LUNES
CUATRO TREINTA

Revista de asuntos registrales

Año XVIII - Núm.405 - 2ª quincena, noviembre, 2005

informativa de derecho privado y registral
LUNES 4'30

sumario

Nº 405. 2ª Quincena de Noviembre, 2005

CASOS 2

RESOLUCIONES 3

SENTENCIAS 8

NOS ESCRIBE: LAS «PAREJAS DE HECHO» Y EL DERECHO por José Bollaín 15

FISCAL 17

KIOSCO 24

DICTÁMENES DE LA COMISIÓN 31

LÓGICA 34

RESEÑA LEGISLATIVA 35

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
Plaza de la Reina nº5
46003 - Valencia
Tfno.: 96.352.27.65
FAX: 96.352.19.96
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

Carmen Gómez Dura. Registradora de la Propiedad

DESCRIPCIÓN DE RESTO TRAS UNA SEGREGACIÓN

De una finca en la que existe una casa, cuya superficie construida no consta, se segrega una porción con la casa; diciéndose en la escritura que el resto resultará de lo que diga el Registro. Todos los contertulios, recordando Resoluciones de la Dirección General como las de 23 de Octubre de 1965, 22 de marzo de 1973, 25 de enero de 1999 o 20 de noviembre de 2002, afirmaron que podía inscribirse la segregación y la descripción del resto se realizará con la resta aritmética, en cuanto a metros y el linde por el que se practica la segregación, por deducción de los lindes de la parcela segregada.

Si bien la descripción del resto en las segregaciones es algo conveniente para la mecánica registral, no es imprescindible; así lo desmuestran los art. 471 y 50 del Reglamento hipotecario exigiéndolo "cuando fuere posible".

RANGO CORRESPONDIENTE A LA AMPLIACIÓN DE HIPOTECA SI HAY VARIAS.

En el Registro consta una primera hipoteca a favor del Banco A y una segunda hipoteca a favor del mismo. Ahora se presenta una ampliación de hipoteca sobre el préstamo garantizado por la primera hipoteca. El Registrador se plantea si debe exigir al Banco que establezca claramente los rangos correspondientes.

Ante dicha solicitud, el Banco A constesta que se inscriba como 3ª hipoteca distinta, para no pagar el impuesto correspondiente al concepto "igualdad de rango" que se devengaría al entender que la ampliación adquiere el mismo rango que la hipoteca ampliada.

Independientemente de la contestación del Banco, algunos contertulios entienden que sí debe exigirse al Banco que determine el rango, porque si en la segunda hipoteca se subroga un tercer acreedor (o Banco B), la ampliación pasaría a ser considerada como tercera y entonces funcionaría como hipoteca distinta.

Sin embargo, otro sector opina que no hacía falta dicha determinación porque si es una ampliación, adquiere el rango de la primera ampliada; aunque debería liquidarse el impuesto por la "igualdad de rango".

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

R.16 DE JULIO DE 2005 (BOE 13-09-05)

SEGREGACIÓN, CESIÓN UNILATERAL, PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA Y EXTINCIÓN DE CONDOMINIO

Se presenta escritura por la que los dueños pro indiviso de una finca clasificada como suelo urbano, segregan una porción de la misma y la ceden unilateralmente al Ayuntamiento y el resto lo dividen, en propiedad horizontal tumbada, en ocho parcelas que se adjudican a cada uno de los propietarios, agotándose la superficie de la finca, y sin constituir el suelo elemento común. La Registradora suspende la inscripción porque no se acredita el otorgamiento de la licencia de segregación o la declaración municipal de su innecesariedad y porque la constitución del régimen de propiedad horizontal carece de licencia o declaración de innecesariedad. La Dierección general confirma la nota y desestima el recurso.

(Pedro Fandos)

R.18 DE JULIO DE 2005 (BOE 13-09-05)

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA

Inscrita en el Registro una Propiedad Horizontal constituida por apartamentos situados en varios bloques, y dentro de la cual existe una zona ajardinada con una piscina inscrita como elemento privativo, y contra su titular registral se presenta mandamiento de anotación preventiva de demanda, que se deniega por no ser una de las previstas en el artículo 42 LH, la recurrente alega que la anotación es la del artículo 42.1 LH, dado que la estimación de la demanda tiene una evidente trascendencia real, lo cual es estimado por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, que revoca la nota del Registrador, el cual apela , desestimando la Dirección general la apelación, dada la trascendencia real de la acción ejercitada.

(Pedro Fandos)

R.18 DE JUNIO DE 2005 (BOE 13-09-05)

MERCANTIL RENUNCIA DE ADMINISTRADOR SOCIAL

Se suspende la inscripción de una escritura de renuncia del administrador único de una sociedad, por no acreditarse que se ha convocado la junta en cuyo Orden del Día debe figurar el punto "Nombramiento de Administradores", lo cual es confirmado por la Dirección general, que reitera su doctrina sobre el tema.

(Pedro Fandos)

R.1 DE JULIO DE 2005 (BOE 10-09-05)

CONDICIÓN RESOLUTORIA. EN GARANTÍA DE PRECIO APLAZADO. PRUEBA DEL PAGO.

En escritura de compraventa se aplaza el pago de parte del precio, representado mediante pagarés, y estableciendo la correspondiente condición resolutoria para su seguridad, conviniendo, a efectos de su cancelación que «bastará para hacer constar el pago el acta en que se acredite estar en poder de la parte compradora los pagarés reseñados, documento sustitutivo o certificado bancario». El Registrador no inscribe esta pacto por considerar los pagarés documentos privados carentes de datos identificativos suficientes para asegurar que los que en su día se incorporen al acta son los mismos que se emitieron al tiempo de la venta.

La DG confirma la calificación, invocando la idea de salvaguardia judicial de los asientos, con su corolario de consentimiento del titular o resolución judicial dictada en procedimiento en el que haya sido parte, para su rectificación, y su conexión con la necesidad de concordancia entre Registro y realidad extraregistral, que debe llevar a cancelar, sin consentimiento del titular registral, aquellos asientos relativos a derechos cuya extinción se acredite. Pero en este caso la prueba del pago, imprescindible para la cancelación, pasa por la identificación de unos pagarés creados por los particulares y carentes de datos identificativos inequívocos que permitan asegurar que los incorporados e inutilizados son los efectivamente emitidos, sin que baste incorporar a la escritura de venta fotocopia de los repetidos pagarés, por falta de garantía de que los presentados para la cancelación sean los mismos que se fotocopiaron. No resulta por tanto aplicable la doctrina referente a la cancelación, cuando el precio aplazado se articula por letras de cambio, ya que éstas las emite un organismo oficial, y cuentan con un número de serie que permite su perfecta identificación.

(Francisco Molina)

R.2 DE JULIO DE 2005 (BOE 13-09-05)

REGISTRO MERCANTIL. S.A. CIERRE REGISTRAL

Practicado el cierre registral de una sociedad mercantil, se presenta en el Registro Mercantil una certificación del órgano de administración de dicha sociedad , en la que se expresa que las cuentas no fueron aprobadas por no haber sido formuladas por el propio órgano de administración.

El Registrador deniega la apertura por haberse presentado fuera del plazo de un año que establece el Reglamento del Registro Mercantil.

La DGRN revoca la nota del calificador, por entender que tal certificación puede presentarse "en cualquier momento".

(Ana Mª Sabater)

R.6 DE JULIO DE 2005 (BOE 10-09-05)

INMATRICULACIÓN. ACTA DE NOTORIEDAD COMPLEMENTARIA.

Se presenta, para la inmatriculación de una casa y una finca rústica, una escritura de compraventa acompañada de acta de notoriedad complementaria autorizada con anterioridad a la fecha de aquélla, declarando ser notorio que la vendedora era tenida por dueña. El Registrador suspende la inscripción, por no constar la antigüedad de la obra, a los efectos de verificar su legalidad desde el punto de vista urbanístico y por ser el Notario autorizante del acta incompetente territorialmente, al autorizarla en población distinta de aquella en que radican las fincas.

La DG confirma el primer defecto, recordando que en la inmatriculación de fincas urbanas deben observarse los requisitos de la declaración de obra nueva, bien en cuanto a su ejecución, ajustándose a la normativa urbanística vigente en aquel momento, bien acreditando la imposibilidad, por transcurso de tiempo, de adoptar medidas para el restablecimiento de la legalidad. Pero revoca el segunda defecto, pues ni 209 RN ni 298 RH establecen como requisito la competencia territorial del Notario, sin que quepa aplicar analógicamente lo dispuesto para otros supuestos de inmatriculación.

(Francisco Molina)

R. 8 DE JULIO DE 2005 (BOE 13-09-05)

HERENCIA. ACTA DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS

Presentada en el Registro escritura de manifestación y aceptación de herencia, el Registrador suspende la inscripción por no acompañarse el acta de declaración de herederos abintestato.

La DGRN revoca la nota por entender que basta que el Notario relacione en la escritura presentada los datos del acta, así como las personas declaradas herederos abintestato en la misma, sin necesidad de acompañarla al título presentado.

(Alberto Adán)

R. 9 DE JULIO DE 2005 (BOE 13-09-05)

USUFRUCTO. USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER

En el Registro figura inscrita una finca a favor de una persona en nuda propiedad, correspondiendo el usufructo a otras dos por mitad, teniendo uno de los usufructuarios facultad para vender, gravar y enajenar las fincas.

El nudo propietario constituye con posterioridad hipoteca sobre la nuda propiedad, compareciendo en el otorgamiento los dos usufructuarios.

Tal hipoteca, una vez inscrita, fue objeto de ejecución, adjudicándose a un tercero.

Posteriormente se presenta escritura en la que la usufructuaria con facultad de

disposición, en uso de esta facultad, enajena la finca a un tercero.

La Registradora suspende la inscripción y la DGRN confirma la calificación, ya que la simple compareciencia de la usufructuaria en el otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca supone una renuncia a su facultad de disposición, sin necesidad de utilizar palabras sacramentales para ello; por tanto, no puede perjudicar al tercero adjudicatario de la finca, ya que consintió la constitución de hipoteca.

(Alberto Adán)

R.19 DE JULIO DE 2005 (BOE 13-09-05)

ANOTACIÓN PREVENTIVA. DE QUIEBRA. TRACTO SUCESIVO. RETROACCIÓN.

Se presenta a Registro mandamiento para la práctica de anotación preventiva de declaración de quiebra, con fijación de la fecha de retroacción de sus efectos, el Registrador lo suspende, al aparecer las fincas inscritas a nombre de terceras personas, si bien en virtud de contratos celebrados después de la fecha a la que se retrotraen los efectos de la quiebra..

La DG entiende que ni ella ni el Registrador pueden pronunciarse sobre si los contratos inscritos quedan o no afectados por la retroacción, siendo, entre tanto, evidente, que no se puede tomar la anotación si las fincas constan inscritas a nombre de persona distinta del quebrado que no ha tenido intervención en el procedimiento.

(Francisco Molina)

R.19 DE JULIO DE 2005 (BOE 13-09-05)

OBRA NUEVA. SEGURO DECENAL. RECTIFICACIÓN DE DESCRIPCIÓN.

En 2.003 se otorga escritura de declaración de obra nueva de un edificio de cinco plantas, y división horizontal del mismo, en un total de cinco elementos independientes. Al efecto se aportaron una primera licencia, para la construcción de dos viviendas y un local, y una posterior de reforma y ampliación para local, tres viviendas y desván; un certificado de final de obra que describe el inmueble como formado por local, tres viviendas y desván «según el proyecto aprobado». En 2.004 se otorga escritura de rectificación de la anterior, en la que se indica que, no habiéndose acreditado la constitución del seguro decenal para la última planta del edificio, se rectifica la descripción, reduciendo su altura a cuatro plantas, y consecuentemente, cuatro entidades independientes en el régimen de propiedad horizontal, que también se modifica. Más adelante, el mismo año 2.004, por nueva escritura de rectificación, se hace constar que además de las cuatro plantas existe otra «bajo cubierta», omitida por error en el anterior otorgamiento, destinada a desván, por lo que se estima innecesario acreditar la constitución del seguro decenal. Paralelamente, y como consecuencia, se vuelve a modificar la división horizontal, que vuelve a contar con un local, tres viviendas y un desván. Presentadas las tres escrituras a Registro, se suspende su despacho por no acreditarse la constitución del seguro obligatorio, toda vez que la licencia de reforma y ampliación que ampararía la construcción de esa última planta destinada a

desván no se acredita que haya sido solicitada antes de la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación.

La DG parte de interpretar, sobre la referencia al «proyecto aprobado», de la existencia un proyecto unitario, que se lleva a cabo no con el amparo de la primera licencia, de 1.995, sino de la segunda, de 2.001, en tanto que autoriza unas modificaciones en el proyecto que, originariamente, no contemplaba esa quinta planta. Quedando así el supuesto dentro del ámbito de aplicación de la LOE, resalta la necesidad de interpretación estricta de los casos de exoneración de la obligación de constituir el seguro decenal, considerando que el caso presente no encaja en ninguno de los de derogación de la norma general, dado que el destino principal del conjunto del edificio es, sin lugar a dudas, la vivienda.

(Francisco Molina)

R.20 DE JULIO DE 2005 (BOE 13-09-05)

RECTIFICACIÓN. APORTACIÓN DEL TÍTULO RECTIFICADO.

- Transmitida una cuota indivisa de un local destinado a garaje, que atribuye el uso exclusivo y excluyente de una determinada plaza de aparcamiento, se procede, por posterior escritura de rectificación, otorgada por comprador y vendedor, a subsanar aquella en el sentido de indicar que la cuota transmitida no era del 0´54 %, sino del 2´72 %. El Registrador suspende la inscripción, por no aportarse, junto con la escritura de rectificación, la rectificada.

La DG estima el recurso, al señalar que la exigibilidad de la aportación del título rectificado dependerá en todo caso del alcance de la rectificación realizada, y entender que en el caso presente todos los datos necesarios resultan de la propia situación registral y del título ahora aportado.

(Francisco Molina)

R.22 DE JULIO DE 2005 (BOE 13-09-05)

RECURSO GUBERNATIVO. PLAZO PARA INTERPONERLO.

- Inscrita una finca con carácter ganancial, se presenta escritura de partición de herencia acompañada de acta de declaración de herederos, manifestando en la primera el error cometido en el título ya inscrito, al consignar la identidad de la esposa del comprador. El Registrador suspende la inscripción, por no instarse la rectificación por los medios adecuados, en fecha 25 de octubre, interponiéndose recurso gubernativo el 14 de enero siguiente. El Registrador eleva informe considerando extemporánea la presentación del recurso, y para el caso de no serlo, manteniendo su calificación.

- La DG recuerda que el plazo para la interposición del recurso es de un mes desde la recepción de la notificación de la calificación negativa, resultando del expediente, la extemporaneidad del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de volver a presentar el título para obtener nueva calificación y, en su caso, recurrir contra ella.

(Francisco Molina)

SENTENCIAS

ALICIA DE LA RUA NAVARRO *Registradora de la Propiedad*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE ENERO DE 2005.

RETRACTO CONVENCIONAL DE LOCAL DE NEGOCIO SITUADO EN UN EDIFICIO VENDIDO POR ENTERO.

ARTÍCULOS CITADOS: 1253, 1255, 1511 Y 1521 DEL CÓDIGO CIVIL; 25 Y 31 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS; 24 Y 221 DE LA LEY HIPOTECARIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- D. A y Dª B celebran contrato de arrendamiento con Dª C sobre un local de negocio que ocupa el sótano y la planta baja de un edificio que tiene otras dos plantas más y desván y no está constituido en régimen de propiedad horizontal, mediante escritura pública de 5 de diciembre de 1995, en cuya cláusula 9ª se establece: «En caso de venta del local como finca independiente a terceras personas, la parte arrendataria tendrá derecho de adquisición preferente sobre el mismo tal como expresa el artículo 31 en relación al 25 de la LAU con salvedad del punto 7 del artículo 25 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos; aun cuando el local se vendiera en conjunto con todo el inmueble, la parte arrendadora, se compromete a respetar el derecho de tanteo y retracto».

2º.- Suspendida la inscripción de esta escritura el 30 de diciembre de 1995 por no figurar inscrito el local arrendado como finca independiente, sí se practica dicha inscripción del arrendamiento el 2 de mayo de 1996, a favor de los arrendatarios por iguales mitades indivisas.

3º.- Dª C vende el edificio entero a D. D mediante escritura pública de 14 de octubre de 1996 por el precio de 16 millones de ptas. que la vendedora confiesa recibido del comprador antes del otorgamiento, y en la que se hace constar expresamente el arrendamiento del local.

4º.- Con la misma fecha y número siguiente de protocolo, se otorga escritura pública de préstamo hipotecario a favor del Banco X, compareciendo tanto la transmitente como el adquirente de la finca, quedando inscrita la hipoteca el 15 de noviembre de 1996 como constituida por el adquirente de la finca y no por la transmitente.

5º.- D. A y Dª B interponen demanda contra Dª C y D. D, solicitando que se dé lugar al retracto respecto del local, condenando al demandado a otorgar la correspondiente escritura de división en propiedad horizontal de la finca y compraventa a favor de aquéllos, efectuándose dicha compraventa libre de cargas hipotecarias por resultar posteriores al derecho de los demandantes inscrito en el Registro.

6º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, lo desestima la Audiencia Provincial. Los demandados recurren en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se alega por los recurrentes, en primer lugar, la caducidad de la acción por no haberse ejercitado el retracto dentro de los treinta días siguientes a la obtención de la primera nota registral informativa.

Sin embargo, se rechaza dicho motivo porque habiéndose pactado el derecho de retracto conforme al art. 31 en relación con el 25 de la LAU, imponiendo el apartado 3 de este último artículo al arrendador una notificación fehaciente al arrendatario de las condiciones esenciales de la venta mediante entrega de copia de la escritura, habiéndose omitido por completo dicha notificación y no constando las condiciones de la venta en ninguna de las dos notas registrales informativas solicitadas por los demandantes, el plazo de treinta días naturales establecido en dicho apartado no podía empezar a contarse sino desde la obtención por aquéllos de la certificación registral en la que sí constaban ya esas condiciones esenciales, y desde cuya fecha no había transcurrido el plazo de treinta días naturales.

En segundo término, los recurrentes alegan que no se cumplen los requisitos necesarios para que pueda tener lugar el derecho de retracto, al no tener los demandantes la condición de inquilino único y no estar constituida la totalidad de la finca en régimen de propiedad horizontal.

El Tribunal Supremo no admite tal planteamiento, ya que el punto de partida correcto es la consideración del contrato como arrendamiento de local de negocio, no de inquilinato sobre vivienda, y por tanto la prioridad del régimen acordado por la voluntad de las partes, como dispone el art. 4.3 LAU, de suerte que, el título III de la propia ley, relativo a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda y dentro del cual se encuadra el art. 31 sobre derecho de adquisición preferente, con su remisión al art. 25, solamente se aplica en defecto de lo acordado por las partes, que fue extremadamente claro en orden a reconocer el derecho de retracto «aun cuando el local se vendiera en conjunto con todo el inmueble» y pese a no estar constituido éste en régimen de propiedad horizontal.

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE FEBRERO DE 2005.

CESIÓN DE SUELO A CAMBIO DE OBRA FUTURA: MOMENTO DE ADQUISICIÓN DE LAS VIVIENDAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- D. A y D. B "venden" un solar, en escritura pública de 26 de marzo de 1989, a C, S.L., por una cantidad de dinero que reciben en ese momento y el compromiso de entrega de dos viviendas con una super-

ficie X (que se individualizarán a través de la construcción) en la edificación que la adquirente va a construir sobre dicho solar, con la condición resolutoria en favor de aquéllos, para el caso de que no se cumpla por el constructor con la construcción y entrega de los elementos concertados en el nuevo edificio. Dicha escritura accedió al Registro de la Propiedad, tanto en cuanto a la transmisión de dominio del solar como a la condición resolutoria.

2º.- El 28 de febrero de 1990, C, S.L. otorga escritura pública de declaración de obra nueva, división y constitución en régimen de Propiedad Horizontal del inmueble «en construcción», inscribiéndose en el Registro de la Propiedad el 6 de noviembre de 1990, quedando dicha entidad como titular registral de cada una de las viviendas.

3º.- En diciembre de 1992, el contratista C, S.L. cesa en la realización de la obra, debido a una crisis económica, siendo deudora a distintos proveedores y otros acreedores, pero no obstante, entregándola a D. A y D. B en el estado en que se encuentra para que la continúen, lo que así hacen, teniendo éstos las llaves de los distintos elementos de la misma.

4º.- En mayo de 1993, en el pleito promovido por uno de los acreedores, D, S.A., contra la constructora C, S.L, se produce el embargo de las viviendas en que se divide el edificio, como de propiedad de la última al estar inscrita la propiedad total a su favor, embargo que es objeto de anotación preventiva en el Registro el 21 de mayo de 1993.

5º.- En julio de 1993, se formaliza entre la constructora C, S.L y D. A y D. B, una vez concluida la construcción, la correspondiente escritura pública, denominada de «entrega de posesión y propiedad», individualizando las viviendas que corresponden a cada uno de éstos, y en la que se cancela la condición resolutoria expresa que habían pactado en la escritura de compraventa. Esta escritura de entrega tiene acceso al Registro de la Propiedad a partir de aquella fecha.

6º.- D. A y D. B promueven demanda de tercería de dominio contra C, S.L. y D, S.A., solicitando que se declare que las viviendas pertenecen en plena propiedad a los respectivos actores, ordenando en consecuencia que se levanten los embargos realizados sobre las mismas.

7º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Audiencia Provincial en el recurso de apelación. Los demandantes formalizan recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se plantea la discusión sobre el momento en que se entiende transmitido el dominio de las viviendas a los cedentes del suelo (en la escritura de 1989 o en la de julio de 1993), para determinar si es anterior o no al de la traba del embargo.

El Tribunal Supremo parte de que la escritura de permuta de 1989 confiere, mediante el traspaso mutuo de bienes entre los contratantes, un título de dominio sobre el solar al promotor adquirente del mismo, y otro sobre «cosa futura» (en la división de la construcción, una vez realizada) a los que entregaron aquél, aun siendo garantizados por una condición resolutoria si el adquirente no cumpliere sus compromisos, condición que pudo ejercitarse, aún a pesar del embargo, pues estaba entonces vigente, pero que no se ejercitó, permitiendo los actores su cancelación. No obstante, esta compra de «cosa futura», que según el art. 1271 C.c. exige la «determinación» de lo vendido, que aquí se da, por su ubicación y medida superficial, precisaba, para llegar a constituir título de dominio para sus adquirentes,

de la construcción y entrega de su posesión a los mismos, lo que no se hace hasta la escritura de constitución de la propiedad y entrega de la posesión, con la pérdida voluntaria de la condición resolutoria no ejercitada, escritura posterior a la anotación del embargo.

La escritura de 1993 no es de confirmación del cumplimiento de la de 1989, puesto que en ella se cancela la condición resolutoria pactada en ésta. El aspecto que contiene de la entrega de la posesión no lo es de ratificación de lo que se había producido en la realidad, cuando la promotora entregó la obra inconclusa a las partes, pues, aún mediando entrega de llaves, no estaban las viviendas concretadas por las partes entre sí, lo que se hace sólo en la escritura de 1993.

De acuerdo con ello, la escritura de 1989 atribuye una propiedad confusa, o genérica, y no entregada.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE FEBRERO DE 2005.

HIPOTECA DE VARIAS FINCAS EN GARANTÍA DE UN ÚNICO CRÉDITO: NO CABE LA CANCELACIÓN PARCIAL DE LA HIPOTECA, CUALQUIERA QUE SEA LA PARTE DE CRÉDITO SATISFECHA.

ARTÍCULOS CITADOS: 124, EN RELACIÓN CON EL 119, DE LA DE LA LEY HIPOTECARIA; 216 Y 221 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO; 1860, EN RELACIÓN CON EL 1172, DEL CÓDIGO CIVIL.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Mediante escritura pública de 12 de noviembre de 1992, A, S.A. y B, S.A. reconocen adeudar, con carácter solidario, a los bancos C y D, 500 millones de ptas. Las sociedades E, S.A. y F, S.L. constituyen hipoteca unilateral para garantizar la devolución del crédito reconocido, sobre las fincas registrales X, Y y Z. Cada una de las fincas, además del principal, en perjuicio de tercero y a los efectos del art. 119 L. H., queda respondiendo de tres años de intereses, al tipo máximo de 16% anual y de un 10% del principal para costas y gastos.

En la estipulación decimocuarta de la escritura, E, S.A. y F, S.L. se constituyen en garantes solidarios de todas las obligaciones contraídas por las sociedades deudoras.

Las sociedades deudoras se comprometen al pago de la deuda reconocida, incrementada en sus respectivos intereses, en diez años, a contar desde el 1 de enero de 1993, mediante vencimientos trimestrales, con un periodo de carencia de un año, durante el cual se pagarán los intereses trimestralmente y los nueve restantes de amortización.

Las sociedades deudoras pueden amortizar anticipadamente, lo que deberá ser notificado a los bancos con un mes de antelación y podrá ser total o parcial. Las sumas anticipadas serán aplicadas, en primer lugar, a satisfacer los intereses y gastos devengados y, en segundo lugar, a la amortización de principal, acortándose en conse-

cuencia el plazo inicial fijado, en función de la cantidad amortizada.

2º.- Las fincas registrales Y y Z, propiedad de F, S.L. se aportan, en la escritura de constitución de 3 de octubre de 1994, a G, S.L., con la única pretensión de crear la apariencia de un tercero de buena fe, sin notificar dicha aportación a los bancos C y D, que por tanto tampoco consienten la subrogación.

3º.- El administrador de todas las sociedades deudoras e hipotecantes, así como de G, S.L., es la misma persona, D. H, que es igualmente el principal accionista de todas ellas, conjuntamente con sus familiares (esposa e hijos).

4º.- Desde la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca, 12 de noviembre de 1992, hasta la fecha de interposición de la demanda, 30 de noviembre de 1994, las sociedades deudoras liquidan, exclusivamente, los vencimientos trimestrales de intereses correspondientes al año 1993 y los vencimientos de la parte correspondiente de capital e intereses de 1 de enero, 1 de abril y 1 de julio de 1994. Los primeros pagos para los vencimientos de intereses se realizan en el momento de sus respectivas fechas de vencimientos y los posteriores se realizan después de sus fechas.

Se produce pues el pago exclusivamente de la cantidad de 56 millones de ptas., inferior a las sumas por las que las fincas Y y Z responden hipotecariamente (un total de 57 millones de ptas. de capital más los intereses pactados y devengados).

5º.- F, S.L. y G, S.L. promueven demanda contra los bancos C y D, solicitando que se les condene a otorgar la correspondiente carta de pago de las fincas Y y Z, y a otorgar escrituras de cancelación parciales de la hipoteca respecto a dichas fincas.

6º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. Las demandantes formalizan recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los recurrentes alegan en primer término la inaplicación del art. 124, en relación con el art. 119 L.H. y 216 y 221 de su Reglamento.

Sin embargo, señala el Tribunal Supremo que la invocación del art. 124 es improcedente pues no se está en la escritura de constitución de hipoteca en presencia de la división de un crédito entre varias fincas, sino en presencia de un único crédito para cuyo pago se hipotecan diversas fincas, con la consiguiente y obligatoria valoración de las mismas. Es decir, que se está ante el supuesto del art. 119 L.H. que dispone que «cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una pueda responder».

Y no es posible liberar ninguna de las fincas hipotecadas, en caso de pago parcial, cualquiera que sea la parte del crédito que el deudor haya satisfecho, y esto ocurre independientemente de que existan o no terceros poseedores de los bienes gravados. Es decir, tampoco aquí tienen aplicación los arts. 124 L.H. y 221 R.H., de modo que ni el hipotecante ni el tercer poseedor pueden exigir la cancelación parcial de la hipoteca cualquiera que sea la parte de crédito satisfecha.

Y es que sustituido el principio de generalidad por el de especialidad de las hipotecas, hoy el concepto de solidaridad hay que referirlo necesariamente a la hipoteca sobre fincas ciertas y determinadas inscritas. En este sentido, como en el caso que nos ocupa, la hipoteca solidaria (concepto inducido de los arts. 119 y 123 L.H.), es aquella por la que quedan sujetas varias fincas simultáneamente en garantía de un mismo crédito, sin determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder, pudiendo el acreedor repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas gravadas o contra todas ellas.

Debe tenerse en cuenta además que la cantidad pagada es inferior a la cantidad garantizada por capital frente a terceros, sin tener en cuenta intereses ni costas; sólo existe un crédito o deuda única, que a los solos efectos del art. 119 L.H., se distribuyó entre distintas fincas; los bancos no han consentido ninguna imputación específica para la cancelación registral de la responsabilidad hipotecaria de una o varias fincas; el art. 124 L.H. no es aplicable a este supuesto de hecho porque corresponde la aplicación de los arts. 119 y 120 de la misma Ley; y, no existe tercero porque G, S.L. es una creación artificial, a quien se ha aplicado la teoría del levantamiento del velo.

Y frente a la alegación de la inaplicación del art. 1860 C.c. en relación al art. 1172 del mismo cuerpo legal, se insiste en la indivisibilidad como elemento característico de la hipoteca como derecho real de garantía dirigido a asegurar el cumplimiento de una obligación; de ahí que en tanto el débito del que responde no se satisfaga íntegramente seguirá la hipoteca gravando la totalidad del fundo a ella sujeto. Consecuencia de esto es que el hecho de que por pagos o acuerdos se vaya disminuyendo la deuda, no altera la función ni la extensión de la hipoteca hasta que el débito se satisfaga por completo, destacando nuevamente el carácter único del crédito en cuestión.

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE FEBRERO DE 2005.

DISTINCIÓN ENTRE LEASE BACK O RETROLEASING Y EL PRÉSTAMO CON GARANTÍA REAL A TRAVÉS DE PACTO COMISORIO.

ARTÍCULOS CITADOS: 1281.1 Y 1282 DEL CÓDIGO CIVIL; DISPOSICIÓN ADICIONAL 7ª DE LA LEY 26/1988 DE 29 DE JULIO; REAL DECRETO 771/1989, DE 23 DE JUNIO.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El 27 de enero de 1989 A, S.A. compra a B, S.A. un inmueble por 12 millones de ptas., cediéndoselo seguidamente en arrendamiento financiero, con opción de compra, en escritura separada de la misma fecha. En este segundo documento se pacta que, en caso de falta de pago de las cuotas establecidas, la arrendadora podrá optar entre dar por vencido anticipadamente el plazo fijado, reclamando todas las cuotas hasta el fin del contrato, o resolver éste, recuperando el inmueble, con retención de las cuotas percibidas y derecho a una indemnización del 5% del precio del mismo

por cada mes que la arrendataria demorase su devolución.

2º.- Producido el impago de cuotas, A, S.A. formula demanda contra B, S.A. solicitando se declare resuelto el contrato.

3º.- El Juzgado de Primera Instancia entiende que no se ha celebrado entre las partes una operación de arrendamiento financiero sino de préstamo con garantía real a través de pacto comisorio, no permitida en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, y dado que la actora no puede reclamar el inmueble, cuya propiedad nunca ha perdido la demandada, estima sólo parcialmente la demanda, condenando a B, S.A. a abonar las rentas pactadas más los intereses devengados desde la resolución del contrato, al tipo legal correspondiente. Recurrida esta resolución por la entidad actora, es confirmada por la Audiencia Provincial. La demandante interpone recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Con ocasión de este caso el Tribunal Supremo establece las diferencias existentes entre el leasing y el préstamo de dinero, afirmando que la primera de dichas figuras trata de dar solución a la necesidad de un objeto que una persona precisa, pero que por carecer de medios económicos para su adquisición, se limita a convenir que se le ceda en arrendamiento, reservándose la facultad de acceder en un momento posterior a su propiedad, mediante una opción de compra. En cambio, lo que caracteriza al préstamo de dinero es la necesidad concreta de éste, y la transmisión de su dominio al prestatario, que se obliga a devolver el tantundem. En tal contexto, en tanto que el préstamo tiende a la financiación del prestatario, en el leasing se financia la futura adquisición de un objeto.

Añade que, dado que el lease-back es una modalidad del arrendamiento financiero, es evidente que lo trascendente en él ha de ser la necesidad del bien concreto sobre el que se constituye, no pudiendo entenderse que tal necesidad exista, si el bien ya pertenece a quien aparentemente se convierte en arrendatario del mismo con opción de compra.

Esto es lo que sucede en el caso en cuestión, ya que A, S.A. no precisaba un inmueble para ejercer su actividad empresarial, por contar ya con él, sino la financiación económica necesaria para proseguir en el desarrollo de su industria.

En consecuencia, la relación contractual establecida tenía por única y específica finalidad garantizar a B, S.A. la devolución de la suma que prestaba a A, S.A. y el pago de los correspondientes intereses. Y con la finalidad de eludir y vulnerar la prohibición que del pacto comisorio se contiene en los arts. 1859 y 1884 C.c., las partes han optado por acudir al artificio de simular que A, S.A. vendía un inmueble si bien conservaba la posesión inmediata del mismo como simple arrendatario, sin que se produjera una verdadera transmisión del dominio, incurriendo en un incuestionable fraude de ley que determina la nulidad radical de la supuesta transmisión patrimonial y, por ende, de todo el negocio jurídico complejo concluido por los interesados.

En atención a todo lo expuesto se declara no haber lugar al recurso de casación.

ESCRIBE PARA LUNES

José Bollaín . Registrador de la Propiedad jubilado

LAS "PAREJAS DE HECHO" Y EL DERECHO

Hace unos días leí en un periódico, de cuyo nombre no quiero acordarme -la verdad es que no puedo- la noticia de que se insinúa, se encamina o pretende una regulación legal para las parejas de hecho, porque lo necesitan.

Y como en mis ratos de jubilado pienso muchas veces en cosas nimias y otras en cosas no tan nimias, no he encontrado una explicación racional para la pretendidad regulación. ¿Por qué?

En primer lugar, ¿que son las parejas de hecho?

A mi parecer y por lo que he podido vislumbrar aquí y allá, se trata de una pareja según los tiempos actuales no importa de qué sexo, aunque la mayoría de las veces esté compuesta por un hombre y una mujer, que han convenido vivir juntos, sin más requisitos añadidos a su propia decisión. No media ningún elemento que sea necesario para esa situación. No interviene ningún condicionamiento legal, para que esa institución exista. Todos los circundantes, las respectivas familias, las amistades, los compañeros de trabajo, los vecinos de su propia vivienda, lo saben y ya no se escandaliza nadie. No precisan que se complemente su "modus viveni" con nada que proceda del exterior de esa relación .

Ellos han elegido libremente eso, ser pareja de hecho, lo que supone, por la propia esencia del concepto, que han renunciado a todo elemento formal que se interfiera en su relación. No han expresado su situación a ningún estamento de la sociedad. No han querido regulación alguna, han querido simplemente vivir unidos pero con entera libertad, sin documento que enturbie su firme decisión de vivir al margen de toda obligación, de toda ventaja, de toda intromisión, de toda regla. Y con el firme convencimiento de que nadie resulta perjudicado por la relación que han escogido.

Y entonces parece ser que quiere venir la Ley - con mayúscula- a adentrarse en su "modus vivendi" a que hemos hecho referencia. Y ¿como lo haría?

En principio, definiendo, como requisito previo absolutamente necesario lo que es una pareja de hecho, para inmediatamente, con total absurdo proceder, dictar normas para su regulación, lo cual supone, si aplicamos la más elemental lógica, que se trata de dos conceptos totalmente incompatibles. Que la relación de hecho -la pareja de hecho- metafísicamente ha dejado de ser sólo de hecho. *A la mas mínima norma reguladora ha dejado de existir su propio concepto.*

Además ¿que norma se le podría aplicar?

La pareja de hecho tiene que entrar en el mundo del derecho por una simple declaración conjunta ante algún organismo existente, bien el Ayuntamiento de su domicilio, a través de su Alcalde o su Secretario y con la creación ineludible de algún protocolo o Registro susceptible de acreditarlo; bien la Comunidad Autónoma, ya en un Registro especial o en sus organismos ya existentes, bien en el Registro Civil o en algún otro Registro u organismo para el conocimiento como existente de la "pareja de hecho".

¿Y con que requisitos? ¿con la simple declaración de los sujetos? ¿con algún documento de pruebla, como la acreditación formal de su vivir común en vivienda determinada ? ¿con intervención notarial?

En definitiva, "papeles y mas papeles" que matarían sin remedio, por su propia existencia a la pareja de hecho.

Luego vendrá la regulación mas o menos acertada de los derechos y obligaciones comunes o especiales para cada uno de sus componentes, ya asimilándolos total o parcialmente al matrimonio civil (entonces para qué tanta historia) ya creando un régimen especial de distinto alcance, suprimiendo normas, reformando otras, creando nuevas y especiales que pretendan la sumisión al mundo de lo jurídico, aunque la pretensión y la finalidad sea la de proteger a los componentes de la institución.

En cualquier caso ya estamos en el mundo del DERECHO, en ese mundo que aunque sea indispensable en el acontecer de las relaciones humanas, los sujetos de la pareja de hecho, como si fuesen anarquistas en toda su pureza, han querido eliminar de su vida cotidiana. Se trata de una decisión personalísima en la que el mundo del derecho no se inmiscuye. Es su simple voluntad. Si se pretende entrometerse en lo que ellos han querido que sea, si se pretende coartar su absoluta libertad -que no hace daño a nadie- habremos dado muerte a la institución (si es que tal institución existe).

Ellos solo quieren vivir su vida en común, no con el carácter de simple fin de semana o de viaje o de veraneo, sino con la conciencia, recta o deformada, de que hacen lo que quieren y que lo que quieren está bien.

Y la moral -que es distinta que el derecho- tiene su reglas y empapa toda conducta humana. Y eso es lo que si van de buena fe quieren. Guiarse simplemente por la moral que no les permite perjudicarse a sí mismo ni perjudicar el uno al otro. Y dejarse de requisitos, consecuencias, obligaciones, derechos, ventajas ... porque piensan que nada de eso necesitan. Se bastan a si mismos.

No quieren requisitos. No quieren normas. No quieren dejar de ser PAREJA DE HECHO.

En resumen: Si la futura ley se cumple, cualquiera que sea su contenido, dejará de haber parejas de hecho, si no se cumple, si "pasan" de ella, subsistirán como hasta hoy.

José Bollaín.
Noviembre de 2005

SECCION FISCAL

Francisco Molina Balaguer. Registrador de la Propiedad

SAN 4 OCTUBRE DE 2.004. RECAUDACIÓN TRIBUTARIA.- ASISTENCIA ADMINISTRATIVA INTRACOMUNITARIA. AVALISTA. REQUERIMIENTO DE PAGO.

Una empresa de transporte aparece como deudora a la Hacienda belga y, ante el impago, ésta requiere a otra empresa, que aparecía como fiadora del transporte comunitario realizado por la primera entidad. Esta fiadora presenta demanda para la anulación de las actuaciones.

La AN aclara que, efectivamente, corresponde impugnar ante las autoridades belgas todo lo relativo a la condición de deudor al Tesoro Público y requerimiento de pago, pero que la ejecución compete exclusivamente a los órganos españoles, y en nuestro derecho es imprescindible acreditar la responsabilidad como fiador, aportando documento de aval, fianza o garantía.

SAN 18 OCTUBRE DE 2.004.- INGRESOS INDEBIDOS.- ERROR DE HECHO. FECHA DE DEVENGO.

Para el cobro de la tasa correspondiente a una concesión demanial por reserva del dominio público radioeléctrico, se considera como fecha inicial el 1 de enero, cuando la tal concesión se otorgaba y comenzaba a mediados de año, lo que, obviamente, afecta al periodo de devengo. No entiende la AN que se trate de un error de derecho – no deriva de una interpretación distinta de la norma, o una diferente valoración legal de la pruebas – sino material o de hecho. Como además resulta claramente de los documentos incorporados al expediente, debe procederse a su rectificación y, consecuentemente, a la devolución de la cantidad indebidamente cobrada.

SAN 7 OCTUBRE DE 2.004.- SANCIONES.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. RETROACTIVIDAD DE LA DISPOSICIÓN MÁS FAVORABLE.

La AN se encarga de recordar que, desde 1 de enero de 1.999, y cualquiera que sea la fecha en que se haya realizado el hecho imponible, cometido la infracción o efectuado el ingreso indebido, el plazo de prescripción de derechos y acciones es de cuatro años, sin

perjuicio de la interrupción producida antes de dicha fecha, que tendrá los efectos previstos en la normativa entonces vigente.

-STS 22 DE FEBRERO DE 2.005. RECAUDACIÓN TRIBUTARIA.- PROVIDENCIA DE APREMIO. CERTIFICADO DE DESCUBIERTO. DIFERENCIAS Y FUNCIONES.

Incoado procedimiento de apremio para el cobro de ciertas deudas tributarias, se obtiene la anulación del recargo aplicado, del 20%, por faltar la previa emisión de la certificación de descubierto. Ahora se recurre en casación en interés de ley, y el TS declara:

-que como determina la Sentencia de instancia, la necesidad de certificación de descubierto vendría avalada por el art. 104 y ss RGR que no han sido reformados por la LGT;

-pero que art. 127 LGT deja claro que, convenientemente notificada al deudor, la providencia de apremio es por sí sola título suficiente para iniciar el procedimiento de apremio, con la misma fuerza ejecutiva que la Sentencia judicial, y que contiene – o ha de contener – la identificación de la deuda pendiente y el requerimiento de pago. Si la providencia no sólo despacha la ejecución, sino que también describe e identifica perfectamente la deuda, es decir, si hoy la providencia es un título ejecutivo más completo de lo que lo era antes, la certificación de descubierto queda reducida a un trámite interno de carácter técnico-contable y de control, que servirá de base para dictar la providencia de apremio, pero que, no siendo una garantía para el contribuyente, no puede este exigir le sea notificada. Todo ello sin olvidar que el RGR no puede, obviamente, prevalecer sobre la LGT.

SAN 11 NOVIEMBRE 2.004.- INFRACCIONES TRIBUTARIAS. CULPA. INTERPRETACIÓN DE LA NORMA.

Una sociedad, cuyos Estatutos prevén la posibilidad de atribuir una participación en beneficios a los administradores, de hasta el 10 %, siempre que se hayan repartido unos dividendos de al menos el 4 %, realiza tal atribución, pese a no haber distribuido dichos dividendos (los socios habrían renunciado a ello). Paralelamente, la misma sociedad adquiere "cupones de obligaciones de sociedades eléctricas", días antes de su vencimiento, cobrándolos en esa fecha, con pérdidas, y con una retención del 1'20 %. A efectos del pago del Impuesto sobre Sociedades, se minora la participación en beneficios de los administradores, como ajuste del resultado contable, y se pretende disfrutar de la deducción del 24 %, en lugar de la retención efectiva del 1'20 %, en cuanto a la compra de los cupones.

Los órganos de Inspección promueven un acta de conformidad, que fija una base imponible, y, complementariamente, un acta de disconformidad, por la que se acuerda incrementar dicha base, con la adición de la participación en beneficios, por considerarla voluntaria, contraria al precepto estatutario, y por tanto no deducible a efectos de determinar la base imponible, y además, denegar el beneficio fiscal invocado, en tanto se entiende que corresponde al suscriptor y propietario de los títulos, no a quien adquiere posteriormente, con fines especulativos, el derecho a percibir los intereses por aquellos devengados, en virtud de

un nuevo negocio, independiente y desgajado del título, procediendo, por tanto, confirmar la retención efectiva practicada. El Inspector Jefe confirmó la propuesta de liquidación, con imposición de sanciones.

La sociedad formula reclamación ante el TEAR, que la estima parcialmente, rectificando lo tocante al incremento de la base derivado de la retribución de los administradores por reparto de participación en beneficios, y adecuando en consecuencia el importe de la sanción. Disconforme, presenta recurso de alzada ante el TEAC, argumentando que se han cumplido todos los requisitos para deducir la participación en beneficios repartida, y que ni el acta ni el acuerdo confirmatorio citan preceptos en que basar la denegación de la bonificación pretendida en relación con los cupones, porqué sencillamente no los hay. El TEAC confirma la resolución recurrida.

Ahora se impugna en vía judicial, aduciendo:

1.- que no se puede levantar un acta para un periodo y ejercicio para el que se ha levantado ya otra acta;

2.- que en puridad ni para el acta de conformidad ni para la de disconformidad puede decirse que exista expediente en vía administrativa;

3.- que en ninguna de las actuaciones se identifica a la persona con la que se han efectuado;

4.- que el procedimiento inspector se extendió más allá de los 6 meses que dispone el RGI;

5.- que la liquidación de intereses de demora realizada no resulta motivada;

6.- que la liquidación de las cesiones de crédito sobre obligaciones bonificadas es improcedente; y

7.- que no procede imponer sanciones cuando lo único que hay es una discrepancia razonable en la interpretación de la norma.

Es de notar que los 6 primeros argumentos no se adujeron en vía económico-administrativa. Pese a ello, la AN resuelve:

1 y 2.- la posible omisión de trámites en el procedimiento, por importantes que éstos sean, no puede dar lugar a la anulación del acto administrativo resultante, si de ello no ha derivado una situación de indefensión, siempre y cuando no se haya prescindido total y absolutamente de procedimiento. Por lo demás, el acta impugnada (de disconformidad) es complementaria de la otra, justificándose la liquidación que se realiza por la denegación de la deducibilidad de la retribución de los administradores por participación en beneficios, lo que conduce a que la primera liquidación propuesta quede modificada. No hay duplicidad de liquidaciones, sino ajuste de la previa;

3.- en el expediente sí se identifica al compareciente, como apoderado de la sociedad, constando incorporada copia de la escritura de elevación a público de acuerdos sociales, actuando aquél “en nombre y representación, como Consejero Secretario”, y resultando además ser quien firma la autoliquidación del ISoc que es objeto de comprobación por la Inspección. Con esto se entiende acreditada la representación y autorización expresa a favor del compareciente, no constando revocada tal autorización, ni la renuncia del autorizado, con lo que el acta recibida por aquel es perfectamente eficaz;

4.- sobre la caducidad de las actuaciones, al entender que ésta es aplicable a los casos en que se ha fijado legalmente un plazo al que se supedita la actuación de que se trate, y considerar que no lo hay para los procedimientos de comprobación e investigación, deniega que proceda apreciarla, sin perjuicio de que pueda concurrir la prescripción. La interrupción de las actuaciones dará lugar a no considerar interrumpida la prescripción, únicamente;

5.- efectivamente, ni el acta inicial ni ninguna actuación subsiguiente, fija, en relación a los intereses de demora, ni el momento inicial y final de cómputo, ni el tipo aplicado, ni la base de cálculo, sin que ello se subsane en la resolución impugnada, pero sin perjuicio de que se realice una nueva liquidación, motivada, ahora sí, suficientemente;

6.- **régimen fiscal de las "obligaciones bonificadas":** la cuestión de fondo es si la bonificación de la disp. trans tercera, ap 2 de la Ley 61/1978 de 27 de diciembre del ISoc es aplicable o no al cesionario o usufructuario en el momento de percibir los intereses, y, si en consecuencia, puede o no deducir de su cuota el importe teórico de la retención que hubiera correspondido de no disfrutar de la misma. Al respecto, señala la resolución impugnada:

-que, como títulos valores, tales "obligaciones bonificadas" (léase, emitidas por entidad que pueda acogerse al régimen de tal disp. trans), son esencialmente transmisibles y susceptibles de gravamen, caso de la cesión del derecho a percibir los intereses que generen, la llamada "transmisión del cupón", como especie de usufructo temporal;

- que, según el TEAC, esa transmisión del cupón implica crear un activo financiero nuevo, derivado, pero distinto de la obligación originaria. Entiende que obligacionista y titular del cupón tendrían una facultad común, que haría imposible la presencia simultánea de ambos, generándose en consecuencia dos componentes, la restitución de la inversión, y el rendimiento del capital mobiliario;

- que el obligacioncita ha de ser tratado, por tanto, como titular de los intereses, aunque éstos estén incorporados a unos cupones que ha transmitido. Sigue siendo preceptor del rendimiento explícito, y por ello el titular de la obligación no puede deducirle la retención que teóricamente le hubiera correspondido, sino sólo la cantidad efectivamente retenida. Es decir, que quien recibe el rendimiento explícito es el obligacionista, sin perjuicio de que paralelamente él haya cedido el derecho a percibir los intereses a un tercero, cuestión que es irrelevante para quien emitió la obligación. En definitiva, el cesionario no podría deducir de su cuota la retención teórica, ya que alteraría la condición de sujeto pasivo. Otra cosa, no discutida, es que además, en el caso, exista un rendimiento implícito negativo;

-en resumen, quien adquiere el cupón paga a su cedente una cantidad, como precio, que confía en recuperar en forma de interés abonado por el emisor de la obligación, menos el descuento financiero. Esto tiene una evidente rentabilidad financiera, pero también fiscal, en base a la expectativa de un beneficio que el cesionario espera deducir de su cuota de IRPF o ISoc, según el caso (en este, deduciendo el 24 % del interés bruto menos la retención efectivamente soportada del 1'2 %), y compensando además el aumento de su base con la disminución patrimonial que deriva de la extinción del usufructo comprado.

Por su parte, la actora contrapone que:

- con la constitución del usufructo sobre las obligaciones se diferencia la posición de un nudo propietario-obligacionista, que siegue siendo prestatario, y un usufructuario-adquirente del cupón, que percibe los intereses devengados y demás beneficios incorporados al mismo, cada uno de ellos con unas posiciones jurídicas distintas e independientes;

- en base a ello, pretender atribuir al usufructuario los beneficios fiscales que venían correspondiendo al obligacionista antes de transmitir los cupones, no implica alteración en la posición del sujeto pasivo, que sigue siendo quien realiza el hecho imponible es decir, quien percibe la renta. Si esta se recibe en forma de intereses, será por tanto el que adquirió los cupones quien sea sujeto pasivo, y, sólo cuando los perciba, cuando se realice el hecho imponible, surgirá para el pagador la obligación de retener. En consecuencia, cuando la disp. trans. tercera habla de sujeto pasivo, se refiere al titular de los cupones;

- además, la bonificación tendría un carácter objetivo, y sería aplicable en todo caso sea quien sea el obligacionista, y atendiendo sólo al preceptor del rendimiento.

Centrado así el debate, la AN empieza por describir convenientemente la dinámica de la operación: partimos de unas obligaciones emitidas por una entidad que, como medida de fomento, goza de un trato fiscal privilegiado en el antiguo Impuesto sobre las Rentas del Capital. Así, los intereses de las obligaciones, que en general habrían de tributar al 24 %, mediante retención por el pagador, lo hacían con una bonificación del 95 %, lo que reduce la retención al 1'20 %. La Ley 61/1978 mantuvo la bonificación, pero el sujeto a retención podría deducir de su cuota la retención que debía haber soportado (el 24 %), a menos que el titular fuera entidad financiera (como en este supuesto), caso en el que sólo se deduciría el importe efectivamente retenido (el 1'20 %). Para eludir ese tratamiento, se hizo habitual que, días antes del vencimiento, o de cada vencimiento, de los intereses, la entidad financiera constituyera un "usufructo temporal" que concluiría con el devengo de los mismos intereses. Eso es lo comúnmente denominado "transmisión del cupón". El cesionario, que no tendría la limitación del cedente en la bonificación, obtendría por tanto, como describe la resolución TEAC impugnada, una rentabilidad tanto financiera como fiscal.

La operación descrita, a falta de normas específicas, ha de reconducirse a las del usufructo de obligaciones, regulado en el Código Civil, y por analogía, en la LSA. Consecuentemente, existe una desmembración del dominio, pero tan obligacionista es el nudo propietario que suscribió los títulos, como el usufructuario que adquirió el cupón, aunque el derecho de éste se limite a la percepción de los intereses.

Sentado lo anterior, la clave está en la frase de la disp. trans. tercera de la Ley 61/1978 que dice, literalmente que "*el sujeto pasivo* ***perceptor del rendimiento*** *deducirá de la cuota la cantidad que se hubiera retenido de no existir la bonificación"*. Según lo descrito, el preceptor no es otro que el usufructuario, y sólo él lo será. Por ello, todas las consecuencias fiscales que de esa situación deriven serán predicables del titular del cupón únicamente. No hay por tanto alteración del sujeto pasivo, sino que sujeto pasivo lo será en el momento en que se perciba el rendimiento, lo que necesariamente ocurre después de establecida la relación jurídica.

Ahora bien, la bonificación es subjetiva, no objetiva, a menos que como tal se quiera entender que corresponde al actual titular del derecho a percibir los intereses, con independencia de quién fuera el titular originario de los valores. El argumento de la Administración de que (*nemo dat quod non habet*) la entidad cedente no puede transmitir un régimen fiscal distinto del que le es aplicable a ella no es en absoluto sostenible, ya que el tratamiento fiscal va a depender, no de la voluntad los sujetos privados intervinientes, sino de la propia operación y de la aplicación de la Ley fiscal a los supuestos de hecho concurrentes. Es decir, que el cedente sólo se pudiera deducir el 1'20 % no afecta a la posibilidad para el cesionario de deducirse el 22'80 % (24 % teórico – 1'20 % efectivamente retenido).

Por lo demás, no ha lugar a apreciar un posible caso de negocio anómalo, simulación o fraude de ley.

7.- el Derecho Administrativo Sancionador se basa en todo caso, en una idea de culpabilidad. Ésta se sustenta en una voluntariedad, derivada del conocimiento de la existencia de hecho imponible y su ocultación consciente, lo que contrasta con la declaración incorrecta, por deficiencias u obscuridades de la norma, que pueden dar lugar a interpretaciones razonadas y razonables, jamás sancionables. De hecho, será apreciable la culpabilidad, en la medida en que la actuación del sujeto no se ampare en una interpretación razonable de la norma, y en este caso se entiende que la sociedad ha puesto la diligencia legalmente exigible para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, presentando una declaración veraz y completa, pero sustentada en una interpretación que parcialmente no se comparte por el TEAR y TEAC. Pero es que además, de los dos conceptos objeto de regularización, en el correspondiente a las retenciones por obligaciones bonificadas se estima el recurso, por lo que, siendo improcedente la deuda, lo ha de ser también la sanción; y en cuanto a la retribución de los administradores, la resolución TEAR confirmada en alzada ya daba lugar a una rectificación que en ningún caso llevaba aparejada sanción.

La procedencia de deducir las cantidades repartidas en concepto de retribución a los administradores, como queda dicho, no se planteó en la demanda, pero el escrito de conclusiones la vuelve a retomar, por lo que la AN entra a valorarla: se reconoce la existencia de unos beneficios líquidos, lo que pasa, según la LSA, por haber cubierto la reserva legal y haber reconocido a los socios un dividendo mínimo, a salvo estatutos, del 4 %. En el caso, el dividendo se ha reconocido, pero los socios han renunciado a su reparto, lo que impide que pueda apreciarse si la retribución a los administradores se ajusta a los límites legales. Mercantilmente no hay infracción ninguna, pero fiscalmente el beneficio pretendido – deducir de los resultados sociales la participación abonada en concepto de retribución a los administradores – carece de fundamento, al desvirtuarse el concepto mismo de beneficios en que se participa.

STSJ MADRID 31 MAYO DE 2.004.- PROCEDIMIENTO ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO. INTERPUESTO POR CONSEJERO DE ECONOMÍA Y HACIENDA. PLAZO.

TEAC dicta resolución estimatoria de recurso de alzada promovido por el Consejero de Economía y Hacienda contra resolución del TEAR recaída en expediente de reclamación sobre comprobación de valores por ISD. Ahora se impugna esa resolución estimatoria, por entender extemporánea la presentación del recurso.

El TSJ pone en relación el art. 131 y el 106 del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo, y así entiende que, en general, el plazo para interponer recurso es de 15 días desde la recepción de la notificación de la resolución del TEAR, que debe tener lugar dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que dicte, a cuyos efectos el propio TEAR conservará todas las actuaciones hasta recibir el justificante de la notificación. En el caso de recurso por un Director General del Ministerio el plazo se regula con más rigor: la remisión debe tener lugar en el plazo de cinco días, y los quince se cuentan, igualmente, desde que se reciba la comunicación. Por tanto, el plazo, absolutamente improrrogable, es de 20 días, más el tiempo que medie entre el envío y la recepción. Y es absolutamente improrrogable, porque el incumplimiento en cualquiera de sus fases no puede perjudicar al contribuyente que obtenido la resolución estimatoria.

KIOSCO

Guillermo Dromant Jarque, Registrador de la Propiedad, ha leído el trabajo titulado: «EL CONTADOR PARTIDOR. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO." de D. Juan José Rivas Martínez, Registrador de la Propiedad, publicado en la revista "LA BUHAIRA" (nº 143 de junio de 2005) , y nos comenta:

EL CONTADOR PARTIDOR. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DOCTRINA DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

(TOMADO DE LA REVISTA "LA BUHAIRA", Nº 143 DE JUNIO DE 2005)

Juan José Rivas Martínez, Registrador de la Propiedad, analiza en este trabajo la figura del contador partidor, de escasa regulación legal, con la finalidad de contribuir, a la luz de las Sentencias del TS y de la Doctrina de la DGRN, a perfilar el contorno y estructura actuales de esta institución.

Entre los aspectos destacables, el autor señala como cuestiones a analizar, las siguientes:

I. ¿PUEDEN LOS HEREDEROS, ACTUANDO POR UNANIMIDAD, PRESCINDIR DEL CONTADOR PARTIDOR NOMBRADO POR EL TESTADOR, Y EFECTUAR POR SÍ SOLOS LA PARTICION DE LOS BIENES?

Al respecto, señala el autor que nuestro Derecho, fiel a la tradición romanista, consagra el principio de la sucesión del heredero al difunto en todas las relaciones jurídicas y económicas (activo y pasivo) que componen la masa hereditaria (arts 659 y 661 CC). Y esta idea, a juicio del autor, es la premisa básica para dar respuesta a la cuestión planteada.

Así, frente a ciertos autores, como De la Cámara, que defienden la tesis negativa, con fundamento en el art 1058 CC, el autor es partidario de entender que los coherederos, actuando unánimemente, pueden prescindir del contador partidor, y realizar ellos mismos la partición, salvo en los siguientes casos:

- Cuando el testador imponga la partición del contador partidor nombrado, prohibiendo expresamente a los herederos practicarla por sí.

- Cuando deba actuar obligatoriamente el contador partidor, con carácter prioritario y excluyente, como en los siguientes supuestos:

a) Si existen coherederos menores de edad, incapacitados o ausentes.

b) Si no existe acuerdo unánime de los coherederos para prescindir del contador partidor, y en cuanto a la forma de practicar la partición y la adjudicación de los bienes.

c) Si existen otros beneficiarios distintos de los herederos: legatarios, beneficiarios de cargas modales, fideicomisos, existencia de fundaciones, o existencia de deudas cuyo pago deba ser garantizado, etc.

Además, como señalan Fernández Alvarez y Pascual de la Parte, en un sistema sucesorio de claro corte romanista, como el del CC, los herederos son los ejecutores natos de la voluntad del testador, que tienen conferidas por ley todas las facultades para cumplir y dejar ultimada la sucesión del causante; mientras que los albaceas y contadores partidores tienen unas facultades cuya existencia, alcance y contenido depende en gran medida de la voluntad del testador.

Al ser la ley la fuente u origen de las facultades de los herederos, aquélla les otorga un status jurídico que el testador no puede derogar, ya que les atribuye la condición de continuadores de la personalidad jurídica del causante, ostentando todas las facultades dominicales sobre los bienes hereditarios desde que aceptan la herencia. Por ello es perfectamente posible que puedan prescindir de la actuación del contador partidor, y realizar por sí la partición, con las excepciones arriba señaladas.

Esta misma conclusión parece ser la adoptada por la Jurisprudencia del TS, la cual, en Sentencias de 20 de Octubre de 1992 y 22 de Febrero de 1997, señala que, salvo prohibición expresa del testador, los herederos mayores de edad, que tengan la libre administración y disposición de sus bienes, cuando medie entre ellos acuerdo unánime, pueden prescindir de la intervención del contador partidor, y efectuar por sí solos la partición, del modo que tengan por conveniente.

Es más, el autor se plantea si, una vez hecha la partición por el contador partidor, pueden los coherederos prescindir de la misma, y entiende que la respuesta debe ser afirmativa, pues, aunque ya esté realizada la partición, los coherederos podrán alterarla, o repartirse los bienes de otro modo, aunque entiende que, en este caso, ya no efectúan una partición (que ya está consumada), sino un contrato por el cual modifican su resultado.

II. JUEGO Y EFICACIA DE LOS LEGADOS DE COSA ESPECÍFICA Y DETERMINADA PROPIA DEL TESTADOR.

En este tipo de legados, por aplicación de los arts 881 y 882 del CC, el legatario adquiere directa e inmediatamente la propiedad desde que fallece el testador, produciéndose una adquisición automática, por ministerio de la ley, sin perjuicio del derecho a repudiar el legado, mientras no medie aceptación.

Pero, a pesar de ello, es innegable que dichos legados quedan subordinados a la necesidad de que resulte garantizado el cumplimiento de derechos preferentes al del legatario, a los que éste se halla supeditado: el de los acreedores del causante y de la herencia, el de los legitimarios, y el derivado del orden de prelación de los legados, recogido en el art 887 CC:

A. PAGO DE ACREEDORES.

En todo proceso de liquidación patrimonial de la herencia, lo primero que debe satisfacerse, a efectos de determinar el activo neto, son los créditos de los acreedores del causante y de la herencia, ya que, por la aceptación (art 1003 CC), el heredero queda responsable de todas las deudas y cargas de la herencia que no se extingan por muerte del causante, y que sean propias de éste, y no generadas por él en el testamento.

B. PAGO DE LEGÍTIMAS.

El derecho de los legitimarios al activo neto está protegido por el art 817 CC, en el sentido de que las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en cuanto fueren inoficiosas o excesivas. Por tanto, el legado sólo puede subsistir si existe un exceso en ese saldo activo; así lo entendió la Sentencia del TS de 6 de Noviembre de 1934, al señalar que el art 882 está subordinado, tanto a que el legado no infrinja lo dispuesto en el CC sobre legítimas, como a que deba ser reducido o suprimido para poder pagar a los acreedores hereditarios, o a otros legatarios preferentes.

Y, precisamente, es el principio de protección de las legítimas el que modaliza la forma de inscripción del legado en el Registro de la Propiedad (art 81 RH):

1. Inexistencia de legitimarios.

Según la Sentencia del TS de 26 de Octubre de 1928, ya que la voluntad del testador es la ley de la sucesión, la disposición testamentaria que faculta a los legatarios para apoderarse por sí de los bienes legados es de inexcusable observancia para los herederos, así como la prohibición a éstos de oponerse al ejercicio de esa facultad otorgada al legatario.

Sin embargo, esta doctrina ha sido matizada por la DGRN, que en Resolución de 25 de Mayo de 1971, admite tal posibilidad sólo cuando no hay legitimarios, considerando que no puede tener aplicación cuando existan herederos forzosos interesados.

2. Si existen legitimarios.

Según las RDGRN de 27 de Febrero de 1982 y 20 de Septiembre de 1988, no es posible la entrega de legados sin que preceda la liquidación y partición de la herencia, con expresión de las operaciones particionales, de las que resulte cual es el haber y lote de bienes que corresponde al herederos forzoso cuyo consentimiento para la entrega de legados no constaba (al no haber comparecido en la escritura), ya que sólo de este modo puede saberse si el legado en cuestión se encuentra dentro de la cuota de la que puede disponer libremente el testador, y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos. Y no equivale a esta exigida liquidación previa la inconcreta afirmación que realizaba el contador partidor y los otros hermanos comparecientes, relativa a que la legitimaria no compareciente ya recibió en vida del testador su cuota hereditaria.

En cuanto al título formal de acceso al Registro de los bienes legados, podrá ser:

- (art 81 b) RH) Escritura (no acta) de protocolización de operaciones particionales, hecha sólo por el contador partidor, en la que se asigne al legatario el bien legado. Lo cual es perfectamente lógico, ya que si el contador partidor puede partir la herencia, liquidando deudas y adjudicando bienes a los herederos, puede hacer lo mismo respecto a los legatarios.
- (art 81 c) RH) Escritura de entrega, otorgada por el legatario y el contador partidor o albacea facultado para hace la entrega, o en su defecto, por el heredero o herederos. Al respecto, la R. de 20 de Septiembre de 1988, señaló que al contador partidor sólo le corresponde asignar los bienes

legados a los legatarios, pero no disolver el condominio que surgió entre ellos al fallecimiento del testador, adjudicando dos de las fincas a uno de los legatarios, y el otro bien inmueble al otro, ya que esta es una facultad reservada exclusivamente a los condóminos. A su vez, la R. de 26 de Septiembre de 2002, señaló que, si se constituye propiedad horizontal, como consecuencia de la existencia de varios legados a favor de varios legatarios, todos ellos deben intervenir en la constitución de la misma, pues a éstos corresponde la determinación de la cuota.

3. Si toda la herencia se distribuye en legados.

Es el supuesto previsto en la letra d) del art 81 RH, respecto del que hay que distinguir:

- Si hay contador partidor, o albacea facultado para la entrega, no pueden los legatarios ocupar por sí la cosa legada, sino que se requiere escritura de aprobación y protocolización de operaciones particionales, en la que se les asignen los bienes por el albacea o contador partidor, o bien escritura de entrega entre el citado contador partidor y los legatarios.
- Si no hay contador partidor o albacea facultado para la entrega, bastará la solicitud del legatario.

C. ORDEN DE PAGO DE LOS LEGADOS.

Para regular esta cuestión, el CC establece dos normas: el art 820-2º, que regula la relación entre legitimarios y legatarios, y el art 887, que ordena la relación entre legatarios, cuando no existe colisión legítima-legado. En este sentido, la Sentencia del TS de 8 de Abril de 1902 señaló que el derecho que concede al legatario el art 882 está subordinado al orden que establece el art 887 CC.

Al respecto, la R. de la DGRN de 19 de Septiembre de 2002 analiza la generalmente aceptada doctrina que interpreta los arts 881 y 882, en el sentido de que, fallecido el causante, se produce una adquisición ipso iure del bien por parte del legatario, lo que, unido a la dicción de la letra b del art 81 RH, posibilitaría la inscripción del bien a favor de éste por la simple entrega efectuada por el contador partidor. Sin embargo, rechaza tal posibilidad, porque la misma olvida toda la normativa del CC relativa a la aceptación de los legados (arts 863 y 888 a 890), al orden de pago de los mismos (art 887), a su posible reductibilidad por inoficiosos (art 817), y al respeto al plazo para la formación de inventario y el término para deliberar (art 1025).

Por ello, parece claro, según el autor, que en el legado de cosa específica propia del testador, no se produce una adquisición ipso iure del bien por parte del legatario, lo que impide que éste pueda, sin más, ocupar, por su propia autoridad, la cosa legada, sino que el derecho del legatario debe ceder ante los derechos preferentes, amparados en normas imperativas, que garantizan la posición de los acreedores y de los legitimarios.

III. SUJECION DEL CONTADOR PARTIDOR AL PRINCIPIO DE IGUALDAD CUALITATIVA.

Dicho principio viene proclamado por el art 1061 CC, del que se deduce que el contador partidor no puede, en principio, eludir tal regla de igualdad, debiendo, por ello, considerarse un exceso en su función el quebrantamiento, por su sola voluntad, del derecho de los coherederos a la igualdad cualitativa de sus lotes.

Así lo ha entendido la DGRN en diversas Resoluciones, como la de 28 de Enero de 1998, cuando indica que es presupuesto básico de toda partición el que, siendo posible, deban formarse lotes iguales

o proporcionales, no sólo cuantitativa, sino también cualitativamente; o las de 10 de Enero y 13 de Mayo de 2003, al señalar que, al adjudicar los bienes de la herencia a uno de los herederos, con obligación de éste de satisfacer en metálico la porción hereditaria de los restantes coherederos, el contador partidor realiza una actuación que excede de lo estrictamente particional, para convertirse en un acto dispositivo, por lo que tal actuación exige el consentimiento de los restantes coherederos.

En cuanto a la interpretación del art 1061 CC, la R. de 10 de Diciembre de 2004 señaló que dicho precepto es facultativo en las particiones hechas por el testador o los herederos mayores de edad, pero no en cambio para las realizadas por el contador partidor sin facultades especiales, como lo demuestra la excepción del art 1062 CC. En este sentido lo ha entendido parte de la Jurisprudencia del TS (Sentencia de 14 de Junio de 1957).

En cuanto a las excepciones al principio general de igualdad de lotes, cabe citar las siguientes:

1. CUANDO LA IGUALDAD NO ES POSIBLE.

Ello se desprende del carácter facultativo del art 1061 CC, ya que, según reiterada Jurisprudencia del TS (Sentencias de 21 de Junio de 1986, 28 de Mayo de 1992, y 15 de Marzo de 1995), sólo se exige la formación de lotes iguales cuando ello sea materialmente posible, pues depende de las circunstancias concretas del caso, y de la naturaleza de los bienes de la herencia (Sentencias de 23 de Junio de 1998 y 6 de Octubre de 2000).

2. CUANDO ASI LO HAYA ESTABLECIDO EL TESTADOR.

En Derecho Sucesorio, la voluntad del causante es la ley de la sucesión, por lo que no cabe duda de que el testador puede atribuir al contador partidor, expresamente, mayores facultades que la de realizar simplemente la partición, en tanto no incida en la prohibición del art 670 CC, y en la aplicada por el art 830 a la mejora. Por ello, si así se establece expresamente en el testamento, el contador partidor podría determinar los bienes con los que se deba hacer el pago a los herederos, legatarios y legitimarios, con determinación de su cuota y cuantía, ya que no hay precepto que lo prohíba, pudiendo los Tribunales juzgar si, al hacerlo, hubo o no por parte del contador partidor extralimitación de los límites cuantitativos fijados por la ley o por el testador, o si el contador partidor fue más allá de la voluntad de éste.

3. EL ARTICULO 1062 DEL CODIGO CIVIL.

Cuando el bien sea indivisible, o desmerezca mucho por su división, es válida su asignación por el contador partidor a uno de los herederos, con obligación de éste de abonar a los otros el exceso en dinero, lo cual es considerado por el TS (Sentencia de 4 de Julio de 1895) como un acto de pura partición, y la DGRN en R. de 2 de Junio de 1964 consideró que el contador partidor no se extralimitó en sus funciones, tratándose de un caso del art 1062 CC, ya que en este caso, estamos ante un acto de partición ordinario, y sin perjuicio de la facultad de vender en pública subasta el bien, a petición de cualquier heredero.

IV. INSCRIPCION DE LAS PARTICIONES EFECTUADAS POR EL CONTADOR PARTIDOR.

Para establecer un punto de partida, el autor señala la doctrina de la DGRN en su R. de 19 de Septiembre de 2002, la cual afirma que, la adquisición de derechos patrimoniales requiere el consentimiento del interesado; por ello, en la adquisición de bienes hereditarios por el heredero y por el legatario, es necesario constatar si ha habido o no aceptación por parte de éstos.

Con esta premisa, el autor analiza las siguientes cuestiones:

1. *LEGITIMACION DEL CONTADOR PARTIDOR PARA PODER ACTUAR EFICAZMENTE.*

El problema fundamental que se plantea es de dónde nace la legitimación para que el contador partidor pueda actuar eficazmente.

En primer lugar, según el autor, dos son los requisitos para que el contador pueda actuar: el primero, que acepte expresamente el encargo, y el segundo, que efectivamente exista "herencia partible".

Al respecto, si fallecido el testador, todos los interesados aceptan la herencia, o requieren al contador para que actúe, éste se halla perfectamente legitimado para intervenir, ya que se produjo una aceptación (expresa en el primer caso, o tácita, en el segundo).

La duda surge si todos adoptan una actitud pasiva, o repudian la herencia no sólo los coherederos, sino también todos sus descendientes, con la consiguiente apertura de la sucesión intestada. A juicio del autor, también en esta hipótesis estaría legitimado el contador partidor para actuar. No así, si, por vía de sucesión intestada, y con renuncia de todos los llamados, deviene heredero el Estado (o la CC.AA. correspondiente), ya que esta circunstancia deslegitimaría la actuación del contador partidor, al haberse quedado éste sin encargo que cumplir.

Además, también está legitimado el contador partidor para liquidar la sociedad de gananciales, eso sí, con el concurso del cónyuge viudo. La Sentencia del TS de 2 de Abril de 1996 señaló que la facultad de hacer la partición, encomendada por el testador a un tercero o al albacea, se extiende a practicar, con el cónyuge viudo, las operaciones de liquidación y división de la sociedad de gananciales, que son de carácter necesariamente previo a las de liquidación y división de la herencia del testador.

Por todo lo expuesto, a juicio del autor, para que el contador partidor se halle legitimado para efectuar la partición, se necesita la existencia de interesados en la herencia del causante que la acepten, o, al menos, que no se opongan a su actuación, lo cual deberá manifestarse formalmente con alguna expresión al respecto en el documento correspondiente, bien expresa o bien tácitamente.

Sin embargo, reconoce el autor que no es ésta la tesis admitida por la Jurisprudencia y la Doctrina, pues, según Roca Sastre, y reiteradas Resoluciones de la DGRN, en las particiones efectuadas por el contador partidor, no se requiere que conste aceptada la herencia por los herederos para poder realizar la inscripción. Así lo establecía ya una Resolución de la DGRN de 25 de Agosto de 1879, y otras posteriores de 5 de Octubre de 1880 y 12 de Diciembre de 1927, que fundamentaban esta afirmación en que la aceptación de la herencia constituye jurídicamente una condición suspensiva de la transmisión del dominio, y que, una vez cumplida, se retrotrae a la fecha en la que se verifique la aceptación, y con arreglo al art 16 LH(hoy art 23 LH), es posible inscribir los títulos traslativos del dominio sujetos a condición suspensiva.

2. *¿ES NECESARIA LA APROBACION POR LOS HEREDEROS DE LA PARTICION HECHA POR EL CONTADOR PARTIDOR PARA QUE ÉSTA SEA INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO*?

La contestación negativa se recoge en la RDGRN de 27 de Febrero de 1982, al señalar que las particiones realizadas por contador partidor deben estimarse subsistentes, sin necesidad de que los herederos forzosos las aprueben con su consentimiento, mientras aquéllas no se rescindan judicialmente.

Y la RDGRN de 19 de Septiembre de 2002 establecía que, no constando la aceptación de los herederos, puede practicarse la inscripción, pero no con el carácter de definitiva o firme, sino sujetándola a la condición suspensiva de que en un momento posterior se acredite la aceptación, y sin perjuicio de que, en caso de renuncia del heredero o legatario, se pudiese cancelar la inscripción, reviviendo la titularidad del causante.

Sin embargo, aunque el contador pueda realizar la partición por sí mismo, no parece que sea posible que pueda decidir si los herederos o legatarios aceptan o no sus llamamientos como tales, subsistiendo la discrecionalidad de éstos para decidir sobre el particular. *Por tanto, para que la actuación del contador partidor se convierta en definitiva, se necesita la aceptación de la herencia por los herederos o legatarios, aceptación que se referirá, según el autor, al propio y efectivo llamamiento hereditario, pero no a la partición misma*. Tal aceptación podrá acreditarse en cualquier momento, y de manera expresa o tácita. Así, la RDGRN de 19 de Septiembre de 2002, consideró como un supuesto de aceptación tácita la simple solicitud de inscripción de los bienes, o el requerimiento al contador partidor para que ejerza sus funciones.

Por lo demás, aunque no hay recaído aceptación expresa o tácita, la partición realizada por el contador partidor es inscribible, aunque sujeta a la CONDICION SUSPENSIVA DE LA ACEPTACION, solución ésta que no es muy acorde con el principio de seguridad jurídica, pero que, sin embargo, ha sido siempre admitida por la Doctrina de la DGRN.

Apunta el autor que, como norma eminentemente práctica, **los Registradores, a efectos de no incurrir en una posible responsabilidad, deberían dejar constancia, nominal y expresa, en estos casos, en el fondo de la inscripción, del carácter condicional suspensivo de la adquisición de aquellos sucesores o interesados en la herencia cuya aceptación no conste todavía en el Registro, admitiendo, no obstante, que el Registrador pueda apreciar en cualquier momento que tal aceptación ya ha recaído (como en los supuestos aludidos en la Resolución de 19 de Septiembre de 2002, antes citada), lo que puede facilitar que la adquisición, así inscrita, pueda devenir efectiva y firme.**

3. *TODOS LOS INTERESADOS ACEPTAN, EXPRESA O TACITAMENTE LA PARTICION REALIZADA POR EL CONTADOR PARTIDOR.*

En este caso, *el efecto fundamental es impedir que el contador partidor pueda modificar la partición realizada, sin el consentimiento de los herederos o legatarios*, ya que las facultades del contador quedan agotadas una vez que las operaciones particionales que realizó hayan sido aceptadas por todos los interesados en la sucesión. Así lo afirma el TS, en Sentencias de 16 de Marzo de 2001 y 26 de Diciembre de 2002, de las que resulta que el acto jurídico que hace definitiva y no alterable la partición realizada por contador es, precisamente, la aceptación de ésta por los herederos o legatarios. Y si el contador quisiera modificar unilateralmente dicha partición, ya aceptada, sería necesario un nuevo consentimiento unánime de todos los interesados.

GUILLERMO JOSE DROMANT JARQUE

VALENCIA, OCTUBRE DE 2005

DICTÁMENES DE LA COMISIÓN DE CRITERIOS DE CALIFICACIÓN

COMISIÓN NACIONAL DE CRITERIOS DE CALIFICACIÓN

INFORME QUE SE EXPIDE EN CONTESTACIÓN A LA CONSULTA 8/2005 FORMULADA POR LA REGISTRADORA DE LALIN SOBRE SEGURO DECENAL DE DAÑOS

HECHOS

El promotor de un edificio obtuvo licencia de obra antes del 6 de Mayo de 2000 (concretamente, el 22 de Junio de 1998), al amparo de la cual inició la ejecución de la construcción. La licencia fue posteriormente anulada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de 15 de Diciembre de 2002.

En cumplimiento de dicha sentencia, el promotor solicitó del Ayuntamiento una nueva licencia de edificación, que le fue concedida por la Junta de Gobierno Local el 21 de Abril de 2005, y en la que se indica que se le otorga en base a un segundo proyecto visado por el Colegio Oficial correspondiente con fecha 7 de Abril de 2005 y que la finalidad de la nueva licencia es *"la legalización de edificación y proyecto básico y de ejecución de obras para finalización del edificio"*.

En el nuevo proyecto presentado para solicitar la segunda licencia, el técnico competente señala que *"la edificación que se pretende legalizar se ejecutó al amparo"* de la primitiva licencia, que el recurso judicial contra la misma se interpuso *"durante el periodo de ejecución de las obras"*, y en el proyecto se modifica la situación en la planta baja del acceso a las plantas superiores.

INFORME

La Disposición Transitoria Primera de la Ley 38/1999, de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación [LOE], proclama que la exigencia del seguro decenal ***"será de aplicación a las obras de nueva construcción y a las obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor"***, que tuvo lugar el 6 de Mayo de 2000. A *sensu contrario*, quedan exoneradas de la obligación de constituir el seguro decenal las obras de nueva planta o de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación autorizadas por licencias solicitadas antes de la vigencia de la LOE, patrocinando la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado [RDGRN] de 25 de Noviembre de 2003 una interpretación extensiva del término *"solicitud de licencia"*, al considerar equivalente a la solicitud formal cualquier otra en que se solicite la construcción de una vivienda, cualesquiera que sea los términos empleados (en el concreto caso resuelto, la solicitud era para *"presentar documentación para construir una vivienda"*).

Esta norma hay que relacionarla con el artículo 17º.1 LOE que señala como inicio del cómputo de los plazos de garantía del seguro decenal la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas; cómputo que confirma el artículo 6º.5 LOE, aclarando que la recepción de la obra –sólo factible una vez concluida, como recuerda el artículo 6º.1 LOE- puede ser tanto la formal, consignada en la correspondiente acta, o la producida tácitamente.

Según la RDGRN de 20 de Marzo de 2000 (a consulta de la Asociación de Promotores y Constructores de España), en congruencia con tales preceptos, para la inscripción en el Registro de la Propiedad sólo es necesario acreditar la constitución del seguro decenal de daños materiales o de caución cuando se trata de declaraciones de obra nueva terminada o de actas notariales de finalización de la obra previamente inscrita en construcción, no, en cambio, para las declaraciones de obra nueva en construcción.

Combinando los expuestos criterios, hay que entender que el supuesto de hecho que la Disposición Transitoria Primera LOE contempla para exonerar del seguro decenal –en la hipótesis de obra de nueva planta- es el de aquella terminada estando vigente la licencia que se solicitó antes de 6 de Mayo de 2000, aunque haya sido complementada por otras licencias que autoricen reformas del proyecto básico y/o de ejecución, ya sea por requerimiento de los técnicos municipales, por exigencias del promotor, o por problemas surgidos en la ejecución de la obra. Es decir, que si la obra de nueva planta finaliza sin necesidad de un nuevo proyecto básico o de ejecución, o de la obtención de una nueva licencia de edificación, el promotor estará exento de constituir el seguro decenal cuando la licencia que ampara la actuación constructiva haya sido solicitada antes de la vigencia de la LOE.

Por el contrario, cuando durante la ejecución de la obra de nueva planta, la licencia que legitima la construcción ha caducado o ha sido revocada o anulada, su terminación exigirá

la obtención de una nueva licencia de edificación, con o sin nuevo proyecto técnico, según los casos, y será la fecha de la solicitud de esta segunda licencia la que ha de tenerse en cuenta para la aplicabilidad de la Disposición Transitoria Primera LOE.

Y, por otra parte, si la obra ha llegado a concluirse bajo la licencia solicitada antes del 6 de Mayo de 2000, pero luego esa licencia es anulada, nos encontramos en el otro supuesto regulado en la repetida Disposición Transitoria Primera LOE, el de obras en edificios ya existentes, de manera que únicamente procede la dispensa del seguro decenal para la inscripción de la obra terminada y modificada para su adaptación a los requisitos de la legalización urbanística cuando la solicitud de la nueva licencia que permite su legalización haya sido presentada en el Registro General del Ayuntamiento antes del 6 de Mayo de 2000.

Así las cosas, y en lo que se refiere al concreto tema consultado, la Comisión entiende que siempre es exigible la constitución del seguro decenal, porque:

- si la obra de nueva planta no llegó a terminarse al amparo de la primitiva licencia (la de 1998), la que fue impugnada judicialmente, ahora su finalización se va a producir vigente una nueva licencia concedida ya en el 2005, otorgada en base a un segundo proyecto técnico visado por el Colegio respectivo el 7 de Abril de 2005 (así resulta de la notificación del acuerdo municipal concediendo licencia del 2005, en el que se hace constar que la finalidad de la nueva licencia es la *"finalización de edificio"*),
- y si ya estaba terminada, la nueva licencia obtenida (la del 2005) viene a legitimar la reforma, modificación o ampliación del edificio ya existente y la fecha de su posible solicitud –desde luego posterior a la Sentencia de 2002 que se trata de cumplimentar- obliga a acreditar la contratación del seguro decenal, según el tenor literal de la Disposición Transitoria Primera LOE.ç

Por último, la alegación del promotor sobre las dificultades que tropieza para la constitución del seguro decenal ya fue contestada por la RDGRN de 12 de Abril de 2002 (la 1ª de las publicadas con tal fecha y que es también contestación a una consulta), en la que advertía que *"la solución no puede venir por la dispensa de cumplimiento de una obligación a quienes (...) se ven imposibilitados, por causas ajenas a su voluntad, a cumplirla, sino que deberán arbitrarse medios para que los obligados a constituir dicho seguro, las compañías aseguradoras, lo hagan de manera que no sean los futuros adquirentes quienes se vean perjudicados por dicho incumplimiento. En este sentido, podrían adoptarse medidas, tales como la cobertura por el Consorcio de Compensación de Seguros".-*

Madrid, 19 de septiembre de 2005

LÓGICA

TRES PAREJAS EN LA DISCOTECA

Tres parejas de jóvenes fueron a una discoteca. Una de las chicas vestía de rojo, otra de verde, y la tercera, de azul. Sus acompañantes vestían también de estos mismos colores. Ya estaban las parejas en la pista cuando el chico de rojo, pasando al bailar junto a la chica de verde, le habló así:

Carlos: ¿Te has dado cuenta Ana? Ninguno de nosotros tiene pareja vestida de su mismo color.

Con esta información, ¿se podrá deducir de qué color viste el compañero de baile de la chica de rojo?

LA SOLUCIÓN SALDRA EN LA 1º QUINCENA DE DICIEMBRE

SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA REVISTA 404

-LOS CIEN POLÍTICOS . Una respuesta bastante corriente es " 50 honestos y 50 deshonestos". Otra bastante frecuente es "51 honestos y 49 deshonestos". ¡las dos respuestas son equivocadas!

La respuesta es que uno es honesto y 99 deshonestos..

RESEÑA LEGISLATIVA
(BOE del 16 al 30 de Noviembre de 2005)

DISPOSICIONES ESTATALES

MERCADO DE VALORES

RD 1310/2005, de 4 de noviembre (BOE 16/11), por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

ORDEN EHA/3536/2005, de 10 de noviembre (BOE 16/11), de determinación de derechos de crédito futuros susceptibles de incorporación a fondos de titulización de activos y de habilitación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para dictar reglas específicas en materia de contabilidad y obligaciones de información aplicables a los fondos de titulización de activos y sus sociedad gestoras.

ORDEN EHA/3537/2005, de 10 de noviembre (BOE 16/11), por la que se desarrolla el artículo 27.4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

RD 1333/2005, de 11 de noviembre (BOE 23/11), por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de abuso de mercado.

MEDIDAS IMPULSO PRODUCTIVIDAD

LEY 23/2005, de 18 de noviembre (BOE 19/11), de reformas en materia tributaria para el impulso a la productividad.

LEY 24/2005, de 18 de noviembre (BOE 19/11), de reformas para el impulso a la productividad.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD número 5045-2000 (BOE 22/11), en relación con los apartados 2 y 3 del artículo 1 del RD-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes.

FUNDACIONES

RD 1337/2005, de 11 de noviembre (BOE 22/11), por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal.

ENTIDADES DE CAPITAL

LEY 25/2005, de 24 de noviembre (BOE 25/11), reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana