento **DISTINTO** al del devengo del tributo».

Lo que significa que se puede APLAZAR la exigibilidad de la cuota a un momento distinto del devengo: en nuestro caso POSTERIOR, pues posterior es la realización del hecho imponible.

En consecuencia, el « dies a quo» para el cómputo de los treinta días para la presentación del documento se calculan desde el devengo.

Si más tarde, se practica la anotación el sujeto pasivo tiene obligación formal de comunicar esta circunstancia (art.29-2- c y f, LGT) y , correlativamente, la de ingresar la cuota.

Al no coincidir en el tiempo hecho imponible y devengo se produce una distorsión en la gestión del expediente porque al referirse la normativa a dos momentos procesales distintos (por un lado la firmeza de la resolución; por otro la práctica de la anotación) se obliga al contribuyente a presentar en cada ocasión un modelo de autoliquidación:

a) el primero dentro de los treinta días hábiles desde la firmeza de la resolución judicial.
b) El segundo con posterioridad, concretamente cuando se realice **efectivamente** el hecho imponible.

HISTORIA

El viejo Reglamento del Impuesto de Derechos Reales estableció el plazo de los treinta días para la presentación del documento desde el otorgamiento o autorización del documento liquidable. Es decir, **desde el devengo**. Este era el momento en que había que pagar.

El reglamento anterior al vigente estableció el « dies a quo» de los treinta días en la realización del **hecho imponible** (art 68)

El Reglamento vigente vuelve al sistema original pero no para pagar («devengar») sino sólo para presentar el documento liquidable. La exigibilidad de la cuota es posterior al devengo. Las dudas existentes al respecto parecen disipadas, en este sentido, por el art 21-2 LGT.

Ésta es la razón de la confusión que ha habido en todos los ámbitos a propósito de este tema: no se sabe si ingresar con el devengo o con la realización del hecho imponible.

POSICIÓN DOCTRINAL.

1°.-La resolución del TEAC de 12 de Mayo de 1998 señaló:

«...el hecho imponible del impuesto lo constituyen las anotaciones preventivas por tanto, debe entenderse que no hay ninguna exigencia de que el asiento registral se realice en un

momento preciso sino que basta que se trate de anotaciones que sean susceptibles de acceder al Registro siendo este requisito suficiente para poder exigir el impuesto sin perjuicio del derecho de devolución..."

Ojalá prevaleciera en la práctica esta interpretación que es , al mismo tiempo, la más lógica y la más cómoda para todos pero lo cierto es que casa mal con la redacción del art. 40-2 LITP ("que se practiquen")

Tiene a su favor, como argumento difícilmente extrapolable , la circunstancia de que es esta susceptibilidad de inscripción en el Registro que reclama el TEAR y no la propia inscripción la que toma en consideración el legislador en el no muy lejano art 31 a propósito del impuesto de AJD , modalidad documentos notariales. « Mutatis mutandi» debería ser también aquí la susceptibilidad de anotación del hecho imponible.

Tiene en su contra la circunstancia de que no ha cuajado en la práctica de las gestorías ni entre muchos procuradores y, ya se sabe los problemas que conlleva el cambiar una rutina de años.

Además, la propia literalidad de la norma.

2°.-Los hermanos García Gil en ninguna edición de su Tratado del ITP y AJD citan la precedente resolución sino otras anteriores para patrocinar que "hasta que la anotación preventiva no se practica en el Registro no se origina el hecho imponible «...» con la obligación de nueva presentación e ingreso una vez que la anotación haya sido practicada "..." quedando en suspenso su ingreso mediante nota al efecto".

Se decantan, sin decirlo, por un sistema híbrido mezcla del aplazamiento propio de las condiciones suspensivas (artIJ2-2 LITP) con el de la nota de afección propia de las exenciones y bonificaciones provisionales (art 5-2 LITP)

3°.- Otros pocos autores han estudiado este hecho imponible. Menéndez Hernández pensaba, hace años, bajo la vigencia del anterior reglamento que su problemática está jurídicamente emparentada con la problemática de las condiciones suspensivas .

4°.- También se piensa, resumiendo libremente el sentir de los profesionales que se ocupan de estos temas, que lo que el legislador ha querido es que sea el obligado tributario quién comunique, mediante auto liquidación , que se ha dictado un auto firme susceptible de ser anotado en el registro. Voluntariamente podrá efectuar en ese momento el ingreso de la cuota (como ocurre en ocasiones) o no (como ocurre en otras muchas).La ley no puede obligar a ingresar mientas esté pendiente la realización del hecho imponible.

a) En el primer caso, es decir, si ingresa cuota dispondrá de hasta cuatro años para solicitar la devolución en el supuesto de que no se practique la anotación.

b) En el segundo supuesto, es decir, si no paga caben nuevamente dos posibilidades:

1°.-que , conforme al art 122-2 LGT , presente una autoliquidación complementaria en la que se complete o , mejor, reemplace, la presentada con anterioridad por resultar de ella un importe a ingresar superior al de la primera.

Debe entenderse , para estos casos, que el plazo de la segunda presentación debe ser el general de treinta días hábiles desde la realización del hecho imponible (art 102-1 y 2 del Rgto

argumento, art 119-3 , inciso último, LGT) Siendo así no puede haber ni recargo ni interés de demora alguno.

Esta forma de actuar es la correcta.

2°.-que no se auto liquide por segunda vez desplazando hacia la Administración tributaria bien la labor de investigación consistente en consultar los libros del Registro como se hace con frecuencia en la práctica de las Oficinas Liquidadoras bien, alternativamente, la obligación de efectuar los requerimientos correspondientes dentro de un procedimiento de verificación de datos.

Esta forma de actuar es corriente en la práctica pero incorrecta. Olvida que constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro de plazo la totalidad o parte de la deuda tributaria (art 191 LGT).

La primera de estas cuatro posturas vendría a considerar la ausencia de anotación preventiva como **condición resolutoria** de la tributación de una resolución judicial cuyo impuesto se ha exigido desde el primer momento. Porque desde ese primer momento se ha devengado..

Por el contrario, las otras tres posturas consideran la practica de aquélla como cumplimiento de **una condición suspensiva** a la que estaría sometida la resolución judicial a efectos tributarios .

Los comentarios que sugieren ambas interpretaciones son los siguientes:

1 ° La práctica del citado asiento registral no es condición de ningún tipo ya que lejos de suspenderse la eficacia de la resolución judicial hasta que se verifique la anotación, que es lo que caracteriza las convenciones condicionales, debe entenderse que el auto judicial despliega todos sus efectos. Todos menos los registrales.

Piénsese que ésto es así porque según STS 26-07-94 y muchas otras el embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta, con independencia de su anotación en el Registro, que no puede condicionar su existencia ni tener valor constitutivo.

2° Por la anterior razón no puede ser calificada de verdadera condición lo que no es más que un requisito exigido legalmente por el art. 40 de la Ley del impuesto para que nazca el hecho imponible. Conditio iuris de su nacimiento, validez y eficacia.

En consecuencia ,el efecto jurídico del hecho imponible(el ingreso de la deuda tributaria) está ligado no a la voluntad de las partes sino a circunstancias exógenas , puramente registrales.

De momento, cuando se autoliquida por primera vez se ignora o , por lo menos , no se tiene la certeza de que se vaya a realizar el hecho imponible. La práctica de la anotación despejará las dudas.

Será entonces el momento de presentar una segunda autoliquidación.

3° No se ven inconvenientes en afirmar que estamos ante un supuesto atípico de no sujeción temporal que equivale, en definitiva, a un aplazamiento.

A mi juicio el sistema instaurado por la Ley tiene su razón de ser en elart.254 de la Ley Hipotecaria y art. 54 LITP que impiden practicar inscripción o anotación alguna sin que se justifique, al menos, la presentación del documento ante los órganos competentes para su liquidación , en la afección a la responsabilidad del pago de las cantidades, liquidadas o **no liquidadas** y en su efecto inmediato que es la ausencia de protección por un posible tercero de la fe pública registral cuando en el registro conste expresamente la afección a que se refiere el actual art.79 LGT (y su precedente en la anterior Ley) y el art.5 de la LITP y , finalmente, en el cierre registral a que se refiere el art. 122 del Reglamento.

Esto significa que el legislador lo que pretende es que el registrador ponga una nota de afección al margen de la anotación la cual, por definición, debe ir precedida de una auto liquidación .

Sin ella no podría practicarse nunca la anotación, es decir, NUNCA HABRIA HECHO IMPONIBLE . De ahí que sea necesario confeccionarla aunque sea para no pagarla. Esta es la razón del devengo anticipado previsto en el art. 102-1 del Reglamento. En ella constará bien el pago bien la no sujeción temporal.

Creo que ambas posibilidades son igualmente válidas a la hora de autoliquidar documentos judiciales.

Un tercer supuesto, la exención, no se contempla en estas líneas.

Ahora bien: aquél que opte por la segunda opción -la no sujeción temporal -debe saber que su obligación tributaria no es pura sino sujeta a un plazo que no depende de Hacienda. Es a él a quién corresponde una labor posterior de diligencia en los términos que se han señalado, es decir, presentando segunda autoliquidación con el ingreso correspondiente. En caso contrario, procederá el recargo por ingreso extemporáneo del art 27 LGT.

PROPUESTA DE CAJETIN

Tomada razón de este documento a los efectos del art.l02-1-2 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones.

Se han ingresado cero euros.

SE ADVIERTE que dispone de treinta días hábiles desde que se practique la anotación registral para ingresar POR NUEVA AUTOLIQUIDACIÓN la cuota correspondiente pudiendo incurrir de lo contrario en recargo por presentación extemporánea. Si se deniega deberá comunicar esta circunstancia.

ARTICULOS: 27,29-2C, 93-1 L.G.T; 40-2 y 51-1 LITP.

Lo anterior sin perjuicio, en otro caso, de la correspondiente infracción tributaria.

No estaría de más pedir la aportación de nota simple registral para comprobar la fecha de la anotación.

Elche a

Ignacio Palacios.

DICTÁMENES DE LA COMISIÓN DE CRITERIOS DE CALIFICACIÓN

COMISIÓN NACIONAL DE CRITERIOS DE CALIFICACIÓN

INFORME QUE SE EMITE EN CONTESTACIÓN A LA CONSULTA Nº43 FORMULADA POR EL CENTRO DE ESTUDIOS DE CASTILLA-LA MANCHA RELATIVA A SUBROGACIÓN DE CRÉDITO HIPOTECARIO.

En la consulta se plantea si es posible o no la subrogación prevista en la Ley 2/1994 sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios de un crédito hipotecario, en el que el acreditado hace una primera disposición, no siendo posible realizar más disposiciones en tanto el saldo pendiente de amortización no sea inferior a determinada cantidad.

El tema ha sido objeto de debate doctrinal, resultando, sintéticamente, dos posiciones encontradas: Las negativas que parten de la dicción de la norma que habla de «préstamos» y de la «concesión de préstamo», no de crédito, por la nueva entidad acreedora; y las positivas que consideran que hay que atender a la finalidad y al espíritu de la misma.

La Sentencia de 27 de junio de 1989 del TS, en relación al artículo 1211 del Código Civil, declaró inaplicable dicho precepto al contrato de apertura de crédito en cuenta corriente dado el carácter excepcional del mismo y su interpretación restrictiva.

El caso que nos ocupa no encaja en el que dio lugar a las Resoluciones de la Dirección General de 18 de junio y 17 de julio de 2001, pero pueden traerse a colación los argumentos utilizados en las mismas.

En efecto la primera de las Resoluciones señala: «(...)EI ámbito de aplicación de la nueva Ley aparece determinado en su artículo 1, desde un punto de vista subjetivo, para cuando la subrogación tenga lugar a iniciativa del deudor entre las entidades financieras a que se refiere la norma, y desde el punto de vista objetivo, cuando el crédito objeto de subrogación sea un «préstamo hipotecario». Esta expresión; interpretada literalmente, habría de conducir a limitar la aplicación de la Ley a los préstamos garantizados con hipoteca, entendiendo por tales aquéllos que se adecuen al régimen que para el contrato de préstamo regulan los artículos

1.753 a 1.757 del Código Civil y 311 y ss. del Código de Comercio, de naturaleza real en cuanto se perfeccionan con la entrega de la suma prestada y unilaterales por cuanto de ellos tan sólo surgen obligaciones para el prestatario. Frente al préstamo, la apertura de crédito es una operación, ordinariamente bancaria y esencialmente crediticia, por la que el Banco se obliga, dentro del límite y por el tiempo pactado, a poner a disposición del cliente —acreditado— y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo, a cambio de la obligación de éste de reintegrarlas en la fecha pactada, satisfaciendo los intereses y, en su caso, comisiones convenidas. Se configure la apertura del crédito de forma simple o se le añada el convenio expreso de instrumentalizarla en cuenta corriente, no cabe hablar en ella de una relación jurídica unilateral en la que se contrapongan la posición acreedora de una de las partes frente a la deudora de la otra, sino que en ella existen derechos y obligaciones por parte de ambas: el concedente, por cuanto si bien tendrá derecho a los reintegros, intereses y comisiones que procedan o al saldo de liquidación en su día, tiene la obligación de mantener la disponibilidad en los términos convenidos, disponibilidad de que seguirá gozando el acreditado como un derecho pese a que surjan a su costa las obligaciones correlativas a los derechos del concedente. En tales casos, aunque ese crédito esté garantizado con hipoteca, que en razón del carácter futuro e indeterminado de aquél habrá de ser una hipoteca de seguridad en su modalidad de máximo, difícilmente cabrá admitir una subrogación por el procedimiento previsto en la Ley 2/1994 por más que la misma en ocasiones -artículo 5- hable de crédito, sino una cesión de la posición contractual, del conjunto de derechos y obligaciones, de cada parte pero con los requisitos que esa cesión exige. 4. Frente a estas figuras, tipificadas por el legislador, y los usos bancarios, las técnicas financieras han alumbrado, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, otras modalidades de contrato de préstamo que partiendo de cada una de aquéllas confluyen en la práctica en situaciones similares. Y así nos encontramos con préstamos consensuales o mixtos, en que la cantidad prestada es objeto de entrega ficticia, a través del recurso de imponer el depósito de la suma prestada en una cuenta temporalmente indisponible o de disponibilidad condicionada, o simplemente se aplaza la entrega de la totalidad o parte de la cantidad objeto de préstamo a un momento o en contemplación a un evento posterior. En estos casos las posiciones de las partes varían, pues inicialmente puede existir tan sólo la obligación del prestamista de hacer las entregas a que se ha comprometido para, posteriormente, surgir obligaciones a cargo de ambas partes, una vez la entrega se ha realizado parcialmente, y limitarse a obligaciones tan sólo a cargo del prestatario cuando la entrega ha culminado. Y junto a ellas, está la modalidad de la apertura de crédito en que se condiciona la disponibilidad no sólo para ciertos fines y en porcentajes determinados sobre el total crédito concedido, sino que se fija un plazo, transcurrido el cual, desaparece aquélla, concretándose el importe debido a las sumas de que se haya dispuesto hasta entonces que se han de devolver a partir de ese momento siguiendo un régimen de amortización periódico y con devengo de intereses en términos coincidentes con los préstamos sujetos a amortización por cuotas. La proximidad de ambas figuras es evidente en cuanto participan de la misma causa negocial y sus efectos, una vez que se ha recibido el préstamo o han dispuesto del crédito, son perfectamente asimilables. Si en un momento inicial, en tanto la entrega no ha tenido lugar o está abierta la disponibilidad, existe una relación jurídica compleja, una vez culmina aquélla o se cierra la facultad de disponer se transforma en una relación idéntica a la del préstamo

ordinario, con un acreedor exento ya de obligaciones que a partir de entonces tan sólo recaen sobre el deudor. Y si la relación jurídica entre las partes sufre esa transformación, necesariamente ha de repercutir en la hipoteca que garantiza el crédito, que de ser una hipoteca de seguridad en garantía de una obligación futura o condicional y hasta un máximo de responsabilidad, pasará a ser una hipoteca ordinaria o de tráfico en garantía de una obligación ya existente y de cuantía determinada, conversión de la hipoteca que puede tener su reflejo registral conforme a los artículos 143 y 144 de la Ley Hipotecaria. Llegado ese momento, una interpretación de la Ley 2/1994 que, aunque sea estricta, ha de hacerse atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, tal como impone el artículo 3 del Código Civil, ha de llevar a la conclusión de que cabe su aplicación a esas situaciones que han devenido perfectamente equiparables a un préstamo hipotecario. (...)»

Siguiendo la lógica de la resolución, cuando el carácter bilateral de la operación desaparezca, no parece que haya obstáculos para admitir la subrogación. En el caso que nos ocupa -con independencia de la denominación utilizada por las partes contratantes- y desde la perspectiva de los efectos, podría admitirse que en primera instancia, en tanto el saldo pendiente de amortización no sea inferior a determinada cantidad, nos encontramos ante un negocio unilateral y real perfeccionado por la entrega (cfr. Art. 1753 del Código Civil), para alcanzada esa cantidad, transformarse en un contrato bilateral, contrato de crédito en cuenta corriente. Si bien la relación jurídica es compleja ante la posible bilateralidad sobrevenida por la realización de nuevas disposiciones, la existencia de una cantidad definida pendiente de devolución no ofrecería obstáculos para admitir durante este plazo la subrogación. Sin embargo, esta primera interpretación es totalmente contraria al espíritu y finalidad de la operación en su conjunto, donde lo que se quiere instrumentar es una operación de crédito hipotecario que no se ve alterado por la peculiaridad prevista y que nos llevaría al ámbito de la cesión contractual y no a la subrogación característica de las obligaciones unilaterales.

Como argumento adicional cabe el de la dificultad para determinar el saldo pendiente en casos como el presente. Tanto si la acreedora inicial expide la certificación como si, en su defecto, el saldo es calculado por la que quiere subrogarse, existe la dificultad de que, hasta el momento en que surta plenos efectos la subrogación, el deudor puede hacer una nueva disposición (que en principio no puede negar la acreedora inicial) que modifique todos los presupuestos de la operación sin que en un caso así sea aplicable el art. 2, 4º de la Ley de subrogación que libera de responsabilidad al deudor por los errores en la determinación de la deuda pendiente.

Como conclusión y a juicio de la Comisión, el hecho de que las partes pacten que la obligación de la entidad acreedora de poner cantidades determinadas a disposición del deudor quede suspendida en determinadas circunstancias, no altera en absoluto la naturaleza jurídica de la obligación que continúa siendo de crédito. La relación compleja en que consiste la obligación sigue existiendo y se proyecta sobre todo su contenido sin perjuicio que determinados aspectos de la misma queden modificados transitoriamente. En el supuesto de la resolución, la referida modificación de la obligación garantizada por su conversión de crédito a préstamo estaba prevista en la escritura constitucional, era automática y, sobre todo, a los efectos que nos interesan, definitiva, por lo que sólo si concurren estas circunstancias procede la subrogación.

Madrid, 27 de junio de 2005

CRIPTOGRAMA

CRIPTOGRAMA

por Pilar Pastor

1C	2E	3N	4A	5G	6F	7K		8L	9C	10H	11E		12J	13M		14B	15 O	
16I	17D	18K	19N		20L	21C	22D	23E	24I	25B	26J		27A	28G	29H	30N	31L	
32D		33A	34 O	35H	36K	37E	38A		39I	40G		41B	42O	43D	44H	45C	46E	47F
48N		49D	50N		51 O	52H	53G		54B	55D	56K	57 I	58A		59F	60K	61J	
62B	63 N	64C	65 I		66J	67K		68F	69M	70G	71E	72H	73F	74K	75 O	76A	77B	78 I
	79M	80C		81O	82H		83F	84A	85M		86G	87B	88L		89F	90E	91L	92 O
	93C	94 I	95G		96J	97F	98D		99 I	100H		101N	102G	103A		104J	105M	
106H	107E	108D	109G	110B	111 O		112M	113 I		114N	115A	116H	117F					

Leyendo en sentido vertical las iniciales de las palabras obtenidas aparece el nombre del autor y el título de la obra

A.-Ridículos y extravagantes por la figura o por otra calidad..... 27 4 38 76 84 103 33 58 115

B.-fig.y fam.Exceso desmesurado en palabras y acciones 54 77 62 14 87 110 25 41

C.-Corto con la tijera el pelo, vellón o lana de los animales 1 9 93 21 45 64 80

D.-Letreros que rodean la figura en las monedas o medallas 17 22 32 55 98 49 108 42

E.-Recóndito, de difícil comprensión o inteligencia..... 11 46 23 37 71 107 2 90

F.-Atrio o portal que está a la entrada de un edificio 59 68 89 6 47 73 97 83 117

G.-Oculto,reservado; 95 53 40 86 28 109 5 70 102

H-Que ha de llevarse a brazos..... 106 100 29 10 35 116 52 44 72 82

I.-En algunos cuerpos u oficinas, oficiales subalternos..... ..... 65 39 94 99 16 113 24 57 78

J.-Trigo candeal desnudo de su corteza..... 61 12 104 26 66 96

K.-Azaroso, de mal agüero, abominable, vitando 7 18 74 36 60 56 67

L.-Persona que tiene poca experiencia en un arte o profesión..... 88 31 20 8 91

M.-Tapo o acomodo una cosa con yeso..... 112 13 79 105 69 85

N.-Cada una de las trece partes en que se divide un todo..... 30 48 114 3 50 19 101 63

O.-Relativo a la acción y efecto de obstruir un conducto o..... una abertura de manera que no se pueda abrir naturalmente 92 43 81 34 75 15 51 111

SOLUCIÓN EN LA PÁGINA 49

LÓGICA

EL CONDENADO A MUERTE

En los tiempos de la antigüedad la gracia o el castigo se dejaban frecuentemente al azar. Así, éste es el caso de un reo al que un sultán decidió que se salvase o muriese sacando al azar una papeleta de entre dos posibles: una con la sentencia "muerte", la otra con la palabra "vida", indicando gracia. Lo malo es que el Gran Visir, que deseaba que el acusado muriese, hizo que en las dos papeletas se escribiese la palabra "muerte". ¿Cómo se las arregló el reo, enterado de la trama del Gran Visir, para estar seguro de salvarse? Al reo no le estaba permitido hablar y descubrir así el enredo del Visir.

LA SOLUCIÓN SALDRA EN LA 1º QUINCENA DE NOVIEMBRE

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DE LA REVISTA 401

-SEIS AMIGOS DE VACACIONES .En coche

RESEÑA LEGISLATIVA
(BOE del 15 al 31 de Marzo de 2005)

DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

COMUNIDAD VALENCIANA - TASAS

DECRETO LEGISLATIVO 1/2005, de 25 de febrero (DOGV 22/03), del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas de la Generalitat.

BALEARES - PATRIMONIO HISTÓRICO

LEY 1/2005, de 3 de marzo (BOE 30/03), de reforma de la Ley 12/1998, de 21 de diciembre, de Patrimonio Histórico de las Illes Balears.

SABIA QUE...

-Luis III de Portugal regentó su país técnicamente durante 20 minutos.Éste es el tiempo que duró su agonía a causa de una herida mortal, minutos después de que su padre fuese asesinado de un disparo.

-Freud aprendió a hablar español sólo para poder leer *El Quijote*.

-Mozart murió justo en el instante que sonaba la última campanada de las doce de media noche.

-El compositor ruso Sergei Prokofiev compuso la ópera *El gigante* a los siete años de edad y utilizó sólo las teclas blancas.

-El Papa Juan Pablo fue guardameta de un equipo de fútbol polaco llamado Woytila.

-Hacia 1929, la banda del Al Capone, en Chicago, recaudaba al año 60 millones de dólares del negocio del alcohol y 45 millones del juego ilegal.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana