

LUNES

CUATRO TREINTA



Revista de asuntos registrales

Año XXII - Núm. 466 - agosto, 2009



LUNES 4'30

EDITADA POR
REGISTRADORES
DE LA COMUNIDAD
VALENCIANA

FUNDADOR

Enrique Colomer Sancho

COORDINADOR GENERAL

Pedro Fandos Pons

COLABORADOR ESPECIAL

José Bolláin Gómez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Maria-Emilia Adán García
Vicente Carbonell Serrano
Rafael Carbonell Serrano
Vicente Domínguez
Calatayud
Guillermo Dromant Jarque
Consuelo García Pedro
Carmen Gómez Durá
Belen Gómez Valle
Marta Gozálbres y Fernández
de Palencia
Susana Juste Ribes
Cristina Martínez Ruiz
Francisco Molina Balaguer
Fernando Ortega Gironés
Mercedes Ríos Peset
Alicia Mª de la Rúa Navarro
Ana Mª Sabater Mataix
Miguel Soria Lopez

MAQUETACIÓN

Julio Villamón Gamarra

SECRETARIA

Sta. María Dolores
Plaza de la Reina nº5
46003 - Valencia
Tfno.: 96.353.27.65
FAX: 96.352.19.96
cuatrotreinta@hotmail.com

Depósito legal: V-1212-1988



RESOLUCIONES.....2



CINDER: «Valoración analítica de los Sistemas Registrales»,
por D. Enrique Rajoy Brey.....21



NOS ESCRIBE: «Arrendamiento con opción de compra», por Dª
Mercedes Ríos Peset.....40



CONCURSO: «Estado del arte del mercado hipotecario español»,
por Dª. Lourdes Canós Darós y Dª Francisca Ramón
Fernández.....49



FISCAL.....56



RESEÑA LEGISLATIVA.....59

Fernando Llopis, Ana Isabel Llosa y Francisco Molina. Registradores de la Propiedad

RDGRN de 7 de mayo de 2009 (BOE 09/06/09)

Cesión de suelo por obra futura

Se presenta en el Registro escritura de rectificación de otra anterior de compraventa, por virtud del cual se sustituye la obligación de entregar en dinero prevista en esta, por la de entregar una serie de elementos en un edificio a construir.

El registrador deniega la inscripción al señalar que no es posible, después de la sentencia del TS de 31 de Enero de 2001, que anuló determinados párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario que preveían esta inscripción, sobre la base de considerar que no puede haber transmisión de presente de las fincas futuras por ser estas inexistentes jurídicamente y no poder tener lugar la traditio o entrega, salvo que se garanticen con condición resolutoria que dicha contraprestación tiene alcance puramente obligacional, salvo que se garanticen con condición resolutoria.

La DGRN confirma el defecto alegado por el registrador, al señalar que dicho centro directivo admite que la permuta de solar sobre obra futura pueda ser de carácter obligacional como de eficacia real cuando haya - o se constituya- comunidad sobre el solar, pero tiene que estar clara en la escritura la voluntad de las partes. Lo que no ocurre en el caso concreto ya que de la sustitución de la obligación de entrega en dinero por la de entregar los elementos totalmente terminados, resulta que las partes lo han configurado como con carácter puramente obligacional, sin que se garantice con ningún tipo de garantía real la contraprestación.

Fernando Llopis

RDGRN de 8 de mayo de 2009 (BOE 09/06/09)

Cancelación condición resolutoria inscrita

Se presenta en el Registro de la Propiedad escritura por la que se solicita la rectificación de los asientos del Registro para la cancelación de una condición resolutoria explícita inscrita, por entender que la facultad resolutoria estipulada tenía efectos personales inter partes.

El registrador deniega la cancelación por considerar que no se ha producido ningún error de concepto y que la rectificación de los asientos requiere consentimiento del titular registral o en su defecto resolución judicial.

La DGRN confirma el defecto alegado por el Registrador al señalar que en el registro figura inscrita como condición resolutoria explícita la siguiente cláusula: “El plazo establecido entre las partes contratantes para la entrega de las unidades de obra acordadas, con su correspondiente cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación y con enganches de luz, agua y demás servicios y suministros, se realizará antes de



los treinta meses, a contar desde la concesión de la licencia municipal de obras. No obstante lo anterior, el plazo máximo para la entrega de la contraprestación pactada es de cuatro años y seis meses contados desde el otorgamiento de la presente escritura. Transcurrido dicho plazo, sin que las unidades de obras hayan sido entregadas a la parte cedente, ésta podrá resolver de pleno derecho la presente escritura, con pérdida, para la entidad cesionaria, de todas las cantidades entregadas en concepto de indemnización de daños y perjuicios”. Por lo que es doctrina reiterada de este centro directivo que al tratarse una inscripción ya efectuada y encontrarse los asientos bajo la salvaguarda de los tribunales, su modificación solo podrá realizarse mediante consentimiento del titular registral o bien mediante resolución judicial recaído en juicio declarativo.

No es procedente acudir al procedimiento de rectificación de errores de concepto o materiales, ya que es preciso que se trate de claramente de tales errores y así lo reconozca el registrador. Lo que no ocurre en tal caso.

Fernando Llopis

RDGRN de 12 de mayo de 2009 (BOE 09/06/09)

Nombre de la voz

Se presenta en el Registro de la propiedad escritura complementaria de otra compraventa y declaración de obra nueva, por la que el dueño de una finca aclara y actualiza su descripción, según resulta de las certificaciones catastrales descriptivas y graficas, Se trata de una finca que se describe como rústica en la que se declara una obra nueva, construidas con las debidas licencias. Se acompañan certificaciones catastrales distintas de la finca rústica y la urbana.

El registrador suspende la inscripción en tanto no se aclare la descripción de la parcela, indicando que parte de la misma es rústica y que parte es urbana sobre la que se ha construido la casa, aclarando igualmente los extremos relativos a las certificaciones catastrales.

La DGRN estima el recurso interpuesto por el Notario, rechazando el defecto alegado por el Registrador, considerando, como hace el recurrente, que aunque toda la finca sea rústica, a efectos catastrales, puede existir por un lado referencia catastral rústica (el terreno) y referencia catastral urbana (la casa). En cuanto a las dos certificaciones hay compatibilidad entre sí, la rústica referida al uso agrario, superficie total y edificación y la urbana recoge el uso residencial y características de la edificación (numero de plantas...)

Fernando Llopis

RDGRN de 13 de mayo de 2009 (BOE 09/06/09)

Venta directa de un bien patrimonial

Se presenta en el Registro de la Propiedad escritura de venta directa de una finca urbana inventariada como bien patrimonial del Ayuntamiento.



La Registradora deniega la inscripción por no haberse acudido a un procedimiento de subasta pública.

La DGRN confirma el defecto, señalando que la enajenación de bienes patrimoniales solo podrá realizarse por subasta o permuta (art. 80 RDlg 781/1986 texto refundido en materia de régimen local) y que no es necesaria subasta en los casos de enajenación de bienes patrimoniales mediante permuta en determinadas condiciones. Por todo ello se deduce que la subasta pública es regla general en materia de enajenación de bienes patrimoniales y que la circunstancia de haber quedado desierta la subasta no está contemplada en las normas como excepción a esa regla general.

Fernando Llopis

RDGRN de 14 de mayo de 2009 (BOE 09/06/09)

Escritura de compraventa. Derecho de uso

Se presenta en el Registro escritura de compraventa de una vivienda otorgada por la titular del pleno dominio, adquirido por título de adjudicación en la liquidación de sociedad de gananciales, constando inscrito en el Registro el uso de la vivienda atribuido en el convenio regulador a la propia titular del dominio y a sus hijos menores.

La registradora suspende la inscripción al señalar que dicha enajenación requiere el previo consentimiento del cónyuge no titular, el cual no se ha acreditado documentalmente, ya que la atribución de uso es una medida jurisdiccional que tiene por objetivo la preservación del domicilio habitual en beneficio del cónyuge no titular.

La DGRN estima el recurso interpuesto por el Notario, rechazando el defecto alegado por la Registradora. El Centro Directivo señala que el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, sino de carácter familiar, existiendo pues una disociación la titularidad del derecho que se atribuye al cónyuge (que conlleva el poder de disposición) y lo beneficiarios del mismo que corresponden a los hijos. Según el artículo 96 del CC, para disponer de la vivienda familiar cuyo uso corresponde al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes, o autorización judicial. Lo que no sucede en el caso que nos ocupa, ya que la propiedad de la vivienda y la titularidad del derecho de uso corresponde al mismo cónyuge (la esposa), por lo que es innecesario el consentimiento del otro no titular.

Fernando Llopis

RDGRN de 16 de abril de 2009 (BOE 12/05/2009)

Nombre de la voz

Se presenta en el Registro un mandamiento judicial en el se ordena la cancelación de la inscripción de hipoteca que grava una finca, al haberse declarado por sentencia firme, la nulidad del préstamo garantizado con la hipoteca por ser usurario. El Registrador suspende la cancelación solicitada al considerar que tratándose de una hipoteca cambiaria debe hacerse constar la recogida e inutilización de las letras de cambio, por testimonio del secretario que interviene en el procedimiento judicial en aplicación del artículo



Ana Isabel Llosa

RRDGRN de 16 y 18 de mayo de 2009 (BOE 12/06/09)

Administrador de fincas. Sociedad Profesional

Se presenta en Registro Mercantil escritura de constitución de una sociedad profesional, cuyo objeto social conforme a sus estatutos es la actividad propia de los profesionales de Administradores de Fincas.

El registrador no procede a practicar la inscripción al señalar que la profesión de administrador de fincas, al no exigir titulación universitaria, no se puede considerar como actividad profesional.

La DGRN confirma el defecto, ya que la ley 2/2007 en su art.1 señala que es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria y dado que para el ejercicio de la profesión de Administrador de fincas no se exige dicha titulación, la entidad en cuestión no podría constituirse en sociedad profesional. Todo ello a pesar de que el RD693/1968 que regula la profesión de administradores de fincas, permita la obtención del título mediante dos procedimientos, unos los llamado oficiales y otros no. Con respecto a los primeros que son los que podría plantear problemas, zanja la cuestión al señalar, que un administrador de fincas con título oficial universitario, inscrito en su Colegio respectivo, no podrá tener la consideración de sociedad profesional, ya que el Colegio de administradores de fincas, no tiene la consideración de colegio profesional a los efectos de la ley 2/2007.

Fernando Llopis

RDGRN de 17 de abril de 2009 (BOE 16/05/2009)

Nombre de la voz

Se inscribió en el Registro de la Propiedad una hipoteca cambiaria a favor del tomador actual de las letras y de los sucesivos tenedores de las mismas, habiéndose estipulado que la parte hipotecante podrá cancelar la citada hipoteca sin necesidad del consentimiento de aquéllos, mediante acta notarial que acredite que las letras garantizadas están en su poder debidamente inutilizadas, debiéndose transcribir las letras en actas notariales por exhibición de las mismas. Ahora, se presenta en el Registro una instancia privada en la que se solicita su cancelación registral, acompañada de la escritura de constitución y otra escritura de renovación de las cambiales garantizadas. La DG confirma la nota de calificación emitida por el Registrador, estableciendo que para poder cancelar la citada hipoteca cambiaria, será necesario acudir al procedimiento expresamente pactado en su constitución, es decir, la cancelación podrá tener lugar mediante acta notarial que acredite que las letras garantizadas han sido recogidas e inutilizadas y en la que se transcriban las mismas por medio de su exhibición, o bien deberá acudir al procedimiento general del artículo 156 de la LH. Así mismo la DG establece que, el hecho de que la deuda garantizada por las letras garantizadas haya sido renovada en virtud de la emisión de una nueva letra, no acredita la inutilización de las letras anteriores, que pueden seguir en circulación a favor de tenedores sucesivos que podrían ver conculcados sus derechos si se procediera a la cancelación de la hipoteca cambiaria.

Ana Isabel Llosa



RRDGRN de 19 y 20 de mayo de 2009 (BOE 12/06/09)

Publicación en el BORM. Provisión de fondos

Se presenta en el Registro Mercantil escritura de transformación de sociedad civil en sociedad de responsabilidad limitada profesional, estableciendo como provisión de fondos para el pago en el BORME la designación de un número de cuenta en la escritura, para los abonos dimanantes del proceso de inscripción.

El Registrador deniega la inscripción al señalar que no se ha hecho la provisión exigida por el art. 426.1 del RRM, para publicar en el Boletín Oficial del Registro Mercantil la inscripción que se practique.

La DGRN confirma el defecto, partiendo de que el importe que se debe satisfacer a la Agencia Estatal BOE por la publicación de actos y anuncios en BORME tiene la consideración de tasa. Señalando que no existe en la normativa vigente regulación alguna sobre la forma en que debe efectuarse el ingreso. Por lo que son de aplicación en esta materia las normas generales para la satisfacción de obligaciones tributarias (Reglamento General de Recaudación), en las que no está previsto para el pago de la tasa la domiciliación bancaria, ya que debería existir una norma tributaria que expresamente lo estableciera.

Fernando Llopis

RDGRN de 7 de abril de 2009 (BOE 16/05/2009)

Nombre de la voz

En la presente resolución la DG viene a confirmar la doctrina recogida en otra anterior de fecha 2 de Junio de 2005, afirmando que el acta de notoriedad para la inmatriculación de fincas a que se refiere el artículo 298 del RH puede utilizarse tanto para el caso en que no exista título previo fehaciente, como para supuesto en que entre el documento previo fehaciente y el título inscribible exista una discordancia en cuanto a la descripción de la finca a inmatricular.

Ana Isabel Llosa

RDGRN de 21 de mayo de 2009 (BOE 16/06/09)

RM. Provisión de fondos para publicación en el BORME

Siendo defecto subsanable para la inscripción en el Registro Mercantil la falta de provisión para cubrir los gastos de publicación del acto inscrito en el BORME, considera el Notario autorizante de una escritura inscribible que la designación en la misma de una cuenta bancaria «para los abonos dimanantes del proceso de inscripción» cumple suficientemente con el mandato reglamentario.

Cierto que no hay norma ninguna que determine cómo se deba acreditar el anticipo de los gastos de publicación del BORME, pero, teniendo éstos la consideración legal de tasa, la disciplina correspondiente a su pago será la misma que para todas las obligaciones tributarias. El Reglamento General de Recaudación



exige para que sea viable la domiciliación bancaria que exista una norma que expresamente lo prevea, y no la hay, sin que pueda invocarse, como hace el recurrente, la doctrina de la DG en materia de manifestación de los medios de pago empleados en actos o contratos a título oneroso.

Francisco Molina

RDGRN de 22 de mayo de 2009 (BOE 16/06/09)

Herencia. Derecho hereditario in abstracto e in concreto

Se presenta a inscripción una escritura de aceptación y partición de herencia, de una causante fallecida intestada con seis hijos, habiéndole premuerto uno de ellos, y de su esposo, fallecido bajo testamento en que instituye herederos a los cinco hijos supervivientes, y a seis nietos, hijos del hijo premuerto. La escritura, sin embargo, la otorgan sólo los cinco hijos, invocando un auto firme dictado al amparo del artículo 1004 del Código Civil, en cuanto a la aceptación por parte de los seis nietos, haciendo las adjudicaciones «en la proporción que resulta del acta de declaración de herederos y del testamento». Calificado negativamente el título, se vuelve a presentar con una diligencia del secretario judicial en que manifiesta que el auto citado es meramente declarativo y no susceptible de ejecución. El Registrador suspende la inscripción por falta de unanimidad en las operaciones particionales.

Efectivamente, una cosa es que la herencia se haya de tener por aceptada en virtud de lo resuelto en el auto, y otra que se omita el consentimiento del heredero en el otorgamiento de la escritura de partición. Por aquella, el heredero adquiere el derecho hereditario «in abstracto», que para su concreción sobre bienes o derechos del relictos requiere de un acto de liquidación y división de la comunidad hereditaria, que es inviable sin la concurrencia de todos los llamados a la sucesión.

Francisco Molina

RDGRN de 23 de mayo de 2009 (BOE 16/06/09)

Prioridad. Tracto sucesivo. Doble disposición

Inscrita una escritura por la que el titular del pleno dominio de la mitad indivisa y del usufructo de la restante mitad de una serie de fincas donaba su derecho de nuda propiedad sobre la mitad indivisa de las mismas a uno de sus hijos, se presenta ahora otra escritura de donación, a favor de otro hijo, la nuda propiedad de la mitad indivisa de las repetidas fincas. Se suspende la inscripción, porque el donante ya sólo es titular del usufructo sobre la totalidad de las fincas. La primera escritura se otorgó dos después que la segunda, formalizada ésta no por el propio donante, sino por otro hijo, apoderado suyo, circunstancia que invoca el recurrente para pretender la falta de poder de disposición del donante al tiempo del otorgamiento de la segunda donación, que es la primera en acceder al Registro.

La DG comienza por recordar que en sede de recurso gubernativo no se puede, como pretende el recurrente, declarar la nulidad de una inscripción ya practicada. Sentado esto, la dinámica normal de los principios hipotecarios impide que prospere, en sede gubernativa, la pretensión del recurrente.

Francisco Molina



RDGRN de 25 de mayo de 2009
(BOE 16/06/09)

Obra nueva: acta de fin de obra. Libro del Edificio: depósito. Castilla y León

Presentada a Registro copia del acta de declaración de fin de obra de una vivienda unifamiliar construida en régimen de autopromoción y destinada a uso propio, considera el Registrador que no basta con que el propietario-autopromotor manifieste haber recibido del arquitecto, también compareciente, la documentación integrante del Libro del Edificio, sino que debe aportarse el acta notarial de depósito del referido Libro, y debe constar la fecha de recepción de las obras.

Según la DG, la interpretación lógica, literal, sistemática y finalista del art. 20.1 del TRLS supone que las exigencias relativas al Libro del Edificio no sean aplicables al autopromotor, ya que no se trata de proteger sus intereses, sino los de un eventual ulterior usuario. No siendo aplicables tales exigencias, con más razón no lo serán las relativas a la acreditación del depósito del Libro del Edificio, más allá de la manifestación vertida de haber recibido del arquitecto la documentación que lo integra. Y en cuanto a la fecha de recepción de la obra, en el Libro del Edificio debe constar el acta de recepción, sin que exista norma que exija su acreditación documental al margen de esto, ni que se haga constar en la declaración de fin de obra.

Francisco Molina

RDGRN de 26 de mayo de 2009
(BOE 16/06/09)

Compraventa. De cuota indivisa de finca que da derecho al uso de plaza de garaje. Determinación de elementos o zonas comunes

Se procede a la venta de una participación indivisa de una finca destinada a aparcamiento, que da derecho exclusivo y excluyente al uso de una concreta plaza, que se describe y delimita perimetralmente. El Registrador considera necesario, con carácter previo, delimitar las zonas o elementos de uso común.

Si, inscrita en su día la división horizontal, quedó una planta dedicada a garaje, y ahora se vende una participación indivisa de la misma, acompañando un plano de donde resulta la ubicación de todas las plazas, y, lógicamente, los elementos comunes y zonas de paso, se cumplen suficientemente los requisitos reglamentarios; pero si, como ocurre en el caso, no se aporta el plano, que permita la perfecta identificación, no puede prosperar el recurso. Significativamente, la DG hace un llamamiento a la colaboración entre Notarios y Registradores, esencial para el tráfico jurídico inmobiliario, sin que resulte socialmente aceptable que sea objeto de recurso la simple falta de un plano «que se puede solicitar y remitir en cualquier momento».

Francisco Molina

RDGRN de 27 de mayo de 2009
(BOE 16/06/09)

Herencia. Sustitución vulgar. Incapacidad vs incapacitación del heredero



El titular registral fallece bajo testamento en que instituye heredero a su esposa, con sustitución vulgar para el caso de premoriencia o incapacidad, nombrando al sustituto administrador de los bienes hereditarios parra el caso que la heredera no tenga facultades físicas o intelectuales para ello, y administrador de todos los bienes si la heredera fuese incapacitada, como efectivamente ocurre ocho meses después de abierta la sucesión. Se presenta ahora escritura otorgada por la tutora de la heredera, aportando el auto correspondiente que le autoriza para aceptar al herencia, pero el Registrador suspende la inscripción por considerar que la incapacidad a que se refiere la cláusula de sustitución es la declaración judicial de incapacitación por lo que debe operar la referida sustitución.

«Para determinar el sentido del testamento a efectos de la calificación registral sólo puede tenerse en cuenta el tenor del propio testamento, si es que, como ocurre en el presente caso, no hay albacea con atribuciones interpretativas». Sobre esta base hay que incardinar la circunstancia que la sustitución vulgar para el caso de incapacidad se extiende a los supuestos de incapacidad absoluta o relativa de suceder, como determinantes o de un acrecimiento o de la apertura de la sucesión intestada, efectos que no tiene la incapacitación judicial del heredero instituido, ya que la herencia deferida a favor del incapacitado puede ser adquirida por éste, aunque la haya de aceptar a través de su tutor. Podría el testador haber dispuesto que en caso de incapacitación del heredero, aunque se produjera después de abierta la sucesión, pasaran los bienes a otra persona, en forma de una disposición condicional, que no se desprende del tenor del testamento que rige la sucesión. La falta de tal previsión expresa, el sentido propio de la sustitución vulgar a falta de aquella, y el hecho que se haya previsto el nombramiento de un administrador de los bienes hereditarios para el caso de incapacitación del heredero, no pueden sino confirmar que la incapacidad que precipita la sustitución es la incapacidad, absoluta o relativa, para suceder.

Francisco Molina

RDGRN de 28 de mayo de 2009 (BOE 16/06/09)

RM. Sociedades profesionales: actividad auditoría. Adaptación a la Ley

Se inscribe el nombramiento de una SL como auditora de una SA, pero haciendo constar en la nota de despacho que, no constando la adaptación de la SL a la Ley de Sociedades Profesionales, y transcurridos los 18 meses previstos para ello, hay que entender disuelta de pleno derecho la tal SL. El recurrente sostiene que la auditoría no es una actividad profesional a los efectos de la Ley.

La DG no entra en el fondo del asunto, dado que se trata de una inscripción ya practicada, y de una advertencia que formula el Registrador, ajena al contenido del asiento y por tanto a las circunstancias propias de la nota de despacho, que debería ser expurgada de la misma, y, en su caso, del asiento, si es que se hizo constar.

Francisco Molina

RDGDEJ (Cat) de 10 de junio de 2009 (DOGC 19/06/09)

Poderes. Revocación por separación de los cónyuges. Juicio notarial de suficiencia y vigencia del poder



Se presenta escritura de compraventa por la que el titular registral de la mitad indivisa de una finca, por sí y como apoderado de su esposa, titular de la restante mitad indivisa, compra la mitad indivisa de ella. El poder en cuya virtud actúa es poder especial para vender la finca, salva expresamente la autocontratación y deja libertad para determinar la persona del comprador y las condiciones de la venta. Los cónyuges titulares de la finca se encuentran separados en virtud de Sentencia 4 meses posterior al otorgamiento de los poderes, y casi 6 años anterior a la venta. El Registrador entiende que la admisión de la demanda de separación produce la revocación del poder.

El recurrente considera que al revocación de poderes prevista en el Código Civil no es aplicable en Cataluña, toda vez que la Ley de Código de Familia no contempla medidas provisionales a adoptar en el momento de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, ni establece unos efectos automáticos de dicha admisión. No obstante, ese efecto revocatorio no es desconocido por el Derecho catalán, que de hecho lo prevé para los casos de extinción de unión estable de pareja, situación convivencial de ayuda mutua o acogimiento de personas mayores, por la ruptura de la confianza que motivó el otorgamiento de las facultades representativas. El hecho de que el poder se hubiera otorgado con carácter de irrevocable tampoco empece a que la crisis matrimonial pueda tener la consecuencia de dejarlo sin efectos, ya que el artículo 102 del Código Civil, plenamente aplicable al caso, no recoge un caso de revocación, sino un efecto ope legis de la admisión de la demanda, que no requiere de una declaración de voluntad. En consecuencia, se haya o no contemplado en la escritura de apoderamiento que la crisis matrimonial tenga un efecto extintivo - que no revocatorio - éste efecto se va a producir en todo caso.

Finalmente, no se asume que, mediando juicio notarial de suficiencia del poder, quede este aspecto excluido de la calificación registral, ya que la calificación no se basa en este caso en la insuficiencia de las facultades representativas, sino en su subsistencia, cuestión que escapa a la doctrina de la DGRN sobre valoración registral de la suficiencia del poder.

Francisco Molina

RDGDEJ (Cat) de 11 de junio de 2009 (DOGC 19/06/09)

Aprovechamiento parcial. De instalaciones para el aprovechamiento de aguas públicas. Principio de especialidad

Se procede a la venta de una concesión de salto de agua con sus derechos accesorios e inherentes, concediendo a la compradora, como condición esencial, el aprovechamiento parcial exclusivo de la autorización administrativa para el citado aprovechamiento, que faculta a poseer y utilizar unas determinadas instalaciones situadas en dos fincas registrales. El aprovechamiento del salto de agua no está inscrito en el Registro de Aguas pero se ha aprobado provisionalmente su transferencia a favor del vendedor. Se suspende la inscripción por no constar inmatriculada la concesión, no tener el transmitente el título definitivo de concesión, no constar inscrito el aprovechamiento en el Registro de Aguas y no acreditarse la obtención de la autorización administrativa para la transmisión.

La sujeción a la normativa hidráulica derivaría del hecho de tratarse del aprovechamiento de unas instalaciones privadas, que forman parte del derecho a aprovechar aguas públicas, lo que llevaría a la necesidad de concesión administrativa, inscripción en el Registro de Aguas y autorización para la transmisión, requisitos todos ellos propios de los aprovechamientos de aguas públicas. Pero para el aprovechamiento de las aguas públicas puede ser necesario el uso de instalaciones privadas, que no por



ello se convierten en demaniales ni participan de su régimen jurídico, y cuyo uso se establecerá por libre acuerdo de las partes.

La exigencia de previa inmatriculación resulta de diferenciar la nota de calificación los tres modos en que se pueden concebir las instalaciones y máquinas objeto del derecho, esto es, las máquinas como muebles, que no tendrán acceso al Registro, las restantes instalaciones, como cualidad de la finca que no será susceptible de tráfico independiente, y el conjunto como inmueble por destino, que deberá inscribirse como finca independiente. No obstante, el centro directivo considera que las instalaciones sobre las que recae el derecho de aprovechamiento forman parte de la finca, teniendo la consideración de inmuebles que, por accesión, pertenecen al propietario de la misma, tanto si son obras, como si son muebles incorporados de forma fija y que no se pueden separar sin deterioro; y tal consideración de las obras e instalaciones como inmuebles no puede llevar de forma inevitable a la necesidad de apertura de folio registral independiente, ya que el art. 8 LH se limita a atribuir un derecho al titular registral, sin imponerle una obligación.

Finalmente, la nota de calificación señala que el derecho de aprovechamiento parcial que se constituye no se ajusta al supuesto de hecho del Código Civil de Cataluña, excediendo de sus límites, contenido y finalidad, resultando indeterminado. Pero para la Dirección, el principio de especialidad únicamente exige que haya una voluntad de configurar un derecho como real, una delimitación suficiente de su contenido, la identificación de la finca o fincas afectadas, y que no se contravenga ninguna norma imperativa. En el caso, la voluntad de atribuir eficacia real resulta de la misma solicitud de inscripción, y del hecho de haberse pactado que el aprovechamiento subsistirá aunque se transmitan las fincas; se define con claridad la extensión y contenido del derecho; no se vulnera ninguna norma imperativa - las únicas exigencias legales respecto de la figura son que se constituye con carácter temporal, con un máximo de 99 años, en escritura pública y por el propietario de la finca gravada, y los tres se cumplen en el supuesto - siendo, en definitiva, un derecho perfectamente inscribible.

Francisco Molina

RDGRN de 3 de junio de 2009 (BOE 27/06/09)

Concurso. Alcance respecto de venta anterior presentada posteriormente. División horizontal: finca independiente

Constando registralmente la declaración de concurso del propietario de una plaza de garaje, suspendiendo sus facultades dispositivas y nombrando unos administradores concursales, en virtud de un auto de 19 de abril de 2.007, se presenta ahora una escritura de compraventa otorgada en mayo de 2.005, suspendiéndose la inscripción por la falta de previa presentación y despacho de una escritura de modificación de obra nueva y división horizontal que configuran la plaza de aparcamiento como entidad independiente, y por la limitación de facultades dispositivas que resulta del propio Registro en virtud de la declaración de concurso inscrita y que redundaría en la necesidad de autorización del Juez y los Administradores del Concurso.

La anotación preventiva de la declaración de concurso y el nombramiento de los administradores no impide la inscripción de actos dispositivos anteriores a la fecha de la declaración concursal, pero impide el acceso a Registro de los embargos o secuestros posteriores a la propia declaración, y que no hayan sido acordados por el Juez del concurso, y la inscripción de actos dispositivos posteriores realizados con infracción de la limitación impuesta a las facultades de disposición. Así, los actos formalizados con anterioridad, cuando no pesaba sobre el concursado ninguna limitación, son perfectamente inscribibles, en



tanto que los bienes objeto de los mismos ya no forman parte de la masa concursal, sin perjuicio de las acciones de rescisión que pudieran ser procedentes. Se confirma, sin embargo, el otro defecto, por no tener, en tanto no se inscriban aquellas escrituras, la finca una existencia registral propia e independiente de la del resto de edificio.

Francisco Molina

RDGRN de 3 de junio de 2009 (BOE 27/06/09)

RM. Sociedades Profesionales: apreciación de tal carácter. Plazo de adaptación

Una SL, cuyo objeto es la prestación de servicios de asesoramiento jurídico a través de los correspondientes profesionales, entre otras actividades, adopta, en su Junta General, el acuerdo de adaptación a la Ley de Sociedades Profesionales, formalizando la pertinente escritura, que, presentada a su inscripción, es objeto de calificación negativa por que, al haber transcurrido el plazo establecido para la adaptación pretendida (18 meses desde la entrada en vigor de la Ley) la SL ha de considerarse disuelta de pleno derecho.

La DG comienza por considerar que la existencia de una sociedad que tiene por objeto desarrollar, aunque no sea per se y como ente abstracto, actividades legalmente reservadas a ciertos profesionales, con una definición estatutaria de su ámbito de actuación como la del caso, no hace de ella una sociedad profesional stricto sensu. La adaptación sólo será obligatoria si la sociedad desarrolla la actividad profesional por sí y directamente y bajo su denominación social, pero la apreciación del carácter profesional, en casos en que la definición estatutaria del objeto no sea suficientemente expresiva, sólo podrá descansar en unas consideraciones que por propia naturaleza escapan al procedimiento registral para entrar en el terreno del «criterio de la conducta interpretativa» del art. 1282 CC, No siendo posible presumir la profesionalidad de la sociedad, no siendo exigible, en el caso de sociedades preexistentes a la Ley 2/2007, que se configuren expresamente en sus estatutos como sociedades de medios, y sobre todo, careciendo el Registrador Mercantil de medios hábiles para concluir si una sociedad tiene o no carácter profesional, más allá de la definición estatutaria del objeto, no podrá denegarse el acceso a Registro de los títulos presentados, en base a la disolución de la sociedad de pleno derecho. En el caso, la defunción del objeto, aunque presenta caracteres propios de la abogacía, se complementa con otras de gestión en común de la prestación a terceros de servicios variados, para cuyo desempeño no se requiere la asistencia de ningún profesional titulado y colegiado.

Francisco Molina

RDGRN de 4 de junio de 2009 (BOE 27/06/09)

Cancelación de hipoteca. Caducidad. Cómputo del plazo

Constituida una hipoteca en garantía de un crédito en cuenta corriente, por plazo de catorce años desde el 31 de enero de 1980, se pretende su cancelación por caducidad, al haber transcurrido veinte años desde ese 31 de enero de 1980.



Como no podía ser de otro modo, la DG considera que el plazo de veinte años, más otro año más sin que conste en el Registro la novación, interrupción de la prescripción o ejecución, se cuenta, como literalmente señala la LH, desde la fecha en que la obligación tuvo que ser totalmente satisfecha, según el Registro, es decir, desde la fecha prevista para el último pago, en el caso, 31 de enero de 1994.

Francisco Molina

RDGRN de 4 de junio de 2009 (BOE 27/06/09)

Herencia. Heredero incapacitado. Aceptación pura y simple y adjudicación: autorización judicial

Fallecidos los cónyuges titulares registrales, se formaliza la aceptación de su herencia y adjudicación de los bienes relictos, siendo la única heredera representada por la entidad que ostenta su tutela, por estar incapacitada. Entiende el Registrador, que, siendo la aceptación pura y simple, se requiere autorización judicial. El recurso se basa en que, si bien se trata de operaciones distintas, la conexión lógica y causal entre la aceptación de la herencia y la adjudicación es evidente y que, si bien no media la autorización judicial para la primera, sí que consta la aprobación judicial de la segunda.

El diferente tratamiento entre aceptación y adjudicación resulta de su distinta naturaleza jurídica y alcance. Pero las circunstancias del caso, existiendo una actuación judicial posterior que aprueba lo actuado por el tutor respecto de la forma en que ha aceptado y adjudicado la herencia, permite considerar sanado el defecto, sin perjuicio de las responsabilidades en que haya incurrido el tal tutor.

Francisco Molina

RDGRN de 4 de junio de 2009 (BOE 27/06/09)

Hipoteca. Reconocimiento de deuda: pagaré. Cancelación por exhibición del pagaré

Se inscribe una escritura de constitución de una hipoteca, en garantía de una deuda reconocida y articulada mediante la emisión de un pagaré, pero se suspende la siguiente cláusula:

«El dueño de las fincas, o cualquier otra persona facultada legalmente para ello, podrá obtener por si solo la cancelación de esta hipoteca por la demostración objetiva del hecho del pago o por el mero transcurso de un año desde el vencimiento de la deuda si en el Registro no consta haberse incoado procedimiento ejecutivo; en dicho momento se considerará extinguida la hipoteca y se podrá solicitar la cancelación de la misma por acta notarial. Para la demostración objetiva del hecho del pago bastará con la exhibición del pagaré, o bien la exhibición de la certificación bancaria que acredite que el pagaré ha sido satisfecho con cargo a alguna cuenta de la parte deudora, todo ello sin perjuicio de otros medios de prueba»

Si con tal pacto se pretende obtener la cancelación de la hipoteca, por pago de la deuda garantizada, habrá que justificar la realidad del pago y su correspondencia con el crédito asegurado. En el caso, la tenencia del pagaré, que es documento privado y sin datos identificativos inequívocos que permitan asegurar que el que se exhiba sea efectivamente el emitido al otorgarse la escritura, no puede ser suficiente



para tener por justificado, a efectos registrales, el pago, sin que pueda trasladarse a este supuesto la normativa y doctrina relativa a la letra de cambio, que se imprime por un organismo oficial y sí tiene datos de identificación suficientes.

Francisco Molina

RDGRN de 5 de junio de 2009 (BOE 27/06/09)

Hipoteca. Distribución de la responsabilidad y liberación de carga. Cuota indivisa

Se constituye hipoteca sobre una finca y 2/25 ava parte indivisa de otra, que da derecho al uso exclusivo y excluyente de dos plazas de aparcamiento, concreción de uso que no obstante no consta en el Registro. La escritura, con la correspondiente distribución de la carga hipotecaria entre las fincas afectadas, es posteriormente modificada, en el sentido de liberar de responsabilidad 1/25 ava parte indivisa, que, acto seguido es vendida, libre de cargas presentadas al Registro la escritura de liberación de responsabilidad hipotecaria y la de venta, se inscribe la segunda sin hacer constar la asignación de uso de una concreta plaza de aparcamiento, pero se suspende la de la liberación de carga y concreción de responsabilidad.

La DG considera que, cuando se constituye hipoteca sobre una única finca por la totalidad de los cotitulares, sin distribución de la responsabilidad hipotecaria, la liberación de una participación indivisa puede implicar una modificación sustancial que requerirá el consentimiento de los restantes cotitulares, y que, desde luego, el principio de conservación de la garantía hace necesario el consentimiento de todos los constituyentes para la liberación parcial, y ello, en definitiva, porque al no mediar la distribución de la carga surgen unas relaciones entre el acreedor y cada uno de los cotitulares de la finca así como entre éstos, en la línea del art. 1844 CC y concordantes. Así, si uno de los cotitulares paga la totalidad del crédito, podrá reclamar de los restantes la parte proporcional que les corresponda, con la misma garantía que tenía el acreedor, y podrá, por tanto, renunciar a sus derechos sobre cualquier bien o derecho, pero sin que esto pueda derivar en una cancelación, por que la hipoteca le atribuye derechos a él, pero también a los restantes cotitulares por eso, la liberación de una finca o cuota y la correspondiente cancelación parcial sólo podrán practicarse con el consentimiento del acreedor, y de los titulares registrales. Pero en el caso, habiendo consentido el acreedor la redistribución, convenida con el titular registral, no existe relación interna alguna por razón del crédito y la hipoteca entre los transmitentes y los adquirentes que impida la inscripción.

Francisco Molina

RDGRN de 6 de junio de 2009 (BOE 27/06/09)

RM. Sociedades Profesionales. Objeto social

Se presenta a inscripción una escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados por la Junta General de una SL, para su adaptación a la Ley 2/2007, de ella resulta que el único socio profesional está convenientemente colegiado - colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos - y que el objeto social, una vez modificado, consistirá en «la tenencia y explotación de clínicas y centros médicos, así como la



enseñanza sanitaria, valiéndose para ello de profesionales titulados que reúnan las condiciones habilitantes para poder ejercer los mismos». A juicio del Registrador el objeto debería quedar limitado a la actividad propia de estomatólogos y odontólogos.

La definición estatutaria del objeto social no especifica la profesión cuyo ejercicio constituye aquel, aunque, por la composición subjetiva de la sociedad, parece que haya de ser, en efecto, la odontología y estomatología, pero ello lleva a que la enumeración de actividades no resulte admisible, ya que el objeto de la sociedad debe consistir en el ejercicio en común de actividades profesionales, sin perjuicio de otras actividades que no sean legal o reglamentariamente incompatibles, sin que proceda cuestionarse en esta sede si la enseñanza puede ser considerada actividad complementaria del núcleo propio del objeto profesional.

Francisco Molina

RDGRN de 6 de junio de 2009 (BOE 27/06/09)

RM. SL. Administradores: cese y nombramiento. Fecha de eficacia

Se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público del acuerdo adoptado por la Junta General de una SL. aceptando la dimisión del administrador único y designando un nuevo administrador, pero continuando el administrador dimisionario en el ejercicio de su cargo durante cinco días, hasta el fin del ejercicio social y año natural, por considerar el Registrador que los efectos del acuerdo adoptado no pueden diferirse a fecha posterior a la de su propia adopción.

La Ley contempla diferentes opciones, que no agotan todas las posibles, tendentes a evitar que la sociedad quede temporalmente sin un órgano de administración a su frente. Nada obsta a que estatutariamente o por la modalización de los acuerdos sociales se resuelvan situaciones anómalas siempre que no se contravengan los principios configuradores del tipo social de que se trate. Así, si la aceptación del designado es requisito para la validez del nombramiento, y si los requisitos legales y estatutarios que debe reunir aquel - p.ej., no estar incurso en causa de incompatibilidad - se deben apreciar en relación al momento de la aceptación, no al de la designación, no habrá obstáculo para que la eficacia de esa aceptación.

Francisco Molina

RDGRN de 5 de junio de 2009 (BOE 29/07/09)

Segregación. Exactitud de linderos

Se presenta en el registro escritura en la que el Administrador Único de una sociedad limitada, contando con licencia municipal, segrega de una finca de su propiedad cuatro parcelas, describiendo las mismas y el resto resultante.

El Registrador suspende la inscripción por no describirse con exactitud dos de las parcelas objeto de segregación, ni tampoco el resto de finca matriz tras las segregaciones practicadas al existir contradicciones entre los linderos consignados para cada una de dichas fincas.



La DGRN confirma el defecto, señalando que si de la descripción literaria de las fincas no se corresponde exactamente con la que resulta del plano, ni con la descripción separada de cada una de las fincas segregadas, ni con la que resulta del plano catastral, tal discordancia de considerarse como defecto, debiendo rectificarse la escritura.

Fernando Llopis

RDGRN de 8 de junio de 2009 (BOE 29/07/09)

Inmatriculación. Disolución de comunidad

Se presenta en el registro escritura en la que el recurrente extingue el pro indiviso sobre una finca urbana, adjudicando la misma al repetido recurrente, al ser indivisible, a cambio de abonar a los otros partícipes el precio de su parte. Como antetítulo se presenta otra escritura otorgada el mismo día, con número de protocolo inmediatamente anterior, por el que el citado recurrente, en unión de su madre y su hermano, se adjudican la misma finca en la partición de su esposo y padre.

El Registrador suspende la inscripción, al señalar que es doctrina reiterada del DGRN que en materia de inmatriculación debe extremarse la precaución a fin de evitar títulos cuyo único valor sea el instrumental de la inmatriculación pretendida.

La DGRN estima el recurso, rechazando el defecto alegado por el registrador, al señalar que las simples sospechas que el Registrador pudiera albergar acerca de la realidad del negocio jurídico incorporado al documento fehaciente que acredita la adquisición anterior del ahora transmitente no pueden ni deben bastar para suspender la inscripción y que la adjudicación hereditaria de una finca proindiviso y la subsiguiente disolución de comunidad son operaciones tan corrientes que no cabe pensar en que hayan sido preparadas al único efecto de conseguir la inmatriculación.

Fernando Llopis

RDGRN de 8 de junio de 2009 (BOE 29/07/09)

Compraventa. Convenio regulador

Se presenta en el registro escritura en la que se vende una casa a la recurrente, que actúa en su propio nombre y en el de sus dos hijos, cuya patria potestad ostenta conjuntamente con su ex – esposo. La casa se compra para los tres adquirentes por terceras e iguales partes indivisas. Se acompaña testimonio de sentencia de divorcio en la que se recoge el convenio regulador. En dicho convenio se pacta lo siguiente “Ambos cónyuges estiman ajustada la cesión de la propiedad de la vivienda familiar a la esposa. En caso de venta de la vivienda familiar, con el precio obtenido por dicha venta, se adquirirá otra, la cual se inscribirá en el registro de la Propiedad a nombre de los hijos A y B y de la ex esposa. Si una vez adquirida la nueva vivienda quedare algún dinero de resultados de la venta de la casa familiar, dicho importe se ingresará en una cuenta corriente cuyos titulares serán los hijos y la esposa. De todos los hechos recibirá el ex esposo cumplida información”.



El Registrador suspende la inscripción, al señalar que no se acredita la conformidad del ex – esposo(cotitular de la patria potestad) a la compraventa que se documenta en la escritura.

La DGRN estima el recurso, rechazando el defecto alegado por el Registrador, porque el convenio regulador permite actuar a uno de los cónyuges sin necesidad de obtener el consentimiento del otro, que en este caso se presta anticipadamente y además existe otra garantía, cual es la notificación posterior de la venta y la compra realizadas. Por lo que no es necesario que el ex – esposo vuelva a prestar consentimiento.

Fernando Llopis

RDGRN de 9 de junio de 2009 (BOE 29/07/09)

Propiedad horizontal. Servidumbre de paso

Se presenta en el registro escritura de constitución de propiedad horizontal, en la que se describen 16 plazas de garajes, además de ciertos trasteros y viviendas. En una de las cláusulas se establece la constitución de una servidumbre de paso entre la finca donde se ubican los garajes y la contigua.

El Registrador suspende la inscripción al señalar que la servidumbre de paso constituida no ha tenido acceso al registro, por tanto deja sin determinar la vía de acceso a dichos locales así como la susceptibilidad de los mismos de constituir fincas independientes.

La DGRN confirma el defecto alegado por el Registrador, señalando que la salida a la vía pública es un requisito esencial para la formación de elementos privativos independientes en la división horizontal. Por tanto que aunque la servidumbre puede existir aunque no este inscrita, la claridad de las situaciones registrales exige que sea tan clara la susceptibilidad del aprovechamiento independiente que no pueda ponerse en duda tal tipo de aprovechamiento.

Fernando Llopis

RDGRN de 9 de junio de 2009 (BOE 29/07/09)

Embargo. Cónyuge fallecido

Se presenta en el registro mandamiento en proceso de ejecución de títulos judiciales contra dos cónyuges en el que se ordena la práctica de anotación de embargo sobre dos fincas, sobre una de las cuales se practico la anotación. Dado que uno de los cónyuges ha fallecido, se acompaña un Auto en el que se acuerda tener por acreditada la sucesión, al haberse presentado el certificado negativo del Registro General de Actos de Ultima voluntad y el Libro de Familia.

El Registrador suspende la inscripción, al señalar el embargo solo puede anotarse si se dirige la demanda contra los herederos del fallecido, acreditando que lo son por los medios previstos en la LH, o se dirige la demanda contra sus ignorados herederos y se designa un representante judicial para la herencia yacente.



La DGRN estima el recurso, rechazando el defecto alegado por el registrador al considerar excesivo imponer al ejecutante la carga del nombramiento de administrador judicial o de la tramitación de la declaración de herederos abintestato; y basándose en los apdos. 2 y 3 del art. 540 LEC que al tratar de la sucesión en los juicios de ejecución establecen que se presenten al Juez los documentos fehacientes en que aquélla—la sucesión—conste. Si el Tribunal los considera suficientes a tales efectos, procederá, sin más trámites a despachar la ejecución y adema se deduce que es el Juez el competente para tener o no por acreditada la sucesión. Y en consecuencia, considera suficientes los documentos aportados, ya que el Juez así los ha estimado, y accede a la práctica de la anotación.

Fernando Llopis

RDGRN de 9 de junio de 2009 (BOE 29/07/09)

Conversión en definitivo de un embargo cautelar

Se presenta en el Registro mandamiento de anotación de conversión en definitivo de un embargo cautelar por deudas a la hacienda Pública. Se da la circunstancia de que tales embargos cautelares se prorrogaron por seis meses, plazo que cumplía el 4 de septiembre de 2008 y el mandamiento de conversión expidió el 10 de septiembre y se presento en el registro el 19 del mismo mes y año.

El Registrador deniega la conversión por caducidad del asiento y defiende la práctica de la prórroga hecha en su momento por tan breve plazo, basándose en que el artículo 81.5 de la LGT dispone que los efectos de las medidas cautelares cesarán en el plazo de seis meses (prorrogables por otros seis como ha ocurrido en este caso) desde su adopción y “ello obliga a estimar que las anotaciones en su día practicadas tienen el mismo plazo de vigencia de seis meses ya que entender que su plazo es el genérico de 4 años daría lugar a un contrasentido y es que el Registro publicase frente a terceros la existencia durante ese plazo de 4 años de una carga que por ley tiene un plazo excepcional y breve de 6 meses”

La DGRN confirma el defecto señalado por el Registrador, al señalar que el asiento de prórroga lo fue por seis meses y éste ya ha caducado. No todas las anotaciones de embargo duran cuatro años, siendo éste el plazo máximo, cosa que resulta de manera indudable del art. 86 de la LH. Podría ordenarse de nuevo una anotación de embargo, pero, atendiendo a las circunstancias actuales y con una prioridad distinta.

Fernando Llopis

RDGRN de 10 de junio de 2009 (BOE 29/07/09)

Segregación. Unidad mínima de cultivo

Se presenta en el registro escritura por la que los condominios de unas fincas rústicas, previa la realización de determinadas segregaciones y agrupaciones, disuelven la comunidad adjudicando a los partícipes las fincas resultantes.

La Registradora suspende la segregación en base al art.80 de RD 1093/1997. Ya que una de las fincas de las que se segregaba era inferior a la unidad mínima de cultivo, por lo que remitió copia de la



escritura a la Conserjería de Agricultura de Castilla y León, la cual contesto declarando nulo el acto de segregación

La DGRN confirma el defecto alegado por la Registradora, ya que el art.25 de la ley de modernización de explotaciones agrarias, que invoca el recurrente, exceptúa de la prohibición de segregación de terrenos destinados a cualquier tipo de edificación o construcción de carácter no agrario. Lo que no es el caso ya que en la escritura no hay ninguna construcción. Si así fuera, sería correcto lo alegado por el recurrente, bastando en ese caso licencia municipal para realizar la segregación y efectuar la inscripción, sin perjuicio de la posterior actuación del organismo autonómico competente.

Fernando Llopis

RDGRN de 10 de junio de 2009 (BOE 29/07/09)

Instancia privada. Rectificación de descripción

Se presenta en el registro instancia privada en que se dice que los recurrentes son dueños de una finca, que la identifican por los datos de inscripción, la cual según el registro, de acuerdo con la realidad, linda al sur con camino de servicio. Sin embargo en la finca que se inscribió con posterioridad, se dice que linda al norte con la parcela anterior, siendo así que el camino de servicio es el límite norte de esta finca. Se solicita pues el cambio de lindero.

El Registrador deniega la práctica del asiento, al señalar que la rectificación de la descripción de una finca ajena requiere el consentimiento de su titular o resolución judicial que así lo ordene art.40 de la LH.

La DGRN confirma el defecto alegado por el Registrador. Parte de la distinción entre error de registro e inexactitud registral. Señalando que en este caso no hay error, ya que el dato que el recurrente considera incorrecto se tomó, tal y como está, de los títulos que causaron la inscripción. Y cuando la inexactitud proviene del título, su rectificación es la prevista en el apartado d) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, y la forma de salvarla es la misma que la de los errores de concepto que no resultan claramente de los libros, es decir, consentimiento del titular o resolución judicial.

Fernando Llopis

RDGRN de 10 de junio de 2009 (BOE 29/07/09)

Inmatriculación. Prescripción urbanística

Se presenta en el registro dos escrituras, la primera de junio de 2008 en la que una señora aporta a la sociedad de gananciales que tiene con su esposo una casa que adquirió en estado de soltera y que no esta inscrita en el registro y una segunda de diciembre del mismo año, por la que ambos cónyuges donan la citada finca a su hijo.

El registrador suspende la inscripción, por no haberse presentado el certificado emitido por el Ayuntamiento en el que se haga constar que la finca se encuentra incluida en el supuesto del art.52 b del RD 1093/199, y que han prescrito las medidas urbanísticas previstas por la legislación aplicable no siendo



suficiente como así consta que no existen en la actualidad medidas que impliquen su demolición, ya que la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía reconoce en su artículo 185 que la limitación temporal de cuatro años contados desde su completa terminación, no regirá para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de los actos y usos que dicho artículo recoge”.

La DGRN rechaza el defecto alegado por el Registrador. Señalando que es evidente que si la certificación catastral señala que la fecha de la construcción es de 1920 y que tal fecha ha de tenerse por cierta, según el artículo 3 de la Ley del Catastro, ni la casa puede estar incluida en los supuestos a que se refiere el artículo 185. 2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, ni, aunque lo estuviera, tal norma sería aplicable a una edificación muy anterior a su entrada en vigor.

Fernando Llopis

RDGRN de 12 de junio de 2009 (BOE 29/07/09)

Anotación Preventiva. Reclamación de cantidades

Se presenta en el Registro mandamiento por el que se solicita que se tome anotación preventiva de demanda, en el que el objeto de la pretensión es una reclamación de cantidad.

El Registrador deniega la anotación señalando que la acción que se ejercita en el procedimiento es de naturaleza personal no pudiendo producir ningún tipo de modificación jurídico real.

La DGRN confirma el defecto alegado por el Registrador, reiterándose en su doctrina según la cual el artículo 42.1.º LH permite que sean anotadas en el Registro no sólo las demandas en que se ejercita una acción real, sino también aquellas otras mediante las que se persigue la efectividad de un derecho personal cuyo desenvolvimiento lleve aparejada una mutación jurídico-real inmobiliaria. Pero en este caso la acción ejercitada es puramente de reclamación de cantidad y para que exista un acto de trascendencia real susceptible de reflejo registral será preciso esperar a que se adopte la correspondiente afección del bien a través de su embargo o medida cautelar restrictiva de la disponibilidad de los bienes, o se produzca su adjudicación.

Fernando Llopis



VALORACION ANALITICA DE LOS SISTEMAS REGISTRALES

1. LA PREVENCIÓN DE LOS SUCESOS DE EVICCIÓN.

1.1. LA DOBLE CAUSA DE LOS SUCESOS DE EVICCIÓN.

Dos son las causas de la evicción y, por tanto, dos son los tipos de riesgos que los distintos sistemas registrales deben tratar de eliminar: la existencia de derechos ocultos, por una parte, y, por otra, la conclusión de negocios ineficaces.

La diferencia entre uno y otro caso está en que, en el primero, hay derechos pero falta la publicidad de los negocios que los crearon; en cambio, en el segundo, lo que falla no es la publicidad sino, en realidad, los mismos derechos ya que son nulos o irregulares los negocios en que se fundan.

En consecuencia, para prevenir con éxito la evicción, se vuelve indispensable idear, disponer, «arreglar» algún tipo de fórmulas o procedimientos para conjurar ambos riesgos o peligros.

1.2. EL PAPEL DE LOS SISTEMAS REGISTRALES EN LA PREVENCIÓN DE LA EVICCIÓN.

Si los sistemas registrales fuesen sólo sistemas de información, podrían, como mucho, aspirar a solucionar la clandestinidad de los derechos, pero no su irregularidad o ilegalidad. Los sistemas registrales son, sin embargo, bastante más que simples sistemas de información y lo son porque para estimular su fiabilidad y, por tanto, como veremos, su uso por los propietarios la inscripción tiene valor o eficacia jurídica y condiciona el valor civil de los derechos publicados. En efecto, la inscripción no sólo publica sino que «califica» los derechos. Únicamente los derechos inscritos son, funcionan como verdaderamente «reales».

El reconocimiento de eficacia civil a la inscripción se ha impuesto en la legislación comparada probablemente sólo por una razón práctica. La generación de información en la medida reclamada por el mercado portanto el funcionamiento eficaz de los registros sería imposible si los particulares no colaborasen y, para estimular o promocionar esa colaboración, los reguladores han condicionado la creación y eficacia de derechos reales a su publicidad registral estimulando, de esta forma, a los particulares a inscribir sus títulos. Dicho de otra manera, como la información no se produce gratuita o espontáneamente, para facilitar su creación o generación y al tiempo acumularla y centralizarla se ha intervenido o restringido la actividad inmobiliaria. Se reconoce plena eficacia real sólo a los derechos que se inscriben, esto es, a los que ingresan en la red registral.

1.3. LA DESPROTECCIÓN REAL DE LOS DERECHOS NO INSCRITOS.

Ahora bien, la privación de valor real a los derechos no inscritos es una verdadera sanción cuya puesta en práctica implica una auténtica restricción de la actividad inmobiliaria puesto que indirectamente se penaliza a todos los derechos que no lleguen a ingresar en la red registral (ya sea porque no quieren ya sea porque no pueden).

Es, además, una sanción o carga porque la calidad o eficacia real que la inscripción produce es una concesión (o cualificación) que sólo puede hacer el Estado. La inscripción no se puede adquirir en el mercado libre ni pueden los particulares, por sí mismos, traspasarla o transferirla de un derecho a otro. La inscripción, y por tanto la protección real registral, se concede sólo por la Administración, en cada caso y para cada derecho, y su práctica se negocia a parte y exclusivamente con ella.



1.4. LA CARGA DE INSCRIBIR.

Los riesgos se tratan directamente y por tanto la eventualidad de los posibles daños que generan sólo si se combaten y en tanto se combaten las causas que los producen. Pues bien los sistemas registrales combaten directamente el doble riesgo de evicción por cuanto reprimen las conductas que los producen.

Los derechos ocultos o clandestinos, porque por hipótesis no se inscriben, no conseguirán nunca ser auténticamente reales; y, los ilegales, porque, al impedírseles el acceso al registro, carecerán también de eficacia real (ya que su inscripción se deniega). La suspensión o denegación del asiento funciona así como una auténtica o verdadera sanción que castiga la conducta irregular de los contratantes porque, siempre que no se consigue la inscripción del título, tampoco se conseguirá adquirir plenamente el derecho.

Por lo tanto las amenazas que ha de soportar los operadores inmobiliarios, por razón de la implantación de sistemas registrales, son de dos tipos. Como la inscripción constituye condición necesaria para el reconocimiento pleno del derecho, si se establecen controles que impidan el acceso automático de los documentos al Registro, carecen de protección real,

- 1) no sólo los títulos (válidos) que más o menos intencionadamente dejen de inscribirse,
- 2) sino también, jugando con el implícito castigo que la falta de inscripción produce, los defectuosos o ilegales cuyo asiento se deniegue.

1.5. LA “PREVENCIÓN ESPECÍFICA” FRENTE A «PREVENCIÓN GENERAL».

Existe «prevención específica» siempre que se restringen actos o actividades mediante algún tipo de sanciones no trasladables; es decir mediante la constricción que una fuerza heterónoma de naturaleza pública o «colectiva» (extraña, por tanto, a los operadores privados) ejerce sobre éstos para imponerles algún tipo de comportamiento o conducta.

En la «prevención general», en cambio, los directamente involucrados en los siniestros (causantes y víctimas) conservan la libertad, bien para abstenerse de la actividad que causa los daños, bien para de todo modos seguir produciéndolos, sea pagando o indemnizando a quienes lo soportan, sea repartiéndoselos entre sí o trasladándolos a terceros.

1.6. LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN APOSTAR POR UN SISTEMA DE «PREVENCIÓN ESPECÍFICA».

Pues bien está justificada la utilización de un sistema de prevención específica es decir, de sanciones o restricciones públicas no trasladables siempre que podamos estar relativamente seguros de que una mayoría significativa de ciudadanos, entre realizar un acto (o actividad) cargando con los costes que generan, y abstenerse de realizarlos, se quedaría con casi completa seguridad con esto último. En estos casos, procede hacer uso de prohibiciones, restricciones o sanciones para reprimir las conductas peligrosas y por tanto incurrir en los gastos administrativos que generan los controles colectivos incluso aunque los ciudadanos causantes de los siniestros (la minoría) estén dispuestos a realizar los actos prohibidos y abonar los daños producidos (lo que se conoce en la doctrina especializada como «cuasiunanimidad»).

La opción por la acción colectiva es, si cabe, más recomendable todavía cuando, como sucede aquí, no encontramos ante actos ocasionales, cuyos causantes son difícilmente clasificables en grupos o categorías, por lo que sería probablemente muy difícil que los operadores puedan calcular las consecuencias de sus decisiones y por tanto muy costoso dejar en manos de esos causantes la elección de ejecutar los daños pagando su importe o de abstenerse de ellos. La gestión del riesgo por el mercado (“prevención general”) suelen ser poco eficaz y demasiado cara cuando nos ocupamos con actos ocasionales (y singulares o individuales), sobre todo cuando es difícil clasificar a sus causantes en categorías definidas (p. 273).



1.7. EL COSTE DE LA REGULACIÓN.

En cualquier caso la gestión de la prevención específica no es sencilla sino que tiene graves complicaciones. Como la determinación de la relación entre los accidentes y los actos, o actividades, que los causan, debe hacerse siempre empíricamente, surge, inevitablemente, el riesgo de que se produzcan errores.

En la prevención genérica, no preocupa especialmente una defectuosa regulación ni tampoco las decisiones que en cada caso adopten los particulares para resolver el problema. En efecto, si se incurre en errores, ya se encargará el mercado de corregirlos porque, en competencia, como las equivocaciones se pagan, los interesados por la cuenta que les trae promoverán los cambios necesarios para trasladar los costes defectuosamente calculados o imputados a quienes pueden asumirlos a más bajo precio.

En cambio, si estamos ante decisiones colectivas los errores de clasificación, o imputación, son irreparables porque las actividades equivocadamente restringidas deberán soportar, en principio, los costes en solitario: costes que sólo podrán removerse si se consigue que el regulador adopte la decisión colectiva de signo contrario (p. 198).

1.8. LA IMPOSIBILIDAD DE LA NEGOCIACIÓN.

En consecuencia, porque la prevención específica rechaza el método de mercado, como sistema hábil para sancionar al causante, no habrá teóricamente posibilidad alguna de que los involucrados se arreglen entre si negociando de la forma más económica los gastos en que hay que incurrir para reducir los costes totales de los accidentes de la forma más apropiada. En efecto, cualquier influencia del mercado hay que considerarla como una desviación del proyecto originalmente diseñado por los reguladores y por tanto como indeseable o perjudicial.

Sin embargo el mercado nunca está inerte o inactivo y por tanto siempre reacciona de alguna manera a las decisiones estatales. Por tanto la contratación o negociación de las prohibiciones o restricciones, y en general de las sanciones, será en muchos casos inevitable (aunque sea por la «puerta de atrás») y, si se hace, afectará a otras actividades cosa que los responsables o reguladores no pueden ni deben ignorar (p.190).

1.9. LOS COSTES DE INFORMACIÓN.

Por tanto, a la hora de decidir, de entre las distintas actividades (o actos) involucrados, cuál debe ser imputada (y por tanto cargar con los daños) por ser la más indicada para evitar el accidente, los reguladores están obligados a considerar las consecuencias que tales decisiones (colectivas) tendrán no solamente sobre la actividad elegida sino también sobre otras actividades conexas que, por la reacción del mercado, se verán afectadas. (p. 188).

Dado que los individuos reaccionarán en el mercado para reducir en la mayor medida las cargas que se les imponen como consecuencia de la represión estatal, toda decisión colectiva que afecte a una actividad tendrá, con toda seguridad, efectos sobre otras, sobre todos si son complementarias o sustitutivas; o si las sanciones son trasladables vía precios (así siempre que fuesen monetarias); o evitables, aumentando los esfuerzos para encubrir las causas (p. 200).

No basta, por tanto, con identificar las actividades que deben considerarse causantes de los siniestros sino que también hay que evaluar cuáles son los instrumentos más adecuados para realizar su control y, sobre todo, las posibles reacciones de mercado sobre otras actividades que pueda provocar la puesta en marcha de esos instrumentos de control. (p. 189).

1.10. PRIMERA REGLA: CUANDO MEJOR IDENTIFIQUEMOS LA ACTIVIDAD CAUSANTE, TANTO MÁS FÁCIL SERÁ EL CONTROL Y MÁS INTENSA LA SANCIÓN.



En efecto, cuanto más convencidos estamos de la responsabilidad y, por tanto, del carácter indeseable de la actividad que tratamos de prohibir, más rigurosas deberán ser las sanciones utilizadas. La razón es sencilla. Cuanto más leves sean las sanciones, más tentados se verán los posibles imputados a ensayar la actividad prohibida (en cuyo caso el efecto de la prohibición sobre actividades distintas de las que se quiere controlar será más complejo), y, por tanto, más inevitables serán las modificaciones que experimente en el mercado el propósito original perseguido por el regulador (el resultado de la prevención específica).

Es, por ello, que la sanción por incumplimiento de la carga de inscribir debería ser, y de hecho suele ser, tanto más intensa cuanto más se coincida en que la ausencia de publicidad (la ocultación) de los derechos constituye la causa principal de los siniestros de evicción.

Una cosa es, sin embargo, que el daño que se pretenda prevenir proceda de la falta de publicidad la acontación de operaciones ya celebradas, y otra en un fallo o defecto de uno de los títulos anteriores en la cadena de transmisiones. La falta de publicidad o inscripción es un hecho fácil de apreciar, la ilegalidad es en cambio mucho más difícil, sobre todo cuando la legislación es profusa y confusa y el alcance y fuerza de las prohibiciones que impone difícil de determinar.

1.11. SEGUNDA REGLA: CUANTO MÁS COSTOSO SEA EL DESCUBRIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE LOS CAUSANTES TANTO MÁS REFINADO Y MÁS COSTOSO SI QUEREMOS MANTENER LA INTENSIDAD DE LA SANCIÓN DEBERÍA SER EL CONTROL.

Es decir, cuanto más costosa sea la identificación de los causantes (y, por tanto, más confusa, dentro de la genérica actividad vigilada, sea la categoría a identificar como causante habitual del accidente), tanto más refinados y costosos si queremos mantener la intensidad de la sanción debería ser la investigación y el control.

En efecto, en estos casos, controles laxos, poco refinados o elaborados, restringen ciertamente la actividad de los subgrupos o individuos que producen los accidentes pero a costa de incluir y por tanto sancionar otros muchos colindantes y, por tanto, de restringir la actividad intervenida en su conjunto. Por ello, si se quiere mantener la intensidad de la sanción (en este caso, la denegación de la inscripción de los títulos ilegales y, por tanto, el desconocimiento de plena eficacia real) y al mismo tiempo evitar las repercusiones o daños indirectos de una defectuosa aplicación, más minuciosos y costosos deberán ser los controles so pena de gravar, en otro caso, al conjunto de la actividad. En una palabra, si no se quiere que paguen justos por pecadores, tanto mejores y más sofisticados deberán ser los instrumentos de control y más cuidadosa la gestión de la legalidad.

1.12. LA INSCRIPCIÓN ES GARANTÍA DE LA LEGALIDAD DEL TÍTULO Y POR TANTO DE EXISTENCIA DEL DERECHO.

La inscripción es o no es; su falta, por ello, es apreciable por todo el mundo. La ilegalidad, en cambio, es cuestión más difícil de decidir incluso para los mismos juristas aunque estén especializados.

La situación óptima sería aquella en que las cuestiones de legalidad pudiesen ser decididas con seguridad por todo el mundo. Es decir, aquella en que la ilegalidad de los títulos pudiese ser apreciada con la misma nitidez que la falta de inscripción. Eso es exactamente lo que pretenden los registros de tráfico. La legalidad se confunde en este tipo de registros con el asiento, de modo que, a todos los efectos y frente a los terceros, puede tenerse por legal con toda seguridad el derecho que está inscrito; y por ilegal (o posiblemente ilegal) al que no lo está.

1.13. LOS LÍMITES DEL CONTROL.

En sistemas registrales como éstos, es por ello consecuente y necesario más aún, imprescindible que se subordine el acceso registral (y por tanto las entradas y salidas en la red) a la difícil prueba de la legalidad de los títulos; y, por ello, es asimismo inevitable, que se dispongan sofisticadas



formas que aseguren un adecuado control. Es más, en el tráfico inmobiliario, como cada acto, por estandarizado que esté, tiene siempre particularidades o aspectos singulares, es inevitable también que cada título reciba una atención particular, especial para cada caso.

Ahora bien, es lo cierto que, cuanto más minuciosas y rigurosas sean las clasificaciones que haya que hacer dentro de una categoría con la finalidad de identificar, entre sus miembros, a los causantes de los posibles accidentes, más difícil se volverá detectar la presencia del acto, o la actividad peligrosa, en cuestión, más laboriosa la tarea de controlar la conducta ilegal y, por tanto, mayor el riesgo de la posible proliferación de «gorrones».

1.14. EL PELIGRO DE LAS EXTERNALIDADES.

Estamos en efecto, ante los términos de una alternativa que reduce a dos las posibilidades de acción, y por tanto también las clases de posibles externalidades:

1) Si las sanciones a los causantes son flojas, los particulares pueden asumir sus costes y realizar la actividad indeseable o prohibida incluso trasladando, si pudiesen, en caso de ser descubiertos, los riesgos vía precios a los usuarios o consumidores.

2) Si aumentase la probabilidad de que las sanciones fuesen aplicadas equivocadamente, por causa de los costes de identificación de los responsables de los siniestros, los causantes podrían incurrir en gastos para realizar ocultaciones fraudulentas y evitar así su detección.

En el primer caso, porque (como cuanto mayor sea la dificultad para impedir los actos peligrosos, menor será la credibilidad de la pretensión de prohibirlos y las dificultades para proceder a una correcta identificación) si se intentase paliarlas aumentando la cuantía o probabilidad de las sanciones, la mayor disuasión, que implica siempre la amenaza de un superior castigo, no recaería exclusivamente en los causantes del daño sino que lastraría la actividad en su conjunto.

En el segundo caso, en cambio, los particulares no se inclinarán tanto a evitar el siniestro (es decir, la realización del acto causante del daño) como aquellas formas de realizarlo o ejecutarlo que más expongan a su autor al peligro de ser descubierto y, por tanto, sancionado.

1.15. LÍMITES A LA INVERSIÓN EN CONTROL.

En conclusión siempre, a la postre al menos en bastantes casos acabarán por pagar justos por pecadores por lo que es imposible evitar que surjan externalidades.

Por mucha que sea la sofisticación de los controles, nunca podrán evitarse del todo los accidentes. Siempre nos toparemos inevitablemente con un punto en el que el aumento de costes de control, por grande que vuelvan la improbabilidad del daño, no compensará ya que el ahorro por reducción de accidentes será inferior al incremento del gasto administrativo que la aplicación de los sobrecontroles produce.

Ahora bien todos los Estados se han resistido, y se resisten, a que se les imputen los costes remanentes por fallos en el funcionamiento del servicio y no sólo y exclusivamente por el elevado montante que las indemnizaciones de los daños pueden llegar a representar.

En general, en todos los países con registros de tráfico, se han buscado fórmulas para descargar en terceros los costes de los siniestros producidos por el acceso de títulos ilegales. p.274.



2. LA DESCARDA DE RESPONSABILIDAD RESPONSABILIDAD EN LOS BENEFICIADOS POR FALLOS EN EL CONTROL.

2.1. LA IDENTIFICACIÓN CLARA DE LA ACTIVIDAD PROHIBIDA Y LA PREVISIBILIDAD DEL CASTIGO.

En los mercados inmobiliarios ágiles y sofisticados, intervenidos por registros de tráfico, no parece muy sensato poner las indemnizaciones por los fallos producidos por un deficiente control (y por tanto los daños de evicción) a cargo de los adquirentes que consigan introducir sus títulos (ilegales) en la red registral. La traslación del daño que producen los siniestros, incluso a sus causantes, sólo está justificado si puede demostrarse que redunde en beneficio de la sociedad. En otro caso el traslado sólo servirá para incurrir en nuevos costes (en este caso, terciarios o de administración).

Ahora bien, para que funcione razonablemente la prevención específica (un caso de acción colectiva), como el que nos ocupa, se precisa que los en su caso posibles imputados (como causantes de los daños) puedan saber con anterioridad y por tanto mientras conservan todavía el control de su conducta que negocios pueden ser considerados ilegales y las penas que los amenazan.

2.2. PRESUPUESTOS PARA EL FUNCIONAMIENTO EFICAZ DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN.

Es decir, para que sea eficaz el remedio de la prevención específica, los actos o actividades prohibidas deberán estar definidas con precisión antes de que se produzcan los sucesos que se pretenden evitar y, por tanto, se ejecuten las conductas que los provocan. Sólo su clara definición ex ante, por anticipado, permitiría que los presuntos implicados sopesen los riesgos y se abstengan, en su caso, de realizar la actividad prohibida.

Pues bien esa definición por adelantado no siempre es fácil, ni siquiera posible, realizarla adecuadamente.

Desde luego, no lo es cuando lo que se pide es definir con claridad las conductas causantes de la posible ilegalidad de los títulos y, por tanto, de los derechos cuya inscripción se pretende. Es tal la complejidad de las operaciones proyectadas, debido a la multiplicación de las posibles causas de irregularidad que amenazan a los negocios inmobiliarios que, en muchos casos, los particulares o ciudadanos no sospechan nunca nada hasta que el daño se materializa (evicción). Se comprende por ello que tanto en los registros de prioridad como en los de tráfico (en este caso, irregularmente) sea posible el ingreso de títulos ilegales o viciados.

2.3. LA VALORACIÓN PREVIA DE LA ILEGALIDAD DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES.

No es lo mismo castigar con la desprotección registral al que no quiere y se abstiene de inscribir sus títulos que, al que queriendo hacerlo, no podrá conseguirlo porque sus títulos son ilegales. No inscribir es una conducta fácilmente identificable; en cambio hacer negocios ilegales es ya otro cantar porque, en estos casos, es difícil dar una definición omnímoda pero, de fácil comprensión para todos, que permita saber por anticipado a los ciudadanos cuando son irregulares los negocios.

Ahora bien si para la gente corriente sólo el anuncio de la reclamación por evicción, advierte del riesgo o sospecha de la ilegalidad de su título, tiene poco sentido sancionar las conductas que la originan porque sus causantes no están razonablemente capacitados para juzgarlas inapropiadas con anticipación, esto es, con tiempo suficiente para evitarlas o cambiarlas.

En estos casos los particulares, como no están en condiciones de decidir anticipadamente cuando sus conductas son ilícitas, para así renunciar a las mismas con anterioridad a la materialización del daño, optarán en la mayor parte de los casos por abstenerse ante el miedo de tener que sufrir incomodidades o castigos, más o menos fuertes e imprevisibles, con lo que dejarán de realizarse muchos actos o actividades socialmente beneficiosas.



3. LA DESCARGA DE LA RESPONSABILIDAD POR FALLOS DEL SERVICIO EN LAS VÍCTIMAS.

3.1. LA DESCARGA DE LOS DAÑOS RESIDUALES EN LAS VÍCTIMAS.

En los registros de tráfico, los fallos por los ingresos irregulares de derechos los soportan en principio los víctimas, esto es, los derechos contradictorios que tienen que dejar paso al que entra indebidamente en la red. Esta carga tiene dos flancos:

1) Por su cancelación o desinscripción irregular pierden los derechos correctamente inscritos la protección real: la desprotección real de los que salen (o se postergan) es, en efecto, el reverso de la que reciben los que entran.

2) Ahora bien la desprotección no es cosa menor: al contrario, es el presupuesto de la futura evicción; esto es, de la inevitable pérdida de su derecho en cuanto aparezca un tercer adquirente protegido por la llamada «fe publica registral».

La pregunta es, por tanto muy sencilla: se trata de decidir si es o no aconsejable que sean las víctimas las que carguen con los daños por deficiente control; o si al contrario debe reconocérseles el derecho a repercutirlos o desplazarlos a terceros. Pues bien, la pregunta será sencilla pero la contestación desde luego que no: la decisión sobre ese punto depende, en efecto, de si, en la práctica, los posibles perjudicados por los asientos improcedentes (víctimas) tienen un derecho de veto frente a las peticiones de ingreso que formulen los interesados en entrar.

Porque de hecho, en la práctica, tal como pasa en muchos países, el reconocimiento de ese derecho, como veremos, no es más que una elegante excusa para trasladarles, con cierto disimulo, los eventuales daños que pueda generar un defectuoso control estatal.

3.2. EL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN.

La producción de inscripciones (es decir, de información registral) exige la tramitación de un complicado procedimiento jurídico-público. En ese procedimiento siempre hay que contar, de algún modo, con los posibles perjudicados por las declaraciones del asiento.

Sería imposible, en efecto, conseguir la vinculación general (los efectos públicos) que la inscripción produce sin implicar de algún modo a los propietarios afectados. Es por ello que, para promover su participación, se procede a gravarlos con determinados deberes (de modo más preciso, «cargas») de naturaleza pública, lo que sólo es posible si se hace uso de la potestas o coercitio estatal.

Concurren, por tanto, en el curso del procedimiento registral y contribuyen, en consecuencia, a formarlo no sólo actos de la Administración pública sino también de los particulares afectados. Ambos actúan a su propio riesgo. En efecto, Administración y particulares han de responder por la defectuosa ejecución de su propia conducta. Existe así por lo que a la responsabilidad de confección de los asientos se refiere y a la correcta ejecución del procedimiento de inscripción una característica, una significativa distribución de riesgos.

3.3. LOS RIESGOS POR LA FALTA DE ENTRADA.

Corresponde a los interesados en inscribir la puesta en marcha del proceso de registración de sus títulos (esto es, del traspaso a su favor de la publicidad y, por tanto, de la titularidad del asiento). Para ello, deberán cumplimentar la correspondiente solicitud de inscripción de los derechos a su nombre y aportar prueba suficiente de su existencia. Si no lo hicieran así, cargarán con todos los daños que puedan eventualmente sufrir ya que, con su desidia, han permitido que se les adelantasen en la inscripción otros títulos, contradictorios o incompatibles.



En definitiva es carga, y por tanto responsabilidad, de los propietarios procurar el ingreso de sus derechos en el Registro. No cargan, en cambio, con la responsabilidad por su defectuosa salida, y no la tienen porque concedida la inscripción registral (y la titularidad exclusiva de la información que contiene) no podría privárseles de ella si no traspasan antes el derecho publicado lo que es imposible si falta el consentimiento, o conocimiento, de sus titulares. Es decir, los particulares soportan la carga de interesar el ingreso o acceso al registro de sus derechos pero no asumen los riesgos de su posible salida o cancelación irregular.

3.4. LOS RIESGOS DE SALIDA IRREGULAR.

En efecto, son responsabilidad exclusiva del Estado los daños que se produzcan por salidas indebidas de la red: a saber, por cancelaciones injustificadas de los asientos y, en consecuencia, privación del «monopolio de publicidad» que producen.

En resumen, la información registral es de propiedad particular pero, porque se dispensa en Centros oficiales, sólo pueden concederla o autorizarla los Estados. Es por ello que no puede sustraerse de sus responsabilidades por las fallos en el funcionamiento del servicio. Hemos visto que en todo control va implícita la posibilidad de fallos y, por tanto, la necesidad de atribuir los riesgos de los daños que produzcan.

Acabamos de ver también por que no puede imputarse la responsabilidad siempre a las víctimas de los fallos o a los favorecidos por ellos. Ninguna de ambas categorías tiene, en efecto, la posibilidad de evitar o impedir su comisión, es decir, de controlar las decisiones o conductas que los originan.

4. LA TRASLACIÓN DE LOS RIESGOS A TERCEROS.

4.1. EL PRINCIPIO DE INERCIA.

Así las cosas, ya que los controles son falibles y no está tampoco en manos de las partes siempre evitar completamente los accidentes, lo racional será intentar la neutralización de los costes remanentes provocados por los fallos, proyectándolos al exterior de la relación causante- víctima.

En la prevención específica, en efecto, en lo que concierne a la asignación de costes, el elemento crucial es la máxima inercia compatible con el fraccionamiento y la justicia, porque cualquier efecto adicional sobre las conductas alteraría el resultado juzgado por el regulador, previamente, como el más adecuado. Por ello, siempre que el regulador llegue al convencimiento de que el sistema por el diseñado -y por tanto la combinación de actividades y costos- es el óptimo para rebajar o eliminar los siniestros, tratará de impedir cualquier intento de alteración del reparto de riesgos, por el juego del mercado, derivada de la presencia de esos costes remanentes.

4.2. LA IMPUTACIÓN DE LOS COSTES REMANENTES O RESIDUALES.

Para conseguirlo, sólo existe un procedimiento:
imputar los riesgos a aquellas actividades que no vayan a experimentar alteraciones ni cambios por el hecho de tener que soportarlos; lo que sólo es posible de dos formas.

1) Una primera solución consistiría en cargarlos en aquella de las actividades, que carezca de substitutivos, cuya interacción produce el accidente. Así sucede, por ejemplo, en la circulación viaria, con los peatones (aunque a costa de disparar los costes secundarios) cuando se aplica el sistema de responsabilidad por culpa, ya que se estima que el número de paseantes no va a disminuir por el hecho de que en algunos casos (falta de culpa) tengan que soportar las pérdidas residuales. Si hubiese garantías de que los superiores costes no serían trasladados a los precios, sería también posible imputárselos a los causantes pero eso exigiría la concurrencia en ellos de cualidades o condiciones especiales: por ejemplo, la existencia de un monopolio con una curva de



demanda muy inelástica (o precio tarifado). Parece evidente que ninguna de ambas cosas sucede aquí. Así las cosas la imputación de los fallos de control a los operadores incrementaría la curva de costes de una actividad facultativa y, por tanto, inevitablemente, la reduciría.

2) La segunda solución es externalizar los costes remanentes en un tercero «inerte» que en la práctica no podría ser otro que el Estado: el coste de los accidentes residuales será proyectado al exterior y se diluiría, al final, en la tributación general. De este modo, es frecuente que, por razón de los fallos del control, se exima del pago e los daños a los beneficiarios que los causan y se imputen a los controladores que los permiten. Por este camino se da cobertura a una transferencia de los costes, en este caso, del beneficiario de la conducta que los causa al tercero (Estado) que teóricamente la permite.

4.3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Cuando se trata de sistemas registrales, esta última solución suele ser la más socorrida por una evidente razón. Está justificado cargar en el Estado, como tercero inerte, la indemnización de los daños siempre que ninguna de las partes involucradas pueda, soportando la carga de la indemnización, mejorar la gestión del control.

En efecto, lo importante cuando de sistemas registrales se trata, entre los trasmitentes o vendedores y los compradores o adquirentes, los Estados introdujeron en su día una máquina peligrosa (la registral) que puede producir cuantiosos daños; y que esa intermediación ha multiplicado el número de operadores y por tanto de interacciones o actos imputables.

Por tanto, además de adquirentes y trasmitentes (víctimas y beneficiarios, y no hay que olvidar que las víctimas de hoy pueden ser los beneficiarios del mañana), los sistemas registrales introducen dos nuevos sujetos que interaccionan también con sus conductas y por tanto son susceptibles de contribuir a la materialización del siniestro: el conductor o responsable del manejo de la máquina (el Registrador) y su fabricante o constructor (el Estado).

5. LA RESPONSABILIDAD ESTATAL, ALTERNATIVAS DE GESTION: LA CONTRATACIÓN MÚLTIPLE.

5.1. LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD A LOS CONTRIBUYENTES.

Como el Estado es quien garantiza la ejecución judicial de la información registral, si por fallos propios del mismo Estado fuese errónea, parece lógico que sea ese mismo Estado quien asuma los riesgos, y por tanto se responsabilice de todos los daños que una defectuosa o mala información genere.

Si entran, y por tanto se otorga la patente registral de ejecución a derechos o títulos que no corresponde -y en consecuencia se priva de protección a quienes sin embargo la merecen- habrá que resarcir los perjuicios producidos. Ahora bien siempre que se atribuyen los riesgos al Estado y, por tanto, asume éste los costes de los daños en caso de que aquellos se materialicen, en realidad lo que estamos haciendo es transferirlos a los contribuyentes.

5.2. LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL.

Un sistema de seguro social (es decir, estatal) por fallos registrales tendría sentido sólo si fuesen inevitables (y por tanto sólo interesase el fraccionamiento de las pérdidas) pero no todos los fallos lo son; y, como no todos lo son, si se insistiese en cargarlos sobre «todos», se haría una mala opción desde el punto de vista de la asignación de recursos.

Si los daños son evitables, no parece aconsejable, en efecto, asignarlos a los ciudadanos porque, por muchas indemnizaciones que paguen, nunca incrementarán sus esfuerzos en prevenirlos ya que poco o nada pueden hacer para evitarlos.



En estos casos el nivel de prevención será anormalmente bajo ante la imposibilidad de servirse, para manejar los costes primarios, de los sistemas de mercado o prevención general.

5.3. PROBLEMAS DE AGENCIA.

Es decir, si cargamos al Estado con los daños evitables, producidos por fallos del servicio, tendremos un problema de agencia porque no son las mismas personas quiénes deciden y quiénes responden (responden los contribuyentes pero deciden los funcionarios) lo que, a falta un sistema de incentivos adecuados (visto el volumen que representa el riesgo asumido y su extrema varianza) puede volver a éste difícilmente manejable.

No son despreciables, en efecto, los costes agregados que para el sistema financiero pueda suponer una pérdida de confianza en los asientos cuando, por insignificante que sea el porcentaje de siniestros, el saldo vivo de los créditos hipotecarios (una transacción relevante pero ni siquiera mayoritaria entre las registradas) alcanza cifras que, como en el caso de España, pueden rebasar el 50 % del PIB.

Por lo demás, si en estas condiciones es decir, si vista la escasa confianza que merece el sistema público acabase el mercado por generar productos sustitutivos o soluciones alternativas, las rémoras que provocaría este servicio inútil terminarían por gravar a todo el sector como un impuesto. No otra, por cierto, es la situación en que se encuentran muchos países en vías de desarrollo (en muchos sitios no se ve en el registro más que una carga fiscal y se habla por ello de «impuesto del registro»).

5.4. DESAJUSTES EN LA OFERTA.

Sea de todo esto lo que fuere, lo cierto en cualquier caso es que, si los fallos evitables se pagan con cargo a impuestos generales (y por tanto se irresponsabiliza a los agentes) aumentará la oferta de inscripciones y se incrementará el nivel de actividad (es decir, se inscribirá demasiado, por encima de lo deseable, y no sólo porque entrará un mayor porcentaje de títulos dudosos).

Ahora bien, si aumenta la actividad, se multiplican también inevitablemente los riesgos; por lo que, cuando las indemnizaciones sobrepasen determinado nivel, crecerá la resistencia del Estado a pagarlas de modo que, al final, en la práctica, acabaremos por padecer la misma incertidumbre que soportaba el sector cuando no había Registro.

No hay que olvidar que, en los países en que el Estado no paga las indemnizaciones a que está obligado, los Tribunales, a la hora de elegir entre el que se pretende propietario «por fallos del sistema» (en base a la fe pública) y el «verdadero» titular al que hay que expropiar, suelen proteger al segundo con lo que, de facto (es decir, en la práctica) se acaba privando a los asientos de la garantía estatal de ejecución, y el registro, poco a poco, va resbalando insensiblemente hacia una Conservaduría (o incluso Contaduría): esto es, a un sistema de mera inoponibilidad sin cierre.

5.5. DESPLAZAMIENTO DE LA DEMANDA.

Si se opta, en cambio, por cubrir las indemnizaciones con un sistema de tasas y no se responsabiliza a los gestores, al relajarse el control y facilitarse el acceso, crecerá el número de accidentes, y al crecer éstos, también lo harán indudablemente los costes del servicio y, por tanto, los precios finales.

Ciertamente, en cuanto se incrementen los precios, disminuirá la demanda y se reequilibrarán a un nivel más bajo, pero a costa de reducir la actividad del sector a causa de que se le fuerza a hacer frente a los sobrecostes que genera el funcionamiento de un sistema que produce un exceso de riesgos.

El desplazamiento de la curva de demanda determinará una disminución de inscripciones, y por tanto de operaciones o transacciones, lo que penalizará a toda la industria. En realidad, en estos casos, se está gravando al sector en su conjunto con una especie de nuevo impuesto.

5.6. LA PREVENCIÓN EX ANTE.



En cualquier caso, si se insiste en políticas que cargan los daños sobre quienes no pueden controlar el riesgo con su conducta, al final, para prevenir una excesiva externalización del coste de los daños, no quedará otra salida que restringir, mediante la oportuna regulación, la actividad de sus agentes; en este caso, de los «conductores» o gestores de las oficinas registrales.

Una primera fórmula (habitual en muchos sistemas germánicos) consiste en trasladar la responsabilidad por los daños que puedan derivarse de asientos mal practicados a los posibles perjudicados (es decir, a las posibles víctimas del siniestro, caso de entrar en acción la fe pública registral).

Con este fin, se (auto)imponen los propios Estados restricciones a la hora de proceder a la práctica de los asientos, de modo que excluyen su autorización en caso de que no se obtenga el respaldo o consentimiento de todos los que tienen algún tipo de derechos en la finca.

La cuestión así planteada se reduce a lo que parece una sencilla alternativa: o todos los posibles titulares de derechos en la finca consienten la inscripción solicitada (y, en ese caso, de ejecutarse el asiento, no podrán exigir los perjudicados ningún tipo de indemnización) o no la consienten (y, entonces, porque por hipótesis no llega a practicarse el asiento, tampoco podrá producirse perjuicio alguno).

5.7. LA TRASLACIÓN DEL RIESGO.

La traslación de la decisión de inscripción (y sus riesgos) a todos los posibles afectados por ella devuelve de esta forma al mercado, por la «puerta de atrás», la responsabilidad última por la gestión del servicio.

La oposición de las posibles víctimas, sin embargo, no puede ser caprichosa u arbitraria. Los titulares de derechos en la finca tienen efectivamente la posibilidad de oponerse a la práctica del asiento; ahora bien como todos los ciudadanos tienen un derecho público subjetivo a exigir seguridad jurídica para sus propiedades su decisión será revisable por las autoridades estatales, por lo que nunca prosperará de no estar bien fundamentada. Los afectados, en efecto, podrán negar su consentimiento sólo si les perjudica, y en tanto les perjudique, la petición del solicitante (o infrinja la legislación vigente) lo que necesariamente fuerza a dilucidar ante y frente a la misma Organización registral que, en principio, entiende procedente el asiento y por ello pasa en las “insurance titles” en que los beneficiarios no controlan la conducta origen del daño sino los transmitentes (que, al contrario, sí lo hacen ya que son su causa). Así, por ejemplo, el que maliciosamente vende como libre finca gravada con servidumbre no inscrita puede forzar la expropiación de ésta a costa del seguro; o el que en su día mal vendió puede intentar recuperar el mejor precio alegando, fraudulentamente, sus propios vicios de consentimiento.

6. LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS: EL PARADIGMA ALEMÁN

6.1. EL CÁLCULO DEL RIESGO: ASIMETRÍAS DE INFORMACIÓN

La valoración de la ilegalidad del título es, sin embargo, una cuestión difícil y compleja y, por ello, el veto a la inscripción solicitada, de producirse, arriesgado, a causa de los gastos administrativos en que es necesario incurrir para ejercerlo y las responsabilidades que puedan derivarse de la demora que sufre la práctica del asiento (caso de demostrarse luego improcedente la oposición).

La decisión, en resumen, habrá de ser tomada en condiciones de una acusada incertidumbre por las dificultades para medir el riesgo que soporta el que la toma ya que la posible legalidad (y consiguiente indemnidad) de la operación, cuya inscripción se solicita, no es fácil de calcular para las posibles víctimas.

No sólo eso: existen notables asimetrías de información entre unos y otros propietarios. Los pequeños propietarios no sólo estarán en condiciones de inferioridad frente a los grandes operadores financieros e inmobiliarios (más experimentados y mejor asesorados) a la hora de calcular los riesgos, sino también a causa de las ventajas de que gozan estos últimos para tratarlos mejor debido a la superior concentración y cuantía de los que están acostumbrados a manejar.



6.2. EL RECURSO AL SEGURO

Es natural que en estas condiciones - dada la importancia y varianza de los riesgos que deben soportar los propietarios afectados busquen trasladarlos vía seguro. Traslación que no puede por menos que generar nuevos problemas: no hay que olvidar que, cuando los beneficiarios del seguro pueden ser al tiempo causantes del daño, se multiplican las posibilidades de comportamientos oportunistas porque se dispara el peligro del «riesgo moral».

Lo decisivo en efecto, está en que, en estos casos, los asegurados no son los adquirentes (como pasa en las “insurance tittles” en que los beneficiarios no controlan la conducta origen del daño) sino los trasmisores (que, al contrario, sí lo hacen ya que son su causa). Así, por ejemplo, el que maliciosamente vende como libre finca gravada con servidumbre no inscrita puede forzar la expropiación de ésta a costa del seguro; o el que en su día mal vendió puede intentar recuperar el mejor precio alegando, fraudulentamente, sus propios vicios de consentimiento.

6.3. CLASIFICACIÓN Y SEGMENTACIÓN.

Llegados a este punto, no les quedará más remedio a las compañías aseguradoras, para rebajar costes, que clasificar los asegurados en grupos de riesgo con el propósito de establecer una vinculación entre la prima que cada uno debe pagar y el número de accidentes que causa.

Ahora bien, al hacerlo así, segmentarán forzosamente el mercado con lo que, a la postre, resultará que el sistema público no trata a todos los propietarios del mismo modo: es decir, no sólo fallará la homogeneidad del producto ofertado por el servicio (la calidad de la seguridad jurídica) sino que inevitablemente se introducirá cierta diferenciación de precios.

No sólo eso. La diversificación de las categorías y el correspondiente aumento de primas en los grupos más propensos a verse involucrados en accidentes no será «resultado de una decisión colectiva razonada» sino que estará en función de los superiores costes de administración que tendría para las aseguradoras la elaboración de clasificaciones alternativas más sofisticadas y complejas.

Todas estas consecuencias parecen difícilmente compatibles con el trato igualitario y justo que, según la Constitución, el Estado está obligado a dispensar a los usuarios de todos los servicios públicos.

6.4. PROBLEMAS DE FRACCIONAMIENTO DEL DAÑO.

Por lo demás, en nuestro caso, no sólo subsisten sino que se acentúan las críticas tradicionales sobre el escasamente satisfactorio fraccionamiento que proporciona el seguro voluntario. Esto es especialmente cierto cuando, como es el caso, en la prevención, acaba por incrementar el número de accidentes y, en consecuencia, a la postre, la carga fiscal que tendrán que soportar los sufridos contribuyentes.

7. LA RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO

7.1. LA IMPUTACIÓN DEL RIESGO AL QUE PUEDE GESTIONARLO MEJOR.

Es natural que, en estas condiciones, se considere especialmente atractiva la posibilidad de imputar el riesgo de los fallos en el control a aquella de las partes intervinientes en el proceso de inscripción que sea más propensa a asegurarse bien porque sus costes son menores bien porque tiene una mayor capacidad para hacerse una idea de los costes (daños) secundarios que podría verse obligada a afrontar.

No debería ser necesario insistir en la importancia que, para la pronta incorporación de las imprescindibles innovaciones tecnológicas, tiene también la mejor información que manejan los operadores habituales sobre la naturaleza de los riesgos que soporta la actividad. Se explica así que, a la hora de elegir entre los usuarios y el prestador del servicio, la mayor parte de los países hayan optado por cargar la responsabilidad por su mal o anormal funcionamiento a este último.



Decisión que se ve reforzada por el hecho de que las empresas gestoras del servicio están en condiciones de transferir con extrema facilidad el coste del aseguramiento a los usuarios consiguiendo por esa vía un fraccionamiento relativamente amplio de las eventuales pérdidas.

7.2. LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA.

En realidad, en un sistema de responsabilidad de la empresa (siempre, claro está, que les esté vedado exonerarse de la misma pactando con los usuarios) acabarán cargando con los daños los mismos que los pagarían en un sistema de seguridad social cuyo fondo se dotase no tanto con la intención de fraccionar las pérdidas (y por tanto los costes secundarios) como en evitar o prevenir los primarios. Es decir, siempre que se recurre a la responsabilidad de la empresa, reluce la intención o voluntad de imputar, en alguna medida, los daños a aquellos que los engendran o causan en último término.

De esta forma se salvan algunas de las desventajas del seguro social que, por no ser eficiente en la prevención, acaba por incrementar el número de accidentes y, en consecuencia, a la postre, la carga fiscal que tendrán que soportar los sufridos contribuyentes.

7.3. LA IMPUTACIÓN DE LOS DAÑOS AL GESTOR.

La opción, en efecto, que suele contar con mayor atractivo entre los reguladores, no es otra que la de imputar la responsabilidad por los daños que se puedan producir por un mal funcionamiento del servicio, no a los víctimas sino directamente a los conductores o gestores de los registros. Con este fin se constituye cada una de las oficinas registrales, o el conjunto formada por todas ellas, en una organización con personalidad jurídica pública propia independiente del Estado y competencia exclusiva en un distrito o circunscripción territorial.

Como la práctica del asiento implica el ejercicio por delegación de potestades públicas (con efectos expropiatorios en el margen por causa del juego de la fe pública) el servicio se presta en régimen de «monopolio regulado» con la finalidad de evitar los fraudes y distorsiones que podrían producirse si se permitiese elegir a los vigilados o solicitantes para contratar un asiento en perjuicio de terceros con quienes, sin contar con éstos, pueden concederles ese efecto.

7.4. COMPETENCIA ENTRE GESTORES DEL SERVICIO.

La libertad de elección del prestador del servicio, en efecto, cuando los posibles perjudicados por práctica defectuosa del asiento, son terceros envuelve siempre el riesgo de provocar externalidades indeseadas: a nadie, desde luego, por ejemplo, se le pasaría por la cabeza reclamar el derecho a elegir el médico de cabecera que cuidará de la salud ... ¡de su vecino!.

En nuestro caso, no hay que olvidarlo, la parte que solicita el asiento requiere del prestador (que pretende elegir) una decisión que, de ser errónea, no le perjudica a él sino a otros, ya que ahí está lo grave el asiento equivocado le traspasa irregular pero forzosamente derechos de terceros que no tuvieron arte ni parte en la elección.

7.5. LA NEGOCIACIÓN DEL DERECHO A EXPROPIAR.

No parece que el derecho a expropiar (que es lo que, si se permite la libre elección del prestador, se está negociando en el margen) debiera poder comprarse en el mercado ni siquiera aunque fuese posible determinar con toda seguridad el justiprecio del bien afectado y el beneficiario estuviese en condiciones de pagarlo y dispuesto a hacerlo.

Nada hay de raro en todo ello: tampoco estamos dispuestos a permitir que conduzcan los automovilistas ebrios, «aunque les guste tanto conducir en esas condiciones que están dispuestos a reparar todos los daños». Existen razones de principio que impiden que se permita sustraer a la fuerza los bienes a sus legítimos titulares; y no sólo de principio, también de eficiencia.



El principio de consentimiento (como sabemos desde PARETO) es el perfecto cancerbero de la estabilidad de las situaciones en que existe una eficiente asignación de los recursos disponibles. Es, por ello, que en este tipo de casos, tenemos siempre el presentimiento de que nuestra determinación objetiva de los daños (debido a las derivadas inimaginables que pueden surgir) nunca puede llegar a ser tan perfecta como sería deseable.

7.6. LA CERTIDUMBRE DEL CONTROL.

No sólo eso. El monopolio parece el sistema de gestión recomendable cuando, como es el caso, se quiere restringir actividades, sometiénolas a sanciones (en este caso, la prohibición de acceso a la red registral) si no cumplen con determinadas condiciones o requisitos (control de legalidad).

Presupuesto imprescindible, para que los controles sean tolerados por el mercado, es su certidumbre: es decir, que puedan definirse con precisión el tipo y naturaleza de los actos prohibidos, de modo que sus eventuales causantes conozcan, antes de realizarlos (por tanto mientras conservan el control de su conducta), cuáles en concreto serán con toda probabilidad las conductas reprimidas.

Todo ello justifica que haya un solo operador en el mercado y no muchos o simplemente varios, porque, en este último caso, la previsibilidad de los controles se volvería mucho más difícil.

7.7. LA COHERENCIA EN EL EJERCICIO DEL CONTROL.

Pero hay algo más. Toda prohibición tiene, inevitablemente, en función del tipo de sanción y la probabilidad de ser aplicada, repercusiones no sólo en la actividad prohibida sino también en otras conexas, sustitutivas o complementarias.

El alcance de esa repercusión depende de la capacidad que tengan para evitar los castigos los que desean emprender la actividad, sea modificando su comportamiento sea haciendo que otros modifiquen el suyo.

Los responsables de la decisión colectiva, en consecuencia, han de ser conscientes que, prohibiendo actos, se van a producir reacciones de mercado tanto positivas como negativas.

Pues bien, para que la intervención colectiva tenga efectos calculables y por tanto revisables a la vista de sus consecuencias, se precisa que la aleatoriedad de la aplicación de la prohibición descienda todo lo posible.

El sistema de monopolio garantiza eso en mayor medida que otro en que concurren varios operadores en régimen de competencia, como lo prueba el dato empírico de que, cuando la previsibilidad se convierte en el objetivo dominante, las administraciones públicas y Tribunales se organicen de esa forma.

7.8. LOS COSTES DE LA ALEATORIEDAD.

No debemos olvidar que, cuando estamos ante decisiones colectivas los errores de clasificación de actividades, o de imputación, son irreparables porque las actividades equivocadamente restringidas tendrán que soportar los costes en solitario, ya que no podrá removerse la prohibición hasta que el regulador lo decida.

La aplicación imprevisible de una regulación imprecisa es un obstáculo insuperable a la hora de valorar las consecuencias y, por tanto, de gene capital fijo, de cierta entidad y acusada obsolescencia, que hay que acometer así como a la investigación y desarrollo de tecnologías específicas. Todo ello, evidentemente, al precio de transigir en alguna medida con la conocida ineficiencia que acompaña a todo tipo de monopolios.

7.9. LA ESPECIALIZACIÓN DEL CONTROL.

Por último, controles excesivos (pero también los poco refinados y elaborados) suelen reducir ciertamente los actos perniciosos así como la actividad de los subgrupos o categorías que se cree que producen los accidentes, pero siempre a costa de sancionar la actividad en su conjunto.



Por ello, si se quiere mantener la intensidad de la sanción (es decir, de la prohibición) y se quiere también evitar las repercusiones o daños indirectos de su defectuosa aplicación, tanto más minuciosos y afinados tendrán que ser los controles so pena de gravar al conjunto de la actividad.

En resumen, son inevitables gravosas externalidades de consecuencias imprevisibles, en un entorno de controles poco elaborados, imprevisibles o desproporcionados.

Cuando la prevención es específica, en lo que concierne a la asignación de costes, el elemento crucial es por ello la máxima inercia, compatible con la justicia, porque cualquier efecto adicional sobre las conductas alteraría el resultado juzgado previamente como el más adecuado por el regulador.

8. LA FINANCIACIÓN DEL SERVICIO.

8.1. LA ESTANDARIZACIÓN DE LOS PRECIOS DEL SERVICIO.

Las regulaciones del servicio más habituales en Derecho comparado imponen siempre, junto con la obligación de contratar, una rígida tarificación de precios. La estandarización de los flujos del registro, por tanto, no se limita solo a los productos sino que alcanza también a los precios lo que parece especialmente oportuno dada la relativa inelasticidad de la demanda.

La prestación del servicio en régimen de «monopolio regulado» tiene otras ventajas. El superior beneficio que generan las empresas monopolistas permite hacer frente a las inversiones en capital fijo, de cierta entidad y acusada obsolescencia, que hay que acometer así como a la investigación y desarrollo de tecnologías específicas.

Todo ello, evidentemente, al precio de transigir en alguna medida con la conocida ineficiencia que acompaña a todo tipo de monopolios.

8.2. ANÁLISIS DE POSIBLES INCONVENIENTES.

El régimen de precios tarifados no deja, sin embargo, de tener inconvenientes y producir peligrosas consecuencias. La imposibilidad de discriminar precios en función de la propensión al riesgo de determinados grupos estimula el comportamiento oportunista de los usuarios a cubierto, debido a la rigidez de la tarifa, de las típicas reacciones penalizadoras que suelen poner en marcha las compañías de seguros en estos casos.

La estandarización de precios, en efecto, no permite castigar a los defraudadores reincidentes recolocándolos en grupos de superior riesgo con la finalidad de incrementarles, indirectamente, por esta vía, el coste del servicio. La rigidez de la tarifa, fruto del rango formal de las normas en que se recoge (y por las que se aprueba), impide adaptar los precios con prontitud a las numerosas prácticas irregulares que, de tanto en tanto, alumbró el mercado y que no buscan otra cosa que utilizar el registro como un burladero.

8.3. LA GESTIÓN DEL RIESGO: EL FACTOR ALEATORIO.

El superior riesgo, que a causa del aumento de las defraudaciones que propicia la intervención de precios ha de soportar el servicio, explica el interés de sus responsables en acudir al mercado para gestionarlo mejor concertando los oportunos seguros. La contratación de seguros, en efecto, no envuelve aquí los mismos riesgos que cuando los daños se cargan exclusivamente sobre las posibles víctimas: el beneficiario de la indemnización no domina la causa final de la consumación o materialización de la evicción. La causa del daño más que en la conducta del agente hay que buscarla en fallos de funcionamiento del servicio. Conviene hacer aquí, sin embargo, algunas matizaciones.

En el procedimiento de registración, dada su naturaleza sumaria, rige el sistema de prueba tasada lo que fuerza a transigir con un margen irreductible de error y, en consecuencia, de incertidumbre. La autorización de la inscripción, en efecto, no puede hacerse depender del fallo favorable en un



juicio plenario so pena de demorarla demasiado tiempo y penalizar el tráfico con considerables costes terciarios o de administración. La limitación de pruebas, sin embargo, introduce un factor aleatorio de riesgo por vicios no observables porque, a la postre, aún habiendo existido, serán siempre sanados por la fuerza convalidante del asiento. Falsedades, defectos de consentimiento, mala fe de causantes anteriores, etc, son todos vicios de hecho que, aunque no puedan ser valorados por el controlador (que se atenga a la prueba practicada) nunca podrán obstaculizar la atribución irrevocable que la inscripción produce.

8.4. LA REPERCUSIÓN DE LOS COSTES DEL SERVICIO: EL SISTEMA TORRENS.

Evidentemente este tipo de factor aleatorio o contingente no puede ser reducido estimulando la diligencia del controlador puesto que nunca será dominable por éste, al ser inapreciable con los medios de prueba disponibles. Por esta razón lo que más importa aquí, por encima de cualquier otra cosa, es conseguir un buen sistema de fraccionamiento de los daños que reduzca los costes sociales que genera toda excesiva concentración de riesgos (costes secundarios).

La duda de si la dilución de la responsabilidad por daños residuales debería hacerse entre el conjunto de los ciudadanos vía impuestos o, entre los usuarios del servicio, vía incremento de tarifas, debe resolverse en contra de estos últimos de modo que sean exclusivamente ellos quienes, como sector, carguen con los sobrecostes que puedan derivar de fallos inmanejables para el personal del servicio. En otro caso, se consumiría más «actividad insegura» de la socialmente conveniente, porque los precios no reflejarían el coste total de los accidentes.

Esta opción, en su presentación más lograda, ha sido la acogida por el sistema Torrens cuya particularidad más notable no es otra que la obligación que impone a los usuarios de contratar (junto con la inscripción) un seguro mutuo con el que se ha de capitalizar un fondo de responsabilidad que se irá dotando poco a poco con sus aportaciones.

8.5. RIESGOS DE LA MUTUALIDAD FORZOSA.

La mutualidad forzosa tienen también sus inconvenientes. El factor aleatorio del que venimos intrínseco al proceso de inscripción y consecuencia inevitable de la prueba tasada que exige no puede tratarse como una contingencia indominable en sí misma (como el caso fortuito o la fuerza mayor) pero tampoco como si la producida por negligencias del equipo o déficits de atención del agente.

Las falsedades o vicios de consentimiento por poner un ejemplo son indominables por el gestor del servicio pero, ahí está lo importante, no por los causantes/beneficiarios del seguro mutuo.

De ahí que los fondos mutualistas constituidos mediante aportaciones de los usuarios, si irresponsabilizan a los agentes directos del daño, incrementen el riesgo de fraude (azar moral) y provoquen exceso de actividad.

8.6. RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

En cualquier caso la responsabilidad objetiva del servicio por este tipo de fallos imputables al que venimos llamado factor aleatorio parece necesaria si se quiere hacer frente a la mezcla explosiva que producen la suma de la varianza que arrastra el riesgo de evicción (acentuada por las enormes cuantías que puede alcanzar) y el sobre coste que generaría en el sector la desconfianza sobre la bondad del funcionamiento del servicio, si al final no se reparasen los daños producidos.

La máquina registral únicamente consigue funcionar adecuadamente (y portanto corregir la tendencia del mercado inmobiliario a transformarse en un mercado «usurario» o estrecho) cuando logra generar confianza entre los usuarios sobre la irrelevancia o escasa importancia de los riesgos que implica su puesta en marcha para los derechos de los propietarios y consigue conservar esa reputación.

8.7. LA VARIANZA DEL RIESGO: CONFUSIÓN ENTRE PROPIEDAD Y CONTROL.



Así las cosas, la varianza del riesgo que el servicio asume debido a la incertidumbre sobre la cuantía de las indemnizaciones que hay que afrontar y la extrema fragilidad de los activos reputacionales que sustentan la credibilidad del sistema supone una eficaz barrera frente a los inevitables intentos de mantener separadas la propiedad y el control de la oficina registral.

Siempre que se utilizan recursos duraderos (como sucede en el caso de la reputación o confianza) tendrán éstos, además de un producto marginal, una depreciación. Cuando el coste de esa pérdida no resulte detectable con facilidad, será necesario calcular el precio de su uso con arreglo a la depreciación esperada.

Ahora bien, como la pérdida por depreciación es menor cuando los activos son gestionados por su dueño o propietario, no cabe duda de que, siempre que la varianza esperada (de la depreciación por mal uso) sea relativamente alta, surgirá una decidida tendencia a la confusión entre propiedad y gestión.

No se trata ahora tanto del coste de supervisar el rendimiento de un factor como de prevenir el mal uso o depreciación que pueda sufrir por razón de una deficiente utilización. Todo ello tiene evidente importancia cuando, como en el caso del registro, se gestionan riesgos de cierta consistencia o varianza y existen activos reputacionales de fácil depreciación: los recursos cuya depreciación, si los usa un tercero, se vuelve difícil de detectar, «tenderán a ser propiedad de quien los utiliza».

8.8. OTROS PROBLEMAS DE AGENCIA.

La confusión entre la propiedad y control de la oficina registral no elimina, sin embargo, los problemas de agencia. No cabe duda de que, si hacemos desaparecer el Estado y colocamos en su lugar una institución o agencia independiente (al modo inglés), las conservadurías de hipotecas (al estilo francés) o una corporación de Derecho público (a la española o portuguesa) la relación de servicio se entabla directamente entre los usuarios y el organismo público que gestiona el servicio con lo que haremos de éste una especie de agente del conjunto de los propietarios (obligado, como está, por ley a la custodia y gestión de sus derechos de todos previo pago de la oportuna tasa).

La relación de agencia, en estos casos, no consiste en otra cosa que en el compromiso que contrae el servicio con el conjunto de los propietarios de proporcionar eficaz custodia a los activos que tiene confiados. La segregación del Estado de la institución registral, no permite, como vemos, eliminar los costes de agencia aunque consiga manejarlos mejor (si se compara con lo que sucede cuando es el mismo Estado el que gestiona directamente el servicio).

8.9. LAS GARANTÍAS DE UNA GESTIÓN DILIGENTE.

La diferencia entre el valor ideal del activo bajo costes nulos de seguimiento del agente y el valor de mercado del activo constituye los costos brutos totales de la relación agencia. La disociación entre propiedad y gestión de un recurso produce siempre pérdidas netas porque los titulares de los activos no pueden imponer a sus gerentes un comportamiento diligente a coste cero.

No es fácil la inducción en el agente de conductas maximizadoras de la riqueza del principal; y no lo es, porque en la medida que el gerente tenga el control de ciertos recursos, existirán siempre divergencias entre las decisiones que toma el agente y las que maximizarían la riqueza del principal. Cuando los capitales gestionados son externos (y eso es lo que sucede cuando hablamos de la custodia de las propiedades inmobiliarias de todo un país) sus titulares siempre soportarán los costes esperados de una mala o deficiente gestión registral.

Ahora bien, los costes de una mayor incertidumbre sobre la verdadera titularidad de los derechos de propiedad, por deficiente funcionamiento de la agencia registral, se traducirán inevitablemente en una minoración del valor de mercado de todos los inmuebles en su conjunto.



9. LA CONTINGENTACIÓN DE LOS INCENTIVOS RETRIBUTIVOS.

9.1. LAS PARTICULARIDADES DE LAS AGENCIAS PÚBLICAS.

Los costes de agencia, cuando es ésta desempeñada por una institución pública, son normalmente bastante más difíciles de manejar porque no pueden ser rebajados o contenidos acudiendo al mercado de capitales o a la Bolsa.

La razón es sencilla. Si la agencia dependiese de los propietarios de los activos y descubriesen éstos que el flujo de beneficios futuros tiene mayor valor para otros capitalistas, por ser éstos más eficientes en el seguimiento y control de los agentes, podrían plantearse vender la institución.

Pero, cuando se trata de agencias públicas, el servicio no depende, por hipótesis, de los propietarios de los activos gestionados; y, aunque fuera así, las instituciones públicas no pueden ponerse en venta en el mercado.

9.2. EL ACCESO AL MERCADO DE DIRECTIVOS.

Si, como en este caso, no puede acudir al mercado de capitales, para reducir los costes de gestión, queda todavía la posibilidad de probar el mercado de directivos.

El montante de la divergencia que determina el coste de la agencia está directamente relacionado con los costes de sustitución del agente ineficaz. La competencia entre los posibles directivos limita el coste de sustitución y, en consecuencia, permite reducir el montante de los costes de agencia.

La práctica de los contratos indefinidos, habituales en el campo de la Administración pública (la llamada relación funcional) hace difícil sino imposible la pronta sustitución de los agentes incompetentes.

9.3. CONTRATOS A LARGO PLAZO.

Lo cierto es que los contratos salariales a largo plazo (como en definitiva son los de los funcionarios) no son siempre necesariamente ineficientes.

No lo son, desde luego, para los directivos siempre que sean aversos al riesgo. Si pudiésemos prescindir de cualquier tipo de riesgo moral, siempre que los agentes sean aversos al riesgo y los principales neutrales a él, acabarían imponiéndose en un mercado competitivo como solución óptima los contratos en que se especifique *ex ante* que los gerentes serán remunerados según el valor esperado de su producto marginal.

Ahora bien, si, como es frecuente, no existe posibilidad *ex post* de obligar al cumplimiento íntegro del contrato - es decir, si existen problemas de riesgo moral - tal tipo de acuerdos retributivos generan incentivos para que los agentes, una vez calibrado el valor esperado de su trabajo, empleen menos esfuerzos de los que *ab initio* habían comprometido. Este riesgo puede tener consecuencias especialmente gravosas cuando, como sucede en sectores como el que nos ocupa, el peligro no está tanto en el consumo de privilegios, el absentismo o la escasa dedicación *ex post* del gestor, como en los superiores riesgos que se verán obligados a soportar los activos gestionados (me refiero ahora a la reputación y credibilidad del servicio), por causa del incremento de errores (evitables) en la atribución de la propiedad.

9.4. LAS VENTAJAS DE LA RETRIBUCIÓN ALEATORIA.

De ser esa la situación se vuelve absolutamente necesario introducir algún mecanismo eficaz de corrección salarial *ex post*. Ese mecanismo puede consistir, siguiendo la ya clásica propuesta de FAMA, en ligar las retribuciones futuras a la desviación entre el valor del producto marginal del agente (en un determinado momento) y su valor esperado *ex ante*.

Siempre que el producto marginal esperado del trabajo se distribuya aleatoriamente en el tiempo, es eficiente hacer depender las futuras valoraciones del producto marginal del gestor (y su salario) del montante que alcance la indicada desviación. En escenarios como éste, cuando la retribución es aleatoria, el valor esperado del producto marginal se comporta con arreglo a la siguiente ecuación:



Salario actual = salario t1 + (1f)e1

Donde «e» es un factor aleatorio dependiente «cuando la varianza del factor es elevada respecto al esfuerzo ejercido y la capacidad gerencial; y respecto a los cambios en el valor esperado, el parámetro «f» ($0 < f < 1$) es tanto más próximo al producto marginal observado constituye una muestra a cero cuanto menor sea la varianza del factor débil señal respecto a cualesquiera cambios de esfuerzo y respecto a la varianza en la trayectoria siguen el valor esperado del mismo por lo que da por el producto marginal esperado. el producto marginal se distribuye lentamente en la cadena de flujos futuros». En resumen, la revisión salarial ulterior neutraliza los incentivos perversos que juegan ex post para reducir el nivel de esfuerzo del gestor. Todo ello con una importante pero significativa limitación: «cuando la varianza del factor es elevada respecto a los cambios en el valor esperado, el producto marginal observado constituye una débil señal respecto a cualesquiera cambios en el valor esperado del mismo por lo que el producto marginal se distribuye lentamente en la cadena de flujos futuros».

(1) Presupuesto de la prevención general perfecta es la existencia de un «mercado de daños» operativo. En su expresión más extrema, la prevención general negocia los costes de los siniestros como si fuera una compraventa en el mercado: si una actividad cubre los costes de los accidentes que produce y obtiene además beneficios, debe ser admitida; si, por el contrario, no puede hacerlo, será el propio mercado quién se encargará de eliminarla.

Para que el sistema funcione es preciso que los causantes puedan sobornar a sus víctimas. Si llegan a un acuerdo en el precio, se cierra el negocio, y como pasa en todo negocio libremente consentido, porque cada cual sabe lo que le conviene, será una operación en que salen las dos partes ganando y por tanto mejora el bienestar general.

(2) Se comprende ahora por que no suele tratarse del mismo modo la falta de inscripción de las llamadas cargas ocultas - que no hay modo de conocer por mucho que se inspeccione la finca como la hipoteca - y de las aparentes, como las servidumbres de luces y vistas o la misma propiedad de quién posee. Las «cargas ocultas» no inscritas carecen sin matices en todos los sistemas civiles modernos de eficacia real (inscripción necesaria constitutiva), en cambio, las aparentes pueden tenerla aunque no se inscriban (en mayor o menor grado según los países en función de su mayor o menor visibilidad).

Aquí los sistemas de mala fe (inscripción voluntaria y no constitutiva: en Francia es no constitutiva pero, como todo se puede inscribir -carga para el poseedor adverso que no se puede excusar en la dificultad del asiento por la vigencia del cierre-, no es necesario recurrir a la mala fe sino que basta la prioridad) y posesión adversa (problema de la culpa)

(3) Las inscripciones practicadas en los registros de tráfico, en efecto, hasta tal punto se les tiene por legales que pueden invertir la regla de propiedad y, por tanto, producir una nueva atribución de derechos. En los registros de tráfico, el que tiene inscrito su derecho se transforma frente al tercero de buena fe en propietario a todos los efectos. Este «milagroso efecto» no se consigue sin más sino que exige el planteamiento de complicados mecanismos de gestión y por tanto la necesidad de incurrir en nuevos costes de administración. Los registros de tráfico publican sólo un titular registral por cada derecho: si uno entra, aunque entre mal, siempre expulsa a otro u otros que, por tanto, deben salir, aunque salgan mal porque no les corresponda. Ahora bien, como son reales sólo los derechos inscritos, el que entra, aunque entre mal, se vuelve propietario (verdadero titular de los derechos) y el que salga, aunque salga mal, deja de serlo, y como mucho se hace deudor a una indemnización. Es por tanto razonable que en estos sistemas registrales se controle el acceso de los negocios para evitar que los adquirentes irregulares (beneficiarios) perjudiquen a los legítimos titulares de derechos (víctimas).



ARRENDAMIENTO CON OPCION DE COMPRA

Una de las medidas que encontramos para facilitar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna, es sin duda el arrendamiento con opción de compra.

Vamos a empezar por hacer un breve resumen de la situación del Arrendamiento en España, y las grandes ventajas que conlleva la inscripción en el Registro de la Propiedad de los Arrendamientos Urbanos.

La figura del arrendamiento apenas se ha desarrollado en nuestro país quizás por una inadecuada estructura de incentivos para el desarrollo del mercado de arrendamiento. Y ello se manifiesta en las leyes que han regulado esta figura que han sido, sin duda, intervencionistas y excesivamente protectoras de los intereses de los arrendatarios, mediante diferentes recursos como son el de garantizar la continuidad del arrendatario, dificultando los desahucios, y limitando las rentas.

Además, hasta las nuevas leyes de Protección de la vivienda, concretamente en Valencia hasta el RD 41/2004 de 24 de marzo del GV, sobre Actuaciones Protegidas; Plan de Acceso de la Vivienda 2004-2007. También recogidas en el reciente Plan Estatal de Acceso a la Vivienda 2009-2012. Solo se contemplaban ayudas para el acceso a la vivienda en propiedad, y es recientemente cuando encontramos medidas políticas, ya sean fiscales, como de ayudas directas, al promotor y al arrendatario para facilitar los alquileres. Pero para el desarrollo del mercado de arrendamientos de viviendas sería conveniente la adopción de un marco regulatorio que lo incentive máxime si pensamos en la dificultad actual para acceder al mercado crediticio. Y el escaso porcentaje de personas que en España optan por la figura del arrendamiento sobretodo si lo comparamos con otros países de nuestro entorno europeo. Podemos afirmar que la actual situación del mercado del arrendamiento, es la de un mercado artesanal en la que son los particulares los que arriendan sus pisos, Este mercado para ser eficiente tendría que estar profesionalizado, (al igual que ha sucedido con el mercado hipotecario) y es aquí donde los fondos y las Sociedades de Inversión Inmobiliaria, o figuras afines, es decir Empresa que tuvieran como objeto la inversión de inmuebles de naturaleza urbana, pueden estar llamadas a desempeñar un importante papel.

Tal como están las cosas el arrendamiento urbano de vivienda viene regulado por la Ley de Arrendamientos urbanos de 24 de Noviembre de 1994.

Resaltaré los aspectos más relevantes del Arrendamiento Urbano en relación con el Registro de la Propiedad.

El plazo de duración del arrendamiento será el libremente pactado entre arrendador y arrendatario, Pero este arrendamiento esta sujeto a una prórroga forzosa para el arrendador y voluntaria para el arrendatario de cinco años (Art. 9). Y digo que es voluntaria por que el arrendatario podrá resolver el contrato con un preaviso de 30 días.

Además el artículo 10 de la LAU; Regula una “Prórroga Tácita” del contrato una vez transcurridos estos cinco años, por tres años más si ninguna de las partes notifica a la otra de su voluntad de no renovarlo.

El objeto de esta medida se introduce en la ley del 1994 con el fin de proteger al arrendatario y darle estabilidad residencial a quienes optan por el alquiler para solventar la necesidad de la vivienda.

Y así la protección legal al arrendatario es total durante los primeros cinco años de duración del contrato el artículo 13 de la LAU establece ” *que si durante los primeros cinco años el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio, entre otros, de los siguiente derechos:*



retracto convencional, o de enajenación forzosa por la ejecución hipotecaria o por sentencia judicial o por el ejercicio de una opción de compra el arrendatario tendrá derecho en todo caso a continuar en el arriendo hasta que se cumplan cinco años.

Pero este derecho a la prórroga forzosa de cinco años constituye una excepción al principio de fe pública registral y así el artículo 14 de la LAU establece *que en caso de enajenación, el adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurren en el los requisitos del artículo 34 de la LH.*

Ambos artículos constituye una excepción al principio de fe pública registral ya que el arrendamiento aun no inscrito afecta durante esos cinco años de duración al tercer adquirente a título oneroso y de buena fe, que va a quedar afectado en su adquisición por un posible contrato de arrendamiento que no figuraba en el Registro.

Esta excepción se fundamenta en que el arrendatario tiene un “ius possidendi” sobre el inmueble, y por tanto esta posesión le da un carácter visible al arrendamiento que no lo tiene por ejemplo el acreedor hipotecario preferente. Sin embargo hay que precisar que el hecho de que el arrendatario tenga la posesión del inmueble no despeja las incertidumbres para el adquirente, ni va a eliminar las posibilidades de engaño del propietario vendedor, máxime en una economía de mercado en la que la contratación tiene lugar, usualmente entre extraños, entre los cuales prima la desconfianza y así cada parte actuará lógicamente en su propio auto interés, ocultando si le conviene la información que le pueda perjudicar.

Siendo conveniente para coordinar ambos intereses y el conocimiento de terceros que se fomente el acceso del arrendamiento al Registro de la Propiedad.

Con este fin nace el RD de 23 de febrero de 1996. Decreto duramente criticado por la doctrina ya que no añadió nada nuevo al acceso al Registro de los Arrendamiento Urbanos e incluso lo complico ya que el artículo 37 de la LAU que establecía que las partes pudieran compelerse a la formalización del contrato por escrito. El RD impuso la necesidad de que se otorgaran en escritura pública o Escritura de elevación a público del contrato de arrendamiento, recogiendo por tanto los requisitos del artículo 3 de la LH, (con lo que no hubiera sido necesario el citado RD) Y en cuanto al contenido es necesario que conste la identidad de los contratantes, la duración pactada, la renta y demás cláusulas que configuren su contenido. –Este excesivo formalismo es la causa del el escaso éxito de RD que en sus más de 12 años de vida no existen prácticamente contrato de arrendamiento urbanos inscritos. Lo que produce como veíamos la clandestinidad en la que se mueve hoy en día el arrendamiento urbano.

Hemos resumido la protección del legislador al arrendamiento no inscrito, Vamos a ver ahora que sucede con el INSCRITO.

Viene recogido en el artículo 13-2 de la LAU que respecto de la relación arrendaticia que establece “*Que en contratos de duración pactada superior a cinco años, si se resolviera el derecho del Arrendador quedará extinguido el arriendo. Salvo que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador en cuyo caso continuará por la duración pactada*”

El legislador aplica aquí el principio de prioridad registral con carácter puro vía artículo 32 de la LH “los títulos no inscritos no perjudican a tercero”, vemos que al arrendatario no le perjudica lo no inscrito aun cuando no se trate de un tercero de buena fe, requisito este exigido por el artículo 34, es por que la ley hace de mejor condición al arrendatario que inscribe, protegiéndole en su derecho, frente al que no inscribe. Por todo el tiempo pactado, en caso de posible resolución del derecho del arrendador titular registral por causa que no conste en el registro o aun cuando conste que sea posterior a la inscripción del arrendamiento (ejemplo una anotación de demanda y la conversión de



la misma en inscripción o la rescisión de la partición hereditaria).

En el caso de Enajenación del Inmueble, Artículo 14-2 *si constase un arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad. El adquirente quedará subrogado en el arriendo por toda la duración pactada.*

Recordemos que si no se hubiera inscrito el arriendo el adquirente solo debe subrogarse por el plazo que falte para alcanzar los cinco años de duración.

Para que la contratación en esta materia se desarrolle se requiere coordinar los intereses de las partes, y la principal dificultad deriva de la falta información. Para coordinarlos se tendría que conseguir que ese derecho del arrendatario no constituya en relación a terceros ninguna excepción de los principios que gobiernan la seguridad del tráfico jurídico que constituyen un soporte para el desarrollo del mercado.

De lo que se desprende que los arrendamientos concertados por el dueño del inmueble. Titular registral, que a su vez es deudor hipotecario, con anterioridad a la constitución de la hipoteca, aún no inscritos, son oponibles en caso de ejecución de la hipoteca al adjudicatario de la vivienda en la correspondiente subasta, que ha adquirido el bien confiando en los pronunciamientos del Registro con lo que se disminuye el valor de los inmuebles. Ya que el valor que alcanzará en la subasta será inferior al que alcanzaría si no existiera ese arrendamiento oponible, e incluso perjudicará al acreedor hipotecario un arrendamiento constituido con posterioridad pues el valor de la garantía puede disminuir, para evitar esto sería conveniente el acceso al RP de los arrendamientos y así se cumpliría el principio de seguridad del tráfico jurídico, y además la prórroga podría afectar a terceros adquirentes o acreedores hipotecarios, evitando que situaciones extraregistrales no solo de existencia sino también del contenido y del plazo de duración afecten a tercero. hipotecario cuya buena fe se presume si el arrendamiento no está inscrito.

Protección al arrendatario en caso de Ejecución de Hipoteca o de Embargo. Volvemos a distinguir el supuesto de que se trate de arrendamientos inscritos o no inscritos.

Cuando se despache ejecución sobre bienes inmuebles conforme a lo dispuesto en el artículo 656 y siguientes de la LEC. El juez librará mandamiento al Registrador para que expida certificación de dominio y cargas, en ella el Registrador pondrá de manifiesto la titularidad del bien y los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien con relación completa de las cargas inscritas. El artículo 659 de la LEC exige al Registrador comunicar la existencia de la ejecución a los titulares de derechos posteriores al derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el registro. Si el arrendamiento accediese al Registro después de la nota marginal de expedición de cargas el Registrador no realizará la comunicación, ya que tienen conocimiento de la misma en el momento de su inscripción pudiendo acreditar ante el tribunal su derecho, y se les dará intervención en el procedimiento...

El artículo 661 de la LEC recoge los requisitos para la comunicación a los arrendatarios y otros ocupantes. A los que como recoge este artículo se les notificará la existencia de la ejecución para que en el plazo de 10 días, presenten al tribunal los títulos en los que se justifique su situación.

De tal manera que distinguimos en caso de Arrendamientos posteriores a la hipoteca o embargo pero inscritos con anterioridad a la ejecución, se les comunicará la misma por el Registrador, al estar incluido en la certificación y además el Juez les notificará la existencia del procediendo de ejecución, si antes no se hubiera realizado la misma.

Además en el anuncio de subasta se expresará la situación posesoria del inmueble o en su caso que se encuentra desocupado. Y conforme al mismo artículo el ejecutante tendría derecho a que antes que se celebre la subasta podrá pedir al tribunal que determine que el ocupante no tiene derecho a permanecer en el inmueble una vez se haya enajenado, salvo que estemos ante un arrendatario con título suficiente en cuyo caso el Juez declara, sin ulterior recurso, que el ocupante tiene derecho a permanecer en el inmueble si así lo estima, dejando siempre a salvo las acciones que puedan corresponder a los futuros adquirentes para desalojarlos.



Esta petición del ejecutante puede beneficiarle a los efectos de clarificar la subasta y el valor del bien. Siendo de aplicación lo que hemos visto en el artículo 13 sobre los derechos del arrendatario.

La regulación contenida en la LEC da una gran protección al arrendamiento inscrito ya que el procedimiento de ejecución se le notifica, por el Registrador, y además el Juez comprueba esta notificación y en su defecto lo notifica él. Con lo que el Arrendatario podrá concurrir en el procedimiento, y si le interesa intervenir en la subasta además el rematante también estará protegido al tener conocimiento exacto de la existencia, contenido y duración del arriendo. En caso de que estemos ante un arrendamiento no inscrito es el Juez, conforme el artículo 661, el que lo notificará siempre y cuando el ejecutante tenga conocimiento de su existencia, ya sea por la manifestación del ejecutado, que no suele estar muy dispuesto a cooperar, o por cualquier otro medio. Con lo que se impone al acreedor generalmente un banco la obligación de indagar sobre la situación posesoria del inmueble.

Por otra parte la LAU concede al arrendatario un derecho de Adquisición Preferente en caso de venta de una finca arrendada en los términos que recoge el artículo 25 de la LAU este derecho de tanteo se aplica no solo a venta, sino también a dación en pago de deuda, así como en procedimiento de ejecución judicial, es más entiende el TS que si el arrendatario participa en la subasta y no supera las pujas, no impide que luego pueda ejercitar el retracto contra el adquirente de la finca., Estos derechos no serán de aplicación en caso de donaciones, fusión o escisión o aportación a sociedades, ventas de en globo de todo el edificio, o ventas a condueños. En cuanto a los requisitos para su ejercicio en caso de finca arrendada es necesario que se notifique fehacientemente al arrendatario la decisión de vender la finca, su precio y condiciones, el plazo para su ejercicio es de 30 días desde la notificación, notificación que caduca en el plazo de 180 días desde la misma. El arrendatario tiene además el derecho de Retracto cuando no se le hubiese hecho la notificación o cuando se hubiese vendido con otras condiciones o por precio inferior. Este derecho caduca a los 30 días desde la notificación que el adquirente debe hacerle de la escritura Pública o documento judicial o administrativo de formalización de la venta.

Cuando se inscriben ventas de fincas urbanas deberá constar que no esta arrendada, bajo pena de falsedad en documento publico o en su defecto que se han hecho las notificaciones pertinentes.

El arrendamiento con opción de compra

Se trata de un negocio jurídico muy interesante porque permite acceder a la propiedad del inmueble, rentabilizando además las cuotas mensuales que se han ido pagando por el arrendatario.

Esta figura carece de regulación sustantiva, salvo el artículo 14 del RH, que en su último apartado una vez establecida la posibilidad de la opción y sus requisitos, recoge una salvedad para el arrendamiento con opción de compra al permitir la posibilidad de ampliar su plazo de ejercicio por todo el plazo del arriendo pero caducará la opción este en caso de prórroga legal o tácita del Arrendamiento. Y además encontramos referencias a esta figura en la normativa fiscal, o de arrendamientos financieros, que vienen desarrollados por el RD 692/1996 de 26 de Abril que regula el Leasing inmobiliario.

Centrándonos en la figura del arrendamiento de viviendas urbanas con opción de compra. El Reglamento Hipotecario en su artículo 14, establece que: *“Son inscribibles tanto el contrato de opción de compra como el pacto que lo estipule en algún otro contrato inscribible como puede ser el arrendamiento. Para su inscripción es necesario el Convenio de las partes para que se inscriba. El precio que se hubiese estipulado para la adquisición de la finca y en su caso para la opción. Así como el plazo de su ejercicio que no podrá exceder de 4 años. Salvo en el caso del arriendo con opción de compra que podrá alcanzar toda la duración del arriendo pero sin prórroga tácita o legal del arriendo.*



Por tanto es Inscribible el negocio jurídico complejo de Arrendamiento con opción de compra. Que ha sido definido por el TS en Sentencia de 15 de diciembre de 1997 como "Aquella compraventa concluida que no necesita actividad posterior para desarrollar las bases convenidas, contenidas en el acuerdo, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compra-venta quede firme, y perfecto y en estado de ejecución obligatoria para el cedente sin necesidad de más actuaciones".

Si la opción va incorporada a un contrato de arrendamiento estamos ante un contrato atípico, complejo, ya que supone una especie de "plus" en el derecho subjetivo que el arrendador concede al arrendatario y que consiste en la facultad de adquirir el bien arrendado. Por lo que se trata de un contrato oneroso, aún cuando ambos pueden discurrir en formas paralelas y producir efectos diferentes. Su naturaleza jurídica ha sido determinada por el TS, que configura la opción es un negocio sustantivo, durante la fase que media entre su concesión y ejercicio o su caducidad, La opción se ejerce siempre con carácter unilateral. Y la fase de cumplimiento es contrato de compra venta que se perfecciona al conceder la opción el propietario, con el contenido que tenía cuando se constituyó por lo que el ejercicio del derecho de opción pertenece a la voluntad por el optante (sentencia de 15 de julio del 2008).

En el caso del arrendamiento con opción de compra, el arriendo se extingue cuando se ejerce la opción. Ya que si bien la opción no es título de dominio, pues con ella lo que se produce es la perfección de un contrato de compraventa pero no su consumación. Cuando la opción se ejerce el contrato de compra venta que de automáticamente consumado y sometido a su propia regulación (1445 y siguientes del CC).

Para que este negocio jurídico afecte a terceros deberá constituirse en Escritura Pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. Pues como ha señalado el TS. El arrendamiento con opción de compra que no haya accedido al Registro de la Propiedad, no perjudicará al tercer adquirente de la finca amparado por el artículo 34 que haya adquirido del titular registral ya que su adquisición esta amparada en el principio de exactitud registral, y de la buena fe del tercer adquirente, esta buena fe podría desvirtuarse mediante prueba en contrario, pero la carga de la prueba incumbe a quien invoca su ausencia. Sentencia de cinco de junio del 2006.

En cuanto a los requisitos para su inscripción, y según la doctrina de la DGRN res 14 de febrero o 27 de marzo de 2003 es necesario:

1-Que el precio de la venta futura debe ser cierto, y así no será inscribible el derecho de opción cuando el precio de la compraventa sea fijado por una sociedad de tasación, pactándose que si el optante no estuviera de acuerdo con el precio podrá recabar el informe de otra sociedad de tasación por ser contrario al artículo 1256 y 1447 del CC. –También habrá de constar el precio por el derecho de opción que será el que libremente estipulen las partes, teniendo en cuenta que aun cuando no tenga precio la opción se configura como un contrato oneroso, y que además se puede estipular que todo o parte de la cantidad pagada por la opción sea aplicado en caso de ejercicio de la misma al pago del precio de venta.

2-También la finca debe estar totalmente identificada sin que sean inscribibles obligaciones de segregar, o agrupar en el futuro, ni descripciones imprecisas de la finca sobre la que recae (15 de abril, 25 de Septiembre del 2003).

3-Y en cuanto al plazo de ejercicio de la opción será el que las partes estipulen libremente y no siendo de aplicación la norma general de que no exceda de cuatro años. Ya que en caso del arrendamiento con opción de compra tendrá la duración del arriendo, aquí entra en juego lo que hemos visto en cuanto al plazo de duración del arriendo, que será el que las partes hubieran libremente convenido, pudiendo ser inferior al plazo de cinco años, pero téngase en cuenta que si se trata de un arrendamiento de una vivienda la renuncia al derecho de opción, en un plazo inferior a cinco años, no podrá dar lugar a la extinción automática del arriendo, teniéndose que dejar siempre a salvo el derecho del arrendatario por el plazo que falte para los cinco años, como recoge el artículo 9 de la LAU. Sin que pueda producir la extinción del arriendo en el caso de que se estipule un plazo menor para el ejercicio de la opción.



El plazo para su ejercicio o para su caducidad es uno de los requisitos esenciales del derecho de opción al configurarse como un derecho temporal no puede quedar indefinidamente en la voluntad del supuesto optante, sino que este debe ejercerlo en el plazo previsto de antemano. Por lo que la indeterminación del plazo de ejercicio de la opción impide la válida constitución del derecho. (Sentencia de 15 de junio de 2004).

4-Y en cuanto a la prima que ha de pagarse por el arrendamiento, nada impide que las partes lo consideren deducible del precio de la venta ya en su totalidad como en una parte de la misma, siendo conveniente por el principio de especialidad que quede determinada la parte del canon que se paga por arrendamiento y la parte que podría aplicarse a reducir el pago de la venta una vez perfeccionada esta por la consumación del ejercicio en tiempo y forma de la opción.

Una vez transcurrido el plazo pactado, la opción se extingue automáticamente si el optante no la ha ejercitado.

En cuanto a la cancelación de la opción por caducidad conforme a determinado la DGRN en res de 23 de abril del 2003 el hecho de que el derecho de opción tenga un plazo para su ejercicio (caducidad) no permite cancelar el asiento, sin el consentimiento del optante, pues de los limitados medios de que tiene el Registrador para calificar, no existe la posibilidad de acreditar un hecho negativo como es la falta de ejercicio de un derecho durante su plazo de vigencia. Sin embargo cabe entender que transcurrido el plazo de cinco años desde el vencimiento pactado para el ejercicio de la opción podrá esta cancelarse esta si no consta en el Registro haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su contenido artículo 177 del Reglamento Hipotecario.

Como ha determinado la DGRN en reiteradas ocasiones (res de 8 de junio de 1998, 27 de octubre de 1999, 11 de junio del 2002 .. si después de la opción hubiesen cargas posteriores con el ejercicio de la opción podrá cancelarse estas cargas sin que se decreten judicialmente porque la extinción se produce como consecuencia del ejercicio de un derecho que ya constaba en el Registro cuando se practicaron tales anotaciones, pero es necesario un requisito adicional como la consignación a favor de los acreedores posteriores del precio pagado por el bien, sin que el comprador pueda hacer detracción algún pretexto de atender directamente el precio de las responsabilidades que pesaban sobre el inmueble. Además una vez inscrita no pueden las partes modificar las condiciones para su ejercicio si existen cargas intermedias, ya que ellos supondría la pérdida de rango de la opción, Salvo que medie el consentimiento de los acreedores intermedios.

Otra cuestión que podríamos comentar es lo que sucede si el titular registral que ha concedido la opción entra en una situación de Concurso de Acreedores. En este caso el arrendatario tendrá derecho a continuar en el arriendo por el plazo que le falte para alcanzar los cinco años si se trata de un arrendamiento no inscrito y por todo el plazo pactado se trata de un arrendamiento inscrito. En cuanto al ejercicio de la opción de compra, Tendremos que distinguir en caso de que no haya accedido al Registro la opción no perjudicará al resto de los Acreedores del concursado, ya que como ha determinado el TS, la opción no inscrita no perjudica a tercero, y el optante se convertirá, en se caso, un acreedor sin privilegio, Si se trata de una opción inscrita esta producirá todos los efectos si se ejercita. Y en cuanto al otorgamiento de la Escritura de consumación de la opción tendrá que concurrir, además del optante, el concedente-propietario del bien, siendo de aplicación el artículo 40 de la Ley Concursal que señala que en caso de concurso voluntario el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de esta a la intervención de los administradores mediante su autorización o su conformidad. Si el concurso es necesario el deudor será sustituido por los administradores concursales, Los actos realizados por el deudor que infrinjan esta medida podrán ser anulados por el juez. Ello no obstante el artículo 44 recoge el principio que la Administración del concurso no interrumpe la actividad empresarial del deudor. Pudiendo los administradores determinar con carácter general que actos u



operaciones, que por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizadas con carácter general. En el caso de que el optante ejercite el la opción de compra, como vimos el contrato de compraventa que ya es perfecto y que esta pendiente de consumación, se puede ejercitar por el adquirente con la notificación fehaciente al concursado, todo ello sin perjuicio de la facultad de rescisión por actos perjudiciales para la masa del concurso realizados por el deudor dos años antes de la declaración del concurso si están celebrado con personas especialmente relacionadas con el concursado artículo 93 de la Ley Concursal. Como veíamos antes ejercitada la opción si consta en el Registro anotado el concurso de acreedores el precio de la compra venta será consignada judicialmente.

En Castellón a 4 de Febrero del 2009.
Mercedes Ríos

ARRENDAMIENTO CON OPCION DE COMPRA

Se plantea la sujeción al IVA de la cesión en arrendamiento con opción de compra de un inmueble, tanto para el supuesto de ejercicio de la opción como para el caso de que la opción no se ejercitase.

Impuesto sobre el valor añadido

Según el artículo 4 de la Ley 37/1991, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, estarán sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del Impuesto, por empresarios o profesionales, a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen.

En particular, se entienden realizadas, en todo caso, en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por las sociedades mercantiles.

Por consiguiente, se hallará sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido la cesión de un bien en arrendamiento con opción de compra realizada por una sociedad mercantil.

En cuanto a la naturaleza de la operación; el artículo 8 apartado Dos punto 5º de la Ley del Impuesto dispone que se considerarán entregas de bienes las cesiones de bienes en virtud de contratos de arrendamiento-venta y asimilados. A efectos de este Impuesto, se asimilarán a los contratos de arrendamiento-venta los de arrendamiento con opción de compra desde el momento en que el arrendatario se comprometa a ejercitar dicha opción y, en general, los de arrendamiento de bienes con cláusula de transferencia de la propiedad vinculante para ambas partes.

Por otro lado, el artículo 11, apartado Dos. punto 2º establece que tendrán la consideración de prestaciones de servicios los arrendamientos de bienes, industria o negocio, empresas o establecimientos mercantiles, con o sin opción de compra.

Segun los preceptos reseñados, la operación descrita tendrá la naturaleza de entrega de bienes cuando



exista un compromiso del arrendatario para el ejercicio de la opción de compra o de una cláusula de transmisión de la propiedad vinculante para ambas partes teniendo en otro caso la consideración de prestaciones de servicios tanto el arrendamiento como la concesión de la opción.

Cuando se trate de una prestación de servicios las exenciones concedidas en ésta materia no son susceptibles de renuncia, por lo que dichas operaciones se encontrarán sujetas a TPO.

La posibilidad de renunciar a la exención se prevé únicamente para las exenciones establecidas para las entregas de bienes recogidas en el artículo 20.Uno.20, 21 y 22, y no para las exenciones establecidas para las prestaciones de servicios del artículo 20.Uno.23, todos ellos de la Ley del IVA.

Por su parte, el artículo 20.Uno.23 determina que los arrendamientos con opción de compra de terrenos o viviendas cuya entrega estuviese sujeta y no exenta del impuesto también están sujetas y no exentas, no estando por tanto sujetas a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD.

En lo relativo al devengo del Impuesto, el artículo 75 de la Ley dispone que el mismo se devengará:

1º. En las entregas de bienes, cuando tenga lugar su puesta a disposición del adquirente o, en su caso, cuando se efectúen conforme a la legislación que les sea aplicable.

No obstante, en las entregas de bienes efectuadas en virtud de contratos de venta con pacto de reserva de dominio o cualquier otra condición suspensiva, de arrendamiento-venta de bienes o de arrendamiento de bienes con cláusula de transferencia de la propiedad vinculante para ambas partes, se devengará el Impuesto cuando los bienes que constituyan su objeto se pongan en posesión del adquirente.

2º. En Los arrendamientos, en los suministros y, en general, en las operaciones de tracto sucesivo o continuado, en el momento en que resulte exigible la parte del precio que comprenda cada percepción.

Por consiguiente, si la operación tiene la consideración de entrega de bienes, el impuesto se devengará cuando se ponga en posesión de la entidad arrendataria el bien, o a la firma de contrato o compromiso de ejercicio de la opción de compra, si éste se encontrara ya en posesión del mismo.

Si por el contrario el contrato fuera considerado una prestación de servicios, el devengo se producirá en el momento en que sea exigible cada cuota arrendataria.

En cuanto al importe de la base imponible, el artículo 78, apartado uno, de la Ley del Impuesto dispone que la base imponible estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo, procedentes del destinatario o de terceras personas.

Por consiguiente, el importe de la base imponible correspondiente al arrendamiento y a la constitución de la opción de compra estará constituido por la contraprestación total acordada con el arrendatario para cada operación.

En cuanto al ejercicio de la opción de compra, la base estará formada por la contraprestación total acordada para su ejercicio, con exclusión de las cantidades satisfechas en concepto de arrendamiento y de prima por la constitución de la opción de compra, en cuanto que constituyen la retribución de operaciones diferentes a la compraventa.



Transmisiones Patrimoniales

Dado el juego de exenciones en el IVA y consiguiente sujeción a tributación por la modalidad de TPO, resulta que los arrendamientos inmobiliarios en general —de terrenos, viviendas y anexos— están siempre sujetos a la modalidad de TPO del ITPAJD, mientras que el IVA se reserva para una categoría especial de arrendamientos —los referidos a los distintos supuestos contemplados en el artículo 20.º Uno.23 de la LIVA.

A semejanza de lo que sucede con las compraventas de inmuebles, los arrendamientos que están sujetos a IVA sin exención, tributan también por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, en cuanto se escrituren y cumplan los requisitos previstos en la normativa fiscal e hipotecaria.

De acuerdo con Art. 48 del RD 828/1995, de 29 de mayo en los arrendamientos servirá de base la cantidad total que haya de satisfacerse por todo el periodo de duración del contrato; cuando no constase aquél, se girará la liquidación computándose seis años, sin perjuicio de las liquidaciones adicionales que deban practicarse, caso de continuar vigente después del expresado periodo temporal; en los contratos de arrendamiento de fincas urbanas sujetas a prórroga forzosa se computará, como mínimo, un plazo de duración de tres años.

Por su parte, según dispone el Art. 50-4º del R.D. 828/1995, de 29 de mayo, las promesas y opciones de contratos sujetos al impuesto serán equiparadas a éstos, tomándose como base el previo especial convenido, y a falta de éste, o si fuere menor, el 5 por 100 de la base aplicable a dichos contratos.

Finalmente, la transmisión de la vivienda en ejercicio del contrato tributará como entrega de bienes sujeta al I.V.A. al 7 % (habrá que regularizar el tipo de gravamen) y por el concepto de A.J.D. del TTPATD sobre el valor del inmueble.

Impuesto sobre Sociedades

Según dispone el artículo 11.3 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en los supuestos de cesión de uso de bienes con opción de compra o renovación, cuando por las condiciones económicas no existan dudas razonables de que se ejercitará una u otra opción, presumiéndose que no existen dudas razonables de que se va a ejercitar una u otra opción cuando el importe a pagar por su ejercicio sea inferior al importe resultante de minorar el precio de adquisición o coste de producción del bien en la suma de las cuotas de amortización máximas que corresponderían al mismo dentro del tiempo de duración de la cesión, será deducible para la entidad cesionaria un importe equivalente a las cuotas de amortización que, de acuerdo con lo previsto en el apartado I del mismo artículo, corresponderían a los citados bienes.

La diferencia existente entre las cantidades a pagar a la entidad cedente y el precio de adquisición o coste de producción del bien tendrá para la entidad cesionaria la consideración de gasto a distribuir entre los periodos impositivos comprendidos dentro del tiempo de la duración de la cesión.

Cuando sean de aplicación estas reglas, la entidad cedente amortizará el precio de adquisición o coste de producción del bien, deducido el valor de la opción, en el plazo de vigencia de la operación.

En el caso de que existan dudas razonables sobre el ejercicio de la opción, la determinación de las rentas que se integran en la base imponible se realizará, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 apartado 3 de la misma Ley, conforme a lo previsto por el Plan General de Contabilidad.

Esta ponencia ha sido realizada para intervenir en el coloquio “Arrendamiento con Opción de Compra” organizado por el Instituto Valenciano de Estudios Notariales celebrado en Castellón el 4 de febrero del 2009. resumiendo y extractando los comentarios de la intervención de Fernando Méndez González en la Comisión de la Vivienda del Congreso de los Diputados el 29 de Octubre del 2008. Monografía de María del Mar Manzano sobre Contratos de Arrendamientos Urbanos y su Protección Registral, con la colaboración en cuanto a su liquidación de Gabriel Gragera. :» El tema de la Liquidación de los diversos Impuestos a los que esta afecto el arrendamiento con opción de compra ha sido realizado por Gabriel Gragera».



CONCURSO DE ARTÍCULOS

Lourdes Canós Darós y Francisca Ramón Fernández. Universidad Politécnica de Valencia

ESTADO DEL ARTE DEL MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL

(Trabajo realizado en el marco de los Proyectos de Investigación TIN2008-06872-C04-02/TIN, GV/2009/020 y PAID-06-08-2431)

Lourdes Canós Darós y Francisca Ramón Fernández
Universidad Politécnica de Valencia

RESUMEN:

En el presente trabajo tratamos la situación del mercado hipotecario a nivel nacional e internacional. Para comprender la actualidad, además de mostrar una breve evolución histórica del mercado hipotecario español, presentamos la terminología básica referente a los principales productos del mercado (cédulas, bonos, participaciones hipotecarias y préstamos hipotecarios) para realizar una perspectiva de su posicionamiento.

En la última parte, realizamos un estudio detenido del cambio operado en el mercado hipotecario tras la promulgación de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril. Fruto de ese cambio en la situación actual es la referencia a los nuevos mecanismos de refinanciación del mercado, así como la regulación de la hipoteca reutilizable, la hipoteca inversa, la hipoteca de máximo, global o flotante, y el seguro de dependencia.

SUMARIO

I.- EL MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL.

1. Referencia histórica.
2. Cédulas, bonos y participaciones hipotecarias.
3. Características de los préstamos hipotecarios.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL.

1. Situación actual del mercado hipotecario a la luz de las últimas modificaciones legislativas. Principales novedades de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, y el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema.



I.- EL MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL.

1. Referencia histórica.

Comenzamos nuestra exposición en los años 70, cuando era necesario reformar la estructura del sistema de crédito hipotecario español por las consecuencias de la crisis del petróleo, que hicieron que la economía española se estancara y, por ende, que la construcción de viviendas y la solicitud de créditos hipotecarios no fueran muy boyantes (Soler, 2001). Además, cabe recordar que el importe máximo que se podía obtener en un préstamo hipotecario era inferior al 80% del valor de tasación, lo que supone un esfuerzo económico previo por parte de los compradores de vivienda o la contratación de un préstamo a corto plazo.

En este contexto, los agentes que financiaban la adquisición de viviendas eran las cajas de ahorros y el Banco Hipotecario Español. Las primeras se ocupaban de la vivienda de renta libre y el Banco Hipotecario Español de las viviendas de protección oficial. Las cajas de ahorros proporcionaban financiación hipotecaria a largo plazo, obteniendo sus recursos de las libretas de ahorro, cuentas corrientes y a plazo (depósitos a corto plazo), mientras que el Banco Hipotecario Español podía emitir cédulas hipotecarias en exclusiva. En las cajas de ahorro existían los coeficientes de inversión obligatoria, lo que limitaba su flexibilidad. Puesto que la financiación proporcionada era a largo plazo pero la obtención de recursos era a corto, se generaba un riesgo que estas entidades tenían que soportar (Freixas, 1991). De este modo, no había ningún tipo de competencia en el mercado, puesto que los bancos privados se dedicaron al ámbito empresarial. Además, la entrada en el mercado de entidades extranjeras resultaba realmente difícil a pesar de la mayor facilidad de éstas en la captación de recursos.

Las medidas propuestas en esta época para el desarrollo del mercado hipotecario comprendieron la liberalización de la actividad de las entidades hipotecarias, la mejora de la cobertura de los riesgos de liquidez y de tipos de interés, el aumento de la transparencia del mercado, políticas de la vivienda, cambios en la política económica y cambios en el marco jurídico con la introducción de nuevas leyes (Soler, 2001; Freixas, 1991).

A principios de los años 80 hubo un ajuste en la economía con lo que el sector de la construcción resultó perjudicado, aunque hacia 1986 comenzó el ciclo alcista, así que aumentó la demanda de viviendas. En los años 90, la economía española fue golpeada otra vez por la crisis y esto provocó la reducción de la producción en el sector de la construcción y el aumento de la morosidad en los mercados financieros, también propiciada por los altos tipos de interés hipotecarios. Las cajas de ahorro suponían el 50,7% del mercado; los bancos, incluido el Banco Hipotecario de España, el 39,9%; y las cooperativas de crédito y sociedades de crédito hipotecario, 3,7% y 5,7% respectivamente (Soler, 2001).

En estas circunstancias, en junio de 1996 empieza la “guerra de las hipotecas” rebajando el tipo fijo del 9,95% al 8,75% y estableciendo el tipo variable en 5,95% (Bravo, 1996). El resto de las entidades financieras no tardaron en reaccionar y también ofrecieron condiciones similares, con lo que supuso en el aumento de la competencia del sector. Más adelante incurrieron en el mercado hipotecario español varias entidades bancarias extranjeras y los brokers hipotecarios como Freedom Finance, que ofrece hipotecas y servicios de reunificación de pagos y consolidación de deudas (freedomfinance.es).

Ya en el siglo XXI el mercado hipotecario ha sufrido una convulsión enorme con la aparición de las hipotecas subprime o hipotecas basura que han dado origen a la crisis mundial que ahora nos afecta (www.eleconomista.es). En principio, la idea de fomentar la concesión de hipotecas a gente de cualquier nivel adquisitivo tuvo una buena aceptación en Estados Unidos. La economía se revitalizó aunque no por mucho tiempo, hasta que los hipotecados no pudieron hacer frente a sus deudas y se produjo un colapso en el mercado de la construcción, en el hipotecario y en el financiero, pues muchas entidades además estaban basando sus emisiones en los denominados activos tóxicos (www.cincodias.com). Actualmente, la crisis financiera se ha extendido al sector industrial e incluso se espera un crecimiento negativo del PIB mundial.



2. Cédulas, bonos y participaciones hipotecarias.

Según el Banco de España una cédula hipotecaria es un “activo financiero o título de renta fija que se emite con la garantía de la cartera de préstamos hipotecarios de la entidad de crédito emisora”. Su emisión puede ser nominativa, a la orden, al portador, con amortización periódica o no, a corto o largo plazo, con interés constante o variable, con o sin prima o en serie. Sólo si la emisión se realiza mediante anotaciones en cuenta se requiere una inscripción en el registro. Su plazo de vencimiento suele ser entre dos y cinco años y puesto que existe un mercado secundario, estos activos son bastantes líquidos.

Un bono hipotecario es un “activo financiero o valor emitido por una entidad financiera que opera en el mercado hipotecario” (Banco de España). Los bonos no pueden tener un vencimiento superior al de los créditos a los que están vinculados, y pueden emitirlos todas las entidades de crédito en cualquier forma excepto por anotaciones en cuenta, formalizando el proceso en escritura pública y previa inscripción en el Registro Mercantil. Su plazo de vencimiento suele estar entre tres años y medio y cuatro años y medio. Igual que en caso de las cédulas, puesto que existe un mercado secundario, estos activos son bastantes líquidos. Si se amortizan los créditos que garantizan las emisiones de bonos el sindicato de tenedores de los bonos debe autorizar su sustitución por otros créditos hipotecarios (Rodríguez et al., 2003).

Por otra parte, definimos las participaciones hipotecarias como un “título valor nominativo representativo de una parte de un crédito hipotecario que acredita la participación de un tercero en un determinado porcentaje. Este sistema de participaciones hipotecarias está especialmente diseñado para la adquisición o construcción de infraestructuras de gran envergadura cuya financiación no puede ser asumida por un único prestamista. Una sola entidad asume la titularidad externa del crédito y, a su vez, emite participaciones en el mercado hipotecario de fracciones del crédito. En ocasiones, puede ser un instrumento utilizado para la captación de pasivo en las entidades financieras” (www.economia48.com). Las participaciones son nominativas o son anotaciones en cuenta y pueden ser emitidas por cualquier entidad del mercado hipotecario, teniendo ésta la custodia y administración del crédito, siempre que su plazo y su interés sean inferiores a los del crédito original. Se pueden emitir simultánea o sucesivamente varias participaciones hipotecarias de un mismo crédito. Se contabilizan como transferencia de activos, y pueden estar respaldadas por la contratación de un seguro sobre el pago del principal e intereses de la participación hipotecaria (Rodríguez et al., 2003).

3. Características de los préstamos hipotecarios.

Siguiendo a Blanco (2007), vamos a enumerar distintas características de los préstamos hipotecarios ofrecidos por las entidades financieras así como varios instrumentos de financiación:

El plazo de amortización medio del préstamo se ha ampliado de los 12 años en 1990 a los 20 años en 2000, a la tendencia actual que sitúa el plazo de vencimiento en 30 e incluso 40 años.

De la cuantía del préstamo hipotecario sobre el 70-80% del valor de tasación de la vivienda se ha pasado hasta del 100% en algunos casos.

La cantidad de cuota anual puede ser elegida por el cliente de la entidad.

Cuota fija para los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable.

Cuota creciente, en la que las cuotas a pagar al principio del contrato son menores y se van incrementando con el paso del tiempo.

La posibilidad de que el préstamo pase a ser de tipo fijo, siendo inicialmente de tipo de interés variable, y viceversa, en cualquier momento de la vida del préstamo.

Periodo de carencia inicial que puede ser incluso de dos años.

Posponer el pago de las cuotas de manera temporal.

La modalidad de “only interest”, con la que los clientes sólo hacen frente al pago de los intereses durante parte o toda la vida del préstamo.



Opción “revolving”, con la que el cliente puede disponer de la parte del capital ya amortizada al tipo hipotecario.

Cambio de casa. Consiste en que la entidad ofrece al cliente un periodo de carencia en el que sólo hace frente al pago de intereses hasta vende su vivienda.

Ampliación, si el cliente ha amortizado una parte importante del préstamo concedido inicialmente y dispone de cierto margen para aumentar su nivel de endeudamiento.

Reunificación de deuda.

Hipoteca inversa. Se abre una línea de crédito a favor del cliente, que pone como garantía su vivienda en propiedad. Detallamos mejor este concepto en el último epígrafe del documento de trabajo.

Préstamo multidivisa, en el que el cliente puede elegir la divisa con la que va a efectuar sus pagos. Hay que tener en cuenta los tipos de interés, las revaluaciones del tipo de cambio del euro (cotización) y la posibilidad de elección entre una cesta de divisas.

Cuenta vivienda, con la que se constituye un capital que se destinará a la adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual (www.bolsacinco.com). Si se persiguen beneficios fiscales debe cumplirse que el montante se dedique sólo a su fin principal y que se haga en un plazo máximo de cuatro años desde su apertura.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL.

1. Situación actual del mercado hipotecario a la luz de las últimas modificaciones legislativas. Principales novedades de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, y el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema.

Las principales líneas de acción de la Ley 41/2007 son la eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos, la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos y la mejora de los instrumentos de financiación.

En este orden de líneas, los objetivos expuestos son la potenciación tanto del mercado hipotecario primario como secundario y el reforzamiento del ámbito de las entidades financieras con la exclusión de cualquier otro acreedor hipotecario.

Las razones de esta reforma son el incremento del endeudamiento, la subida de los tipos de interés, el incremento del esfuerzo familiar, la búsqueda de nuevos productos financieros, la reducción de los costes de transacción a través de fórmulas, la adaptación al mercado hipotecario europeo y la necesidad de flexibilización del mercado hipotecario primario y secundario.

Las principales novedades son las siguientes:

Búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos.

Referencia explícita a la información precontractual que las entidades de crédito deban poner a disposición de sus clientes a fin de asegurar que éstos, a la hora de contratar los diferentes productos bancarios, dispondrán de los datos más relevantes sobre sus características para así estar en disposición de formarse una opinión fundada sobre ellos. Esta información precontractual debe permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos sobre los que puede contratar y evaluar si tales productos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera.



Mecanismos de refinanciación de las entidades de crédito a través de la emisión de cédulas hipotecarias y bonos hipotecarios. Eliminación de obstáculos administrativos que pesaban especialmente sobre la figura de los bonos hipotecarios. Hacer posible una mayor sofisticación desde el punto de vista financiero de las emisiones de cédulas y bonos hipotecarios.

Ámbito de actuación respecto de las entidades de tasación. Fomento de la independencia de las entidades de tasación. Modificaciones en cuanto al régimen sancionador. Se establece un régimen de participación significativa, similar al previsto para las entidades de crédito, que permita controlar la composición del accionariado.

Neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado.

Se cambia la denominación de la comisión por amortización anticipada por la de compensación, al ser esta más acorde con su naturaleza.

Se divide esta compensación por amortización anticipada entre la compensación que se hace a la entidad por desistir de un contrato y generarle una pérdida por los costes de originación del préstamo, y la compensación por el riesgo de tipo de interés de la entidad cuando se amortiza anticipadamente en coyunturas de bajadas en los tipos de interés.

Establecimiento de una base de cálculo que refleje de manera más precisa la exposición al riesgo de la entidad.

Prohibición del cobro de la compensación en aquellos casos en que la amortización genera una ganancia de capital para la entidad prestataria, no teniendo por tanto una motivación económica.

Actuaciones relativas al cálculo de los costes arancelarios relativos a los préstamos o créditos hipotecarios.

El objetivo es reducir y fomentar la transparencia de los costes de transacción de las operaciones del mercado hipotecario.

Se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente «flotantes». Se establece la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor. La hipoteca de máximo permitirá admitir nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados.

Para impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios, tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa.

Se establece un marco adecuado que permitirá la posibilidad de movilización de los créditos o préstamos garantizados con primera hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento.

Hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida. La hipoteca inversa se define como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito.

El desarrollo de un mercado de hipotecas inversas que permitan a los mayores utilizar parte de su patrimonio inmobiliario para aumentar su renta ofrece un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales. La posibilidad de disfrutar en vida del ahorro acumulado en la vivienda aumentaría enormemente la capacidad para suavizar el perfil de renta y consumo a lo largo del ciclo vital, con el



consiguiente efecto positivo sobre el bienestar.

El seguro de dependencia incorpora la regulación de los instrumentos privados para la cobertura de la dependencia, que podrá articularse bien a través de un contrato de seguro suscrito con entidades aseguradoras, incluidas las mutualidades de previsión social, o bien a través de un plan de pensiones. La cobertura de la dependencia realizada a través de un contrato de seguro obliga al asegurador, para el caso de que se produzca la situación de dependencia, conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y dentro de los términos establecidos en la Ley y en el contrato, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación. Estos seguros podrán contratarse por las entidades aseguradoras que cuenten con la preceptiva autorización administrativa para el ejercicio de la actividad aseguradora en los ramos de vida o enfermedad.

Las medidas en el mercado hipotecario primario contempladas en la norma son la flexibilización del principio de accesoriedad; la introducción de nuevas modalidades de garantía hipotecaria: global, recargable, inversa, prenda sin desplazamiento de créditos: el incremento de la publicidad de los productos financieros; y la protección de la garantía hipotecaria frente a situaciones de riesgo: concursales. Los principales problemas que se encuentran en el mercado secundario son: a) Carteras afectas en materia de cédulas; b) Incidencia de la cancelación anticipada en las emisiones; c) Posibilidad de titularizar flujos futuros: los créditos hipotecarios; d) Posibilidad de titularizar hipotecas sobre bienes muebles; e) Posibilidad de titularizar carteras hipotecarias sobre inmuebles en el extranjero; f) Control y conocimiento por terceros de las emisiones realizadas.

Las soluciones en el mercado secundario que se proponen son: 1) Potenciación del mercado secundario; 2) Clarificación de la cobertura de cédulas, bonos, participaciones y certificados de transmisión hipotecaria; 3) Posibilidad de cancelación anticipada en emisiones; 4) Titulación de créditos; 5) Posibilidad de titularizar hipotecar mobiliaria; 6) Posibilidad de titularizar prenda sin desplazamiento sobre créditos derivados de licencias o concesiones administrativas; 7) Posibilidad de emitir con cargo a carteras hipotecarias sobre inmuebles en la Unión Europea; 8) Medidas en el ámbito concursal. Se realizan nuevas modalidades de hipoteca como la hipoteca flotante, la hipoteca reutilizable o recargable, la nueva regulación de la subrogación, la inscripción literal de las cláusulas financieras, la hipoteca inversa y la hipoteca mobiliaria.

El Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema, introduce las siguientes novedades: a) Se aclara la capacidad, que ya se reconocía de facto, que tienen las sucursales en España de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea de emitir participaciones hipotecarias que tengan por objeto préstamos y créditos concedidos por ellas, garantizados por hipoteca sobre inmuebles situados en España; b) Se elimina el requisito de finalidad de los préstamos y créditos hipotecarios que pueden garantizar las emisiones de bonos y cédulas hipotecarias; c) Se definen los requisitos que deben cumplir los préstamos y créditos hipotecarios concedidos por entidades de crédito para resultar elegibles a efectos de servir de cobertura a las emisiones de bonos hipotecarios, de ser objeto de participaciones hipotecarias o de servir para el cálculo del límite de emisión de las cédulas hipotecarias; d) Se endurece la relación entre préstamo o crédito; e) Se reconoce la posibilidad de utilización por parte de las entidades de crédito de avales bancarios o seguros de crédito hipotecario como una garantía adicional; f) Se establece las condiciones que deben cumplir las hipotecas concedidas por entidades de crédito españolas en otros países de la Unión Europea; g) Se adapta la normativa hipotecaria a las recientes modificaciones en la legislación sobre el suelo y urbanística; h) Se reforma el mecanismo para contrarrestar el desmerecimiento de la garantía hipotecaria, para lograr un grado de protección mayor del deudor hipotecario cuando éste sea persona física; j) Se aborda la flexibilización de la emisión de títulos del mercado



hipotecario: cédulas hipotecarias y bonos hipotecarios; k) Se establece la libertad para el establecimiento de las condiciones financieras de los títulos del mercado hipotecario, así como la desaparición de trabas administrativas en la emisión, y se introduce la actualización en el régimen de las participaciones hipotecarias.

REFERENCIAS

- Banco de España. www.bde.es
- Blanco Hernández, M^a Teresa (2007): Una aproximación a la hipoteca multidivisas. Anuario - Jurídico y Económico Escorialense, pp. 631-660.
- Bravo, P. (1996): “Aproveche la nueva guerra hipotecaria”, El Mundo, domingo 16 de junio de 1996.
- freedomfinance.es
- Freixas, X. (1991): El mercado hipotecario español. Situación actual y proyecto de reforma.
- FEDEA.
- Rodríguez, L.; Parejo, J.A.; Cuervo, A.; Calvo, A. (2003): Manual de sistema financiero español.
- Ariel Economía.
- Soler Tormo, F.V. (2001): La financiación de la adquisición de viviendas: crecimiento y sus repercusiones para las cooperativas de crédito españolas.
- CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, num. 38, pp. 101-132.
- www.bolsacinco.com
- www.cinco dias.com
- www.economia48.com
- www.eleconomista.es



STS 11 de abril de 2007.- Impuesto Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades no Residentes.- Exención. Titularidad del capital social de la entidad no residente.

Solicitada la exención del Impuesto Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades no Residentes, se deniega por no acreditarse la identidad de los titulares o beneficiarios del capital social de la entidad, no aportarse el título de propiedad de las personas físicas propietarias o beneficiarias reales del capital social, y no justificarse la alegación de ser el Club depositario de los derechos de explotación de los inmuebles el el titular de la mayoría del capital social de la entidad propietaria de las fincas. Interpuesto recurso de reposición, se desestiman éste y la subsiguiente reclamación económico-administrativa. La exención está reconocida a «las entidades que acrediten suficientemente [...] el origen de los recursos invertidos y la personalidad de los titulares directos o indirectos del capital social», «mediante comunicación auténtica del representante legal de la entidad no residente dirigida a la Administración Tributaria en la que se identifiquen las personas físicas que directa o indirectamente resulten titulares de su capital social o dispongan de la mayoría del mismo, con indicación de su nacionalidad, actual país de residencia y domicilio permanente».

La AN, en el recruzo contencioso-administrativo, diferencia en relación a la acreditación exigida entre unos requisitos materiales y otros formales: desde el punto de vista formal, se considera auténtica la comunicación si está formulada con intervención de fedatario público, y de ella resulta que responde, efectivamente, a una declaración del representante legal de la entidad - esencialmente, por tanto, un acta notarial de manifestaciones, que hace fe de la realidad de haberse vertido aquella manifestación, pero no de la certeza de lo manifestado. El requisito material será, precisamente, que de aquella manifestación resulte la personalidad de los titulares directos o indirectos del capital social. En el caso, existe la manifestación auténtica, pero no se cumple el requisito sustantivo: se trata de un complejo turístico en régimen de aprovechamiento por turnos, y se pretende que, siendo la propietaria formal de los apartamentos la entidad que solicita la exención, la mayoría de su capital social pertenece a un Club, titular de los derechos de explotación, cuyos miembros son los adquirentes de semanas de tiempo compartido, quienes, por el hecho de detentar un derecho temporal de disfrute no se convierten en titulares de acciones o participaciones en el capital social. Existe, además, contradicción, desde el momento en que se aporta una certificación notarial - de Notario extranjero, con la correspondiente apostilla - que identifica como titulares últimos del capital social a dos entidades que cotizan en Nueva York e Irlanda, y a las que no se hace referencia alguna en la comunicación auténtica.

La parte ahora recurrente alega que las acciones de la entidad titular formal de las fincas se encuentran en fiducia en beneficio de los adquirentes de los derechos de aprovechamiento por turnos, integrados en un Club. Se considera que la AN niega validez a esa relación fiduciaria, y que además rechaza la demostración de la titularidad última del capital por estar otorgada ante fedatario extranjero.

El TS aprecia, primeramente, que la verdadera ratio decidendi del fallo de la AN no es que no se acredite que los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno sean accionistas de la entidad propietaria de las fincas, ni la falta de coincidencia entre la comunicación auténtica y la certificación notarial, sino, más simplemente, que no se ha acreditado la identidad de los titulares del capital social. A mayor abundamiento, la Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso



Turístico, de entrada en vigor posterior al caso enjuiciado, ha confirmado la contraposición entre el derecho de dominio y el de aprovechamiento por turno, como derecho real limitado. Por otro lado, se insiste en que la intervención notarial en el caso se limita a justificar la realidad de haberse hecho una manifestación, no la verdad de lo manifestado, no pudiendo revisarse en casación la apreciación de prueba hecha por el juzgador de instancia.

STS de 8 de octubre de 2.007.- Devolución de ingresos indebidos: anulación por el TS de la norma de cobertura. Prescripción.

El TEAC desestima, por silencio, una solicitud de devolución de ingresos indebidos, por una liquidación complementaria del Impuesto de Sociedades, correspondiente al ejercicio 1983, y que se basa en la anulación por el TS de ciertos preceptos del Reglamento del Impuesto, en sentencia de diciembre de 1990. Recurrida la resolución desestimatoria presunta, la AN confirmó ésta, al entender prescrito el derecho a la devolución, contando el plazo desde el día en que se produjo el ingreso indebido - en marzo de 1984 - plazo que sólo se podría considerar interrumpido, en su caso, por una solicitud dirigida, indebidamente, al TEAC, fechada en abril de 1991, esto es, cuando ya habría prescrito el derecho, y sin que se pueda acoger la pretensión de considerar *dies a quo* el de la publicación de la Sentencia referida en el BOE.

Interpuesto recurso de casación, el TS invoca una consolidada doctrina jurisprudencial que considera que la anulación judicial de una disposición general con posterioridad a una liquidación no comporta la nulidad de pleno derecho de éstas, de modo que la estimación del recurso correspondiente no afectará a la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la norma ahora declarada nula. Así, los actos que hayan prescrito por aplicación de las normas respectivas seguirán estándolo, sin que se pueda volver sobre ellos por la declaración de nulidad de la norma aplicada, y dado que la regla general es que el plazo de prescripción del derecho a la devolución de los ingresos indebidos comienza en día en que el ingreso se ha realizado, y la Ley no contempla la declaración judicial de nulidad de la norma como causa interruptiva del plazo prescriptivo, hay que concluir que, efectivamente, ha prescrito el derecho a obtener la devolución.

Res. TEAC de 19 de diciembre de 2.007.- ISD. Reducción del 95% del valor de las participaciones sociales. Directivo retribuido.

La reducción del 95% del valor de la empresa individual, negocio profesional o de las participaciones en entidades que adquieran en la sucesión los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, se condiciona a la conservación de lo adquirido por diez años, salvo fallecimiento del adquirente, y que resulte aplicable la exención prevista en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, que a su vez implica que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección y perciba por ello una retribución que represente al menos el 50% de la totalidad de los rendimientos profesionales, empresariales o por el trabajo personal. Por tanto, sin retribución no puede haber lugar a la reducción.



Res. TEAC de 4 de diciembre de 2.007.- Procedimiento económico-administrativo: anulación de la liquidación impugnada por falta de remisión del expediente.

Es procedente anular la liquidación objeto de la reclamación económico-administrativa cuando la Administración no remite al TEAR correspondiente el expediente, privando a aquel órgano de los elementos de juicio necesarios para pronunciarse. La norma premite al Tribunal apreciar, al dictar su resolución, la trascendencia que se deba atribuir a la falta del expediente de gestión, o las deficiencias que en él se observen, y determinar los efectos que quepa derivar. La falta de expediente, conforme a las normas sobre valoración y carga de la prueba, puede, en consecuencia, conducir a la anulación total del acto recurrido, ya que la Administración no habría acreditado los hechos por ella alegados.

Res. TEAC de 4 de diciembre de 2.007.- Devolución de ingresos indebidos. Prescripción.

El TEAC parte, acertadamente, de diferenciar entre el derecho a solicitar la devolución y el derecho a obtenerla: el primero lo ejercerá el interesado presentando una solicitud que llevará, en su caso, a que la Administración reconozca el derecho a obtener la devolución -es decir, reconociendo la existencia de un ingreso indebido- y sólo desde que se dicte la resolución correspondiente empezará a contar el plazo de prescripción correspondiente a la obtención de la devolución, esto es, al cobro de la devolución acordada. Ahora bien, uno y otro derecho están sujetos a su correspondiente plazo de prescripción. En el caso, se trata de una devolución ordinaria de IVA por exceder el soportado deducible del devengado en un ejercicio, que habría de quedar, antes de la entrada en vigor de la actual LGT, al plazo de cinco años.

La autoliquidación del cuarto trimestre de 1998, de la que resultaría esa diferencia, dio lugar a la apertura de actuaciones de comprobación e investigación, que redundaron en la reducción del importe de la devolución solicitada, notificándose el acuerdo de liquidación en mayo de 2.000. Esto implica el reconocimiento del derecho a obtener la devolución, pese a lo cual, no existe ninguna actuación subsiguiente de los interesados para el cobro, ni de la Administración para el pago, por lo que habría prescrito el derecho del recurrente, si que obste a ello el hecho de haberse interpuesto en plazo la reclamación económico-administrativa, ya que ésta pretendía que se reconociera el derecho a la devolución por un importe superior.



LEGISLACIÓN

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA (BOE-DOGV 1-31 de mayo de 2009)

DISPOSICIONES ESTATALES

MEDIDAS FINANCIERAS

RD 716/2009, de 24 de abril (BOE 2/05), por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

CONTRATACIÓN ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

RD 817/2009, de 8 de mayo (BOE 15/05) por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CONFLICTO positivo de competencia nº 3591-2009, en relación con los artículos 3.1b) y 6 del RD 2066/2008, de 12 de diciembre (BOE 19/05), por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

REGISTRO MERCANTIL

ORDEN JUS/1291/2009, de 21 de mayo (BOE 23/05), por la que se modifica la Orden JUS/206/2009, de 28 de enero, por la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación.

VIVIENDA

RESOLUCIÓN de 19 de mayo de 2009 (BOE 23/05), de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros

de 14 de mayo de 2009, por el que se revisan y modifican los tipos de interés efectivos anuales vigentes para los préstamos cualificados concedidos en el marco de los Programas 1994 (Plan de Vivienda 1992-1995), Programa 1997 (Plan de Vivienda 1996-1999), Plan de Vivienda 2002-2005 y Plan de Vivienda 2005-2008, así como se modifican algunas de las características generales de los préstamos convenidos del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

MEDIDAS FINANCIERAS

RESOLUCIÓN de 21 de mayo de 2009 (BOE 27/05), del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del RD-Ley 5/2009, de 24 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las entidades locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos.

SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA

ORDEN EHA/1327/2009, de 26 de mayo (BOE 28/05), sobre normas especiales para la elaboración, documentación y presentación de la información contable de las sociedades de garantía recíproca.

REGISTRO MERCANTIL. MODELOS DE CUENTAS ANUALES

RESOLUCIÓN de 25 de mayo de 2009 (BOE 28/05), de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se da publicidad a las traducciones a las lenguas cooficiales propias de cada una de las Comunidades Autónomas, de los modelos de las cuentas anuales que deben depositarse en el Registro Mercantil.



DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

CASTILLA Y LEÓN – MONTES

LEY 3/2009, de 6 de abril (BOE 9/05), de montes de Castilla y León.

BALEARES – URBANISMO

LEY 2/2009, de 19 de marzo (BOE 19/05), de rehabilitación y mejora de barrios de los municipios de las Illes Balears.

BALEARES – SUCESSIONES

LEY 3/2009, de 27 de abril (BOE 19/05), de modificación de la compilación de derecho civil de las Illes Balears, sobre causas de indignidad sucesoria y desheredamiento.

COMUNIDAD VALENCIANA – VIVIENDA

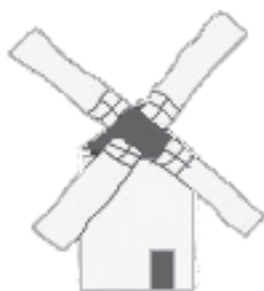
DECRETO 66/2009, de 15 de mayo (DOGV 19/05), del Consell, por el que se aprueba el Plan Autonómico de Vivienda de la Comunitat Valenciana 2009-2012.

CATALUÑA – RECURSOS GUBERNATIVOS

LEY 5/2009, de 28 de abril (BOE 20/05) de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña.

CASTILLA LA MANCHA – TRIBUTOS

LEY 9/2008, de 4 de diciembre (BOE 26/05), de medidas en materia de tributos cedidos.





Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana