

# REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



Número **74**  
abril-junio 2010

# REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

---

Antigua **Revista de Derecho Notarial**  
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos



CONSEJO GENERAL  
DEL NOTARIADO

### Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO  
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º - 28010 Madrid - España  
Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053  
revistajuridica@notariado.org  
Sumarios de los números publicados: [www.notariado.org](http://www.notariado.org)

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica  
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma sólo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044  
Depósito legal: GU-72/1992

Impreso en España – *Printed in Spain*

ATIG Artes Gráficas  
Parque Empresarial Neinor-Henares. Edificio 3, Nave 10  
28880 Meco (Madrid)

## CONSEJO DE REDACCIÓN

---

### **PRESIDENTE**

D. Antonio Rodríguez Adrados

### **DIRECTOR**

D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

### **SECRETARIO**

D. Víctor Manuel Garrido de Palma

### **CONSEJEROS**

D. Juan Bolás Alfonso  
D. Ricardo Cabanas Trejo  
D. Adolfo Calatayud Sierra  
D. Francisco Calderón Álvarez  
D. Elías Campo Villegas  
D. José Javier Castiella Rodríguez  
D.<sup>a</sup> Ana Fernández-Tresguerres García  
D. José Manuel García Collantes  
D. Francisco Javier García Más  
D. Fernando Gomá Lanzón  
D. Carlos Marín Calero  
D. Jesús Marina Martínez-Pardo  
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés  
D. Ubaldo Nieto Carol  
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez  
D. Manuel Ángel Rueda Pérez  
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando  
D. José Carlos Sánchez González



## **SUMARIO**

### **ESTUDIOS DOCTRINALES**

|                                                                                    |   |
|------------------------------------------------------------------------------------|---|
| <b>La Ley de Sociedades de Capital. Su repercusión en el ámbito notarial</b> ..... | 9 |
| Víctor Manuel Garrido de Palma                                                     |   |

|                                                                                                                                                        |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Coordinación del Catastro con el registro de la propiedad y con las escrituras públicas, y de todos ellos con la realidad</b> (Segunda parte) ..... | 23 |
| Carlos Marín Calero                                                                                                                                    |    |

|                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------|-----|
| <b><i>De fide instrumentorum in Regno Valentiae</i></b> ..... | 191 |
| Juan Alfredo Obarrio Moreno                                   |     |

|                                                                                                                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Notas sobre el sentido de la incorporación al suelo en la hipótesis de construcción en suelo propio con materiales ajenos del artículo 360 del Código Civil español</b> ..... | 291 |
| Juan Ignacio Pinaglia-Villalón y Gavira                                                                                                                                          |     |

|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Derechos intelectuales; su protección, lesión y gestión</b> ..... | 309 |
| Agustín Romero Pareja                                                |     |

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| <b>Subrogación hipotecaria</b> ..... | 347 |
| Alfonso Ventoso Escribano            |     |

### **DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA**

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| <b>Dictamina, que algo queda</b> ..... | 433 |
| Víctor Manuel Garrido de Palma         |     |

## INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL

- Notas sobre la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (Ley 26/2009, de 23 de diciembre)** ..... 437  
Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés

## PRÁCTICA NOTARIAL

- Licencias condicionadas (Comentario a la resolución de 14 de julio de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado)** ..... 467  
Francisco Bañegil Espinosa

- La nueva normativa sobre la prevención del blanqueo de dinero** ..... 473  
Carlos Jiménez Gallego

## ACTUALIDAD JURÍDICA

### *Notas bibliográficas*

- ¿Hay un derecho constitucional a la vivienda?** ..... 491  
Gabriel García Cantero

- Régimen jurídico de la propiedad agraria sujeta a la nueva PAC**, de Andrés Miguel Cosíalls Ubach, Editorial Atelier, Barcelona, 2010 ..... 511  
Por José María de la Cuesta Sáenz

- El principio de rogación y el procedimiento registral**, de M.<sup>a</sup> Isabel de la Iglesia Monje, Colección Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2010 ..... 515  
Por José María de la Cuesta Sáenz

- The Perils of Global Legalism**, de Eric A. Posner, The University of Chicago Press, Chicago, Londres, 2009 ..... 517  
Por Rafael Domingo

# **ESTUDIOS DOCTRINALES**







# **LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL. SU REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO NOTARIAL (\*)**

**Víctor Manuel Garrido de Palma**

## **SUMARIO**

### **INTRODUCCIÓN**

**FIJÉMONOS EN LA CONSTITUCIÓN. ¿QUÉ ES MÁS ACONSEJABLE,  
LA ANÓNIMA O LA LIMITADA?**

- I. Capital social mínimo
- II. Aportaciones no dinerarias
- III. La llamada "fundación retardada"
- IV. Intervención de la Junta General en asuntos de gestión
- V. Derecho de asistencia a la Junta
- VI. El derecho de voto
- VII. Adopción de acuerdos y régimen de mayorías
- VIII. El modo o modos de organizar la administración de la sociedad
- IX. La autonomía de la voluntad en ambos tipos sociales. Introducción
  1. La transmisión de acciones y la de participaciones sociales
  2. La delimitación de lo aportable al capital y las prestaciones accesorias
  3. La específica relevancia del derecho de separación en la sociedad de responsabilidad limitada
  4. La exclusión de socios en la sociedad limitada
  5. Las participaciones sociales de la Limitada
  6. Los derechos individuales de los socios

### **A MODO DE CONCLUSIÓN**

---

(\*) Ponencia desarrollada por el autor en la "Jornada sobre la Ley de Sociedades de Capital". 20 de septiembre de 2010, Hotel Hesperia, Madrid.

## INTRODUCCIÓN

Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho; así lo dice el artículo 1 del Reglamento Notarial.

Como funcionarios ejercen la fe pública, que tiene y ampara un doble contenido: en la esfera de los hechos y en la del Derecho. En esta última, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

¿En qué se plasma el ejercicio de la fe pública notarial en las sociedades de capital? Ni más ni menos que interviniendo a lo largo del *iter* vital de las mismas, desde la constitución a su extinción, pasando por las metamorfosis que se producen, sus modificaciones estructurales, las modificaciones estatutarias que se realicen (sin olvidar el levantamiento de actas, en especial el acta notarial de la Junta General).

Me van a permitir que no desarrolle esta función notarial en la presente intervención. Ciertamente existen cuestiones que me gustaría aquí dejar al menos expuestas (y alguna, como la de la reformada legislación en materia de blanqueo de capitales, al suponer un *plus* peculiar en cuanto a la identidad-identificación de los comparecientes y otorgantes de los instrumentos públicos, con específicos aspectos en el campo societario). Voy a centrarme en lo que constituye la faceta de la actuación de los notarios profesionales del Derecho. Como tales –dice el precepto citado– tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

¿En qué puede traducirse lo anterior en la materia que ocupa nuestra atención? Voy a tratar de profundizar, ante la Ley de Sociedades de Capital, en el siguiente interrogante. ¿Qué es más aconsejable, caso de poder elegir, la sociedad Anónima o la Limitada?

La Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Capital dice que: “a pesar del sincretismo del régimen jurídico de las SRL, en el que se combinan elementos procedentes de muy distintos modelos legislativos, prevalece en ese régimen la adscripción a la matriz común de las sociedades de capital, con estructura corporativa relativamente rígida”. Veamos algunas muestras de cómo se traduce lo

anterior en el texto refundido de la Ley de 2010 y también el campo propio de la autonomía de la voluntad privada.

**I.** Ambas tienen que constituirse con un *capital social mínimo*: no inferior a tres mil euros la Limitada y desembolsarse íntegramente el valor nominal de cada participación social (arts. 4 y 78), y no inferior a sesenta mil euros y desembolsado al menos en una cuarta parte el valor nominal de cada acción (arts. 4 y 79). Lo que ha de estar realizado en todo caso en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad (o de ejecución del aumento de capital).

**II.** Las aportaciones no dinerarias a la sociedad anónima han de ser objeto de un *informe* elaborado por uno o varios *expertos independientes* con competencia profesional, conteniendo la descripción de la aportación y la valoración de la misma –entre otros requisitos–; de modo que, dice el artículo 67, el valor que en la escritura social se dé a la aportación no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos. Y si el artículo 69 excepciona algunos casos –en puridad modalizaciones *ad hoc*–, el artículo siguiente para ellos exige un informe sustitutivo de los administradores.

En la Limitada, por el contrario –como destaca la Exposición de Motivos de la Ley–, “se sustituyen, en ocasiones, sus mecanismos de defensa –a veces más formales que efectivos– por regímenes de responsabilidad, con la consiguiente mayor flexibilidad de la normativa”. Con lo que está refiriéndose a la responsabilidad solidaria ex artículo 73, que en este tipo social sustituye al que he apuntado rige para la Anónima, a no ser que –como prevé el art. 76– los socios sometan las aportaciones no dinerarias a valoración pericial conforme a lo previsto para las sociedades anónimas; entonces quedan excluidos de aquella responsabilidad (con lo que se aclara la expresión “en ocasiones”; porque la de considerar los mecanismos de defensa del capital social establecidos en y para las Anónimas: “a veces más formales que efectivos”, no deja de ser una opinión desvalorizadora de un sistema legal, formal desde luego, lento y costoso ciertamente, a la vez que regulado con tintes de severidad y rigor: designación por el registrador mercantil, responsabilidad del experto, ex art. 68, y con un efecto que no puede ser más contundente, el ya expuesto conforme al art. 67.3).

**III.** Los requisitos del artículo 72 para las adquisiciones onerosas que realice una sociedad anónima desde el otorgamiento de la escritura de constitución o desde la transformación en ella y hasta dos años de su inscripción en el Registro Mercantil.

La exigencia comunitaria en tema de “fundación retardada” originó la norma en la Ley de 1989-90, ahora plasmada –con el aditamento de la transformación, lo que es discutible– en el precepto citado. La no aplicación de los requisitos legales (aprobación por la Junta..., informe por los administradores y por los expertos...) “a las adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad” del apartado 3 dio lugar en un primer momento a problemas interpretativos en cuanto a si basta con que las adquisiciones estén expresamente contempladas en el objeto social estatutario, a fin de excepcionar la regla general. Previsión estatutaria, por lo demás, frecuente en la práctica sin duda alguna.

**IV.** La intervención de la Junta General en asuntos de gestión.

Aunque la Exposición de Motivos resalta que: “el mandato, encomienda, encargo de las Cortes Generales al poder ejecutivo de armonización ha llevado a... la extensión normativa de soluciones originariamente establecidas para una sola de las sociedades de capital, así en lo referente a la determinación de la competencia de la Junta General”, y ello, por de pronto, se concreta en el artículo 160, de aplicación a todas las sociedades de capital, cuando antes el artículo 44 de la Ley de Limitadas se ceñía a este tipo social, ciertamente no logra el objetivo primordial: que en sede de SA se reconozca legalmente la posibilidad de que la Junta General intervenga en asuntos de gestión. Ello no era factible, por los límites de actuación del Gobierno en esta materia, por lo que el actual artículo 161 plasma el contenido del anterior artículo 44 de la Ley de Limitadas en este punto: poder impartir en la Limitada instrucciones al órgano de administración o someter a autorización decisiones o acuerdos de éste sobre determinados asuntos *de gestión* –sin perjuicio del ámbito del poder representativo ex art. 234–. Lo que se adapta a un tipo social como la sociedad de responsabilidad limitada, esencialmente cerrada –como la misma Exposición de Motivos reconoce–, en la que la interrelación órgano soberano y de administración conlleva, como algo natural, este tipo de posibilidades, “salvo disposición contraria de los estatutos”, como comienza diciendo el precepto citado. La

realidad de supuestos que a la Limitada acuden demuestra que con frecuencia se plasman estatutariamente las instrucciones al órgano de administración o la necesaria autorización para asuntos de gestión en amplio sentido. Que los estatutos de la Anónima puedan contemplar posibilidades como las expuestas es interpretable; al supuesto real concreto pienso que hay que estar, pero en todo caso lo ahora apuntado es para considerarlo ante el interrogante que de inicio he planteado: cuál conviene más, ¿la Anónima o la Limitada?

**V.** Razones como las expuestas han llevado a un régimen legal del derecho de asistencia a la Junta diferente para Anónimas y Limitadas: los estatutos no pueden exigir en éstas la titularidad de un número mínimo de participaciones para asistir; sí cabe –con limitaciones– caso de sociedad anónima (art. 179, que en su apartado 3 permite además el condicionamiento estatutario en la Anónima a la legitimación anticipada del accionista, con concretos límites, justificados por las distintas posibilidades de representación de las acciones, ex art. 92. En la sociedad limitada no puede acaecer: institucionalmente las participaciones sociales no pueden estar representadas por títulos o por anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones, y en ningún caso tendrán el carácter de valores –art. 92.2–; aunque –debe quedar expuesto– el texto refundido dice ahora lo que la Ley de Limitadas nunca expresamente dijo, que: “cada participación social confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye los derechos reconocidos en esta ley y en los estatutos” –art. 91).

**VI.** El derecho de voto tiene importantes diferencias de régimen en uno y otro tipo social –acciones y participaciones sin voto, aparte–. “Cada acción un voto”, aunque los estatutos pueden fijar *con carácter general* el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista... ex artículo 188. Precepto que en su apartado 1 permite –en consonancia con el *substratum* personal que puede existir en la realidad de los casos que a la Limitada acuden– que los estatutos posibiliten que el titular de participaciones tenga el derecho a emitir más de un voto por participación (a lo que desde luego con frecuencia se acude si se quiere vigorizar la posición de socios determinados en las decisiones de la Junta General; lo que no hay que confundir con erróneas pretensiones como: “los acuerdos, o determinados acuerdos, necesitarán siempre el voto favorable del

socio «x»"...). El actual RRM establece que cuando las participaciones concedan más de un derecho de voto, para todos o algunos acuerdos, se indicará el número de votos (art. 184.2.1.º).

**VII.** Lo que acabo de exponer enlaza con lo que apunto a continuación: la adopción de acuerdos y el régimen de mayorías.

El régimen de mayorías para adoptar la Junta sus acuerdos ha sido objeto de reciente modificación; así se plasma en la Ley.

Ahora bien, cabe que los estatutos eleven las mayorías legalmente previstas, "sin llegar a la unanimidad", dice el artículo 200 referido a la Limitada y es este precepto en su apartado 2 el que –para el tipo social referido– permite que los estatutos exijan, además de la proporción de votos legal o estatutariamente establecida, "el voto favorable de un determinado número de socios"; advierto que se trata de número de socios exigible, algo aritmético, no *nomination*, pero revelador en todo caso de la valoración individual, que se considera como algo natural y posible para los supuestos que a la Limitada acudan.

**VIII.** Flexibilidad importante supone en la sociedad limitada la plasmación estatutaria del "modo o modos de organizar la administración de la sociedad" (art. 23.e), con lo que el cambio de organización, dentro de los previstos en los estatutos, no supone modificación estatutaria (RRM); simple alternancia que se utiliza con arreglo a lo ya previsto; por escritura pública, la Junta General así lo acuerda.

**IX.** El campo propio de la autonomía de la voluntad en cada tipo social.

Introducción. Aunque algunos aspectos del juego de la autonomía estatutaria han sido ya apuntados, la materia merece consideración específica por su calado e importancia.

De entrada, no deja de ser significativa la afirmación de la Exposición de Motivos de la Ley de 2010: "la configuración prevalente de la Limitada como sociedad de capital –Anónima simplificada, flexible– más que como sociedad personalista", para decir a continuación: "en pocos casos la autonomía de la voluntad privada ha añadido algún tinte personalista".

Lo cierto es que –añadidos o no– los protocolos notariales contienen pactos y estipulaciones, ¿muchos, pocos?, que tratan de adaptar el tipo social al *substratum* íntimo del supuesto real concreto (la sociedad limitada –ha señalado Manuel ANDRINO– se desarrolló lentamente en la práctica notarial. La influencia foránea recibida, si es que alguna ha tenido, es inglesa y no alemana. En Alemania el legislador creó artificialmente el modelo de sociedad limitada sobre la base de la sociedad anónima. En España, partiendo de cero –afirma Cándido PAZ-ARES– la construcción notarial de la Limitada partió del modelo organizativo de la sociedad colectiva, a la que históricamente venía a reemplazar. Ha reconocido paladinamente la Exposición de Motivos de la Ley de 1953 que: “corresponde especialmente a la técnica notarial española el mérito de haber encauzado jurídicamente el impulso de comerciantes e industriales...”). Y la Ley de 1995 ha calificado a la Limitada como sociedad de carácter híbrido: “en ella deben convivir en armonía –decía su Exposición de Motivos– elementos personalistas y elementos capitalistas”, para afirmar: “pero no es una «pequeña anónima»”. Dicho lo anterior, resalto aspectos de importancia conforme a la Ley de 2010.

**1.** El carácter esencialmente cerrado de la Limitada y el naturalmente abierto de la sociedad anónima (Exposición de Motivos). Principio configurador.

Lo anterior se traduce, ante todo, en el texto refundido de la Ley de 2010, en un régimen diferente para la transmisión de acciones y de participaciones sociales.

Son *nulas* las cláusulas estatutarias que hagan *prácticamente* intransmisibile la acción. Sí que puede restringirse la libre transmisibilidad cuando recaiga sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos. Y si se condiciona aquélla los estatutos han de mencionar las causas que permitan denegar la transmisibilidad de las acciones (art. 123). Para permitir, hoy por hoy, el RRM –art. 123– la prohibición estatutaria de transmitir acciones durante un período de tiempo no superior a dos años, a contar desde la fecha de constitución de la sociedad.

¿Y el régimen aplicable a la transmisión de participaciones? Veámoslo.

Si de transmisión voluntaria por actos *inter vivos* se trata, es libre la de participaciones que se realice entre socios, así como en



favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente (art. 107.1). Pero la *praxis* demuestra que –como la Ley permite– los estatutos otra regulación suelen realizar: restringiendo la transmisión –ante todo– entre socios; o también –como el art. 188 RRM permite– por la vía del derecho preferente en favor de todos o alguno de los socios o de un tercero, y desde luego también de los socios titulares de participaciones de un *grupo determinado* de las mismas (frecuente en sociedades familiares o con distintos profesionales dentro de la sociedad). Pero también restringiéndola de modo que estatutariamente no sea libre la transmisión al cónyuge, ascendiente o descendiente del socio.

Incluso cabe llegar a la total prohibición estatutaria, pero siempre que los estatutos reconozcan al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento (art. 108.3; y es que la sociedad no puede ser una cárcel para el socio; con todo, los estatutos pueden impedir la transmisión o el derecho de separación durante los cinco primeros años de la vida social; apartado 4 del precepto).

Y cabe, pendularmente, *abrir* más la sociedad; ¿hasta dónde?: nulas son las cláusulas estatutarias que hagan *prácticamente* libre la transmisión (art. 108.1, que vela por el principio configurador de la Limitada que he expuesto ya y que impide pretensiones –que la *praxis* conoce– de: “queremos una Limitada totalmente abierta”; acudan a la Anónima, es la respuesta. “La queremos hermética total”: no cabe llegar a tanto; a lo sumo, lo ya apuntado).

Y en los estatutos, ¿se puede obligar a socios a transmitir a los demás o a terceras personas determinadas por causas o circunstancias precisas? El RRM, ex artículo 188.3, considera –hoy por hoy– su inscribibilidad. Y es que el Derecho vivido de las sociedades revela que hay supuestos en que conviene prever lo anterior: en favor de trabajadores de la empresa social, por ejemplo. En todo caso, no debe confundirse lo dicho con la exclusión del socio y sus causas, a lo que luego aludiré.

Dejando a un lado la transmisión forzosa (art. 109), en la *mortis causa* el artículo 110 permite que los estatutos establezcan un derecho de adquisición –frente al heredero o legatario concreto– a favor de los socios sobrevivientes, y en su defecto a favor de la sociedad. Lo frecuente es que así se considere en el caso real concreto y desde luego si los estatutos inciden en mayores restricciones a las

transmisiones *inter vivos*, no suelen olvidar las a causa de muerte (el notario plantea sin ninguna duda el supuesto que en su estudio profesional se produce, asesorando acerca de la interrelación *inter vivos* y a causa de muerte).

Lo que la legislación aplicable en esta materia no previó –y por ello tampoco lo hace el vigente texto refundido– es el problema que en torno al socio casado se plantea si por la adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal, las participaciones –gananciales o en general comunes– pasan a estar a nombre del cónyuge o ex cónyuge del que ante la sociedad era el socio. Jurisprudencia ha originado –más que discutible doctrina– y por ello la previsión notarial ha canalizado la solución adecuada, evitadora de consecuencias injustas (supóngase que en los estatutos se limita la transmisión contemplando al cónyuge del socio; es evidente que por la senda de la adjudicación ganancial socio puede ser ese cónyuge o ex cónyuge). Pero además de lo anterior, el RRM –hoy por hoy– prevé el supuesto y, aunque con deficiente redacción y discutible enfoque, canaliza el problema sujetándolo “al régimen estatutario previsto para la transmisión *mortis causa*” (apartado 4 del art. 188, que se remite por tanto al ya estudiado art. 110 de la Ley). Lo mismo establece el artículo 123 del Reglamento caso de sociedad anónima.

**2.** La delimitación de lo aportable al capital y el objeto de las prestaciones accesorias que no pueden integrar el mismo.

Criterios doctrinales que han puesto el acento en el capital social como cifra de explotación, relegando en cierto modo su función garantizadora para los acreedores sociales, abrieron el horizonte de lo aportable al capital social: aportaciones llamadas *de uso*, del “*Know-how*”, de secretos industriales, del fondo de comercio..., a la vez que cubrían de interrogante el contenido y los fines de las prestaciones accesorias. Hay que reivindicar una interpretación ajustada a la esencia íntima de las sociedades de capital, en las que por definición los socios no responden personalmente de las deudas sociales (en la comanditaria por acciones sí el socio o socios colectivos), artículo 1. El sistema legal de defensa del capital social exige, en fin, una prudente aplicación de la Ley: no pueden ser objeto de aportación el trabajo o los servicios. La aportación ha de ser de bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica (art. 58) y en todo caso constituir –dice el art. 59– una efectiva aporta-

ción patrimonial a la sociedad (de ahí el régimen existente para las aportaciones dinerarias y para las *in natura*).

¿Y las prestaciones accesorias? Todo tipo de trabajo y de servicios (el socio industrial que no puede subsistir como tal al modificarse estructuralmente la sociedad de personas, sabemos cómo la Ley actual de 2009 posibilita *su conversión*). Incluso las prestaciones pueden consistir en entregas en metálico (en este sentido la resolución DGRN de 27 de julio de 2001, en la que a las mismas se exige garantías idénticas a las legalmente previstas para los casos de reducción de capital). Prestación accesorias obligándose a ser administrador –de tradicional discusión–; o la consistente en cumplir el Protocolo en las sociedades familiares... En los estatutos de Limitadas, sobre todo, aparecen reguladas plurivalentes prestaciones accesorias –retribuidas o no–; vinculadas personalmente a todos o algunos de los socios como tales o bien a la titularidad de una o varias participaciones sociales concretamente determinadas, con un régimen de transmisión diferente y que el actual artículo 88 –por los límites existentes– no ha podido aclarar, muy a pesar –estoy seguro– de los deseos de los autores intelectuales del texto refundido de la Ley de 2010. Deseos que por otra parte sí se han visto plasmados en la nueva Ley respecto a la posibilidad de *accionistas* personalmente obligados a realizar prestaciones accesorias, ex artículo 88, lo que la Ley SA no contemplaba.

**3.** El derecho de separación de socios tiene en la Limitada relevancia que debe ponerse de manifiesto.

La Exposición de Motivos de la Ley reguladora de 1995 lo fundamentaba en “la necesidad de una eficaz medida de defensa, de tutela del socio, al faltar en este tipo social la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación del socio”: buena muestra es la causa del artículo 346.2, aplicable sólo a las Limitadas (si no vota el socio a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales). Y desde luego la *praxis* es sabedora de la utilización de las causas estatutarias ex artículo 347 (la de la muerte de un determinado socio, por ejemplo, evitadora de la disolución, propia de las sociedades colectivas, pero reconocedora por la vía del derecho de separación del *substratum* que puede anidar en la Limitada concreta. Y planteable es la posibilidad estatutaria de una “paraseparación”: la de la obligación de comprar al socio sus par-

ticipaciones caso de...). Por supuesto que no comparto el criterio doctrinal del derecho de separación *ad libitum*, por mucha argumentación alemana que pueda traerse a colación (además, haciendo caso omiso del RRM y en definitiva debilitando la seguridad jurídica; piénsese en una inesperada y masiva decisión de separarse sin más y su repercusión para la viabilidad societaria).

**4.** Y resaltables son las causas de exclusión (actuales arts. 350 y 351), sólo aplicables a la sociedad de responsabilidad limitada: demostración del reconocimiento del "*intuitus personae*" peculiar que constituye la sustancia íntima de la relación de los socios con el ente social y que quiere asegurarse mediante la exclusión del que incumpla obligaciones... (no se olvide que la condición de socio no se pierde por la falta de realización de las prestaciones accesorias por causas involuntarias, pero –dice el art. 89.2– "salvo disposición contraria de los estatutos").

La pretendida exclusión estatutaria "sin causa", libre por la sociedad, carece de sentido, a mi entender. Va contra la Ley, que exige causalización, e ignora el RRM. No digamos si de socio que ostente un porcentaje cualificado del capital social se trata: la Exposición de Motivos de la Ley de 1995 basaba la exigencia legal en la defensa y tutela de la minoría, que hoy se regula en el artículo 352.2 (resolución judicial firme si el socio excluido no se conforma con la exclusión acordada).

Por lo demás, los estatutos de Limitadas contienen causas de exclusión *ad hoc* en sociedades de trabajo o en las familiares –con o sin protocolo familiar–, para procurar que al interés de la sociedad familiar se subordine el o los específicos de sus componentes, en la medida de lo posible.

#### **5. Las participaciones sociales de la Limitada.**

Con carácter general el artículo 95 posibilita el derecho estatutario a obtener un dividendo preferente, pero además, específicamente con referencia a la sociedad limitada, el actual artículo 23 exige la constancia en los estatutos sociales: del "número de participaciones en que se divida el capital social, ... y si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o extensión de éstos" (art. 23.d), para prolongar el RRM la regulación diciendo que: cuando concedan más de un derecho de voto, para todos o al-

gunos acuerdos, se indicará el número de votos; cuando concedan derechos que afecten al dividendo o a la cuota de liquidación, se indicará la cuantía de éstos por medio de múltiplos de la unidad; y en los demás casos se indicará el contenido y la extensión del derecho atribuido (art. 184).

Se completa el sistema con el artículo 94 de la Ley, según el cual, las participaciones sociales y las acciones atribuyen a los socios los mismos derechos, con las excepciones establecidas al amparo de la Ley; para la creación de aquéllas y la emisión de éstas, si confieren algún privilegio frente a las ordinarias, habrán de observarse las formalidades prescritas para la modificación de estatutos.

Larga historia tiene la polémica *igualdad*-desigualdad de las participaciones sociales: en el Anteproyecto-Proyecto de la Ley de 1995 iguales tenían que ser. Fuimos bastantes los que con firmeza argumentamos en contra y he recordado más de una vez las palabras de FEINE: el principio de igualdad de trato de los socios no obstaculiza, sino muy al contrario permite "dar a cada uno conforme a sus merecimientos", por lo que la ley debe permitir que los estatutos subrayen, si lo estiman pertinente, la estructura individual de la sociedad concreta: con mayor dividendo o con más derecho de voto (a su juicio, también con el voto por cabezas). Y es que el autor tenía claro, ante el Derecho alemán, que había que ofrecer sobre todo a empresas medianas y pequeñas, cimentadas sustancialmente sobre la actividad personal de los socios, el beneficio de la responsabilidad limitada, pero sin desdibujar el *substratum* personal.

Y ese *modelo prevalente de empresa*: PYMES, empresas familiares..., acabó siendo reconocido, "*in extremis*", en la Ley del 95: la proyectada exigencia de la igualdad para las participaciones sociales desapareció, y la posibilidad de que las mismas contengan derechos desiguales quedó plasmada. Así lo he transcrito conforme a la regulación actual y a lo largo del presente estudio he incidido en las diversas posibilidades desigualatorias (también, por ejemplo, en el derecho de adquisición preferente o en el de separación, o el de exclusión...), para atender méritos, merecimientos y a la vez hacer efectivas sanciones por incumplimientos. Todo ello desde luego compatible con el principio de igualdad de trato "a los socios, pero si éstos se encuentran en condiciones idénticas", del artículo 97 de la Ley.

## 6. Los derechos individuales de los socios en la SRL.

Lo anterior quedaría incompleto en su comprensión si no se atendiera a la expresión que el actual artículo 292 emplea en sede de modificación de estatutos, para hacer efectiva la "tutela individual de los derechos del socio en la Limitada", caso de que la modificación afecte a los "derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada; en tal caso deberá adoptarse con el consentimiento de los socios afectados".

Ha podido decirse que "la atribución de los derechos ha de hacerse necesariamente a las participaciones y no a las personas mismas de los socios" (Alberto BERCOVITZ, quien añade: *vid.* contra GARRIDO DE PALMA, ob. cit., pág. 69). Sin juegos de palabras, es factible, a mi juicio, atribuir derechos específicos –mayor derecho de voto, por ejemplo, como lo he considerado en mi actuación profesional– al socio *x* mientras sea él el socio (y en su defecto lo sea su cónyuge, o el hijo...). Se trata de derechos –como ha señalado SEQUEIRA MARTÍN– especialmente concedidos a socios determinados por las especiales características personales de los mismos. Y es que –como ha podido afirmar, ante la Ley de Limitadas de 1995, Aurelio MENÉNDEZ– de igual modo que sucede con las prestaciones accesorias, la existencia de ciertas ventajas o privilegios pueden estar unidos a una concreta participación (derechos *propter rem*), pero pueden también ser personales. Para el autor, en ambos casos la protección la da el artículo 71 de la Ley de Limitadas: el consentimiento de los socios afectados.

Y es que, en definitiva, la consideración de la Limitada como sociedad de capital es compatible, debe serlo, con los elementos personalistas ínsitos en supuestos incluidos en el modelo prevalente de empresa que a este tipo social acude. Armónica convivencia que si la ley no facilita, da la espalda a la realidad, y puede –como en la *praxis* acaece– incitar el recurrir a los pactos reservados entre los socios, pactos parasociales. Con su proliferación padece la más elemental y básica seguridad jurídica.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

He procurado que el ámbito de la autonomía de la voluntad haya ocupado la atención que merece, destacando cómo la realidad societaria conoce cláusulas estatutarias en que se acude a aquélla.

Pienso, por tanto, que no acierta la Exposición de Motivos cuando afirma que: "en el plano de la realidad se produce una superposición de formas sociales para unas mismas necesidades, las específicas de las sociedades cerradas". Afirmación que –como he apuntado– ha llevado al texto refundido a tratar de aproximar, en lo que le ha sido posible, ambos regímenes en concretos pero destacables aspectos de la regulación.

Tengo para mí que la diferencia en el número de constituciones y transformaciones de Anónimas y Limitadas tiene su razón de ser, de un lado, en el costo, flexibilidad y formalidades, pero a la vez –incidiendo en el calado sustantivo– en la adecuación cualitativa del tipo social de la Limitada a un modelo prevalente de empresa, fundamentalmente: PYMES, empresas de trabajo, de servicios, sociedades familiares y las de profesionales. Es la pura y limpia realidad.

En mi sentir, toda regulación legal de las sociedades de capital debe respetar las premisas anteriores y no dejarse llevar por afirmaciones apriorísticas no suficientemente contrastadas (así, la ya citada de la Exposición de Motivos cuando dice: "son pocos los casos en que la autonomía de la voluntad privada ha decidido añadir algún tinte personalista"). El Derecho *vivido* de las sociedades de capital lo anterior reclama. Y esta afirmación debo dejarla subrayada ahora, ante lo que la tan repetida Exposición de Motivos proclama: "la provisionalidad del texto refundido de la LSC; nace con el deseo de ser superado pronto, convirtiéndose así en un peldaño más de la escala hacia el progreso del Derecho". En este estudio que ahora termina, a modo de resumen de lo esencial que he ido elaborando ante la normativa jurídica actual, he tratado de mostrar que en la presente materia, el progreso del Derecho ha de considerar –a mi entender– principios y reglas como los que he expuesto.

# **COORDINACIÓN DEL CATASTRO CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y CON LAS ESCRITURAS PÚBLICAS, Y DE TODOS ELLOS CON LA REALIDAD** (Segunda parte) (\*)

**Carlos Marín Calero**  
Notario

## **SUMARIO**

- I. LA COORDINACIÓN CON EL CATASTRO. PLANTEAMIENTO GENERAL
  - a) La obligación legal de hacer constar la referencia catastral  
Documentos implicados y sujetos obligados
  - b) La coordinación entre instituciones, en beneficio del ciudadano
  - c) Los orígenes, objetivos y limitaciones de los intentos  
de coordinación con el Catastro
  - d) Las carencias del sistema documental inmobiliario
    - i) Carencias inherentes a cualquier tipo de descripción  
de fincas
    - ii) Carencias particulares del Catastro
    - iii) Carencias particulares de las escrituras y las inscripciones
    - iv) La superación de carencias por la coordinación
  - e) Los obstáculos a la colaboración
- II. EXAMEN GENERAL DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA  
DE COORDINACIÓN CATASTRAL
  - a) Valoración crítica del actual marco legal de coordinación  
con el Catastro
  - b) Esquema expositivo de este estudio

---

(\*) Publicamos en este número de la Revista la segunda parte de este trabajo (epígrafe III), cuya publicación iniciamos en el número anterior de la Revista (págs. 409-545). En el próximo número publicaremos la tercera parte (epígrafes IV, V, VI, VII y Anexos).



- c) Conceptos y cuestiones generales
    - i) La finca catastral
    - ii) El titular catastral
      - 1. Titulares civiles que el Catastro toma en consideración  
Los especiales derechos reales de disfrute del artículo 9.4 de la Ley del Catastro
      - 2. Régimen de las titularidades catastrales múltiples
        - a) Supuestos de cotitularidad  
Cotitularidad matrimonial
        - b) Régimen de representación obligatoria
      - 3. La legitimación catastral
      - 4. La sucesión de titularidades y el tracto catastral
      - 5. Los supuestos de discrepancia entre la titularidad civil y la catastral
    - iii) La referencia catastral
      - 1. Su concepto, estructura y relación con la documentación catastral
        - a) Fincas que no tienen referencia catastral
        - b) Referencia catastral de la finca de origen
      - 2. La referencia catastral como elemento identificador de los inmuebles
      - 3. Personas obligadas a aportar la referencia catastral
      - 4. Medios de acreditación de la (correcta) referencia catastral
        - a) El recibo de contribución
        - b) La certificación catastral descriptiva y gráfica
      - 5. Calificación registral y notarial de la acreditación de la referencia catastral
    - iv) Correspondencia de la referencia catastral
    - v) La constatación de la referencia catastral  
El procedimiento de constatación
    - vi) La coordinación del Catastro con la realidad extra catastral
- III. LA COORDINACIÓN DESDE EL CATASTRO Y HACIA EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD
  - a) Planteamiento general
  - b) La inmatriculación de la referencia catastral
    - i) La inmatriculación de la referencia catastral correspondiente a una finca que también ella misma se inmatricula en ese mismo proceso
      - 1. Términos totalmente coincidentes
      - 2. Parcela plenamente incorporada al Catastro
      - 3. Finca catastrada a favor del transmitente o del adquirente
      - 4. Referencia catastral constatada

5. Referencia catastral que no esté ya inmatriculada
6. Juicio crítico sobre la estrategia de coordinación seguida para los casos de inmatriculación registral de fincas
- ii) La inmatriculación de la referencia catastral de una finca ya inmatriculada
  1. La doble modalidad: la inmatriculación de la referencia catastral solicitada en el trámite de inscripción de un título referido a una finca ya inscrita y la inmatriculación solicitada como operación registral autónoma
  2. El título inscribible
  3. Constancia en la inscripción de la referencia catastral
    - a) Referencia catastral de la finca de origen
    - b) Inmatriculación de la referencia catastral cuando no se ha establecido la correspondencia de la finca catastral y la registral
  4. La potestad para atribuir la determinada referencia catastral que se pretende inmatricular para un bien inscrito
  5. Actuación de oficio del registrador
- iii) Efectos de la inmatriculación de la referencia catastral
  1. Efecto inmatriculador
  2. Eficacia frente a terceros
  3. Eficacia frente al registrador y frente a los titulares
  4. Modificación de la referencia catastral ya inmatriculada
- iv) La constatación de la referencia catastral en el trámite de su inmatriculación
- v) Supuestos y efectos de la no inmatriculación de la referencia catastral
  1. Efectos que no produce la falta de aportación de la referencia catastral
    - No consecuencias legales
    - No consecuencias en el ámbito de la coordinación
  2. Calificación del incumplimiento del deber de aportar la referencia catastral
    - Advertencia de incumplimiento
  3. La negativa del registrador a hacer constar la referencia catastral atribuida por las partes
    - Recursos contra la negativa
- c) Supuestos de doble inmatriculación de una referencia catastral o de la intención de provocarla
- d) Alteración de la descripción básica de una finca inscrita y cuya referencia catastral ya está inmatriculada o se inmatricula en ese momento
  - i) Planteamiento general
  - ii) Examen de la legislación vigente
    1. La confluencia de dos legislaciones

2. La ausencia de duda fundada sobre la identidad de la finca
  3. El cambio de rumbo que impone la Dirección General de los Registros y del Notariado
  4. Rectificaciones en base al contenido del Catastro
  5. La rectificación basada en un informe técnico
  6. Rectificación por medio de un acta notarial específica
  7. Procesos de remodelación territorial generalizada o sistemática
- e) Conclusiones críticas del proceso de coordinación desde el Catastro hacia el registro de la propiedad

#### IV. LA COORDINACIÓN DESDE EL CATASTRO Y HACIA LA ESCRITURA PÚBLICA

- a) Planteamiento general. El diferente enfoque legislativo
- b) Objetivos a lograr en la aplicación práctica por parte del notario de la legislación catastral relativa a la constancia de la referencia catastral
- c) La constancia de la referencia catastral en las escrituras públicas
  - i) Los distintos sujetos capacitados para aportar la referencia catastral a la escritura
    1. Referencia catastral aportada por el propio notario
      - a) El deber de colaboración del notario con el Catastro
      - b) El *Índice Único*
      - c) Referencia catastral identificada por el notario
    2. Referencia catastral aportada por los interesados
    3. Referencia catastral aportada por el propietario
    4. Referencia catastral aportada por terceros en nombre de los interesados
  - ii) El procedimiento de acreditación de la referencia catastral que se aporta a la escritura: medios y plazos
  - iii) Las características particulares que el momento del otorgamiento de la escritura aporta al proceso de identificación de la finca escrituraria y catastral. La aprobación de los interesados
  - iv) La constancia de la referencia catastral en la escritura
    1. Referencia catastral de la finca de origen
    2. Referencia catastral provisional
- d) Efectos de la constancia en la escritura de la referencia catastral
  - i) Ausencia de eficacia inmatriculadora
  - ii) El reflejo automático de la realidad catastral
  - iii) La utilidad documental de la certificación catastral descriptiva y gráfica
  - iv) Conformidad de los otorgantes al contenido del Catastro
- e) La constatación de la referencia catastral aportada a la escritura pública

- f) Supuestos y efectos de la falta de constancia en la escritura de la referencia catastral
  - i) Competencia del notario para negar la constancia de la referencia catastral
  - ii) Referencia catastral no aportada a la escritura
    - 1. Advertencias
    - 2. Los efectos de la imposibilidad de hacer constar la referencia catastral. Recursos

V. COORDINACIÓN HACIA EL CATASTRO DESDE LA ESCRITURA

- a) Planteamiento general
- b) La coordinación del Catastro con la realidad
- c) La "incorporación" de datos al Catastro
  - i) Procedimientos de incorporación
  - ii) Sujetos obligados a declarar y a comunicar
    - Supuestos de concurrencia de obligaciones de comunicar
  - iii) Supuestos en que procede la comunicación, sustituyendo a la declaración
  - iv) Contenido y forma de las declaraciones y las comunicaciones
    - 1. Contenido de las declaraciones y las comunicaciones
    - 2. Forma de hacer las declaraciones y las comunicaciones
    - 3. Hechos, actos y negocios declarados o comunicados
    - 4. Acreditación de los hechos declarados o comunicados
  - v) Declaración por solicitud
  - vi) Incentivos a la declaración
    - 1. Sanciones
      - a) Referencia catastral que no puede ser obtenida
      - b) Régimen sancionador
    - 2. Advertencias a los otorgantes
- d) Consideraciones críticas del proceso de coordinación desde la notaría hacia el Catastro

VI. COORDINACIÓN HACIA EL CATASTRO DESDE LA INSCRIPCIÓN

- a) Procedimientos de incorporación
- b) Advertencias

VII. CONSIDERACIONES FINALES. LA COORDINACIÓN LOGRADA

ANEXOS

Anexo 1

(Texto abreviado) de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas en este estudio

Anexo 2

Circular 07.04/06, de 9 de junio, sobre Criterios de Asignación y Modificación de la Referencia Catastral de los Bienes Inmuebles

Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos. Secretaría General de Hacienda. Dirección General del Catastro.

Anexo 3

Comisión o Unidad Especial para el Estudio y Propuesta de Medidas para la Prevención y Corrección del Fraude, constituida a iniciativa de la Dirección General de Catastro y Cooperación Tributaria e integrada por la propia Dirección General de dicho Centro, la Dirección General de los Registros y del Notariado, Registradores de la Propiedad y Notarios

Anexo 4

Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

Anexo 5

Instrucción de 2 de marzo de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre implantación de la base cartográfica en los Registros de la Propiedad

### **III. LA COORDINACIÓN DESDE EL CATASTRO Y HACIA EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD**

#### **a) PLANTEAMIENTO GENERAL**

Entrando ya en el examen de las cuestiones centrales de este estudio y siguiendo el esquema de análisis que me he propuesto, comenzaré por estudiar los procesos que pretenden la coordinación entre Catastro y registro de la propiedad, por el procedimiento de trasladar a éste el contenido de aquél.

Se logra tal cosa, como expresa la ley, obligando a hacer constar en los libros del registro la referencia catastral de los inmuebles que constituyen el objeto de los actos jurídicos documentados en sus asientos. Pero como ya he dicho, la referencia catastral no es sino la punta de lanza, el ariete, por donde se traslada al documento el contenido íntegro del Catastro. Es el vínculo que relacionará el inmueble referenciado con el cúmulo de informaciones catastrales de todo tipo: forma, dimensiones y situación en una planimetría homologada internacionalmente, los aprovechamientos y edificaciones que contenga, así como una valoración uniforme, válida a distintos efectos de relaciones de los propietarios de los inmuebles con el Estado y especialmente de los distintos impuestos sobre esa clase de

bienes, etc.; de modo que en alguna forma la referencia catastral lleva al registro todo el contenido del Catastro.

Al final de este segundo gran apartado del estudio, haré algunas consideraciones al respecto de este hecho, de la posibilidad de que sea todo el conjunto de datos catastrales el que llegue por esta vía al registro.

Una vinculación referencial que, naturalmente, sólo tiene sentido e incluso sólo es admisible en la medida en que sea la correcta, la que verdaderamente corresponda a la misma finca que se documenta. Por lo tanto, su asignación se basa en una previa identificación de la finca, como ya hemos visto.

Y es aquí donde el sistema empieza a perder su coherencia, pues ni arbitra mecanismos adecuados para realizar esa tarea de identificación de manera verdaderamente fiable, ni consigue siquiera definir con precisión cuándo hay y cuándo no hay tal identidad. Y, sobre todo, no saca en mi opinión las debidas consecuencias de la falta de identidad, hecho negativo que también debería ser aprovechado, poniendo en marcha las oportunas correcciones.

El sistema, en todo momento, parte de la injustificada e irreal presunción de que los datos correctos son siempre los del Catastro, pero tampoco lleva esa presunción a sus últimas consecuencias pues no concluye de ahí que la realidad catastral se tenga que imponer siempre a cualquier otra documental, de modo que termina por llegar a un difícil equilibrio, tanto en el ámbito de las escrituras como en el de las inscripciones, que bien poco resuelve y mantiene intacta cualquier eventual descoordinación, cuando se detecta.

Veremos ahora, para empezar, la coordinación desde el Catastro y hacia el registro de la propiedad y más adelante la que se ordena desde el Catastro hacia las escrituras públicas.

Justo es decir que la intención por dotar al registro de una *situación física para las fincas objeto de sus asientos* ha sido una preocupación constante del estamento registral en los últimos años (también antes, pero me limitaré ahora a la que ha desembocado en la situación vigente o ha tenido mucho que ver con ella).

La instrucción de 2 de marzo de 2000 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (incluida al final, como anexo 5), dedicada nada menos que a la implantación de una base cartográfica en los Registros de la Propiedad, recordaba que “*el camino* [había sido]

*iniciado por la Resolución de esta Dirección General de 31 de agosto de 1987, que ya señalaba la necesidad de disponer en los Registros de la Propiedad, como complemento identificador de las fincas, de una base gráfica a escala unificada en la que el Registrador, por sí o mediante indicación del titular registral, pueda situar las fincas objeto de los asientos."*

En realidad, esto es mucho más que hacer constar una referencia catastral de las fincas (incluso entendiendo que tal "*base gráfica a escala unificada*" remite a la planimetría catastral, cosa que la instrucción no dice). Supone dotar al registro de su propio *catastro*, con menos funciones que el de verdad, al estar limitado a los fines y propósitos del registro y no tener relación alguna con la mecánica impositiva del Estado, pero con igual amplitud en cuanto a la forma, dimensiones y situación de las fincas.

Pero lo que en el año 1987 (aceptando la fecha que cita la instrucción, que no es sino una más entre las muchas significativas que cabría mencionar) no era sino la constatación de una necesidad, en el año 2000 la verdad es que era ya, por más que fugazmente, derecho positivo. El Reglamento Hipotecario, con la redacción que le dio el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en su artículo 51, establecía (como lo sigue estableciendo hoy día) que "*la descripción de las fincas rústicas y urbanas será preferentemente perimetral, sobre la base de datos físicos referidos a las fincas colindantes o datos catastrales de las mismas tomados de plano oficial*", lo cual ya supone una variación y un avance de concreción en cuanto a la propia descripción literaria de la finca. Pero además añadía un completo régimen de identificación física de las fincas, que hoy no está vigente, "*mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las Redes Nacionales Geodésica y de Nivelación en proyecto expedido por técnico competente*". Y añadía que "*también servirán a los efectos identificadores previstos en esta regla los planos expedidos conformes a la normativa específica*".

Todo este novedoso régimen decayó casi por completo por mandato de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup>) de 31 de enero de 2001.

En qué medida dicha sentencia (además de por los propios fundamentos de derecho en que literalmente se apoya, que no me parece lo más relevante) fue resultado de una desgraciada política corporativa, en una vía de ida y vuelta, con repercusiones equivalentes en tiempos más modernos y en otro reglamento, esta vez el notarial, no es el momento de decidirlo aquí ni yo tengo la información necesaria o la autoridad para hacerlo. Sólo diré que, si realmente esa política existe, por parte de los dos cuerpos de profesionales a que me vengo refiriendo en este estudio, tiene la rara virtud de sustituir regímenes, que sí que será verdad que tienen una legalidad más o menos discutible, pero que en definitiva representan un esfuerzo de modernidad y de mejora del respectivo servicio público, notarial o registral, y cambiarla por la nada o por el retroceso a normas obsoletas, y que ha tirado por la borda ideas interesantes en ambos reglamentos, el hipotecario y el notarial. Pienso que esa supuesta política, si es que existe y es deliberada, ha demostrado ser mucho más capaz de destruir que de crear. Por desgracia.

Aunque en realidad la propuesta del Reglamento Hipotecario del año 1998, sin negar la buena intención con que con toda seguridad se dictó, no era tampoco en mi opinión un camino adecuado. Duplicar en el registro el contenido del Catastro, aunque sólo sea en su parte gráfica, ya parece bastante inapropiado, pero es que además el sistema intentado, tanto en su redacción reglamentaria como en el desarrollo que acordó la Dirección General de los Registros y del Notariado, conducía necesariamente a la progresiva separación de los contenidos específicamente gráficos de ambas instituciones, ya que, por un lado, no eran –siguen sin ser– los planos catastrales los únicos que integrarían esa base gráfica, y porque, de otro, convertía al registrador en autoridad para *“el mantenimiento actualizado de las gráficas correspondientes a las fincas inscritas, en el supuesto de que se modifique su configuración física”*; un proceso a realizar al margen del Catastro y por un profesional que no lo es de la cartografía, o sea, una temeridad.

Y además, y eso era lo más importante, seguía sin resolver adecuadamente los problemas fundamentales de identificar la finca y de reaccionar debidamente ante la falta de correspondencia entre la descripción gráfica y la literaria.

Respecto de lo primero, porque también atribuía al registrador la competencia para *“proceder, bajo su responsabilidad, a la identificación gráfica de las fincas registrales siempre que a su juicio exista plena identidad entre la descripción de la finca que resulte del*



*Registro y lo que resulta de la gráfica de la misma obtenida por su referencia catastral*". Un proceso de identificación que me parece, de un lado, imposible, ya que tengo que repetir una vez más que creo que ni el registrador ni ningún otro funcionario puede identificar debidamente y por sí solo las fincas; pero también y sobre todo me parece inaceptable que se haga al margen de los interesados, de los titulares y también de los contratantes; por respeto a los derechos del titular registral (que están además y por si fuera poco bajo la salvaguarda judicial) y porque nunca debería alterarse en cualquier sentido el objeto del contrato, el objeto de las obligaciones y derechos pactados por las partes, a espaldas de quienes quedan obligados por razón del contrato, ni siquiera para hacer una buena o mejor identificación de ese objeto. Es verdad que la instrucción del 2000 preveía la posibilidad de que los interesados no estuvieran "*conformes con la gráfica asignada*", pero, además de que ya estaría asignada, es que encima les obligaba, o bien a obtener el consentimiento de los propietarios colindantes, que probablemente no habrían sido parte en el contrato ni tendrían un interés propio en ese deslinde, o bien a pleitear, para "*ventilar sus diferencias mediante el procedimiento judicial de deslinde*"; una draconiana disyuntiva que el sistema no tenía derecho a provocar, en base a la particular decisión del registrador sobre la identidad de la finca.

Creo que la identificación de las fincas no puede ni debe hacerse sin la intervención de los propios interesados, de los propietarios y titulares de derechos, inscritos y catastrados, al menos, si se quiere mantener el rigor necesario. En definitiva, si se quiere verdaderamente identificar las fincas y constatar y resolver las identificaciones erróneas que constan en ambas instituciones.

El criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, antes y después de esa reforma, pareció ser el de entender que el proceso de dotar a las fincas inscritas de una corporalidad indiscutible, el proceso de vincularlas con una realidad física absolutamente contrastada, es una tarea que compete al respectivo registrador y sólo a él. Como nunca llegó a ponerse en práctica esa reforma, abortada por el Tribunal Supremo, no puedo saber si el intento hubiera prosperado, ni si el resultado hubiera podido calificarse de satisfactorio, pero no lo creo.

Como digo, todo este régimen ya no está vigente y, en mi opinión, tampoco ha conservado, como a veces pasa, un valor residual

que permita al menos facilitar la correcta aplicación de las normas que sí lo están. Si lo traigo a colación es porque, junto a otras consideraciones que enseguida haré, creo que sí que permite entender la estrategia con que el registro ha abordado su coordinación con el Catastro y, en base a ella, entender mejor también las dificultades de aplicar la normativa actual en cuanto se refiere a la constancia de la referencia catastral en el registro.

Quizá, la reacción del registro de, por así decirlo, hacer la guerra por su cuenta y acudir a soluciones un tanto extravagantes, que sustitúan la coordinación con el Catastro por la asunción en exclusiva de todo el problema y de su solución, estuvo también motivada por la pasiva participación que se le asignó en los primeros borradores que elaboró el Ministerio de Hacienda de la que después sería (en este particular) la ya tantas veces citada Ley 13/1996. Las propuestas de la *"Comisión o Unidad Especial para el Estudio y Propuesta de Medidas para la Prevención y Corrección del Fraude, constituida a iniciativa de la Dirección General de Catastro y Cooperación Tributaria e integrada por la propia Dirección General de dicho Centro, la Dirección General de los Registros y del Notariado, Registradores de la Propiedad y Notarios"* (que es el inacabable nombre completo de ese ente), redactadas en el año 1995, obligaban al registrador a hacer constar la referencia catastral en los asientos en todo caso, con independencia de la discordancia que el contenido de los libros evidenciara entre la descripción catastral y la escrituraria de la finca.

Tal pasividad no está justificada para ningún funcionario que deba dejar constancia de la referencia catastral en los documentos que autoriza. Por un lado, porque se opone a su responsabilidad profesional y a la confianza que depositan en su intervención los ciudadanos interesados; por otro, porque la coordinación, ya muy difícil de por sí de obtener, se resiente o incluso se hace imposible si no se cuenta con toda la ayuda posible, también la del registrador.

En los acuerdos de dicha Comisión (que pueden verse íntegros en el documento que se incluye al final de este estudio, como anexo 3), el régimen general –casi inverso al actual– preveía que el principal protagonismo a la hora de dictaminar –emitir el correspondiente juicio– sobre la identidad de la finca escrituraria y registral con la parcela catastral lo tendría el notario autorizante, de modo que el registrador, con algunas salvedades, debía estar y pasar por sus decisiones. Si es cierto como imagino que los registradores conside-

raron injustificado el papel secundario que se les asignaba, sin duda tuvieron que estar más conformes con el que finalmente se plasmó en la Ley 13/1996, que fue el fruto final de los trabajos de aquella Comisión, y que en realidad invirtió la situación, aumentando mucho las competencias del registrador en el proceso y reduciendo en igual medida las del notario. Pero a costa de caer en el inconveniente opuesto, cuando lo lógico hubiera sido coordinar y complementar, en paridad, las actuaciones de ambos profesionales, sin rebajar el perfil ni prescindir de ninguna, pues ambas son tan útiles como necesarias.

Y la verdad es que los dos planteamientos son igualmente equivocados, el del borrador y el finalmente plasmado en la ley, pues ambos redundan en perjuicio de los intereses de las instituciones implicadas (lo menos importante) y en perjuicio de los intereses de los ciudadanos (lo peor); sobre todo, pues no hay razón alguna en establecer ni en negar protagonismos, debiendo haberse limitado la ley a asegurar la debida participación y colaboración de todos los funcionarios intervinientes, tomando lo más útil de cada uno de ellos.

En definitiva, si he dicho que el Catastro parte de la inadecuada perspectiva de considerar que sus datos son siempre correctos y fiables, igualmente sostengo que el registro ha respondido a la constancia de la referencia catastral en los asientos del registro como si de un atentado a sus principios hipotecarios básicos se tratara (algo que tampoco está justificado, según intentaré explicar al exponer la normativa hoy vigente), de modo que lo que consiguió fue precisamente lo contrario a las propuestas iniciales de la citada comisión interministerial: condicionar la aplicación de la Ley 13/1996, en la parte aún vigente, y de los otros extremos que, provenientes de ella, han sido trasladados a la propia legislación catastral a la más estricta salvaguarda de esos principios hipotecarios; incluso en aquellos casos que nada tienen que ver con el ámbito conceptual propio de esos criterios fundamentales del régimen hipotecario español, y además con el resultado de que, por tales exigencias, ha terminado por ponerse en peligro, cuando no de hacerse imposible, la buscada coordinación entre registro y Catastro.

Veamos ya el contenido del importante y denso artículo 53 de la Ley 13/1996, en la parte que hoy sigue vigente. Regula dos supuestos de hecho muy diferentes pero evidentemente relacionados entre

sí: por un lado, se refiere a la inmatriculación de la propia referencia catastral; por otro, a la rectificación de los datos descriptivos de las fincas cuya referencia catastral ya está inmatriculada.

#### b) LA INMATRICULACIÓN DE LA REFERENCIA CATASTRAL

La inmatriculación de la referencia catastral es un concepto absolutamente novedoso en nuestro Derecho. No está regulado en la legislación hipotecaria y no tiene otro soporte legal que esta parte superviviente de un artículo aislado de una ley, la 13/1996, de contenidos bastante heterogéneos.

Por lo demás, el sentido y la importancia de esta figura han pasado bastante desapercibidos, incluso entre los propios registradores de la propiedad.

Ante todo, debo decir que el nombre que le doy a este proceso es de mi invención, pues el artículo 53 de la citada Ley 13/1996 no le da ninguno propio, sino que se refiere a él simplemente como: "*reflejo de la referencia catastral invocada por los otorgantes*" y otros términos de parecido significado.

A la larga, toda originalidad decae y aunque calificué el proceso de inmatriculación, en una conferencia sobre estos asuntos que tuve la oportunidad de dar en el Colegio Notarial de Murcia, en el año 2008, una reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictada el día 15 de julio de 2009 y publicada en el BOE de 19 de septiembre de 2009, parece abonarse a esa misma idea... ¿o no? La veré más adelante, en las consideraciones finales de este gran segundo apartado, pero ya adelanto que la Dirección General de los Registros y del Notariado o bien no considera que hay propia inmatriculación de la referencia catastral o bien parece tener un concepto muy particular de tal inmatriculación.

Sin embargo, los requisitos y consecuencias del modo de proceder establecido para la constancia en las inscripciones de la referencia catastral son tan parecidos a la inmatriculación de fincas propiamente dicha (salvando naturalmente las inevitables diferencias) que me parece el más adecuado.

Así, por un lado, exige que se trate de una referencia que no conste ya inscrita (reflejada); regula los posibles conflictos de doble inmatriculación (reflejo) de una referencia catastral y lo hace de

modo bastante análogo a lo establecido en la legislación hipotecaria para la doble inmatriculación de fincas (aunque también de forma incongruente, en mi opinión y como más adelante diré); se remite directamente a los requisitos de inmatriculación de fincas respecto a los documentos hábiles para permitir el reflejo (inmatriculación) de la referencia catastral; lo mismo hace con una de las más características formalidades estrictamente registrales posteriores a toda inmatriculación de fincas, como es la publicación de edictos; y culmina por atribuir al reflejo de la referencia catastral efectos contra terceros!, nada menos.

Todo ello dicho en unas pocas (e insuficientes, si es verdad que se pretende tanto como se anuncia) líneas de un texto legal, y de modo poco claro.

Como ya he dicho, la legislación catastral parece partir de la base de que toda asignación de una referencia catastral a una finca documentada se habrá hecho correctamente y que no importan quién o cuántas veces se haga, porque siempre dará el mismo y único resultado posible, el de reflejar la referencia catastral adecuada. De modo que, una vez hecha constar la referencia catastral en la inscripción, cualquier otra asignación posterior no hará sino confirmarla. Dado que no es así, la denominación que he dado al proceso como inmatriculador sólo la refiero, como es natural, a ese primer acceso al registro; hecho lo cual, las posteriores rectificaciones deberían sujetarse al régimen general de rectificación registral (arts. 40 y concordantes de la Ley Hipotecaria) y no al de mera actualización de datos que son por esencia variables, como los nombres de los colindantes o el de la calle de situación de la finca.

Sirviéndome pues del término *inmatriculación* –una vez hecha la salvedad de su origen– y analizando detenidamente el contenido al respecto del repetido artículo 53, nos encontramos con que regula los siguientes supuestos:

A) Inmatriculación de la referencia catastral; según sea:

— La inmatriculación de la referencia catastral correspondiente a una finca que también ella misma se inmatricula en ese mismo proceso.

— La inmatriculación de la referencia catastral relativa a una finca ya inmatriculada. Subdistinguiendo a su vez entre:

- Constancia de la referencia catastral que se solicita en el trámite de inscripción de un título referido a la finca.

- Esa misma constancia pero solicitada de manera autónoma a cualquier otra inscripción, "*como operación específica*", que dice la ley.

Y, en ambos casos, distinguiendo entre:

- \* Inmatriculación de una referencia de la que cabe predicar una entera (o casi) coincidencia con la descripción inscrita de la finca.

- \* Inmatriculación de una referencia catastral cuando no sea posible apreciar tal identidad.

B) La doble inmatriculación de una referencia catastral o la intención de provocarla.

C) La alteración de la descripción básica de una finca inscrita y cuya referencia catastral ya está inmatriculada o se inmatricula en ese momento, atendiendo al mayor o menor soporte que el Catastro proporcione a tal variación de la descripción.

En realidad, esas cuestiones que acabo de enunciar no agotan por completo el contenido del artículo 53, pero es que la sistemática del texto legal me parece tan confusa que creo que es útil atenerse a algún tipo de esquema de análisis, sin perjuicio de tratar también, separadamente, otras cuestiones.

Veamos los distintos problemas mencionados:

**i) La inmatriculación de la referencia catastral correspondiente a una finca que también ella misma se inmatricula en ese mismo proceso**

Se refiere a este supuesto el apartado Siete del artículo 53, que dice que, "*en lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título.*"

El precepto, como vemos, ni siquiera menciona el reflejo de la referencia catastral en la inscripción de inmatriculación de la finca, sin embargo, es evidente que se ha de hacer constar, en base al artículo 48 de la Ley del Catastro, puesto que el único requisito obstativo allí establecido, que no "*exista correspondencia entre la referencia catastral y la identidad de la finca*", es imposible que se dé en este

supuesto, dado que, no sólo se exige la correspondencia señalada en el artículo 45 de la ley, sino la total coincidencia. (Según el orden de exposición que he elegido, veremos el contenido de esos artículos 45 y 48 de la Ley del Catastro al tratar los supuestos de inmatriculación de una referencia catastral sobre finca ya inmatriculada.)

Lo interesante es que este apartado Siete no sólo regula, o mejor, presupone la constancia registral de la referencia catastral de la finca inmatriculada, sino que sobre todo establece requisitos para el propio proceso inmatriculador de la finca referenciada.

No es éste el lugar adecuado para tratar del proceso inmatriculador registral en sí y mencionaré únicamente los requisitos que pueden afectar y tienen que ver con la legislación catastral o con cuestiones de coordinación entre el registro y el Catastro.

Además, hay que tener en cuenta también que la total coincidencia exigida por el apartado Siete supone que la referencia catastral que se inmatricule junto con la finca sea precisamente la misma que consta en la certificación catastral descriptiva y gráfica que se aporte junto al título inmatriculador, de tal manera que cualquier obstáculo que impida la constancia de la referencia catastral (por ejemplo, una eventual duplicidad de la referencia catastral en el propio registro) impedirá también la inmatriculación de la finca.

### **1. Términos totalmente coincidentes**

El primero y más notable de los requisitos es el de la exacta correspondencia de la descripción registral y la catastral. Exigencia que es predicable de todo supuesto de inmatriculación de finca, esto es, no sólo la que se basa en documentos notariales sino también la que es resultado de documentos judiciales o administrativos, como ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así, su resolución de fecha 5 de octubre de 2004 afirma tajantemente que *"la norma no deja resquicios a excepciones: cualquiera que sea la finca que se pretende inmatricular y su título"*. Y aún concreta más, en este extremo de la coincidencia, en su resolución de 15 de mayo de 2008, en la que expresamente afirma que *"La dicción legal –total coincidencia– no puede dejar dudas a interpretaciones. Se exige una total coincidencia entre la descripción del título y la de la certificación catastral"*.

Dada la liberalidad con la que esa misma Dirección General de los Registros y del Notariado sí considera que *"puede dejar dudas o interpretaciones"* otros muchos aspectos de la normativa relativa a la inmatriculación de fincas, la impostura no es demasiado impresionante, pero así funcionan las *interpretaciones*. Lo más interesante de esta resolución de 15 de mayo de 2008 es que no admite que la diferencia entre la medida de la finca catastral y la escrituraria sea salvada mediante el informe de un técnico.

En realidad, sí que hay excepciones y en la propia ley además; el apartado Nueve de este mismo artículo 53 precisamente dice que *"lo establecido en los apartados anteriores [o sea, entre ellos el Siete] se entiende sin perjuicio de lo establecido en la legislación urbanística y agraria"*. Más adelante haré una breve referencia a este, por lo demás bastante superfluo, apartado del artículo 53, aunque ya adelanto que se trata de una excepción falsa, pues son las propias legislaciones urbanística y agraria las que aseguran la plena correspondencia de escrituras, inscripciones y Catastro.

Otra excepción, que resulta obligada por aplicación del también importante principio de irretroactividad de las leyes, ha conducido a admitir la exención de este requisito de total coincidencia en el caso de que se inste la inmatriculación con base a un documento de fecha fehaciente anterior a la entrada en vigor de esta ley. Así, la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 1999 dice que *"... c) Sólo los títulos autorizados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, estarán sujetos a la necesidad de acompañar certificación descriptiva y gráfica para los supuestos de inmatriculación, de fincas rústicas y urbanas, cualquiera que sea la fecha en que se presenten en el Registro, sin perjuicio de la conveniencia de su aportación en todo caso"*, aclarando en su resolución de 19 de mayo de 2005 que, *"dado el principio de irretroactividad de las normas (cfr. artículo 2.3 del Código Civil), no cabe exigir que a un acto que consta fehacientemente (art. 1218 del mismo Código) se le apliquen exigencias lealmente (sic) impuestas por normas posteriores"*.

Pero la exacta coincidencia no plantea únicamente problemas descriptivos, sino que también lo hace con cuestiones de fondo. Las discrepancias pueden deberse a inexactitudes del Catastro y hay que entender que la ley no ha pretendido blindarlas y perpetuarlas, arrumbando los datos correctos en beneficio de los erróneos. Si el



error procede del Catastro (y ahora veremos algunos ejemplos claros de esa situación), la solución debe ser la de corregir el Catastro antes de proceder a instar la inmatriculación de la finca. El objetivo de coordinar plenamente el Catastro con las inscripciones (e indirectamente con las escrituras) es el adecuado y debe favorecerse; pero eso no significa que deba entenderse –y sobre todo aplicarse– el apartado Siete del artículo 53 en el sentido de falsear conscientemente los datos correctos de la escritura para acomodarlos a los equivocados del Catastro. Peor aún, no debería significar en ningún caso que se desfiguren o como digo falseen los derechos sustantivos, en particular y puesto que se trata de una inmatriculación, el dominio sobre la finca.

Pero es de temer que sea eso precisamente lo que ocurra. Dada la importancia que económicamente tiene conseguir la inmatriculación y las urgencias habituales del caso (piénsese simplemente en que, sin esa inmatriculación y hasta que se logre, la finca no se podría hipotecar y por lo tanto, económicamente, puede resultar difícil o imposible venderla, por falta de financiación del pago de precio), y dado por tanto el interés que sus propietarios tendrán en lograrla y en lograrla ya, no es descartable (en realidad es lo probable) que los interesados estén dispuestos a desfigurar sus fincas o a fabricar títulos *ad hoc*, todo de modo artificialmente respetuoso con el Catastro, por más que les conste que faltan a la verdad.

Existe la posibilidad de que el Catastro esté incorrecto porque la descripción catastral sea inexacta, en la descripción de la finca o en las titularidades que publica; así como puede darse el caso de que la descripción catastral contenga elementos que no se pueda o simplemente no se esté obligado a incluir en la descripción registral de la finca, y el propietario tampoco quiera hacerlo.

Respecto de la falta de coincidencia de la titularidad, el requisito está poco o nada justificado (como explicaré con más detalle) pero es insoslayable, de modo que, fuera del caso de *inventarse* cadenas traslativas inexistentes, no cabe para poder tener acceso a la inmatriculación registral sino conseguir la previa rectificación del Catastro.

Respecto de la discrepancia en la descripción, puede ser que el espacio físico referido por la escritura se corresponda con los planos del Catastro, pero éste los tenga configurados no como una sola parcela catastral sino como varias o, lo contrario, como parte de

una parcela y no toda ella. Sin ánimo de agotar los supuestos que podría ofrecer la práctica, veamos algunos: piénsese, por ejemplo, en el caso de que la finca única que se pretende inmatricular –sola o agrupada a otra ya inscrita– se corresponda con varias parcelas catastrales independientes, cada una con su propia referencia catastral. O que la parcela catastral corresponda a la suma de la finca que se pretende inmatricular y otra u otras colindantes ya inscritas. O bien –en un supuesto parecido al anterior– que haya una finca catastral que equivalga físicamente a lo que sería el resultado de una agrupación de varias fincas civiles, todas de un mismo dueño y todas pendientes de inmatricular, pero adquiridas en momentos o condiciones diferentes y que se querría inmatricular por separado. O que la finca que se quiera inmatricular sea una parte de la finca catastral, y el propietario, aun siéndolo de toda la finca, no quiera inmatricular sino esa porción (amparado, claro, en que toda inmatriculación registral es voluntaria).

No me parece aplicable a ninguno de estos casos ni en general a la inmatriculación de fincas la previsión del artículo 40, apartado 2, de la Ley del Catastro que, como ya vimos, admite que, *“en los casos de modificaciones de fincas”, “será suficiente la aportación de la referencia catastral de las fincas de origen.”*

En algunos de esos casos citados, es claro que la respuesta adecuada, según la ley, es la de exigir al interesado que acomode primero el Catastro a la situación jurídica que pretende inmatricular; por ejemplo, instando una división de la finca catastrada, para formar como parcela separada la única parte de su finca que quiere inmatricular.

Pero, en otros, también podría pensarse que basta con inmatricular la finca tal y como está en el Catastro, pues toda ella pertenece al mismo dueño y toda ella se quiere inmatricular, entendiendo que lo único que importa es la situación final que ha de reflejar la inscripción y que tanto daría inmatricular varias fincas y luego agruparlas que inmatricular directamente la finca global, tal y como consta catastrada. Al final, ese parece ser el punto de vista de algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que vamos a ver enseguida, pero lo cierto es que esa solución no tiene por qué ser correcta, pues no lo será si, al hacerlo, el propietario, para *agilizar*, alterara indebidamente sus títulos de adquisición.

Como tan acertadamente ha establecido la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando se trata de rectificar la cabida de una finca ya inscrita, lo importante no es sólo averiguar si el propietario lo es de toda la extensión que quiere hacer constar en el registro, sino que también importa y mucho la procedencia de cada porción, el título de adquisición, el cumplimiento de los requisitos urbanísticos de división de terrenos, según su clase, e incluso los impuestos devengados.

Por eso, lo oportuno es que la legislación no impulse ni favorezca de ningún modo la tentación de falsear o disfrazar la realidad básica del dominio. Lo cual es más importante que su registración y su catastración.

Literalmente, es claro que ninguno de tales supuestos respetaría el tenor literal del apartado Siete del artículo 53, y la Dirección General de los Registros y del Notariado (en su citada resolución de 5 de octubre de 2004) ha dicho que la ley *"no deja resquicios a excepciones"*. Pero, en realidad, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado ha aceptado algunas. Por ejemplo, acepta la inmatriculación de una finca que luego se agrupa a otras ya inscritas, de manera que la certificación catastral exactamente coincidente refleje la finca resultante de esa agrupación. Así lo ha admitido expresamente la resolución de 26 de junio de 2003, que argumentó que debe *"entenderse cumplido el requisito referido, pues lo contrario significaría, como dice el recurrente, obligar al inmatriculante a instar una segregación catastral destinada a quedar sin efecto inmediatamente como consecuencia de la agrupación."*

Parece pues que la interpretación que dicha Dirección General hace de la ley es que es aceptable que la coincidencia plena se predique respecto de la situación que el registro termine por publicar, aunque no se cumpla en todas y cada una de sus fases y, más concretamente, en el crucial momento de la inmatriculación. Y aun podría generalizarse esta doctrina, por analogía, al supuesto de que se pretenda inmatricular varias fincas, que todas ellas suman una catastral, pues también debería aceptarse que el propietario las inmatricule separadamente; siempre que, en el mismo acto, las agrupe.

Sin embargo, también debe tenerse en cuenta que una nueva resolución de ese mismo centro directivo, de 15 de septiembre de 2009, ha llegado a una solución contraria. Y es que la fundamenta-

ción de las decisiones jurídicas, no en la ley, sino en argumentaciones más o menos lógicas suele conducir a contradicciones.

Si antes hemos visto que la resolución de 26 de junio de 2003 admite fundamentar la inmatriculación de una finca en otra catastral que es la suma de la que se pretende inmatricular y otra ya inscrita, la posterior de 15 de septiembre de 2009 deniega la constancia registral de una referencia catastral que remite a la totalidad de un edificio, una parte de cuya superficie se refiera a la finca ya inscrita y otra, a la que en la propia escritura se declara como obra nueva. Aduce que la referencia catastral en cuestión *"no aparece suficientemente individualizada en los términos exigidos por la Ley del Catastro."* Ni la Ley del Catastro ni la 13/1996 exigen que la referencia catastral esté suficiente o insuficientemente *individualizada*, sino que se corresponda con la finca registral (el registrador cuya calificación dio lugar al recurso resuelto por tal resolución fue más preciso –a todo lo largo del expediente, no sólo en este punto– que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, y dice que *"no puede considerarse que la finca catastral se corresponda con la obra nueva declarada"*).

Podría pensarse que la diferencia de criterio se explica porque, en que el primer caso, lo instado es una inmatriculación de fincas (apartado Siete del artículo 53) y, en el otro, la constancia en el asiento de la referencia catastral (apartado Dos de ese mismo artículo 53), pero nada en la Ley 13/1996 autoriza esa distinción. En ambos casos, los requisitos a cumplir por quienes solicitan uno u otro asiento lo son de correspondencia entre la finca registral y la catastral; una correspondencia que debe ser plena coincidencia, en el primer caso, y una aproximación, delimitada entre ciertos márgenes de tolerancia, en el otro. El argumento antes transcrito de que *"lo contrario [rechazar que haya plena coincidencia] significaría obligar al inmatriculante a instar una segregación catastral destinada a quedar sin efecto inmediatamente como consecuencia de la agrupación"* podrá ser un buen o un mal argumento, podrá constituir una fundamentación adecuada o inadecuada a la resolución dictada, pero, quien lo considera válido para un caso, no debería juzgarlo inaplicable a un supuesto igual, como es el de la resolución de 15 de septiembre de 2009. Y además, como antes indiqué, todo obstáculo que impida la constancia de la referencia catastral debería impedir también la propia inmatriculación.

Es cierto que, en el caso concreto de la resolución de 15 de septiembre de 2009, el problema a dilucidar es el de si ambas fincas, la preexistente y la declarada como obra nueva, pueden o no terminar por constituir una sola o deben permanecer registralmente separadas, y que la Dirección General de los Registros y del Notariado lo resuelve de forma negativa a las pretensiones del propietario, pero sólo en cuanto que faltaría para ello obtener determinados consentimientos de los que la escritura adolece; por lo tanto, estaríamos ante un defecto subsanable y el pronunciamiento de la Dirección General debería haber sido el de que la constancia de la referencia catastral quedara condicionada a esa previa inscripción de todo el edificio como una finca registral única.

En sentido parecido, la Dirección General de los Registros y del Notariado, de un modo poco claro, es cierto, apunta a la posibilidad de que la coincidencia perfecta que exige el apartado Siete del artículo 53 sea igualmente apreciable en el caso de que la finca escrituraria y registral coincida, no con una, sino con dos parcelas catastrales. Su resolución de 22 de noviembre de 2007, tras confirmar una vez más que *"ha de acompañarse la certificación catastral en términos coincidentes con la descripción que se pretende inscribir"* (y por ello *"esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto"*), añade significativamente que ello es *"sin perjuicio de que acompañándose la certificación omitida y explicándose la razón de las diferencias de descripción en forma análoga a como se hace en el recurso y exponiéndose la descripción definitiva de la finca, pueda la misma ser inmatriculada"*.

No deja claro la Dirección General de los Registros y del Notariado en qué puede consistir la explicación añadida, pero es de suponer que no estará pidiendo que la descripción definitiva sea exactamente coincidente con la catastral, porque entonces no habría caso.

En cualquier caso y además de razones de índole civil básico, creo que estos planteamientos y esta doctrina de la Dirección General tienen el inconveniente añadido de que no están teniendo en cuenta un problema que, sea más o menos probable en la práctica lo cierto es que podría darse; y es el que tiene que ver con la exigencia o mejor dicho la limitación que impone el apartado Seis de este mismo artículo 53, así como con una limitación, discutible, pero lo cierto es que vigente, que nace de la regulación del Reglamento Hipotecario.

En efecto, según ese apartado Seis del artículo 53 (que estudiaré con detalle más adelante), la referencia catastral asignada en el registro a cualquier finca no debe estar duplicada, o sea, que no puede atribuirse a la finca que se inmatricula una referencia catastral *"que ya venga atribuida a otra finca inscrita"*, *"en ningún caso"*. Pues bien, lo cierto es que todas esas agrupaciones o divisiones –modificaciones hipotecarias– intermedias a que he hecho referencia, pueden dar lugar –generalmente, darán lugar– a una referencia catastral diferente a la de la finca o fincas originales implicadas en la modificación, de modo que, hasta tanto el Catastro no refleje en sus libros esa alteración, no existirá propiamente la referencia catastral de la finca resultante de la modificación hipotecaria; de modo que el registro no debería tampoco atribuir a la finca que se inmatricula una referencia catastral que no es la definitiva (en un próximo apartado veremos este problema con más generalidad), una referencia catastral llamada a desaparecer del Catastro.

Si la decisión ya está tomada y la inmatriculación registral de la finca ya está hecha, cuando el Catastro notifique al registrador la referencia catastral definitiva (por la vía del art. 48.4 de la Ley del Catastro, por ejemplo) o los interesados se la aporten, ya no podrá comprobar que se da exacto cumplimiento, no sólo al apartado Siete (que es el único que parece preocupar a la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las resoluciones citadas), sino también a ese citado apartado Seis. Y además y por la misma razón, tampoco podrá comprobar con todo rigor que se cumple, en la referencia catastral definitiva, la exigencia del tracto de titularidades catastrales que impone el artículo 298 del Reglamento Hipotecario (que igualmente vamos a examinar en breve).

Mejor dicho, podrá comprobar todo esto, pero no cuando practica la inmatriculación, sino después, y la ley no contiene ningún trámite o previsión de revisar la validez de una inmatriculación ya practicada y que, con arreglo a las normas hipotecarias generales, queda bajo la salvaguarda de los tribunales.

Así, entiendo que la inmatriculación de una porción de una finca catastral o de una finca resultante de la adición de otras catastrales o de una combinación de estos procesos debería esperar a que el Catastro haya reflejado previamente el cambio y haya asignado una referencia catastral concreta, propia y definitiva a la finca que se quiere inmatricular.

Un engorro añadido a la inmatriculación de fincas, ciertamente, pero en mi opinión la forma más correcta de aplicar una ley que dice lo que dice.

Otro motivo de discrepancia entre la descripción catastral y la civil es que aquélla contenga elementos de la finca que no se quiera hacer constar en la inscripción registral. Lo cierto es que la inmatriculación de fincas es y debe ser un acto rigurosamente voluntario y no un traslado ciego de la realidad exterior, que no es obligado reflejar en el registro, de modo que dicha inmatriculación podría versar sobre realidades físicas diferentes de las que consten en el Catastro. El caso más sencillo y frecuente es el de la existencia sobre la finca que se pretende inmatricular de una edificación catastrada pero no documentada.

Es claro que el proceso de inmatriculación permite llevar la finca al registro de la propiedad con todas sus accesiones, anejos, mejoras y pertenencias, y por lo tanto que el propio título y procedimiento de inmatriculación de la finca puede versar, no sólo sobre el sustrato material o *terrenal* del bien inmueble, sino también sobre las edificaciones y plantaciones existentes, así como sobre otros derechos más inmateriales, como los aprovechamientos hídricos, por ejemplo. Pero el problema que aquí planteo es el contrario: que el propietario quiera inmatricular la finca pero no las edificaciones y plantaciones que sobre ella se levanten.

Aunque en este estudio no me estoy ocupando de todas las aplicaciones legales de la utilización del Catastro, como título habilitador de una determinada inscripción registral, en este problema en particular de la registración de edificaciones aún no reflejadas en el registro de la propiedad, existe igualmente la posibilidad de acudir a la legitimidad catastral para acreditar en base a ella situaciones de hecho (por ejemplo, la antigüedad de la construcción) que permitan obviar la ausencia de otros requisitos urbanísticos más exigentes (por ejemplo, la licencia de obras). Pero, en tal caso, ya no hay tal exigencia de total coincidencia. Como dice la resolución de 25 de agosto de 2008, *"es cierto que no es una total coincidencia, pero no estamos ante supuestos (como las inmatriculaciones) en que haya una exigencia legal de coincidencia total, sino que lo que las normas complementarias al Reglamento Hipotecario exigen en materia de obra nueva es que se acredite la realidad de la obra, que el proyecto se ajuste a licencia o en su defecto que hayan prescrito las medidas de restablecimiento de legalidad urbanística; y que no haya*

*duda de la identidad de la finca entre el título y el documento justificativo de aquéllos extremos."*

Tal deseo del propietario puede deberse a diversos motivos, que no es necesario examinar aquí, dada la voluntariedad de la inscripción registral, pero es que uno de ellos podría tener que ver precisamente con la aludida coordinación con la realidad, en la que el propietario seguramente estará interesado y el Catastro y el registro también deberían. No será infrecuente que pueda existir sobre la finca una construcción respecto de la cual el Catastro refleje un estado distinto del actual, por ejemplo porque se haya seguido construyendo en ella, después de la última revisión catastral y sin que por tanto el Catastro la incluya aún en sus datos publicados, o por todo lo contrario, porque un grave deterioro sobrevenido haya convertido en ruinas lo que el Catastro califica de vivienda, por ejemplo.

Además, una edificación no siempre puede inscribirse en el registro de la propiedad, aunque realmente exista. Al contrario, la legislación urbanística, como regla general, prohíbe específicamente la inscripción de obras nuevas hasta tanto el propietario del terreno pueda acreditar su conformidad con el planeamiento; una limitación que no tiene por qué haber impedido el acceso o incorporación de esa misma edificación al Catastro.

De hecho, es la previa constancia catastral la que, en muchas ocasiones, permite al propietario llevar la edificación al registro, al servirle como acreditación de que lleva construida al menos el plazo mínimo que la legislación urbanística señala para la incorporación del edificio al patrimonio del propietario, por prescripción de las acciones que permitirían el restablecimiento de la legalidad urbanística; y es que, al Catastro, por sus funciones primordiales de constituir el inventario de la propiedad inmueble y de ser el sustento fáctico de determinados impuestos, tiene más interés en reflejar la realidad que en la legalidad de ésta. Aunque no cabe duda de que tal actitud favorece el incumplimiento de la ley y provoca una grave quiebra de todo el sistema legal disuasorio que implantó la Ley del Suelo.

Razones y supuestos todos ellos que pueden determinar que el propietario que pretende inmatricular su finca tenga la voluntad o la obligación legal de manifestar ante el registro una realidad física coincidente en cuanto al terreno que constituye la esencia de su sustrato, pero con o sin accesiones que constan catastradas. Y la



pregunta es si podrá hacerlo. La respuesta absolutamente negativa equivaldría a afirmar que el propietario tiene que elegir entre inmatricular realidades inexistentes y disfrazar o falsear descripciones o no inmatricular. Dando por supuesto que la norma del artículo 53 de la Ley 13/1996 no es una excepción a todo el estatuto legal de la propiedad inmueble ni, particularmente, a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley del Suelo, ni a lo igualmente ordenado en el artículo también 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación, ni a otras normas consecuentes a ellas, habrá casos en que no habrá opción y el dueño de la finca, de seguir esta tesis, tendría que conformarse con no inmatricular.

Lo cual, recordemos, supondría obligar a mantener la discordancia del registro con la realidad extra registral, cuando lo cierto es que concordar el registro con esa realidad exterior es también un objetivo primordial de nuestro ordenamiento jurídico, no menos importante para la seguridad jurídica que el de su coordinación con el Catastro.

Pero, si se acepta la conclusión contraria, se estará permitiendo la inmatriculación de fincas con una descripción que no será enteramente coincidente con el Catastro, en contra del tenor literal del artículo 53.7.

En mi opinión, la solución debe ser, a pesar de todo, la última, esto es, la de permitir al propietario hacer constar en el registro tanto la verdadera realidad, que él declara mal catastrada, como la realidad jurídica de la finca que a él, como propietario, interese, dejando a su arbitrio reflejar o no construcciones o mejoras que puedan existir en su finca, pero que no alteran el sustrato básico que se inmatricula. En cuanto a lo primero, porque me parece completamente contrario a todo el sistema registral, cuya importancia no es menor que la del catastral, forzar un reflejo registral de una realidad que no es tal.

En cuanto a lo segundo, por la importancia de mantener uno de los rasgos esenciales de nuestro registro inmobiliario, como es su voluntariedad.

## ***2. Parcela plenamente incorporada al Catastro***

El apartado Siete es uno de los varios de ese artículo 53 que está redactado de manera negativa, de modo que no establece tanto los

requisitos necesarios para la inmatriculación de fincas o sus referencias catastrales (ya sea desde el punto de vista o en aras a lograr la coordinación con el Catastro que estoy defendiendo aquí ya, desde cualquier otro objetivo o perspectiva) como los casos en que no puede hacerse, por no cumplir las exigencias legales.

Pero no cabe duda de que lo que resulta necesario saber a los interesados, a los destinatarios de las normas jurídicas en general y de esta en especial, es cuándo procede la inmatriculación, esto es, cuándo tiene el propietario derecho a solicitarla. Y, desde ese punto de vista, a todos los demás requisitos de la inmatriculación registral, exigidas por cualquiera de las legislaciones que la regulan, cabe añadir todos los requisitos que –de modo negativo– impone este apartado Siete del artículo 53, pero también otros que aparentemente no menciona pero que están indirectamente reclamados.

Y, puesto que ha de aportarse al proceso de inmatriculación una *certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca*, uno de esos requisitos añadidos está en la necesidad de que la finca esté catastrada, o sea, *incorporada* al Catastro. Y un problema que podría darse es que la finca estuviera efectivamente catastrada pero sólo de modo provisional.

Lo cierto es que la legislación catastral permite incorporaciones provisionales de parcelas o fincas. Contempla y regula esta posibilidad el artículo 25 del Reglamento del Catastro, admitiendo dos supuestos: a) Cuando la inscripción catastral “*se realice en virtud de certificación de inscripción registral practicada con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria y hasta tanto haya desaparecido la limitación frente a terceros de los efectos de las inscripciones registrales así practicadas.*”, y b) “*Cuando las pruebas aportadas en un procedimiento de incorporación no resulten concluyentes, pero puedan servir para sustentar una presunción razonable de veracidad de los hechos, actos o negocios que lo motiven.*”

Y la pregunta es: ¿Cabría inmatricular una finca en el registro de la propiedad cuando la inscripción catastral que la define en términos exactamente coincidentes a su descripción escrituraria sea ella misma provisional?

La provisionalidad de la incorporación catastral (en realidad, una primera inscripción también) es claro que se extenderá también a la

referencia catastral de la finca provisionalmente inscrita, puesto que el artículo 18 de ese mismo reglamento dice que *"podrá asignarse una referencia catastral provisional, a petición del notario que autorice la escritura pública correspondiente, a los inmuebles pendientes de su consolidación material o jurídica"*; y, aunque los ejemplos que pone a continuación el texto legal son únicamente de consolidación material (obras nuevas y propiedades horizontales sobre ellas), es tajante la afirmación legal de que también debe tenerse en cuenta la consolidación jurídica y lo cierto es que los dos supuestos transcritos del artículo 25 lo son sin duda de pendencia de una consolidación jurídica. De modo que la pregunta anterior puede extenderse a la pertinencia de hacer inmatricular en el registro de la propiedad una referencia catastral provisional.

Aunque está claro que la Ley 13/1996 (publicada en fecha muy anterior a la Ley y al Reglamento del Catastro) no ha tenido en cuenta esta posibilidad, mi opinión es que se debe distinguir: si se trata de la inmatriculación de una finca (y su pertinente referencia catastral), creo que no cabe sustentarla en la provisionalidad catastral; en cambio, si se trata de inmatricular la referencia catastral de una finca ya inscrita (el segundo gran supuesto que veremos más adelante), entonces me parece que no hay inconveniente en que el registro publique una referencia catastral provisional, ya que, como dice la ley, se trata de un dato descriptivo más y los datos descriptivos en definitiva están sujetos a corrección y depuración, y puesto que además existe arbitrado, en el artículo 48.4 de la Ley del Catastro, un procedimiento catastral específico para corregir cualquier posible error.

Esto es, que entiendo que, en el caso de la inmatriculación de fincas, lo pretendido por la legislación catastral es que, tras la entrada en vigor de la Ley 13/1996, no llegue a nacer una finca registral que no haya sido previamente catastrada y sin que se acredite que su descripción es igual a la que obra en el Catastro, o sea, que haya una plena coincidencia física de la finca registral con la catastral; y no creo que pueda hablarse en rigor de plena coincidencia con una finca catastral provisional. Mejor dicho, no creo que sea aceptable que el registro se apoye en la coincidencia con algo que no es en sí mismo definitivo. ¿Qué ocurriría si después la finca catastral deviene en otra configuración distinta o incluso es desincorporada del Catastro? ¿Se renuncia en ese caso a la coincidencia o se retrocede

también la inscripción registral? ¿Qué soporte legal tendría desinmatricular una finca registral y dejar sin sustento los derechos constituidos sobre ella y que están bajo la salvaguarda de los tribunales, por el hecho de que la finca catastral cambiara o desapareciera?

Además de lo cual, lo cierto es que ese citado primer supuesto del artículo 25 del Reglamento del Catastro requiere de una explicación. Atribuye carácter provisional a la referencia catastral cuando se produzca la previa suspensión de efectos legitimadores registrales que es característica de la inmatriculación registral, pero, en teoría, el procedimiento debería ir en la dirección contraria a la que indica este artículo. Esto es, que parece que se refiere al supuesto de que la incorporación al Catastro se realice en base a una inmatriculación registral previa (que la incorporación "*se realice en virtud de certificación de [primera] inscripción registral*"), cuando en teoría son las fincas catastrales las que deben sustentar a las nuevas registrales, y no al revés.

Literalmente considerado ese primer supuesto del artículo 25 estaría programando o bien un caso imposible o un auténtico círculo vicioso. Si la finca no está ni registrada ni catastrada, esto último impedirá la inmatriculación registral y sin embargo la ley exigiría al propietario el certificado de haberla registrado –inmatriculado– como requisito para una primera incorporación catastral (que además sería sólo provisional). Y, en caso contrario, si la finca ya está catastrada pero no registrada –inmatriculada–, sería en base a esa previa incorporación catastral que se lograría la inmatriculación registral, pero para que, acto seguido, la parcela catastral, que ya estaba plenamente incorporada, como consecuencia de la limitación de efectos de la fe pública que provoca la inmatriculación registral, pasa a estar catastralmente en suspenso o en situación de provisionalidad.

Un modo de proceder bastante absurdo.

En realidad, el citado artículo 25 no dice eso, sino que restringe su consecuencia jurídica al supuesto de hecho de que la inscripción catastral se realice en virtud de inscripción registral, o sea, que sea una inscripción catastral nueva y que la inscripción registral sea previa. Y, dado el principio de irretroactividad de las normas, es igualmente necesario que además esa primera incorporación catastral se haga después de la entrada en vigor del Reglamento del Catastro (casi diez años después de la entrada en vigor de la Ley 13/1996).

Reducido pues a sus justos límites, el precepto no podrá ser aplicado nunca; desde la entrada en vigor de la Ley 13/1996 (1 de enero de 1997), ninguna finca se habrá podido inmatricular sin estar previamente catastrada; de modo que, incluso en el raro pero posible caso de que una finca inmatriculada no esté catastrada, y que la incorporación al Catastro se haga en base a una "*certificación de inscripción registral practicada con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria*", esa finca tuvo que acceder al registro antes de ese día primero del año de 1997, por lo que la suspensión de fe pública que acompañó a su inmatriculación ya estará más que vencida.

En definitiva y como ya dejé apuntado al valorar las estrategias generales de las distintas legislaciones, acerca de la coordinación entre instituciones, no me parece razonable hacer depender la provisionalidad de la inscripción catastral de la posible suspensión de la fe pública registral, en ningún caso.

### **3. *Finca catastrada a favor del transmitente o del adquirente***

Continuando con el examen de los distintos requisitos impuestos por la legislación catastral a la inmatriculación registral de la referencia catastral, en el caso que ahora estamos viendo de que tal cosa se haga al tiempo de la inmatriculación de la propia finca referenciada, el Reglamento Hipotecario, en su artículo 298, añade un importante requisito que no introdujo la Ley 13/1996 y que me parece muy poco justificado y muy perturbador. Dice que, de la certificación catastral descriptiva y gráfica que hay que acompañar al título, debe resultar "*además que la finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente*". Una exigencia que concede a la titularidad catastral un valor jurídico que según la propia legislación catastral no tiene.

Se exige al propietario que quiere inmatricular su finca, que él mismo sea –o se *convierta* ex profeso en– titular catastral o que acredite que basa la legitimidad de su derecho en el titular catastral. Pero tal cosa no tiene fundamento; la titularidad catastral, como dice su propia ley especial, es sólo a efectos catastrales y no acredita propiedad civil, mientras que la del registro de la propiedad tiene que tener en cuenta inexcusablemente la propiedad civil, o sea, la

única clase de propiedad de efectos jurídicos plenos y la única clase de propiedad que registra en sus libros y va a publicar en adelante.

La inmatriculación de fincas parte de la base, como el requisito más importante de todos, de que aquél al que el registro, tras la inmatriculación, va a publicar como propietario lo es realmente; todas las cautelas que rodean al procedimiento de inmatriculación se fundamentan en eso (y en no provocar una doble inmatriculación). En orden a la titularidad, lo único que al registro le debe importar es que quien solicita la inmatriculación de la finca sea el dueño, nada más; sin que le interese por sí mismo el dato de la identidad del que lo fue antes.

Ninguna inscripción registral de dominio ni por supuesto tampoco la primera, la que inmatricula, puede fundamentarse en otra cosa que en la acreditación que haga el que quiere ser primer titular registral de que es el propietario civil; podría tratarse incluso de una adquisición del dominio originaria o de un modo (la usucapión) que prescinda de la sucesión de titularidades, pero lo que nunca es admisible es que el propietario declare haber recibido su derecho de quien no era dueño, pues, en tal caso, él tampoco lo será.

No se exige la conocida como *probatio diabolica*, que haría imposible la inmatriculación, pero tampoco se permite que el titular niegue su propio derecho, declarando él mismo que la suya es una adquisición a *non domino*.

Por lo tanto, ¿qué ocurre si el verdadero propietario, que solicita al registro la inmatriculación de su finca realmente la adquirió de un tercero, que no es titular catastral?, ¿debe renunciar a su derecho a inscribir?, ¿debe conseguir a toda costa y con carácter previo a su inscripción que su transmitente se convierta en titular catastral también?

Podría pensarse que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario debe ser entendido en este último sentido, que lo que se pretende es depurar el Catastro, obligando a quien solicita la inmatriculación de la finca a que, previamente, regularice también la titularidad catastral. Pero esa interpretación no es aceptable tampoco. Si alguien debe decir eso desde luego no es el Reglamento Hipotecario (ni siquiera, en rigor, la Ley Hipotecaria), sino la legislación catastral, pues no corresponde a la legislación hipotecaria decidir sobre la estrategia de titularidades catastrales; pero es que además, a los efectos civiles, o sea, a los verdaderos efectos del derecho de

propiedad, resulta que la legislación catastral no tiene establecidos mecanismos con el debido rigor jurídico para el acceso al Catastro de todas las titularidades que publica ni para, en su caso, reanudar con garantías un pretendido tracto catastral interrumpido.

Además, la Dirección General de los Registros y del Notariado, de nuevo, ha introducido también excepciones en la exigencia reglamentaria, así, en su resolución de 26 de abril de 2003, dispensa del requisito de cumplir con el tracto catastral cuando la finca a inmatricular está catastrada a nombre del marido de la compradora (quien además comparece en la escritura *"como titular catastral que «cede y renuncia a cualquier derecho que por tal concepto pudiera corresponderle»"*). Tras admitir paladinamente que *"es sobradamente sabido que, en multitud de ocasiones, fincas de la esposa o gananciales figuran catastradas exclusivamente a nombre del marido"*, esto es, la eficacia de la costumbre *contra legem*, concluye que *"si el marido de la que se dice titular de las fincas consiente la transmisión, como ocurre en el presente caso, sería excesivo exigir una modificación catastral"*.

Menos problemática –aunque tampoco respeta realmente el texto de la ley– es la doctrina sentada por esa misma Dirección General, en su resolución de fecha 17 de febrero de 2004, que trata el caso de que la finca a inmatricular esté catastrada a nombre del causante inmediato, del transmitente en el título previo del transmitente en el negocio actual. Como en el caso anterior, acude para justificar su decisión a la interpretación de las normas, y dice que, *"si la finalidad que se pretende es la coordinación con el Catastro, tal finalidad se cumple"*. Lo que no justifica de ningún modo la citada Dirección General es por qué hemos de entender que el Reglamento Hipotecario persigue la *finalidad de coordinación con el Catastro*, sobre todo si, como no puede ser de otra manera, tiene que empezar por reconocer que *"el artículo 53.7 de la Ley 13/1996, que impone en las inmatriculaciones la coincidencia con el Catastro no exige que la finca esté catastrada a nombre de adquirente o transmitente, requisito que sí impone el artículo 298 del Reglamento Hipotecario"*. Y es que, aunque la Dirección General de los Registros y del Notariado no quiere entrar en el debate de los funcionarios actuantes, notario y registrador, lo verdaderamente interesante del caso está en ellas; siendo totalmente cierto, como dice el registrador, que él no ha *"hecho ninguna interpretación, sino que se ha limitado a aplicar*

*una norma”, “que mientras no se modifique el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, será uno de los requisitos para inmatricular una finca en el Registro, que se acredite que la finca está catastrada a nombre del transmitente o del adquirente”, “que los otorgantes tienen toda la libertad de otorgar los negocios jurídicos que deseen, y realizar los contratos que estimen convenientes y más oportunos a sus intereses, debiendo asumir las consecuencias y si a través de la vía jurídica que han elegido no cumplen todos los requisitos que la legislación hipotecaria exige para inmatricular una finca, no se inmatriculará ésta”; pero, sobre todo, “que no es, en absoluto, imposible, conseguir dar de alta en el Catastro a los adquirentes [intermedios]”. Y es que la solución contra las normas equivocadas no puede depender del mayor o menor rigor con el que se apliquen, sino en su reforma, sobre todo cuando están tan injustificadas como ésta del artículo 298 del Reglamento Hipotecario.*

Resulta interesante la discusión del notario y del registrador respecto de la pertinencia o no de aplicar a la institución del Catastro el principio registral de tracto sucesivo.

En definitiva y como ya dije en el correspondiente apartado al tratar de la titularidad catastral, excepciones aparte, esta exigencia reglamentaria no hará sino empujar a los interesados a *acomodar*, como sea, sus títulos de propiedad a las titularidades catastrales, sean o no las ciertas.

Un problema conexo (que trataré al estudiar la incorporación a la escritura de la certificación catastral descriptiva y gráfica) es el de exigir o no coincidencia en cuanto a las titularidades catastrales de las fincas colindantes. Sin perjuicio de remitirme a lo que allí diré y de la valoración que el funcionario interviniente debe hacer de la variación de los nombres y sobre todo de la clase o categoría de los colindantes (el problema de los linderos fijos) a la hora de concluir que se está operando sobre la verdadera finca escrituraria y registral (que ese es otro problema, de gran calado, pero distinto al mero tracto catastral de titularidades), baste señalar aquí que, si ya puede considerarse profundamente equivocada y abusiva esta exigencia de tracto catastral en la titularidad dominical, supeditar además cualquier efecto jurídico favorable a los otorgantes a que también se cumpla el tracto de titularidades en cuanto a los colin-



dantes, no sólo estaría aún más injustificado, sino que carecería de todo soporte normativo.

Y lo mismo hay que entender que opina la Dirección General de los Registros y del Notariado puesto que, en su citada instrucción de 26 de marzo de 1999 afirma tajantemente que *"los Notarios y Registradores de la Propiedad considerarán suficiente a los efectos de la constancia documental y registral de la referencia catastral aquellas certificaciones descriptivas y gráficas... aunque no figuren los nombres de los propietarios colindantes, siempre que no existan dudas de que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca"*.

Por lo demás, hay que decir que la Dirección General de los Registros y del Notariado, sin calificarlo de verdadera excepción, que ya he indicado que afirma que no cabe, ha considerado, en dos resoluciones de febrero de 2004, que la finalidad del artículo 298 del Reglamento Hipotecario se cumple plenamente cuando la finca está catastrada a nombre del causante del transmitente.

#### **4. Referencia catastral constatada**

En mi opinión, también será preciso tener en cuenta, como un requisito más de la inmatriculación, tanto de la inmatriculación de la referencia catastral como la de la propia finca (y la segunda implica la primera), lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley del Catastro –que ya examiné antes en los temas transversales de este estudio.

Recordemos que, partiendo de la base de que hay coincidencia en las distintas descripciones, registral y escrituraria de la finca, el artículo 49 contempla el extraño caso de que el registrador crea que la referencia catastral atribuida *"pueda no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del hecho, acto o negocio jurídico documentado"*.

En este caso que estamos viendo ahora de la inmatriculación, la coincidencia habrá de ser total (apartado Siete del artículo 53 de la Ley 13/1996) y no sólo aproximada (artículo 45 de la Ley del Catastro), de modo que o bien hay que concluir que no es posible aplicar el artículo 49 a los supuestos de fincas que se inmatriculan o bien queda reafirmada la interpretación que yo propugno como correcta, esto es, la de que la constatación presupone siempre la coincidencia (total o parcial) y es la referencia catastral la que resulta dudoso si está o no erróneamente asignada por el Catastro.

Después de que el registrador haya hecho lo que el primer apartado de ese artículo 49 le dice que haga y de que el Catastro le haya remitido *"certificación o documento informativo"* con el que aclarar sus dudas o sospechas, continúa prescribiéndole el artículo que, *"previa calificación favorable, [haga] constar la referencia en el asiento, o si éste ya se hubiera practicado, por nota al margen de él, consignándolo, en su caso, también por nota, al pie del título"*.

O sea, que nada dice sobre si todo este procedimiento del artículo 49 paraliza o no la práctica de ese particular asiento registral que es la inmatriculación de fincas. Sin embargo, aunque la norma no diga nada, me atrevería a asegurar que la forma en que habitualmente se interpreta y aplica este precepto supone que no habrá inmatriculación hasta que se resuelva el incidente de constatación.

En mi opinión, si el registrador cree que hay dudas de coincidencia a pesar de la plena correspondencia, tendrá varios motivos para no inmatricular.

De un lado, hasta tanto no resuelva la duda y puesto que la solución a la misma puede consistir en que el Catastro le proporcione una nueva referencia catastral, no podrá saber si se produce la total coincidencia, incluso en la titularidad catastral, que es presupuesto de la inmatriculación, conforme al apartado Siete del artículo 53 de la Ley 13/1996 y al artículo 298 del Reglamento Hipotecario; ni podrá tampoco determinar con todo rigor que no se producirá respecto de esa nueva referencia catastral que le comunique el Catastro la duplicidad que proscribe el apartado Seis de ese mismo artículo. Si la respuesta del Catastro a la solicitud de información que le hace el registrador es cambiar la referencia catastral o algún elemento descriptivo de la finca, lo que se habrá perdido es la correspondencia plena entre la descripción de la finca en la escritura y en el Catastro, y ello impediría la inmatriculación o haría irregular la que se hubiera practicado entretanto. El artículo 49 presupone que el registrador, una vez recibida la información catastral y previa calificación favorable (¿calificar qué?), actuará por sí, al margen de los interesados. ¿Cambiará también por sí la descripción que sus propietarios han dado a la finca, en su caso, o incumplirá el mandato del apartado Siete del artículo 53? En mi opinión, no tendrá necesidad de hacer ninguna de las dos cosas, porque habrá suspendido previamente el proceso de inmatriculación.

Otro argumento a favor de tal suspensión está, en mi opinión, en que, aunque en el artículo 49 no haya norma expresa en este sentido respecto de la actuación del registrador, sí que la hay para el caso de la actuación del notario; en efecto, en el apartado 3 del artículo 49 se dice que *"el notario, en caso de urgencia alegada por los otorgantes, podrá autorizar el documento haciéndolo constar así, transcribiendo en él la referencia catastral, reseñando el justificante aportado y expresando su duda."* O sea, que la regla general –a salvo excepciones– es la de que el notario no autorizará el documento hasta tanto se resuelva su duda sobre la constatación; lo lógico y por analogía es suponer que tampoco los registradores deben inscribir, sin que a ellos les pueda ser aplicable la excepción de los notarios, ya que no es posible alegar urgencia para la inmatriculación, que es un proceso necesariamente dilatado en el tiempo, teniendo en cuenta todos los requisitos que debe cumplir, cuando la máxima demora legal prevista en el artículo 49 es de cinco días.

### **5. Referencia catastral que no esté ya inmatriculada**

Por último, entiendo que es plenamente aplicable a la inmatriculación de una referencia catastral con ocasión de la inmatriculación de la propia finca el requisito del apartado Seis del artículo 53 que estoy examinando.

Dice dicho apartado que *"en ningún caso se hará constar en el folio abierto a una finca inmatriculada una referencia catastral que ya venga atribuida a otra finca inscrita si no media el consentimiento del titular registral de ésta o la oportuna sentencia firme dictada en procedimiento declarativo entablada en él."*

En el recurso gubernativo planteado ante la Dirección General de los Registros y del Notariado y resuelto por ésta el día 11 de mayo de 2006, la registradora acuerda suspender *"la inmatriculación de la participación indivisa de la finca objeto de compraventa ya que en éste Registro de la Propiedad figura inscrita otra finca con la misma referencia catastral que la que aparece reflejada en la certificación catastral descriptiva y gráfica que se incorpora al acta de notoriedad complementaria, no correspondiéndose además la titularidad registral de dicha finca inscrita con la de la transmitente en el documento presentado y en cuya acta de notoriedad complementaria se declara notorio que es tenuta como dueña. Así pues, en caso de practicarse*

*la inscripción podría producirse una doble inmatriculación, ya que se tienen dudas acerca de si se trata de la misma finca*". Aunque la citada Dirección General no se hace eco de la primera parte de esta argumentación ("*figura inscrita otra finca con la misma referencia catastral*"), y basa su resolución únicamente en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario, lo cierto es que la registradora sí que alega expresamente como fundamento de derecho el citado apartado Seis del artículo 53.

Ya expresé antes mi opinión de que cualquier obstáculo que impida la constancia de la referencia catastral también lo será para la inmatriculación de la finca referenciada por ella. Pero es que, además, ¿en qué circunstancias podría ocurrir que conste ya atribuida a una finca inscrita la referencia catastral de la finca que ahora se pretende inmatricular? En lo primero que habría que pensar sin duda es en el hecho de que también esté inscrita la finca, o sea, que la finca que se pretende inmatricular ya lo esté. Y este es en realidad el mayor obstáculo de toda inmatriculación; en rigor, el único que no puede ser salvado o sustituido por ningún otro. El artículo 199 de la Ley Hipotecaria sólo contempla "*la inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna*"; cualquier deficiencia en la titulación o en el procedimiento administrativo, en su caso, cualquier oposición de tercero, puesta de manifiesto en el trámite de publicidad que suponen los edictos, pueden ser corregidos o salvados por el correspondiente procedimiento judicial; pero la duplicidad de la finca, no. No hay trámite previsto ni debe haberlo para que un mismo espacio físico sea llevado más de una vez al registro; conscientemente, al menos, puesto que sin duda ocurre en la práctica, pero por inadvertencia o error.

Puede haber otras razones, también. Puede ocurrir que la referencia catastral atribuida a la finca que se quiere inmatricular no esté correctamente asignada por el Catastro; que sea el propio Catastro el que haya provocado la duplicidad, en contra de sus propias previsiones de que la referencia catastral sea siempre única. Como también puede ocurrir que la referencia catastral que ya obre en el registro, asignada en la inscripción de otra finca ya inscrita, sea incorrecta, porque esa asignación se hizo de manera indebida o errónea. En el primer caso, procede la previa rectificación del error en el Catastro, quizá incluso por la vía del artículo 49 de su ley, o por el procedimiento que corresponda. En el segundo caso y previa la acreditación del

error y con los oportunos consentimientos, lo corregido deberá ser el registro (y veremos más adelante la forma en que debe rectificarse una referencia catastral ya hecha constar en la inscripción).

Pero lo que no cabrá nunca es mantener el error y duplicar una referencia catastral en el registro por el simple expediente de que los interesados consientan ese sinsentido; como tampoco sería aceptable que ni siquiera una sentencia judicial, que es la otra opción que contempla el apartado Seis, ordenara una doble inmatriculación, siendo como es la autoridad precisamente llamada por la ley para resolver y acabar con las situaciones de hecho de doble inmatriculación que se pueda detectar.

Y como la finca a inmatricular no puede quedar sin referencia catastral, y como tal referencia no puede ser otra que aquella que conste en la certificación descriptiva y gráfica exigida por el apartado Siete, es decir, la correspondiente a la finca que es exactamente igual a la que consta catastrada, la única posibilidad admisible para hacer constar la referencia catastral de una finca ya inscrita en la inscripción de otra que se pretende inmatricular es que, con la conformidad de todos, la del propietario de la finca que hasta ahora ostentaba la referencia catastral en cuestión e incluso la del registrador, o, en caso de desacuerdo de los citados, por resolución judicial se establezca que es la finca ya inscrita la que tiene una referencia catastral incorrecta, que, a pesar de las cautelas y comprobaciones con que se inmatriculó tal referencia en su momento, lo cierto es que no corresponde realmente a la finca en cuya inscripción consta, y, por lo tanto, debe eliminarse de allí (sustituyéndola por la que sí es correcta). Y que, por el contrario, sí que es cierto que la referencia catastral aportada en el expediente de inmatriculación de la nueva finca se corresponde con ella y debe hacerse constar en su descripción. De modo que, al concluir el proceso de inmatriculación no habrá duplicidad alguna, puesto que la referencia catastral errónea se habrá removido de la inscripción de la otra finca.

Y pudiera darse el caso de que se compruebe así que la inmatriculación de esa otra finca que debe perder su referencia catastral reflejada en el registro, si tal inmatriculación tuvo lugar después de la vigencia de este artículo 53 de la Ley 13/1996, se basó en una referencia catastral incorrecta; de modo que la primera finca accedió por primera vez al registro con la descripción catastral de otra, la que retiene la referencia

catastral en disputa. Con todas las consecuencias que tal averiguación debería tener y probablemente no tendrá.

## ***6. Juicio crítico sobre la estrategia de coordinación seguida para los casos de inmatriculación registral de fincas***

Dejando a un lado las situaciones especiales ya mencionadas, a propósito del requisito de la plena coincidencia descriptiva y del de respeto a un fantasmal tracto catastral de titularidades, que pueden provocar o incluso pueden obligar a una cierta descoordinación, la estrategia de exigir una plena coincidencia descriptiva entre las fincas registrales y las catastrales, en el momento de inmatricularlas registralmente, parece que en líneas generales es sin duda el camino correcto.

Sin embargo y en mi opinión, se ha fallado un tanto la diana.

Creo que, en todo sistema de coordinación entre dos grandes instituciones casi cualesquiera, pero desde luego en el caso particular del registro de la propiedad y el Catastro, resultan utópicas las propuestas de alcanzar toda la coordinación en un solo acto, en un único proceso masivo; generalmente y según ha demostrado la experiencia, cuando se ha optado por esas vías tan ambiciosas, o bien han sido ineficaces o ni siquiera se han llegado a intentar de verdad o el fracaso del proyecto ha sido tan completo que no han resuelto nada y han terminado por caer en el olvido; por el contrario, los procesos de acomodación o coordinación parcial pero constante, creciente y que no permita retrocesos, antes o después, terminan por dar el fruto apetecido.

Considerada en teoría, podría parecer evidente que una forma de conseguir esa acumulación paso a paso es asegurar, como se ha hecho, que la coordinación sea completa en el momento del ingreso de las fincas en el registro de la propiedad y confiar en que no se perderá en los sucesivos avatares registrales de la finca. Lo cual sería plenamente eficaz si realmente ese tránsito por la inmatriculación fuese el destino de la mayor parte de las fincas registradas, antes o después.

Pero eso no es así, claro. Cuando se dicta la Ley del Catastro, el legislador no puede ignorar que el registro existe desde hace bas-

tante más de un siglo, y por lo tanto ese momento de la inmatriculación ya ha pasado respecto de todas las fincas ya inscritas a esa fecha. Pero además el grado de registración del territorio nacional es muy grande también en el año 1996, de modo que, en ese momento y muchos años antes también, la inmatriculación de fincas es un fenómeno excepcional, muy excepcional; tanto que es razonable ponerlo bajo sospecha. Esto es, que la experiencia demuestra que la mayor parte de las escasas inmatriculaciones de fincas que se realizan hoy día, ciento cincuenta años después de creada la institución registral, son dobles inmatriculaciones disfrazadas. Es verdad que, en nuestro país, hay regiones y épocas históricas en las que el registro de la propiedad de las fincas ha sido infrecuente (en alguna época, pero no desde hace ya bastante tiempo), y también que determinados acontecimientos de grave alteración social (la última y, hoy día, más citada guerra civil española), han motivado la destrucción física de algunos registros y por tanto de las inmatriculaciones allí recogidas (sin que la ley haya acertado en establecer procesos de reconstrucción socialmente adecuados, por cierto).

Pero eso no impide que la mayoría de las veces la inmatriculación que se hace en nuestros tiempos, la que corresponde a la realidad social existente a la entrada en vigor de la ley que contiene este artículo 53 y al momento actual también, sea, en el fondo, abusiva; siendo demasiadas las veces en que la inmatriculación no pretende ser sino una táctica simplificada y desprovista de rigor para reanudar el tracto de titularidades registrales interrumpido. Con todas las graves y negativas consecuencias, bien conocidas, que, para la estabilidad del régimen de seguridad jurídica inmobiliaria propio de nuestro Derecho, tienen los supuestos de doble inmatriculación de fincas.

Mucho más adecuado y mucho más efectivo hubiera sido exigir la coordinación catastral máxima, la de este apartado Siete del artículo 53, a todos los casos de creación de nuevas fincas; no sólo en el momento del acceso primero al registro de su sustrato físico, sino también en todos los casos en que se cree una finca registral independiente, por cualquiera de las operaciones de la llamada modificación hipotecaria de la finca, esto es, segregación, agrupación, división, etcétera; y también en el momento de la declaración de una obra nueva sobre una finca ya inscrita. Ya que por esos otros momentos sí que van a pasar, tarde o temprano, todas o casi todas

las fincas, y por lo tanto, siendo rigurosos en esa fase, al final, se lograría sin duda la plena coordinación.

Y debe tenerse en cuenta que, si se limita la plena coordinación al momento de la inmatriculación, no por ello se asegura que esa finca vaya a conservar su correlación con el Catastro, tras la inmatriculación. Los sucesivos procesos de división, segregación, agrupación, etc. podrán provocar que la coordinación inicial de la finca matriz acabe por perderse respecto de las fincas resultantes de la modificación hipotecaria.

Esta es en realidad la estrategia que el legislador ha seguido respecto del Catastro, que sí que va a tener la ocasión de coordinar la descripción de sus parcelas con la que consta en las escrituras y en el registro de la propiedad en todo supuesto de alteración de fincas; máxime cuando el Catastro, a diferencia del registro, hace desaparecer la parcela matriz, en ciertos casos (división, material u horizontal, y agrupación). Otra cosa es que el Catastro esté realmente aprovechando la información que se le da.

Otra posible estrategia es la que previó la citada instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de marzo de 2000, que se propuso también una implantación progresiva de esas bases gráficas propiamente registrales, según ya hemos examinado. De manera bastante indeterminada y algo resignada, reclamaba que lo que llamó la recuperación de los índices (que incluían la *"identificación planimétrica"* y la referencia catastral) se hiciera *"de manera que, desde un primer momento, pueda seguir un ritmo constante que permita el que, en cualquier supuesto de cambio de destino del Registrador, se haya realizado, al menos, una parte proporcional de la misma."* Y se marcó plazos concretos, de modo que se cumpliera que *"el 31 de diciembre de 1998"* estuvieran *"incorporados a los Índices informatizados de los Registradores todos los datos necesarios de las fincas con asientos posteriores a 1950."* Sin duda, es otra manera de conseguir, en más o menos tiempo, una revisión total, mediante el barrido sistemático, acumulativo y sujeto a plazos de todo el contenido registrado. Pero, además de que, como he dicho, esa estrategia decayó, por derogación de la normativa en que se sustentaba, es que la coordinación no sirve como una foto fija, sino que es igualmente necesario que permanezca en el tiempo. Si la coordinación plena se programa para ser hecha una sola vez, por cada finca y para todas las



fincas, sin duda que el resultado sería mucho mejor que si se limita al improbable caso de que haya una inmatriculación, pero, si realmente se cree en la bondad de una coincidencia completa de descripciones, registral y catastral, el objetivo ideal debe ser el de, no sólo establecerla, sino también el de no perderla en las sucesivas operaciones de manipulación física de la finca ya coordinada.

En conclusión, que, a pesar de sus limitaciones, el sistema que ha terminado por estar realmente vigente, que no se basa en actuaciones de oficio por parte de funcionarios sino en la colaboración de los interesados que hoy se prevé (si es que se prevé), me parece que tiene más probabilidades de ser fructífero que el que propuso el Reglamento Hipotecario y no prosperó, pero a condición de que una reforma de la ley ampliara el proceso de acomodación con el Catastro, con el mismo grado de rigor que prescribe el apartado Siete del artículo 53 de la Ley 13/1996, no sólo a la inmatriculación de fincas sino a todo supuesto de creación de una finca nueva, ya sea como consecuencia de todas las llamadas modificaciones hipotecarias o de la declaración de una obra nueva.

## **ii) La inmatriculación de la referencia catastral de una finca ya inmatriculada**

### **1. *La doble modalidad: la inmatriculación de la referencia catastral solicitada en el trámite de inscripción de un título referido a una finca ya inscrita y la inmatriculación solicitada como operación registral autónoma***

En cualquiera de las dos modalidades que regula el artículo 53 de la Ley 13/1996, como parte del proceso de inscripción del título que la contiene o como operación registral autónoma, este segundo supuesto de constancia de la referencia catastral, relativo ahora a una finca que ya está inscrita pero que no tenía hecha constar en el registro tal referencia, constituirá el caso más frecuente, sin duda muchísimo más habitual que el de hacer tal constancia con ocasión de la ya de por sí extraordinaria inmatriculación de fincas.

Su regulación está en los apartados Dos (el primero que hoy queda vigente), Cinco y Seis del ya repetido artículo 53 de la Ley 13/1996, pero también en lo que fue el resto del contenido de la sección 4.<sup>a</sup> de aquella ley, hoy trasladado al título V de la Ley del

Catastro (con la única exclusión de aquellos artículos como el 46 y el 47, que regulan otros documentos distintos de los registrales); normas a las que de nuevo habrá que añadir las del Reglamento Hipotecario.

Esta dispersión normativa, especialmente la causada por la disgregación del original artículo 53 en una parte que pasa a la Ley del Catastro y otra que permanece en la Ley 13/1996, podría plantear un grave problema interpretativo a quien acceda por primera vez a esta última ley, en su formato actual. En su origen, estaba completamente claro que el apartado Dos seguía al Uno y que no era sino una regla especial, una excepción, de ese apartado Uno. De manera que no podía haber duda de que la referencia catastral que se trata de hacer constar es *"la correspondiente al inmueble objeto del asiento que se pretende"*, o sea, que se trata de actuaciones registrales relativas a fincas ya inmatriculadas. Sólo. De modo que la regla general, en el apartado Uno, era la de recoger esa referencia catastral en el *"asiento como uno más de los datos descriptivos de la finca"*, o sea, lo que ahora ordena el artículo 48 de la Ley del Catastro, y la excepción la del apartado Dos, para cuando existían discrepancias en la descripción, en cuyo caso se ordenaba utilizar procedimientos de recogida también excepcionales; pero sin que, como digo, pudiera haber ninguna duda, como podría ocurrir ahora, de que el título a que se refiere el apartado Dos es un título público, presentado a inscripción por contener un acto inscribible, y no a cualquier documento privado o a una mera instancia que solicita la constancia de la referencia catastral de las fincas inscritas. Menos aún, un documento que solicite el absurdo de la constancia registral de la referencia catastral de una finca no inmatriculada. Cosas como digo perfectamente claras en el *iter* legislativo pero que hoy día podrían prestarse a innecesaria confusión.

Por las razones antes dichas de su origen como parte de un texto más completo (pero no sólo por eso, sino que parece más bien un estilo narrativo propio del legislador de esta Ley 13/1996), el apartado Dos del artículo 53 es un precepto redactado en negativo, que extrae, sin mencionarla, una consecuencia también negativa, para, inmediatamente, arbitrar un mecanismo excepcional, que es en realidad el único que ordena hacer alguna cosa. Y al final y en definitiva un texto bastante confuso.

Es por tanto este apartado Dos una norma mucho más preocupada por evitar que pasen las cosas que rechaza que por procurar las que estima que sí deben ocurrir. Así resulta que el apartado Dos no ordena al registrador lo fundamental y lo que debería ser el régimen ordinario de actuación: reflejar en las inscripciones la referencia ca-

tastral cuando los datos descriptivos de la finca y del título coincidan. Esto, que era lo que decía el anterior apartado Uno del artículo 53, hoy lo establece el artículo 48 de la Ley del Catastro, diciendo que *"el registrador recogerá en el asiento como uno más de los datos descriptivos de la finca, la referencia catastral que se le atribuya por los otorgantes en el documento inscribible"*.

De manera harto imprecisa, por no decir errónea, añade ese artículo 48 que el registrador hará lo que se le ordena *"una vez calificada la documentación presentada"*. Ciertamente, no lo hará antes, porque la calificación es lo primero, pero tampoco lo hará *una vez* califique sino cuando inscriba, previa una calificación favorable o tras el recurso que venza la desfavorable; pues si finalmente no practica el asiento solicitado para el negocio sustantivo –por cualquier motivo, incluso la mera retirada del título presentado a inscripción– tampoco podrá hacer constar en asiento alguno la referencia catastral del bien inmueble, porque no habrá tal asiento.

Tampoco le dice este apartado Dos al registrador lo que debe hacer cuando aprecie que no hay coincidencia en las descripciones. Está claro que, aunque de modo indirecto, le ordena no hacer constar la referencia catastral (*"... solo podrá reflejarse la referencia catastral..."*), pero ¿debe hacer algo más? En principio, no... salvo que concurren además otras condiciones, en cuyo caso, debe actuar como dice esta norma. Todo muy indirecto, como iremos viendo.

Y tanta cautela y tanta preocupación negativa resultan un tanto sorprendentes teniendo en cuenta que la primera redacción que tuvo este artículo, aun en fase de borrador o anteproyecto pero como resultado de los acuerdos llegados en la antes citada comisión interministerial del año 1995, casi no hacía otra cosa que contemplar las distintas posibilidades de discrepancia, y encomendar al registrador la puesta en marcha de la correspondiente acción correctora.

Porque lo cierto es que, con más o menos oportunidad o acierto, las propuestas normativas adoptadas en aquella comisión estaban claramente orientadas a procurar la coordinación de la descripción física de las fincas, tanto entre instituciones como con la realidad, y consiguientemente ordenaban actuar y no se limitaban a justificar la inacción.

Propuestas que no prosperaron.

Como es natural, no intentaré sacar ninguna consecuencia jurídica de una ley que no llegó a serlo, pero sí que me parece adecuado extraer de los acuerdos de aquella comisión dos conclusiones: una, que sí que es técnicamente posible y pudo haber sido realidad legal un planteamiento verdaderamente coordinador; otra, que se desechó. Y me permito añadir que quizá la causa de ese rechazo estuvo en las preocupaciones más corporativas, que tuvieron un poco más de peso y determinaron el tratamiento defensivo que finalmente prevaleció.

Para concluir esta introducción al examen de los citados apartados Dos, Cinco y Seis del artículo 53 de la Ley 13/1996, baste decir que afortunadamente no se ha añadido por ninguna otra norma la perturbadora exigencia –ya vista– de que la finca esté catastrada a favor del titular civil o sus causahabientes.

Por lo demás, la duplicidad de régimen, distinguiendo según se trate de que la referencia catastral se haga constar con ocasión de la inscripción registral de cualquier título o como operación registral autónoma, es probablemente innecesaria, ya que, aunque no veo mayor inconveniente en permitir la constancia (inmatriculación) de la referencia catastral en el registro de la propiedad en cualquier momento que el propietario de los bienes lo demande, sin tener que esperar a una transmisión o al otorgamiento de un acto inscribible, me parece un error haber establecido dos regulaciones distintas cuando la operativa, en prácticamente todos los aspectos, ni es ni tendría por qué ser diferente, como enseguida vamos a ver; de modo que probablemente hubiera sido más claro y más preciso establecer una sola regulación, evitando antinomias innecesarias, con alguna particularidad por razón del momento o causa de la constancia solicitada.

Por el contrario y como quiera que, según veremos y al menos literalmente, los apartados Dos y Cinco del artículo 53 prescriben reglas diferentes, se hace necesario armonizarlas; algo que se hubiera podido evitar si el legislador hubiera limitado ese apartado Cinco a sus párrafos inicial y final, remitiéndose en el primero a las reglas del apartado Dos, en lugar de hacer como que fija otras nuevas, que no hay razón para que sean distintas de las del apartado Dos y que, en el fondo, tampoco lo son de verdad.

En mi opinión y a pesar de lo que diga el artículo 53, sólo hay una forma legal de llevar al registro la referencia catastral de las fincas y

la aparente discordancia de los requisitos que exigen los apartados Dos y Cinco es eso, aparente, pero no real, por lo que, básicamente, trataré ambos supuestos conjuntamente, sin perjuicio de las aclaraciones particulares que puedan ser necesarias.

## 2. *El título inscribible*

Esta materia es, en mi opinión, la única en la que hay una diferencia verdaderamente reseñable, entre las dos modalidades de constancia de la referencia catastral sobre una finca ya inmatriculada. Y, en efecto, está regulada de modo algo diferente en los apartados Dos y Cinco del artículo 53; el problema es que tal regulación del título inscribible, que ha de provocar la constancia registral de la referencia catastral, no está del todo clara en el texto legal.

Aparentemente, hay tres posibles títulos: el apartado Dos menciona dos documentos y el apartado Cinco, sólo uno.

A) La primera mención que hace el apartado Dos es la relativa, genéricamente y de modo escueto, al *título*, y por esta expresión no cabe duda de que hay que entender el *título inscribible* o *título presentado a inscripción*, ya que la inmatriculación de la referencia catastral se hace con ocasión de la inscripción de un acto susceptible de ella, sobre finca ya inscrita (conforme a las limitaciones anunciadas para este estudio, trataré sólo del caso en que ese *título* sea una escritura pública y no otra clase de documento público). La segunda mención habla del "*documento catastral aportado*".

Lo cierto es que, atendiendo a su finalidad sustantiva, que es lógicamente la principal, el *título presentado a inscripción* sirve para documentar el acto o contrato cuya inscripción se solicita. Además –pero solo además–, la ley obliga a que se haga constar en él la referencia catastral de los inmuebles que constituyan el objeto del negocio, pero tal obligación puede cumplirse tanto mencionando el dato en el propio documento principal, como *uno descriptivo más*, como anexando a él un documento *ad hoc*, en el que conste la referencia catastral, esto es, lo que, en terminología notarial, denominamos un documento unido a matriz.

En realidad y conforme al artículo 42 de la Ley del Catastro, la referencia catastral también puede ser acreditada directamente "*ante el registrador de la propiedad, durante el plazo de despacho de aquél* [el documento]", en cuyo caso, accedería al registro de modo

independiente, pero lo más habitual será lo contrario, esto es, que los interesados, por economía de medios, cumplan con todas sus obligaciones legales a la vez. Puesto que la ley les obliga a aportar la referencia catastral al notario y al registrador, y puesto que la acreditación ante el notario no tiene que ser reiterada ante el registrador, lo normal será que, si los interesados tienen intención y medios para aportar la referencia catastral, lo hagan ante el notario.

Pero si podemos considerar indiferente, desde el punto de vista del cumplimiento de la obligación legal de aportar la referencia catastral, el que el dato conste en el mismo cuerpo de la matriz o en un documento unido, la valoración es otra si atendemos a la finalidad perseguida con esa exigencia (inmatricular la referencia catastral, cumplidos ciertos requisitos). Lo importante es que el registrador, además de calificar el negocio documentado, conforme a las reglas generales, civiles e hipotecarias, califique la pertinente solicitud de constancia de la referencia catastral, debiendo, según la ley y como vamos a ver inmediatamente, comprobar que existe *"identidad entre la parcela catastral y la finca que los particulares describen en el título"*. Pero esto nos conduce de nuevo al problema ya varias veces contemplado de que se precisan dos elementos en la comparación, como dice ese apartado Dos, *"la parcela catastral y la finca"*. Esto es, se hace necesario comparar la descripción catastral y la descripción civil de la finca, para determinar que es la misma finca.

Los títulos inscribibles en el registro están obligados a incluir la descripción civil de las fincas que constituyen su objeto; podría constar además (nada lo impide) la descripción catastral, tomada del documento adecuado, pero no suele hacerse, porque no lo impone ninguna legislación, notarial o registral, ni los interesados lo reclaman.

¿Quiere esto decir que el apartado Dos resuelve este problema diciendo que la descripción a tener en cuenta para comparar, a los efectos de su regulación propia, es la que conste en *"el documento catastral aportado"*, dando por supuesto que ese documento catastral, a diferencia de la escritura, sí que contendrá una descripción catastral adecuada? Podría ser, pero no lo expresa con toda claridad ni, como vamos a ver, resulta así del conjunto de la legislación catastral.

Pero, antes de seguir avanzando, es necesario determinar si, en realidad, sería posible prescindir de todo este problema. Si la refe-

rencia catastral consta ya en el título presentado a inscripción, que está autorizado por un funcionario público, ¿cabe considerar que la acreditación de la referencia catastral ya está hecha y que el registrador, para dar cumplimiento al mandato del apartado Dos, debe pasar por la calificación favorable del funcionario que le precede en su actuación?

Si la correspondencia entre la referencia catastral y la finca fuera una simple cuestión de hecho, ésta sería sin duda la solución adecuada; pero en realidad la acreditación (art. 41) de la referencia catastral es al mismo tiempo e indisolublemente un juicio, el juicio de esa citada correspondencia (art. 45); lo que devuelve la competencia al registrador, pues, si bien corresponde a todos los funcionarios, en su respectivo ámbito de actuación, apreciar la correspondencia de la finca, sólo compete al registrador inmatricular la referencia catastral.

Y además lo cierto es que la solución legal –que me parece correcta– sigue otra vía: el artículo 47 de la Ley del Catastro ordena a los notarios transcribir, *"en el documento que autoricen, dicha referencia catastral, incorporando a la matriz el documento aportado para su traslado en las copias."* O sea, que, en principio, sí que se dará esa duplicidad de títulos de que habla el apartado Dos, y, generalmente, el título inscribible que acceda al registro llevará además la reproducción del documento catastral aportado, como una parte más de la copia notarial de la escritura pública (o acta) matriz a la que se ha incorporado.

No es tan claro el régimen en el caso, que no estoy examinando aquí, de los documentos administrativos inscribibles, puesto que el artículo 46 de la ley dice que *"se hará constar la referencia catastral, así como el justificante en su caso aportado"*, esto es, no siempre, sino *en su caso*, y no *incorporación* a la matriz, sino *constancia*.

De modo que el registrador, en cualquiera de los casos citados, tanto si la referencia catastral se le ha acreditado directamente a él como si le llega ya acreditada, tendrá a su disposición un documento, que le servirá de título inscribible de la referencia catastral y que además describe la finca catastral, por lo que podrá formar por sí mismo el juicio de correspondencia que le exigen el artículo 48 de esta Ley del Catastro y el apartado Dos del artículo 13 de la Ley 13/1996.

Pero debe notarse que el artículo 47 lo que exige que se incorpore a la escritura es "*la documentación acreditativa de la referencia catastral conforme a lo previsto en el artículo 41*", y que, a los efectos que aquí estamos considerando, no todos los documentos citados en ese artículo 41 tienen el mismo valor, pese a lo cual, no cabe otro remedio que entender que el apartado Dos da el tratamiento de *catastral* a cualquier documento que haya acreditado la referencia catastral *con arreglo a la legislación catastral*.

Y lamentablemente puede ocurrir que el notario, cumpliendo con el artículo 41 de la ley, haya hecho constar la referencia catastral en base a un documento de los que no contengan la descripción catastral de la parcela, por ejemplo, el recibo de contribución y algunos tipos de certificaciones catastrales. Probablemente, tal supuesto no debería ocurrir, pero como ya hemos visto y volveré a examinar, se da con frecuencia.

El caso del recibo de contribución no es el único conflictivo a este respecto; el citado artículo 41 permite utilizar como documento catastral que acredite la referencia catastral la "*escritura pública*", y con ello está haciendo referencia sin duda al que notarialmente llamamos título previo; y no es en absoluto práctica habitual dejar incorporada a la nueva matriz ese título anterior. Una manera adecuada de cumplir la ley en este caso es deducir testimonio del documento catastral que quedó unido a esa escritura previa y constará reproducido en la copia, y unir ese testimonio a la escritura actual. De todos modos, la casuística es muy variada y ni siquiera esa precaución resuelve todos los problemas, problemas que, no lo olvidemos, provoca la propia ley.

Sin perjuicio de volver sobre este tema, cuando examine la intervención del registrador y del notario, en sus respectivos procesos de constancia de la referencia catastral, y sin perjuicio también de lo que diré, más adelante, acerca de si existe o no posibilidad de que el registrador haga constar una referencia catastral no alegada por los interesados, entiendo que es aquí donde cobra algún sentido la posibilidad de que todos los funcionarios y por tanto también los registradores utilicen los medios telemáticos legalmente a su disposición, para acceder ellos mismos al Catastro. En efecto, si el título inscribible expresa una referencia catastral y si ésta le ha sido acreditada al funcionario autorizante, los otorgantes han cumplido con todas las previsiones legales y no deben ser ellos quienes sufran los inconvenientes de que el artículo 41 haya hecho una regula-



ción errónea de los medios de acreditación de la referencia catastral (en realidad, una regulación equivocada del conjunto del proceso) y deben ser los registradores, puesto que pueden hacerlo, quienes pongan los medios para conocer el contenido del Catastro, al que la referencia catastral invocada le remitirá inequívocamente, pudiendo ya realizar la comparación y el juicio de correspondencia que le encomienda la ley.

B) Por su parte, el apartado Cinco, como título hábil para el proceso, sólo menciona la *certificación catastral*, añadiendo que será aportada por el titular. De modo que entiendo que ése y no otro será el título inscribible de la inmatriculación de la referencia catastral.

De donde resulta, por ejemplo, que la solicitud de constancia de la referencia catastral de los bienes inmuebles inscritos, hecha como operación registral autónoma, no debería ser el resultado de una presentación, a estos solos efectos, de la escritura pública en que se documente un negocio real inmobiliario susceptible de inscripción registral, por más que en esa escritura conste testimoniado el documento catastral que quedó unido a la matriz. En efecto, si la referencia catastral consta en una escritura pública que fue presentada a inscripción e inscrita, pero, por la razón que sea, no se dejó constancia en la inscripción de la referencia catastral incluida en ella, la nueva presentación de esa escritura, a los solos efectos, como digo, de conseguir la constancia de la referencia catastral, incluso después de haber solventado los eventuales inconvenientes (defectos, según la terminología al uso), debería mantenerse dentro del régimen del apartado Dos, no del apartado Cinco.

Más aún, en el supuesto, más de laboratorio que otra cosa, de que el titular pretendiera la constancia registral de la referencia catastral de su finca inscrita y no tuviera interés en inscribir el propio negocio documentado, no me parece oportuno que utilice la escritura pública como sustituto de la certificación catastral exigida por el apartado Cinco. Lo cierto es que este apartado tiene como finalidad precisamente esa, "*la constancia de la identificación catastral de la finca inscrita, como operación específica*"; y fija las reglas y procedimientos que fija, que no hacen referencia a ninguna escritura.

Además, el documento que acreditó la referencia catastral en la escritura, no tiene por qué ser un certificado catastral, que es lo que exige este apartado Cinco, pues puede ser cualquiera de los indicados en el artículo 41 de la ley. Por todo lo cual, entiendo que

este apartado Cinco debe considerarse una norma especial, que exceptúa dicho artículo 41 de la ley, de modo que, exigiendo expresa y precisamente una “*certificación catastral*”, no me parece posible hacer extensión ninguna, para admitir otros documentos que no sean del Catastro y que no sean propiamente una certificación.

También se exceptúa en este apartado Cinco el proceso general, en cuanto al plazo de aportación ante el registrador de la referencia catastral. Si el artículo 42 prevé que “*la referencia catastral de los bienes inmuebles deberá aportarse ante el registrador de la propiedad, durante el plazo de despacho de aquél [el documento]*”, lo cierto es que tal situación es imposible en este supuesto, pues, si no hay aportación de la referencia catastral en el momento mismo del inicio del procedimiento, no habrá tal procedimiento. No tiene sentido pensar en el supuesto de que el titular registral solicite “*la constancia de la identificación catastral de la [su] finca inscrita, como operación específica*” y que no aporte tal referencia al mismo tiempo en que hace la solicitud, sino que espere a hacerlo el último día (o uno cualquiera intermedio) del plazo de despacho del documento; ¿qué plazo podría ser ese?, ¿qué haría el registrador entretanto con la petición del interesado?

Todo lo cual no evita que, también en el procedimiento de este apartado Cinco, pueda tener lugar el mismo problema que hemos examinado al tratar del apartado Dos. En efecto, como he dicho antes, nada garantiza que la certificación catastral describirá la finca catastral. La regla 2.<sup>a</sup> de ese apartado Cinco parece admitir cualquier caso en que la certificación catastral no describa la finca “*en los mismos términos que los que figuran en el Registro*”, lo que tanto puede ocurrir porque lo haga de otro modo como porque no contenga una verdadera descripción o, como dice el apartado Dos, describa la parcela catastral “*en términos que no permitan apreciarse la identidad entre la parcela catastral y la finca*”. En mi opinión, es aquí igualmente aplicable la recomendación de acudir, directamente por el registrador, a los medios telemáticos que le dan acceso al contenido del Catastro.

De donde resulta, recapitulando, que, tanto en el caso del apartado Dos como en el del Cinco del artículo 53, el único documento necesario para inmatricular la referencia catastral es el que contenga, sumados, ese dato y la descripción catastral de la finca y que, aunque el proceso debe ser puesto en marcha por los interesados, bien con

ocasión de la inscripción registral de sus títulos civiles, bien como operación registral autónoma, ese único documento necesario para inmatricular es indiferente que lo aporten los interesados o que lo obtenga por sí el propio registrador; más aún, que, una vez que los interesados han cumplido con su obligación de aportar la referencia catastral, el documento que aporte la descripción catastral puede y debe ser obtenido por el propio registrador, accediendo al Catastro.

### **3. Constancia en la inscripción de la referencia catastral**

La constancia en la inscripción (como en otros documentos públicos) de la referencia catastral es el resultado de un proceso, cuyo paso fundamental es la comprobación de la identidad de la finca documentada con la catastral, esto es, lo que ya hemos estudiado bajo el nombre de *correspondencia*.

En el ámbito de la inscripción registral, la situación de identidad está regulada –y definida– de diferentes formas y en lugares también distintos de los textos legales. Cabe distinguir dos supuestos: la inmatriculación de una referencia de la que cabe predicar una entera (o casi) coincidencia con la descripción inscrita de la finca y la inmatriculación de una referencia catastral cuando no sea posible apreciar tal identidad ni siquiera aproximada. Y esa distinción puede hacerse en función del resultado del juicio de identidad entre la referencia catastral y la finca inscrita, atendiendo a los criterios que al efecto establecen el apartado Dos del artículo 53 de la Ley 13/1996 y el 45 de la Ley del Catastro. Preceptos que, regulando la misma materia y con la misma finalidad, son sin embargo un tanto diferentes.

Veamos los distintos textos legales: el artículo 45 de la Ley del Catastro dice que *"se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca:*

*a. Siempre que los datos de situación, denominación y superficie, si constara esta última, coincidan con los del título... y*

*b. Cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al 10 % (sic en el original, con abreviatura matemática) y siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos. Si hubiera habido un cambio en el nomenclátor y numeración de calles, estas circunstancias deberán acreditarse, salvo que le constaran al órgano competente, notario o registrador."*

Y recuérdese también que la referencia catastral no describe en realidad la finca, sino que únicamente referencia la descripción que de ella contiene el Catastro; por lo tanto es mucho más preciso en este punto el artículo 53 como inmediatamente veremos; además, la referencia catastral remite también a la representación gráfica de la finca, pero lo cierto es que la comparación sólo es posible entre la descripción de los títulos y la literaria del Catastro, no la gráfica; no cabe tener en cuenta la forma de la finca, que es uno de los datos fundamentales que aporta el Catastro y que hubiera sido muy aconsejable añadir a las escrituras y los libros del registro; algo que esta legislación que estamos examinando no ha previsto, desaprovechando una excelente ocasión, pero que los interesados podrían hacer de *motu proprio*.

Por su parte, en el artículo 53.Dos, leemos (deducimos) que hay coincidencia *"cuando la situación, denominación y superficie de la finca descrita en el título... se corresponda con los respectivos datos descriptivos del documento catastral aportado* (presuponiendo que el documento catastral hace una descripción de al menos esa situación, denominación y superficie de la finca), *o cuando éste... refleje dichos datos... en términos que... permitan apreciarse* (sic) *la identidad entre la parcela catastral y la finca que los particulares describen en el título"*.

Dado que, como he dicho, el artículo 53 está redactado en sentido negativo, en realidad no dice cuándo hay coincidencia sino cuándo hay discrepancia, por lo que lo expuesto no es sino una recreación mía.

Y, por último, el mismo artículo 53 pero en su apartado Cinco, estima que hay coincidencia cuando se *"aporta certificación catastral que describa la finca en los mismos términos de denominación, situación y superficie, que los que figuran en el Registro"* o, alternativamente, cuando, *"coincidiendo la descripción y situación, la diferencia de superficie es inferior al 10 por 100 de la reflejada en el Registro, o cuando habiendo diferencia en el nombre o número de la calle, se justifica debidamente la identidad."*

¿Responden esos distintos enunciados a diferentes supuestos de hecho?; dicho de otra manera, los enunciados de esas tres normas ¿son diferentes porque se refieren a distintas realidades y dictan consecuencias jurídicas también distintas, adaptadas a cada caso? En mi opinión, no. El problema en todos los casos es el mismo: averiguar si hay coincidencia, al menos en la medida mínima

suficiente, entre la finca registral y la catastral. Por lo tanto, esos tres preceptos deberían haber tenido un texto uniforme o, mejor aún, remitirse todos a uno sólo de ellos, preferiblemente el de la Ley del Catastro.

Porque es verdad que los puntos Dos y Cinco del artículo 53 regulan supuestos diferentes, ya que el primero trata de la inmatriculación de la referencia catastral con motivo de la inscripción de una escritura y el segundo de la inmatriculación de tal referencia de manera autónoma de la inscripción de cualquier título, pero, en ambos casos, debe cumplirse ese mismo requisito de coincidencia en las fincas, y en ambos el hecho de la coincidencia debe valorarse de igual modo. Lo importante es que el registrador llegue a un juicio de identidad de la finca y su referencia catastral o, mejor dicho –porque eso es lo que quiere decir la ley–, de la descripción de la finca en el título y en el Catastro; por lo tanto, se hace necesario armonizar las dos diferentes regulaciones del artículo 53, considerando que las dos (como también la del art. 45 de la ley) lo que hacen es exigir y al mismo tiempo conformarse con una correspondencia razonable; es decir, que tolere pequeñas variaciones, pero que éstas sean de tal naturaleza que no hagan dudar sobre la identidad de la finca. Y lo cierto es que el grado de esa *correspondencia razonable* se exige en la misma medida para todos los casos de constancia de la referencia catastral; sólo que, al expresarlo el legislador de modo diferente, plantea dudas innecesarias.

Examinada así la cuestión y combinando en un solo modelo todas las exigencias transcritas, vemos que la legislación catastral-registral utiliza, aparentemente con un valor equivalente, dos criterios distintos de correspondencia. Por un lado y de un modo que podríamos llamar objetivo, la que resulta de datos que son físicos y cuantificables, de modo que no hay que hacer con ellos otra cosa que compararlos y, en su caso, comprobar que las diferencias no exceden de los márgenes de tolerancia admitidos; siguen este patrón el artículo 45 (en parte) y el apartado Cinco del artículo 53, que utiliza como elementos de comparación la situación, la denominación y la superficie de la finca, y establece un porcentaje de variación admisible en la superficie y un modo de justificar cambios en los otros dos elementos. Si la comparación da un resultado conforme con la norma, el registrador debe aceptar que hay correspondencia y hacer constar la referencia catastral en el asiento.

El otro criterio es enteramente subjetivo y la finalidad es la de que el registrador *pueda apreciar la identidad*, por lo que los elementos de comparación, que también se regulan y son además los mismos de antes (denominación, situación y superficie), ya no tienen valor definitivo por sí mismos, sino que lo importante es que "*permitan apreciarse la identidad entre la parcela catastral y la finca que los particulares describen en el título*" (aunque la frase está redactada como oración impersonal, lo cierto es que el sujeto de ese "*permitan*" es el registrador de la propiedad). Por eso, ya no hay porcentajes o márgenes de discrepancia; lo que pueda considerarse aceptable o no aceptable pertenece al ámbito de la decisión, al arbitrio, del registrador (sin que tampoco sea aceptable como casi nunca lo es en Derecho una absoluta discrecionalidad, sino que el registrador debe acudir a los citados elementos, objetivos y subjetivos, aunque con la libertad –y la responsabilidad– de valorarlos a su criterio).

Examinando con más detalle esos elementos objetivos, lo cierto es que las diferentes normas que los mencionan no los enumeran del mismo modo y utilizan diferentes maneras de definir lo que debe entenderse por descripción de una finca, en las distintas leyes hipotecarias y catastrales. Así: el apartado Dos del artículo 53 que estamos analizando habla de "*situación, denominación y superficie*"; el apartado Cinco del mismo artículo considera alternativamente equivalentes la "*denominación, situación y superficie*" y la "*descripción y situación (y, en cierta medida, la superficie)*"; el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, para describir la finca, menciona la "*naturaleza, situación y linderos*", a lo que añade "*su medida superficial, nombre y número*", pero sólo "*si constaren del título*" –o sea, que no las considera datos siempre necesarios y la realidad demuestra que hay inscritas fincas sin ellos–; y el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, al desarrollar precisamente ese artículo 9 de la ley, dice que la "*situación*" de las fincas se determinará expresando, entre otras cosas, sus "*linderos*", de manera que la primera incluiría a los segundos.

Y, si atendemos al que he llamado criterio subjetivo, al de carácter interno que concluye con un juicio del registrador, vemos que también se enuncia de modo discrepante, según la norma que lo mencione. El apartado Dos del artículo 53 habla de "*términos que no permitan apreciarse la identidad*" y el artículo 45 de la Ley del Catastro establece que "*siempre que, además, no existan dudas*

*fundadas sobre la identidad*". Por su parte, el apartado Cinco del repetido artículo 53 no menciona nada más que parámetros objetivos.

En rigor y basándonos sólo en el tenor literal del artículo 53, podría sostenerse que el primer criterio, el objetivo, sólo es aplicable al supuesto propio del apartado Cinco y que el segundo, el subjetivo, lo es al apartado Dos; y que el artículo 45 de la Ley del Catastro es de innecesaria aplicación o, en todo caso, de aplicación supletoria (puesto que alguna pequeña diferencia hay en la redacción) al supuesto del apartado Cinco.

Yo no creo que sea así. Sin perjuicio de que la técnica legislativa desde luego es poco afortunada, creo que el inciso del apartado b. del artículo 45 *"siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos"*, es aplicable a todos los casos de constancia-inmatriculación de la referencia catastral en el registro, y que esa opinión es la que concuerda mejor con toda la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la identidad de la finca, según hemos de ver más adelante.

Por la misma razón, creo que, sin importar la redacción concreta, el elemento o criterio subjetivo debe entenderse y aplicarse de un mismo modo y en todos los supuestos.

Creo, como he dicho ya, que el registrador actuará igual en todos los casos, que todos los datos y elementos citados entran en juego en todos los supuestos contemplados. Esto es, que el registrador supeditará la constancia de la referencia catastral en la inscripción a su juicio positivo de correspondencia suficiente, pero que, para formar su juicio subjetivo de identidad, en su caso incompleto o relativo, tendrá en cuenta los elementos objetivos de comparación que le sugiere la ley y los márgenes de tolerancia que establece.

Y será entonces cuando le podrá surgir el problema de que el documento aportado para justificar la referencia catastral que se desea inmatricular (que recordemos que no es el título inscribible del negocio en sí, pero que puede –debería– estar incorporado a él) no contenga los suficientes datos objetivos de comparación, o sea, no describa la finca catastral.

Ya he examinado en distintos lugares de este estudio los perniciosos efectos que provoca el hecho de que la ley, en su artículo 41, admita tales medios de acreditación absolutamente inadecuados. El apartado Dos del artículo 53 se refiere expresamente al supuesto

(“cuando éste [«el documento catastral aportado»] *no refleje dichos datos*”) y aparentemente para justificar que ello sea motivo suficiente para denegar la constancia de la referencia catastral invocada. Por el contrario y como también mencioné, la Dirección General de los Registros y del Notariado saca una conclusión diferente y, en mi opinión, igualmente incorrecta, pues no critica el que el registrador aceptara añadir a la inscripción la referencia catastral, a pesar de que no pudo comprobar la identidad entre la finca registral y la catastral, por falta de datos descriptivos, pero sí entiende que esa ausencia de una descripción adecuada hace que el registrador no quede vinculado por la inmatriculación de la referencia catastral, en cuanto a actuaciones suyas futuras, contradiciendo el mandato del inciso final del apartado Dos, que establece efectos contra tercero.

Como ya he dicho al tratar de la insuficiencia de ciertos documentos, a la hora de acreditar la referencia catastral, ninguna de las dos posturas me parece adecuada, y entiendo que lo correcto y lo obligado es que el registrador, que medios tiene para ello, obtenga por sí y directamente del Catastro los referidos elementos objetivos de comparación que pueda necesitar, de modo que únicamente refleje la referencia catastral cuando esté convencido de la identidad de la finca, y, una vez hecho así, sea consecuente con sus decisiones. Al igual que dije también respecto del trámite de la constatación, no creo que sea nunca adecuado, ni siquiera cuando la ley expresamente lo permita, que el funcionario que intervenga haga constar en el documento público bajo su control una referencia catastral que él mismo no cree que corresponda a la finca, porque no la ha podido identificar sin dudas razonables.

En definitiva, creo que ese proceso que la ley parece no tener claro cómo denominar y que unas veces llama *constancia*, otras *reflejo*, otras *recogida*, otras *consignación*, otras *atribución* y aun otras *transcripción* de la referencia catastral, requiere siempre de un previo juicio favorable de identidad o correspondencia, con los márgenes que se quiera, pero con los suficientes elementos positivos como para alcanzar una opinión global favorable. Así, sin duda y con la ley en la mano, con relación a los registradores y funcionarios administrativos, y así en mi opinión también respecto de los notarios, aunque ninguna ley se haya acordado de decirlo.

La exigencia legal, tal como la entiendo, es la de que la referencia catastral quede inmatriculada siempre que (pero también única-



mente cuando) la descripción catastral de la finca, obtenida de cualquier manera establecida en la legislación, permita al registrador de la propiedad apreciar identidad con la finca inscrita.

Establecida la correspondencia suficiente, en los términos vistos, o resuelto positivamente el recurso gubernativo que desatienda las dudas del registrador, si realmente estamos ante una inmatriculación de la referencia catastral, como sostengo, será necesario respetar una fundamental exigencia más: que la referencia catastral no conste ya inmatriculada. Lo cual, en términos de referencia catastral, en parte como en el caso de la inmatriculación de fincas pero en parte de modo inevitablemente diferente, implica dos cosas:

— Que la finca no tenga ya asignada una referencia catastral diferente, por más que la que se pretenda asignar ahora sea la correcta y la anterior esté equivocada. En esa situación, más que de inmatriculación, cabe hablar de rectificación de un dato registral erróneo, y las exigencias del efecto frente a tercero que se le quiere dar a la constancia de la referencia catastral obligan a ello. Lo veremos más adelante al tratar de ese efecto.

— Que la referencia catastral no esté ya asignada a otra finca inmatriculada en ese (y, en rigor, en ningún otro) registro. Es el caso que la Ley 13/1996 regula en el apartado Seis del artículo 53, y lo veremos al examinarlo.

#### *a) Referencia catastral de la finca de origen*

Y tanto el establecimiento de la relación de correspondencia en la descripción de la finca como el requisito de la singularidad de la referencia catastral que se haga constar nos obligan a traer de nuevo a colación el caso previsto en el artículo 40.2 de la ley, esto es, el de que la referencia catastral aportada sea la de la "*finca de origen*".

Como vimos, al considerar el problema desde la perspectiva de la obligación de aportar la referencia catastral, debe considerarse separadamente los casos de la escritura en que se realiza la modificación hipotecaria en cuestión y las posteriores (hasta el momento en que el Catastro dote a la nueva finca de referencia propia).

En el primer caso y siempre que fuera pertinente, procede aprovechar la escritura que formaliza la modificación hipotecaria para asignar una referencia catastral a la finca matriz, en el caso de que

ésta no la tenga ya (o para rectificar una asignación anterior errónea, según el proceso general para tales rectificaciones, según veremos). Aunque para ello debe tenerse en cuenta que, en rigor, tras la modificación hipotecaria, puede ser que ninguna finca, ni siquiera las que la Ley del Catastro denomina "*finca de origen*", conserve la referencia catastral que tenía, de manera que incluso la posibilidad que he indicado de utilizar dicha referencia para asignarla a una finca que no la tenía –o para corregir las erróneas– estará condicionada a esa conservación. Según la circular 07.04/06, de 9 de junio, de la Dirección General de Catastro, sobre criterios de asignación y modificación de la referencia catastral de los bienes inmuebles, la primitiva referencia catastral sólo se conservará en el caso de agregación y de segregación, pero no en el de agrupación ni en el de división.

No ocurre igual, sin embargo, con la nueva finca o las nuevas fincas que se forman en esa escritura (nueva en el sentido de diferente a la que consta inscrita). En mi opinión, el registrador no debe hacer constar en la inscripción de la nueva finca la referencia catastral de la finca de origen, ni siquiera añadiendo la salvedad de que ese es el caso.

En mi opinión, no es obstáculo a esta conclusión el que la Orden de 23 de junio de 1999, por la que se regula el procedimiento para dar cumplimiento a la obligación establecida en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, sobre suministro de información a la Dirección General del Catastro por los notarios y registradores de la propiedad, y, en concreto, la resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, de fecha 7 de agosto de 2006 (que modifica el anexo de dicha orden), soliciten al registrador que haga constar si la referencia catastral incorporada al asiento cuyo contenido se comunica es la de la finca de origen. Por un lado, puede que estemos ante una consecuencia imprevista de lo que considero un error: que el formato de información contenga los mismos ítem para las comunicaciones de notarios y registradores; pero sobre todo es que ese mismo anexo especifica que se trata de dejar constancia del "*cumplimiento del artículo 40 TRLCI*", es decir, de si los interesados han cumplido o no con la obligación que establece ese artículo. Dado que aportar la referencia catastral de la finca de origen es una manera legal de *cumplir*, es lógico que, en la comunicación que el registrador hace al Catastro,

se dé entrada al supuesto, plenamente legal, por el que el interesado se acoge a la regla del apartado 2 de ese artículo, que dice que *"será suficiente la aportación de la referencia catastral de las fincas de origen"*.

Pero no es esa consideración eventualmente sancionadora la que interesa ahora, sino la de si debe constar en la inscripción de una finca –en su caso inmatricular– una referencia catastral que no le es propia, con los importantes efectos que la ley atribuye a dicha constancia-inmatriculación.

Y lo cierto es que no creo que haya apoyo legal para inmatricular la referencia catastral de la finca de origen en el asiento de las *resultantes*. El *"será suficiente"* del artículo 40.2 puede que lo sea para salvar la responsabilidad de los obligados de aportar la referencia catastral, pero no, para que deba constar en el asiento propio de la nueva finca, *"como uno más de los datos descriptivos de la finca"*, tal y como prescribe el artículo 48 de la ley, una referencia catastral que no lo es del concreto inmueble, que no ha sido atribuida a ese inmueble por los otorgantes (art. 48) y que, sobre todo, no puede decirse de ella que *"exista correspondencia entre la referencia catastral y la identidad de [esa] finca en los términos expresados en el artículo 45"*, según ese mismo artículo 48.

En mi opinión, la previsión de esa orden ministerial es demasiado indirecta y ni siquiera excluye la posibilidad de que, de modo redundante e inútil, el registrador se limite a reiterar lo que ya habrá dicho el notario, esto es, que, en la escritura, consta que los otorgantes han aportado la referencia catastral de la finca de origen, pero sin que ello haya obligado al registrador a hacerla constar en la inscripción de la finca.

Por otro lado, incluir en el asiento de la finca resultante la referencia catastral de la de origen se opone también a la exigencia de singularidad, o sea, a la prohibición de inmatricular una referencia catastral que el registro tenga ya asignada a otra finca distinta, pues es evidente que la referencia catastral que consta en el documento habrá de coincidir en varias fincas; ya sea porque todas las fincas resultantes –por segregación o división– de una matriz tendrán asignada en la escritura la misma referencia catastral; ya, porque la finca agrupada tendría en su descripción las referencias catastrales de todas las de origen, lo que –además de que conduciría a la irregularidad no amparada por la ley de inmatricular más de una referencia

catastral por finca– provocaría que esas referencias catastrales de la nueva finca estuvieran ya asignadas en el registro a dichas fincas de origen; que es precisamente lo que no permite el apartado Seis del artículo 53.

*b) Inmatriculación de la referencia catastral cuando no se ha establecido la correspondencia de la finca catastral y la registral*

Empezaré por decir que esta posibilidad, sencillamente, no debería existir.

Sin ella, tendríamos un sistema de constancia registral de la referencia catastral algo decepcionante, por todo lo dicho, pero coherente. Con unos u otros matices, el mismo sistema que rige para los demás documentos públicos en los que debe constar dicha referencia.

En efecto, lo normal es que, si hay correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca, se haga constar en la inscripción; y que, si no, pues no. Sin que proceda arbitrar un procedimiento alternativo, pues, en otro caso, ¿qué justificación tenía la preocupación por encontrar la identidad?

Además, ese es el régimen aplicable a todos los demás documentos públicos (aunque, desgraciadamente, no esté lo suficientemente claro, en la ley, en el caso de las escrituras públicas). Lo sorprendente y un tanto extravagante es que no sea así en el caso de la inscripción registral.

Pero lo cierto, y así se dice con toda claridad en los apartados Dos y Cinco del artículo 53 de la ley, es que se posibilita expresamente la inmatriculación registral de una referencia catastral que no se corresponda con la finca inscrita.

En teoría, digo, pues, en la práctica y aunque no tengo datos estadísticos, sí tengo la plena convicción de que el régimen legal que estamos examinando en este apartado sencillamente no se usa. No me parece que, salvo circunstancias muy excepcionales, los titulares registrales puedan tener ni de lejos el interés personal que se necesita para poner en marcha el régimen legal de inmatriculación de una referencia catastral y sufragar los gastos que necesariamente provocará su aplicación.

El artículo 53 dedica a esta cuestión la totalidad del apartado Dos (en su expresión en positivo, puesto que todo lo que antes hemos

visto, para el caso de que sí haya coincidencia o correspondencia de la finca con la referencia catastral, es en realidad la lectura en negativo del precepto) y la regla 2.<sup>a</sup> del primer párrafo del apartado Cinco. Como antes, el primero, para cuando el problema surge con motivo de la inscripción de una escritura, y el segundo, para cuando se ha solicitado la constancia de la referencia catastral como una operación registral autónoma. Y de nuevo, siendo la finalidad la misma en ambos supuestos, formula la ley dos métodos distintos cuando debería ser uno solo, volviendo a plantear innecesarios problemas de interpretación.

En el fondo, el procedimiento se limita a añadir al régimen ordinario el requisito de la publicación de edictos, lo cual, en definitiva, no hace sino poner de relieve, una vez más, que la ley no busca corregir las discrepancias con el Catastro ni, con más generalidad, el error de la descripción de la finca, allí donde se halle, ya esté en la escritura, en la inscripción o en el Catastro, sino únicamente dar publicidad a la discrepancia, o sea, advertir de ella. En cierto modo, es algo así como trasladar la responsabilidad de esos errores o discrepancias a los interesados; permitiendo su reacción, si es que realmente llegan a tener conocimiento del hecho por los edictos (cosa generalmente poco probable); o, en otro caso, haciéndoles copartícipes del error y de sus consecuencias, por razón de su pasividad.

Porque de lo que no cabe ninguna duda es de que, en caso de falta de correspondencia entre la descripción de la finca, entre la descripción catastral y la que obra en el título y en el registro, el procedimiento alternativo de inmatriculación de la referencia catastral que se establece no pretende, no puede ser que se pretenda con él, corregir ningún posible error. Error que, cuando no hay correspondencia en las descripciones, en alguna parte ha de estar, sin que la simple puesta de manifiesto de que hay discrepancia entre registro y Catastro permita averiguar dónde.

Veamos el contenido de las disposiciones legales:

Dice el apartado Dos del artículo 53 que *"cuando la situación, denominación y superficie de la finca descrita en el título no se corresponda con los respectivos datos descriptivos del documento catastral aportado, o cuando éste no refleje dichos datos o lo haga en términos que no permitan apreciarse la identidad entre la parcela catastral y la*

*finca que los particulares describen en el título, solo podrá reflejarse la referencia catastral invocada por los otorgantes si el documento reúne los requisitos que conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento permitirían inmatricular la finca. En todo caso, habrán de publicarse los edictos prevenidos en dichos artículos, en los que se exprese que a la finca registral que se describe se le atribuye la referencia catastral reseñada en el documento*".

Por su parte, la regla 2.<sup>a</sup> del primer párrafo del apartado Cinco del artículo 53 dice que *"fuera de los casos previstos en la regla anterior [los de correspondencia suficiente entre la referencia catastral y la finca], la consignación registral de la referencia catastral sólo podrá efectuarse mediante cualquiera de los procedimientos previstos para la inmatriculación de fincas"*.

De las dos formas de decirlo, sólo la primera tiene pleno sentido, pues sólo cabe hablar de analogía con el procedimiento de inmatriculación de fincas (*"requisitos que... permitirían inmatricular"*), nunca de aplicación plena (*"procedimientos previstos para la inmatriculación"*). Porque desde luego es imposible aplicar a la referencia catastral el procedimiento de inmatriculación de fincas tal cual; empezando por el que es su elemento principal: la acreditación de que quien solicita la inmatriculación es dueño. La referencia catastral no tiene dueño.

Y, si se está haciendo un uso metafórico del término y lo que se quiere exigir es que el titular registral sea propietario del inmueble (considerando, lo que no es verdad, que la referencia catastral sea una pertenencia del bien), entonces tal propiedad, no sólo ya está acreditada en todos los casos de los apartados Dos y Cinco del artículo 53, sino que está amparada por la fe pública registral y está bajo la salvaguardia de los tribunales.

Y, a partir de ahí, la Ley 13/1996 prescribe dos procedimientos diferentes, como acabamos de ver, en cada uno de esos dos apartados Dos y Cinco del artículo 53. ¿Son en realidad diferentes? Veamos cómo no y cómo todos los requisitos que prescribe, salvo uno, son además impertinentes.

El apartado Dos del artículo 53, literalmente, establece dos requisitos: que el *documento* sea uno de aquellos que, conforme a la legislación hipotecaria, permitiría inmatricular la finca, y, segundo, que se publiquen los edictos que se ordenan en tal legislación in-

matriculadora (arts. 205 de la Ley y 298 del Reglamento, Hipotecarios).

Pero, ¿qué documento es ese?, ¿el primero de los citados por el apartado Dos, o sea, el *título* inscribible, o el segundo, el *documento catastral aportado* para acreditar la referencia catastral? Gramaticalmente, parece más adecuado considerar referido el segundo, pero tal cosa es incompatible con nuestro sistema hipotecario. Los documentos admitidos por ese artículo 205 de la Ley Hipotecaria son siempre títulos de propiedad; “*los títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos*”, dice esa norma; el artículo 298 del Reglamento Hipotecario no añade requisitos a esos títulos si bien especifica medios y modos de lograr la *acreditación “de modo fehaciente”* pedida por la ley. Un documento catastral acreditativo de la referencia catastral no puede reunir, en ningún caso, “*los requisitos que conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento permitirían inmatricular la finca*”, por lo que sólo cabe interpretar que el apartado Dos hace referencia al título inscribible. Y dado que el caso que estamos contemplando no es otro que la escritura pública que se presenta al registro para lograr la inscripción de un acto otorgado sobre finca ya inscrita, es evidente que este primer requisito estará siempre cumplido. (Y además, como ya he dicho, el dominio, al menos el del transmitente, estará, no sólo acreditado en el título presentado a inscripción, sino amparado por la fe pública registral.)

Sólo faltará pues por cumplir el requisito formal de la publicación de los edictos previstos en esos dos mencionados artículos de la Ley y Reglamento Hipotecarios.

Si, por el contrario, se trata del supuesto del apartado Cinco, lo que se ordena es seguir “*cualquiera de los procedimientos previstos para la inmatriculación de fincas*”; y ¿cuáles son esos procedimientos?, pues de nuevo los previstos en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, o sea, los que acabamos de ver: el expediente de dominio y la certificación de entidad pública, a que se refiere el artículo 206 de esa misma Ley Hipotecaria. Sin embargo y a diferencia de los títulos públicos mencionados en el artículo 205, cuyo valor y eficacia es general, para todo acto jurídico, el expediente de dominio (en este contexto) y la certificación del artículo 206 no tienen otra finalidad que la de inmatricular la finca, y resulta que, en el caso

que estamos viendo, la finca ya está inmatriculada. Y es que el otro requisito básico necesario para la inmatriculación es precisamente el de que sea tal y que estemos ante una finca no inscrita, es decir, que se cumpla el requisito del artículo 205 citado *"siempre que no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona"*; algo que, como es evidente, nunca puede ser el caso del apartado Cinco (ni del apartado Dos) del artículo 53.

En este supuesto del apartado Cinco, el título que provoca la actuación del registrador está ya exigido por la propia norma; se trata necesariamente de una *"certificación catastral"* y no será por tanto ninguno de los enumerados por los artículos 205 y 206 de la Ley Hipotecaria (siempre que tengamos en cuenta la salvedad ya hecha de que el apartado Dos se refiere al título inscribible de modo equívoco, y que sólo la interpretación nos ha llevado a determinar que allí se está haciendo referencia a títulos sustantivos), quizá esa sea la razón de que la dicción del apartado Dos *"... si el documento reúne..."* sea diferente de la del apartado Cinco *"... procedimientos previstos..."*.

De modo que, en definitiva y tanto para el caso del apartado Dos como para el del apartado Cinco, todos los requisitos que tiene algún sentido cumplir están ya cumplidos con la única excepción de la publicación de edictos.

Conforme al apartado Seis de este artículo 53, el registrador deberá hacer algo más: comprobar que la referencia catastral en cuestión no está ya asignada a otra finca inscrita; pero esa actividad no está demandada por los apartados Dos o Cinco y además es interna del registrador, de manera que no requiere actuación alguna de los interesados.

Y como quiera que esa publicación de edictos de ninguna manera puede tener como efecto modificar la descripción de la finca, el resultado final será que, tras un trámite puramente formal y tras las molestias y gastos consiguientes, el registro de la propiedad terminará por reflejar en sus asientos una referencia catastral correspondiente a una finca cuya identidad no es concorde en registro y Catastro, y sin que todo el proceso ordenado por la ley haya servido para resolver cualquier duda sobre su identidad.

Una falta de coincidencia que también afectará a la escritura que ha llevado al registro la referencia catastral en cuestión, pues si tal escritu-



ra se ha inscrito es porque ha descrito la finca de modo que pueda ser identificada con la registrada, conforme exige la legislación notarial e hipotecaria. Si fuera el caso de que la escritura ha cambiado la descripción de la finca, para actualizarla, acomodándola en su caso a la descripción catastral, como también le pide que haga el Reglamento Notarial, ya no estaríamos en el caso que ahora considero, sino en el de los apartados Ocho a Diez del artículo 53, que examinaremos más adelante y del que puede resultar la propia rectificación del registro.

Y no creo que a tal cosa quepa calificarla de coordinación entre instituciones, ni que sea razonable la pasividad con que se acepta la discrepancia.

Pero el apartado Dos no se limita a exigir que los documentos cumplan los requisitos que mencionan los citados artículos de la legislación hipotecaria, sino que pide además que se cumplan los procedimientos previstos para inmatricular. Y lo cierto es que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en su redacción vigente (que no era la que tenía cuando se dictó la Ley 13/1996), añade a la documentación necesaria para inmatricular fincas otros requisitos, proclamando que *"se incorporará o acompañará al mismo certificación catastral descriptiva y gráfica, de tales fincas, en términos totalmente coincidentes con la descripción de éstas en dicho título, de las que resulte además que la finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente."*

Si consideráramos aplicable esta norma a la inmatriculación de la referencia catastral, las consecuencias serían diferentes a las aquí expuestas hasta ahora. Pero es que, en mi opinión, tal norma reglamentaria no tiene cabida en este supuesto. Como decía antes, la remisión en bloque a los procedimientos de inmatriculación de fincas no puede entenderse sino en sentido analógico, puesto que en todo su rigor plantea dificultades insalvables.

En efecto, la primera exigencia del artículo 298 es incompatible con el supuesto de hecho que ahora estamos examinando; o sea, si la descripción catastral fuera enteramente coincidente con la descripción del título o del registro, entonces no se estaría acudiendo a este procedimiento supletorio de constancia de la referencia catastral, sino que se habría constatado –inmatriculado– directamente, por aplicación de la regla 1.<sup>a</sup> del apartado Cinco, sin hacer ninguna comprobación sobre la regularidad de la cadena de titularidades en el Catastro. La total coincidencia entre la descripción registral y la

catastral es necesaria para la inmatriculación de la finca (apartado Siete) pero no para la inmatriculación de la referencia catastral (apartados Dos y Cinco).

La segunda, la de que la titularidad catastral coincida con la del título, es claramente excesiva. Si el Catastro tiene otro titular, ¿es adecuado a Derecho que el registro ponga en duda la titularidad que él mismo publica, ésta sí bajo el amparo de la fe pública?, o bien, ¿es razonable someter al propietario que, cumpliendo con una obligación legal, solicita que la referencia catastral de su finca ya inscrita conste reflejada en el registro a un inexistente principio de tracto sucesivo catastral porque, por las razones que sea que no tienen por qué ser de su incumbencia, la descripción catastral difiera de la registral? Pues lo que es seguro es que, en el caso que debería ser normal y desde luego el más deseable, de que sí que haya correspondencia entre la referencia catastral y la descripción registral de la finca, es claro que la ley, al igual que respecto de la primera exigencia de ese artículo 298, no obliga a respetar el tracto de titularidades; como tampoco lo hace el artículo 48 de la Ley del Catastro ni la regla 1.<sup>a</sup> del mismo apartado Cinco del artículo 53 de la Ley 13/1996.

Llegar a esta conclusión tan rigurosa e inapropiada por la muy indirecta vía de que el artículo 53 de la ley se remita a un procedimiento de inmatriculación de fincas, que tiene presupuestos y consecuencias tan diferentes a la constancia de la referencia catastral, me resulta inconcebible.

Y además la exigencia vendría por la remisión del apartado Cinco y no sería pertinente en los casos del apartado Dos, con lo que también se produciría la inconsecuencia de que la inmatriculación de la referencia catastral de una finca cuya descripción no coincida con la que obra en el registro tendría que respetar el tracto catastral si la operación se solicita como autónoma pero no cuando se haga con ocasión de la inscripción de cualquier título referido a la finca.

Por lo tanto, en definitiva y de la misma manera que con el problema de la identificación de la referencia catastral, creo que es adecuado considerar que los dos primeros apartados de lo que aún queda vigente del artículo 53 ordenan una misma forma de suplir la falta de correspondencia entre la referencia catastral y la descripción registral de la finca, y que el único requisito significativo, en todos los casos, el único trámite que habrá que hacer, además de los

ordinarios de cualquier inscripción, si estamos en el caso del apartado Dos, o además de la presentación de la certificación catastral, si estamos en el caso del apartado Cinco, es la publicación de edictos.

Además –y en este caso sin posibilidad de duda–, la comprobación del registrador deberá extenderse a los dos requisitos antes mencionados para el caso ordinario: el previo de constatar que la finca no tenga ya asignada una referencia catastral y el posterior de que la referencia catastral que resulta de todo el proceso seguido para inmatricularla no esté ya asignada a otra finca inscrita (apartado Seis).

#### **4. *La potestad para atribuir la determinada referencia catastral que se pretende inmatricular para un bien inscrito***

Hasta aquí, los trámites o requisitos que impone el artículo 53; pero en realidad el régimen debe seguir completándose con otras disposiciones de la Ley del Catastro.

Y una cuestión importante a resolver es la de decidir quién tiene la facultad y la responsabilidad de determinar qué referencia catastral debe inmatricularse o rechazarse. Es otro aspecto de la misma cuestión ya aludida varias veces.

Independientemente de las mayores o menores dificultades para asignar una determinada referencia catastral a una determinada finca inscrita, la calificación del registrador, concediendo o rechazando la constancia solicitada, versará sobre una referencia catastral concreta. ¿Cuál?

El artículo 53 resuelve esta cuestión de distinto modo en sus dos apartados, Dos y Cinco, según que se trate de uno u otro de los supuestos a que dichos apartados se refieren. En el apartado Dos, dice que la decisión del registrador recaerá sobre la “*referencia catastral invocada por los otorgantes*”; en el Cinco, que sobre la aportada por “*el titular registral*”. Veamos cada caso por separado.

*a) Referencia catastral que consta en un documento presentado a inscripción:*

El artículo 48 de la Ley del Catastro –cuyo supuesto de hecho coincide con el del apartado Dos del artículo 53– dice que se hará

constar en la inscripción *"la referencia catastral que se le atribuya [a la finca] por los otorgantes"*, pero el artículo 41 dice que *"cuando los notarios o registradores de la propiedad obtengan directamente las certificaciones catastrales, los solicitantes de la inscripción registral quedarán excluidos de la obligación"* de aportarla ellos.

Es decir, que, siempre en el caso de que la referencia catastral a inmatricular sea la que conste en la escritura que se está inscribiendo, aquélla podría e incluso debería haber sido atribuida a la finca objeto del documento por el notario autorizante de la escritura antes que y en lugar de por los otorgantes. ¿Significaría eso que ya no estaríamos ante la referencia catastral invocada por los otorgantes?, que es lo que literalmente exige el artículo 53. La actuación del notario en relación con la constancia en las escrituras de la referencia catastral de los inmuebles la veremos más adelante, pero es claro que los otorgantes *otorgan* el contenido íntegro de la escritura y que ni éstas que estamos examinando ni ninguna otra ley autorizan al notario para introducir en la escritura dato alguno que los otorgantes desconozcan o sobre los que no deban prestar su expreso, libre e informado consentimiento global; realmente, no habrá tal escritura hasta que el consentimiento haya sido prestado, en esos términos. Por lo tanto, ningún contenido de la escritura, cualquiera que sea la vía por la que haya llegado a ella, puede considerarse ajeno a la voluntad de los otorgantes, so pena de nulidad de la escritura toda.

Pero no puede decirse lo mismo de los datos que pudiera aportar, por sí, el registrador, cuyos actos, aunque promovidos por ellos, no tienen que ser en ningún caso consentidos por quienes solicitan la inscripción. ¿Puede el registrador suplir la omisión en el documento de la referencia catastral, proporcionarla él, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la ley, y, a continuación, inmatricularla o –por más absurdo que parezca– denegarla?

Así podría deducirse de ese artículo 41, que sienta una regla general y no distingue por razón del concreto funcionario que interviene, pero no, de los artículos que le siguen. Los artículos 46 y 47 ordenan al respectivo funcionario interviniente que solicite a los interesados que le aporten la referencia catastral *"salvo que la pueda obtener por procedimientos telemáticos"*, esto es, que primero debe intentar averiguarla él. Pero esos artículos están específicamente dedicados a regular los documentos administrativos y los notariales; no los registrales. Por el contrario, el artículo 48, que es

el que concretamente regula la “*constancia registral de la referencia catastral*”, no sigue el mismo régimen y no impone al registrador la obligación de averiguar por sí la referencia catastral.

Además y literalmente (aunque éste es sin duda un pobre argumento), el punto dos del artículo 41 únicamente proporciona a “*los solicitantes de la inscripción registral*” la exclusión “*de la obligación a que se refiere el artículo anterior*.” Por lo que cabría considerar subsistentes la obligación del artículo siguiente, el 42, respecto del plazo para aportar (que, en el caso de la inscripción registral es durante el plazo de despacho del documento), y, sobre todo, la indirecta del artículo 48 de ser ellos quienes *atribuyan* la referencia catastral cuya constancia registral se solicita.

En mi opinión, en este punto, se juntan la que probablemente es la interpretación más adecuada y la práctica jurídica real, pues lo cierto es que los registradores, en los supuestos ordenados, no asignan por sí mismos referencias catastrales a las fincas, cuando no constan en los documentos que se les presentan a inscripción.

Una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 15 de julio de 2009, ya citada, ha respaldado expresamente la negativa del registrador a hacer tales diligencias, que le habían sido expresamente requeridas por la persona que, en base al apartado Cinco del artículo 53 de la Ley 13/1996, le había solicitado la constancia de la referencia catastral. Relata esa resolución que el solicitante ha pedido en su instancia que “*para el supuesto de que el Registrador entienda que dicha certificación catastral no se corresponda con la identidad de la finca registral le solicita que, o bien efectúe requerimiento al resto de titulares registrales, o proceda de oficio a obtener la certificación catastral en función de lo dispuesto en el artículo 41.2 de la citada Ley del Catastro Inmobiliario*”. La petición no es muy clara, puesto que ese artículo 41.2 de la ley no trata el problema de la falta de correspondencia, pero la respuesta de la Dirección General es igualmente inexacta, ya que no es verdad, como afirma, “*que la solicitud por el Registrador de los datos catastrales procede sólo cuando, existiendo identidad en los términos expresados en el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/2004, no se corresponda la referencia catastral que resulte de los documentos aportados con la que corresponde al inmueble según el acto o negocio jurídico documentado*”; ese es efectivamente uno de los supuestos en que procede, por mor del artículo 49 de la ley,

pero no es el único ni hay limitación legal para que el registrador pueda acceder al contenido del Catastro, en cualquier supuesto en que lo considere oportuno para dar cumplimiento a sus obligaciones derivadas de los artículos 38 y siguientes de la Ley del Catastro, sino todo lo contrario. Como bien pide el que la Dirección General de los Registros y del Notariado llama *recurrente*, el artículo 41.2 es muy claro: “*cuando la autoridad judicial o administrativa, o los notarios o registradores de la propiedad obtengan directamente las certificaciones catastrales...*”, y el artículo 53 de la misma Ley del Catastro dice que tienen “*acceso a la información catastral protegida*” (y evidentemente también a la no protegida) “*para la identificación de las fincas, por los notarios y registradores de la propiedad y, en particular, para el cumplimiento y ejecución de lo establecido en el título V.*”, y también el artículo 64, relativo a la exención del pago de tasas por obtención de datos catastrales, que alcanza a “*los notarios y registradores de la propiedad, en los casos previstos en el título V, respecto a datos necesarios para la constancia documental de la referencia catastral.*”

Al no imponerle esa actuación el especialísimo artículo 48 de la ley, podrá ponerse en duda si la actuación es o no obligada de oficio o, como en el caso de esta resolución, si los particulares pueden demandarla a ese particular funcionario encargado del registro de la propiedad, pero es como mínimo excesivo decir que tal consulta del Catastro por parte del registrador es improcedente. En mi opinión, que ya he dejado expresada, todos los funcionarios públicos deben facilitar el cumplimiento de los mandatos del Título V de la Ley del Catastro, por todos los medios a su alcance, entre ellos, la averiguación de la referencia catastral correcta.

Lo que tampoco significa, en mi opinión, que el interesado, en base a la discutible excepción del citado punto 2 del artículo 41 de la Ley del Catastro, tenga derecho a limitarse a acudir al registro y solicitar al registrador que, por sí y con sus medios, averigüe y decida cuál es la referencia catastral que corresponde a la finca de que es titular y, a continuación, deje constancia de ella en el correspondiente asiento. Como dice el propio artículo 53, deberá ser él quien aporte la documentación y la información necesaria, y sólo entonces será adecuado que solicite y obtenga la colaboración del funcionario.

Que es lo que, con buen fundamento pero con mala expresión, entiendo que hizo el sujeto de la citada resolución de 15 de julio de 2009.

Con todo, hay dos supuestos excepcionales en los que sí que está previsto que el registrador haga constar una referencia catastral diferente a la solicitada por los otorgantes. Uno es el que resulta del artículo 49, limitado claro está al particularísimo supuesto de hecho que constituye su marco de actuación, pues en tal caso la referencia catastral a reflejar será la finalmente *constatada*, o sea, la que conste en el "*certificado o documento informativo*" que le sea remitido al registrador por el Catastro, sin intervención alguna de los interesados (a diferencia de lo que, en igual situación pero con relación a la escritura pública, ordena ese mismo artículo 49, puesto que, en este último caso, prescribe que, "*autorizado el documento, el notario se abstendrá de hacer constar la referencia comunicada por el Catastro sin que medie consentimiento para ello de los otorgantes.*") El otro está en el punto 4 del artículo 48, cuando dice que "*si la referencia catastral inscrita sufriera alguna modificación que no se derive de una modificación de las características físicas de la finca, bastará para su constancia la certificación expedida al efecto por el Catastro*".

Ambos mandatos dados al registrador me parecen inadecuados, como tendré ocasión de explicar, pues ninguna referencia catastral, por más que emane del propio Catastro, debería asignarse a una finca sin el consentimiento del titular.

Pero en los casos ordinarios, cuando se refleje en la inscripción la referencia catastral que conste en la escritura, serán sus otorgantes-interesados los que se la proporcionarán al registrador.

Ahora bien, aceptado que la asignación la harán los otorgantes de la escritura, cabe plantearse el problema de qué tipo de titularidad sobre la finca da derecho a hacer la citada asignación. Con la ley en la mano, no parece que quepa hacer distinguos. Si la referencia catastral a inmatricular será la que conste en cualquier documento susceptible de inscripción, éste no tiene por qué ser otorgado siempre por el titular del dominio, como es lógico, ni con su consentimiento, sino que puede proceder o estar relacionado con cualquier titular registral; de modo que tendrán no sólo el derecho sino la estricta obligación (arts. 38 y siguientes de la Ley del Catastro) de aportar la referencia catastral todos los otorgantes de cualquier tipo

de escritura relativa a la finca. O sea, también los titulares de derechos reales limitados.

Quizá la ley, en su afán de hacer solidaria la obligación y en el probable intento de multiplicar las posibilidades de alcanzar el éxito de su propósito de vincular la referencia catastral a la descripción de la finca, no pensó en esa consecuencia, pero el tenor literal es demasiado claro para ignorarlo.

Esta última cuestión, unida a todo el sesgado y complicado régimen legal de titularidades catastrales y a la no existencia propiamente dicha de un tracto catastral de titularidades, hace que surja una complicación añadida, posible en todos los supuestos de esta parte del estudio, destinado a la primera constancia o inmatriculación de la referencia catastral de una finca ya inmatriculada, pero que también puede darse en los de sucesivas reiteraciones de una referencia catastral ya asignada: el de que diferentes titulares o incluso el mismo titular en diferentes momentos asignen a la finca referencias catastrales contradictorias, o sea, que cada uno de ellos haga constar en el título que otorga una referencia catastral distinta de la que ya conste inmatriculada. Estamos ante un problema que se relaciona o depende de la eficacia frente a terceros de la referencia catastral ya inmatriculada y lo examinaré pues más adelante, al tratar de esa cuestión, pero adelanto ya que me parece indudable, por resultar de la legitimación registral y del principio de salvaguarda judicial de los asientos del registro, que la referencia catastral de una finca, una vez que quede asignada en los asientos del registro, no se podrá modificar sin la autorización del propietario, diga lo que diga el artículo 48 de la Ley del Catastro.

*b) Referencia catastral cuya constancia se solicita como operación registral autónoma:*

En este caso (que no regula la Ley del Catastro), la única respuesta a la pregunta que estoy considerando de quién es la persona con potestad para identificar la referencia catastral que se pretende hacer constar es la que puede extraerse del apartado Cinco del artículo 53, o sea, que la constatada o rechazada será la aportada por “*el titular registral*” (o, para ser más exacto, la que conste en la certificación catastral que aporte el titular registral).



Si sólo “*el titular registral [puede] solicitar la constancia de la identificación catastral de la finca inscrita, como operación específica*”, es indudable que no cabe otra opción sino que sea dicho titular registral quien alegue y acredite la referencia catastral; y si, para acreditar la referencia catastral, las reglas ni siquiera se remiten a las generales del artículo 41 de la Ley del Catastro y sólo contemplan el caso de que el titular registral aporte una “*certificación catastral que describa la finca en los mismos términos de denominación, situación y superficie, que los que figuran en el Registro*”, la referencia catastral constará sin duda en dicha certificación, y el titular no podrá utilizar otro medio de acreditación distinto de ese.

Lógicamente, no habrá podido aportar la referencia catastral el notario, puesto que el asunto no pasa por su intervención. Pero tampoco, en mi opinión, la habrá debido aportar el registrador (por las razones ya expuestas de no estar obligado a hacerlo y) porque en este particular supuesto resultaría absurdo. Siendo necesario para desencadenar el supuesto de hecho que el titular registral aporte certificación catastral que describa la finca y siendo seguro que tal certificación catastral contendrá la referencia catastral de la finca certificada, no parece haber lugar para que el registrador se ocupe de averiguar otra referencia catastral distinta a la aportada; si cree que, no ya la referencia catastral sino la certificación catastral, no se corresponde con la finca inscrita, lo que debe hacer es denegar la constancia; si cree que, no obstante haber correspondencia, la referencia catastral no es la de la finca, debe actuar del modo prescrito en el artículo 49.

Como ya he explicado (y contrariamente a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado), el registrador podrá y deberá colaborar con el interesado para averiguar la referencia catastral, si así se lo pide éste, e incluso obtener, a su instancia, por sí mismo y por procedimientos telemáticos, el certificado o la información catastral que la contenga, información a la que necesariamente el interesado deberá prestar su conformidad; pero no tendría mucho sentido ni parece compadecerse bien con el principio registral de rogación (en la medida que es aplicable a este proceso) que el registrador, sin consultar con el interesado ni obtener su autorización, en lugar de atender o denegar su petición de hacer constar una concreta referencia catastral que el titular atribuye a su finca, refleje en la inscripción otra distinta. Si realmente se considera adecuado por el legislador esta posibilidad, lo coherente habría

sido ordenar al registrador que asigne la referencia catastral a cada finca inscrita, con ocasión de la inscripción de cualquier título o en cualquier otro momento que le parezca oportuno, averiguándola por sí en el Catastro.

### **5. Actuación de oficio del registrador**

A diferencia de la regla general en los procedimientos registrales, el de constancia de la referencia catastral no es del todo rogado sino, en cierto sentido, debido o de oficio.

Es verdad que, si los interesados han hecho constar la referencia catastral en el documento presentado a inscripción, se entiende efectivamente solicitada su constancia, porque la presentación del documento supone, como ha dicho la Dirección General de los Registros y del Notariado, la solicitud de inscripción de todos los actos susceptibles de ello que contenga el título; y que el presupuesto del apartado Cinco del artículo 53 de la Ley 13/1996 consiste precisamente en que *"el titular [haya solicitado] la constancia de la identificación catastral de la finca inscrita, como operación específica"*, de modo que puede afirmarse que siempre habrá habido instancia de parte; pero es que en realidad la solicitud de constancia no es necesaria, pues la ordena la propia ley; *"el registrador recogerá en el asiento la referencia catastral"*, dice el artículo 48. Por ello, la falta de constancia de la referencia catastral en el documento también desencadena la actuación del registrador, que debe, en tal caso, advertir a los interesados de que incurren en incumplimiento (y por lo tanto en las sanciones prescritas para tal supuesto).

Por ello, entiendo que, una vez presentada la referencia catastral en el registro, el procedimiento seguirá de oficio y, en este punto en particular, no podrá ser desistido por los interesados.

No obstante lo cual, esta actuación de oficio, exigida por la ley, no estorba nada de lo ya dicho respecto a que la iniciativa para asignar una referencia catastral a una finca registral corresponde a los particulares.

### **iii) Efectos de la inmatriculación de la referencia catastral**

#### **1. Efecto inmatriculador**

Ya he dicho y he pretendido justificar que la constancia de la referencia catastral en el registro es un auténtico proceso de inmatriculación y no de mera inscripción. Y creo que con eso se quiere decir que la referencia catastral, calificada por la legislación como un dato descriptivo más, alcanza tras su mención registral un estatus privilegiado o más relevante o más eficaz o más duradero que cualquier otro dato descriptivo. De manera que, en realidad, no será *uno más*.

De hecho, ningún otro dato se inmatricula, por la sencilla razón de que, en la legislación hipotecaria, sólo el dominio es inmatriculable. Pero lo cierto es que a la constancia registral de la referencia catastral se le atribuyen efectos especiales, que son análogos a los de la inmatriculación del dominio de una finca. De manera que, en adelante, la referencia catastral –salvo que sea errónea y necesite ser corregida– deberá estar para siempre vinculada a esa finca registral, formando parte de su descripción.

Pero esa permanencia no es tan rigurosa, no puede serlo en realidad. Porque es la propia finca la que puede desaparecer, por división, agrupación o sustitución en un proceso de remodelación del territorio, rústico o urbano.

En realidad, las fincas registrales nunca se extinguen del todo; por supuesto, el asiento de la finca que ha quedado sustituida por otra u otras siempre quedará en los libros y además puede revivir, por nulidad posterior de los asientos de las fincas que la sustituyen o reemplazan o por efecto de la ejecución de cargas que se han arrastrado a la finca resultante de la agrupación, por ejemplo; además de que los derechos sobre la finca matriz no siempre se extinguen. Y algo parecido ocurre con las fincas catastrales; en las que la referencia catastral de las que proceden de otra ya catastrada se construyen a partir y de modo relacionado con la de la matriz; de ahí que la referencia catastral de una parcela catastral extinguida, conforme al artículo 18 del Reglamento de la Ley del Catastro y también a la circular 07.04/06 de la Dirección General de Catastro, no quede vacante y no pueda ser asignada después a ninguna otra.

Pero también porque la referencia catastral es, hay que volverlo a repetir, un puntero que señala a una parcela catastral y por lo tanto puede variar sin que también lo haga su forma física. En teoría, tal cosa podría ocurrir no sólo por la corrección de un error, sino de forma incluso sistemática y general, porque varíen los criterios de formación o estructura interna de la referencia catastral.

Como ya dije, la referencia catastral no es propiamente una referencia geodésica, aunque sí remite a ella y lo hace con arreglo a determinadas convenciones que son propias del Catastro y que éste podría variar, siguiendo su normativa interna; de modo que esa indicación que la referencia catastral hace a un lugar específico del mundo real –y que por supuesto no podría de ningún modo ser compartido por más de una finca– podría el Catastro decidir hacerla con una convención diferente (por ejemplo, una verdadera referencia geodésica) o con una secuencia de números y letras distinta a la que hoy utiliza.

Y además no podemos olvidar la existencia de referencias catastrales provisionales, destinadas precisamente a ser reflejadas en los documentos públicos aun antes de convertirse en definitivas.

De ahí que el artículo 48, en su apartado 4 y pensando supongo en todos estos casos, diga que *“si la referencia catastral inscrita sufre alguna modificación que no se derive de una modificación de las características físicas de la finca, bastará para su constancia la certificación expedida al efecto por el Catastro”*.

No precisa en modo alguno esta norma a quién corresponde decidir si hay o no verdadera *“modificación de las características físicas”*, y huelga decir que conforme a lo que vengo manteniendo en todo este estudio la decisión puede ser sólo aparentemente técnica, pues en el fondo siempre debe estar sujeta a la aprobación de los interesados.

Además, se plantea el problema de si esa constancia de la referencia catastral obtenida por el propio Catastro, en base a ese artículo 48, es también una verdadera inmatriculación. O, con más generalidad (porque a estos efectos el problema es el mismo), si supone una nueva inmatriculación cualquier modificación de la referencia catastral ya inscrita, también la solicitada por los interesados, que acrediten que la ya hecha constar es errónea.

La ley (ni la catastral ni por supuesto la hipotecaria) no regula, con carácter general, la modificación de una referencia catastral ya

inscrita (ni ya reflejada en cualquier otro documento); sólo este particular y poco frecuente supuesto del artículo 48.4. Y no me cabe duda de que la razón de ese silencio vuelve a estar en que lo considera irreal; que piensa que, si se ha hecho constar una referencia catastral, ésta será siempre la correcta, la correspondiente, la constatada, en su caso, la única pertinente. Pero la realidad es más bien la contraria y las referencias catastrales se suceden frecuentemente en las escrituras (y supongo que en las inscripciones). Pero lo cierto es que, a los efectos que ahora estoy analizando, la situación es muy diferente, según que la referencia catastral cambie porque se corrija una asignación anterior errónea o porque se modifiquen los criterios técnicos que la construyen. En mi opinión, lo primero debería sujetarse a los requisitos, limitaciones y efectos de la inmatriculación, sean éstos los que sean, porque, en definitiva, remitirán a una realidad física diferente de aquella a la que señala la referencia catastral inmatriculada; mientras que los segundos, que, como dice el artículo 48, no implican *“una modificación de las características físicas de la finca”*, no tendrían por qué conllevar pérdida de legitimación ni nuevas limitaciones en su eficacia.

En todo caso, volveré a tratar estas cuestiones al hacerlo de las modificaciones de la referencia catastral.

Mucho más problemático es el caso del punto 2 del artículo 18 del Reglamento de la Ley del Catastro, el desarrollado por esa citada circular 07.04/06, pues añade al principio antes citado de no reutilización de la referencia catastral, que prescribe en el punto 1, la radical conservación de la referencia catastral, de modo que *“el cambio de polígono o manzana o la variación en la clase de los inmuebles no determinará, por sí mismo, la modificación de su referencia catastral”*, y la Dirección General del Catastro interpreta esta norma de modo aún más general, diciendo que *“la referencia catastral no podrá modificarse sin causa regulada que lo justifique”* (Circular 07.04/06). Pero ese ya no es un problema menor, puesto que la razón por la que la referencia catastral ha sido inmatriculada es precisamente porque ha superado el examen de coincidencia con la finca, y tal examen, como hemos visto, se ha basado casi exclusivamente en la comparación de la situación y dimensiones de la finca escriturada con la finca catastrada. De modo que habrá que entender o al menos habrá que confiar en que lo que el artículo 18 llama *“cambio de polígono o manzana”* quiera decir cambio en la forma

en que el Catastro señala o identifica el lugar y no el traslado físico de la finca de un lugar a otro, algo que modificaría radicalmente los términos de la comparación que permitió al funcionario calificador apreciar la existencia de correspondencia o identidad y fue la base de su decisión de inmatricular.

Pero por lo demás y al menos hasta que no ocurra alguna de estas situaciones excepcionales, la referencia catastral inmatriculada será un dato fijo o invariable de la descripción, que producirá efectos, no sólo contra terceros –como vamos a ver enseguida– sino también frente al propio registrador encargado del registro en el que consta, que deberá estar y pasar por ella, incluso cuando sea intrínsecamente errónea, mientras no se acredite que deba ser modificada, sustituida o cancelada, pues ese es al menos el contenido de la eficacia frente a terceros del contenido del registro de la propiedad.

Por lo demás, si el dato es correctamente tratado por la institución registral, ese acceso imborrable de la referencia catastral a los libros del registro podría ser muy útil y fructífero y proporcionaría, a futuro, un arma muy poderosa para luchar contra la que debería ser una de las mayores preocupaciones de todo registro de propiedades de vocación legitimadora, como nuestro registro de la propiedad. La inmediata remisión a un lugar físico que supone toda referencia catastral, unido a la imperiosa necesidad de aportar al registro la referencia catastral de toda finca que se quiera inmatricular (como hemos visto) o cuya cabida se pretende rectificar de modo notable (como aún hemos de ver), permitirían detectar las duplicidades o solapamientos de la realidad física que los propietarios intentarían imponer al registro. Desdichadamente y que yo sepa, tal cosa no se hace. No sé si realmente se ha cumplido la previsión legal, contenida en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, que dice que *“los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a éstas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente.”* No sería nada malo que tal sistema se implante, si aún no lo está, y que aun se potencie.

## **2. Eficacia frente a terceros**

Dice el artículo 53 de la Ley 13/1996, al final de su apartado Dos, que *“la consignación registral de la referencia catastral no producirá*

*efectos frente a terceros durante los dos años siguientes a la fecha del asiento respectivo*". Ciertamente, el afán del legislador por redactar este artículo de forma negativa es incluso chocante. En rigor, ¿qué dice?, ¿cabría añadir: *ni nunca o ni tampoco después* de que transcurran esos dos años?

Es de suponer que no, y que el legislador ha querido establecer de modo positivo que, una vez transcurridos dos años desde la fecha del asiento, la referencia catastral producirá efectos frente a terceros.

Y resulta que tal cosa es, probablemente, la más sorprendente de entre toda la regulación que estamos analizando.

No aclara el artículo 53 lo que quiere decir con "*efectos frente a terceros*" de la referencia catastral; ni tampoco, en lo que yo la conozco, el resto de la legislación catastral. Y desde luego no lo hace la hipotecaria. Pero es que además no entiendo qué es lo que se quiere decir.

La norma parece trasladada (copiada literalmente, sin más) del archiconocido artículo 207 de la Ley Hipotecaria, que dice que "*las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores no surtirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha.*" (Y lo cierto es que yo me he apoyado precisamente en esa abierta similitud para calificar a la constancia de la referencia catastral en el registro como una verdadera inmatriculación.)

Pero la suspensión de efectos del artículo 207 de la Ley Hipotecaria no plantea ninguna duda sobre su significado. Quedan en suspenso algunos de los beneficios que la legislación hipotecaria produce en beneficio del titular y en perjuicio del tercero que no haya inscrito su derecho. No todos los efectos de la fe pública registral amparan ni ampararán nunca al inmatriculante, que no adquiere, en las condiciones prescritas, de un titular registral anterior que por definición no existe. Algunos de los que sí, quedan en suspenso durante un cierto tiempo. Pero esos demás efectos hipotecarios frente a tercero están claramente delimitados, por la ley, por la doctrina y por la jurisprudencia.

Y, por el contrario, nada de eso, ninguna definición parecida –procedente del ámbito registral o del catastral– existe de la eficacia frente a tercero de la referencia catastral. Ni antes ni después de esos dos años. Si no conocemos los efectos que producirá pasada

la *vacatio* de dos años, tampoco podremos conocer en qué consiste su suspensión.

Desde el punto de vista hipotecario, la referencia catastral es "*uno más de los datos descriptivos de la finca*", según prescribe el artículo 48 de la Ley del Catastro. Desde el punto de vista del Catastro, es algo más; es un dato técnico, un código, pero que remite a una documentación catastral, documentación que incluye a su vez un conjunto de datos de ese bien, entre los que se cuenta sus características físicas, su forma, sus utilidades o aprovechamientos, el lugar del mundo real en que se encuentra y la identificación de sus titulares (catastrales) y de los titulares de los predios colindantes, distinguiendo además el concepto jurídico en que esos titulares lo son (a los solos efectos catastrales).

¿Qué, de todo eso, es lo que produce efectos contra tercero, sólo el código alfanumérico que remite a la planimetría catastral, el conjunto de la documentación catastral relativa a la finca, el contenido sustantivo de tal documentación catastral, o únicamente una parte de él?; en este último caso, ¿cuál?

De un modo aún más general, ¿qué significa que un dato o muchos datos surtan efecto contra tercero? Porque tienen que ser datos. Los derechos, el de dominio y algunos reales, constan o pueden constar *incorporados* en el Catastro, ciertamente; pero no son esas titularidades las que pueden oponerse a tercero, pues respecto de ellas el Catastro carece de autoridad legitimadora.

Aunque desde un punto de vista civil e hipotecario puede resultar llamativo que la titularidad de un bien sea tratada como un dato descriptivo del mismo, es esto exactamente lo que afirma el artículo 3 de la Ley del Catastro, cuando dice que "*la descripción catastral de los bienes inmuebles comprenderá sus características físicas, económicas y jurídicas, entre las que se encontrarán la localización y la referencia catastral, la superficie, el uso o destino, la clase de cultivo o aprovechamiento, la calidad de las construcciones, la representación gráfica, el valor catastral y el titular catastral*". Cualquiera que sea el sentido y sobre todo la eficacia que se le pueda atribuir a la expresión "*efectos contra tercero*" de una referencia catastral, es seguro que no puede extenderse a las titularidades catastrales, puesto que ese terreno está reservado en exclusiva a la institución del registro de la propiedad.

Al menos eso sí lo deja claro la Ley del Catastro. Según el antes citado artículo 3 los *pronunciamientos jurídicos* del registro de la pro-



riedad *prevalecerán* sobre los datos catastrales, en todo caso. Pero de un modo aún mucho más preciso y adecuado al problema que estamos estudiando, según el punto 5 del artículo 9, *"en caso de discrepancia entre el titular catastral y el del correspondiente derecho según el Registro de la Propiedad sobre fincas respecto de las cuales conste la referencia catastral en dicho registro, se tomará en cuenta, a los efectos del Catastro, la titularidad que resulte de aquél, salvo que la fecha del documento por el que se produce la incorporación al Catastro sea posterior a la del título inscrito en el Registro de la Propiedad."*

Veamos qué casos pueden darse:

— Si la titularidad del Catastro y la del registro coinciden, y dado que estamos hablando de una finca que ya está inmatriculada, las titularidades catastrales producirán efecto contra tercero, sí, pero no por sí mismas, sino por ser también las registrales, y además sin ninguna suspensión provocada por la constancia de la referencia catastral (si alguna hay, sería porque derivara del citado art. 207, o del 28, ambos de la Ley Hipotecaria, pero nunca por aplicación de este art. 53 de la Ley 13/1996).

— Si la titularidad del Catastro y la del registro no coinciden, las primeras deben ceder ante las segundas y no es que se suspendan por un plazo, es que, hasta tanto coincidan con las registrales, no producirán efecto legitimador contra tercero; nunca. Y, cuando lleguen a coincidir, sea por la oportuna corrección del Catastro, sea por la rectificación del registro, seguirán siendo los datos de este último los únicos que *prevalezcan*.

— Si la referencia catastral no consta en el registro (uno de los presupuestos del art. 9), no estaremos en el caso del artículo 53 de la Ley 13/1996.

— O, si consta pero la titularidad catastral resulta de un documento no inscrito (de fecha *"posterior a la del título inscrito"*), el artículo 32 de la Ley Hipotecaria impedirá que esa titularidad catastral se oponga a la registral dentro del registro; podrá tener la eficacia que determinen las leyes fuera de él, por ejemplo en el Catastro, pero en el ámbito registral no tendrá efectos —y el art. 53 sólo habla de efectos registrales, no de otra clase.

En consecuencia, esa eficacia contra tercero sólo puede querer decir que alcanzará a los datos físicos, ya sea al puro código alfa-

numérico que propiamente constituye la referencia catastral, ya al conjunto de datos físicos de que el Catastro dispone respecto de la finca; esos datos que el artículo 3 de la Ley del Catastro presume “*ciertos*”.

Si es lo primero, si se trata únicamente de atribuir efectos contra tercero a la referencia catastral propiamente dicha, como yo creo que es el caso, no es necesario detenerse mucho más en este asunto, del que no cabe extraer consecuencia práctica alguna. Por el contrario, el asunto es mucho más grave si se pretende nada menos que la extensión de la protección de la fe pública registral, con todo su alcance jurídico señalado por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina hipotecaria, al completo contenido fáctico del Catastro, remitido por la referencia catastral. Como también podría tener gran trascendencia el que, más modestamente, esta Ley 13/1996 haya creado unos efectos frente a tercero *sui generis*, nuevos e indefinidos, sin un alcance jurídico conocido hasta ahora. Lo primero, aunque tenga mejor encaje en nuestro Ordenamiento, sería de gran relevancia y no se entendería que se pretendiera dejar zanjado con una simple frase en una ley que ni siquiera forma parte propiamente de la legislación hipotecaria; lo segundo, sería sencillamente un mundo por explorar y, de momento, un atentado a las formas más elementales y básicas de la seguridad jurídica.

Una alternativa a lo expuesto, menos comprometida pero también muy poco fundamentada en el tenor literal de la ley (y por lo tanto difícil de amparar en ella), sería la de entender que, una vez hecha constar en la inscripción la referencia catastral, la legitimación que nace del registro y que protege al titular registral se extiende, no sólo a los datos jurídicos sino a también a los físicos publicados en los libros del registro, cuando éstos sean los que resulten del Catastro.

La posibilidad de que los datos físicos del registro gocen de una especial protección jurídica siempre que y únicamente cuando estén amparados por el Catastro, aunque más adecuada a los principios hipotecarios, no sería menos novedosa y trascendente.

Recientemente, una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 17 de febrero de 2009, ha dicho que “*no es cierto que la inscripción de la superficie de una finca en el registro es un dato físico carente de efectos. Si así fuera, la inscripción de la superficie de las fincas podría realizarse sin más*

*mediante la declaración de los interesados, sin que se necesitaran requisitos especiales para la inscripción de aumentos o disminuciones de cabida”; pero la tesis tradicional de la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque de un modo no demasiado tajante, no da base para sostener una extensión de la legitimación registral a los datos fácticos inscritos; así, la resolución de 1 de septiembre de 1992 dice que “el principio de legitimación registral que, junto con el de fe pública registral, constituyen el principio de exactitud de los pronunciamientos del Registro, se refiere siempre a los datos jurídicos de la finca, y no se extiende en principio a las situaciones de mero hecho o a las circunstancias físicas del inmueble, pero ello no autoriza a sostener que tales datos, cuando figuren en los asientos registrales, carezcan de valor, pues, como ya ha declarado el Tribunal Supremo en varias Sentencias, «la presunción de lo que diga el asiento en relación a las circunstancias del mismo, se ha de reputar veraz mientras no sea rectificada o declarada su inexactitud, debiendo atenerse los Tribunales en su cometido a una razonable valoración jurídica de los hechos que estimen probados para poder dar por desvirtuada la presunción juris tantum en cuanto a extensión y linderos de la finca descrita»”.*

¿Se pretende ahora ir más allá y consagrar un auténtico perjuicio para tercero también de los datos fácticos inscritos?

O ni siquiera inscritos sino sólo remitidos, desde el Catastro. Dado que el artículo 53 de la Ley 13/1996, en sus apartados Dos y Cinco, no exige propiamente coincidencia alguna, puesto que expresamente acepta que la referencia catastral se haga constar en la inscripción incluso cuando se ha apreciado –sin discusión ni recurso– que falta la correspondencia o identidad de la finca, con la única precaución de que se publican los oportunos edictos; y dado que la atribución de efectos contra tercero se hace en esa misma precisa norma, ¿se pretende ir todavía mucho más allá y consagrar un auténtico perjuicio contra tercero de los datos fácticos catastrados, incluso cuando sean contrarios a los que conforman la inscripción registral y son objeto de su publicidad? Si el efecto contra tercero está al final del proceso, ¿cómo puede ser que al registro le resulte indiferente que coincidan o no coincidan las descripciones registral y catastral?

En mi opinión, la norma no dice tanto ni es adecuado endosárselo.

Y el resultado, además, no es coherente, en ninguna hipótesis.

Si todo se basa en esa seguridad que parece tener el Catastro en la corrección de cuantos datos constituyen su archivo, ¿por qué hacer depender su eficacia jurídica de que la referencia catastral acceda al registro de la propiedad?, ¿qué añade o quita la inscripción a la corrección del Catastro? ¿Qué justificaría que fuera el registro de la propiedad quien confiriera eficacia frente a terceros a datos que no son suyos, otorgando legitimaciones potencialmente distintas y contradictorias, por el simple hecho de haber hecho constar o de haber inmatriculado una referencia catastral? Desde esa perspectiva, hubiera tenido más sentido la fallida propuesta de la reforma del año 1988 del Reglamento Hipotecario, que, como vimos, pretendía crear un *catastro* propio dentro del registro. (Y ya dije antes que mejor que no prosperara tal intento).

Además –y me parece lo más importante–, ¿qué plus de legitimidad tienen los datos catastrales sobre los registrales? Como decía al principio, los más relevantes datos físicos que publica el Catastro, la forma y los linderos de la finca y por tanto su superficie, no son sino declaraciones de parte; no están establecidos por el común acuerdo de todos los posibles interesados, ni siquiera de todos los propietarios coincidentes en la zona, ni tampoco son el resultado de un proceso judicial contradictorio. No hay razón jurídica para considerar que el aval del Catastro convierte en seguros los datos físicos que refleja el registro (que es necesario insistir nuevamente en que no se trata del aspecto físico objetivo de la finca, sino de la delimitación jurídica de la parcela catastral), ni siquiera en considerablemente más seguros que los que tradicionalmente ha venido publicando sin otro soporte que el de las escrituras públicas.

Es cierto que, desde que el Catastro los hace constar, sus datos gozan de publicidad y que uno de los fundamentos de la seguridad jurídica está en dar firmeza a las situaciones jurídicas que son pacíficas y públicas, pero también son públicos los datos físicos de la inscripción y nunca se les ha dado tal alcance contra tercero.

A salvo otra interpretación más aventurada que haré más adelante, al final de este capítulo, en definitiva, creo que tal atribución (vía negación, como vimos) a la referencia catastral inmatriculada de eficacia frente a terceros no quiere decir realmente otra cosa sino que dicha referencia catastral (desde luego, no toda la documentación catastral por ella referida) ingresará en el registro “*como uno más de*

*los datos descriptivos de la finca*", que es lo que literalmente dice –y no más– el artículo 48 de la Ley del Catastro; de modo que tendrá, frente a tercero, el valor que, en cada momento, la ley, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo asignen a tales datos. Y que, incluso ese tratamiento, queda en suspenso durante dos años. Y ¿por qué razón ese retraso?, pues en mi opinión por ninguna. Ya dije antes que muchos de los errores de esta Ley 13/1996 –y este me parece uno de ellos– traen su causa de la obsesión del legislador de supeditar la constancia de la referencia catastral a la normativa y a los principios hipotecarios, incluso en asuntos que nada tienen que ver con ellos.

### **3. Eficacia frente al registrador y frente a los titulares**

Pero, si la constancia registral de la referencia catastral no me parece que produzca propiamente hablando ningún efecto verdaderamente significativo frente a tercero, creo que sí que lo produce frente al registrador, esto es, que, desde su constancia, la referencia catastral forma parte del contenido inscrito sobre el que el registrador tiene que operar y no puede ignorar. Pero además es un dato muy significativo, que de ningún modo puede compararse con otros tan volátiles como los nombres de los colindantes, lógicamente llamados a ser continuamente actualizados, o como el nombre y número de las calles de situación de las fincas urbanas, por poner algún ejemplo. Es un dato llamado a tener una permanencia y una estabilidad al menos igual a la superficie aproximada de la finca. (E inmediatamente vamos a ver con qué energía defiende el registro esa medida superficial, frente a lo que considera alteraciones injustificadas. Digo el mismo rigor y precaución que es exigible en el caso de rectificación de la cabida inscrita, no el mismo trámite, porque el problema es otro, pero sí el mismo rigor).

La referencia catastral es un dato llamado a convertirse, como ya he dicho, en una parte fija de la descripción, susceptible de variación por supuesto, como todo el contenido del registro, pero por sus debidos cauces. No en balde, la referencia catastral es un dato descriptivo que, a diferencia de otros menos significativos, ha ingresado en el registro previa calificación del registrador.

Este aspecto del problema ha sido, en cierto modo, abordado también por la Dirección General de los Registros y del Notariado,

en la últimamente citada resolución de 17 de febrero de 2009, según ya examiné antes. Ante la argumentación del recurrente de que la superficie catastral de la finca era un dato ya calificado por el registrador, al aceptar hacer constar en el asiento la referencia catastral, el Centro Directivo no se refugia en que la calificación no tenga ese alcance, sino en otra cosa. Dice así que *"tampoco es atendible la argumentación de la recurrente en el sentido que ya calificó estos datos el Registrador cuando inscribió la referencia catastral, ya que, como indica el calificador, tal inscripción se realizó en virtud de documentos que no recogían la superficie del solar, de conformidad con el artículo 41.1 d) de la Ley del Catastro."* Lo que, a *sensu contrario*, podría interpretarse como que, si la calificación del registrador se hubiera basado sobre un documento más adecuado, que sí contuviera los datos descriptivos que echa de menos la citada Dirección General, entonces sí que el registrador hubiera quedado vinculado a sus propias decisiones.

Pero además de eso es que todos los efectos posiblemente beneficiosos que cabría esperar de la obligatoria constancia en el registro de la referencia catastral se vuelven inútiles en el caso de que la referencia catastral inscrita sea un dato sin fijeza alguna. El citado artículo 9 de la Ley del Catastro cede la primacía al registro, incluso a efectos catastrales, y da preferencia sobre sus propios datos a las titularidades que publica el registro *"sobre fincas respecto de las cuales conste la referencia catastral en dicho registro"*. ¿De qué le serviría al Catastro que la referencia catastral esté inscrita si puede ser cambiada por otra en cualquier momento?; o, más grave aún desde la propia perspectiva registral, ¿cómo aplicar en esa tesitura la exclusividad de la referencia catastral que predica el apartado Seis de este artículo 53, encomendando al registrador el cuidado de velar por que no se duplique? En mi opinión, todo el régimen legal presupone y obliga a que la referencia catastral inmatriculada no pueda ser modificada sino por los trámites y requisitos de modificación del registro de la propiedad; y a que, además, se desencadene todo el proceso de verificación de integridad del sistema que surge del apartado Seis del artículo 53. Además, claro está, de una nueva verificación –calificación– de la correspondencia de las descripciones, registral y catastral, de la finca, para terminar en un nuevo proceso inmatriculador de la referencia catastral, ahora más correcta, con todos los efectos propios de la inmatriculación (los que sean).

#### **4. *Modificación de la referencia catastral ya inmatriculada***

Por todo lo cual –y por más razones– creo que también cabe exigir el consentimiento del propietario para rectificar o modificar una referencia catastral ya hecha constar en el registro; además de la labor del registrador que ya he dicho, que tendrá que realizar una nueva calificación positiva de correspondencia o identidad de la finca o, alternativamente, exigir los trámites prescritos en el artículo 53.

Como hemos visto, la referencia catastral la puede haber aportado al registro el propietario o cualquier otro titular registral. La generalidad del mandato de la legislación catastral de que la referencia catastral se incorpore a todos los documentos relativos a la finca catastrada (con las excepciones poco significativas que vimos al principio y que nada cambian de lo que estoy exponiendo ahora) hará que todos sus otorgantes estén obligados a incorporarla al título inscribible, y por tanto a los asientos del registro, incluidos los titulares de derechos reales distintos del propietario de la finca. De modo que, con relativa frecuencia, se dará el caso de que una referencia catastral ya consignada o inmatriculada sea contradicha en un título posterior que se presenta a inscripción. Cabiendo todas las combinaciones posibles en relación con los sujetos: puede ocurrir que la referencia catastral haya sido inmatriculada por el propietario de la finca y que quien la intente contradecir sea un propietario posterior, el actual; o que la inmatricule el propietario y la intente cambiar el titular de un derecho real limitado; o que accediera al registro a instancia de uno de esos titulares de derechos limitados y quien solicite el reflejo de otra referencia catastral distinta sea ya el propietario ya otro, que, como el inmatriculante, ostenta un derecho real limitado.

Es cierto que la referencia catastral nunca habrá accedido al registro con la sola declaración de un particular y que siempre se habrá requerido además la calificación favorable del registrador y probablemente –ya lo veremos– la calificación positiva del notario autorizante de la escritura; pero eso no evitará los errores. Vengo exponiendo con excesiva reiteración que, sin la colaboración de los interesados, les es imposible a los funcionarios asignar referencias catastrales a los inmuebles sin cometer innumerables errores y la práctica demuestra esta afirmación hasta la saciedad; es inútil pues ignorar el caso, aunque se puedan discutir los conceptos.

En un sistema bien establecido, la ley resolvería la preferencia aplicable. Pero ni esta Ley 13/1996 ni la legislación catastral o la registral lo hacen. En mi opinión, lo adecuado es lo siguiente:

- El propietario actual puede, en todo momento, solicitar la constancia de la referencia catastral o variar la que ya conste como asignada por él –o por sus causahabientes,

- Los titulares de derechos reales limitados, obligados por ley a proporcionar la referencia catastral de la finca, podrán conseguir la constancia inicial o inmatriculación de la referencia catastral por ellos atribuida, pero, si ya consta una vinculada a la finca, incluso en el caso de que se hiciera tal cosa a instancia del titular de otro derecho tan limitado como el suyo, deben pasar por ella, pues frente a ellos produce los efectos del artículo 53 de la Ley 13/1996. Desde luego, lo correcto será que adviertan al notario y al registrador, pero sobre todo al propio Catastro de su certidumbre o incluso de sus sospechas de que se ha producido un error y que la referencia catastral inmatriculada está equivocada. Pero, de un modo o de otro, el registrador debe exigir el consentimiento del propietario para reflejar en los libros a su cargo la rectificación.

Por lo tanto, en el caso de que un nuevo título presentado pretenda modificar la referencia catastral inmatriculada, el registrador no debe hacer constar la nueva que se le indique, en el correspondiente asiento, más que si la solicita el propietario de la finca u obtiene su consentimiento.

Aunque desde luego el evento jurídico es otro, a falta de norma especial en esta Ley 13/1996 o en la legislación hipotecaria (que no regula la inmatriculación de la referencia catastral y salvo que se considere aplicable el genérico art. 40 de la Ley Hipotecaria), creo que puede fundamentarse en parte la necesidad de contar con el propietario para rectificar la referencia catastral inscrita en el artículo 12 de la Ley del Catastro. Un artículo dedicado a establecer el “régimen jurídico” de las relaciones entre el Catastro y los titulares catastrales y que, en su punto 6, dice que “*cuando sobre un mismo inmueble concurren varios titulares catastrales, las actuaciones derivadas de los procedimientos de incorporación se entenderán exclusivamente con el titular a que se refiere el apartado 1 del artículo 9.*” Ya he intentado explicar el sentido de este complicado artículo



lo 12, en el apartado que dediqué a las titularidades catastrales; recuerdo ahora que, en este contexto del artículo 12 y con no pocos escrúpulos intelectuales, ese apartado 1 del artículo 9 creo que puede entenderse equivalente a "*derecho de propiedad plena o menos plena*" y esa expresión, a su vez, a pleno dominio, de un lado, y al conglomerado de nuda propiedad y usufructo, de otro (en base a esa arbitrariedad de que, a los efectos del Catastro y de algunos impuestos, el usufructuario tiene un rango equivalente –cuando no preferente– al del nudo propietario).

(Además, creo que hay también base suficiente en ese citado art. 12 d de la ley para que, si lo considera oportuno el registrador, notifique el cambio a los demás titulares, pero sin que sea necesario que también lo consientan.)

Y, en todo caso, el proceso quedará igualmente sujeto a todos los trámites ya vistos que desembocan en la constancia o inmatriculación de la referencia catastral; con sus efectos propios, incluida la demora legal en la producción de efectos contra tercero, en su caso.

Distinto es el caso de que sea el propio registrador quien, por mandato legal y de oficio, deba hacer constar en los asientos una referencia catastral que le haya comunicado el Catastro y que sea diferente de la asignada por dicho titular, o sea, tanto en el supuesto del artículo 48.4 como en el de la constatación que regula el artículo 49. Con base exclusiva a los principios hipotecarios y considerada como una rectificación del contenido del registro, debería exigirse igualmente el citado consentimiento del titular registral, pero como digo, en esta materia, no existe una verdadera regulación en la Ley y Reglamento Hipotecario (la mera previsión del art. 51 del Reglamento Hipotecario de que, en las inscripciones y "*en los supuestos legalmente exigibles se hará constar la referencia catastral del inmueble*" no puede considerarse en modo alguno equivalente al proceso regulado en el art. 53 de la Ley 13/1996 y ni siquiera en el más simplificado del art. 48 de la Ley del Catastro); mientras que sí que existe una previsión clara y además con rango de ley, en ese artículo 48 y en el 49 de la Ley del Catastro. Además, en rigor, ninguno de los supuestos es equiparable a la rectificación de una referencia catastral por ser errónea (y el art. 40 de la Ley Hipotecaria trata de la rectificación de errores). En el caso del artículo 48, el presupuesto es justamente el contrario, que no haya "*modificación de las características físicas de la finca*"; en el del 49, ya dije que

el registrador –a diferencia del notario– no habrá hecho constar la referencia catastral dudosa en la inscripción, de modo que tampoco tendría necesidad de rectificarla a la vista de la definitivamente comunicada por el Catastro.

Por otro lado, no es en absoluto insólito que en la inscripción se reflejen informaciones emanadas de autoridades, sin el consentimiento del titular y frecuentemente en su perjuicio, como ocurre con las ordenadas por la autoridad judicial o, más pertinentemente al caso que estamos viendo, por autoridades administrativas, como es el caso del artículo 79 del Reglamento Hipotecario para la inscripción de actos de naturaleza urbanística, y aunque esa norma exige la audiencia de los interesados, igualmente podría haber prescindido de ese requisito, así como nada autoriza a suponer que el Catastro incumpla el deber que hemos visto que le impone el artículo 12 de su ley; con lo que el propietario habrá quedado informado, por otra vía, y habrá tenido la oportunidad de reaccionar ante posibles errores o extralimitaciones.

#### **iv) La constatación de la referencia catastral en el trámite de su inmatriculación**

Por último y en cuanto a la constancia-inmatriculación de la referencia catastral en los casos previstos en estos dos apartados Dos y Cinco del artículo 53 que estamos examinando, aún nos queda por ver la incidencia de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley del Catastro.

Ya vimos en su momento el concepto legal de constatación de la referencia catastral y las dificultades que plantea la interpretación de su supuesto de hecho, o sea, de las razones que pueden provocar la puesta en marcha del proceso ordenado por el artículo 49. Recordemos que, según el punto 1 de ese artículo 49, procede la constatación *“cuando el órgano competente para instruir un procedimiento administrativo, el notario o el registrador de la propiedad considere que la referencia catastral que resulte de los documentos aportados por el interesado, no obstante haber identidad en los términos expresados en el artículo 45, pueda no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del hecho, acto o negocio jurídico documentado”*. Y ya he dicho que procederá razonablemente que el funcionario tenga esa duda cuando considere que la referencia catastral está erró-

neamente asignada por el Catastro, atendiendo, principalmente, a las informaciones que le proporcionen las partes interesadas.

Ya tuve ocasión de pronunciarme sobre las consecuencias de la constatación en el caso de la inmatriculación de la referencia catastral de una finca que ella misma también se inmatricula en ese momento; queda por ver si ocurre igual en el de constancia en el registro de la referencia catastral de una finca ya inmatriculada.

Según la ley y puesto que no distingue, tanto en el caso de la inmatriculación como en estos otros de constancia, el registrador deberá comunicar al Catastro que *"la referencia catastral que resulte de los documentos aportados por el interesado [puede] no coincidir con la correspondiente al inmueble, solicitando certificación o documento informativo"*.

Sin embargo y en mi opinión, una vez hecha esa comunicación, las consecuencias de fondo son diferentes. En contraposición al caso de inmatriculación de fincas, en el que, como vimos, el registrador debe suspender el asiento principal (y con él la constancia de la referencia catastral), en el de una finca ya inmatriculada, aunque estime que se da el supuesto de la constatación, no tiene que suspender ni en mi opinión es adecuado que suspenda el despacho del documento (lo que en definitiva sería postergar la inscripción del negocio objeto del título presentado), sino que debe suspender únicamente la constancia de la referencia catastral.

El artículo 49 ni siquiera le dice expresamente al registrador que suspenda la constancia en la inscripción de la referencia catastral que considere no coincidente con el inmueble. De modo que, ante tal silencio y puesto que hay coincidencia (según el supuesto de hecho del art. 45), podría pensarse que no hay razón para que deje de dar cumplimiento al mandato del artículo 48, sino que, por el contrario, debe recoger la referencia catastral dudosa, en el asiento que practique.

Pero yo no creo que sea esa tampoco la interpretación correcta. Yo creo que, aunque no lo diga expresamente, el artículo 49 está configurando un modo de actuación diferente. De hecho, no es que ese artículo guarde absoluto silencio al respecto, sino que únicamente lo regula para el caso de las escrituras públicas. Como veremos al tratar de la constancia de la referencia catastral por parte de los notarios, lo que les dice la ley, en el punto tercero del artículo 49, es que *"el notario, en caso de urgencia, podrá autorizar el do-*

*cumento, transcribiendo en él la referencia catastral, y expresando su duda.*" Es decir, que, aunque es verdad que el notario únicamente puede autorizar el documento en el caso de que haya o se alegue urgencia por los interesados y haciendo constar su duda (la del notario), lo cierto es que no se prohíbe tajantemente tal constancia, sino que permite la ley, aunque sólo sea en ciertas circunstancias, que se autorice la escritura, a pesar de la duda, e incluso que haga constar en la escritura una referencia catastral dudosa.

Por el contrario, en el caso que ahora interesa de la constancia de la referencia catastral en la inscripción, el artículo 49 de la ley no establece regla alguna. No dice si, a pesar de la duda del registrador, debe practicar (evidentemente, cuando proceda, en virtud del fondo civil del asunto) el asiento principal, ni si, caso de extender el asiento, constará o no en él la referencia catastral dudosa.

(Recuérdese, porque es importante, que, tanto en el caso de la actuación registral como la notarial, la duda no versa sobre la correspondencia de la descripción de la finca con la descripción catastral, sino sobre si, a pesar de tal correspondencia positiva, la referencia catastral pudiera estar equivocada.)

Mi opinión, como ya he dicho, es que, para paralizar la inscripción y para dejar de cumplir los plazos perentorios que al registrador le marca la legislación hipotecaria al efecto, es necesario un motivo sustantivo y, sobre todo, hace falta un mandato legal claro, que el artículo 49 no contiene. Todo lo contrario, el punto 4 del artículo 49 expresamente contempla la posibilidad de que el asiento esté ya extendido cuando el registrador reciba la información catastral destinada a resolver sus dudas (*"el registrador de la propiedad, cuando le sea remitido el certificado o documento informativo, previa calificación favorable, hará constar la referencia en el asiento, o si éste ya se hubiera practicado, por nota al margen de él, consignándolo, en su caso, también por nota, al pie del título"*).

Pero lo que dice es *"practicado el asiento"*, y no, *"hecha la constancia de la referencia catastral"*. A diferencia de las escrituras, entiendo que no hay razón suficiente para hacer constar en el registro (con efectos de fe pública registral, además y según acabamos de ver) una referencia catastral acerca de la cual el registrador tenga las dudas del artículo 49. Y digo a diferencia de las escrituras porque en el caso de la inscripción no puede hablarse de urgencia, como sí se hace en el caso de aquéllas. La urgencia no es, induda-

blemente, urgencia en autorizar propiamente, sino en contratar, es la urgencia en otorgar el negocio que –como la inscripción– tampoco debe verse postergada por este motivo, y, como el otorgamiento de escritura es un acto único y como son los otorgantes quienes establecen o asignan la referencia catastral al bien inmueble objeto de sus tratos, es claro que ellos sólo disponen de un momento adecuado para incluir la referencia catastral en las escrituras: el del otorgamiento. Pero esa circunstancia no se da en las inscripciones; practicado el asiento y recogidos los tratos en el registro, con todos sus efectos sustantivos y legitimadores asociados, el momento en que el registro refleje la referencia catastral es relativamente indiferente.

Y además, si la referencia catastral se hubiera asignado (conforme a la tesis que he mantenido al tratar de la modificación de una referencia catastral ya inmatriculada), para hacer constar en el registro una contradictoria, proveniente del proceso previsto por el artículo 49 de la ley, se necesitaría el consentimiento del titular registral, algo que esa norma no prevé, como vamos a ver a continuación. Por eso y por todos los demás argumentos dados, ya dije al examinar esas modificaciones y repito ahora que, en mi opinión, no debe hacerse constar en el registro una referencia catastral que el registrador tenga por dudosa.

En conclusión, creo que el proceso es el siguiente:

— El registrador, a la vista de una referencia catastral que formalmente coincide con el inmueble objeto de la inscripción pero que, por alguna razón –generalmente porque así lo hayan manifestado los otorgantes en el propio título–, sospecha o teme fundadamente que pueda ser errónea (y sea por lo tanto en realidad la referencia catastral de otro inmueble), lo comunica al Catastro y solicita la pertinente aclaración.

— Si recibe respuesta antes de haber practicado el asiento solicitado en el título (recordemos que el Catastro no debe tardar más de cinco días hábiles en responder), continuará con el régimen normal de inscripción y constancia (inmatriculación, según mi terminología) de la referencia catastral.

— Si, por el contrario, ha podido o ha querido despachar favorablemente el título antes de recibir respuesta del Catastro, porque ha considerado (en mi opinión, con acierto) que no debe retrasar su

actuación por mor de este artículo 49, no recogerá en el asiento la referencia catastral, algo que solamente hará *"cuando le sea remitido el certificado o documento informativo"*, o sea, cuando y desde que reciba tal información del Catastro, y por medio de una nota marginal (con su pertinente reflejo al pie del título, en su caso).

Según el anexo a la orden de 23 de junio de 1999 (que asegura sin motivo estar dando *"cumplimiento del artículo 40 TRLC"* de la Ley del Catastro), los registradores –como los notarios– deben comunicar periódicamente al Catastro la identificación del bien inmueble objeto de las distintas inscripciones practicadas en ese periodo, distinguiendo *"según la presencia o ausencia de la referencia catastral"*; y enumera cinco casos: *"1. RC (referencia catastral) de la finca incorporada; 2. RC de la finca incorporada y dudosa; 3. Incorporada de la finca origen (40.2); 4. RC presentada no incorporada; y 5. No se ha presentado RC."* Independientemente de la tortuosa redacción del precepto –que he de examinar mucho más detenidamente en otro lugar de este estudio–, a los efectos que ahora interesan, parecería que la referencia catastral se ha incorporado a pesar de ser dudosa. Dadas las importantes imprecisiones de la orden, pues nada tiene que ver el artículo 40 con el mandato hecho a los funcionarios (con la única excepción de la posibilidad de incorporar la referencia catastral de la finca de origen, en ciertos casos) y la falta de mención del artículo 49 de la ley, no me parece que constituya fundamento suficiente para desvirtuar las conclusiones citadas.

Y todo ello con independencia, como es lógico, de que la solución catastral sea la de mantener la corrección de la referencia catastral aportada por los interesados o la de sustituirla por otra, la verdaderamente correcta.

¿Puede ocurrir que la respuesta del Catastro sea la de confirmar las dudas del registrador, o sea, la de declarar que efectivamente la referencia catastral aportada por los interesados o de otra manera hecha constar en el título no se corresponde con la finca catastrada bajo tal referencia, pero que tampoco le ha sido posible identificar la referencia catastral adecuada? Por supuesto que sí, ya que la finca documentada puede no coincidir con ninguna parcela catastral y porque, aunque haya una explicación a ese desajuste, tampoco estarán allí los interesados para colaborar en la solución. En tal caso, es indudable que el registrador no deberá hacer constar en sus asientos referencia catastral alguna.

**v) Supuestos y efectos de la no inmatriculación de la referencia catastral**

La solicitud de un primer reflejo registral de la referencia catastral de una finca que ya está inmatriculada (la finca), como todo otro procedimiento registral, puede concluir con que la referencia catastral se haga constar efectivamente en la inscripción, quedando inmatriculada en el registro y convirtiéndose en una parte fija de la descripción de la finca, con efectos frente a tercero, o con que tal reflejo en la inscripción de la finca sea denegado. La decisión de hacer constancia de la referencia catastral en la inscripción o de no hacerlo depende del juicio del registrador, según lo previene la ley, que además califica tal decisión de auténtica calificación registral. Sea propiamente así o sea sencillamente un juicio jurídico, el caso es que la decisión del registrador de no constatar es recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el marco o cauce del llamado recurso gubernativo.

Además, puede ocurrir que la referencia catastral no haya sido aportada, ni a la escritura o título inscribible ni directamente al registro, por más que tal cosa sea obligatoria, sin que el registrador, como hemos visto, tenga la obligación de obtenerla de oficio. Ante tal falta de aportación, la consecuencia es doble: de un lado, el registrador no podrá, como es lógico, hacerla constar en la inscripción; de otro y siguiendo el mandato del artículo 43 de la ley, formulará a los interesados la oportuna advertencia, anuncio de las sanciones por incumplimiento que prevé la legislación.

Una advertencia que no es procedente en el primer caso, o sea, cuando la referencia catastral sí ha sido aportada pero no haya superado la calificación registral, porque el registrador no la haya considerado correspondiente a la finca registral, por no coincidir con la identidad de ésta o por no haber superado el trámite de constatación o porque existe ya otra finca que tiene asignada esa misma referencia, sin que se haya alcanzado el acuerdo o la supletoria orden judicial prescritos. En tales casos, la referencia catastral no constará en la inscripción pero no por ello el registrador deberá advertir nada a los interesados ni se producirá ninguna reacción destinada a averiguar las causas de la discrepancia y menos aún para subsanarla.

Como tampoco procederá formular advertencia alguna por parte del registrador, dada la expresa excepción legal de responsabilidad,

cuando la causa por la que ha denegado la constancia de la referencia catastral aportada sea la de que no corresponde propiamente a la finca objeto del asiento sino a la finca de origen.

Y, en todos los supuestos dichos de falta de constancia de la referencia catastral, tal omisión no paraliza, por sí misma, la inscripción del título.

Iremos viendo a continuación, de manera más detenida, cada una de las situaciones enunciadas, pero antes es preciso destacar las consecuencias que no tiene la falta de constancia de la referencia catastral.

### **1. Efectos que no produce la falta de aportación de la referencia catastral**

#### *No consecuencias legales*

Aunque parezca un galimatías, es necesario empezar por determinar las consecuencias que no tiene la falta de aportación de la referencia catastral. Se refiere a ellas el punto 3 del artículo 44, específicamente consagrado a esta cuestión que ahora examinamos y que, rizando un poco más el rizo de la manía de la legislación catastral de redactar en negativo, fija la conclusión fundamental del incumplimiento del deber de aportar: que *"la no constancia de la referencia catastral en los documentos inscribibles o su falta de aportación no impedirá la práctica de los asientos correspondientes en el Registro de la Propiedad, conforme a la legislación hipotecaria"*.

Empezando por el principio, la Ley del Catastro dedica a la falta de aportación de la referencia catastral los artículos 43 y 44 de la ley.

El primero, el 43, tiene un título engañoso, pues dice que va a tratar de la *"advertencia de incumplimiento"*, cuando en realidad a ello dedica sólo su apartado 1 mientras que el punto 2 regula un asunto completamente distinto (que veremos mucho más adelante en este estudio, al tratar de la coordinación hacia el Catastro) y que no es en realidad ningún supuesto de incumplimiento; de modo que nos hemos de limitar, en esta parte, a tratar el mandato de ese punto 1.

Además, ese punto 1 del artículo 43 lo que establece es un efecto particular, simplemente uno más, de los que provoca el incumpli-



miento de la obligación de aportar la referencia catastral. Con ese preciso título, "*efectos del incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral*", desarrolla esos efectos el artículo 44, por lo que lógicamente debemos empezar por examinar ese segundo artículo.

La regulación concreta del artículo 44 parece ir un poco más allá de su transcrito título pues regula tanto "*la no constancia de la referencia catastral en los documentos inscribibles*" como "*su falta de aportación*"; sin embargo, en mi opinión, el título de la norma es más correcto que su contenido, en el sentido de que, aunque literalmente no lo diga así y pueda parecer otra cosa, lo que realmente quiere la ley es regular las consecuencias (algunas consecuencias) del incumplimiento de la obligación que previamente ha dejado establecida en los artículos anteriores de este título V, las de los artículos 38 a 42. Esto es, que la Ley del Catastro sólo regula expresamente uno de los motivos y no todos los que impiden la constancia-inmatriculación de la referencia catastral.

Creo que, con ese doble supuesto ("*no constancia*" y "*falta de aportación*"), lo que en realidad está distinguiendo la ley es entre el caso de que la referencia catastral no se haya aportado al notario (es decir, que la referencia catastral no conste en el título inscribible – "*no constancia en los documentos inscribibles*"–, en el momento en que dicho título se presenta en el registro), y el caso de que –cuando proceda– no se haya aportado directamente ante el registrador –"*falta de aportación*"–, ya sea porque la ley prevea expresamente esa aportación directa, ya porque se desatienda la petición que el registrador haya hecho directamente al presentante –también en aquellos casos en que legalmente proceda esa petición–. Y quizá sea esto último lo que más pueda confundir hoy día, pues creo que, como en otros casos que ya hemos visto y otros que nos queda por analizar, este artículo 44 está conservando –sin razón y probablemente por olvido– una previsión que existió en la primitiva redacción de la Ley 13/1996, pero que hoy ya no está vigente; la previsión de que el registrador requiriera a los interesados, dándoles una segunda oportunidad de cumplir su obligación de aportar la referencia catastral a los títulos que ya debían contenerla pero que, por la razón que fuera, no la expresaban.

Esta obligación del registrador de advertir a los interesados ha sufrido en la vigente Ley del Catastro un cambio importante sobre

el régimen anterior. En efecto, en el apartado Tres de su primitivo artículo 53, se decía que *"cuando en el título presentado no constare la referencia catastral, el Registrador deberá advertir de forma expresa y escrita al interesado o al presentante de la obligación de aportar los documentos a los que se refiere el artículo 50, apartado cuatro, dentro del plazo de despacho del documento, y que, en caso de no hacerlo, incurre en el incumplimiento de la obligación establecida en esta Ley. Una vez transcurrido dicho plazo sin haberse cumplido dicha obligación dejará constancia del incumplimiento por nota al margen del asiento y al pie del título inscrito"*.

Esa parte del proceso se ha perdido y el registrador no tiene ya que requerir al interesado o al presentante, cuando la referencia catastral no conste en el documento presentado. En cierto modo y un poco contra pronóstico, se vuelve así a la previsión inicial de los acuerdos de la ya citada comisión interministerial del año 1995, puesto que efectivamente en los borradores surgidos de ella se decía que *"cuando en el título presentado no constare la Referencia Catastral, el Registrador, si el título fuere notarial y hubiese sido expedido después de la entrada en vigor de esta Ley, se limitará a hacer contar el incumplimiento"*.

Cuestión distinta es que *"quienes soliciten del registrador la práctica de un asiento registral relativo a bienes inmuebles"* (art. 40.1.c), tienen derecho a aportar la referencia catastral *"ante el registrador de la propiedad"* *"durante el plazo de despacho de aquél [el documento]"*, (según prevé el art. 42 de la ley), de modo que ellos, de *motu proprio*, sí que pueden realizar una aportación de la referencia catastral complementaria al documento presentado a inscripción, sin que nadie –más que la propia ley– les haya hecho ningún requerimiento específico (salvo la advertencia que le habrá hecho el propio notario, por otro lado). A esta aportación separada se le ha de dar por el registrador el mismo tratamiento que a la que conste en el título inscribible, aunque sin perjuicio de que, en este caso, será ante él ante quien se haya de acreditar *"de forma indubitada dicha referencia"*, en la forma y por los procedimientos señalados en el artículo 41 de la ley.

De modo que, en todos los casos en que no se ha hecho constar (inmatriculado) la referencia catastral en la inscripción, por un motivo u otro, conforme al punto 3 del artículo 44, *"la no constancia de la referencia catastral en los documentos inscribibles o su falta de apor-*

*tación no impedirá la práctica de los asientos correspondientes en el Registro de la Propiedad, conforme a la legislación hipotecaria."*

¿Hubiera cabido la consecuencia opuesta? Sin duda, la ley puede decretar la falta de eficacia de un documento público, pero una sanción tan radical no puede sino establecerse expresamente. Dicho de otra manera, si la ley quería conseguir, como medio de presión, que la falta de constancia de la referencia catastral, por uno u otro motivo, dejara sin efectos al propio documento (el contrato, el expediente administrativo, la inscripción registral), tendría que haberlo afirmado expresamente (y, lógicamente, afrontar las insondables consecuencias de tal desatino). Si no lo ha hecho así, ¿qué habiéramos debido concluir del mero silencio de la ley sobre este particular?, pues exactamente lo que dice el artículo 44, que el documento puede ser otorgado o autorizado y que conserva su valor.

Máxime cuando la obligación de aportar la referencia catastral no sólo la tienen los interesados sino que, en ciertos casos, también e incluso antes que ellos la tienen los funcionarios públicos intervinientes. Si la ley ni siquiera contempla el caso de que la obligación directa de los funcionarios quede incumplida, ¿podría sancionar esa omisión de un tercero negando validez al documento que interesa al ciudadano? Poder, podría, pero evidentemente lo sensato es que no lo haya hecho.

Por lo demás, resulta sorprendente que el artículo 44 haga una regulación separada de los efectos sobre la inscripción, distinguiéndolos aparentemente del régimen aplicable al resto de los documentos públicos. Más sorprendente aún si el resultado es que llega a una misma conclusión. Si ya hay un apartado, el 2, que se refiere genéricamente a *"la falta de aportación de la referencia catastral"*, y si incluso existe un punto 4 (que dice complementar al 2), que dice que *"lo dispuesto en el apartado 2 se entiende sin perjuicio de lo legalmente establecido para el caso de que la resolución fuera inscribible en el Registro de la Propiedad"*; no se ve la necesidad de hacer una norma separada para las inscripciones, para decir lo que arriba he transcrito, cuando el punto 2 dice que la falta de aportación, respecto de los expedientes administrativos, *"no suspenderá la tramitación del procedimiento ni impedirá su resolución"* y, respecto de las escrituras, *"no impedirá que los notarios autoricen el documento ni afectará a su eficacia o a la del hecho, acto o negocio que contenga"*. En mi opinión, tal cosa no se

debe sino a un prurito, esparcido por toda la ley, de que el registro de la propiedad tenga normas propias y no comparta el régimen general de las demás instituciones implicadas. En todo caso, carece de importancia.

Por último y relacionando lo dispuesto en la Ley del Catastro con los dos supuestos que ya hemos estudiado, en los apartados Dos (como consecuencia indirecta de un título que se presenta a inscripción) y Cinco (como operación registral autónoma) del artículo 53 de la Ley 13/1996, es claro que el posible incumplimiento del deber de aportar la referencia catastral –y sus eventuales efectos– únicamente son predicables del caso del apartado Dos, puesto que ni la Ley del Catastro ni la 13/1996 imponen realmente al titular registral la obligación de solicitar la constancia registral de sus fincas ya inscritas, algo que está previsto sólo como un derecho y no como una obligación. En consecuencia, no cabe considerar en este último caso que pueda haber incumplimiento, ni hemos de examinar posibles consecuencias.

#### *No consecuencias en el ámbito de la coordinación*

A estas no consecuencias previstas en la ley o que se deducen de ella, es necesario añadir –y es aún más importante– todo lo que la ley calla, no prevé o no ordena hacer.

La que no establece por ningún lado la ley –cuando debería haber sido la principal consecuencia– es que la presencia de obstáculos que impidan la constancia de la referencia catastral atribuida a la finca, por causas no imputables a los interesados, a los obligados a aportar la referencia catastral, determine la obligación o al menos el intento de subsanar las causas que provoquen la discrepancia, entre las escrituras, el registro y el Catastro.

Eso es lo que debería haber ordenado la ley, como respuesta a la apreciación de un funcionario público de que hay una falta de correspondencia entre las descripciones, en lugar de acudir a un mecanismo supletorio de inmatriculación, que no sólo no solventa las diferencias sino que construye sobre ellas y las consolida. El proceso debería ser de coordinación y por tanto de localización de errores y de subsanación de los mismos, por los pasos oportunos, según la causa y el tipo de error. Y es que, en realidad y tal como está redactada, es evidente que la ley concibe la aportación de la

referencia catastral, a la escritura y a la inscripción, como un deber de los interesados, pero, sorprendentemente, el efectivo reflejo registral de esa referencia catastral correspondiente a la finca no es propiamente un deber, ni siquiera un derecho, sino una afortunada eventualidad. La ley no impone la constancia de la referencia catastral en el registro, sino que sólo la permite, y únicamente en determinados casos; de modo que, si los requisitos que la posibilitan permiten efectivamente la inmatriculación de la referencia catastral, no se deniega; en caso contrario, toda la iniciativa queda en manos de los interesados, que pueden perseverar en su intento o no.

Por supuesto que la negativa registral a hacer constar la referencia catastral puede deberse a que el interesado simplemente haya aportado una referencia catastral incompleta o descuidadamente errónea (incluso la que corresponde a otra finca, como él mismo debería saber y podría fácilmente descubrir, a poco que tuviera una actitud cuidadosa), que no puede ser por lo tanto aceptada; en realidad y como veremos, la legislación catastral prácticamente equipara este supuesto al de incumplimiento de la obligación de aportar; pero es que, ni en tal caso y ni siquiera en aquellos en que los interesados directamente incumplen su deber de aportar el documento del que resulte la referencia catastral adecuada, ninguno de esos casos, digo, justifican la pasividad del sistema, pues la constancia de la referencia catastral no se hace sólo en beneficio del interesado, sino de todo el sistema jurídico inmobiliario. Si hay una razón lo suficientemente sólida como para imponer la constancia de la referencia catastral en el registro y para convertir esa actividad en un mandato imperativo para los ciudadanos; si las razones son, como deberían ser, de orden público; si realmente se pretende la coordinación en las descripciones de las fincas, porque se entiende que el buen funcionamiento del sistema inmobiliario precisa de esa coordinación; si todo eso es así, pero también si, sencillamente, la constancia de la referencia catastral es obligatoria y no meramente voluntaria para los interesados, en todos los casos, el que la sanción por no aportar la referencia catastral correcta sea simplemente la de no hacerla constar en el registro es algo completamente absurdo. Si no se realiza –y desde luego no se está haciendo– un verdadero esfuerzo por convencer al interesado de las utilidades particulares que tal constancia le reportan a él, ¿qué más le dará que la referencia catastral se inscriba o no?

Si se convence de que hay posibilidad de incurrir en una sanción administrativa, es probable que trate de evitarla, pero no hará nada en todos los demás casos que igualmente determinan la falta de constancia pero no llevan aparejada sanción alguna.

Y no se diga que la explicación está en el carácter rigurosamente voluntario de nuestro registro inmobiliario, que es algo bueno y debe preservarse, pues quien no deduce las consecuencias adecuadas es la legislación catastral, que se inspira en criterios contrarios. Es el artículo 44 el que ha tenido mucho más cuidado en no perturbar los hábitos registrales (y notariales) que en provocar la coordinación entre las instituciones, por encima o venciendo la pasividad de los particulares. Mejor dicho, dotando a la constancia de la referencia catastral de efectos beneficiosos para ellos.

Y, todo lo dicho, con independencia de que la referencia catastral que se ha pretendido o conseguido inmatricular para la finca inscrita sea verdaderamente la que le corresponda, esto es, que la finca catastrada y la registrada coincidan, puesto que, a pesar de las cautelas y filtros legales, es perfectamente posible, por supuesto, que el juicio de identidad de la finca sea erróneo. En un sentido o en otro, esto es, erróneo porque considere acreditada la identidad cuando no sea así en la realidad, o erróneo porque crea que no hay identidad cuando en realidad sí que la hay. Y en ambos supuestos de error, de nuevo, no se producirá ninguna reacción destinada a averiguar las causas de la discrepancia y menos aún para subsanarla; aunque tampoco por ello se pondrá en duda la validez de la inscripción.

## **2. *Calificación del incumplimiento del deber de aportar la referencia catastral. Advertencia de incumplimiento***

Dice el artículo 43 de la Ley del Catastro, titulado “*Advertencia de incumplimiento*”, que “*el registrador de la propiedad deberá advertir a los interesados, de forma expresa y escrita, en los casos en que incurran en incumplimiento de la obligación establecida en este título.*” (Aunque en realidad, como he dicho, ese Título, el V de la ley, incluye muchas obligaciones y no todas las impone a los interesados).

Por eso digo que considero al artículo 43 como una consecuencia jurídica (ligeramente *avant la lettre*) del artículo 44. Entiendo que

la advertencia del registrador únicamente estará provocada por el incumplimiento específico de la obligación de *"aportar la referencia catastral de los inmuebles"*.

Y esta ligación entre incumplimiento y advertencia plantea un grave problema añadido.

El sentido, la razón y el contenido de una advertencia pueden ser muy diversos. En la práctica notarial, la advertencia es fundamentalmente un aviso, un recordatorio de lo dispuesto en la ley o de las consecuencias, principalmente las punitivas, que pueden derivarse de una determinada actuación; se advierte de la obligación de presentar los documentos ante la Hacienda pública, de la eventualidad de que los bienes queden afectos al pago de ciertos impuestos, de la posible existencia de cargas ocultas, por falta de pago de ciertos gastos, de la necesidad de que concurren determinados consentimientos para la plena validez de ciertos actos; en definitiva, de la eventualidad de una sanción, en caso de actuar de una cierta manera. Es decir, se informa del contenido del derecho a aquél de quien se supone que no conoce suficientemente las leyes; se corrige la a todas luces excesiva presunción del conocimiento general de las leyes, de todas las leyes, por la información pormenorizada y aplicada al caso concreto que hace el profesional jurídico actuante. También se actúa de ese modo en las calificaciones registrales y sobre todo en las notas de despacho de documentos, advirtiendo el registrador de determinadas consecuencias que considere que quizá no van a ser bien entendidas o valoradas por el interesado.

Y cosa bien distinta es entender la advertencia como parte de la sanción; y es que una advertencia también puede ser entendida y usada como un apercibimiento, como la publicidad de una sanción. Y, claro está, estas últimas manifestaciones forman ya parte de la pena, con todas las consecuencias que en Derecho se derivan de ello. Por ejemplo, la consecuencia de que el registrador (como el notario) no tienen competencia para apreciar la existencia del ilícito administrativo, que no son la autoridad llamada a declarar que se han producido los hechos y circunstancias que determinan la responsabilidad, la que hace sancionable el incumplimiento, ni la que puede calificar los hechos de incumplimiento y no de otra cosa. O, por ejemplo, que no habrá seguido en su pequeña sanción ningún procedimiento sancionador propiamente tal.

Concretamente, en relación con el artículo 43, el registrador (o el notario) no son competentes para decidir que se dan *"los casos en que [los interesados] incurran en incumplimiento de la obligación establecida en este título"*.

Además, cuando efectivamente hagan su advertencia *"de forma expresa y escrita"*, concretamente, ¿qué advertirán? Si se trata de un procedimiento sancionador y no sólo de una forma de asesorar, no es comprensible ni aceptable que la ley diga que el registrador (o el notario) advertirán y no diga cuál es el contenido de esa advertencia.

Además, esa vinculación que hace la legislación catastral entre incumplimientos y sanciones plantea otro problema añadido más, cuando quien participa en el proceso sancionador es un funcionario no propiamente catastral, esto es, un registrador (o un notario). Y es que el artículo 70 de la Ley del Catastro equipara, a efectos de sanción, el *"incumplimiento del deber de aportar la referencia catastral a que se refiere el artículo 40 de esta Ley"* y *"la aportación de una referencia catastral falsa o falseada"*. Y es evidente que, salvo supuestos muy burdos, ni los registradores ni los notarios son competentes (en el sentido de tener un adiestramiento adecuado) para reconocer la falsificación de documentos. Por lo tanto, si es que verdaderamente el artículo 43 tiene un contenido sancionador, probablemente no es adecuado extender sus efectos más allá de su tenor literal, de manera que esa equiparación del artículo 70 podrá surtir sus efectos allí donde está dictado, en el marco de un procedimiento sancionador ante las autoridades catastrales, pero sin que el registrador (o el notario) deban advertir.

Y, por si todos esos inconvenientes fueran pocos, de nuevo he de recordar aquí que, según el artículo 41 –en los casos que cita–, *"la autoridad judicial o administrativa, los notarios y registradores de la propiedad"* pueden obtener *"directamente las certificaciones catastrales a que se refiere el párrafo a del apartado 1"*, y que, en tal caso, *"los otorgantes del documento público o solicitantes de la inscripción registral quedarán excluidos de la obligación"*.

No voy a repetir ahora todo lo ya dicho acerca de cuándo procede que los funcionarios averigüen por sí mismos la referencia catastral ni qué funcionarios sí y cuáles no, o de si tal cosa es realmente posible, para unos u otros, pero sí es necesario entender que la advertencia que formule el funcionario ajeno al Catastro, cuya



misión como máximo es de control y de facilitación del cumplimiento de obligaciones catastrales, las que verdaderamente se puedan calificar de tales, tal advertencia no puede pasar de una simple llamada de atención, sin auténtico valor sancionador, y concebida en términos fundamentalmente genéricos o eventuales o meramente indiciarios.

Más aún; creo que, a pesar del texto del artículo 43, el registrador (y el notario) deben formular la advertencia expresa y escrita en todos los casos a que se refiere el artículo 44, esto es, siempre que no se haga constar la referencia catastral en la inscripción, cualquiera que sea el motivo. Aprovechando si se quiere la pequeña confusión de ese artículo –que ya he comentado– puede entenderse que desencadena el proceso de advertencia todo supuesto de “*no constancia de la referencia catastral*” en la inscripción, con la única excepción, quizá, de aquellos en los que es la propia ley la que prevé que la referencia catastral no se haga constar, por ejemplo, los de referencia catastral no correspondiente a la finca, porque el Catastro la define o delimita de forma diferente al registro (sin que proceda o se haya cumplido el trámite alternativo de inmatriculación), los de constatación (hasta tanto el Catastro comunique la referencia catastral apropiada) o aquellos en los que no existe más que la referencia catastral de la finca de origen.

Y dicho esto, que es lo más importante, porque es lo que afecta al respeto debido a los derechos subjetivos de los otorgantes o instantes de la inscripción registral, y considerando pues el sentido de la advertencia en sus justos términos, hay además algunas otras cuestiones dudosas que es preciso tener en cuenta. En definitiva, el incumplimiento de la obligación de aportar se produce, no sólo cuando no se atribuye una referencia catastral a la finca documentada sino cuando se hace de modo diferente al permitido, de otra manera a la que ordena la ley. Esto es, que entra en juego la consideración de los medios de acreditación de la referencia catastral, los documentos admisibles, y la cuestión de si puede el registrador calificar la acreditación realizada ante otro funcionario, valorando la manera en que los interesados han realizado la acreditación en el documento presentado a inscripción. Me remito a todo lo ya dicho en otro apartado y únicamente creo interesante añadir ahora que, siguiendo la conclusión previamente sentada, el registrador, para ser congruente con sus propios actos, debe hacer advertencia expresa y escrita

siempre que haya denegado la constancia de la referencia catastral en el asiento, por cualquier causa.

**3. *La negativa del registrador a hacer constar la referencia catastral atribuida por las partes. Recursos contra la negativa***

Si cabe el caso, y es el que acabamos de ver, de que los interesados incumplan su obligación de aportar la referencia catastral, independiente de que deban ser reconvenidos o no por ello, también cabe que ellos crean haber cumplido bien y puntualmente con tal obligación y sea el registrador quien se oponga a ello, por entender que no se dan los requisitos necesarios que prescribe la ley.

Como cabe también que el interesado esté procurando la constancia de la referencia catastral por propio deseo, sin estar obligado por norma alguna (supuesto del apartado Cinco del art. 53 de la Ley 13/1996), y que también se vea enfrentado a una negativa registral.

En tales casos, puede ser que se conforme con tal calificación negativa del registrador (incluso por la simple razón de carecer del interés personal suficiente para proseguir el procedimiento), pero puede ser también que desee rebatir tal juicio contrario del registrador (calificación, lo llama la ley), contrario a la identidad de la finca con su referencia catastral o al cumplimiento de los requisitos alternativos para la inmatriculación de la referencia catastral.

Porque lo que es indudable es que el juicio negativo de identidad y mucho más aún el juicio de identidad parcial pueden ser discutibles, pues los elementos de comparación pueden ser valorados de distinta forma por personas distintas, aunque todas ellas deban haberse basado en datos objetivos precisos o incluso en porcentajes de diferencia señalados expresamente por la ley. (A lo que hay que sumar, claro está y no deja de ser legítimo, que a los interesados se les llama así porque tienen intereses en juego, porque les conviene que el trámite administrativo, en este caso la constancia de la referencia catastral, se realice, por lo que ni tienen por qué ni pueden ser imparciales; sin que tal parcialidad les prive, con carácter general, del derecho que les da la ley a discutir las decisiones opinables.)

Y, a este respecto, se plantea la duda de a qué instancia le corresponde resolver si los interesados discrepan de la pertinencia de

las dudas sobre la identidad opuestas por el registrador. La Dirección General de los Registros y del Notariado tiene reiteradamente declarado que, en caso de inmatriculación de fincas (más bien en caso de intento o sospecha de provocar doble inmatriculación), las dudas del registrador no pueden ser resueltas por ella, en el llamado recurso gubernativo, sino que son competencia exclusiva del juez; sin embargo, cuando se trata de reflejar excesos (o defectos) de cabida, que en definitiva encierran un problema de identificación de fincas muy parecido a éste que vemos ahora, sí que entra a valorar la pertinencia de la duda y los elementos de juicio expresados por el registrador o que debieron tenerse en cuenta.

Y de modo más específico, su resolución de fecha 29 de junio de 2007, que trata concretamente el problema de la constancia registral de la referencia catastral, sí que entra a examinar los términos de la duda del registrador sobre la identidad entre las descripciones, registral y catastral, y concluye –en ese concreto caso– por no considerarla bien fundada. De modo que, en estos casos, se acepta el derecho a recurrir las decisiones negativas del registrador. Dice dicha resolución que *“debe concluirse que procede la constatación registral de la referencia catastral al no estar fundadas a juicio de este Centro Directivo las dudas expresadas en la nota de calificación.”* Y que *“el mero hecho de existir dudas por parte del registrador –máxime cuando estas dudas son disipadas en el recurso– no es suficiente para impedir el reflejo tabular de una referencia catastral suficientemente contrastada con la documentación catastral aportada”*.

Pero el juicio registral que no aprecia identidad en la finca no es el único desfavorable posible; también puede aducir la calificación que hay incumplimiento de los requisitos análogos a los de inmatriculación de fincas, cuando lo que se pretende es inmatricularla por la vía excepcional del último inciso del apartado Dos o la regla 2.ª del apartado Cinco. También en este punto es claro que, si la ley acude a la analogía con los procedimientos de inmatriculación de fincas, tal analogía debe aplicarse completa y por lo tanto también debe aceptarse que hay una posibilidad de recurrir las calificaciones desfavorables, posibilidad expresamente admitida por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 15 de julio de 2009.

Claro está que, para formular todos estos recursos, se necesita como digo un interés; si toda esta cuestión de hacer constar la re-

referencia catastral en las inscripciones no pasa de ser un deseo de la ley, o más concretamente del Catastro, a sus solos y privados fines organizativos, los particulares lo juzgarán como un requisito más de los muchos burocráticos, restrictivos y fiscalizadores que rodean las escrituras públicas, y difícilmente tendrán interés en recurrir la falta de constancia de la referencia catastral. Como también puede ser el caso de que tal constancia o su falta dejen muy tranquilos a los distintos funcionarios intervinientes, al menos al registrador –que no va a discrepar de su propia opinión– y al notario, que se limitará a advertir al interesado de que tiene derecho a recurrir, pero dando ambos por cumplida la parte del trámite que les afecta. Será únicamente cuando esté claro que, por el contrario, lo que se pretende es alcanzar una mejora en la descripción física de las fincas, para acrecentar la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, en interés de todo y de todos, cuando podrá pensarse en una reacción a la falta de inmatriculación de la referencia catastral y en unos sujetos interesados en perseverar en ella. Convencer a esos sujetos de que algo les va en el asunto, es trabajo de todos, pero ante todo lo es del legislador.

c) SUPUESTOS DE DOBLE INMATRICULACIÓN DE UNA REFERENCIA CATASTRAL O DE LA INTENCIÓN DE PROVOCARLA

Antes de entrar en el examen de estos supuestos, es necesario hacer una aclaración. Como enseguida veremos, el apartado Seis del artículo 53 parte de la base de que cada finca registral tiene o puede tener una referencia catastral, en una relación biunívoca de una a una. De manera que se ocupa del problema de que una misma referencia catastral se pretenda asignar a dos o más fincas registrales, sobre la base de que sólo una de esas asignaciones puede ser la correcta. En la práctica, esa presunción de la ley no siempre es correcta. Lo cierto es que nada asegura o garantiza la equivalencia entre las fincas civiles, escriturarias o registrales, y las catastrales, de manera que, como ya vimos, una finca registral puede corresponder a varias parcelas catastrales, completas o incompletas, y tener por tanto varias referencias catastrales; o bien, una finca registral puede ser sólo una parte de la finca catastral correspondiente. En estos casos, ninguna parte del artículo 53 tiene fácil aplicación, pero es que, en este supuesto del apartado Seis, es radicalmente imposible.

De nuevo y como enseguida veremos, se hace copia o traslado de regímenes legales nacidos para realidades diferentes (las normas sobre inmatriculación de fincas registrales), y la consecuencia es que las piezas no encajan. Dicho esto y puesta de manifiesto la imposibilidad de que el precepto consiga resolver todos los problemas que puede deparar la práctica, paso a examinarlo.

Siguiendo con la analogía que estoy defendiendo de que la referencia catastral es objeto de verdadera inmatriculación en el registro de la propiedad e incluso reforzando ese concepto, el apartado Seis del artículo 53 dice que *"en ningún caso se hará constar en el folio abierto a una finca inmatriculada una referencia catastral que ya venga atribuida a otra finca inscrita si no media el consentimiento del titular registral de ésta o la oportuna sentencia firme dictada en procedimiento declarativo entablada en él"*.

Si la norma se hubiera limitado a la primera parte de la frase, hasta la palabra *"inscrita"*, nada habría que oponer. Si de verdad lo que se pretende es inmatricular las referencias catastrales, respetando en todo lo posible la analogía con el concepto y la mecánica de la inmatriculación de fincas, sin duda es y debe ser un requisito esencial que el dato inmatriculado no lo esté ya, pues no cabe imaginar en mi opinión mayor perjuicio para un sistema hipotecario como el nuestro que la doble inmatriculación, al menos la de fincas. Desde el momento en que se atribuye a algo, finca o dato, y de modo muy potenciado y protegido, diversos derechos, es necesario que ese algo sea objeto unívoco de ellos.

Lo que no me parece que tenga sentido ni que sea aceptable es regular un procedimiento que permita la excepción, que es lo que en definitiva hace el apartado Seis.

Además (y dejando a un lado –otra vez más– las dificultades que se derivan de esa auténtica manía del legislador de redactar casi todo este artículo 53 de modo negativo, diciendo lo que no se puede hacer, en lugar de estableciendo lo que hay que hacer y cómo), me parece que el texto legal está mal redactado o está incompleto. Yo no creo que quiera decir ni deba aplicarse en el sentido de que el eventual consentimiento del titular registral lo sea para que se produzca una doble inmatriculación (pues ningún titular registral ni otra persona debería tener la opción de desvirtuar el contenido del registro provocando dobles inmatriculaciones), sino para que la referencia catastral discutida quede asignada a otra finca distinta de

la suya, perdiendo él tal asignación. Y el mismo contenido debería esperarse de la sentencia a que se alude en el texto legal.

En mi opinión, el error se debe a una excesivamente escueta traslación del régimen del artículo 313 del Reglamento Hipotecario, en donde, efectivamente y como una opción más de las posibles, se admite que *"si la doble inmatriculación lo fuere a favor de personas distintas y existiere acuerdo entre ellas, a solicitud suya y con la conformidad, en su caso, de todos los interesados, expresada en escritura pública, se procederá a cancelar o rectificar el folio convenido"*.

De manera que, en ese supuesto del Reglamento Hipotecario, no es que se permita un acuerdo privado para mantener (menos aún para provocar) la doble inmatriculación de fincas, sino que, se deja a los interesados que elijan la inscripción que debe conservarse, pero de manera que sólo quede inmatriculada una finca, y lo que se hará es determinar, con el acuerdo de todos, las titularidades sobre ella que deben prevalecer, cancelando las contradictorias.

Como mucho, se estará consintiendo encubrir una o varias transmisiones (cuando la inscripción posterior, la que ha provocado la doble inmatriculación, se hace a favor de quien ha adquirido, directa o indirectamente, del titular registral de la inscripción anterior, la que decae), o incluso se estará aceptando, excepcionalmente, un mecanismo ajeno a nuestro sistema hipotecario, la inscripción abstracta o por mero consentimiento del titular, pero –problemas fiscales aparte– el caso es que se estará depurando el registro de uno de sus errores más graves, por lo que se trata sin duda de una más que aceptable solución legal.

Pero es que, incluso interpretado de ese modo el apartado Seis del artículo 53 –un modo al menos más coherente con el sistema hipotecario–, el régimen es completamente inadecuado para una referencia catastral. La referencia catastral es un dato técnico, que, según garantiza la legislación catastral, está indisolublemente ligado a una única finca –catastral– y por lo tanto a un concreto espacio físico, por lo que la referencia catastral no es susceptible de desvincularse de una parcela para asignarse a otra. Según dicha legislación, la referencia catastral, no sólo no la pueden tener igual dos fincas –catastrales– al mismo tiempo, sino que no se puede *"asignar a un inmueble una referencia catastral que hubiera correspondido a otro con anterioridad (artículo 18 Reglamento del Catastro)"*, aunque el primero haya dejado ya de tenerla asignada.

El acuerdo de los interesados, previsto en ese apartado Seis, si pudiera tener valor ejecutivo en el registrador de la propiedad, no conllevaría sino, una vez más, la aceptación complaciente de un imposible real y legal y por tanto la introducción consciente y consentida en el sistema de una palmaria discordancia con la realidad, puesto que el registro de la propiedad estaría publicando que dos fincas distintas, que evidentemente no pueden ocupar un mismo lugar físico, se corresponden con un mismo lugar en los planos del Catastro. Conscientemente, digo.

Evidentemente, puede ocurrir (las dificultades de aplicación de todo el sistema legal y en particular las dificultades de identificar la identidad entre las fincas registrales y las catastrales lo hacen incluso probable) que la referencia catastral asignada a una finca sea errónea y que tal cosa se descubra cuando se pretenda la asignación de esa referencia catastral a la verdadera finca registral que debe ostentarla. Y está claro que ese problema tiene que ser solucionado, pero el modo en que se haga provocará unas u otras consecuencias.

En definitiva, vuelve a descansar todo en el objetivo último de la ley: Si verdaderamente el régimen legal parte de la base (como no es difícil deducir del conjunto del artículo 53 de la Ley 13/1996, por más que la Ley del Catastro parezca ir en otra dirección) de que la constancia de la referencia catastral en la inscripción sólo es asunto del titular registral, que la solicita cuando quiere y en su provecho, de modo que el registrador no tiene otra misión, en su calificación, que encontrar todas las razones legales posibles para denegarla, y de modo que, superados todos los obstáculos, se hace constar y, subsistiendo alguno, no; situados en esa perspectiva, sin duda que al registro y al registrador les será indiferente que los otorgantes no hagan constar la referencia catastral en los títulos presentados a inscripción o que aporten una referencia catastral que parezca pero no sea la de la finca descrita en el título, o que, descubierto el error, lo subsanen como les parezca e incluso decidan compartir una misma referencia catastral para varios.

En todos los casos, el registrador habrá cumplido con su deber de calificar y de impedir la entrada en el registro de documentos que contradigan las leyes. Para una labor así, la continuada redacción en negativo del artículo 53 está más que justificada. Y como quiera que, con toda probabilidad, tampoco los interesados conciban el problema como propio, como tampoco ellos tendrán interés perso-

nal alguno en que en la inscripción de sus fincas en el registro conste la referencia catastral o la referencia catastral correcta, pues se habrá llegado a un modo completamente pacífico de aplicar la ley.

Pero, si el objetivo es –como debiera– emparejar las fincas catastrales con las registrales, si se trata de coordinar ambas instituciones, si se busca mejorar el contenido del registro, dotando a las fincas inscritas de una realidad más firme, entonces, los supuestos de doble inmatriculación de una referencia catastral no pueden ser solamente un problema de los interesados, ni su solución estar en sus únicas manos, dejada a su libre acuerdo.

Cuando se compruebe que, por el motivo que sea, una referencia catastral inmatriculada es errónea (y tiene que serlo si está duplicada o se intenta duplicarla, al menos respecto de alguna de las fincas), la única respuesta razonable sería la de poner en marcha un proceso de rectificación del Catastro, o del registro, o de ambos; dejando en suspenso, entre tanto, esos efectos legitimadores o frente a tercero que pretendidamente tiene la referencia catastral inmatriculada, y, si ese fuera el caso, respecto de todas las fincas que la puedan contener.

Y todo ello con la debida participación o audiencia de los interesados (y ya dije mi parecer respecto de los consentimientos mínimos necesarios para proceder a la rectificación de una referencia catastral ya asignada), aunque, dada la naturaleza del problema y el interés general de la coordinación, también entiendo que el proceso debe ser impulsado y vigilado por el Catastro.

Por otro lado, entiendo que, tanto porque así debería ser, por la propia naturaleza de las cosas, como por la dicción literal de ese apartado Seis, “*en ningún caso*”, su aplicación no depende de la limitación, durante dos años desde su inmatriculación, que el artículo 53 prescribe respecto de los efectos contra tercero de la constancia de la referencia catastral, sino que la referencia catastral no puede ser conscientemente duplicada ni durante ese plazo ni en ningún momento.

Por lo demás, desconozco si hay arbitrados mecanismos internos de la organización registral –no los establece la legislación catastral– para garantizar que la referencia catastral asignada a una finca, en un determinado registro, no pueda ser atribuida a cualquier otra inmatriculada en otro registro diferente. La calificación registral, en busca de la identificación de la finca, debería ser suficiente



para evitar este inconveniente, pues al menos el registrador debería poder comprobar que la referencia catastral alude a una finca que no corresponde al ámbito territorial de su competencia, pero, dados los errores con los que en la práctica se desenvuelve el acceso de la referencia catastral al registro y dada la tajante prohibición del apartado Siete del artículo 53, me parece que debería establecerse un mecanismo de control específico, de ámbito nacional y que tuviera en cuenta las diferentes esferas competenciales de los registros de la propiedad y las Delegaciones de Hacienda.

- d) ALTERACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN BÁSICA DE UNA FINCA INSCRITA Y CUYA REFERENCIA CATASTRAL YA ESTÁ INMATRICULADA O SE INMATRICULA EN ESE MOMENTO

### **i) Planteamiento general**

Dado que en esta cuestión sí que es evidente el interés (a veces excesivo) de los particulares por registrar la mayor cabida de sus fincas y dado que el Catastro, a este respecto, se muestra inequívocamente como una herramienta favorecedora de tales designios, no han sido necesarias amenazas (sanciones) de clase alguna para conseguir que los particulares se decidan a colaborar en este aspecto de la coordinación con el Catastro y para que aporten puntualmente toda clase de datos catastrales que se les demanden.

Se refieren a este asunto los puntos Ocho y Diez del artículo 53 de la Ley 13/1996, que plantean la coordinación del registro de la propiedad y el Catastro desde otra perspectiva a las que hemos visto hasta ahora. Se trata del caso de una finca ya inmatriculada, que ya consta descrita en el registro de la propiedad, pero de una forma, con una descripción de su realidad física, que no es la que consta en el Catastro, y el titular registral pretende trasladar al registro la descripción catastral, afirmando que es la correcta, lógicamente porque esta última le interesa más.

En realidad y un tanto sorprendentemente, también se contempla en estos apartados el caso de que la rectificación del registro se pretenda apoyar en datos no catastrales, como veremos. Otra extravagancia de esta ley, similar aunque menos grave a la que ya hemos visto a propósito de la constancia de la referencia catastral de una finca cuya descripción catastral discrepe básicamente de la

registral; los dos casos contradicen palmariamente la coordinación entre registro y Catastro, sin que sea sencillo decidir qué es peor, si que se consienta que el registro remita a una finca catastral que se ha comprobado que es diferente a la inscrita o que se permita, tras la entrada en vigor de toda esta legislación coordinadora, que se rectifique la realidad básica de la finca inscrita de forma no concordante con el Catastro. Ambos errores son sin duda innecesarios.

Por lo tanto, este apartado del artículo 53 (en su redacción actual) es el que más incidencia ha tenido en la práctica notarial y registral, el que más controversia ha suscitado y, por tanto, el que ha provocado un mayor número de pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ha podido dar detalladamente su opinión sobre la correcta interpretación de esta norma y le ha permitido crear e implantar toda una novedosa teoría, favorecedora de la buscada coordinación.

Se aborda en esos citados apartados Ocho y Diez un problema distinto a los que antes vimos que se planteaban a propósito de la constancia en la inscripción de la referencia catastral (el proceso que he denominado como inmatriculación de tal referencia). Aunque también en esa sede se contemplaba la hipótesis de que las descripciones del registro y del Catastro no coincidieran, lo importante en aquel caso era simplemente poder identificar bien la finca, esto es, averiguar si, dentro de los márgenes de tolerancia que hemos visto que admite la ley, la referencia catastral hace remisión a una finca igual o lo suficientemente parecida a la registral como para saber o pensar que es la misma, en cuyo caso se autorizaba la inmatriculación de su referencia catastral, o bien se llegaba a la conclusión contraria, en cuyo caso y a salvo procesos excepcionales, se denegaba tal inmatriculación.

La diferencia con el proceso que examinamos ahora está en que, en aquél, una vez comprobado, a juicio del registrador, que la referencia catastral corresponde a la finca inscrita, las eventuales diferencias en la descripción –no muy grandes y que en todo caso no hacen dudar de la identidad de la finca– no eran corregidas. Salvo que los titulares lo demandaran (y entonces estaríamos en este supuesto, en lugar o además de en aquél) la ley no daba ningún mandato al registrador para coordinar las respectivas descripciones, ni actuando de oficio, ni requiriendo a los interesados para que pusieran en marcha el oportuno proceso, según vimos; actitud que es

coherente con la esencial voluntariedad del acceso al registro de la propiedad y el principio que le rige de rogación, pero que no contiene tampoco toda la explicación pues nada hubiera impedido que un mandato tal se le hubiera impuesto directamente a los interesados, como se hace en tantos otros lugares de la Ley del Catastro, exigiéndoles solventar las discrepancias descriptivas que ellos mismos han puesto de manifiesto al asignar a la finca registral una determinada referencia catastral. El caso es que no se ha seguido esa opción y que las consecuencias son las indicadas.

Del mismo modo, si las diferencias en la descripción eran de tal naturaleza que pudieran hacer dudar de la identidad de la finca, la consecuencia era que la referencia catastral no se inmatriculaba o se inmatriculaba pero sin corregir su descripción, de manera que las diferentes descripciones, registral y catastral, continuaban como estaban, sin interferirse. Y de nuevo, los interesados tenían la opción de *conformarse* con esa no constancia o de solicitar la rectificación de la descripción registral de la finca, por los trámites de estos apartados Ocho y Diez. En el primer caso, no ocurría necesariamente nada más, puesto que seguía sin haber norma alguna que impusiera la coordinación entre registro y Catastro, y, diga lo que diga el artículo 38 de la Ley del Catastro, lo cierto es que la constancia de la referencia catastral se concibe en la Ley 13/1996 –que es la que convierte en operativo ese mandato genérico del citado art. 38– como un derecho de los interesados, sometido a ciertos requisitos, y nunca como un deber.

Sin duda que los titulares, por propia voluntad, o sea, por sus propios intereses, podrán optar por solventar esas diferencias descriptivas que impiden la constancia de la referencia catastral, bien porque intenten rectificar el registro y efectivamente lo consigan, y si además lo hacen en modo suficientemente coincidente con el Catastro (pues también se permite que hagan rectificaciones no basadas en el Catastro), bien porque soliciten y obtengan la modificación de la parcela catastral; en ambos casos, la referencia catastral que no pudo hacerse constar (inmatricular) se reflejará ahora, puesto que habrá desaparecido el obstáculo que lo impedía, pero será el resultado de un proceso plenamente voluntario y no por exigencia derivada del apartado Dos del artículo 53.

De modo similar a como ha hecho el apartado Siete del mismo artículo 53, respecto del proceso de inmatriculación de fincas, y no

admitiendo otra hipótesis que la de que el Catastro siempre refleja la realidad correcta (en ese presupuesto realmente excesivo e injustificado que ya he comentado), los puntos Ocho a Diez pretenden acomodar el registro (que es el incorrecto) a esa realidad catastrada (que es la verdadera), y nunca al revés, o sea, utilizar la información procedente del registro para rectificar posibles errores del Catastro.

Sólo que ahora el régimen no es tan cerrado como en el caso de las inmatriculaciones de fincas y permite más opciones. Cuando se pretende inmatricular una finca en el registro de la propiedad, debe hacerse necesaria y precisamente con la misma descripción que ésta tenga en el Catastro; cuando se trata de corregir los errores de su descripción, el sendero no es tan estrecho, puesto que, como ya he indicado, el monopolio de la descripción correcta no se reserva sólo al Catastro sino que la modificación del registro puede hacerse también con base en datos distintos e incluso contrarios a los del Catastro; con lo que, con la ley en la mano, el proceso de rectificación del registro puede hacerse manteniendo una descoordinación con el Catastro e incluso provocándola (si es que registro y Catastro coincidían antes de la rectificación); algo que, situado en el marco de una legislación de pretensiones nominalmente coordinadoras, debe ser calificado al menos de sorprendente.

Además y puesto que, como inmediatamente veremos, será necesario aplicar conjuntamente (y, en lo posible, coordinadamente) las dos legislaciones, la catastral y la registral, el examen de esta cuestión nos llevará a tratar lo esencial de la legislación hipotecaria a este respecto. Una legislación hipotecaria que ha tenido también y desde siempre el objetivo de conseguir el reflejo registral de la realidad exterior, corrigiendo en su caso las descripciones erróneas que eventualmente contengan los libros del registro, aunque, como corresponde a su función jurídica propia, lo hace con un objetivo más amplio que la legislación catastral; así, la Ley Hipotecaria tiene todo un título, el Sexto, dedicado a la *"Concordancia entre el Registro y la realidad jurídica (extra registral)"*; y, en su artículo 198, señala como medios para ello: *"la primera inscripción de las fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna, ... la reanudación del tracto sucesivo interrumpido y... el expediente de liberación de cargas y gravámenes"*; claro que inmediatamente se desdice o subsana su primer olvido, añadiendo dos medios más: en el artículo 200, los ex-

cesos de cabida, y en el 208, la constancia de nuevas plantaciones, edificaciones y mejoras de la finca.

El objetivo de la Ley 13/1996 no es tan amplio; los puntos Ocho y Diez del artículo 53 sólo están interesados en las alteraciones físicas y no en todas. Sumando los dos citados apartados del artículo 53, en ellos se regula *"la rectificación de la cabida [modificación de superficie] de una finca registral, o la alteración [rectificación] de [ciertos] linderos"*.

De manera que, si los comparamos con la normativa registral, sus referentes están en la constancia de los excesos de cabida, únicamente, aunque generalizando de modo que junto al exceso se considere también y del mismo modo el defecto de cabida. No se preocupan pues de cuestiones de tipo jurídico, como la liberación de cargas y gravámenes o la actualización de titularidades (asuntos sobre los que es poco probable aunque no imposible que el Catastro tenga mejor información que el propio registro); pero tampoco del reflejo registral (inmatriculación) de la propia existencia de la finca, cuando tal existencia le conste al Catastro por tenerla en sus planos y sepa que no está registralmente inmatriculada; ni a la constancia registral de otras alteraciones catastrales, como las edificaciones y plantaciones catastradas, aunque igualmente sepa que no están inscritas.

Es decir, que no se ocupa este artículo 53 (en estos apartados que ahora contemplo), de completar el registro, comunicándole aquellos datos descriptivos susceptibles de inscripción registral y de cuya existencia el Catastro tiene constancia, sino sólo de rectificar la descripción básica (la superficie, casi únicamente) de la finca inscrita, cuando lo esté de modo discordante con el Catastro.

E incluso visto así, no deja de ser una manera de hablar, pues, de nuevo y como ya hemos visto respecto de la constancia de la propia referencia catastral, el sistema no hace sino abrir un cauce a la voluntad rectificadora del titular registral, sin imponerle nada. Aunque, por una vez, el texto legal está redactado casi todo él en positivo, diciendo lo que se puede hacer y no limitándose a señalar lo que no, tampoco pasa de establecer que la rectificación *"podrá realizarse"* o la modificación *"podrá efectuarse"*. Si el titular registral no toma la iniciativa de solicitar la rectificación o modificación y pone los medios adecuados para ello, el Catastro no lo hará por él ni le ordenará hacerlo por sí; ni entablará una comunicación directa con el registro, con el mismo fin. A diferencia del supuesto de inmatriculación, la

legislación no pretende una igualación de las descripciones físicas de las fincas, en el registro y en el Catastro.

De todos modos, la principal dificultad de aplicación de estos últimos apartados del artículo 53 está en que parten de un punto de vista acerca de lo que significa rectificar el registro de la propiedad que no es el que contiene la legislación registral. O, por mejor decir, que no es conforme con la doctrina que sobre el particular sostiene la Dirección General de los Registros y del Notariado. (O, para ser un poco más preciso, la opinión que viene manteniendo desde hace algún tiempo, que tampoco ha sido siempre la misma.)

Volvemos con esto, otra vez, a la cuestión de la identidad de la finca; sólo que ahora entendida de otra manera.

En la práctica jurídica, a todos los niveles, incluso los profesionales, pero sobre todo en el de los dueños legos en Derecho, parece instalada la creencia de que las propiedades inmuebles son algo así como un ser vivo, cuya realidad física evoluciona o puede hacerlo, con pequeños pero constantes cambios. Que el objeto de la propiedad va sufriendo oscilaciones, que cada dueño quiere que, en lo que a él respecta, sean siempre positivas, en el sentido de aumentar su dominio, aunque no ignore que tal cosa sólo puede ocurrir a expensas de la propiedad vecina, que mengua en la misma medida.

Sin pretender entrometerme en valoraciones técnicas que no me competen en absoluto, resulta llamativo que, en apoyo de la pretensión de constancia registral de un exceso de cabida, un arquitecto afirme que *"debido y derivado de la situación física de las fincas, que se hallan en un pronunciado pendiente, sobre un suelo geológico dinámico, que como es de ver, precisa muros de contención para cualquier construcción, es vulnerable a los movimientos de tierra que se pueden producir en las fincas con el paso del tiempo"*, consideraciones con las que pretende amparar que una finca de 898,10 metros cuadrados haya devenido en otra de 1.009,69 (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 16 de mayo de 2005). Es de suponer que si el terreno se ha movido en tamaña proporción, lo habrá hecho a algún lado, ocupando significativamente alguna otra finca, que será propiedad de alguien, y no precisamente un *res nullius*.

Históricamente y en muchas ocasiones, esa propiedad vecina a costa de la cual ensancharse es una propiedad casi sin dueño o que se manifiesta como si no lo tuviera, una propiedad de realengo o nobiliaria, que, desaparecidos o demasiado distantes sus dueños,

nadie se esfuerza en defender, al menos no tanto o con la misma intensidad que el colindante que realmente vive en ella o la trabaja cotidianamente; pues, cuando hay verdadera ocupación inmediata y cotidiana sobre el terreno, los problemas de linderos, incluso cuando lo son por un *palmo de tierra*, se discuten y se resuelven con mucha más pasión y no con simples trámites.

Un proceso parecido y muy frecuente en según qué zonas de España ocurre en pequeños espacios comunitarios, de estatus jurídico impreciso, compartidos entre todos o una parte de los vecinos de una pequeña población, espacios nacidos generalmente de procesos urbanísticos espontáneos, y que son restos incultivables que, con el paso del tiempo, se van convirtiendo en caminos, cruces de caminos y pequeñas plazas. Pero que, mal defendidos por sus propietarios e incluso por sus usuarios, terminan con harta frecuencia por ser tomados, absorbidos, por los propietarios colindantes, que los incorporan a sus fincas.

Otras veces, la remodelación de la propiedad es consecuencia de auténticos negocios jurídicos inter-partes, generalmente onerosos y de naturaleza traslativa, pero que son considerados de tan pequeña cuantía y entidad jurídica por los interesados que no estiman necesario o conveniente afrontar respecto de ellos los cuantiosos gastos que acompañan a la formalización de los negocios inmobiliarios; sobre todo para quienes, como es tan frecuente encontrar, creen que todas las *escrituras*, como les llaman, generan iguales gastos, *valen* igual (y todas, mucho).

Un escenario que queda bastante bien reflejado en el supuesto de hecho de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 12 de septiembre de 2009, realidad fáctica que aún resulta más llamativa si tenemos en cuenta que entre los agentes que han alterado subrepticamente la realidad y el sustrato físico del derecho de propiedad está nada menos que un ayuntamiento, entidad pública que, además de la responsabilidad que como tal le corresponde en el cumplimiento de todas las leyes, es precisamente la autoridad encargada por velar específicamente por la regularidad de las alteraciones territoriales y la depositaria del Catastro ante sus vecinos.

Otras veces, la alteración física del dominio se ha producido de un modo que el propietario considera ajeno a él y por cuyo adecuado reflejo escriturario o registral no cree que se tenga que preocupar;

como es el caso de las expropiaciones forzosas o cesiones urbanísticas obligatorias, generalmente relacionadas con caminos, carreteras y calles, que disminuyen la extensión de su finca sin alterar su reflejo registral. En esos casos, el particular, no sin razón, considera que deberá ser y será esa autoridad actuante la que modifique el registro, para reflejar el acto realizado, inscribiendo su adquisición.

Sin ánimo de pretender agotar la relación de posibles causas sociales y motivaciones sociológicas que estén detrás de los excesos de cabida, terminaré mencionando dos: por un lado, el hecho, tan posible como infrecuente hoy día, de que una finca haya sido sensiblemente mal medida por sus dueños y que su cabida real sea, también de modo relevante, mayor o menor que la que consta en los títulos de propiedad o en el reflejo de éstos en el registro; esto es, que haya un verdadero error en la superficie escriturada y en su caso inscrita de la finca.

Por otro lado y para terminar, hay una explicación que posiblemente estuviera detrás de la propia regulación legal (reglamentaria) de la inscripción de los excesos de cabida: me refiero al hecho de que una finca tenga inmatriculada una parte de su superficie y no toda. Es quizá la explicación a la que más se acude en la práctica, la que más se escucha en los despachos de notarios y registradores. Se presenta como una respuesta ingeniosa de los propietarios frente a la presión fiscal. En fincas de grandes dimensiones, sobre todo, con zonas muy diferenciadas, que permitían distintos aprovechamientos rústicos, los propietarios dejaban constancia en la escritura de aquella parte de la finca que tenía un mayor valor, generalmente la de cultivo, y omitían otras zonas improductivas o de pastos o montañosas, en el bien entendido de que esa parte de la propiedad, menos codiciada, no sería discutida sino pacíficamente respetada por los vecinos. Naturalmente, la casuística podía ser muy diversa, pero la versión popular es más o menos esa. Con el paso del tiempo y sobre todo con la revalorización generalizada de la propiedad inmueble (no digamos nada si además se producía un cambio de calificación en el suelo, haciendo que terrenos antes rústicos pasaran a ser urbanos), los propietarios –y sobre todo los compradores y acreedores hipotecarios– comienzan a presionar para que las escrituras reflejen la totalidad de la cabida real de la finca.

Y digo que esta última explicación parece estar detrás de la propia regulación legal hipotecaria del registro de los excesos porque así lo



afirma precisamente nada menos que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en una resolución del 16 de diciembre de 1983 que algunos consideran como la piedra angular del cambio de perspectiva y el abandono de una primitiva permisividad registral.

Dice esta resolución que *"en el supuesto del apartado D) del mencionado artículo 298 [en su redacción vigente al tiempo de la resolución], ha de tenerse en cuenta a efectos de su interpretación, la distinta realidad social existente hoy día en relación a la época en que se introdujo reglamentariamente esta norma legal, pues al no estar entonces suficientemente desarrollada la materia urbanística, así como la diversidad de clases de suelo, se entendía y se pretendió por el legislador en aquel momento que pudieran rectificarse en los libros registrales por un procedimiento muy simple aquellas medidas superficiales de fincas que en su mayoría tenían el carácter de rústicas y que no acogían su total extensión siempre que este aumento no excediera de la quinta parte de su cabida"*, y añade que *"el posterior desarrollo urbanístico que ha tenido su reflejo en la Ley de Propiedad Horizontal y en la regulación del suelo contenida últimamente en su Texto refundido, así como en el incremento de las Urbanizaciones privadas, impone el interpretar restrictivamente la norma del Reglamento Hipotecario (artículo 298, 5.º D) dado lo establecido en el artículo 3.º del Código Civil, y evitar así que por una simple declaración unilateral pueda ser aumentada sin limitación a través de sucesivas declaraciones la extensión de una parcela de suelo urbano, y se pueda infringir la legislación urbanística con las limitaciones o prohibiciones que impone amparándose en unos asientos registrales que de seguir la tesis permisiva habrían dejado de estar al servicio de la legalidad vigente."*

En mi opinión, esa resolución, a pesar de que se haya dicho lo contrario por prestigiosos juristas, no sólo no anuncia el criterio actual de la Dirección General de los Registros y del Notariado sino que, como la propia normativa (el art. 298 del Reglamento Hipotecario –con su redacción vigente en aquella época e incluso en gran medida con la actual–), es manifestación de un punto de vista erróneo y muy perturbador para la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, que no ha cambiado realmente sino hasta los muy últimos años del siglo pasado, como veremos más adelante, o sea, hasta casi veinte años más tarde de la fecha de aquella resolución que se cita como pionera.

En conclusión de este somero viaje por la senda de los motivos privados para modificar la cabida de las fincas inscritas, rectificando errores en su superficie o haciendo otra cosa bien distinta, lo cierto es que parece que, desde la perspectiva de los particulares, siempre hay un buen motivo o justificación para ir reacomodando y *actualizando* la descripción de la finca, con cada nueva transmisión.

Dando así, además y en caso de que la actualización se haga con ocasión del otorgamiento de una nueva escritura, carta de naturaleza (un título público inscrito) a todo el eventual trasiego de terrenos, por virtud de negocios privados traslativos, que haya ocurrido desde la última escrituración; de manera que las transferencias en la propiedad terminan por aflorar y manifestarse como modificaciones en la realidad física subyacente, en la finca o terreno, que acoge la nueva porción comprada, por ejemplo, pero como lo haría una ameba, deglutiéndola e integrándola en su propio ser, que se pretende que siga siendo el mismo. La antes citada resolución de 12 de septiembre de 2009 se enfrenta a una situación en la que, de un *"acuerdo del Ayuntamiento que se denomina «deslinde» resulta que la finca objeto de la escritura calificada era un enclave dentro de otra perteneciente al Ayuntamiento. Si ya no es tal enclave, es evidente que ha existido una permuta u otra operación análoga que no ha tenido acceso al Registro y que ha de documentarse suficientemente para su acceso registral."*

Ya dije al comienzo de este estudio que toda esta situación ha llevado tradicionalmente a que, tanto las escrituras como las inscripciones, notaría y registro de la propiedad, se hayan desentendido de la realidad física de la finca; sin que, como también decía, la solución a este problema sea razonable considerar que esté en aceptar sin más que la buena realidad está en el Catastro y sólo en él. Conceptualmente, lo *higiénico* es poner en tela de juicio todas las descripciones actuales, reconociendo los defectos históricos de que todas ellas adolecen y, a partir de ahí, construir sobre la cooperación entre todos los agentes públicos que tengan algo que aportar. Si las escrituras y las inscripciones no han tenido tradicionalmente mayor escrúpulo en dar acogida a esa constante mutación del objeto del dominio, el Catastro desde luego aún menos. El Catastro se ha construido igualmente sobre la base de las declaraciones de los interesados y no hace otra cosa que marcar el terreno con los límites que se encuentra en la realidad,

y que están allí donde los vecinos los han colocado y recolocado y vuelto a recolocar.

Ya en el reglamento del año 1913, como base de formación del Catastro, se recurrió al llamado Avance Catastral, que partía de una declaración que hacía el (supuesto) propietario, quien debía facilitar los datos sobre superficie, cultivo y otros; los técnicos del Catastro procedían después a comprobar, por simple adición, si las extensiones declaradas eran o no compatibles con las mediciones que ellos habían hecho sobre el terreno; y aunque hubiera diferencias, si no superaban un cinco por ciento, el problema se resolvía sin más que adjudicar el exceso, proporcionalmente, a cada finca declarada. Todo el sistema se basaba pues en la publicidad y en la confirmación de los propietarios aparentes y, sobre todo, presentes, que eran quienes mejor se enteraban del proceso.

Y es que, al final, el objetivo del Catastro se cumple siempre, puesto que, sobre una base gráfica del terreno natural, es evidente que toda porción de terreno que se añada a una finca se le ha de quitar a otra; y el terreno gravable, desde el objetivo fiscal, siempre es el mismo. Pero el registro de la propiedad no tiene esa ventaja; en él, los errores son acumulativos y no se compensan entre sí. En él, la porción que el acuerdo verbal de los vecinos ha sustraído a una finca para añadirlo a la otra, una vez incorporado a la descripción de la segunda, permanece también en la de la primera. De modo que la suma total del territorio inmatriculado en un determinado registro de la propiedad, al cabo del tiempo y de las sucesivas inscripciones, generalmente, no hace sino crecer.

Menos grave para la estabilidad del sistema hipotecario (nada lo es tanto como las dobles inmatriculaciones) es el caso de que la finca se agrande por incorporar porciones que, hayan sido o no suyas desde siempre o se hayan incorporado recientemente, es verdad que no estaban antes inmatriculadas. En este caso y presuponiendo, claro está, que realmente la nueva porción añadida a la finca pertenezca al transmitente (o incluso al adquirente) –que no será poco suponer en muchas ocasiones–, se habrá evitado la doble inmatriculación y podría decirse que se llega a un resultado aceptable, tanto social como jurídicamente. También, para la finalidad de concordar el registro con la realidad física extra registral, puesto que habrá una mayor porción del territorio integrada en el sistema registral.

De manera que... ¡favorezcamos la inscripción de los excesos!

En la nada lejana resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 1 de junio de 1998, el notario recurrente, con toda naturalidad, afirma “*que es práctica frecuente notarial y registral no tener un criterio excesivamente riguroso en excesos de cabida relativa a fincas inscritas, siempre que estuvieran dentro de los moldes marcados por el RH, al objeto de tener encaje legal.*”

En mi opinión y como digo, esta conclusión –por supuesto, tácita– de política legislativa registral estaba en la base del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, vigente a la fecha de la citada resolución del año 1983; se diga lo que se diga, constituye el punto de partida aceptado por esa misma resolución, que realmente no propone lo contrario; expresa el criterio que permanece residualmente en la redacción actual de ese mismo artículo 298 y, sobre todo por lo que ahora interesa, es la idea central sobre la que se apoya toda la regulación a este respecto del artículo 53 de la Ley 13/1996. El cambio de criterio, sustancial y claro, es posterior.

De ahí, la patente discrepancia que encontraremos entre las soluciones que para rectificar la cabida inscrita establece dicha ley y las que permite la actual doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que es la que se ha impuesto en la también actual práctica registral. Y precisamente porque la controversia, en mi opinión, está realmente entre la ley y las más recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado es por lo que ni siquiera tiene mucho sentido plantearla en términos de jerarquía normativa. Como toda jurisprudencia que se precie y al modo de los antiguos virreyes mejicanos, la Dirección General de los Registros y del Notariado aplica la ley como le parece, pero siempre afirmando que la cumple. (No quiero decir con esto que considere que la falta de respeto al principio de jerarquía normativa sea un problema irrelevante; sólo que, en todo caso, no me corresponde a mí resolverlo.)

Por lo demás, he de aclarar desde ahora que no pretendo hacer aquí un examen extenso ni caso por caso de la normativa del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, ni mucho menos de su interesantísima evolución histórica; en muchas ocasiones y como ya se afirmó en el lejano año de 1959 (Decreto de 17 de marzo, que reforma su texto), en un intento de *iniciar* la concordancia del registro con el Catastro. Me limito una vez más a analizar la legislación catastral y las técnicas de coordinación (o de descoordinación) entre instituciones.

Las principales armas de que se ha dotado la práctica registral actual, para preservar el registro de los que podríamos llamar excesos de los excesos de cabida (inicialmente, sólo de los excesos, sin que se hayan ampliado las precauciones también a los defectos de cabida hasta que precisamente el artículo 53 que estamos examinando haya empezado a hablar de rectificación de la cabida, sin concretar si es en más o en menos), tales armas, digo, han sido dos: por un lado, ponerlos todos bajo sospecha, rompiendo con una despreocupación inicial que los trataba como rutinarios; por otro lado, supeditar el reflejo de la rectificación a que el registrador no tenga duda sobre su corrección (para ser más preciso, el Reglamento –que no la Ley– Hipotecario lo hace depender de las dudas que pueda tener sobre la *"identidad de la finca"*).

Aunque al menos expresa una preocupación por atajar el problema, cosa que la legislación catastral no hace, no parece que se trate del régimen más adecuado posible ni que se ajuste mucho a la seguridad jurídica. La duda es un estado de ánimo, como lo es la suspicacia, que es lo que con esta técnica se fomenta; la duda conduce a la ausencia de juicio –por falta de elementos en que basarlo– pero se impone como si tal fuera; técnicamente, invierte la carga de la prueba, presume –lo que nunca debe hacerse– el error o la mala fe, y obliga a los interesados en la inscripción a probar un hecho negativo: *que no hay ningún posible motivo para dudar*. Peor aún, obliga a convencer, a hacer nacer una convicción en el ánimo del registrador, casi, casi, incidiendo en sus pensamientos.

(Sin ánimo de personalizar) En una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 1 de junio de 1998, puede leerse que el registrador se opone a constatar el exceso de cabida porque *"podría darse la existencia de terceros que pudieran verse afectados por la inscripción del exceso de cabida"*. Así como en otra mucho más reciente, de 20 de febrero de 2009, se dice que *"una discordancia de superficie de un metro cuadrado acrecienta las dudas de la Registradora"*. En honor a la verdad, la registradora en cuestión no lo dice así, sino que encadena una complicada serie de argumentos, que la Dirección General no tiene otro remedio que calificar de confusos (*"No es fácil dilucidar en la calificación que defectos se achacan al documento presentado"*) y que quizá no interpreta correctamente, pero lo cierto es que la registradora cita expresamente ese mínimo error como fundamento de su calificación.

Es verdad que el citado artículo 298 del Reglamento Hipotecario exige que la duda sea fundada, pero no precisa qué motivos de duda son aceptables y cuáles no; sólo, pone ejemplos (un método legislativo no menos inadecuado) de dudas fundadas.

Dado que, hoy día y conforme a esa moderna doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado a que me vengo refiriendo, se considera que la duda sobre la identidad está o debe estar dirigida a evitar o bien dobles inmatriculaciones o bien inmatriculaciones subrepticias, debería ser exigible que el registrador señalara expresamente alguna de esas dos situaciones y las justificara.

Con toda razón, el notario autorizante de la escritura sobre la que versa la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 23 de marzo 2006, al argumentar su recurso, dice "I) *Que el «no estar suficientemente acreditado el exceso de cabida» es un defecto impreciso que no indica el precepto legal que se infringe, siendo que la finca está catastralmente identificada con la superficie cuya constancia se pide; II) Que el Registrador no indica cuáles son sus dudas sobre la identidad de la finca, ni su fundamento, de modo que no se pueden rebatir ni disipar*".

Dice ahora la Dirección General de los Registros y del Notariado que debe rechazarse todo *"intento de aplicar el folio de esta última [la situación registral inscrita] a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional"*. Y, si tal cosa es cierta, esa otra superficie colindante adicional, o bien ya estaría inmatriculada, como una finca completa o como parte de una finca registral, o bien sería una superficie susceptible de inmatriculación, pero aún no incorporada al registro. Ninguna de las dos posibilidades, como bien dice la Dirección General de los Registros y del Notariado, es aceptable. La primera, de ningún modo y en ninguna circunstancia, pues sería a costa de aceptar una doble inmatriculación; la segunda, porque no es el exceso de cabida el cauce adecuado para ello. El cauce adecuado, desde un punto de vista conceptual, quiere decirse, ya que no puede menos que reconocerse que, tradicionalmente, la legislación hipotecaria sí que admitió esta hipótesis, y sí que ha dicho y aún sigue diciendo que los excesos de cabida se inmatriculan, al menos algunos excesos de cabida, los de menor entidad o los menos *peligrosos*, por decirlo claramente.

Por lo tanto, la calificación registral debería fundamentar su negativa a modificar la descripción, aumentando o disminuyendo la cabida inscrita, justificando por qué considera que se da ese intento de superposición de realidades que denuncia la Dirección General de los Registros y del Notariado y, más concretamente, expresando alguna de esas dos situaciones que nos excita a evitar; de manera que: a) Si su duda expresa una sospecha de doble inmatriculación, lo correcto hubiera sido ir a un régimen parecido al del artículo 306 del Reglamento Hipotecario. La propia Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando resuelve sobre la aplicación de ese precepto, habla de *duda*, a pesar de que la norma no lo hace; de modo que me parece razonable traer a esta otra duda una solución legal análoga, máxime cuando en ambos casos se trata de descubrir una misma anomalía: el intento de superponer a una finca ya inmatriculada otra que en la realidad ocupa su mismo espacio físico.

Conforme a esa aplicación analógica, debería exigirse al registrador que, tal y como prescribe el artículo 306 del Reglamento Hipotecario, únicamente denegara la constancia registral de la rectificación de la superficie solicitada cuando y sólo cuando la descripción dada a la finca cuya superficie se rectifica *"estuviere en contradicción con algún asiento no cancelado, o se refiriese a fincas cuya descripción coincida en algunos detalles con la de fincas ya inscrit[as]"*; y que, por supuesto, indicara en qué consiste la contradicción, en relación a qué asiento, respecto de qué finca o fincas y cuáles son esos detalles coincidentes.

"Por supuesto", en mi opinión, claro, porque la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la aplicación directa de ese artículo 306 del Reglamento Hipotecario y en su resolución de fecha 12 de febrero de 2007, da por buena una información del registrador tan escuetísima como la que afirma que *"La finca no es inmatriculable al encontrarse inscrita a favor de tercera persona (el señor Land)"*; pretendiendo, con harto desprecio a los derechos del administrado, que, aunque *"es cierto que el Registrador no especifica los datos registrales de la finca ya inmatriculada que impide la inscripción del presente título"* (¿por qué iba a ser suficiente la mera mención de los datos registrales, un dato de organización interna del registro?; lo correcto sería identificar la finca en la misma forma en que se les exige a esos mismos interesados, que solicitan cualquier asiento registral, esto es, con todos los datos identificativos que menciona el artículo 51 del Reglamento Hipotecario), tampoco es importante esa omisión porque, sigue diciendo la resolución, *"estos*



*datos se pueden obtener a través del cauce más adecuado que es la solicitud de publicidad formal de la finca que figura inscrita a nombre de tercera persona". Lástima que el artículo 341 de ese mismo Reglamento Hipotecario aplique un rasero bien diferente a los particulares (y hasta a las autoridades), diciendo que "el Registrador devolverá las solicitudes de los interesados o los mandamientos o comunicaciones de los Jueces, Tribunales o funcionarios cuando no expresaren con bastante claridad y precisión la especie de certificación que se reclame, o los bienes, personas o período a que ésta ha de referirse, indicando verbalmente el motivo por el cual deniega la certificación, si se tratare de particulares, o con un oficio especificando los antecedentes que se necesiten, cuando se tratase de un Juez, Tribunal o funcionario. En igual forma procederá el Registrador siempre que tuviere duda sobre los bienes o asientos a que deba referirse la certificación, aunque los mandamientos o solicitudes estén redactados con la claridad debida, si por cualquier circunstancia imprevista fuere de temer error o confusión." Nada como jugar en casa. Y, sobre todo, ¿qué pasaría si el misterioso señor Land fuera el mayor terrateniente de la zona?; ¿a cuál de sus fincas se estará refiriendo el señor registrador? y, además y no menos importante, ¿quién pagará las certificaciones que necesite obtener el recurrente, para así averiguar si el registrador se excedió en sus dudas?*

b) Y, respecto de la sospecha de doble inmatriculación encubierta, también debería expresar el registrador en su calificación tanto las causas que en su opinión la hacen probable como su convicción de que esa superficie adicional no está ya inscrita (pues, de otro modo, estaríamos en el caso anterior).

Una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de noviembre de 2009, llega en este punto a una notable conclusión, pareciendo que remite la competencia para valorar si hay o no doble inmatriculación al técnico cuya intervención prevén el apartado Diez (1) del artículo 53 de la Ley 13/1996 y el artículo 298 del Reglamen-

---

(1) Sorprendentemente, la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, en sus resoluciones de los últimos meses del año 2009, parece haberse extraviado un tanto en cuantos asuntos ha abordado con relación a esta materia de coordinación del registro y el Catastro, confunde el apartado Ocho con el Diez, del citado artículo 53 de la Ley 13/1996, pues la norma a la que sin duda acude para fundamentar su decisión es la que establece que "los excesos de cabida inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita, cuando no pueda aplicarse lo previsto en el párrafo anterior, se harán constar mediante certificado o informe sobre su superficie expedido por técnico competente y siempre que el Registrador no abrigare



to Hipotecario, revocando la decisión del registrador porque, en el caso concreto *"el exceso es inferior a la quinta parte de la cabida inscrita, se acredita con informe técnico y se identifica perfectamente la finca con los linderos que figuran inscritos, expresando claramente que no existe ninguna inmatriculación encubierta, siendo la cabida real la que se solicita inscribir, y resultando la misma de la existente entre los linderos tal y como ya se encuentran en el Registro"*; ¿expresándolo claramente el informe?, ¿el interesado? Ninguna de ambas cosas es razonable, pero, ciertamente, el registrador debe motivar su sospecha, algo que no hizo en el caso de esta resolución.

Y es precisamente para todos estos menesteres para lo que sería extraordinariamente útil que el registrador pudiera conocer la exacta situación física de la finca cuya cabida se pretende rectificar con relación a un plano general del territorio bajo su jurisdicción, un plano en el que también pudiera situar, por medio de su referencia catastral hecha constar en el registro, las fincas colindantes y de modo especial las que le plantean dudas, utilizando la información coordinada del Catastro y la de sus propios libros.

Por otro lado y aunque en este apartado he acumulado tanto el supuesto de que la finca cuya descripción se pretende alterar tenga ya hecha constar o inmatriculada su referencia catastral propia como el caso de que aún no sea así (y dicha referencia catastral se haga constar ahora, con ocasión del mismo proceso de rectificación del registro y por el mandato del apartado Dos de este art. 53 o por el general de los arts. 38 y siguientes de la Ley del Catastro), la cuestión de la posible duda sobre la identidad de la finca quizá debiera tener un distinto tratamiento en uno y otro caso. En efecto, si, como hemos visto, la constancia de la referencia catastral requiere de un proceso previo de identificación, en el que tiene que haberse comprobado (calificado) por el registrador que la descripción catastral de la finca, aunque no coincida del todo, no pone en duda la

---

*dudas sobre la identidad de la finca", y no la bastante diferente del apartado "Diez. La modificación de superficie o la rectificación de linderos fijos o de tal naturaleza que hagan dudar de la identidad de la finca podrá efectuarse en virtud de acta notarial de presencia y notoriedad que incorpore un plano de situación a la misma escala que la que obre en el Catastro, e informe técnico competente sobre su medición, superficie y linderos. Dicha acta se ajustará en su tramitación a lo prevenido en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria a excepción de lo previsto en su regla 8.ª".*

identidad de la finca, esa identidad debería ser la misma entonces que ahora, o sea, que si antes no tuvo dudas el registrador no debe sacarlas a colación ahora. Si la constancia registral de la referencia catastral requiere de una calificación favorable previa, si, tras esa constancia, dicha referencia y todo lo que indirectamente queda *referido* por ella, ha accedido al registro y si significa algo (por poco que ese algo sea) que la constancia de la referencia catastral produce efectos contra tercero (apartado Dos del art. 53), debería entenderse que está sentado en el registro lo contrario de la duda; que se presume, aunque sea *iuris tantum*, que la descripción registral y la catastral están armonizadas.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tratado en parte este problema en la ya citada resolución de fecha 17 de febrero de 2009, y lo ha hecho de un modo que me parece claramente insatisfactorio. Ha negado la vinculación del registrador a esa calificación previa que descartó la duda, es decir, ha negado el efecto vinculante de la constancia de la referencia catastral en cuanto a este aspecto, pero lo ha hecho apoyándose en las circunstancias del caso concreto. En particular, lo justifica porque el documento utilizado para identificar la referencia catastral correcta fue un recibo de contribución y ese documento no expresa la superficie que el Catastro atribuye a la finca. Pero la decisión correcta en tal caso, conforme al apartado Dos del artículo 53, debería haber sido la de no considerar acreditada la vinculación entre la referencia catastral y la finca. Así lo contempla expresamente ese apartado Dos, cuando ordena que no se haga constar (sino mediante determinados procesos) la referencia catastral "*cuando éste [el título] no refleje dichos datos [situación, denominación y superficie] o lo haga en términos que no permitan apreciarse la identidad entre la parcela catastral y la finca*". Y es que, en el fondo, en lo que se suele denominar *ratio decidendi*, yo creo que, en la resolución, subyace la idea de reconocer al registrador una especie de permanente *derecho a la duda*. Dada la finalidad de *preservar* el registro de realidades que le son ajenas, incluidas las catastradas, se trataría de que el registrador esté libre de ataduras y siempre atento a impedir el acceso al registro de esas "*nuevas realidades*" de que habla la Dirección General de los Registros y del Notariado, sin sujeción a normas o condiciones, utilizando un *instinto primario de justicia*. Como ya he dicho, la solución me parece inadecuada, pues convierte la actuación del registrador en irresponsable,

inconsecuente y descomprometida, en aras de lo que quiera que sea, pero en perjuicio de la seguridad jurídica e incluso en demérito de la propia función pública que es la calificación registral.

Y creo que esta tesis que defiendo se apoya también en la propia doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por la analogía que en mi opinión existe en todos los casos de duda sobre la identidad de la finca, ya sea cuando la sospecha es de doble inmatriculación ya cuando lo es de un exceso que no es tal, –según voy a desarrollar un poco más adelante–, me parece que es pertinente traer aquí a colación una resolución de la misma Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 8 de junio de 2009, en la que se resuelve un supuesto de inmatriculación de finca ordenada en el auto que pone fin a un expediente de dominio (conforme al art. 199 de la Ley Hipotecaria). El registrador opone dudas sobre la identidad de la finca y la Dirección General le corrige haciéndole notar que *“si tiene dudas de que pueda coincidir la finca cuya inmatriculación se promueve con otra u otras ya inscritas, debe manifestarlo al expedir la certificación prevista en el procedimiento”*, y reitera su argumento añadiendo que *“el registrador certificó en el expediente judicial que la finca, tal y como se encontraba descrita en la solicitud, no figuraba inscrita ni anotada a favor de persona alguna o entidad determinada. Por lo que no puede ahora extemporáneamente alegar la no coincidencia o manifestar dudas de la identidad de la finca”*.

Y no puede decirse que, en esta resolución, la Dirección General de los Registros y del Notariado haya olvidado, sino todo lo contrario, puesto que lo recuerda expresamente, que las *“dobles inmatriculaciones siempre son una quiebra dentro de un sistema registral eficiente”* (y a mí me parece que no es posible exagerar la importancia de ponerles coto), pero es que todo proceso sometido a la autoridad de un representante del Estado debe producir un efecto análogo al que conocemos por *cosa juzgada*, pues la insoslayable seguridad jurídica requiere dotar de confianza a las decisiones firmes de los funcionarios públicos, máxime en la misma oficina pública que las ha dictado.

Por lo demás y para terminar con este apartado, una vez recibida la noticia de la calificación negativa, los interesados pueden intentar desvanecer la duda del registrador, recurriéndola, pues afortunadamente no es de aplicación la doctrina que la Dirección General de

los Registros y del Notariado ha sentado para cuando la duda tiene que ver con un auténtico procedimiento de inmatriculación de finca, doctrina según la cual *"las dudas que al Registrador le surjan acerca de la identidad de la finca cuando se trata de inmatricularla es una concreta cuestión de hecho que no puede ser decidida mediante recurso gubernativo, sino que debe ser planteada por el interesado ante el Juez de primera instancia del partido"* (resolución de fecha 24 de abril de 2000).

Aunque considero un acierto que no se obligue a los interesados a entablar un siempre oneroso –en todos los sentidos– procedimiento judicial ordinario, también tengo que decir que, en este caso de los excesos de cabida, no entiendo las razones de la diferencia de trato entre uno y otro supuesto, pues ya digo que, a estos efectos de dudas que pudiéramos llamar *físicas*, considero análogos los dos supuestos, el de inmatriculación y el de rectificación de cabida. Por otro lado y como ya he indicado y veremos con más detalle, el proceso de rectificación de cabida puede derivar a uno de propia inmatriculación, con lo que se podría dar la paradoja de que, en la inscripción de un mismo título, o sea, de un mismo negocio jurídico, la Dirección General de los Registros y del Notariado sería competente para revisar las dudas del registrador acerca de la identificación de la finca, cuando la pretensión sea rectificar su cabida, pero ya no esas mismas dudas cuando, por la calificación del registrador y precisamente por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que ahora estamos analizando, el interesado siga la recomendación que se le haga de delimitar la porción del exceso como una finca separada y solicite su inmatriculación.

Y quizá porque se reconoce esa competencia exclusiva judicial para resolver las dudas sobre la posible doble inmatriculación de fincas, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 10 de septiembre de 2003 es tajante al afirmar que *"es doctrina de este Centro Directivo (cfr. la Resolución de 10 de mayo de 2002) que, a la afirmación del Juez de que está acreditada la mayor cabida, no puede oponerse, como hace el Registrador, dudas sobre la identidad de la finca, cuestión cuyo objeto depende exclusivamente del Juez, y así lo entiende el Reglamento Hipotecario, que estima tal objeción aplicable en exclusiva a la inscripción de exceso de cabida mediante título público, que es el que regula el artículo 298 del mismo"*.

## ii) Examen de la legislación vigente

### 1. La confluencia de dos legislaciones

A los efectos de este estudio, tengo que decir que me voy a limitar a examinar la regulación de los indicados apartados Ocho y Diez del citado artículo 53, y que únicamente acudiré a la del artículo 298 del Reglamento Hipotecario en la medida en que, por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, modifique aquélla.

La legislación hipotecaria vigente hasta el año 1998 sin duda aceptaba esa concepción que he expuesto de la finca registral como un ente cambiante, sujeto a permanentes oscilaciones en su superficie. Y no se oponía realmente a que los excesos (a nadie preocupaban los defectos) de cabida se incorporaran a la descripción de la finca, como una simple rectificación de la superficie, limitándose, básicamente, a exigir requisitos más o menos difíciles de satisfacer, a poner unos u otros *inconvenientes*, en función de la *verosimilitud* del supuesto, pero sin oponerse tajantemente a ninguno. Así, el citado artículo 298 atendía a los siguientes escenarios:

— Que las circunstancias particulares de la descripción de la finca, especialmente la existencia de los llamados linderos fijos, permitieran suponer que se trata de un verdadero exceso, o sea, de un exceso que únicamente pretende la rectificación de un dato erróneo, sin alterar por ello la realidad física subyacente: en cuyo caso, naturalmente, la rectificación se aceptaba sin más.

— Que el exceso fuera moderado o de *poca cuantía*: en cuyo caso, también se aceptaba sin dificultad; se supone que porque no podría ser *excesivamente* perjudicial para tercero (lo perjudicial que pudiera resultar para el sistema no preocupaba especialmente, y, a los eventuales terceros, ni se les preguntaba).

Ese porcentaje se fijaba en la nada despreciable proporción de un veinte por ciento. Hoy día, el supuesto se mantiene, pero reducido a un mucho más exiguo cinco por ciento.

— Que hubiera razones para pensar, al menos de modo indiciario, que con el exceso se estaba añadiendo a la finca porciones de terreno ajenas a ella: en cuyo caso, lo importante no era impedir registrarlo, sino asegurarse de que la registración se hacía a favor del verdadero propietario. Entendida esa seguridad a los solos efec-

tos del registro, sin pedir una declaración judicial y sin preocupación por el hecho de estar provocando una doble inmatriculación. Así, se consideraba bien acreditada la regularidad del exceso en los dos siguientes casos:

- Que el exceso constara en el Catastro, esto es, que la finca constara en el Catastro con la cabida que se quería trasladar al registro; sin pararse a comprobar si el Catastro justifica de algún modo la discrepancia o si se limita a dar publicidad a una actuación unilateral de los interesados (algo que debería ser tan inaceptable en el Catastro como se ha dicho que lo es en el registro).

- Que ese exceso constara acreditado de tal forma que hubiera podido provocar la inmatriculación de una nueva finca, de haberse solicitado; pero sin seguir un auténtico proceso de inmatriculación, de modo que, entre otras cosas, no se descartaba (al contrario, casi se daba por supuesta) la posible doble inmatriculación, total o parcial, y confiando en que las cautelas legalmente previstas para la inmatriculación de fincas son suficientemente garantistas en orden a acreditar la titularidad.

En todos los casos, terminaba diciendo el artículo, era indispensable que “*no [hubiera] duda fundada acerca de la identidad de la finca*”.

## **2. La ausencia de duda fundada sobre la identidad de la finca**

Pero, ¿qué se quería decir, en el marco del esquema indicado, con “*identidad de la finca*”?; pues desde luego no lo que ahora (en las resoluciones que han cambiado el rumbo de su doctrina sobre la inscripción de excesos de cabida) entiende la Dirección General de los Registros y del Notariado. Se trataba únicamente de asegurarse de que el título presentado incluyera la finca registrada, aquella cuya cabida los interesados solicitaban rectificar; es decir, que no se estuviera intentando la inmatriculación de toda la finca, sino que se limitara a la inmatriculación de un exceso o porción añadida, pero referido a una finca registral preexistente.

Esta otra manera de entender la identidad de la finca, ahora a efectos puramente registrales, también requiere de una explicación.

En las escrituras y en el registro de la propiedad, las fincas *son* su descripción literaria. De manera que, si el título que se presenta al

registrador tiene por objeto una finca cuya descripción está profundamente alterada con relación a la que el registrador puede leer en sus libros, ¿cómo saber que es la misma?, porque evidentemente, si no lo es, todo el proceso cae por su base.

Este problema se da con frecuencia en el registro, aunque no siempre se le preste atención teórica, y no es de ningún modo exclusivo de los supuestos de declaración de excesos (o defectos) en la cabida de la finca sino que tiene un alcance mucho mayor y en realidad mucho más importante que todo lo que estamos examinando aquí, en todo este estudio. Si la escritura presentada al registro dice que se vende la casa sita en el número "x" de la calle "y", pero añade que en realidad hoy se llama calle "yy" o que el número ya no es el "x" sino el "xx", ¿por qué ha de ser la misma finca? ¿Cómo saber si las partes, consciente o inconscientemente, están operando sobre otra finca o realidad física distinta? Y, si se trata de una finca rústica, respecto de la cual casi la única manera de saber cuál es, de identificarla sobre el terreno, es por los nombre de sus colindantes, pues de otra manera su descripción es prácticamente intercambiable con cualquier otra finca cercana, si se modifican los nombres de esos colindantes –y necesariamente habrá que hacerlo, porque no se mantendrán con el transcurso de los años– ¿cómo estar seguro de que seguimos operando sobre la misma finca?

Porque, si resulta que no lo es, además de que tampoco estaría acreditado quién es su dueño y quién tiene el derecho de venderla, se habrá brindado la protección del registro a la venta de una finca que no constaba en él, o que constaba inscrita a favor de otra persona, con merma de los esenciales principios hipotecarios de tracto sucesivo y salvaguarda judicial de los asientos. Esta gravísima posibilidad, en el fondo, no queda descartada en ningún caso de alteración de la descripción de la finca.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha intentado salir al paso de este problema, diciendo que la comprobación de la identidad de la finca debe hacerse tomando también en consideración los linderos de las fincas colindantes; así, en la resolución de 3 de enero de 2002, instruye al registrador sobre *"las posibilidades de adquirir mayor certidumbre sobre la identidad de estas fincas, por el examen de los historiales de las fincas colindantes"*; en la de 23 de marzo de 2006, dice que las *"dudas sobre la identidad de la finca puede[n] derivarse de la diferencia de linderos en el Registro y*

en el *certificado catastral*"; y la de 13 de septiembre de 2002 basa su decisión en que los *"linderos no pueden identificarse con los del título anterior"*.

Pero aún es más importante a este respecto la doctrina según la cual la comparación debe hacerse en base a la descripción anterior a la actualización que se hace en el título que solicita la inscripción del exceso o defecto en la cabida. Así, la resolución de 16 de mayo de 2005 dice que *"tratándose de registración de excesos de cabida, es requisito imprescindible la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida, siendo necesario que dicha identificación se haga con referencia a los linderos que resultan del Registro, permitiéndose su actualización (por ejemplo por cambio de los titulares colindantes), pero no su alteración, expresándose que lo que se pretende es rectificar la superficie de la finca que se contiene dentro de dichos linderos registrales"* (citando en su apoyo una sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de marzo de 1948); y en la resolución de 3 de octubre de 2007 afirma igualmente que *"la duda acerca de la naturaleza del exceso, a diferencia de lo que alega el recurrente, no ha de entenderse en el sentido de que se ponga en cuestión que la finca sobre la que se declara el exceso sea, al menos en parte, la misma que figura inscrita a nombre del declarante; sino que la duda radica en determinar si la total cabida que ahora se justifica que tiene es la que tenía en el momento en que la adquirió dicho declarante en virtud del título que motivó la inscripción a su nombre."*

Tradicionalmente, en las escrituras, la rectificación de datos descriptivos, incluso de datos básicos de la situación de la finca, se ha hecho *"aceptando las afirmaciones de los otorgantes"* (art. 171 del anterior Reglamento Notarial), sin más. Pero es evidente que si ese paso no se somete a control, una vez que los interesados hayan *adaptado* convenientemente la descripción de la finca, la coincidencia con el *dato oficial* en que se pretendan amparar será tan completa como se hayan molestado en conseguirla, y no demostrará nada. Si un propietario tiene una finca que, según su escritura, está en el paraje "p" y tiene una superficie de "m", pero afirma que en realidad está en el paraje "P" y tiene una cabida de "M", el que presente una certificación catastral que diga que la finca en "P" tiene una superficie de "M", no aporta seguridad alguna, pues el hecho de que sigamos tratando de la misma finca es previo y la cuestión podría plantearse enteramente al revés: ¿por qué esa certificación



catastral aportada es la de la finca en "p" y no la de otra finca en "P", que nada tenga que ver con la anterior?

Ya vimos con anterioridad que, conforme al artículo 45 de la Ley del Catastro, los cambios en el "*nomencclátor y numeración de calles deberán acreditarse*", y veremos más adelante, al tratar de la coordinación hacia la escritura pública, que el artículo 171 del Reglamento Notarial, con la aparente preocupación de salir al paso de este problema, exige que la rectificación de la descripción de la finca que consta en el título previo o que consta en el registro se haga siempre en base a datos catastrales.

Independientemente de los problemas que plantea la aplicación de esos artículos de la Ley del Catastro y del Reglamento Notarial, tales exigencias tienen un alcance limitado y en realidad no resuelven la dificultad que estoy planteando ahora, puesto que, he de decir una vez más, la respuesta a todos estos graves problemas no la tiene el Catastro sino, como mucho, el conjunto de estrategias de seguridad de que se dote todo el sistema, si es que sabe hacerlo.

Y es que, en definitiva, en este aspecto de la coherencia documental, todo el sistema inmobiliario español se hace sustentar sobre la buena fe de los otorgantes de la escritura y requirentes de la actuación del registrador; sobre el control mutuo entre ellos y sobre la realidad de la posesión, que impediría o al menos dificultaría extraordinariamente al adquirente disfrutar de la adquisición de un bien ajeno a su transmisor, etcétera. (Precisamente, todo esto no es sino una demostración más de lo importante y lo útil que sería, en todos los sentidos, que la descripción de las fincas, escriturarias y registrales, pudiera superar la mera descripción literaria, lo que nos conduce de nuevo al *leit motiv* de todo este trabajo.)

Y lo peor del problema, que como digo podría plantearse en casi cualquier nueva inscripción registral, haya o no solicitud de constatar excesos o defectos en la cabida, es que tampoco puede excluirse por el hecho de que la descripción de la finca no cambie; pues, si resulta que ha habido un cambio en el nombre de la calle o el número de policía de la finca, o en el de los colindantes, seguir manteniendo esos datos como estaban anteriormente, siendo así que ahora ya son incorrectos, también podría estar ocultando el hecho de que se opera sobre una finca distinta de la registrada.

Reitero pues la cuestión (limitándonos al particular problema de la constancia registral de las rectificaciones de la cabida inscrita):

cuando el dueño hace la manifestación de que la finca tiene una cabida diferente de la registrada (y de la que consta en el título previo), si además y como tantas veces ocurre se modifican (*actualizan*) algunos linderos (a veces, todos), ¿cómo saber, cómo puede saber el notario y el registrador, cada uno en el ámbito de sus respectivas competencias, que se está operando sobre la misma finca escriturada e inscrita, y que el cambio pretendido afecta sólo a su cabida y no pone en duda su identidad básica? Pues bien, en mi opinión, es sólo a esto a lo que se refiere con la expresión “*identidad de la finca*” el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en cualquiera de sus redacciones, la vigente o las anteriores. Como creo que no es a otra cosa a lo que se refiere el artículo 53 de la Ley 13/1996. (Y que la diferencia sustancial introducida, en este punto, por la más moderna doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado consiste precisamente en superar ese concepto básico de identidad, imprescindible pero insuficiente, para exigir también una conservación de la forma concreta de la finca, sin *elasticidades* que todo lo soportan.)

Dicho de otro modo, lo que les preocupa al Reglamento Hipotecario (en la interpretación usual, hasta el cambio impuesto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que vamos a examinar un poco más adelante) y a la Ley 13/1996 es únicamente que, cuando se haga referencia a una finca que ha pasado de tener (en los títulos) de una cabida “c” a una cabida mayor “C”, en esa cabida “C” esté comprendida toda la anterior cabida “c”, aunque también pueda haber “algo” más. Y, si lo declarado es una nueva cabida menor “c”, que toda esa cabida “c” esté dentro de la anterior y mayor cabida “C”. Y que, además, el titular haya acreditado (más o menos; acudiendo en su caso a la *legitimación* que proporciona la publicidad del Catastro), que esa mayor cabida, en su caso, le pertenece.

Y esa es precisamente la razón por la que tradicionalmente, cuando lo que se solicitaba era la constancia de una disminución de la cabida inscrita, no se hablara de inmatriculación, pues no puede pedirse desde la legislación hipotecaria que se acredite una propiedad que el propio registro publica y protege, sino que (como máximo, e incluso hoy día con poco entusiasmo), se trataba de forzar al dueño a que reflejara debidamente el negocio jurídico que eventualmente hubiera podido provocar la pérdida, por ejemplo, una expropiación parcial o, peor aún, una segre-

gación encubierta, que pudiera haberse hecho además sin la necesaria licencia.

Paradójicamente, a pesar de la reformulación general que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha hecho –vía interpretación creativa– del artículo 53 (apartados Ocho a Diez) de la Ley 13/1996, no ha tenido inconveniente en acudir a su literalidad para justificar la aplicación del régimen también a las disminuciones de cabida –aduciendo que ese precepto no habla de exceso, sino de rectificación de la cabida–, aunque el Reglamento Hipotecario sólo mencione los excesos. En este punto además, el Centro Directivo no ha dudado en recuperar el principio de jerarquía normativa. En realidad, en mi opinión, no lo necesitaba, pues (siempre dentro de esa lógica de acomodar la aplicación de las leyes a su *correcta interpretación*) los fundamentos que da en sus resoluciones para impedir las segregaciones indebidas son por sí mismos, al menos, igual de sólidos que los que se oponen a la irregular idea de inmatricular excesos.

Una reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de septiembre de 2009, añade un nuevo y complicado argumento, que complementa su doctrina sobre la registración de disminuciones de la cabida inscrita. Dice que “*respecto al defecto de la no acreditación de la disminución de la cabida, se podría producir una «desinscripción» seguida de una inmatriculación*”. No sé qué significa *desinscribir* una finca, una operación que la Ley Hipotecaria no menciona, pero sí lo que es *inmatricularla*; y parece poco serio, dadas sus fortísimas consecuencias legales, venir a decir ahora, nada menos que por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, cada vez que se ha hecho constar en el registro –y aún se sigue haciendo– una disminución de la cabida inscrita de una finca, por la mera manifestación del propietario, sin acreditarla, lo que en realidad estaba haciendo el registrador era *desinscribir* la finca e *inmatricularla* de nuevo.

Aunque de un modo no del todo claro, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 17 de marzo de 2009, parece apartarse de ese extraño concepto de la *desinscripción* (incluso, en la terminología, pues habla con más rigor de cancelación de asientos); dice así que “*ni la inscripción de un exceso de cabida es una inmatriculación, ni su nulidad supone la cancelación de una porción de la finca inmatriculada*”; pero tampoco parece confiar del todo en sus convicciones, pues, acto seguido, añade: “*si era esto lo que se pretendía, se debió formular la demanda de manera distinta.*” ¿Cómo?, ¿cuál debería haberse sido el *petitum* de la demanda?

### **3. *El cambio de rumbo que impone la Dirección General de los Registros y del Notariado***

Y claro está que esa otra forma de entender la identidad de la finca es también importante o, si se prefiere, es incluso más importante que la de velar porque no se altere, con los excesos de cabida, la realidad física inscrita. Pero tal cosa no es óbice para que deba quedar claro que es otro problema, otro asunto. La nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado no elimina, claro que no, la importancia de ese sentido primario de la identidad de la finca y por supuesto no aboga porque los notarios y los registradores, en sus respectivos trabajos, se despreocupen de constatar, en la medida de sus posibilidades, que las escrituras y las inscripciones deben versar sobre las mismas propiedades ya escrituradas e inscritas y no sobre otras; pero, quizá porque da por supuesto que esa comprobación básica sobre la identidad de la finca se ha de hacer de todos modos, por el funcionamiento general del sistema, lo que hace es añadir otra exigencia más, que antes no le preocupaba.

Una novedad cuya autoría debo insistir en decir que corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado que, incluso modificando su propia doctrina previa, dice lo que no encontramos en ninguna ley o reglamento hipotecario. Porque lo cierto es que, incluso tras la reforma introducida por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, la dicción al respecto del artículo 298 no puede ser, incluso literalmente, más reveladora: *"Asimismo, podrán inmatricularse los excesos de cabida de las fincas ya inscritas, que resulten de títulos públicos de adquisición, siempre que se acredite en la forma prevista en el apartado 1 la previa adquisición de la finca por el transmitente con la mayor cabida resultante".* Esto es, que, si el titular registral acredita ser dueño del terreno añadido a su finca, ¿por qué no iba a poder inmatricular a su favor esa mayor cabida que es suya? (Sin que pueda alegarse en contra que el transmitente esté obligado a acreditar –y no lo haya hecho– su previa adquisición respecto de la finca inscrita, pues eso ya lo garantiza el propio registro).

El precepto no puede entenderse de otra manera sino como que regula la misma situación (y casi con las mismas palabras) que la que constituye el supuesto de hecho del artículo 205 de la Ley Hipotecaria: el transmitente, que ya tiene acreditado en el propio registro que es dueño de una cabida "c", debe acreditar ahora que tam-

bién ha adquirido la porción de finca que constituye el exceso sobre la parte inscrita. Con lo que todo el problema se reduce a cuestiones de propiedad.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, como vengo repitiendo, ha cambiado todo este discurso, y, en mi opinión, lo ha hecho para bien y en pro de la seguridad jurídica. Ha distinguido perfectamente los supuestos (escasos) de error en la medición o de que por cualquier otra causa la descripción inscrita no reflejara la realidad existente al tiempo de la inmatriculación de los demás supuestos –algunos de los posibles ya los he mencionado– en que, como dicen sus resoluciones, se pretende imponer una *nueva realidad*. Y la consecuencia lógica de ese punto de vista es que ya no cabe hablar de inmatricular el exceso (algo que nunca ha tenido sentido) sino de propiamente inmatricular la porción de finca que se quiere añadir a la preexistente inscrita, para después, si es el deseo de su dueño, agruparla a ella y formar así una nueva finca con la cabida total que se le quería atribuir con el exceso. Y en ningún caso inmatricular el exceso para que quede, directamente, como una parte más de la finca previa.

Claro que uno de los inconvenientes de la *interpretación creativa* es el de verse *atrapado* por los propios argumentos. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 22 de enero de 2009 (sin rectificar por supuesto su doctrina básica acerca del verdadero concepto de los excesos de cabida), cuando se ve impulsada a justificar su decisión de aplicar a los expedientes de dominio dirigidos a provocar una rectificación de la cabida inscrita un requisito documental –acompañarlos de una certificación catastral descriptiva y gráfica– que no está establecido por norma alguna (una decisión que puede ser estimada como más o menos prudente o razonable, pero que la Dirección General de los Registros y del Notariado debería atreverse a apoyar en su propio criterio y no en un pretendido extracto de una norma que no existe), no vacila en recuperar el viejo concepto de la inmatriculación de excesos. Dice así que “*la propia consideración por el Reglamento de los excesos de cabida superiores a la quinta parte de la cabida inscrita como supuestos análogos a la inmatriculación (al considerarlos sólo como rectificación de superficie cuando son inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita)*”. Lo cual es verdaderamente cierto, pues, como vengo sosteniendo, efectivamente no es el Reglamento Hipotecario la base de la moderna doctrina registral sobre inmatriculación de excesos, pero resulta caprichoso alternar la interpretación literal con la imaginativa, con tal de tener siempre razón.

Por lo demás, es importante notar que la exigencia de que la inmatriculación de esa *porción añadida*, como toda otra inmatriculación, se tenga necesariamente que hacer respetando escrupulosamente la descripción de la finca en el Catastro (art. 53.7 de la Ley 13/1996) reforzará la aplicación de esta doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, al mismo tiempo que proporcionará una nueva ocasión de conseguir la más plena coordinación del registro con el Catastro.

El problema, claro, es el de compaginar esa *interpretación* que ha hecho la Dirección General de los Registros y del Notariado con el tenor literal de los apartados Ocho a Diez del artículo 53 de la Ley 13/1996, que, tras este larguísimo (aunque creo que necesario) preámbulo, son los que intento explicar y paso a examinar, distinguiendo, como hace la ley, tres casos, según que la rectificación pretendida esté basada en el contenido del Catastro; en un determinado informe técnico o en una especial acta notarial.

#### **4. Rectificaciones en base al contenido del Catastro**

Se refiere a ella el primer párrafo del apartado Ocho, que dice que *“la rectificación de la cabida de una finca registral, o la alteración de sus linderos cuando éstos sean fijos o de tal naturaleza que existan dudas de la identidad de la finca, podrá realizarse con base en una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, siempre que, entre la descripción de la finca en esta certificación y la que conste en el Registro, pueda deducirse la identidad de la finca”*.

La frase no es precisamente muy clara. Aunque parece prever dos supuestos distintos, la rectificación de cabida propiamente dicha y la alteración de linderos, en realidad, no se está refiriendo a la rectificación de los posibles errores o cambios personales en cuanto a los nombres de los propietarios colindantes, de modo que, en definitiva, en los dos casos, la cuestión jurídica es la misma: el cambio de la cabida. Ya sea porque se intente corregir un error en la medición de la finca, ya, porque el error esté en los linderos que el título anterior (y el registro) le atribuían a esa finca, de manera que los verdaderos linderos son otros, los límites físicos –no los nombres de los colindantes– de la finca están más allá o más acá de lo que antes se decía, de manera que, en consecuencia obligada, la cabida es diferente y debe ser rectificad.

En rigor, la cabida de una finca cuyos linderos cambian de lugar físico siempre varía, incluso cuando la medida superficial siga siendo, por casualidad, la misma, pues el objeto de la propiedad es distinto; aunque sea la misma, es *otra* cabida, y tal cosa no es de ningún modo indiferente respecto del contenido del derecho de propiedad. No se es dueño de un número equis de metros cuadrados, sino de un espacio físico determinado, situado en un lugar preciso del mundo, no intercambiable por ningún otro, que lógicamente es mensurable y tendrá una superficie determinada, pero sin que esa medida superficial pueda *flotar* sobre el plano, para hacerla *aterri- zar* donde mejor interese a su dueño. En realidad, ésta es también una consecuencia (otra) de la concepción de la realidad de la finca registral que pretenden imponer las modernas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Además, si un espacio físico está completamente ocupado por distintas propiedades, por distintas fincas en sentido jurídico, y una de esas fincas se traslada de lugar, el nuevo espacio que ocupe será una invasión de terreno ajeno y el que libere quedará mostrenco.

Por lo tanto, el apartado Ocho se refiere siempre a alteraciones con trascendencia jurídica en la situación y superficie de la finca inscrita; lo que ocurre es que tales alteraciones, además, pueden exigir o no cambios en los linderos fijos.

Puesto que el precepto es un mandato dirigido al registrador de la propiedad (aunque no lo diga con toda claridad, sólo indirectamente, de un modo negativo –¡otra vez!– y en el párrafo segundo de este apartado Ocho), para que practique la inscripción de la rectificación de cabida en ciertos casos, la pregunta es: ¿cuáles de esas alteraciones pueden y cuáles no pueden inscribirse?; ¿todas o únicamente las que corrijan errores anteriores, respetando la realidad inscrita? En definitiva, ¿qué concepto de identidad de la finca –de los varios ya expresados– es el que debe ser tenido en cuenta aquí?

Si nos atenemos al sentido que antes he dicho que tiene la expresión “*identidad de la finca*”, tanto en el Reglamento Hipotecario como en esta ley, la solución es clara: comprobado que se trata de la finca apropiada y que no se ha confundido con otra ajena a la que está inscrita, lo ordenado es rectificar la superficie, aunque con ello se alteren “*linderos fijos o de tal naturaleza que existan dudas de la identidad de la finca*”; es decir, aunque la rectificación de la cabida no tenga otra explicación que la de que se ha modificado su referen-

te espacial en el mundo exterior; o sea, aunque la finca tenga otra medida precisamente porque lo que se ha medido es otra cosa, un espacio físico distinto al anterior. (En todo caso, ninguna interpretación puede obviar el hecho de que hay en el precepto una contradicción en los términos, incomprensible en un texto legal. No hay forma de conciliar, dentro de una misma proposición normativa, los dos incisos “*o de tal naturaleza que existan dudas de la identidad de la finca*” y “*siempre que pueda deducirse la identidad de la finca*”.)

Por el contrario, si aceptamos el concepto de identidad de la finca que resulta de la interpretación que la Dirección General de los Registros y del Notariado da a este apartado Ocho del artículo 53, si el registro publica unos linderos fijos o de improbable alteración (por ejemplo una calle) y el Catastro publica otros linderos distintos (por ejemplo una calle diferente –no la misma que ahora tenga diferente nombre, que ese es otro problema– o una propiedad particular) y la calificación registral ha de atender exclusivamente, como bien dice la Dirección General de los Registros y del Notariado, a los datos que el registrador tiene en los libros a su cargo, esto es, a la descripción inscrita de la finca en cuestión y de las fincas colindantes (véanse, entre otras, las resoluciones de ese centro directivo de fechas 29 de abril de 2006 y 3 de enero de 2002), ¿de dónde podría sacar ese registrador la conclusión de que la finca es la misma y de que la descripción catastral es la correcta y la inscrita no lo es? De la mera afirmación de los interesados evidentemente no, puesto que eso es lo que está comprobando; del contenido del Catastro, tampoco, puesto que el hecho de que ese espacio físico esté catastrado a nombre del titular registral no sólo no impide sino que incluso puede ser, por su historial previo, la justificación de que se trata de una porción de terreno distinta de la registrada, pero con el mismo dueño. El problema, como siempre, está en decidir qué es lo que se está midiendo, y si se trata de la misma finca que en su día fue inscrita (en última instancia, inmatriculada) u otra realidad diferente.

En este sentido, la resolución de 13 de octubre de 2009 no puede ser más clara; afirma que “*en consecuencia, puede ser que la descripción que ahora se pretende registrar sea totalmente coincidente con el Catastro, pero no sólo no se acredita que sea la misma finca inscrita, sino que todas las deducciones lógicas llevan a la conclusión que la finca catastral nada tiene que ver con [ella].*”



En mi opinión, la respuesta es que el registrador no puede dar ese salto en el vacío jurídico, prescindir de la realidad que tiene inscrita y limitarse a reflejar el Catastro en el registro; de manera que las alteraciones que el registrador debe reflejar en el registro de la propiedad, por muy respaldadas y coordinadas que estén con el Catastro, deberán ser únicamente las que no planteen dudas sobre la identidad de la finca (entendida la duda al modo de las actuales resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado), y que los supuestos en que no habrá duda sólo serán aquellos en que se esté rectificando un error de medición pero no aquellos en que se alteren aquellos linderos (fijos o no) que hagan dudar sobre la identidad de la finca.

Por lo tanto, el registrador no puede aplicar realmente el precepto; no cabe que modifique linderos fijos más que en el supuesto –poco probable– de que se compruebe que se hicieron constar por error, y no puede reflejar cambios de clase alguna que hagan dudar de la identidad de la finca, que es lo que literalmente ordena el precepto.

Pero toda esta manera de actuar –que parece correcta y respetuosa con la seguridad jurídica y la finalidad de las instituciones, especialmente del registro de la propiedad– no tiene en realidad sustento en la ley; sólo en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Lo cual tampoco puede causar demasiada sorpresa, si tenemos en cuenta que tal nueva doctrina ha surgido precisamente para justificar la negativa de la Dirección General de los Registros y del Notariado a aplicar (*literalmente*) esta norma (amparándose en una *interpretación creativa*).

### **5. La rectificación basada en un informe técnico**

El párrafo tercero del apartado Ocho del artículo 53 dice que “los excesos de cabida inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita, cuando no pueda aplicarse lo previsto en el párrafo anterior, se harán constar mediante certificado o informe sobre su superficie expedido por técnico competente y siempre que el Registrador no abrigare dudas sobre la identidad de la finca.”

Antes que nada, hay que denunciar el evidente error del texto, puesto que lo que dice el párrafo anterior (el segundo de este apartado Ocho) es que, “*en otro caso, el Registrador no practicará la inscripción, pudiendo extender anotación preventiva de suspen-*

*sión con arreglo a la legislación hipotecaria*". Y es evidente que el párrafo tercero no tiene nada que ver con este segundo, pues sería tanto como contemplar el supuesto de que, no estando acreditada una rectificación de la cabida compatible con la identidad de la finca –que es el caso del párrafo primero–, el registrador no pueda "*no practicar la inscripción*" ni "*extender anotación preventiva*", que es lo que le ordena el párrafo segundo. Además de que sería un auténtico galimatías, impropio de cualquier texto serio, eso de establecer el caso contrario del caso contrario, si el registrador no ha podido no practicar, será porque sí ha practicado; y entonces ya no habría asunto que resolver.

Sin duda pues, el párrafo tercero está haciendo (al igual que el segundo, cuando comienza diciendo "*en otro caso*") referencia al primero, esto es, al caso de que no se haya podido practicar la inscripción del exceso de cabida. Y es claro que, conforme al primer párrafo del apartado Ocho, la falta de constancia registral de la rectificación solicitada (con la eventual práctica de la anotación preventiva que le pueda ser solicitada) sólo puede haber ocurrido por dos motivos: porque no haya base o respaldo catastral para la alteración solicitada o porque el registrador albergue dudas sobre la identidad de la finca, pues no otros son los requisitos del párrafo primero del apartado Ocho. Pero entonces la solución del párrafo tercero no es, no parece, razonable, en ninguno de los dos casos. Veámoslos por separado, empezando por el más fácil, el segundo.

Si el registrador tiene dudas sobre la identidad de la finca, como quiera que este requisito también está en el párrafo tercero del apartado Ocho, el resultado es la imposibilidad de inscribir, ya se aplique el punto primero o el tercero.

Por el contrario, si lo que ocurre es que la descripción con que se solicita la inscripción no coincide con la obrante en la certificación catastral descriptiva y gráfica, esto es, con el Catastro, caben, a su vez, dos explicaciones: que el Catastro esté erróneo o que se esté pretendiendo una rectificación sin verdadero sustento en la realidad o que no esté justificada. En este último caso, es palmario que no habría por qué arbitrar medida legal alguna para conseguir que el registro refleje una realidad conscientemente errónea. Pero, ¿y, en el primero?, ¿debe prescindirse del Catastro y permitir el acceso al registro de la propiedad de la descripción de una finca inscrita respecto de la cual se ha comprobado que no es la que contiene el

Catastro, por el simple expediente de apoyarla en un “*certificado o informe sobre su superficie expedido por técnico competente*”? ¿Más competente que el Catastro?

Como ya he indicado, la ley vuelve a admitir que el registro publique actos contrarios al contenido del Catastro sin ni siquiera entrar a averiguar las causas y sin exigir una comprobación de que el Catastro está erróneo. Lo hace en los apartados Dos y Cinco de este artículo 53, al permitir la inmatriculación de una referencia catastral a pesar de que la descripción de la parcela catastral sea discordante con la descripción de la finca inscrita a la que se asigna la referencia catastral en cuestión, y lo hace también ahora, en relación con la rectificación en el propio registro de la descripción de la finca (y, como veremos un poco más adelante, también es el caso del apartado Diez de este mismo artículo 53, puesto que también allí se menciona la posibilidad de un informe técnico de contenido alternativo al catastral).

En mi opinión nunca puede ser adecuado conceder al interesado la opción de elegir a su arbitrio entre la información del Catastro y la de un técnico ajeno a él. No me parece aceptable en modo alguno que el interesado, sabiendo de antemano que la información que tiene el Catastro sobre su finca no le permitirá sustentar la cabida que quiere conseguir, opte por acudir a un técnico competente de su confianza, para salvar el escollo. Naturalmente que el Catastro podrá estar mal y que la medida que dé el técnico externo puede ser la correcta; pero entonces esa información, profesionalmente obtenida y validada, debería utilizarse para rectificar previamente el Catastro, no para provocar la discordancia entre Catastro y registro.

Y, sin embargo, por sorprendente que parezca, así se está aplicando esta norma en la práctica, en muchas ocasiones.

Podría pensarse que, al fin y a la postre, la explicación de la mayor tolerancia está en el inciso “*excesos de cabida inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita*”; y que volvemos a la técnica de las diferencias “menores” o poco relevantes, para las que no es preciso ser *excesivamente* riguroso. Y, como quiera que esta “*quinta parte*” es el eco de la antigua redacción del artículo 298 del Reglamento Hipotecario (que no olvidemos era la redacción vigente cuando se publicó la Ley 13/1996, por más que luego otras normas posteriores a la reforma del 98 de dicho reglamento la hayan recortado), resultaría que estaríamos de nuevo ante una especie de renacimiento de

los apartados C) y D), sumados, de la regla 5.<sup>a</sup> del texto derogado del citado artículo 298, según los cuales: *"Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley, podrán inscribirse sin el requisito de la previa inscripción: 5.º C) Los excesos de cabida que resulten de los documentos comprendidos en los cuatro números que anteceden [los que permiten la inmatriculación de fincas, propiamente dicha], si reunieren los requisitos exigidos en los mismos. D) Y los que no excedan de la quinta parte de la cabida inscrita. En todos los casos será indispensable que no haya duda fundada acerca de la identidad de la finca."*

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 16 de diciembre de 1983 ya se pronunció precisamente sobre la inconveniencia de permitir sucesivas y reiteradas ampliaciones de la cabida inscrita, en base a la mera manifestación del propietario, de modo que *"por una simple declaración unilateral pueda ser aumentada sin limitación a través de sucesivas declaraciones la extensión de una parcela de suelo urbano, amparándose en unos asientos registrales que de seguir la tesis permisiva habrían dejado de estar al servicio de la legalidad vigente."*

¿Es suficiente para eliminar la prevención de la Dirección General, su temor de que el contenido del registro pueda alterarse en base a *"una simple declaración unilateral"*, con que a la manifestación del propietario se añada un *"certificado o informe"*, *"expedido por técnico competente"*?; un informe que, no lo olvidemos, tiene que ser diferente al Catastro, puesto que, si no fuera así, no estaríamos en el caso de este párrafo tercero, sino en el del párrafo primero del apartado Ocho. En mi opinión, repito, resulta muy poco coherente y no está justificado.

## **6. Rectificación por medio de un acta notarial específica**

Llegamos así al último (y el de más complicada aplicación) apartado del artículo 53; el apartado Diez, que dice que *"la modificación de superficie o la rectificación de linderos fijos o de tal naturaleza que hagan dudar de la identidad de la finca podrá efectuarse en virtud de acta notarial de presencia y notoriedad que incorpore un plano de situación a la misma escala que la que obre en el Catastro, e informe técnico competente sobre su medición, superficie y linderos."*; añadiendo que *"dicha acta se ajustará en su tramitación a lo*

*prevenido en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria a excepción de lo previsto en su regla 8.ª.*

Veremos más adelante en qué afecta al proceso esa remisión final a la Ley Hipotecaria; empezando por el supuesto de hecho en sí, la norma es muy parecida a la del apartado Ocho y, aunque con otras palabras –cuando lo normal y lo aconsejable es que hubiera utilizado las mismas, para evitar confusiones–, es evidente que se refiere al mismo supuesto, ya antes examinado por extenso: la modificación de superficie o la rectificación de linderos fijos o de tal naturaleza que hagan dudar de la identidad de la finca.

Dejando a un lado la curiosa manía de este artículo 53 –y en general de toda la regulación catastral que estamos examinando– de designar las mismas cosas con nombres diferentes (“*rectificación de cabida o alteración de linderos*” versus “*modificación de superficie o rectificación de linderos*”), las diferencias entre el apartado Ocho y el Diez son fundamentalmente dos y ambas de una enorme importancia. De un lado, porque, muy sorprendentemente (dado todo el contenido y significado sustancial de este artículo 53 de la Ley 13/1996 y de todos los demás artículos de la Ley del Catastro destinados a conseguir la constancia de la referencia catastral), no se exige que “*la modificación de superficie o la rectificación de linderos*” esté amparada en datos catastrales. Y tal posibilidad es verdaderamente inaceptable. Es absurdo exigir “*un plano de situación [de la finca] a la misma escala que la que obre en el Catastro*” y no precisamente el plano catastral; un plano del Catastro que no sólo tendrá “*escala*”, sino todo el conjunto de la información, física y jurídica que constituye propiamente o a la que remite una certificación descriptiva y gráfica del Catastro. Pero, sobre todo, no es admisible que el acta notarial y en definitiva el juicio de notoriedad del notario pueda basarse sin más en un plano –cualquiera que sea su escala– y un informe técnico que, en contradicción con el Catastro, atribuyan a la finca una superficie, una situación y una forma que no se corresponda con la que está catastrada, siendo así que la información catastral goza de la presunción legal de certeza y la de parte, lógicamente, no.

Como acabo de decir, la eventual incorrección del Catastro, siempre posible, no es motivo suficiente para prescindir de él. El precepto debería contemplar la coordinación con el Catastro y exigir que la *modificación* se haga con base y respeto a una certificación

catastral descriptiva y gráfica siempre que fuera posible, y no separarse de ella más que cuando se muestre equivocada. E, incluso en tal caso, la ley debería ordenar la puesta en marcha, inmediata, de un proceso de rectificación del Catastro, que aprovechara la puesta de manifiesto del error para llevar a él esa realidad que no tiene bien reflejada; un proceso sometido a la valoración técnica, no de un profesional privado, sino de los técnicos del Catastro. Y sólo después de hecho esto tendría sentido hacer intervenir al notario, para que forme y emita su juicio de notoriedad, favorable o contrario a la pretensión de la parte. Un juicio de notoriedad que nunca debería versar sobre una medición técnica ni sobre la corrección de un determinado plano, sino sobre la notoriedad de la posesión pacífica del propietario sobre la extensión que ahora declara para su finca.

Y así creo que actuará realmente el notario. Estoy convencido de que el notario que, bajo su responsabilidad, tenga que emitir un juicio acerca de si considera justificada la modificación de la superficie o linderos, y aunque sólo sea para poder comprobar que se cumple el extravagante requisito de que el plano esté a la misma escala, exigirá a los requirentes que le proporcionen también –o conseguirá directamente por sí del Catastro– una certificación catastral descriptiva y gráfica y, en caso de discrepancia entre ella y el plano privado, querrá saber, con todo lujo de detalles, las causas de esa falta de correspondencia y los motivos por los que debe prescindir del contenido del Catastro, en contra de esa presunción legal de exactitud que le atribuye la ley.

Con la dificultad añadida de que la certificación que consiga el notario por sí, de la oficina virtual del Catastro, puede ser que no lleve cartografía asociada, como desgraciadamente ocurre con frecuencia.

En consecuencia y desde el punto de vista nuestro, de los notarios llamados a autorizar el acta de presencia y notoriedad prevenida, entiendo que lo más adecuado es exigir que se nos aporte una certificación catastral descriptiva y gráfica, en términos coincidentes con la situación, superficie y forma que se quiere atribuir a la finca, así como un informe de técnico competente, no ya sobre la medición, superficie y linderos, sino explicando las discrepancias en la medición, superficie y linderos; aportando las razones por las que el técnico cree que se ha llegado a esa diferencia entre la

escritura, el registro y el Catastro. Lo que no creo que pueda hacer el notario, dada la claridad del texto legal, es prescindir de tal informe y actuar sólo sobre la base de la certificación catastral; y, si fuera el caso de que el interesado, requirente del acta, manifestara su disconformidad sobre el contenido del Catastro, mi opinión es que se le debe dirigir a esa institución, para que, utilizando precisamente el mencionado informe técnico y cualquier otro elemento de prueba que considere oportuno, consiga la previa rectificación del Catastro.

Y, por supuesto, el notario debe comprobar también que el plano del Catastro y el que forme parte del informe del técnico están a la misma escala; una comprobación perfectamente inútil.

La otra importante diferencia que hay entre la regulación, por lo demás tan semejante, de los apartados Ocho y Diez de este artículo 53 de la Ley 13/1996 está en que en el apartado Diez ha desaparecido toda referencia a la posible duda del registrador sobre la identidad de la finca. Aquí ya no hay contradicción que salvar en la literalidad de los textos, pues no hay, como antes había, dos frases contradictorias sino sólo una.

En los párrafos primero y tercero del apartado Ocho hay una declaración inicial –que “*existan dudas de la identidad de la finca*”– que debería permitir acoger supuestos en los que falte la identidad de la finca o al menos haya duda sobre ello; sin embargo, dado que, pocas palabras más allá, en el mismo párrafo, se condiciona el anterior supuesto a justo lo contrario –a que “*pueda deducirse la identidad de la finca*”–, una de dos, o damos todo el texto por contradictorio, incomprensible e imposible de aplicar, constituyendo una laguna legal, o bien se sostiene, de un modo un tanto extravagante, que debe prevalecer el requisito final, la *última palabra*. Más lógico y más científico sería lo primero, pero el caso es que la interpretación que ha ordenado aplicar la Dirección General de los Registros y del Notariado se hace en el sentido ya indicado, o sea, supeditar toda la aplicación del precepto a que no haya dudas sobre la identidad.

Poca base hay para ello, pero al menos alguna; sin embargo, en este apartado Diez, no hay ningún resquicio. La norma sólo menciona el supuesto de que las modificaciones en la descripción “*hagan dudar de la identidad de la finca*”; nada más. Si no hay duda, en rigor, el supuesto entero es inaplicable y, como mucho, habría que acudir a los dos anteriores.

Y, sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, no sólo ha seguido el mismo criterio en ambos apartados, el Diez y el Ocho, sino que les ha aplicado exactamente la misma doctrina, con las mismas palabras (resolución de 13 de octubre de 2008).

No la ha adaptado, no ha aportado nuevos argumentos o reconstruido los anteriores, para salvar algún nuevo obstáculo; ha aplicado la misma doctrina, sin más. Con lo que ha demostrado tanto una firme convicción en la bondad de su propósito, el de evitar el acceso al registro de excesos de cabida que no son propiamente tales sino otra cosa, como una gran confianza en poder imponer su criterio *contra legem*, aprovechando su innegable y bien fundamentado prestigio jurídico y su autoridad jerárquica sobre los funcionarios que de ella dependen.

En mi opinión, ni siquiera es un problema de respetar más o menos el texto legal. Por el motivo que sea –que no es necesario decidir aquí– es bastante pacífica la opinión social de que las leyes, en determinadas ocasiones –en cualquier ocasión, o sea, potencialmente en todas, dependiendo sólo de la libre decisión del jurista profesional, que hace de lo que el propio gremio ha decidido llamar intérprete u oráculo del Derecho–, pueden ser relegadas a la mera función de indicio o guía genérica sobre lo que procede hacer, pero que la regla que realmente hay que aplicar es la que ese intrépido intérprete deduce de ellas, indagándola hábilmente de entre la hojarasca que forman sus palabras, reconstruyendo el *verdadero sentido* de la norma escrita. Es decir, convirtiendo las propias y legítimas opiniones o incluso deseos del jurista en emanaciones de la ley, misteriosamente encontradas en sus *entrañas*, y por lo tanto dotadas del valor imperativo del Derecho.

Y yo no pretendo –porque además de ninguna manera estaría en mi mano– acabar con tan acreditado y sólido modo de actuar; por el contrario, insisto en que comparto el criterio y el objetivo de la Dirección General de los Registros y del Notariado; esto es, que me hubiera gustado que la ley dijera lo que ese organismo *está diciendo que dice pero que desde luego no dice*. Pero no lo ha hecho, y la verdad es que las leyes deberían ser aplicadas o reformadas, pero no ignoradas; al menos, por los funcionarios y oficinas del Estado. Acudir al llamado *espíritu* o finalidad de las leyes, para decidir o justificar lo que se hace con ellas, por parte de los juristas profesio-



nales, me parece tan arbitrario como esta *interpretación* tan libre e imaginativa, pero lo cierto es que la decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado acerca de la aplicación de este apartado Diez del artículo 53 le ha vaciado también de uno de los motivos, el principal motivo, que se adujo cuando se creó la norma: en palabras de la ya citada comisión interministerial del año 1995, "*se prevé, como novedad, un acta notarial para corregir o rectificar diferencias de superficie de las fincas*".

Y no un acta cualquiera, sino lo que se anuncia como todo un nuevo tipo (en realidad, una novedosa combinación de dos tradicionales), un "*acta notarial de presencia y notoriedad*".

Las actas notariales de notoriedad, conforme al artículo 209 del Reglamento Notarial, son las que tienen "*por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica*". Se trata pues de un acta de gran trascendencia jurídica, que se aleja de la mera comprobación de hechos perceptibles por los sentidos; a la que se ha atribuido frecuentemente naturaleza de jurisdicción voluntaria y que supone una actividad en gran medida inédita para un notario (o para un registrador): la de juzgar. El notario, como el registrador y como cualquier otro funcionario público, en el marco de su función, está acostumbrado y sobre todo obligado a formar opinión sobre muchas cosas; debe calificar jurídicamente los hechos y sobre todo los actos que se realizan ante él, y debe hacerlo bajo su responsabilidad; pero, o bien se trata de encuadrar tales hechos o actos en el régimen legal que él conoce perfectamente, o, bien de declarar como ciertos los hechos que ocurren en su presencia, o bien de emitir un juicio de identidad o de capacidad de las personas que están a su presencia. Opiniones o juicios instantáneos, que se basan en sus conocimientos jurídicos, que se limita a poner en juego. En las actas de notoriedad, su actividad es muy diferente, pues se trata de que declare como ciertos, como realmente ocurridos, hechos o situaciones que no ocurren ante él y a cuyo conocimiento llega por medio de un proceso, tras una fase probatoria, que él dirige o provoca, y basándose en declaraciones de terceros, cuya veracidad no puede realmente comprobar, y en indicios que no tienen por qué ser concluyentes. El Derecho realmente necesita de esa actividad y todo proceso judicial la implica casi constantemente, pero desde luego

es una actividad diferente a las demás que realiza el notario. Y una actividad cuya eficacia se sustenta, como es lógico, en la ley, que le atribuye los efectos correspondientes al juicio de notoriedad que, en su caso, emite el notario.

Este apartado Diez del artículo 53 prescribe que el acta *"se ajustará en su tramitación a lo prevenido en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria a excepción de lo previsto en su regla 8.ª"*, o sea, que no tiene necesidad de aprobación judicial.

No, por tanto, a los requisitos del artículo 209 del Reglamento Notarial. Aunque parecidos, los requisitos de ambos preceptos son diferentes, como recuerda la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 21 de septiembre de 2007.

Por lo tanto, estamos ante un acta que deberá seguir en su tramitación las reglas del artículo 203 de la Ley Hipotecaria y que, sin necesidad de aprobación judicial, servirá de comprobación de los hechos que presencie el notario –por su carácter de acta de presencia– y de *"comprobación y fijación"* de aquellos *"hechos notorios sobre los cuales"* quedarán *"fundados y declarados"* los *"derechos patrimoniales"* del propietario de la finca sobre una cabida o linderos que son distintos a los que publica el registro, pero que deben prevalecer por efecto de este acta. Esta y no otra es la única interpretación que cabe hacer de este apartado Diez del artículo 53.

Es decir, que estamos ante una herramienta realmente poderosa, que está dotada de garantías jurídicas muy superiores a la auto-proclamada corrección física del Catastro y que en principio está capacitada para lograr alteraciones registrales de mucha más envergadura que una modificación de la cabida inscrita e incluso que la inmatriculación de fincas (según los arts. 200 y 205 de la Ley Hipotecaria, sirve para la reanudación del tracto registral interrumpido, uno de los procesos más garantistas de los que tienen lugar en el registro). Una eficacia que el apartado Diez ha pretendido además reforzar, al eximirla de la citada aprobación judicial, haciéndola plenamente operativa por sí sola.

Una curiosidad en relación con la eficacia de esta particular acta de presencia y notoriedad es que la reforma del Reglamento Notarial, hecha por Decreto 45/2007, de 19 de enero, quiso que toda acta de notoriedad fuera *"firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin*

*ningún trámite o aprobación posterior*"; pero tal redacción fue anulada por el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de mayo de 2008, acogiendo la tesis del Colegio de Registradores, según la cual, de prosperar el texto, una norma de rango reglamentario estaría vulnerando o sobrepasando límites legales como los mencionados de los artículos 203 y 205 de la Ley Hipotecaria. Pues bien, en este caso, quien ha terminado por vaciar de contenido una ley, la 13/1996, ha sido el Reglamento Hipotecario, respaldado por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Frente a todo esto, ¿qué eficacia termina teniendo esta especial acta de presencia y notoriedad, en opinión de la Dirección General de los Registros y del Notariado?; pues ninguna en la práctica.

Si su aptitud para rectificar el registro es exactamente la misma que la simple solicitud del interesado, por aplicación del apartado Ocho, es absurdo requerirla y sustanciarla. Si únicamente permite rectificar (modificar) cabidas y alterar (rectificar) linderos cuando no haya duda sobre la identidad de la finca, como en el apartado Ocho, y además la rectificación debe fundamentarse en un informe técnico, como en el apartado Ocho, ¿para qué poner en marcha todo el engorroso mecanismo del acta de notoriedad, para qué perder el tiempo que inevitablemente conllevará su tramitación? ¿Por qué provocar los gastos de un acta notarial? ¿Para qué hacer que el notario formule un comprometido juicio de notoriedad, bajo su responsabilidad, si no ha de servir para nada en absoluto?

Y el caso es que la respuesta podría estar en que se hace para *convencer* al registrador. He dicho antes que la duda es un estado de ánimo; las herramientas y tácticas para vencerla son por lo tanto psicológicas. El acta de notoriedad del apartado Diez, aunque no proporcione otros datos que los que ya contendría el trámite del apartado Ocho, podría sugerir algo más; podría funcionar como una especie de recurso de reposición impropio, que deshaga las dudas opuestas en una primera calificación contraria a la inscripción o que incluso se anticipe a ellas (porque los interesados, en base a precedentes, sospechen que el registrador alegará dudas casi sistemáticamente, sin tener en cuenta las circunstancias del caso). Se trataría de demostrar al registrador que se está dispuesto a arrostrar gastos e inconvenientes, sugiriendo que no se está actuando a la ligera. Aunque realmente funcionase en la práctica un efecto tan *publicitario* y tan poco *académico*, poco bagaje sería para toda una reforma legal que se dice especialmente destinada a conseguir una novedad.

Y el resultado de todo ello, de esa única forma en que se aplican los dos apartados, Ocho y Diez, del artículo 53 de la Ley 13/1996 es que, en la práctica, todas las rectificaciones de cabida se hacen en base al artículo 298 del Reglamento Hipotecario. Mejor dicho, en base a su texto propio, sin necesidad de tener en cuenta las remisiones que hace a esa ley del año 1996.

Aparte de todo lo ya dicho, no examinaré por entero este artículo 298, pero sí destacaré que, con relación al repetido artículo 53, se aprecia que, en esa norma reglamentaria:

- No hay ya referencia alguna a la alteración de linderos que sean fijos o hagan dudar de la identidad de la finca; en lógica congruencia a que este artículo 298 no permite en ningún caso que el proceso se desarrolle en contra de tal duda.

- Se añade el perturbador requisito –que no consta en ninguna parte del artículo 53 (y que por lo tanto supone también otro obstáculo para aplicarlo *per se*)– de que *“la finca se encuentr[e] catastrada a favor del titular inscrito o del adquirente”*.

- Permite otro supuesto de modificación de la cabida que no existe en el artículo 53, pero que tampoco se opone a él (de modo que, en este caso, no hay contradicción). En concreto, se acepta que pueda *“hacerse constar en el Registro, como rectificación de superficie, los excesos de cabida que no excedan de la vigésima parte de la cabida inscrita”*.

Analizado este último supuesto desde el punto de vista de la coordinación del registro con el Catastro, hay que destacar que no se exige que esa nueva cabida, ligeramente superior a la inscrita, sea igual a la que contenga el Catastro, lo que no puede sorprender si tenemos en cuenta que la propia Ley del Catastro tiene por irrelevante, a la hora de considerar bien identificada la finca, diferencias del doble, del diez por ciento. Sin embargo y en mi opinión, el inciso de que esta registración se haga *“como rectificación de superficie”* y la indudable aplicabilidad a todos los supuestos del artículo 298 de la falta de duda sobre la identidad de la finca, complementan este supuesto aparentemente tan simple o tan automático, que debe entenderse en el sentido de que no es obligado aportar ni certificación catastral ni certificado o informe de técnico competente, pero que sí debe aportarse algún tipo de fundamentación del exceso solicitado, para despejar posibles dudas del registrador.

## **7. Procesos de remodelación territorial generalizada o sistemática**

Para terminar, haré una breve referencia al apartado Nueve del artículo 53. Dice que *"lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo establecido en la legislación urbanística y agraria"*.

Y debo comenzar su estudio destacando una vez más su desafortunada sintaxis, una imprecisión más de este artículo 53, puesto que ese *"sin perjuicio"* de que habla, en buena lógica, no puede entenderse referido sino a los apartados Siete, Ocho y Diez; es decir, al siguiente y, de los anteriores, a algunos de ellos y no a todos, pues, respecto de los apartados Dos a Seis, ni la legislación urbanística ni la agraria contienen normas relativas a la constancia registral de la referencia catastral, ni como operación propia (apartado Dos) ni como parte de la inscripción de un título (apartado Cinco), ni, menos aún, se pronuncian sobre la posibilidad de que una referencia catastral inmatriculada pretenda ser duplicada (apartado Seis).

La verdadera explicación de las inexactitudes de esta norma (como en tantos otros casos de esta legislación catastral auténticamente remendada y en continuo traslado de unas propuestas a otras y de unos textos legales a otros) está en su origen. Su primera redacción está en los acuerdos de la varias veces citada comisión interministerial del año 1995. En el apartado 7 del artículo destinado a la *"constancia registral de la referencia catastral"*, se decía que *"lo establecido en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación urbanística y agraria."* Sólo que entonces ese apartado anterior lo que decía es que *"en los casos de títulos que pretendan, conforme a la legislación hipotecaria, la inmatriculación de fincas, la rectificación de su superficie, o la de sus linderos cuando éstos sean fijos o cuando aun no siéndolo sean de tal naturaleza que hagan dudar de la identidad de la finca..."*. Es decir, que englobaba en un solo punto asuntos hoy repartidos en varios (además de que el actual apartado Diez no era originalmente un apartado propio sino sólo un procedimiento operativo para resolver problemas derivados de la aplicación del apartado Seis original).

Pero, incluso completando con la interpretación lo que realmente este apartado Nueve expresamente no dice, o sea, entendiendo que sólo hace referencia a los procesos de inmatriculación y de rectifi-

cación de la cabida o descripción de la finca inscrita, así como que, de toda la inmensa copia de leyes relativas a esas dos tan amplias materias (urbanismo y derecho agrario) a que hace mención, este apartado Nueve del artículo 53 no se refiere más que a las que regulan los procesos de remodelación territorial, por la reparcelación de fincas que pasan a ser urbanas o por la concentración parcelaria de las rústicas, lo más importante es que, desde luego, no se puede comparar sin más los procesos de remodelación de fincas derivados de esa "*legislación urbanística y agraria*", que son actos de autoridad, con los que hacen los particulares.

Es evidente que los apartados Siete, Ocho y Diez del artículo 53 regulan actuaciones individuales y particulares. Que se trata, en palabras de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de determinar los efectos admisibles para la "*simple declaración unilateral*" que modifica la cabida inscrita o que pone en marcha la cadena de legitimaciones del registro de la propiedad.

De la legislación urbanística y agraria resultan procesos de carácter rigurosamente público, en los que prevalece el interés también público, que están dotados de las máximas garantías jurídicas, incluida la publicidad formal, y cuyos resultados, en última instancia, se imponen, tanto sobre el contenido contradictorio de cualquier registro público (y no sólo el de propiedades, también el catastral) como, igualmente, sobre el mismo derecho de propiedad o cualquier otra titularidad real opuesta al planeamiento.

Y además, resulta que ni siquiera puede haber discrepancias ni será necesario arbitrar una verdadera excepción, ya que la legislación catastral, como es lógico, ya se ocupa de que esos procedimientos de reordenación del territorio, rústico o urbano, queden obligatoriamente reflejados en el Catastro, de modo que la situación física y jurídica final quedará publicada exactamente de la misma forma en el registro y el Catastro.

El artículo 36 de la ley, tras establecer la obligación de las administraciones públicas de proporcionar toda clase de información relevante para los fines del Catastro, añade que "*en particular, las entidades locales y demás Administraciones actuantes deberán suministrar a la Dirección General del Catastro aquella información que revista trascendencia para el Catastro Inmobiliario relativa al planeamiento y gestión urbanística, concentraciones parcelarias, deslindes administrativos y expropiación forzosa.*"

Además y como cabía esperar, al menos en cuanto a los actos de naturaleza urbanística, los problemas a que se refiere este apartado Nueve están en realidad resueltos en la propia legislación registral. Así, el artículo 8 del Reglamento Hipotecario para la inscripción de actos de naturaleza urbanística, bajo el título de *"Inmatriculación, rectificación de descripción y formación de fincas de origen"* ya dice que *"la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución será título suficiente para: La inmatriculación de fincas que carecieren de inscripción y la rectificación de su extensión superficial o de sus linderos o de cualquier otra circunstancia descriptiva, sin necesidad de otro requisito."*

e) CONCLUSIONES CRÍTICAS DEL PROCESO DE COORDINACIÓN  
DESDE EL CATASTRO HACIA EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Recapitulando y haciendo una valoración global de todo este primer gran apartado de la coordinación que estoy examinando, creo adecuadas las siguientes conclusiones:

1. Aunque todo el proceso está técnicamente basado en el artículo 53 de la Ley 13/1996, sirviendo las demás normas, registrales y catastrales, como complemento, la realidad es que la operativa diaria en los registros apenas necesita para nada de esta ley especial, que sencillamente ha devenido innecesaria. Veámoslo apartado por apartado:

— La parte que podríamos llamar general –o en negativo– del apartado Dos, o sea, la constancia de la referencia catastral, tomándola del título a inscribir, no necesita de otra norma que la genérica del artículo 48 de la Ley del Catastro (sustentada en la básica del art. 38 y complementada por el resto de normas del Título V de esa misma ley), prescripción que además repite el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, con lo que, sin necesidad de nada más, ya se cumpliría en la práctica. Los matices que diferencian a este apartado Dos de la normativa general no juegan a su favor sino todo lo contrario, pues no hacen sino complicar su aplicación y como digo marginarla.

— El inciso final del apartado Dos, la única norma redactada en positivo, la que acude a procedimientos inmatriculadores puros de la

referencia catastral, además de contener un planteamiento profundamente equivocado, probablemente no se aplicará, porque la ley no obliga a ello y los interesados carecerán de interés en promover el expediente.

— Del mismo modo, la constancia de la referencia catastral como operación registral autónoma (apartado Cinco), probablemente no necesita tampoco de una ley especial, bastando las normas generales, catastrales e hipotecarias citadas en el punto anterior. En todo caso, no hace sino añadir un título inscribible autónomo, la certificación catastral, evitando la necesidad de utilizar el título que documente un negocio inscribible, pero en mi opinión incluso a este respecto bastaría con el artículo 41 de la Ley del Catastro.

— Y, en cuanto al procedimiento puramente inmatriculador de la referencia catastral (apartado Cinco), me remito también a lo dicho para igual supuesto del apartado Dos.

— En cuanto al apartado Seis, entendiéndolo en su justo sentido, esto es, condicionando el acuerdo de los interesados a que no provoquen una constancia duplicada de una referencia catastral, podría ser innecesario, pues habría que entender que se producirían sus mismos resultados como consecuencia de la aplicación coordinada del conjunto del sistema legal de constancia de la referencia catastral; y, por otro lado, una aplicación literal del precepto es inaceptable.

— En cuanto al apartado Siete, tiene sin duda en esta ley su verdadero sustento, pero como quiera que también ha sido trasladado al Reglamento Hipotecario, con esa última norma hoy día es bastante. Además y por desgracia, dicho reglamento añade un requisito que no está en la ley, el de respetar el tracto catastral de titularidades, y además de que esa nueva y extralegal exigencia es perturbadora, lo cierto en el fondo demuestra que el Reglamento Hipotecario prevalece contra la ley y la hace innecesaria.

— En cuanto a los apartados Ocho y Diez, su contenido concreto ha quedado enteramente desvirtuado y superado por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que es la que realmente se aplica.

— Y en cuanto al apartado Nueve, por último, si bien puede ser oportuno como recordatorio, en realidad no es sino reiteración de lo ya dispuesto en otras normas.



2. Hay una completa ineficacia coordinadora entre registro y Catastro. Ciertamente, esa finalidad no está expresada en la ley, pero es importante y el análisis de la normativa evidencia que no se favorece.

— La doctrina de la duda sobre la identidad de la finca, en las distintas manifestaciones que recorren el artículo 53, esto es, tanto a la hora de hacer constar o negar la constancia de la referencia catastral en los asientos como a la de rectificar las cabidas inscritas, cualquiera de esas dos dudas, hacen totalmente imposible la coordinación desde el Catastro hacia el registro, ya que:

- Si la finca registral y la catastral ya coinciden de antemano, el registro actuará sobre la base de la descripción registral de la finca, y no tendrá nada que coordinar;

- Si la finca registral no coincide con la catastral, el registro no modifica su finca para hacerla coincidir con la catastral; al contrario. El criterio que verdaderamente tendrá en cuenta para modificar o no modificar la descripción que publican sus libros será el de verificar si se cumplen o no las reglas registrales de rectificación, pero no el de aceptar por su propio valor el contenido del Catastro. La reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de febrero de 2009, es muy clara a este respecto: *"La deseable coordinación entre los datos de Catastro y Registro no implica el ingreso en éste, de forma indiscriminada, de los datos de aquél."*

— Está permitida la rectificación del registro sobre la base de datos que no consten en el Catastro e incluso son contrarios a él. Sin perjuicio de que, en realidad, lo que se aplicará es únicamente un procedimiento registral de rectificación, como en el caso anterior, lo cierto es que, además, contiene la demostración más palmaria posible de la falta de voluntad de coordinar.

— No se prevé y por tanto tampoco se exige una actividad de rectificación –ni siquiera de aclaración– de las descoordinaciones que la constancia en el registro de la propiedad de la referencia catastral vaya detectando, entre las descripciones registrales y catastrales de las fincas inscritas.

— Menos aún, se prevé ni exige una actividad de rectificación ni de aclaración de las descoordinaciones detectadas entre las descripciones registrales y las catastrales con la realidad.

En definitiva, que se trata de una ley de poca utilidad y menos uso aún. Dado su itinerario legislativo, lo normal es que esta Ley 13/1996 estuviera derogada a fecha de hoy, pues no queda en ella otro contenido que éste.

En mi opinión, responde a la preocupación del legislador que pudiéramos llamar hipotecario, del que vela por los intereses de esa importante institución que es el registro de la propiedad, por evitar ese desembarco indiscriminado de que habla la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 17 de febrero de 2009. Una defensa ante el enmascarado (y probablemente inexistente) intento de hacer prevalecer el Catastro sobre el registro. Un intento que el legislador hipotecario creyó ver en las conclusiones de aquella comisión interministerial del año 1995. Una reacción que, esté o no justificada, lo cierto es que hoy día, como digo, es completamente innecesaria, pues la Ley del Catastro no ha mantenido ninguno de los acuerdos o conclusiones de la citada comisión; de manera que el Reglamento Notarial se basta para salvaguardar esos intereses de la institución del registro.

Y la preocupación registral, creo, es la de obligar a los titulares registrales a sustentar sus manifestaciones dirigidas a rectificar el contenido fáctico del registro en algo más que su sola palabra, como se ha venido haciendo tradicionalmente. Obligarles a acompañarla de –al menos– el informe de un tercero, que además sea un profesional, un técnico en la materia; siguiendo la misma tónica y la misma mecánica de otra reforma del Reglamento Hipotecario, la del año 1998, en el ámbito de la inscripción de los actos de naturaleza urbanística, respecto de las declaraciones de obra nueva –que tuvieron un estatus parecido, pues tales obras también accedían al registro sobre la base de la simple declaración del propietario–. Por eso, además, al registro le vale tanto la validación técnica que resulte del Catastro como la que proceda de cualquier otro técnico competente.

Pero sobre todo, se trata de supeditar el acceso a los libros del registro a una calificación registral que velará porque la nueva descripción no contradiga la realidad inscrita; que la mejore y la profile, si puede ser, pero que no la altere sustancialmente. O que, si lo hace, sea pasando el filtro y superando los requisitos de acomodación con la realidad que desde siempre tiene el registro: la inmatriculación de fincas. Es decir, que se reconoce que la inmatriculación de fincas podría ser que hiciera ingresar en el registro de la propie-

dad una realidad que no esté suficientemente acreditada, ni en la regularidad civil o sustantiva ni en la realidad física, pero se acepta en este ámbito, dado que tal opción ya está tomada desde siempre por el sistema hipotecario, prefiriéndola a perpetuar la descoordinación del registro con la realidad, o a hacerla tan onerosa (exigiendo la plena acreditación en sede judicial) que los interesados desistirían de llevarla adelante.

Y, estando aceptado como parte principal del sistema los procedimientos inmatriculadores, se acude a ellos y no al Catastro, para solventar cualquier discrepancia entre la nueva realidad manifestada por los interesados y el registro; por más que esa realidad, digo, esté ya catastrada. El Catastro, el *amillaramiento* de que hablaba el Reglamento Hipotecario, es un plus de credibilidad, poco más.

También por esa razón y siempre en esta aventurada explicación mía, creo que los apartados Dos y Cinco del artículo 53, en realidad querían decir algo muy diferente de lo que dijeron; tan diferente que no me parece adecuado ni correcto calificarlo de interpretación, aunque tampoco estaría más alejada del texto ni lo violentaría más de lo que lo hace la *interpretación* de los apartados Ocho y Diez, que ha hecho la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En mi opinión, una manera de aplicar toda la normativa que hemos estudiado es la siguiente: si la referencia catastral cuya constancia se solicita, sea como operación ordinaria, en el curso de la inscripción de cualquier título inscribible, sea como operación autónoma, revela, por la remisión que hace a la realidad física catastrada, una descripción de la finca incompatible con la inscrita, modifíquese primero la descripción inscrita, por los trámites y con las garantías prescritas para la inmatriculación de fincas, y sólo después se podrá hacer constar la referencia catastral en el registro; denegándola en caso contrario. Y, además, dese a ese conjunto de datos físicos, una vez ya plenamente contrastados, un auténtico valor jurídico legitimador.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en la ya citada resolución de 15 de julio de 2009, parece abonarse expresamente a esta teoría. Ha dicho "*b) Que ni la situación, ni la superficie (donde existe una discrepancia superior al 10 por ciento), ni los linderos de la finca según el Registro coinciden con los correspondientes datos catastrales, por lo que, de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 13/1996, sólo podrán acceder al Registro por medio de una*

*inmatriculación."* ¿"Podrán", quiénes?, no parece haber duda, gramaticalmente hablando, de que la Dirección General hace referencia en esa frase a los "datos catastrales".

Como ya he tenido ocasión de decir, esta resolución, casi toda ella, es muy poco afortunada. Como ocurre con otras peticiones del recurrente denegadas en su texto, no es congruente con ellas, pues nadie ha solicitado al registrador que haga constar en el registro los datos catastrales de la finca. El supuesto de hecho es la presentación "en el Registro" de *"instancia privada suscrita por el recurrente solicitando se haga constar en una finca de la que es copropietario la referencia catastral."*, pero sobre todo es que no hay ninguna norma que regule la inmatriculación de datos físicos descriptivos de la finca, sino que la inmatriculación, con arreglo a los artículos 7, 198 y 199 de la Ley Hipotecaria, es siempre *"la primera inscripción de las fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna"* y dicha *"primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio"*. Podrá discutirse o no si existe inmatriculación de la referencia catastral, en base al mandato del artículo 53 de la Ley 13/1996, ley que, por supuesto, es perfectamente hábil para ordenar nuevos supuestos o formas de inmatriculación no contempladas en la Ley Hipotecaria, pero la Dirección General de los Registros y del Notariado no debería inventarse la inmatriculación de datos catastrales descriptivos de la finca, cuando ninguna norma la prevé ni ella misma la regula.

El registrador actuante en el supuesto que motivó esa resolución fue más preciso que sus superiores (aunque no del todo acertado), pues dijo fundamentar su decisión en que *"el documento no reúne los requisitos que conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento permitirían inmatricular la finca"*, por lo que –calificó– *"no procede el reflejo registral de las referencias catastrales invocadas"*, y a continuación hace cita, entre otras normas, todas pertinentes al caso, de los apartados Dos y Cinco de la Ley 1/1996. Como hemos visto, el apartado Dos dice que *"solo podrá reflejarse la referencia catastral invocada por los otorgantes si el documento reúne..."* y el apartado Cinco, que *"la consignación registral de la referencia catastral sólo podrá efectuarse mediante cualquiera de los procedimientos..."*. No los datos físicos catastrados, sino la referencia catastral.

En lo que se equivoca el registrador es en partir de que el documento (una certificación catastral) no reúne los requisitos para inmatricular, pues esa es sólo una exigencia del apartado Dos, pero a él se le ha pedido que actúe en base al apartado Cinco, que lógicamente no impone tal restricción, puesto que expresamente prevé que el título inscribible sea precisamente una certificación catastral.

Con arreglo a esa tesis mía, no debe entenderse que se inmatricula la referencia catastral, como expresamente afirma la ley, sino que lo que se inmatricula es la nueva descripción de la finca. Y, como quiera que tal cosa, la inmatriculación de nuevas descripciones contradictorias, no la contempla la legislación hipotecaria, que se limita a prever la rectificación de datos descriptivos en cada nuevo otorgamiento, para adecuar la descripción a la realidad, admítanse expresiones más genéricas y menos tajantes, tales como: *"si el documento reúne los requisitos que conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento permitirían inmatricular la finca"* o *"procedimientos previstos para la inmatriculación de fincas"*.

En mi opinión, sólo la necesidad de acudir a la analogía, por la dificultad de reconocer que se estaba inventando un procedimiento nuevo, como sería la inmatriculación de descripciones de fincas, ha llevado al absurdo que para mí supone prescribir la inmatriculación de una referencia catastral y dotarla de efectos contra tercero.

Y no sería adecuado que yo me escandalizara de esta extralimitación, si como tal cabe considerarla, habida cuenta de que, la defendí tal cual, hace ya años, por supuesto sin connivencia alguna con el para mí ignorado autor de la citada resolución de 15 de julio de 2009, y dejé escrito que *"de ser cierta, la iniciativa me parece básicamente correcta, pero con dos inconvenientes graves."* Y es que, en tesis de principio, nada tengo contra la aplicación de soluciones jurídicas que vayan más allá de las leyes; de hecho, sólo para aplicar literalmente éstas, casi con seguridad sobran la mayoría de los juzgados y de los profesionales juristas; y el resultado de que el Derecho lo aplicaran máquinas no sería siempre mejor y probablemente también resultaría generalmente insatisfactorio. Lo que no veo es la razón de esa aparente imposibilidad de resistirse a la tentación de *endosarle* a la ley la razón de la propia opinión, como si se tratara de esconder la autoría o de diluir la responsabilidad de la afirmación. Lo cierto es que, respetando ciertos criterios organizativos, es decir, emanando la opinión de quien tiene atribuida por el Estado la autoridad y la responsabilidad de opinar, considero en este caso –como en la aplicación general del Derecho– que es bueno hacer efectiva cual-

quier doctrina que propicie la seguridad jurídica y la protección de los derechos de los ciudadanos. Lo que no significa tampoco que crea que la solución ahora propiciada por la Dirección General de los Registros y del Notariado es la ideal. Veamos qué fue lo que, en mis divagaciones previas a conocer la resolución comentada, tuve por inconvenientes.

En mi opinión, la orientación de esta resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado es correcta, pero adolece de dos graves inconvenientes. Por un lado, porque únicamente se ocupa de la problemática registral, de mejorar el funcionamiento del registro, y poco o nada de la coordinación entre registro y Catastro o de la coordinación de ambos con la realidad, lo que ha hecho perder la ocasión de profundizar en ese designio, pues me parece razonable poner en cuestión las simples manifestaciones de los interesados, a la hora de configurar la realidad física del registro, pero entonces hay que aceptar también que la realidad que hoy está inscrita no tiene mejor origen ni otro sustento que las declaraciones no acreditadas de los que en otro tiempo fueron los interesados e inmatricularon las fincas y los que sucesivamente fueron *actualizando* su descripción, pues, hasta que han llegado los más modernos planteamientos registrales –por medio de la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado– todo el registro se fue construyendo así; por lo tanto, el problema de depurar sus contenidos fácticos no avanza nada limitándose a denegar actualizaciones basadas en simples declaraciones de parte, dándolas todas y preventivamente por parciales, interesadas y sospechosas, y bendiciendo también de modo general y acrítico las descripciones actuales, presumiblemente hechas por personas adornadas de iguales virtudes y defectos que los interesados presentes, sin otra razón sino la de que ya están ahí. Puede que eso evite empeorar más el registro, pero a costa de mantener sus actuales errores. ¿Por qué no aprovechar la ocasión para intentar averiguar la versión correcta?

Pero además, por otro lado, porque es una ley fundamentalmente defensiva. Porque yo no creo siquiera que intente conseguir esa mejora de las descripciones de las fincas inscritas, añadiendo controles objetivos a las declaraciones libres de los interesados, sino que, como bien resulta del modo negativo en que están redactados la mayoría de los apartados del artículo 53, lo que de verdad se pretende es evitar que las cosas se hagan al margen de la cultu-

ra propia del registro, liberándole de cualquier exigencia. Y, por lo tanto, el resultado, al menos en cuanto depende de esta norma, es muy insatisfactorio.

Al final, la Ley 13/1996, y por tanto y con ella la institución del registro de la propiedad, llegan a conclusiones similares a los de la Ley del Catastro, sólo que por vías diferentes. Si, por su parte, el Catastro parte de la base de que sus datos físicos son correctos y no tiene pues que concordarlos con nadie y a ello se atiene (y, construyendo sobre esa convicción y aunque de modo un tanto vergonzante y disimulado, incluso se atreve a sostener un cierto efecto legitimador de la propiedad y de las titularidades catastradas); el registro de la propiedad, por la suya, consciente de que sus datos físicos son inseguros, hace sin embargo confianza plena en los procedimientos jurídicos de que dispone para allegarlos y mantenerlos. Y así cada una de estas dos instituciones protege su punto de vista y pone en *cuarentena* los ajenos.

Y ambos enfoques, tan opuestos, encuentran su terreno de batalla apropiado en las escrituras públicas, reguladas por una legislación notarial que, tan salomónica ella, *pone una vela a cada santo* y así, mientras por un lado y por vía del artículo 171 del Reglamento Notarial, prevé una acomodación acrítica de las descripciones de las fincas escrituradas a los datos del Catastro (aunque sean diferentes a los del título previo y a los del registro y sabiendo o debiendo saber que el registro no las aceptará así modificadas), por otro y en el artículo 173 de ese mismo reglamento, ordena que en las escrituras "*se consignen todas las circunstancias necesarias para su inscripción*", lo que se traduce en describir las fincas de modo que sean reconocibles y aceptables en el registro. No estando de más recordar aquí que, evidentemente, "*no cabe formular descripciones diferentes que producirían una enorme confusión en el Registro*", como dice la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 22 de noviembre de 2007.

Y el ciudadano, en medio.

# ***DE FIDE INSTRUMENTORUM IN REGNO VALENTIAE***

**Juan Alfredo Obarrio Moreno**

Profesor Titular de Universidad  
Universidad de Valencia

## **SUMARIO**

### **INTRODUCCIÓN**

- I. *REGISTRATIO INSTRUMENTORUM QUID SIT, ET AD QUEM EFFECTUM FIAT*
- II. *SCRIPTURA PRIVATA*
- III. *SCRIPTURA PUBLICA*
- IV. *ACTA JUDICIS*
- V. *QUANDO INSTRUMENTUM NON EST REGISTRANDUM*
  - 1. *Solemnia instrumenti publici*
  - 2. *Primus casus. Vitium visibile*
  - 3. *Secundus casus. Carens signo notarii*
  - 4. *Tertius casus. Non fuerit in logo signi subscriptum nomine, et cognomine notarii dicentis recepisse illud*
  - 5. *Quartus casus. Instrumentum non habens locum in quo celebratum est*
  - 6. *Quintus casus. Debet habere diem, mensem, et annum*
  - 7. *Sextus casus. Instrumentum abolitum, aut cancellatum in parte substantiali*
  - 8. *Septimus casus. Instrumenta in negotiis saecularibus recepta a notariis apostolicis*
  - 9. *Octavus casus. Certificatoria a notario facta de instrumento recepto, non probat*



10. *Nonus casus. Instrumentum exemplatum, non probat*
  - 10.1. *Quando instrumentum non debet elongari*
  - 10.2. *Limita*
  - 10.3. Obligaciones del *notarius subrogatus*
11. *Ultimus casus: Instrumentum a notario rogato signatum, si in prothocolo non invenitur descriptum, non probat*

## INTRODUCCIÓN

De entre los innumerables temas que el Derecho nos ofrece a todos aquellos que deseamos adentrarnos en el ámbito de la tradición romanística, muy probablemente sea el estudio del documento público, y el de los *documenta* en general, uno de los más controvertidos y, hasta décadas muy recientes, de los más descuidados por los historiadores del Derecho español (1).

En este sentido, buscando enriquecer el enfoque general que la historiografía ha realizado sobre el Notariado valenciano, nuestro estudio pretende verificar tanto el grado de interrelación entre la pluralidad de Ordenamientos particulares con un ámbito jurídico general: el *ius commune*, como analizar la influencia y la raigambre que alcanzó la práctica notarial en el antiguo Reino de Valencia, donde la toma en consideración de la *Lex Romana* y de la *Lex Ecclesiastica* como bases textuales de la *scientia iuris* (2), de la racionalidad jurídica, nos adentra en el marco de la tradición romanística, ámbito donde se hallan claramente perfilados los rasgos esenciales de la institución (3).

---

(1) Cfr. TRENCH, J.: "Bibliografía del notariado en Español" (siglo xx). En *Estudios históricos y documentos de los Archivos de Protocolos*. Vol. IV. Barcelona, 1974, pp. 193-237.

(2) Véase, en este sentido, la afirmación de UBALDIS, B. DE: *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*. Venetiis 1616. Ad D. 1,1,1, núm. 2, "quien sostiene que quien quiera conocer los consecuentes, debe, primeramente, conocer los antecedentes": *qui vult scire consecuentes, debet primo scire antecedentes, qui vult scire principiata*.

(3) Con relación al Notariado en el Derecho romano, puede verse –entre la numerosa bibliografía– el reciente y esclarecedor artículo de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana". *Revista Jurídica*. Universidad Autónoma de Madrid, núm. 12, 2005

Partiendo de esta premisa, debemos señalar que la inquietud por esta institución nos viene dada por la trascendencia que el Notariado tuvo en la praxis del Reino de Valencia (4). En concreto, a lo largo de los distintos estudios que hemos realizado en el ámbito de la tradición romanística, hemos podido comprobar cómo los tratados y formularios del arte de la notaría se convirtieron en los antecedentes inmediatos de la *forma mentis* del jurista tardo-medieval, al aportar, frente al pluralismo consuetudinario alto-medieval, no sólo soluciones teóricas innovadoras que vienen a suplir las numerosas lagunas de los distintos Ordenamientos particulares, sino el establecimiento de una terminología precisa, lo que permitió otorgar a las instituciones jurídicas una elaboración doctrinal más compleja, acorde con la tendencia uniformadora de la *sapientia iuris* bajo-medieval.

El análisis del valor y del registro de los documentos públicos lo hemos realizado tomando como referente básico la interpretación histórico-textual que los juristas valencianos y los expertos en la llamada *Ars Notaria* hacen de la realidad jurídica del antiguo Reino de Valencia, quienes, al acentuar la complejidad del fenómeno jurídico, permiten formular una explicación coherente de la variedad de aspectos que presenta la praxis del Notariado.

En la búsqueda de una síntesis conciliadora entre los criterios meramente interpretativos y la práctica jurídica, hemos acudido a las aportaciones de la jurisprudencia de la Real Audiencia de Valencia, así como a las fuentes manuscritas de los diversos archivos del antiguo Reino de Valencia, con el fin de alcanzar un análisis de la realidad compleja que supone el marco del *ius commune*.

---

—cito por separata—, donde analiza con rigor la fuerza probatoria de los documentos y la *fides publica*.

(4) Un claro ejemplo lo hallamos cuando llevamos a cabo la transcripción del manuscrito *Practica Caussarum Civilium*, en el que pudimos comprobar cómo en el mismo se hallaba un extenso formulario notarial donde se recogen los tres ámbitos de aplicación notarial: contratos, herencias y procedimiento.

# I. REGISTRATIO INSTRUMENTORUM QUID SIT, ET AD QUEM EFFECTUM FIAT

La literatura valenciana, ante la pregunta *registratio instrumentorum quid sit*, o qué efectos tiene, es explícita al señalar que el propósito del registro de los documentos no es otro que el de dar legalidad y fidelidad a los mismos, así como el de su custodia fidedigna en los libros de registros del archivo Curial, para lo cual se recurre a la autorización –para su copia– y al examen previo por el juez ordinario, realizado en la Curia del Justicia Civil. En este sentido, el jurista BAS Y GALCERÁN sostendrá que, para que los documentos sean custodiados eternamente y puedan ser, en cualquier momento, elevados a registro o a protocolo notarial como copias auténticas, a las que se les aplica plena fe en el ámbito judicial y fuera de él, “deben ser examinadas y verificadas, sin lo cual el registro sería inútil y siempre la duda permanecería sobre la fe de los documentos registrados” (5).

En análogo sentido, MATHEU Y SANZ nos informa que, desde tiempos muy antiguos, era práctica observada en la Ciudad de Valencia el registro, en el Archivo de la Curia Civil, de los documentos más antiguos y de los confeccionados fuera del Reino –así como el de otros documentos similares–, estando al frente de esta labor el propio archivero encargado del registro, “llamado, por nosotros, *archiver*”, quien examinaba con cuidado las cartas, las suscripciones, las asignaciones, las cartas testimoniales, el sello, etc. (6).

(5) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae forensis Valentinae, romanorum iuri mirifici accomodatae*. Valencia, 1690. Pars 1, Cap. 2, número 1: *Registrare instrumentum nihil aliud in proposito est, quam previo examine ipso, de illorum legalitate, et fidelitate in Curia Justitiae Civilis, iudicis auctoritate describere illa, in libris registris fidelissime custoditis in archivo dictae Curiae, ... ut immortaliter custodiantur instrumenta, et possint quolibet in tempore levare a registris, sicuti a prothocolis, exemplaria authentica, quibus in iudicio, et extrajudicium plena adhibeatur fides, ... sed ut deveniatur ad registrationem debent inspicere, et verificari multa, sine quibus inutilis erit registratio, et semper instrumenti registrati fides remanebit dubia*.

(6) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine urbis et regimini Valentiae*. Lyon, 1704.

Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 28. *Ex quibus dici posset originem duxisse praxim in Civitate Valentiae ab antiquissimo tempore observatam, registran-*

Más en particular, el jurista valenciano nos informa cómo únicamente se procedía al registro de los documentos enviados cuando, previamente, se hubiera realizado un escrupuloso examen de los mismos, mediante un conocimiento sumario de la causa, de los testigos o de los notarios (7).

La razón, a nuestro juicio, cabe hallarla en el valor del *instrumentum publicum*, esto es, en el doble aspecto que alcanza la fe pública registral: ya como manifestación de la veracidad de los hechos acaecidos –*juxta verum dictum*– o como expresión de legalidad –*juxta legem actum*.

*Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 9 Julii, anni 1519, inter Hieronymum Caldero, et Onofrium Ianco.*

*... recognoscantur libri notariis, protocolla, et alia acta, de quibus fuit fides, et ad ide necessaria, per Doctorem, sive Doctores Regii Consilii per suam Excellentiam nominandos in domo, sive archivis praesentis civitatis, ...*(8).

## II. *SCRIPTURA PRIVATA*

Esta esfera de legalidad del documento notarial se contrapone con la del documento privado, el cual, como la propia doctrina foral reconoce, por sí mismo carece de valor probatorio –*Scriptura privata per se nihil probare solet* (9):

*di nempe instrumenta antiquiora, vel extra Regnum confecta in Archivo Curiae Civilis, in qua reperiuntur libri, in quibus similia instrumenta registrari assuescunt, per ipsius Archivi Praepositum, sive Archiota... per nos nuncupatum Archiver qui, quidem accurate examinat litteras, subscriptiones, subsignationes, litteras testimoniales Judicum exterarum partium, sigilla et caetera.*

(7) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 1...* *qui relatione facta Judici de cunctis ad fidem, et legalitatem spectantibus, ubi dubium emergit, adhibita causae cognitione summaria, testes examinat, ex quorum depositionibus comprobetur subsignantem vel legalizantes publicos Tabelliones esse earum partium, vel tales ibidem reputari, quibus legitime praemissis registrari instrumenta jubentur.*

MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 29.

(8) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 437. Caja 89.

(9) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 69.

*Senatus Sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 2, Martii 1613, inter Nicolasam Cols, uxorem Martini de Araiz, et Petrum Gozo, tutorem, et curatorem Ioannis Cols, filii.*

*Quod liceo per lecturam instrumenti donationis factae domnae Nicolassae Cols, per Ioannem Cols ejus patrem, constabat fuisse factam tam de bonis maternis, quam paternis, et pater non expresserit quam summam dabat de bonis maternis, et quam de paternis, quia tamen per depositiones testium constabat, quod pater, tam in ipso matrimonii ortu, quam ante, et tempore publicationis instrumenti fecit dictam donationem in solutionem dotis, et melioramentorum matris dictae Nicolassae Cols, et sic in concurrenti quantitate, de qua erat debitor. Ideo intelligi debere factam de bonis maternis, et per consequens standum esse dictis, et depositionibus testium, et non instrumento cum rei veritas, potius quam scripturae perspicui debeat (10).*

En concreto, dentro de los tres géneros de documentos a los que hacen referencia los juristas valencianos (11) –*instrumenta publica, acta judicialiter gesta, et scripturae privatae* (12)–, únicamente las escrituras privadas, siguiendo los criterios de la tradición romanística, carecen de una prueba plena (13):

ROLANDINUS: ... *comparatio litterarum... semiplena colligitur fides... et ratio quia soli comparationi non sit adhibenda plena fides quia litterarum dissimilitudinem sepe quidem tempus facit, item calami et atramenti mutatio aufert per omnia similitudinis* (14).

BALDUS DE UBALDIS: *Privata scriptura non probat, ..., quae probaliter potest negari* (15).

---

(10) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 464. Caja 49.

(11) En el ámbito de procedimiento medieval, *vid.* PILLIUS, *Summa*, 3,8; TANCREDUS, *Ordo*, 3,13,2: *instrumentorum duae sunt species: aliud est publicum, aliud est privatum. Publicum est, quod publicam habet auctoritatem. ... Privatum est omne aliud instrumentum, ...*

(12) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 10.

(13) Azo, *Summa Codicis, Rubrica De testibus*: *Dictum est supra de probationibus in genere, sequitur videre per species, et quia validior est viva vox quam mortua... vel quia quod in scriptis redigitur primo coram testibus proponitur, ideo primo de testibus videamus.*

(14) ROLANDINUS: *Summa totius artis notarie*, fo. 398r.

(15) UBALDIS, B. DE: *In IIII et V Codices Librum Commentaria, Rubrica De fide instrumentorum*, Lex 1, núm. 69, y Lex 20, núm. 33.

Esta *regula iuris* fue recepcionada tanto por las fuentes jurídicas del medievo como por la doctrina del *mos italicus* tardío, para la cual la prueba de la escritura privada será suficiente únicamente cuando dos o más testigos depusieran acerca de su contenido (16):

PARTIDAS 3,18,119 (17).

*... ende si pudiere provar por dos testigos buenos sin sopecha que el otro fizo aquella carta, o la mando escribir* (18).

MATHEU Y SANZ: ..., imo ex inveterato Curiarum stylo, quod Chirographum recognitum per duos, pluresve testes, qui dicant scriptum sibi videri manu ejus, cujus nomem in subscriptione adest, quia notam habent manum ipsius, plena probatio in Civilibus insurgat, ad eum condemnandum... Tamen per consuetudinem, et stylum induci potest, quod similis probatio concludat, ut de variis regionibus et Curiis in quibus similis consuetudo viget probant (19).

De la ausencia del valor probatorio pleno del documento privado en el ámbito procedimental nos informa MATHEU Y SANZ, al afirmar: *scriptura privata producta in iudicio requirit probationem*, ya sea por la confesión de parte, o mediante la prueba testifical (20). En concreto, en el Reino de Castilla ésta fue una práctica habitual –*Scripturae privatae recognitio usu frequentissima in Regnis Castellae*–, en la que el autor, mediante juramento, confirmaba la autenticidad de su contenido, momento en el que *scriptura privata recognita, paratam habet executionem in Regnis Castellae*. Si, por

(16) Criterio que se excepcionaba *si constat de scribente, contra ipsum plene probat*. Cfr. MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 69.

(17) Asimismo en PARTIDAS 3,18,114.

(18) LÓPEZ, G.: *Gl. Partidas* 3,18,19, vv. *No deve ser creydo scripturam privatam: inducere semiplenam probationem, ...; v.v. Por dos testigos: Et sic habes hic, quod quando incipit a comparatione, non sufficit sine depositione duorum testium*.

(19) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núms. 77 y 79.

(20) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 71: *Ex his dum producitur privata scriptura in iudicio, requirit aliam probationem per quam perspicuum fiat a quo scripta sit, sive consequatur per propriam confessionem, sive per testes*.

el contrario, el demandado no accedía al mismo, *actor ordinaria agere debet* (21).

Por el contrario, *scripturae privatae recognitio in praxi Regni Valentiae non est in uso*, pero, si se procedía a su reconocimiento por la confesión judicial, *non dubitarem mandatum executivum concedere* (22).

El propio MATHEU Y SANZ reconocerá que si bien en el ámbito del Derecho común *confessio judicialis absolute non habet executionem*

(21) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núms. 71-73: *In Regnis Castellae frequentissimum est medium recognitionis jura textum..., cuius praxis est, quod exhibita scriptura privata, postulat mandatum recognoscendi, per quod jubetur cuicumque ex Apparationibus, quod per remedia Praetoria compellat eum cujus nomine subscripta reperitur, quod praedictam scripturam, sive sit schedula, sive Chirographum, sive epistola, recognoscat, et medio juramento dicta an per ipsum scripta sit, et vera contineat, Adhibitio Tabellione, is quaeritur; et si fateatur, vel neget dimittitur; si enim jurare, et respondere recusat, in carcerem mittitur per modum compulsionis, juxta personarum qualitates; quo usque neget, vel affirmet: Si confessus remanet, insurgit in eum via executiva virtute confessionis Judicialis: si negativus persistit, actor via ordinaria agere debet.* Cf. COVARRUBIAS DE LEYVA, D.: *Variarum*, Lib. 2, Cap. 11, núm. 4: *Eadem vero Madritia constitutione jus hoc executionis summariae concessum est privatis scripturis ac chirographis, modo eadem privata scriptura agnita sit coram iudicem ab ipso reo, siquidem producta apud iudicem scriptura privata; statim ipsi reo praecipitur, ut intra breve tempus ad iudicem accedat, ..., qua probatur, privatam scripturam agnitam a parte, eandem vim habere ac si esset a tabellione confecta, ..., et nihilominus, nisi foret praedicta lege Madritia id decisum, nequaquam scripturam privata a reo etiam agnita summarie ut instrumentum publicum, mandaretur executioni duabus rationibus...;* HEVIA BOLAÑOS, J. DE: *Curia Philipica*. Ed. Lex Nova, 1989. Pars 1, Tít. 17, núm. 36: *El instrumento privado, como son los Conocimientos, Cédulas y Escrituras simples, para hacer fe, han de ser reconocidas por la misma Parte, ó comprobadas por dos testigos de vista, que las vieron hacer, que lo declaren así, siendo presentado en contradictorio juicio, ...*

(22) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 75: *In nostro Regno Valentiae in usu non est similis modus procedendi, licet si postularetur recognitio, et confessio resultaret de re certa, non dubitarem mandatum executivum concedere.* MORLÁ, P. A.: *Emporium*, Tít. 8, *Praeludium*, núm. 15: *Ex quibus constat, scripturam coram publico Tabellione confectam plenam fidem facere, et publicam dici. Unde semper soleo desumere elegans argumentum ad probandum publicam scripturam habere paratam executionem, quamvis non habeat clausulam, quam guarentigiam DD. appellant.*

*paratam: sed jure Valentino (23) confessio Judiciales de re certa habetur pro re iudicata (24).*

LEÓN: *Confessio idem operatur, quod probatio, quae sit per publicum instrumentum (25).*

No obstante la línea argumental expuesta, de la fuerza probatoria del documento común y privado (26) nos dan fe numerosas disposiciones a lo largo de los fueros. Así, en la rúbrica *De precibus principi offerendis* (27), siguiendo la norma romana (28), se llega a admitir las escrituras obtenidas *contra ius*, siempre y cuando no perjudicasen a terceros y fuesen de utilidad y provecho de aquél que las hubiere obtenido –*quod (non) ledat alium et prosit petenti vel crimen supplicantibus indulgeat*.

Más explícita se nos presenta la rúbrica *De edendo*, donde se afirma que toda carta de pago, libro contable o de negocio mercantil (29) se convierte en un medio de prueba adicional, tendente a verificar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, ya sea para el demandante, ya para el demandado (30):

(23) FURS 7,7,1: *Confessos in iure pro iudicatis haberi placet*; FURS 7,7,5: *Si quis in instrumento se aliquid debere confessus fuerit, non potest postmodum confessionem revocare, nisi iusta ratione ostendere poterit quare hoc facere possit. Indignum et enim esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide potestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere et sic contra factum proprium venire. Cfr. C. 4,30,13; C. 7,58,3; C. T., 7,5.*

(24) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 76.

(25) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Decisio 212, núm. 4.

(26) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 80: *Et non solum per consuetudinem, et stylum scripturam privatam eo modo recognitam fidem facere, induci valet, verum etiam quod absolute per se probet...*

(27) FURS 1,12,2.

(28) C. 1,19,7; C. 1,21,3.

(29) FURS 2,1,2: *liber rationis de facto mercaderie vel de facto maris vel de facto societatis*; FURS 1,6,3: *liber tabulae campsorum et operatorii draperie*; FURS 2,1,4: *libre de taula de cambiador e de obrador de draperia*.

(30) FURS 2,1,2.



Con todo, estos documentos no adquirían *ipso iure* valor probatorio pleno –*quae per se nihil probat* (31)–, antes bien se les exigían ciertos requisitos. Así, las denominadas escrituras comunes alcanzaban pleno valor únicamente cuando las cantidades anotadas en los libros de negocio ascendían a cincuenta *sous* y venían precedidas por el *sacramentum* del dueño del taller y de la banca, *et non ultra* (32).

Finalmente, para otorgar veracidad a las escrituras privadas, los *Furs* exigían a los interesados que presentaran los documentos originales –*instrumentum*–, ya que las copias o traslados de una carta de deuda no debían ser creídas o tenidas en cuenta por el juez –*Traslatum alic(ui)us instrumenti de debito, ex causa mutui contracto, in causa vel iudicio non credatur* (33)–. Éste podría admitirla –*valeat translatum*–, únicamente, cuando estuviera confirmada por la *Cort*, esto es, cuando la copia fuese extendida por funcionario público, previa autorización del *iudicis ordinarii* (34).

### III. *SCRIPTURA PUBLICA*

Al contrario que la escritura privada, el documento público alcanzó idéntica fuerza jurídica que la que poseía una sentencia judicial –*instrumenta publica in iure Regio sententiae aequiparantur* (35)–, admitiéndose un valor probatorio pleno y perpetuo. No en vano, aun cuando, como afirmara ALEJANDRE GARCÍA (36), su contenido podía ser objeto de impugnación por falsedad (37), la propia literatura

(31) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 69.

(32) FURS 2,1,3: ... *quod omnis liber tabule compsozum et operatori draperie credatur cum sacramento. Domini tabule vel operatorii usque ad sumam quinquaginta solidorum et non ultra. Fur* que fue derogado en 1329 por Alfonso I, FURS 2,1,4: *per ço aquell revocam, e establím que alcun libre d'aquells ne a ells mateix no sia creegut a lur profit sens carta o testimonis*.

(33) FURS 2,1,8: ..., *curia compellet creditorem ad restituendum instrumentum debiti*. Cfr. C. T. 2,1,3.

(34) FURS 2,1,6.

(35) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 70.

(36) ALEJANDRE GARCÍA, J. A.: "Estudio histórico del delito de falsedad documental". En AHDE, 42 (1972), pp. 157 ss.

(37) El valor probatorio alcanzado por las escrituras públicas frente a

jurídica valenciana llegó a sostener: *Instrumentis antiquis magis creditur, quam testibus, nimirum. Quia in illis lux veritatis assistit in istis vero iuste timeri potest subornatio* (38).

Esta línea argumental la hallamos recogida en diversos preceptos de los *Furs*. En concreto, en la *Rubrica De sentenciis acti et citationibus* se afirma que las cosas que están anotadas y escritas en el libro de la *Cort* y en los libros de los notarios públicos son consideradas y tenidas por verdaderas, igual que si estuvieran escritas en documentos públicos. En la misma rúbrica se confirma que, si alguna vez se tuvieran dudas en torno a las confesiones, contestaciones, citaciones, apelaciones u otras circunstancias procesales, no se debía creer u obrar únicamente con base al dictamen de la *cort* o del juez –*non creditur soli recognitioni curie vel iudicis*–, sino *secundum quod per acta publica, quae in causa illa facta sunt, potuerit declarari*, alcanzando, así, el documento público naturaleza de *probatio probatissima* (39).

FURS. *Rubrica De sentenciis acti et citationibus*.

*Quae notantur in libro curie et libris publicorum notariorum vera habeantur, ac si in cartis publicis essent redacta* (40).

*Aureum Opus*, Jaime I, Privilegio 6.

*Et ipsis testamentis, cartis, et actis a vobis ibi receptis, publicam prestamus auctoritatem; ita quod pro veris, publicis et autenticis semper habeantur in eadem civitate et toto regno ipsius, et etiam ubique, et quod*

las *comunes* se dio tanto en ordenamientos de fuerte impronta *ius romanista*, así en *Partidas*, 3,18,1, como en aquellos ordenamientos en los que pervivió con mayor arraigo un Derecho de raíz consuetudinaria, como es el Derecho navarro-aragonés. En torno a este último, MARTÍNEZ GIJÓN, J.: “La prueba judicial”, ob. cit., p. 38.

(38) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 24, núm. 33. En este sentido, en un fuero promulgado por el rey Martín en 1403 se constata la fuerza probatoria del documento público, aún por encima, para el supuesto que se menciona, de la prueba testifical: ... *contra tal executió... Si donchs no era excepció de paga o de absolució o difinició, la qual se haja a provar ab carta pública...; e no puxa ésser provada ab testimonis...*

(39) FURS 7,2,17: *Si quando emergerit aliqua dubietas super processu cause, videlicet, super confessionibus, responsionibus, appellationibus et aliis similibus, non creditur soli recognitioni curie vel iudicis, nisi secundum quod per acta publica, que in causa illa facta sunt, potuerit declaravit*. Cfr. c. 11, X,2,19.

(40) FURS 7,2,8.

*ex eis plenissima probatio fiat in iudiciis et extra et eis credatur, tanquam pro veris publicis instrumentis, non obstante aliqua consuetudine iure vel statuto* (41).

Años más tarde, en 1403, el rey Martín I ratificó el carácter de prueba plena que alcanzaba todo documento público, al afirmar que, cuando alguien se obligaba a través de carta pública al pago de una cantidad, en torno a los *dos mília sous*, y ésta viene ratificada por el juez ordinario de la villa, adquiría el valor de una sentencia firme, lo que permitía su "real ejecución", pudiéndose, únicamente, oponer excepción de pago o de absolución, *la qual se haja de provar ab carta pública dins X dies del manament executori, e no puxa ésser provada ab testimonis*. Si a esta excepción no se opone el deudor principal que ha confesado el contenido de la carta, *stiga contínuament pres en la presó comuna de la ciutat, vila o loch on la dita execució se farà*, no pudiendo ser excarcelado hasta que dicha cantidad sea pagada, por lo que se deberá rechazar toda *remissió, alongament, guiatge, sobreseymment y cessió de béns* (42).

En una rúbrica posterior (43) se exige al juez que cite al deudor *qui tal carta haurà confessada* con anterioridad a dar su *aprovació, consentiment e decret apposador en les dites cartes*, debiéndole preguntar, delante de tres testigos *honestes* que juren conocerlo, si es el firmante de la misma, si es sabedor de la pena que conlleva su incumplimiento y si quiere confirmar la carta de deuda. Si el deudor acepta, el escribano de la *Cort* tomará acta de lo acontecido, pudiendo, acto seguido, el juez *interposar lo dit decret en la dita carta*.

Asimismo, en la rúbrica, *De testamentis* (44), siguiendo los principios del *Codex* (45), se establece que el testamento escrito y hecho en forma -ante notario- adquiere una validez perpetua, no de-

(41) GARCÍA SANZ, A.: "El documento notarial en derecho valenciano hasta mediados del siglo XIV. Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV". En *Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática*. Valencia, 1988, pp. 177-199.

(42) FURS 7,4,10. El *fur* sanciona su incumplimiento con la pena de prisión para el deudor principal *qui haurà confessada la dita carta e non en son succeïdors ni en fembra alguna*.

(43) FURS 7,4,11.

(44) FURS 6,4,18.

(45) C. 6,23,21.

seándose la nulidad de lo escrito –..., *quod scriptura sive facta perpetuam habeat firmitatem, nec ideo eam volumus infirmari* (46).

#### IV. ACTA JUDICIS

Siguiendo una amplia tradición textual (47) y doctrinal (48), la doctrina foral contempla, entre los distintos tipos de documentos, las actas de los juicios (49), esto es, todos los escritos judiciales en los que se constataban las manifestaciones y las actuaciones de los litigantes, así como las declaraciones que se pudieran dar en presencia del juez (50) y de las que tomaba nota el *actuarius curiae* (51):

(46) Se entiende hecho en forma el testamento realizado por el propio *testator* o por notario público cuando éste ha sido cerrado o envuelto, sellado o atado, y firmado o suscrito por tres o cuatro testigos.

(47) D. 2,4,17; D. 42,1,45,pr.; C. 2,4,28: *Sive apud acta rectoris provinciae sive sine actis, scriptura intercedente vel non, transactio interposita est, hanc servari convenit*; C. 47,52,6: *Gesta, quae sunt translata in publica monumenta habere volumus perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris perire debet publica fide*;

(48) UBALDIS, B. DE: *In I. II. et III Codicis Libros Commentaria, De Sacrosanctis Ecclesiis Rubrica, Lex Illud*, núm. 5: *Omnis scriptura, quae fit coram iudice, dicitur de actis*; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. 5, *Resolutio* 1, núm. 7: *Quibus animadversis constituendum est certissimam stare de iure conclusionem, quod Notarius, siue Tabellio rogatus de aliquo contractu tenetur ratione sui officii edere instrumentum de dicti contractu confectum*.

(49) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 10.

(50) Ya sea dentro de la jurisdicción contenciosa o voluntaria. *Vid.* MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 50: *Et sic non solum ea quae fiunt coram Iudice exercente contentiosam jurisdictionem, verum etiam voluntariam, et adhuc ea quae geruntur coram arbitris, ..., non solum loquimur de actis in contensioso iudicio sed etiam in voluntario. Cfr. C. 2,55,4,1. ... vel apud ipsum arbitrum in actis propria voce deposuerint...; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. III, *Resolutio* 2, núm. 32: *Ut non solum acta substantalia, et merita causae respicientia debeant produci coram iudice ad quem, sed etiam illa quae viderentur irrelevantia, dummodo constet apud iudicem a quo in prima instancia fuisse producta... quibus in locis cauetur omnia acta prioris instantiae coram iudice appellationis esse adenda*.*

(51) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 49: *Secunda species est actorum iudicii, ... Sub quorum nomine com-*

FURS. *Aliquis non ignoret difinitivam sententiam.*

*In omni causa, que supra C solidos fuerit, acta per scriptorem curie conscribantur et, ventilata causa, partibus presentibus per se vel per procuradores suos aut altera parte absente per contumaciam, curia per se vel per delegatum ab eo iudicem sententiam in scriptis proferat et postea, si partes voluerint habere sententiam, eam habeant sigillatam. Addentes huic foro quod omnia acta et sentencie, que fuerint facta per publicum notarium mandato cuiuslibet iudicis delegati, perinde valeant ac si notarius curie ea scripsisset (52).*

La fe pública de las actas judiciales dependía, como nos informa MATHEU Y SANZ, de que cumplieran con unos mínimos requisitos extradocumentales, a saber:

[Primo] Que el acta venga firmada únicamente por el notario de la Curia (53), salvo que éste se halle legítimamente impedido –*Limita el casu quo, Actuarius legitime impeditus reperiat* (54):

Baldus DE UBALDIS: ... *quod unus non debet se intromittere de iurisdictione vel officio alterius: et istud es verum de Iudice, et Notario... hic Guillelmus quod licet officium iudicis possit prorogari: secus est in officio Tabellionis: unde actuarii possunt conficere acta, sed alii Notarii non etiam de partium voluntate. Item Notarius, qui non habet officium*

---

*prehenduntur omnia quae in iudicio scripta fuerint, de dictis, et factis a litigatoribus, et eorum nomine, vel instantia intervenientibus coram Iudice, ab actuario testificata.*

(52) FURS 7,2,4. Principio procesal de la escritura cuyo antecedente inmediato lo hallamos en c. 11, X,2,19.

(53) BELLUGA, P.: *Speculum, Rubrica 6*, núm. 24, CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars 1, Observatio 15*, núm. 164: *Et pariter unius tribunalis scribe sive notarius non potest acta alterius recipere*; MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 52: ..., *quod non sufficit a quocumque Tabellione subsignata reperiri; se requiritur quod subsignata, et testificata veniant per Magistrum actorum, sive Actuarium proprietarium illius Curiae, a qua dimanant.*

(54) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 53: *Et licet haec conclusio limitetur ut intelligatur fieri non posse nisi in subsidium, hoc intelligendum erit ex mente omnium Doctorum, si Actuarius proprietarius Curiae, vel causae, legitime impeditus reperitur, tunc enim qui ejus locum exercet, subsignare utiliter poterit acta, non vero quilibet Tabellio ad hoc pro libito vocatus: nam in his judicialibus actis, Magistro actorum, sive Actuario proprietario Curiae, vel causae, concessa est specialis auctoritas ad res spectantes ad causam, vel Curiam respective, quae nulli alio concessa est.*

*Notariatos, nisi in certo loco etiam de partium voluntate, non potest alibi conficere rogitus...* (55).

[Secundo] Que ostente *auctoritas specialis* para el ejercicio del cargo: *non potest admitti, neque tolerari, et cum humus generis sit auctoritatem, et fidem tribuere copiae universi processus, nisi subsignetur per proprietarium, aut eo legitimi impedito per ejus, ... quo cavetur quod Actuarius causae, et non alius ducere processus conclusi acta ad domum Judicis...* Actuarius causae per se, et non per alium teneatur recipere, et propria manu scribere dicta testium, ita ut si absens, vel valetudinarius reperiatur, teneatur substituere alium ex actuariis Regiae Audientiae, praecedente approbatione Regentis Cancellariam, et Auditoris ipsius causae (56).

Esta idoneidad en el cargo se exige incluso para el sustituto, *quod si Actuarius causae impeditus reperiatur, teneatur substituere unum de Notariis Valentiae, idoneus ad ministerium, praevi approbatione Regentis* (57):

CORTES DE 1626, Cap. 49.

*Item supliquen los dits tres Braços a V. M. sia servit manar que los scri-vans de la Real Audiencia hajen de servir personalment sos trast, y asis-tir per semanas en les hores de assignacions en les cases dels Oydors quels tocan, exceptats tan solamente los casos de ausencia, o lilegitim impediment, en los quals hajen de enviar en son lloch altre notari de Valencia, pera que puga rebre les provisions, y acudir a les obligacions de son ofici* (58).

(55) UBALDIS, B. DE: *In I. II. et III Codicis Libros Commentaria, De Episcopis, et Clericis Rubrica, Lex 39, Repetita*, núm. 2.; GRATIANUS, S.: *Disceptationum forensium, Discept.* 429, núm. 15: *Sicut dicimus quod licet notarius unius tribunalis non possit conficere acta alterius etiam ex proro-gatione partium*; núm. 16: *Fallit tamen quando unus esset impeditus, vel non posset interuenire, quia tunc alter subrogaretur...*

(56) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núms. 54-56.

(57) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 57: *Quae quidem prudentissime cauta sunt, quia in his auctoritas spe-cialis est concessa per Regem, et sic delegabilis est, et quaesita industria personae; ob quod non per quemlibet exercenda sunt, sed per habentem auctoritatem delegatam, mediante subdelegatione; et industriam mediante approbatione Superioris.*

(58) CORTES DE 1604, Cap. 15: *Item que de aci avant no puguen tenir*

[3] Deben ser notarios con plenos conocimientos de la ciencia y de las costumbres del Notariado, *ut si careant scientia, et moribus amoveri possint* (59):

FURS Extravagantes.

*Ut scribaniae Curiarum Gubernationis, et aliorum ordinariorum dicti Regni, in quorum Regimine magnum Reipublicae interesse versatur melius regi possint. Statuimus, et ordinamus atque sancimus, ut dictae Scribaniae, ac ipsarum qualibet per Notarium, vel Notarios idoneos, et sufficientes in scientia, et moribus ad cognitionem Ordinarii, vel Praesidentis in unaquaque dictarum Curiarum, et Juratorum illius Civitatis Villae, vel loci ubi dicta sit Curia, regantur...* (60).

No obstante esta línea argumental, MATHEU Y SANZ negará únicamente la validez de la copia de un documento elaborado y firmado por un notario sin autoridad ni legitimidad:

*Subsignatio ab alio Tabellione facta non reddit acta nula, sed copiam absque fide relinquit* (61).

En análogo sentido, concluirá el jurista valenciano, la admisión de un documento por un notario, no competente en la causa, no invalida todo el proceso, salvo que éste se hubiera encargado de todas las diligencias documentales del procedimiento:

---

*trast en la Cort formada de la Real Audiencia sino Notaris de Valencia, y los quals los hajan de servir y serveixquen personalment, y en cas de ausencia, o altre just impediment, hajan de subdelegar en son lloch hu dels altres Escrivans de dita Cort, ab acte rebedor per lo cap de taula de aquella, sot pena de perdicio de trast,* CORTES DE 1624, Cap. 65.

(59) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 58.

(60) FORI REGNI VALENTIAE. Ed. Pastor, J. F. Valencia, 1547-1548. Reed. anast. Valencia, 1990.

(61) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 60: *Quae omnia intelligenda sunt, ita ut non dicatur nullius momenti acta remanere, sed quod copia aliter exhibita minime probant, quia fides pendet a subsignatione, et ea facta a non habente potestatem scriptura privata remanebit. Bene enim compati possunt, quod acta rite, et recte gesta sint, et copia eorum careat fide; quemadmodum respectu contractuum dicere soleamus, quod instrumentum nullum est, si a Tabellione non habente potestatem factum reperiatur, quamvis contractus vere celebratus sit, et ratus maneat.*



*Ex uno, vel altero actu per alium Tabellionem gesto, non reeditur processus nullus, bene vero si totus processus fiat ab eo qui actuario non est (62).*

## V. QUANDO INSTRUMENTUM NON EST REGISTRANDUM

### 1. SOLEMNIA INSTRUMENTI PUBLICI

La denominada *vox mortua* (63) decaía cuando en el *instrumentum* se detectaba una manipulación tendente a alterar su veracidad o a modificar su contenido y sus efectos. En este sentido, los *Furs*, sin llegar a dar una definición de falsedad documental, afirman que a ésta se llega, tanto en el instrumento público como el privado, callando la verdad –*tacita veritate, contra forum Valentie vel contra ius* (64)–, por la mentira o engaño –*per mendatium tacendo veritatem erit impetratum vel acceptatum rescriptum vel carta* (65)–, por la ocultación –*celavit amovit* (66)– o por la mera alteración o inclusión de personas y hechos –*quin supposara o metra aquella persona per altre* (67).

Constatada la falsedad (68), los escritos o documentos perdían

(62) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 61: *Quod enim aliquis dies praesentationis libelli, vel una aut altera interloquutio, a quocumque Tabellione recipiatur, tolerari potest ex parvitate materiae, ut dixi, sed quod universus processus gestus in Curia cujuslibet Iudicis, non roboretur per subsignationem actuarii proprii illius Curiae, prae se fert suspicionem suppositionis, vel falsitatis: et ratio est, quia acta Iudicii ejus naturae sunt, quod aliter probari nequeant, nisi per scripturam solemniter gestam ab actuario, et ab eo scriptam, vel saltim subsignatam, ...*

(63) PILLIUS, *Summa*, 3,7; TANCREDUS, *Ordo*, 3,13 “*vocem mortuam*”; *Partidas*, 3,18, proemio “*boz muerta*”.

(64) FURS 1,14,2.

(65) FURS 1,14,1.

(66) FURS 9,3,1: *Eum qui celavit amovit testamentum vel instrumenta comitere crimen falsi publice notum est*. Cfr. C. 9,22,14.

(67) FURS 9,3,5.

(68) En FURS 7,6,1 se faculta a la parte perjudicada a que ofrezca pruebas que desvirtúen las escrituras o testimonios presentados en su contra: *Falsam quidem testationem testium vel instrumentorum, qua diversa pars in iudicio adversus te usa est, ut proponis, solito more arguere non prohiberis*. Cfr. C. 7,58,3.



todo su valor *–Rescripta data non valent que ius alterius tollunt* (69)–, por lo que el juez no debía tomarlos en consideración *–Rescripta contra ius elicita ab omnibus iudicibus precipimus refutari* (70)–, y en caso de que así lo hiciera, la sentencia carecería de toda validez *–talem sententiam non valere* (71)–, y su autor caería en el denominado *crimen falsi* (72), debido a que, como señala ALEJANDRE GARCÍA (73), la falsificación de un documento realizada por un depositario público imprime al delito una especial gravedad que se reflejaba en la pena aplicada al caso (74).

De este *crimen falsi* se hacen especial eco los *Furs*, al contemplar los supuestos de falsedad y ocultación, así como los requisitos que se han de dar para evitar toda negligencia u error, tanto de forma como de fondo (75).

A su regulación, el legislador dedica dos disposiciones. En la primera, donde se hace referencia a la forma, se exige al escribano público (76) que consigne, en presencia de dos o tres testigos y en todas las escrituras, el año, el día y el lugar donde se realizan, los

(69) FURS 1,13,13.

(70) FURS 1,14,2.

(71) FURS 7,6,2: *Si quis in causa contra adversarium suum falsos testes produxit vel falsis instrumentis usus fuerit vel sciens falsum aliquid allegaverit, ita quod per hec vel unum ex hiis pro se sententiam habuerit, volumus, cum hoc probatum fuerit, talem sententiam no valere.*

(72) FURS 9,3,1. Con relación a los escribanos, FURS 1,19,1: *..., tanquam falsarii puniantur.*

(73) ALEJANDRE GARCÍA, J. A.: *Estudio histórico*, ob. cit., p. 173.

(74) No obstante, UBALDIS, B. DE, *In I. II. et III. Codicis Libros Commentari, De Sacrosantis Ecclesiis Rubrica, Lex 14, Verum*, núm. 9, señala cómo el documento notarial no decaía cuando la sentencia donde se sancionaba al notario con la privación de su oficio permanecía oculta, al ostentar éste una cuasiposesión de su oficio: *... quod si Tabellio per sententiam legis est privatus officio Tabellionatus: hoc tamen non est declaratum per sententiam hominis, sed est occultum, interim tamen iste Tabellio exercet officium, qua est quasi in possessione officii, et quod valent instrumenta sua, quod alibi in iuri civili non habes.*

(75) CINUS DE PISTOIA, *Lectura Super Codice, De fide instrumentorum, Rubrica Iubemus*, núm. 4: *... quod si notarius omittat solennitatem iuris, tenetur de crimine falsi... Nam praesumitur dolose versatus...*

(76) La distinción entre escribano y notario, así como el conjunto de instituciones correspondientes a cada institución, no aparecen claramente delimitadas en los *Furs*.

nombres de los escribanos y sus signos, así como la anotación de las posibles raspaduras, enmiendas y sobrescritos (77).

(77) FURS 9,19,2. En el mismo se añade que las escrituras que ellos hicieren escribir tengan el mismo valor que si ellos las escribiesen, a condición de que figure: *signum talis publici notarii Valentie, qui predicta scribi fecit loco, die et anno prefixo*. MATHEU Y SANZ, L. *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 11 et seq; CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes*, Pars 2, *Observatio* 52, núm. 86: *Probatur autem ex ejus doctrina in dicto cons. 308 num.2 ubi ita scripsit: Nam, ut inquit Reldus in dict. leg. contractus, tres sunt perfectiones, quae requiruntur ad hoc, ut scriptura notarii fidem faciat. Prima, quod contineat locum, et tempus actus celebrati, et testes necessarios. Secunda, quod contineat perfectionem actus. Tertia, quod contineat subscriptionem notarii cum signo. Prosequitur autem probando duas primas adesse in eo casu: tertiam vero deficere, quia adhuc instrumentum non fuerat positum in mundum, et hoc potest, inquit, a iudice suppleri, jubendo poni inter protocolla notarii: loquitur autem de notario defuncto, ut in relatione facti exprimitur, illuc: Nec reperitur scripta in libro protocollarum ejus, sed inter scripturas ejus, et ipse est mortuus; núm. 87: Nunc autem probamus, nullam ex his perfectionibus in nostro casu intervenire. Non prima, quia illa nota, sive illud exemplum scriptum sine die, sine consule, sine loco, et sine testibus reperitur: et ita verbum illud Actum, nihil relevat, cum omnia haec postea apponi deberent, et notarius non addidit, quia testamentum non recepit. Et actum dixit sub spe recipiendi, et testes futuros, locumque, et tempus postea, prout in veritate factum esset, supplendi; núm. 88: Deinde neque secunda perfectio adest. Quia actus non fuit perfectus, qui non fuit a notario publicatus, sive receptus. Desiderat enim completiones absolutas, et dum aliquid ex his deest, nihil valet, ut diserte probatur in l. contractus 17...; núm. 89: Tertia perfectio hic neque adest, neque suppleri potest. Non adest, quia notorium est, eam scripturam non subscripsisse notarium, neque signasse. Non potest suppleri, quia ipse notarius profitetur, testamentum ab eo non esse receptum, et ex facto ipso constat. Ergo non potest illam notam ut instrumentum a se receptum exarare, neque signo suo subscribere. Nec iudex potest jubere, ut perinde ac si recepisse, signum apponat. Id enim esset contra rationem, utpote contra veritatem. In specie Pauli Castrensis notarius fuerat mortuus, et potuit iudex intelligere, vel illi ex probationibus, et conjecturis constare, esse (ut revera fuit) testamentum receptum, publicatum, et lectum a notario, licet non relectum, et mandare ideo inter protocolla notarii defuncti suo loco collocari, et ab eo per successorem in officio ut extractum ab ejus libris signati. In nostra specie, in qua constat notarium nec recepisse, nec publicasse, nec legisse testamentum, non potest ei iudex imperare, ut signet eodem modo, quo si illud recepisset, licet non receperit. Ergo nunquam hic notarius potest apponere signum. Atqui signum est de substantia instrumenti, juxta veriorum et receptissimam, et observatam sententiam Cevallos...*

Si estos requisitos no han sido observados, los *Furs* distinguen la mera negligencia –*si predicta non facerint*–, sancionada con la expulsión del oficio durante medio año, de la falsedad dolosa o a sabiendas –*si falsitatem scientes fecerint*–, en cuyo caso la pena impuesta conlleva la amputación del puño, la pérdida del oficio, la confiscación de todos sus bienes y el resarcimiento del daño causado (78).

Con las adiciones posteriores, estas penas se endurecen. Así, en 1418 se sanciona, con el exilio a perpetuidad –*sia exellat perpetuallyment*–, toda falsedad documental llevada a cabo por notario (79). Años más tarde, y con enunciado genérico –*si algu... aquell quin*–, se impone la pena capital –*muyra sens algun remey*– al que cometa delito de falsedad, sea o no notario (80).

El segundo de los preceptos, para evitar posibles errores en la sustancia (81), obliga al *notarius publicus* a estar presente en los actos en que da fe –*et ipsis videntibus et audientibus recipiant testimonium testium qui certificabunt contractum*–, con el fin de poder recibir –*ipsi personaliter*– tanto las declaraciones de los testigos presentes en el contrato como las escrituras, los juramentos y las oportunas garantías (82).

Para evitar que la fe pública del documento se pudiera ver alterada, y con ella su valor probatorio, la doctrina del *mos italicus* tardío del Reino de Valencia, siguiendo las pautas establecidas en los

(78) FURS 9,19,8 *in fine*. En 1403 Martín I insiste en la inhabilitación como notario, FURS 8,3,6: *Algun notari qui per raho de falsía que haja feta sera stat privat de offici de notari per nos, o per algun official nostre, universitat o altre hauent poder, no puxa esser restituit, tornat, o cridat de nou en lo dit offici.*

(79) FURS 9,3,7.

(80) FURS 9,3,5. ALEJANDRE GARCÍA, J. A.: “Estudio histórico”, ob. cit., pp. 179-180.

(81) UBALDIS, B. DE: *In III. et V Codicis Librum Commentaria, De fide instrumentorum Rubrica, Lex 1*, núms. 18,19,20 y 22: *Sed hic quaeritur, an Notarius debeant habere rei, quam scribit, cognitionem? Notarius debet scire id, quod in scripturam publicam deducit non ex dictis testium, et aliorum scripturis, vel aliis probationibus talibus, quas pertinet ad Iudicem scire, sed debet habere rei cognitionem per se, sicut et testis... ut habeant unde sciant negotium, et interrogati, sciant respondere de veritate negotii per sensum corporis, de qua in subscriptione attestantium. Ubi dum dicunt omnibus, et singulis interfui, et cetera.*

(82) FURS 9,19,8.

distintos tratados de arte de notaría (83) y por la propia escuela de los glosadores (84) y posglosadores (85), señala una serie de requi-

(83) SALATIELE, *Ars notarie: Posita invocatione Domini posit ponit sollempnitates instrumenti que vulgo publicationes appellantur, et ideo videndum est quid sit publicatio et quod poni debeant in quolibet instrumento et qualiter viriantur: publicatio est id quod per publicam personam ponitur in principio instrumenti vel in fine, tempus locum nomina testium et subscriptionem notarii manifestans; ponuntur autem, vii publicationes in instrumentis, scilicet anni Domini, indictio currens, dies et mensis, nomen imperatoris vel pape vel que in principio et in fine... quandoque in principio tantum nomine tabellionis excepto, quod semper in fine negotii poni debet, quandoque in fine tatum in maxime in privilegiis licteris sentiis atque laudis. RINIERIUS PERUSINUS, Liber Formularius: In cuiuslibet itaque rogationis principio quinque publicationes, scilicet annos Domini, diem quo fit contractus, indictionem, testes et locum ubi fit contractus, scribere per ordinem consuevi, instrumentis due publicationes, scilicet nomen imperatoris et tabellionis, adduntur, unde fiunt vii, que quidem aliter instrumentis ordinantur qum dicuntum sit in protocollis.*

Nam ex iis quatuor prepono perpetuis et substantialibus instrumentis, scilicet signum crucis cum annis Domini, nomen imperatoris, diem et indictionem, et scripto dicto instrumentorum tenore subscribo tres residuas, scilicet locum, testes et signum cum meo proprio nomine.

(84) ACCURSIUS, *Codicis Dn. Iustiniani Sacratissimi Principis Imperatoris Augusti, Libri IX. Priores cum lectionum varietatibus diligentius quam in margine appositis post Accursii commentarios, Duareni, Contiiq; ac aliorum clarissimorum iurisprudentium maxime Gothofredi, additiones. Tomus quartus. Venetiis, 1598. De tabulariis scribis logographis et censualibus Rubrica, Gl. servituti: Item ordo instrumentorum est ut primo nomen imperatoris et annus imperii, secundo nomen consulis et annus consulatus, tertio mensis et dies, quarto dies civitatis facte, si hoc fit de consuetudine, quinto series, sexto locus, septimo subscriptio testium et contrahentium, octavo subscriptio tabellionis inseratur, ..., sed in Italia anteponuntur anni Domini. BASSIANUS, I.: Summa Novellarum, De fide instrumentorum Rubrica: Et ad hoc ut instrumentum cum cautelata fiat, xiii sunt necessaria, immo videtur quod xv sunt necessaria, si bene computentur que infra dicuntur, quorum quedam naturaliter, alias comuniter, alias simul, alias utrumque, et significationem respiciunt et scripturam, hoc est ordinem, alias significationem tantum. Utrumque simul respicit annus Domini incarnationis. Et idem dicas de nomine principis, de anno imperii et de nomine consulis, et de die mensis vel de indictione; nam hec omnia debent poni in principio...*

(85) UBALDIS, B. DE: *In III. et V Codicis Librum Commentaria, De fide instrumentorum Rubrica, Lex 17, Contractus, núm. 13: Et nota quod scriptura Tabellionis debet habere tres perfectiones. Prima est perfectio scripturae quo ad locum, tempus, et testes. Secunda est perfectio contractus, sive*

sitos, de solemnidades formales y materiales que los *notarii* debían observar para dar publicidad y registro al documento.

Con carácter ejemplificador aportamos los requisitos formales que, a juicio de PAREJA, se debían poner en todos los documentos públicos, ya fueran éstos judiciales o extrajudiciales (86):

*Primum invocatio nominis Domini.*

*Secundum est annus ab eius Nativitate, seu Incarnatione secundum consuetudinem loci, in quo fecit instrumentum.*

*Tertio est indictio.*

*Quarto est dies, quo celebratur instrumentum.*

*Et quintum est nomen Papae, seu Imperatoris, vel Regis.*

*Sextum est locus, in quo fabricatur.*

*Septimum quod testes habeat.*

*Octavum est nomen Tabellionis.*

*Novum et ultimum est eiusdem signum.*

Por su parte, ROLANDINUS, en su *Tractatus notularum, Rubrica De publicationibus instrumentorum*, nos informa de seis requisitos –de los que se hará eco DURANDUS en su *Speculum* (87)–, aunque, en

---

*actus, quo conficitur scriptura. Tertia est perfectio cum subscriptione, et signo; CASTRO, P. DE: Consilia, Consilium 308, núm. 2: Et sic fecit, et scripsit usque ad haeredis institutionem, et substitutionis inclusive, approbando in dicta scripturam annum, et mensem, et locum, et in fine apposuit haec verba. Actum, et cetera, et praesentibus talibus pro testibus, scribendo nomina testium in sufficienti numero... Nam, ut inquit Baldus in dicta leg. contractus, tres sunt perfectiones, quae requiruntur ad hoc, ut scriptura notarii fidem faciat. Prima, quod contineat locum, et tempus actus celebrati, et testes necessarius. Secunda, quod contineat perfectionem actus. Tertia, quod contineat subscriptione notarii cum signo.*

(86) PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. 1, Resolutio 3, Cap. 2, núm. 57.

(87) DURANDUS, G.: *Speculum*, quien, si bien no dedica una rúbrica al estudio del Notariado –en este sentido son claras sus palabras en *De Tabellione Rubrica*, Lib. 1, Partic. IV: *Circa tabellionem, nil a praesens tractare intendimus*–, sí lo aborda con gran amplitud en la *Rubrica De instrumentorum editione*, Lib. 3, Partic. 2, *Instrumentum qualiter publicetur* 2. *Breviter*, núm. 16: *Illud autem non est omittendum, quod quidam a principio instrumenti omnes publicationes ponunt, praeter nomen tabellionis, ... Rolandinus autem tabellio Bononiensis egregius, dicit melius fore, quod tres in principio ponantur: scilicet illae, quae notant tempus instrumenti, puta anni Domini, indictio, et dies: et etiam quarta, scilicet nomen principis, in cuius*

realidad, incluye un séptimo requisito: el año del Señor, *indictio*, el día, el lugar, los testigos, la *subscriptio* y el nombre del Papa o del Emperador que está reinando. Requisitos que, en su *Tractatus De officio tabellionatus in villas vel castris* (88), vemos que los amplía en cuatro nuevos requisitos:

*Ideo enim publicationes dicuntur quia publicam et auctenticam: et fide dignam reddunt scripturam: et quia in instrumentis aponni debent: et scribi solum per manum publice persone hoc est Notarius qui est publica persona, eo quod ipsius officium est ad publicam utilitatem inventum. Sunt autem haec publicationes regulariter sex scilicet. Anni domini, indictio, dies, locus, testes, et nomen tabellionis: licet septima publicatio in quibusdam locis et terris addi consueverit scilicet nomen papae vel imperatoris eo tempore regnantis quo fuit conditum instrumentum. Sed hac septima ommissa: de praedictis sex ordinem est videndum* (89).

Veamos cuáles eran, a juicio de la doctrina, los vicios o las omisiones en las solemnidades que impedían el registro de los documentos notariales en el Reino de Valencia.

## 2. PRIMUS CASUS. VITIUM VISIBILE

En primer lugar, la literatura jurídica medieval nos informa de la necesidad de un examen de la forma y figura del documento. En concreto, del tenor literal de lo expuesto por BAS Y GALCERÁN se desprende que si, a través de una inspección ocular se llegaba a

---

*provincia conficitur, ubi hoc est fieri consuetum: aliae vero tres, scilicet locus, testes, et nomen tabellionis, et etiam quarta, scilicet signum notarii, in fine ponantur. Quidam tamen signum in principio instrumenti, et in fine apponunt.*

(88) ROLANDINUS BONANIENSIS: *Tractatus De officio tabellionatus in villas vel castris*, fo. 246-249.

(89) ROLANDINUS BONANIENSIS: *Tractatus Notariorum*, fo. 245. Asimismo, en *Artis notariatus, sive tabellionum. Tomus secundus*. Lugduni 1546. *Rubrica Quid sit instrumentum, et quae substantialia eiusdem*, fo. 5-9: *Principio itaque Nominis Domini Invocatio proponitur, ... Annus Domini qui tempore celebrati contractus currit, proxime subiungitur... Tertio, ponitur indictio... Quarto, ponitur Dies, et Mensis, ... Quinto, Publicatio est, ut ponatur nomen imperatoris vel Papae... Sexto, locus ponitur in quo fuerit contractus habitus... Septimo, Testes qui contactui interfuerunt, inseruntur... Ultimo loco punitur subscriptio Tabellionis de nomine et cognomine suo.*

la conclusión de que éste había sido cancelado, disminuido (90), redactado sin el signo, la rúbrica correspondiente o cualquier otro defecto visible, no se debía proceder a su registro, dada la escasa certeza de su identidad (91):

CINUS DE PISTOIA: *Quarto nota, quod si notarius omittat solemnitatem iuris, tenetur de crimine falsi, ... Nam praesumitur dolose versatus, ... Sic et scriptura, quae non habet in se solemnitate, praesumitur falsa* (92).

BAS Y GÁLCEERÁN: *Primo enim inspiciendum est instrumentum, et eius forma, et figura qualis sit, si enim oculariter videatur instrumentum cancellatum, diminutum, absque signo, aut alio defectu visibili, non est deveniendum ad registrationem, et generaliter omnibus in casibus, quibus ad oculum constat instrumentum registrandum suspectum esse, aut vitiatum, non est registrandum. Casus huius ocularis inspectionis sunt, si absque testibus instrumentum reperiatur, cum non probet, neque validum sit, ...* (93).

(90) C. 4,19,24; D. 6,33,8; Nov. 73,7; C. 25 q. 2 c. 16,7; c. 3,X,2,22; c. 16,X,2,22: *Si instrumenta propter vetustatem vel propter aliam iustam causam exemplari petantur, coram ordinario iudice vel delegato ab eo specialiter praesententur. Qui si ea diligenter inspecta in nulla sui parte vitiata repperit, per publicam personam illa praecipiat exemplari, eandem auctoritatem per hoc cum originalibus habitura; c. 7,X,3,36; c.14,X,5,33; PILLIUS MEDICINENSIS, Summa de ordine iudiciorum, Pars 3, De testibus subscriptis in instrumento, núm. 14: Item notandum est, quod statuitur publico instrumento, si prima facie apparuerit sine vituperatione visibili. Et prima facie suspectum apparuerit, proferens debebit ei fidem facere per testes omni exceptione maiores, alioquin tamquam falsarius puniendus erit; TANCREDUS BONONIENSIS, Ordo iudiciarius, Pars 3, Tít. 3, De exhibitio instrumentorum, núm. 5. Solis publicis instrumentis vel alio modo authenticatis, prout superius dictum est, vel privatis, in casibus supra dictis, fides adhibenda est sine aliquo alio adminiculo, dummodo instrumentum illud apareat sine vituperatione, rasuras vel cancellaturas, quae possint suspicionem inducere; GRATIA ARETINUS, Summa de iudiciario ordine, Pars 2, Tít. 6, Cap. 3, De productione instrumentorum vel privilegiorum: Rescipiat etiam, si sint sine vitio, vel vituperatione, vel sine interlineari scriptura, vel rasura in loco suspecto. Semper respiciat, si sunt in instrumento publico anni Domini, mensis, dies, indictio, consul et praeses.*

(91) DURANDUS, G.: *Speculum, Rubrica De instrumentorum editione, Lib. 3, Partic. 2, Instrumentum qualiter publicetur 2. Breviter, núm. 15: Tabellio debet in instrumento suum signum apponere.*

(92) CINUS DE PISTOIA: *Lectura Super Codice, Rubrica De fide instrumentorum, Iubemus, núm. 4.*

(93) BAS Y GÁLCEERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 2.*



Admitida la afirmación *instrumentum habens vitium visibile, non est registrandum, ut si cancellatum, aut dirutum fuerit, vel absque testibus* por la tradición textual (94) y doctrinal (95) del *Corpus Iuris Civilis* (96), ésta fue cuestionada, en parte, por la literatura jurídica

(94) No obstante, en la glosa marginal o *additio Haeredis* de ANDREAE J.: *In Guilielmus DURANDUS, Speculum Iudiciale, instrumentorum editione, Lib. 3, Partic. 2, Instrumentum qualiter publicetur 2. Breviter, núm. 14: Isti non dicit, quod tabellio teneatur signum apponere: sed conditionaliter loquendo dicit, quod ubi signum apposuit, iudex debet illo comparisonem facere: lex finalis praeallagata non loquitur de signo notarii, sed consilarii, ... Cum igitur nullo iure caveatur, signum necessario, velut substantiale, apponi debere, restat, propter illius defectum non vitiari... Licet ergo sit commendabilis solennitas in instrumento ponenda, non tamen ipsius quasi minimae solennitatis omissio vitiare instrumentum.*

(95) GÓMEZ, A.: *Ad tauri, lex 3, núm. 30: Item adde quod in tali testamento in scriptis requiritur, quod testes ponant signa sua, modo fiat in scriptura publica, modo priuata omnibus simul offerre signandam et subscribendam... hodie tamen ista solennitas non requiritur in testibus per istam nostram legem sed tantum in tabellione: et adde quod si omittatur, vitiatur testamentum: quia quando aliquid, quod est de forma et substantia actus omittitur, semper vitiatur... ubi disponitur quod omnes solennitates requirantur in testamento sunt aequales, et qualibet earum deficiente vitiatur et annullatur testamentum;* SUELVE, J. C.: *Consiliorum decisioorum, centur. 1, Consilium 77, núm. 4; Sed respondetur: Forum praedictum disponere, quod in scripturis sub scriptionem requerentibus, se ayan de subscribir de sus propias manos los que los otorgara, y los testigos, si sabran escribir, et cetera. Subscriptio vero nihil aliud est quam praenomen, ac nomen apponere, quod est vulgo, firmaset...;* CUENCA, F. DE: *Ad comandae, Clausula 43, núm. 1 et seq: Requirit enim partis obligatae, et testium subscriptiones... Quo quidem subscriptio sufficit etiam si pars obligata, scribere nesciat, nec testis alius pro ea se subscribat, secundum dicti Fori dispositionem, núm. 2: Et de forma subscriptionis partis obligare, et testium;* CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars 2, Observatio 52, núm. 86: Instrumentum, ut fidem faciat, tres perfectiones requirit...*

(96) C. 4,21,17: *Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrharum vel alterius cuiusunque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas in instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata, et si per tabellionem conscribatur, etiam ab ipso compleat, et postremo partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet literas unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod needum est impletum vel absolutum, ali-quod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare; ...;* Nov. 45,



del Reino de Valencia, al admitir, frente a las directrices normativas (97), que la autoridad y la fe pública notarial, aun sin la suscripción de las partes contrayentes y de los testigos, daba plena validez al documento *–eis creditur, et datur integra fides* (98):

MATHEU Y SANZ: *maximam auctoritatem exercent; nam sive de contractibus, sive de ultimis elogiis rogentur, instrumenta publica conficiunt absque subscriptione partium, ... die, mense, anno, loco et duobus testibus in contractibus, et tribus in ultimis voluntatibus: et instrumentis sic confectis, ab eiusque subsignatis, plena fides ubique debetur, tam in iudicio quam extra* (99).

Para precisar el alcance de esta afirmación, MORLÁ presenta un supuesto práctico recogido en la Real Audiencia de Valencia, donde una de las partes, doña Francisca Bas, se niega a abonar el pago de un censal, argumentando un vicio en el documento notarial, al

---

*Praefatio: Ex persona quidem mulieris cuiusdam ferebatur documentum, litteras quidem eius non habens (erat enim haurum ignara), completum autem a tabellione et tabulario, subscriptionem habens eius, et testium ostendens praesentiam.*

(97) FURS 9,19,2: *In omnibus instrumentis ponant notarii annum Domini, qui est festum sancte Marie mensis martii, et diem confecti instrumenti et duos vel tres testes rogatos et presentes et locum in quo confectum fuerit instrumentum et nomina scriptorum et eorum signum et de rasura, emendatione et supra scripto post eorum signum semper fatiant mentionem. Et instrumenta que scribi fecerint, eundem valorem obtineant. Dum modo ipsi suscripserint ita: signum talis publici notarii Valentie qui predicta scribi fecit loco, die et, anno prefixo.*

(98) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 3: Et quamvis de jure communi, et in aliquibus Regnis, ut instrumento a notario publico confecto credatur, requiratur subscriptio contrahentium, et testium intervenientium. In nostro Regno summa fides notariis adhibetur, et magna auctoritas tribuitur eis, in hiis, nam absque subscriptionibus partium contrahentium, aut testium eis creditur, et datur integra fides, attestantibus solum partes instrumentum firmasse, et celebrasse contractum in eo contentum, testibus ab eis descriptis rogatis, et adhibitis; MATHEU Y SANZ, L.: Tractatus de regimine, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 1, núm. 61: Quod in Regno Valentiae maximopere procedit tum quia eorum attestationibus plene creditur absque subscriptione partium sive contrahentium, sive testantium, ...*

(99) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 18.*

hallarse el signo notarial roto –*et per consequens cancellatum esse* (100)–. Frente a esta argumentación, la Real Audiencia negó que el *instrumentum* estuviese cancelado o viciado por el mero hecho de estar rasgado (101), amparándose en las siguientes argumentaciones:

[*Primo*]. Porque, cuando en un documento recaía cualquier duda, se podía recurrir tanto al protocolo como a la escritura matriz –*Instrumento si aliqua dubitatio adsit, ad prothocolum recurritur, tanquam ad matrices scripturae* (102).

[*Secundo*] En análogo sentido, *instrumentum carens anno, die, et Pontificatu, nihil probat, nisi notarius illa adnotaverit in suo prothocolo, et matrice* (103).

[*Tertio*] Porque la fidelidad de un documento no sólo se podía constatar por medio de pruebas directas, veraces o demostrativas, sino también a través de presunciones, indicios o conjeturas –*ins-*

---

(100) MORLÁ, P. A.: *Emporium, Pars 1, Tít. 11, quaestio 9, núm. 1: Propterea quod instrumentum dicti censualis apud se retinebat cum signo Notarii, quod erat scissum, atque ruptum, et per consequens cancellatum esse.*

(101) MORLÁ, P. A.: *Emporium, Pars 1, Tít. 11, quaestio 9, núms. 1-2: Petrus vero Gazull Notarius, quem nos defendimus, multo verioribus, et iuri magis consonis rationibus, respondebat; nequaquam sequi, aut inferri posse, dictum censualis instrumentum pro cancellato haberi debere, ex eo, quod signum Notarii ruptum esset, et poenes partem adversam... Nos vero, ut qui, quod erat veritatis magis consentaneum, defendebamus, primum sententiam nostram his fundamentis probandam, et confirmandam contendimus, quorum est primum, quod dictum instrumentum non fit cancellatum, neque vitiatum, licet signum Notarii fit scissum, ex eo constat, quia quotiescunque instrumentum caret signo, aut subscriptione Notarii, potest levare, si extet in alii, hoc est in prothocolo, et matrice, ...*

(102) MORLÁ, P. A.: *Emporium, Pars 1, Tít. 11, quaestio 9, núms. 2 et 9: ..., cum dictum prothocolum, et originale nullam inscissionem, et rasuram habeat, sed potius signum in eo appositum sit, ...*

(103) MORLÁ, P. A.: *Emporium, Pars 1, Tít. 11, quaestio 9, núm. 10: ..., ergo semper recurrendum est ad matricem, et prothocolum, et sic in nostro casu decendum est; ad prothocolum esse recurrendum, quod invenies cum omnibus solemnitatibus a iure requisitis, et absque aliqua rasura, neque cum signo sciso: et ita fatendum est; instrumentum transumptum, et repertum cum signo sciso esse scisum ab aliqua persona particulari, et non cum consensu utriusque partis.*

*trumento fides habetur, non solum per directas, veras, et demonstrativas probationes, sed etiam ex praesumptionibus, indiciis, et coniecturis* (104).

[Quarto] Asimismo, para que la cancelación alcanzara un reconocimiento jurídico, debía realizarse por un notario, en presencia de testigos fidedignos: *ut si per solum Notarius cancelletur instrumentum, absque testibus, non valeat talis cancellatio* (105).

[Quinto] Se entendía que todo documento transcrito por segunda vez se debía ajustar a "su primera figura" –*nam instrumentum transumptum semper praesumitur tale, quale apparet in prima sui figura* (106).

[Sexto] A su vez, se sostenía la validez del documento cuando el rasgado o la cancelación no afectaba a su sustancia, pudiéndose presumir que la misma la hizo quien solicitaba la nulidad del *instrumentum* –*instrumentum rasum non in parte substantialis, ita quod legi possit, valet* (107).

(104) MORLÁ, P. A.: *Emporium, Pars 1, Tít. 11, quaestio 9, núm. 3*. Cfr. DURANDUS, G.: *Speculum*, Lib. 2, Partic. 2, *De instrumentorum editione*, 8. *Restat*, núm. 1: *Creditur autem publico sine aliquo alio adminieulo, dummodo illud instrumentum appareat sine cancellatura, vel vituperatura, vel innovatione primae figurae, vel rasura, quae possint suspicionem inducere, nec sit deletum, vel abolitum... Sed et si contra has suspensiones appareant aliquae in contrarium, eas iudex attendet. Magis autem videtur instrumentum suspectum propter rasuram, quam propter consumptionem, secundum Papam et breviter, creditur instrumento, dummodo non sit appositum aliquod de illis vitiis, vel defectibus, ...*

(105) MORLÁ, P. A.: *Emporium, Pars 1, Tít. 11, quaestio 9, núm. 8: ... dictum instrumentum non esse cancellatum, maxime cum in toto iure non inveniatur, quod propter signum scisum instrumentum sit cancellatum, et licet cancellatum fuisset, quode omnino negamus, tanquam factama cancellationem per non habentem auctoritatem nihil operare.*

(106) MORLÁ, P. A.: *Emporium, Pars 1, Tít. 11, quaestio 9, núm. 11.*

(107) MORLÁ, P. A.: *Emporium, Pars 1, Tít. 11, quaestio 9, núm. 12: Sexto facit: nam si debitor conventus in iudicio habet instrumentum rasum, non in parte substantiali, ita ut possit legi praedictum instrumentum, prout in nostro casu, valet, et praesumitur praedictam rasuram factam fuisse ab ipso, poenes quem reperitur praedictum instrumentum, et non a creditore. Cfr. DURANDUS, G.: *Speculum*, Lib. 2, Partic. 2, *De instrumentorum editione*, 3. *Postquam*, núm. 1: *Porro si debitor principale instrumentum debiti cancellatum penes se forte ostendat, tunc etiam incumbit ei onus probandi, qui affirmativam proponit...**

[Septimo] Siguiendo esta línea argumental, la jurisprudencia valenciana consideró que si la cancelación o el rasgado se daba con posterioridad, en nada perjudicaría al depositado en el primer proceso: *fecit fidem de preadicto instrumento in sua pergamenea forma, quod instrumentum hodie possidet, et habet pars adversa, ut aperte constat ex primitivo processu, sed quotiescunque cancellatio, seu rasura in instrumento, post productionem in indicio, supervenit, nihil nocet, cum tempore productionis non erat cancellatum, neque rasum, sive scisum, tenet* (108).

[Octavo] A su vez, al tratarse del pago de un censal, se confirma la regla que sostiene que un documento de crédito no puede ser cancelado, mientras perviva el mismo, esto es, sin que se constate la existencia de su liquidación o derogación en otra época notarial –*instrumentum crediti, non cancellati arguit creditum adhuc vivere* (109).

[Nono] En este orden de ideas, se confirma que el documento no se vicia cuando los rasgados o los defectos no se hallan en lugares sospechosos: *Nam, quotiescunque rasura, vel vituperatio fit in instrumentum in loco non suspecto, non vitiat instrumentum* (110).

[Decimo et ultimo] En virtud de este conjunto de argumentos, Morlá sostendrá: *ergo in nostro casu nullo modo propter signum inscissum debet preasumi cancellatio, cum originale instrumentum ad huc extet absque aliquo vitio, rasura, inscissione, seu cancellatione* (111).

*Senatus sententia lata et publicata per Franciscum Paulum Alreus, die vigesimo mensis Octobris, anno 1595, inter Petrum Gazull litis victorem statuentes, et Domnam Franciscam Bas condemnantes.*

*... in praesenti causa instrumentum non est cancellatum, liceo signum sit scissum, sed potius praesumitur ab adversa parte scissum fuisse, cum*

(108) MORLÁ, P. A.: *Emporium, Pars 1, Tít. 11, quaestio 9, núm. 13.*

(109) MORLÁ, P. A.: *Emporium, Pars 1, Tít. 11, quaestio 9, núm. 14: Octavo facit, ..., sed quotiescunque instrumentum crediti non est cancellatum, arguit creditum adhuc vivere... Quod si aliquo modo istud debitum transfusum, vel alio modo distinctum fuisset, certe apparerent instrumenta liberationis, vel cancellationis per Notarium, per quem cancellatio fieri debet ex supradictis.*

(110) MORLÁ, P. A.: *Emporium, Pars 1, Tít. 11, quaestio 9, núm. 16.*

(111) MORLÁ, P. A.: *Emporium, Pars 1, Tít. 11, quaestio 9, núm. 17.*

*de solutione non constet per veram cancellationem, et instrumentum solutionis...* (112).

### 3. SECUNDUS CASUS. CARENS SIGNO NOTARII

En segundo término se reconoce que el documento, como afirmaba Bartolus, no alcanzaba valor probatorio si carecía del signo notarial (113) –*quod tale instrumentum debeat haberi suspectum* (114):

(112) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 873. Caja 987.

(113) C. 1,51,14,2: *Nec callidis machinationibus huiusmodi legem putet quis esse circumscribendam, etsi non consillarii signum, quod solitum est, ...*; C. 10,2,2: *Fisco quidem contra te manet actio, quamvis argentum, quod inferre debebas, rationibus fuerit relatum, si cautioni, quae tibi super eo exposita est, tabularius non subnotaverit*; Nov. 76,6: *Oportet autem indicantes, et si qua signa ivenerint adscripta chartis, etiam haec requirere et legere niti (plurima namque novimus et ex illius apparuisse), et non facile fidem litterarum ex aliarum collatione recipere, propter dudum dictas a nobis causas.*

(114) SAXOFERRATO, B. DE: *Super Autenticis, Rubrica De Tabellionibus*, fo. 25v: *... quaero quod unum instrumentum est scriptum unius notarii et subscriptum et signatum manu alterius... quod tale instrumentum debeat habere suspectum...*; *Digesta, Prima constitutio*, núm. 5: *Scriptura publica requiritur signum scribentis: Item est alia differentia inter scripturam publicam et privatam: quis in scriptura publica requiritur signum scribentis...*; UBALDIS, B. DE, *In III et V Codices librum Commentaria, Rubrica De fide instrumentorum, Lex 17 Contractus*, núm. 13: *Et nota quod scriptura Tabellionis debet habere tres perfectiones. Prima est perfectio scripturae quo ad locum, tempus, et testes. Secunda est perfectio contractus, sive actus, de quo conficitur scriptura. Tertia est perfectio cum subscriptione, et signo.* Ed. *Commentaria. Istituto Giuridico Bartolo da Sassoferrato. Il Cigno Galileo Galilei*. Roma, 1996; CASTRO, P. DE, *Consiliorum sive responsorum*. Venetiis, 1580. *Consilium* 308, núm. 2: *Nam, ut inquit Reldus in dict. leg. contractus, tres sunt perfectiones, quae requiruntur ad hoc, ut scriptura notarii fidem faciat. Prima, quod contineat locum, et tempus actus celebrati, et testes necessarios. Secunda, quod contineat perfectionem actus. Tertia, quod contineat subscriptionem notarii cum signo*; RAINERIUS PERUSINUS, *Liber Formularius, Prohemium*. *De numero testium contractibus adhibendis Rubrica: Nam ex iis quatuor prepono perpetuis et substantialibus instrumentis, scilicet signum crucis... testes et signum cum meo proprio nomine*; *Ars notarie, De publicationibus in protocollis ponendis: Et est notandum quod quidam ponunt et signum et publicationes in qualibet rogatione et alia omnia ut ipsis cartis*; ...

c. 2,X,2,22.

*Scripta vero authentica, si testes inscripti decesserint, nisi forte per manum publicam facta fuerint, ita, quod appareant publica, aut autenticum sigillum habuerint, per quod possint probari, non videntur nobis alicuius firmitatis robur habere* (115).

FURS, Rubrica De notariis

*..., et forum signum et de rasura, emendatione et supra scripto post forum signum semper fatiant mentionem* (116).

BAS Y GALCERÁN: *Secundus casus est, si instrumentum careat signo, quia non facit fidem si solitum notarii signum non habeat, ...* (117).

(115) En análogo sentido, c. 6, X,2,22: *Instrumentum publica manu non confectum, habens sigillum, cuius literae non sunt legibiles vel scripturae deletae, vel enormem patitur fracturam, non probat.*

(116) FURS 9,19,2.; FURS 6,4,11: *..., mas si-y son acostumat signe de notari.* Dentro del ámbito doctrinal, CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars 2, observatio 52*, núm. 90: *Et apud nos est expressus Forus 11 de testamentis conditus ab Alphonso Tertio ex nostris anno 1418, qui loquitur de testamento caeci, et nullam aliam quam communem solemnitatem requiritur, et alia dispensat: signum tamen notarii omnino necessario desiderat, ... Id est, Sed adsit suum notarii consuetum signum, de quo etiam Forus 2 de Notariis.* Cf. FUERO REAL 1,8,3: *Et en todas las cartas metque ficiere meta su señal connoscida, ...*, ESPÉCULO 4,2,11, PARTIDAS 3,18,54; COSTUMS DE TORTOSA 9,9,5: *E deu escriure en los testaments y en les cartes publiques, son senyal, ...*

(117) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2*, núm. 4; MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Cap. 10, Tít. 2, núm. 10; CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes, Observatio 52*, núm. 86: *Tertia, quod contineat subscriptionem notarii cum signo*; MORLÁ, P. A.: *Emporium, Pars 1. Tít. 11, quaestio 3*, núm. 13: *..., quod quavis publicum instrumentum praeter signum Tabellionis debet ad ius validitatem continere locum, diem, et annos domini.* Cfr. MONTER DE LA CUEVA, M.: *Decisionum Sacrae Regiae Audientiae Causarum, Caesaraugustae*, 1568. *Decisio 12*, núm. 28: *Subampliatur hoc quod diximus, subscriptionem (videlicet) in fine fieri debere, ut id solum non sufficiat, sed etiam opus esse, quod subscribens certo signo utatur puta Crucis Sanctissimae, vel alio simili, ante et retro, ita tradente speculatore, ... quae signa vel zifrae, pro verbis supplent, ... est enim de iure constitutum, acta iudicii si iudices signum non habeant, nullam fidem facere, ... sicut nec instrumenta signo notarii carentia, ... strenue Regia Audientia servat, nam Regens Regiam Cancellariam tam interlocutorias, quam diffinitivas sententias, ac etiam omnia decreta, solet (pro ut dicitur) subsignare, praemisso Crucis signo, in fineque; (pro arbitrio) aliquo alio signo subiecto, quod (ut vides) ex praedictis Dini et Speculatoris documentis, inductum videri potest*; CUENCA, F. DE, *Ad comandae, Clausula 44*, núm. 1: *Varie semper a DD. iudicatum circa signum Notarii appositione alii*

Ego Vicent Celco



Juan Bautista Serra

Vicari de Santa Catalina Presbitero

Die Secundo, Octobris anno nativitate Domini, MDCLXIII.

*Retulit. Sebastian Borrull, notari (118).*

*Ego supra contentus Andreas Johannes Espi autoritate regia per totum Valentiae Regnum notarius, et in eius fidem semper et ubique adhibendam illi, facio meum artis notaris solitum signum (119).*

Para facilitar el cotejo documental, se exigía del notario que emplease un único signo, porque si lo cambiaba o lo tomaba de otro notario, *poena falsi punitur* (120):

Bartolus DE SAXOFERRATO: ... *quaero quod unum instrumentum est scriptum unius notarii et subscriptum et signatum manu alterius... quod tale instrumentum debeat haberi suspectum...* (121).

Baldus DE UBALDIS: ..., *in Tabellione, qui signum consuetum non potest mutare in specie, unde si hodie faceret unum signum, et eras alterum, puniretur poena falsi, ac si mutasset nomem proprium* (122).

---

*praecise necesarii esse ad instrumenti validitatem tenuere, núm. 3: Et quod signum denotet perfectionem actus, núm. 4: Et quod instrumenta signo Notario carentia nullam fidem faciant.*

(118) Archivo Parroquial de la Iglesia Arciprestal de Xixona. Acta notarial de Andrés Joan Espí. Datación 27 de febrero de 1679.

(119) ARV. Protocolos notariales.

(120) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2*, núm. 5: *Debet notarius unico semper uti signo, nam si diversis uteretur signis, poena falsi deberet puniri, ... neque potest signum suum mutare...*; núm. 6: *... et si mutaverit signum, aut alterius notarii signum sumpserit, poena falsi puniri debet, ...* C. 4,21,20: *Comparationes literarum ex chirographis fieri et aliis instrumentis, quae non sunt publice confecta, satis abundeque occasionem criminis falsitatis dare et in iudiciis et in contractibus, manifestum est.* En el ámbito doctrinal, UBALDIS, B. DE, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*. Venetiis, 1615. *Rubrica De fide instrumentorum, lex comparationes*, núm. 19; CUENCA, F. DE, *Ad comandae, Clausula 44*, núm. 17: *Omitendum tamen non est Notarium minime posse signum suum mutare... sub poena falsi*, núm. 18. *Nec alterius Notarii signum assumere sub eadem falsi poenam... et utens diversis signis poena falsis punitur.*

(121) SAXOFERRATO, B. DE: *Super Autenticis, Rubrica De Tabellionibus*, fo. 25v.

(122) UBALDIS, B. DE: *In I. II. et III Codicis Libros Comentaria*. Venetiis, 1615. *Prooemium*, núm. 20.



Frente a la rigurosidad de este criterio, BAS Y GALCERÁN sostendrá, amparándose en la propia tradición del *Corpus Iuris Civilis* (123), que se podía cambiar de signo notarial cuando mediase autorización judicial y justa causa, probada ésta previo riguroso examen. Y así, recuerda que fue ésta una práctica seguida en el Reino de Valencia –*Et in Regno poterunt ista practicari, cum majora nostris temporibus habeamus observata*–, como lo atestigua un antiguo notario, Jerónimo Molina, quien, mediando justa causa, rubricó una serie de contratos y últimas voluntades con el signo del notario Andrés Matheu, de los que, por gozar de la dispensa del Príncipe y del privilegio regio, no se dudó de su valor probatorio (124):

*ARTIS NOTARIATUS: ..., quod omnes Doctores nullos excepto, in hoc concordent, quod signum fit de substantia publici instrumenti. Hoc signum cuique notario proprium et peculiare esse debet, cum alter alterius Notarii signo uti minime possit, ... Item tale signum constans et idem habere debet, non pro libito immutare, nisi forte ex urgente causa, et iussu superioris. Alias enim si tempore mutaret, incurreret poenam falsi, ...* (125).

(123) D. 2,1,7,4: *Doli mali autem ideo in verbis Edicti fit mentio, quod, si per imperitiam, vel rusticitatem, vel ab ipso Praetore iussus, vel casu aliquis fecerit, non tenetur*; D., 4,4,7,2; D. 39,3,4; D. 47,10,13,2; D. 50,17,167,1: *Qui iussu iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet*;

(124) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 7: Quod ego intelligerem, quando notarius propria auctoritate dimiserit signum suum, et novum sumpserit, non autem si iudicis auctoritate fecerit, nam poterit iudex, interveniente justa causa, praevisio examine probata, adhibito quae maturo consilio, dare facultatem notario ad signum antiquum dimittendum, et novum assumendum, et notarius ita mutans signum, recte novo signo utere poterit, ... Et in Regno poterunt ista practicari, cum majora nostris temporibus habeamus observata, nam Hieronymus Molina Notarius, justa interveniente causa (quia utroque lumine orbatus erat) non solum procuravit ista, sed quod magis est (et nescio qua ratione juridica suadente) obtinuit, quod instrumenta, quae ab eo recipiebantur de contractibus, et ultimis voluntatibus, eo vivente, posset elongare, et signare adhibito proprio signo Andreas Matheu Notarius, et illis plena adhiberetur fides, sed hoc Principis dispensatione, et privilegio Regio expedito factum fuit, de cuius potestate dubitare sacrilegium esset, ...*

(125) *Artis notariatus, sive tabellionum. Praefatio, fo. 11.*



No existiendo ninguna circunstancia que pudiese justificar su alteración, el signo notarial, como acertadamente atestigua CRESPI DE VALDAURA, no podía verse suprimido o alterado ni siquiera por mandato judicial –*signum est de substantia instrumenti*–, máxime cuando se pudiera probar que el notario ni había recibido, publicado o leído el testamento:

CRESPI DE VALDAURA: *Tertia perfectio hic neque adest, neque suppleri potest. Non adest, quia notorium est, eam scripturam non subscripsisse notarium, neque signasse. Non potest suppleri, quia ipse notarius proficitur, testamentum ab eo non esse receptum, et ex facto ipso constat. Ergo non potest illam notam ut instrumentum a se receptum exarare, neque signo suo subscribere. Nec iudex potest jubere, ut perinde ac si recepissem, signum apponat. Id enim esset contra rationem, utpote contra veritatem. In specie Pauli Castrensis notarius fuerat mortuus, et potuit iudex intelligere, vel illi ex probationibus, et conjecturis constare, esse (ut revera fuit) testamentum receptum, publicatum, et lectum a notario, licet non relectum, et mandare ideo inter protocollos notarii defuncti suo loco collocari, et ab eo per successorem in officio ut extractum ab ejus libris signati. In nostra specie, in qua constat notarium nec recepisse, nec publicasse, nec legisse testamentum, non potest ei iudex imperare, ut signet eodem modo, quo si illud recepisset, licet non receperit. Ergo nunquam hic notarius potest apponere signum. Atqui signum est de substantia instrumenti, juxta veriorum et receptissimam, ... (126).*

A este respecto, MORLÁ concluirá que el documento *neque vitiatum*, aun cuando no constase la presencia del signo notarial, si éste se hallaba en el protocolo o en el escrito matriz: *quod solemnitas indictionis die, subscriptionis, signi, vel alterius rei, deficiens in uno instrumento, suppletur ex aliis instrumentis, scilicet ex prothocolo ipsius Notarii (127).*

(126) CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars 2, observatio 52*, núm. 89; núm. 91: *Notandumque etiam est, observandum ex hoc Foro, quod licet subtiles solemnitates Juris sint a legibus nostris neglectae: ea tamen, quae pertinent ad essentiam testamenti, ut supra diximus, ut sunt interventio trium testium masculorum, et notarii, et ejus signi, et alia, quae ad essentiam, et productionem actus inesse sunt necessaria, omnino requiruntur.*

(127) MORLÁ, P. A.: *Emporium, Pars 1. Tít. 11, quaestio 9*, núm. 2: *..., quod dictum instrumentum non fit cancellatum, neque vitiatum, licet signum Notarii fit scissum, ex eo constat, quia quotiescunque instrumentum*

4. *TERTIUS CASUS. NON FUERIT IN LOCO SIGNI SUBSCRIPTUM NOMINE, ET COGNOMINE NOTARII DICENTIS RECEPISSE ILLUD*

El tercer supuesto en que se denegaba el valor probatorio de un documento –*instrumentum non probat*– era cuando en el mismo no se encontraba ni la suscripción del notario ni su firma, dado que era requisito necesario que éste fijase su signo, así como que suscribiese, con su letra y con su propia mano, su nombre y apellido (128), atestiguando que había recibido el documento de las partes contrayentes:

Protocolo datado entre 1594-1597.

*Die XXIII mensis decembris Anno a nat. Dei MDLXXXV.*

*In Dei Nomine nos Ludovicus Soler, filius Juanis, Baltazar Sonyer, notarium (129).*

BAS Y GALCERÁN: *Tertius casus est, si in instrumento, et signatura, non reperiatur notarii subscriptio, nam ut instrumentum probet, requiritur, quod notarius in loco, ibi signum collocat, subscribat litera sua, et manu nomen suum, et cognomen, atestando se instrumentum recepisse ... (130).*

*caret signo, aut subscriptione Notarii, hoc est levari, si excet in aliis, hoc est in prothocolo, et matrice, ...*

(128) SAXOFERRATO, B. DE: *Commentaria cum additionibus Thomae Diplovatii excellentissimorum doctorum*. Tomo III. Ed. Istituto giuridico Bartolo da Sassoferrato. Il Cigno Galileo Galilei. Roma, 1996. *Commentaria cum additionibus Thomae Diplovatii excellentissimorum doctorum*. Tomo III.

(129) Archivo Municipal de Protocolos notariales de Jijona. Protocolo J-132, 1594, Felipe Pico. Sección Beneficiencia y salud: Instituciones benéficas. Sig. 151-3.

(130) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 2, núm. 8; CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observatio, Pars 2, Observatio 52*, núm. 89: *Non adest, quia notorium est, eam scripturam non subscripsisse notarium, neque signare*; MORLÁ, J. P.: *Emporium utriusque, Pars 1*, Tít. 11, quaestio 9, núm. 2; GUTIÉRREZ, J.: *Opera Omnia: in Lucem hactenus ab auctore edita, et in tomos octo distributa*, Lugduni, 1561. Lib. 1, Cap. 139, núm. 4: *Imo et alias in scripturis extense descriptis, praeter signum tabellionis, requiritur et ipsius subscriptio, alias instrumentum absque ea non valebit... procedere non de subscriptione, quae vulgo firma vocatur, sed de subscriptione a tabellione efficienda, in qua eius scribens nomen, propria subscribit manu, illam scripturae testibus praesentibus adfuisse, ea subiungens; ... quotidie tabellionibus in scripturis consuescit, secundum ipsum, et illam tabellione effici necessarium esse probat*. GRATIANUS, S.: *Disceptationum forensium*, Cap. 632, núm. 3: *Cum enim factum contradicat verbis,*

No obstante, como la propia doctrina comunitaria indica, si en el documento se daba un mero error nominal, éste no lo viciaba en su integridad:

Bartolus DE SAXOFERRATO: ...: *si error in nomine proprio non vitiat instrumentum si de corpore constat... ergo in casu nostro si dictus notarius erravit in nomine talis error non vitiati instrumentum* (131).

Finalmente cabe advertir cómo la vigencia del documento público, atestiguada mediante el binomino *mea subscriptio – mea voluntate*, podía decaer en la escritura pública, donde, como se atestigua en *Partidas* –3,19,119–, no sólo su redactor podía ser diferente del verdadero autor (132), sino porque su valor no dependía únicamente del carácter solemne de las escrituras (133), sino de su contenido

---

*seu scripturae, superat factum, et scriptura illi cedit.*; CUENCA, F. DE: *Ad comandae, Clausula* 44, núm. 19: *Caeterum asserit Notarius de mi Pedro Garcia, nam ultra quod tabellionis nomen in instrumentis necessario inscribi debet ( ut de Notario instrumentum recipiente appareat)... sub poena nullitatis.*

(131) SAXOFERRATO, B. DE: *Consilia, Consilium* 179, núm. 2.

(132) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núms. 17-20: *Primo, quia ut testamentum factum inter liberos sit validum, non requiritur, quod scribatur a testatore, sed scriptum a tertio, sufficit quod a testatore subscribatur, ...; núm. 21: Ergo eodem modo valere debet testamentum subscriptum a testatore, et scriptum a tertio, quam si scriptum, aut subscriptum fuerit ab illo, cum non minus ex subscriptione, quam ex totius scripturae scriptione constet de subscribentis voluntate, ...*

(133) CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observatio, Pars* 2, *Observatio* 50, núm. 13: *..., statuit ut testamentum manu testatoris scriptum, et ejus sigillo signatum valeret sigillo signatum valeret etiam sine notario, sine testibus, sine alio sigillo, vel subscriptione, ...; BAS Y GALCERÁN, N.: Theatrum Iurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 6, núm. 28: *Quod potest etiam in dubium poni est, an si testamentum scriptura privata factum, fuerit scriptum propria testatoris manu, et absque subscriptione inveniatur, validum sit, et hoc in casu si scriptura fuerit perfecta, et contineat orationem perfecta, explorati juris est valere, ut testamentum, etiam si testatoris subscriptio non fuerit apposta, ... Et non minus probabitur voluntas per scripturam testantis manu scriptam, etiam non subscriptam, quam si fuerit scripta, et subscripta. Cfr. CÁNCER, J.: *Variarum, Lib.* 1, Cap. 4, núm. 5: *Est tamen necesse quod dicta scriptura contineat diem quo facta est, licet alias regulariter in scriptura privata non requiratur appositio die, nec loci...*; Cap. 22, núm. 34; XAMMAR, J. P.: *Rerum iudicatur, Pars* 1, *definitio* 36, núm. 2: *... sic sedula scripta vel**

(134), lo que permitió que se abriera paso a la doctrina de la *Schae-dula non lecta* en el ámbito del Derecho común (135):

BAS Y GALCERÁN: ..., *in tali scriptura, subscribunt illam absque examine ullo, et ex tali subscriptione non videtur approbatum scriptum, quia subscribens non obligantur ex subscriptione, neque censetur scriptum approbare, nisi legat omnem scripturam, vel videat, aut sciat omne contentum.*

##### 5. QUARTUS CASUS. INSTRUMENTUM NON HABENS LOCUM IN QUO CELEBRATUM EST

Otro requisito esencial para que el documento alcanzara valor probatorio *erga omnes* era que en éste se señalara el lugar donde había sido recibido, porque si en el mismo no se indicaba “*el acto en tal lugar*”, ni probaba, ni era solemne (136). En este sentido,

*subscripta manu testatoris continens eius ultimam voluntatem in favorem piae causae testibus, et notario valeat in vim testamenti.* Cfr. C. 6,23,28,1: ... *sancimus, si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit, et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod haec sua manu confecit, sufficiat et totius testamenti scripta, et non alia subscriptio requiratur neque ab eo, neque pro eo ab alio, ...*; FURS 6,6,18.

(134) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 6, núm. 20: Et hoc quia in testamento inter liberos, non requiritur aliqua solemnitas, sed constituto solum de nuda voluntate sustinetur, ... ergo sufficiat subscriptio in Regno, cum solemnitas non sit necessaria in testamentis, sed solum voluntatis probatio.*

(135) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 6, núm. 19*; LEÓN, F. J.: *Decisiones, Lib. 1, Decisio 30, núm. 12: Secundo, nam dictus don Olphus Sans, quando fecit ea quae in facto narrantur, ignorabat defectum voluntatis dictae eius uxoris circa contenta in dicto memoriali, et illud fuisse scriptum, ipsa absente, et non fuisse lectum dictae eius coniugi, antequam illud subscriberet, et continere repugnantia contentis in testamento: de quibus omnibus postea notitiam habuit. Immo, erravit credens dictam uxorem ita ordinasse deliberateque disposuisse, et contentorum in dicto memoriali explicitam notitiam habendo, illud subscripsisse. Et cum dictum don Olphus erraverit, non habuit consensum, ...*; núm. 13: ..., *nescientia verum facit cessare consensum, et nullus est errantis consensus, ...*; núm. 14: ..., *et ita non potest considerari approbatio testamenti nulli, cum ignoraret ea, quae inducebant dictam nullitatem, et hac ignorantia stante.*

(136) Cfr. DURANDUS, G.: *Speculum, Lib. 2, Partic. 2, De instrumentorum editione Rubrica, 2 Brevitur, núm. 9: Post nomen principis est etiam apponendus locus, in quo recitatur instrumentum. Locus autem duplex est,*

la propia literatura foral reconoce que la indicación del lugar era un elemento sustancial –*Publicum instrumentum debet continere locum* (137)–, que ni el valor de la costumbre, ni la potestad del Príncipe, ni la disposición del Sumo Pontífice podían suprimir –... *quod neque Principis, aut summi Pontificis dispositio in contrarium facta tenet* (138):

FURS, *Rubrica De notariis*.

*In omnibus instrumentis ponant notarii annum Domini, qui est festum sanctae Marie mensis martii, et diem confecti instrumenti et duos vel tres testes rogatos, et presentes et locum in quo confectum fuerit instrumentum...* (139).

---

*scilicet civitatis, vel villae, vel castri: et etiam locus loci specialis, in quo confectum est... Post locum testes ponuntur...*

(137) UBALDIS, B. DE: *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria, Rubrica De edendo, Lex Editiones*, núm. 3.

(138) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 9: Quartus casus erit, si in instrumento non reperiatur appositio loci, ubi receptum est, ut si non dicatur: Actum in tali loco, nam tale instrumentum, nec probat, nec solemne est, ... Et est loci appositio, tam essentialis in instrumento, quod nec valet consuetude, ut instrumentum confitatur absque loci appositione, ... quod neque Principis, aut summi Pontificis dispositio in contrarium facta tenet*; CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars 2, Observatio 52, núm. 87: Nunc autem probamus, nullam ex his perfectionibus in nostro casu intervenisse. Non prima, quia illa nota, sive illud exemplum scriptum sine die, sine consule, sine loco, et sine testibus reperitur: et ita verbum illud Actum, nihil relevat, cum omnia haec postea apponi deberent, et notarius non addidit, quia testamentum non recepit. Et actum dixit sub spe recipiendi, et testes futuros, locumque, et tempus postea, prout in veritate factum esset, supplendi*. MORLÁ, J. P.: *Emporium utriusque, Pars 1, Tít. 2, quaestio 3, núm. 13: ... quod quamvis publicum instrumentum praeter signum Tabellionis debet ad sui validitatem continere locum, diem, et anos domini, ...*; GRATIANUS, S.: *Disceptationum forensium, Tom. 5, Cap. 899, núm. 15: Deficit etiam clausulam actum, quae si in instrumento non existat, facit etiam deficere stipulationem, ita ut dispositio dicatur imperfecta, quamvis sint descripti*; FONTANELLA, J. P.: *De pactis nuptialibus, Clausula 9, Glossa Unica, núm. 5*; CUENCA, F. DE: *Ad comandae, Clausula 40, núm. 2: Expressio loci confecti contractus, de qua in nostra clausula praeter quam quod necessaria est, núm. 5: Nam cum in decissiuus locus celebrati contractus inspiciatur*.

(139) FURS 9,19,2. Cfr. C. 8,37,14.

En este sentido, MATHEU Y SANZ sostendrá que cuando en los documentos notariales se insertaba el día, el mes, el año y lugar de su redacción, así como la presencia de dos –en los contratos– o de tres testigos –en las últimas voluntades–, éstos, una vez firmados por los *notarii*, alcanzaban plena fe, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial (140).

Criterio que se exceptuaba en los documentos privados. Así, frente a un amplio sector doctrinal que reconocía como elemento sustancial del testamento privado la inclusión del lugar en que había sido redactado –*Testamentum absque appositione loci, ubi fit, nullum videtur* (141)–, la literatura jurídica valenciana convino que el mismo se perfeccionaba por la mera voluntad del disponente (142),

---

(140) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 10, Tít. 2, núm. 19: ... *adhibitis die, mense, anno, loco et duobus testibus in contractibus, et tribus in ultimis voluntatibus: et instrumentis sic confectis, ab eisque subsignatis, plena fides ubique debetur, tam in iudicio quam extra.*

(141) C. 8,37,14,pr; GRATIANUS, S.: *Disceptationum forensium*, Discept. 796, núm. 24: *Cum etiam praesupponatur detectum esse magnum aes alienum, quod prius erat incognitum, et quod absorbet, valorem haereditatis, ita ut non supersit de bonis haereditariis, quod sufficiat pro praestatione annui legati*; Discept. 899, núm 17; CUENCA, F. DE: *Ad comandae, Clausula 40*, núm. 1: *Et si de iure clausula haec actum est perfectionem actus denotet... Tamen de pro aliud est, nam ea quae post dictam clausulam sequuntur, tam necessaria sunt, ut sine eis nostrum hoc instrumenti non mereri non possit*; ESCAÑO, F. DE: *Tractatus de perfectione*, Cap. 14, núm. 22: *Unde testibus probanda erit hoc in casu testatoris dispositio: nam testamentum nuncupativum de quo confecte est scriptura, ut in vim scripturae valeat, diem, et locum continere debet*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 6, núm. 13: *Secundo poterit dubitari, an in testamento scriptura privata facto, sit apponendus, et exprimendus locus, ubi factum fuit, et pro affirmativa facit illud, quod necessarium est ad validitatem instrumenti, aut actus facti, quod apponatur locus, ubi fuit factus, ... Adeo quod consuetudo in contrarium, dicitur invalida, ... Non enim potest considerari testamentum perfectum, si in eo non exprimitur locus, ubi confectum fuit, quia loci appositio denotat actus perfectionem, ... Et in terminis testamenti facti inter liberos, quod ex defectu appositionis loci in scriptura privata invalidum reddatur.*

(142) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 6, núm. 14: *Sed contraria est verius, et iudico sequendum in nostro Regno, nam etiam si in testamento scriptura privata facto, non apponatur locus, validum erit, et subsistens, quia ut diximus, ut sustineatur testamentum in Regno, solum requiritur, quod de voluntate testantis constet, et de illa*

por lo que, aunque no constara la presencia de un notario (143), de los testigos y de las pertinentes rúbricas (144) era válido *iuxta forum in Regno Valentiae*. Por esta razón, concluirán los foristas del Reino, si el testamento estaba redactado por un *notarius*, o, al menos, se tenía constancia de su presencia, se debían incluir los requisitos formales propios de un documento público: *Ex eadem ratione erit subsitens testamentum istud, quamvis Notarius non interveniat, neque adhuc ei tradatur* (145):

FURS, *Rubrica De testamentis*.

*Addit etiam quod si testamentum erit scriptum per manum testatoris et sigillatum sigillo suo vel eciam alieno, quod valeat et habeat firmitatem, quamvis manu publica non sit scriptum, quamvis non sint ibi testes nec aliud sigillum nec aliquam aliam subscriptionem, nec etiam dixerit coram*

---

*sufficienter constat, etiam si deficiat loci appositio. Neque in contrarium adducta obstant, nam procedunt, quando tractatur de appositione loci ad denotandum actus perfectionem, ut si notarius rogetur de instrumento, secus autem quando propria manu scriptura a privato conficitur.*

(143) Crespí de Valdaura, C.: *Observationes, Pars 2, Observatio 50*, núm. 12: *Jure nostro, sit testamentum sit scriptum testatoris manu, nullam aliam solemnitatem requirit; Observatio 52, núm. 87; León, J. P.: Decisiones, Lib. 1, Decisio 32, núm. 14; Testamentum manu testatoris scriptum, absque notario et testibus, validum est iuxta forum in Regno Valentiae; Bas y Galcerán, N.: Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 6, núm. 114: Si autem eveniat, quod ipsi testatores vivendo non tradiderint notario testamenta quae in scriptis sua propria manu habebant facta, aut quia morte praeventi non potuerunt illa tradere coram tribus testibus, aut quia noluerunt, non erunt invalida testamenta, sed plenissimam validitatem, et firmitatem habebunt.*

(144) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 6*, núm. 15: *Ex eisdem rationibus intelliges, quare huiusmodi testamenta scriptura privata facta, valida sunt absque testibus, aut eorum subscriptionibus, et sigillis, ... Prout in Curia Romana valent testamenta facta, modo supradicto, inter Cardinales, et alios habentes indultum testanti, nam cum in condendis iis testamentis sit remissa omnis solemnitas, et solum requiratur voluntatis probatio, voluntate probata per scripturam privatam, etiam si nullus interveniat testis, erit testamentum validum, et sustinebitur voluntas. Cfr. Cáncer, J.: Variarum, Pars 1, Cap. 4, núm. 5.*

(145) Crespí de Valdaura, C.: *Observationes, Pars 2, Observatio 50*, núm. 13; León, J. P.: *Decisiones, Lib. 1, Decisio 32, núm. 14; Galcerán, N.: Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 6, núm. 16: ..., quia cum satis probetur voluntas, per solam scripturam manu testatoris scriptam, et ad illius probationem, neque sit necessarius Notarius, neque sigillum testatoris, aut alia circumstantia, erit testamentum validum, absque Notario, et sigillo, ...*



*testibus "Hoc est mea ultima voluntas vel meum testamentum", ex quo sua tamen manu propria sit scriptum (146).*

#### 6. QUINTUS CASUS. DEBET HABERE DIEM, MENSEM, ET ANNUM

Siguiendo una amplia tradición textual (147) y doctrinal (148), recepcionada en la mayoría de los cuerpos jurídicos coetáneos

(146) FURS 6,4,18. Cfr. C. 6,23,21.

(147) D. 3,13,1,2: *Editiones sine die et consuele fieri debent, ne quid excogitetur e dito die et consule, et praelato die fiat. Diem autem et consulem excepit Praetor, quo instrumentum conscriptum est, non in quem solutio concepta est, nam dies solutionis, sicuti summa, pars et stipulationis. Rationes tamen cum die et consule edi debent, quoniam accepta et data non alias possunt apparere, nisi dies et consul fuerit editus; D. 20,1,34; C. 10, 22,1,1: Sed et aurum, quod ex huiusmodi contributione redigitur, ita debet susceptori aurario consignari, ut securitatibus nomen inferentis, dies, consul, mensis, causa et summa comprehendatur, ...; C. 8,37,14; Nov. 67,1: Unde sancimus, eos, quicunque gestis ministrant sive in iudiciis, sive ubicunque conficiuntur acta, et tabelliones, qui omnino qualibet forma documenta conscribunt in hac magna civitate, sive in aliis gentibus omnibus, quibus nos praesidere dedit deus, hoc modo incipere in documentis: Imperii illius sacratissimi Augusti Imperatoris anno toto et post illa inferre consulis appellationem, qui in illo anno est, et tertio loco indictionem, mensem et diem. Sic enim per omnia tempus servabitur, et pro imperii memoria, atque consulatus ordine, et reliqua observatione interposita documenta inadulterata haec valde constituentur;*

(148) Con carácter ilustrativo, DURANDUS, G.: *Speculum*, Lib. 2, Partic. 2, *De instrumentorum editione Rubrica*, 2 Brevitur, núm. 4: *Anni Domini tempore initi contractus concurrentes, vel rei, de qua conficitur instrumentum, sunt in contractu, vel instrumento ponendi*; núm. 7: *Dies et mensis, in quo instrumentum conficitur, debent in eodem post indictionem inscribi*; BURGOS DE PAZ, S.: *Ad leges Taurinas insignes comentarii, nunc primum in lucem editi, quorum hic codex primus est tomus*. Ed. Princia, 1568. *Secundae Partis Legis Tertiae, Septima conclusio*, núms. 1287-1290, fo. 348: *Instrumentis an dies, mensis, locus annus nativitatis domini, inditio imperatoris vel nomen, imponi debeant*; CUENCA, F. DE: *Ad comandae, Clausula 40*, núm. 13: *Et cum supradictum sit instrumentum absque loci expressione nullum esse nullamque fidem facere, idem dicimus hic de diei appositione necessarium requisitum*; FONTANELLA, J. P.: *De pactis nuptialibus, Clausula 1*, núm. 1 et seq.: *Quod prius tractandum se nobis offert in hac priori clausula, ut ex ea colligere licet, est, nunquid diei, mensis, et anni omissio vitiet instrumentum ...*



(149), en el Ordenamiento foral valenciano se exigía, al inicio del documento, la inclusión del día, del mes y del año en que era redactado el protocolo; requisito que, por su carácter solemne, condicionaba su valor probatorio (150):

FURS. *Rubrica De notariis.*

*Non ponant scriptores incarnationem sive annum Domini in aliquo instrumento, nisi illum diem et annum in quo contrahentes in eius presentia contrahunt. Si anteponerent alium diem vel tempus transactum pro futuro, tanquam falsarii puniantur* (151).

A este respecto, en los documentos y en los negocios judiciales antiguos, el año se computaba tomando como referencia el día de la Encarnación de Nuestro Señor, criterio que, en la Edad Moderna, se modificó por el de la Natividad del Señor (152):

*..., per lo present fur, ordenam que d'ací avant en totes cartes públiques, e letres e scriptures e altres totes sengles auctèntiques e públiques que.s facen en lo regne de València, començ l'any en què huy som, ço és de la Nativitat de Nostre Senyor, ... e, lexades "nones, idus, e kalendas", en les dites cartes públiques e altres cartes e letres, escriptures, totes e sengles auctèntiques e públiques, sien continuats los llochs, l'any e nombre dels dies e noms dels mesos, segons que damunt és contengut e declarat* (153).

---

(149) Con carácter ejemplificador, COSTUMS DE TORTOSA 9,9,5: *Deu hi metre e posar l'an de la Incarnacio, ço lo dia de Sancta Maria del mes de març, y el dia on aquel contrayt se fa, o el testament o les actes, ...*

(150) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 10: *Quintus casus est, si instrumentum careat die, mense, et anno, antiquitus enim instrumenta absque die, et consule confecta vires habebant, ... nunc vero debet in instrumento apponi, ut valeat, et probet, dies, mensis, et annus, ...*

(151) FURS 9,19,1.

(152) MORLÁ, J. P.: *Emporium utriusque*, Pars 1, Tít. 11, *De fide instrumentorum*, quaestio 3, núm. 13; quaestio 9, núm. 10; MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 10, Tít. 2, núm. 19: *adhibitis die, mense, anno, loco et duobus testibus in contractibus, et tribus in ultimis voluntatibus: et instrumentis sic confectis, ab eisque subsignatis, plena fides ubique debetur, tam in iudicio quam extra*; Crespí de Valdaura, C.: *Obsevationes*, PARS 2, *Observatio* 52, núm. 89: *Prima, quod contineat locum, et tempus actus celebrati, et testes necessarios.*

(153) FURS 9,19,3.

A.P.I.A.J.

*Ad Laudem et gloriam Sanctissime et individuae Trinitatis Patris et Filii et Spiritus Sancti Amen. Cunctis pateat, et sit notum quod Anno Nativitate Domini Nostri Jesu Christi Millesimo Sexcentesimo Septuagesimo Nono die vero instituti Septimo mensis Februarii mei Andrea Johannis Espí autoritate Regia publici notarii.*

*[...] Publicata fuit huiusmodi sententia in palasio Archiepiscopali Valentino die secundo octobris MDCLXIII per me Sebastianum Borrull notarium scribam curis ecclesiastico ad instansiam doctoris Josephi Leonart Esteve Presbitero Presentibus pro testibus Petro de... (154).*

El carácter sustancial del requisito lleva a la doctrina a sostener, siguiendo el criterio de la escuela estatutaria, *notarius tenetur poena falsi* si en el documento se pusiera otro día diferente al de su recepción –*Et si notarius alium diem apposuerit in instrumento, quam receptionis, tanquam falsarius puniri debet* (155):

Bartolus DE SAXOFERRATUS: *Notarius cui unus facit fieri falsam relationem et propterea notarius fecit falsum instrumentum debeat puniri de falsis ... sed requiritur dolus in committente, ... (156).*

Más en particular, para concretar la fecha exacta del documento, el notario debía mencionar el mes en que fue recepcionado. Requisito que únicamente se podía excepcionar cuando el día señalado, por su trascendencia, indicaba con claridad el mes de su entrega. Así, cuando “el citado documento fuese recibido en el día de la Natividad del Señor, de la Encarnación, de San Juan Bautista o de San Lorenzo, pues, entonces, incluso valdría el documento, aun sin la mención del mes”:

*Solum cautum habetur, quod apponatur dies, et annus: Nihilominus tamen, quia dies nequit apponi determinate quin mensis apponatur, erit apponendus mensis essentialiter, ... solum limitare poteris doctrinam casu in quo dies, tam notus esset, ut absque expressione mensis, posset haberi certa sciencia illius, ut si dictum fuerit receptum esse instrumen-*

(154) Archivo Parroquial de la Iglesia Arciprestal de Jijona. Acta notarial de Andrés Joan Espí. Datación 27 de febrero de 1679.

(155) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 12.

(156) SAXOFERRATO, B. DE: *Commentaria, Consilia, Consilium* 199, núm. 1.

*tum die Nativitatis Domini, Incarnationis, Sancti Joannis Baptistae, aut Sancti Laurentii, nam tunc etiam non expresso mense instrumentum valeret* (157).

No obstante el criterio general, la literatura jurídica de la Corona de Aragón se cuestionaba si éste, en el ámbito contractual y testamental, podía ser considerado una solemnidad de carácter subsidiario, lo que propiciaría que, en el supuesto de omisión, el documento conservara su validez jurídica –*Solennitas levis quae sunt, non vitiunt instrumentum, si omittantur* (158).

Con relación a los contratos, se sostiene que cuando la escritura es un elemento sustancial en el contrato, *tunc nullo modo valeat sine die per ea*; por el contrario, *quando scriptura non est necessaria*, éste no queda viciado, aunque se omita su datación –*valet si omittatur dies* (159).

Mayor inseguridad jurídica se observa con relación al testamento entre descendientes, toda vez que hallamos constancia del enfrentamiento entre las normas propias de un Reino con los principios y las reglas jurídicas inspiradores del Derecho romano-canónico.

En concreto, si bien la tradición textual (160) y doctrinal del *ius commune* viene a reconocer la máxima *testamentum inter liberos, de iure non valet, nisi habeat diem, mensem, et annum* (161), la

(157) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 13.*

(158) FONTANELLA, J. P.: *De pactis nuptialibus, Clausula 2, núm. 8.*

(159) FONTANELLA, J. P.: *De pactis nuptialibus, Clausula 1, núm. 4: ... quod primo quidem casu, quando videlicet pro substantia requiritur scriptura in aliquo actu, tunc nullo modo valeat sine die per ea, ... Secundo vero casu, quando scriptura non est necessaria, ...*

(160) C. 6,23,3 AUTHENT., *Quod sine subscriptione ita procedit, si parens, literas edoctus, manu propria, non signis, sed literarum consequentia declaret et tempus, et liberorum nomina, ite et unciarum numerum seu signa rerum specialium; in quo et aliis legari, et fideicomitti, et libertas relinqui potest*; Nov. 107,1: *Volumus, ut si quis literas sciens, inter filios suos voluerit facere dispositionem, primum quidem ejus subscriptione tempus declaret.*

(161) FONTANELLA, J. P.: *De pactis nuptialibus, Clausula 1, núm. 9: Scriptura privata patris disponentis inter liberos, non valet sine die*; GÓMEZ, A.: *Ad leges tauris, lex 3, núm. 39: Secundo probat etiam ista nostra lex Tauri: quae formaliter ponit et enumerat omnes solennitates requisitas, quas debet habere et continere testamentum in scriptis, et non ponitur ista,*

doctrina valenciana reconocerá: *in nostro Regno, testandi facultas, non sit restricta ad formam testamenti inter liberos, a jure praescriptam, sed amplior sit libertas, et de jure militari testetur, nequid locum habere disposito illa juris communis apponendi diem, mensem, et annum in testamento* (162).

MENOCHIUS: ... *quia ubi ex scriptura manu testatoris confecta, aut testium attestationibus constat de voluntate testatoris, tunc defectus die, aut loci, non vitiat dispositionem, secus si tantum constaret per rogatum Notarii, eo quod tunc solemnitas instrumenti debeant interesse, alias non probet* (163).

*quod contineat diem, mensem, et annus, in quo fuit celebratum, cum iam fiat scriptura publica, et ei soli debeat credi, in qua necessario requiritur ista sollemnitas: et ideo cum nostra lex Tauri, expresse requirat, quod in testamento in scriptis interueniat tabellio, necessario debet continere diem, mensem, et annum.* ESCAÑO, F. DE: *Tractatus de Perfectione*, Cap. 7, núm. 24: *Ut tamen perfecte haec materia, quae subtilis est, tradatur ad explicationem praedictae, Authenticae quod sine, et schedulae, hoc casu sustinendae animadvertendum oportet, quod schedula debet continere diem qua facta est, alias nihil probat, nihilque operatur*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 6, núm. 7: *Sed primo dubitari poterit, an si testamentum istud, in scriptis factum, reperitur sine die, mense, et anno, validum sit: videtur enim validum esse, quia etsi pater inter liberos testans, possit absque solemnitate testamentum facere, sola scriptura privata sua propria manu exarata, ... Et quod requiratur appositio diei, mensis, et anni, pro validitate similis testamenti, ...*

(162) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 6, núm. 12: *Et quod in Regno validum sit hujusmodi testamentum, manu testatoris factum, etiam si careat die, mense, et anno, ... tamen sequendo opinionem sententiarum contrarium, ideo de jure communi non est validum tale testamentum, quia ita per legem dispositum extat, ...*; CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes*, Pars 2, Observatio 50, núm. 11: *Testamentum inter liberos valet etiam imperfectum. Cfr. CÁNCER, J.: Variarum, Pars 1, Cap. 4, núm. 107: Et praedicta opinio est vera, quia illa scriptura cum sit manu testatoris subscripta, probat voluntatem testatoris inter filios, licet in ea desit dies et locus.*

(163) MENOCHIUS, I.: *Consiliorum sive responsorum, Consilium* 288, núm. 34: *Respondebat primo, et optime... quod quando vel ex scriptura ipsa manu testatoris confecta, vel ex testium attestationibus, constat de ipsius testatoris voluntate, defectus loci confecti testamenti non vitiat ipsum testamentum confectum inter liberos. Diuersum est, quando non constat de voluntate testatoris, nisi per rogatum Notarii, ut in casu nostro. Nam tunc instrumentum illud testamentum nullam fidem facit, nisi adsint solem-*

La doctrina foral, para no dar una mera construcción teórico-normativa ajena a la realidad jurídica, esgrime los siguientes ejemplos documentales:

[*Primo*] Con carácter particular, todos los testamentos militares redactados en el Reino de Valencia (164) *non requiritur appositio diei, mensis, vel anni*, porque, en éstos, el único requisito que se exigía era la mera voluntad del testador –*nihil aliud requiritur, quam voluntatis probatio* (165)–. Criterio que se aplicaba a los *testamenta ad pias causas*, los cuales eran válidos *absque die, mense, et anno* (166).

*nia, quae requiruntur in conscribendis publicis ipsis instrumentis... qui dum affirmat in testamento condito a patre inter liberos, non requiri oppositionem diei et loci, semper intelligit, quando scriptura ipsa patris manet priuata scriptura, hoc est, quando a Notario non conficitur ea de voluntate publicum instrumentum.*

(164) Se sigue la literalidad de D. 29,1,1: ... *ut, quoque modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta, quo modo volent, faciant, quo modo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris*; C. 6,21,15: ..., *quomodo possint ac velint, testentur, ...*

(165) CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars 2, Observatio 50*, núm. 15: *Cum igitur defectus solemnitatis objici nequeat, et modo militari condi testamentum in scriptis possit, nihil interest, an habeat, vel non habeat calendarium*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 6, núm 9: *Primo, quia in Regno omnes testantur jure Militari, et in testamento a milite facto scriptura privata non requiritur appositio diei, mensis, vel anni, ut validatem habeat, ... Ratio est, quia in testamento jure militari facto, nihil aliud requiritur, quam voluntatis probatio, ..., et ut voluntas probetur, non requiritur expressio diei, mensis, aut anni, nam scriptura privata, ut probet, non petit essentialiter, quod in illa exprimatur dies, mensis, aut annus in quo fuit facta. Cfr. GRATIANUS, Disceptiones Forensis. Cap. 235, núm. 3: Cum tempus, indictio, nomen Pontificis, et similia sint de solemnitatibus instrumenti, non de substantialibus.*

(166) CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars 2, Observatio 50*, núm. 16: *Et de testamento ad pias causas idem probavit*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 6, núm. 11. Cfr. GRATIANUS, S.: *Disceptionum forensium, Discept. 895, n. 40: Neque etiam obstat, quod talis schedula careat die, et anno, quorum expressio videtur necessaria ad hoc, ut si valida... núm 41: Respondetur, quod fauore piae causae, huiusmodi dispositio sustinetur, quamvis non adsit dies, neque annus, et contraria procedunt in testamento inter liberos, ... núm. 42: Cum aliud sit*

[*Secundo*] Con carácter general se sostuvo que, para que un testamento alcanzase validez jurídica en el Reino, únicamente se necesitaba la mera voluntad del disponente, y no la presencia de otras solemnidades formales –*sed sufficit nuda voluntas, ..., absque die, mense, et anno* (167).

Finalmente, la propia doctrina, ante la pregunta de si podía ser válido el protocolo redactado en día festivo –*etiam in honorem Dei fieri*–, reconoció su validez (168).

#### 7. *SEXTUS CASUS. INSTRUMENTUM ABOLITUM, AUT CANCELLATUM IN PARTE SUBSTANTIALI*

Siguiendo la tradición textual del *Corpus iuris* (169), recepcionada

---

*testamento ad pias causas, in quo non debent seruari leges civiles, et iura positiua, sed ius canonicum, et ius diuinum, secundum quod non requiritur talis expressio diei, et anni, et temporis.*

(167) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 32, núm. 17: *Tertio, in casu nostro fuit factum testamentum inter liberos, quod valet, licet sit imperfectum ratione solemnitatis. Nec requiritur aliud, quam quod testator manu propria voluntatem suam declaraverit*; núm. 25: *... solemnitas, quae etsi deficiat, non vitiatur testamentum*; CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes*, Pars 2, *Observatio* 50, núm. 14: *Testamentum non potest impugnari ex omissione solemnitatis juxta Forum*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 6, núm. 10: *Secundo, quia in Regno, ut valeat testamentum, nulla requiritur solemnitas, sed sufficit nuda voluntas, ...*

(168) FONTANELLA, J. P.: *De pactis nuptialibus, Clausula* 1, núm. 27: *Et licet supradicta vera sint, quod instrumenta contractum, et actuum voluntariae iurisdictionis fieri possint diebus feriatis in honorem Dei*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 1, núm. 40: *Et generaliter tene, quod diebus feriatis, etiam in honorem Dei, possunt celebrari contractus, et fieri transactiones, testamenta, et a notariis confici, quaelibet instrumenta de contractu celebrato, aut ultima voluntate manifestata.*

(169) C. 6,33,3: *..., sancimus, ut, si quis ex asse vel ex parte institutus competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunque suae formae parte vitiatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat, et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, ...*; D. 28,4,1,pr.: *Quae in testamento legi possunt, ea inconsulto delata et inducta nihilominus valent. Id vero, quod non iussu domini scriptum, inductum, deletumve est, pro nihilo est; ...*; D. 40,4,54,pr. IRNERIUS, *Summa Codicis*. Ed. Fitting, H. Berlin, 1894, Rub. 4,21, *De fide instrumentorum: Item videndum, an facti veritas prop-*

ampliamente por la doctrina del *mos italicus* tardío (170), se afirma que el documento que se encontraba sustancialmente cancelado, abolido, enmendado, roto o viciado carecía (171), por su ausencia de certeza jurídica, de valor probatorio (172). Por el contrario, si la cancelación, la rasura o la enmienda se hallaba en un margen del escrito, esto es, cuando estaba inserta en la parte no sustancial, o en un lugar no sospechoso, al no dudarse de su validez, adquiría *plena fides* (173).

---

*ter instrumentorum amissionem corrumpatur vel etiam in aliquo mutilatur, quod nequaquam admittendum est, ...*

(170) UBALDIS, B. DE, *In IIII et V Codicis Librum Comentaria, De fide instrumentorum, Lex 11: Instrumentum cancellatum non probat.* LARREA, J. B.: *Allegationum fiscalium.* Lugduni, 1651. *Allegatio* 96, núm. 32: ... *quia cum quatuor renuntiationes factae essent a domino officii, et is, qui hac renuntiatione sibi officium competere intendit, eas Tabellionibus exhiberet, et illi, ut testantur in iudicio dicerent, non posse prodesse, quia non factae tempore habili, cum a iudice exhiberi eas iuberentur, ut inde colligi possit veritas, et validitas huius renuntiationis, respondit is in cuius fauorem factae, illas lacerasse, et inde oritur vehemens praesumptio falsitatis;* OLEA, A. DE, *Tractatus de cessione iurium.* Lugduni, 1669. Tít. 5, *quaestio* 10, núm. 10: ... *quia cessio illa ex defectu solemnitatem non possit filii personam autorizare, maxime quando ex contractu filius laederetur.* BARBOSA, A.: *Collectanea, De fide instrumentorum, Cap. Inter dilecto* 6, núm. 3: *Notatur hoc, quod cancellatio, sive interlineatura diei apposita in instrumento suspicionem falsitatis inducit, ...*

(171) No cabe entender en este supuesto el mero defecto formal o textual. Cfr. c. 11,X,2,22: *Defectus literae non vitiat rescriptum.*

(172) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 2, núm. 14: *Sextus casus erit, si instrumentum in parte substantiali reperiatur cancellatum, abolutum, emmendatum, ruptum, aut alio modo vitiatum, nam similia instrumenta suspecta sunt.*

(173) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 2, núm. 16: *Resolvit non procedere, si emmendatio facta reperiatur in margine instrumenti. Haec intellige, quando cancellatio, rasura, aut emmendatio reperiatur in parte substantiali instrumenti, quia si reperiretur in parte non substantiali, et loco non suspecto, non erit instrumentum suspectum, ut sunt iura;* MORLÁ, P. A.: *Emporium utriusque, Pars* 1, Tít. 11, *De fide instrumentorum, quaestio* 9, núm. 11: ... *cum ego in casu nostro non appareat in sui prima forma, et figura, scilicet, ut est in prothocolo, et originali, signum notarii esse scissum, et sublatum, sequitur, quod cessat praesumptio partis adversae, quod non sit cancellatum, e eo, quod signum scissum est.*



Este criterio se veía únicamente exceptuado cuando era el propio notario quien consignaba que el documento había sido corregido, enmendado o cancelado por él mismo –*ab ipso notario*–, lo que atestiguaba con la firma del documento (174):

FURS, Rubrica De notariis.

*In omnibus instrumentis ponant notarii... et eorum signum et de rasura, emendatione et supra scripto post eorum signum semper fatiant mentionem* (175).

Esta misma línea argumental tiene reflejo en el ámbito testamentario, donde se duda si un testamento con cancelaciones o raspados puede ser válido (176).

Para dar una respuesta a esta cuestión, la literatura jurídica valenciana, partiendo de la técnica de la proposición y solución, así como de los argumentos *ex ratione*, desarrolla una amplia casuística en torno al carácter substancial de la enmienda, rasura o cancelación.

En concreto, el esquema propuesto puede resumirse en los siguientes criterios:

[*Primo*] Cuando la enmienda o la cancelación afectaba a la esencia o a la sustancia del testamento, éste quedaba invalidado –*Testamentum cum cancellationibus, et rasuris in parte substantiali, invalidum est* (177).

---

(174) UBALDIS, B. DE: *In I. II. et III Codicis Libros Commentaria, De edendo Rubrica, Lex 7, Authen. Núm. 14*: ... *per hoc dico, quos si in instrumento sunt cancellationes, aut sunt in parte substantiali, qua parte cancellationes sunt prohibita de iure, et oportet quod Notarius faciat mentionem specialem de eo. Aut sunt in loco non substantiali, et sic non sunt prohibita de iure, tunc talis est, quod Notarius faciat generalem mentionem, dicens, preadictas cancellationes ego feci...*

(175) FURS 9,19,2. Cfr. COSTUMS DE TORTOSA 9,9,5: *Deu hi metre e posar... E si alguna interlineadura o rasura o emenadura hi aura, deula escriure apres que son nom aja escrit, ço es a saber, en axi: SIGNUM TALIS QUI HOC SCRIPSIT CUM LITTERIS VEL DICTIONIBUS SUPRAPOSITIS VEL RASIS ET EMENDATIS, VEL CUM RASO IN TALI LINEA UBI DICUTUR, SIC ET SIC, DIE ET ANO QUO SUPRA, VEL PRENOTATIS.*

(176) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 6, núm. 72*: *Octavo dubitatur, an si testamentum manu testatoris scriptum, aut subscriptum, cancellationes, et rasuras contineat, validum sit.*

(177) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 6,*



[*Secundo*] No obstante, para que esta afirmación sea concluyente, se debía probar que las hizo el testador, al entenderse que no era suficiente que las enmiendas se hallaran en la parte sustancial del mismo para decretar la nulidad del testamento (178).

[*Tertio*] En el supuesto en que no se pudiera probar la autoría de las alteraciones, el testamento permanecía válido –*Indubio non praesumitur fuiste factas a testatore*–. A juicio de BAS Y GALCERÁN, éstas no tenía que haberlas realizado necesariamente el disponente, sino que bien podrían venir por una causa fortuita, o bien por la mano de un tercero, por lo que, a tenor de las reglas del Derecho, quien imputaba la autoría al testador corría con la carga de la prueba (179).

[*Quarto*] Supuesto diferente era que el testador hubiera realizado apostillas, breves notas o comentarios en los márgenes o interlinea-

---

núm. 72: ..., videtur enim non posse sustineri, quia per cancellationes satis constat de mutata voluntate testantis, aut saltim de inconstantia, ..., sed absolute non est vera opinio istorum, sed distinguendum redo, aut cancellationes, et rasurae, in partibus substantialibus testamenti, si primum, non erit validum. Cfr. XAMMAR, J. P.: *Rerum iudicaturum*, Pars 1, definitio 36, núm. 19: *In contrarium tamen expende plures esse casus, in quibus alba dimissa non vitiant scripturam, etiam testamentariam, ut quando album non est in loco substantiali*; ESCAÑO, F. DE: *Tractatus de Perfectione*, Cap. 7, núm. 30: *Imperfecta etiam cognoscetur schedula si manu testatoris scripta, aut subscripta non sit, in hoc enim consistit perfectio, et valor huius dispositionis... Et si continet multas cancellationes, et apostillas, quia non est verisimile, quod testator in ea animum firmare voluerit ad perfecte testandum... ut si multa in apostillis in margine apposuit... Quod magis procedit, si testator post factam scripturam diu supervixit, atque eam non reduxit in puram scripturam sine cancellationibus*.

(178) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 6, núm. 73: *Quod intellige, quando a testatore fuerint cancellationes factae consulto, nam non sufficit, quod reperiatur cancellatum testamentum in partibus substantialibus, sed a testatore consulto deletum fuerit, ..., et cum mutatio voluntatis non praesumitur*. Cfr. D. 28,4,1,pr; D. 28,4,1,3.

(179) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 6, núm. 74: *Et cancellationes potuerint fieri casualiter, aut ab alio, quam testatore, vel sine ejus jussu, quo casu obesse non debent. In dubi non debet judicari factas fuisse cancellationes a testatore, et se fundans in illis, et allegans a testatore fuisse factas debeat probare*.

dos, lo que, a tenor de la tradición textual del *Corpus iuris* (180), no lo invalidaba –*non ad iuris solemnitatem* (181).

[Quinto] Si, por el contrario, estas notas marginales hubieran sido escritas por un tercero sin el consentimiento del testador, se les debía tener por no escritas (182).

[Sexto] En análogo sentido a lo expuesto por la doctrina castellana (183), se sostiene que si el testador únicamente suscribe el testamento redactado por un tercero, las cancelaciones o las apostillas que hubiera realizado éste invalidaban el *testamentum*: *Idem tenendum, si a tertio scriptum fuerit testamentum, et a testatore*

---

(180) C. 6,16,12: *Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signaverint, iure deficit testamentum. De his autem, quae interleta sive supraescripta dicis, non ad iuris solemnitate, sed ad fidei pertinent quaestione, ut appareat, utrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulte deleta sint, an ab aliquo falso haec fuerint commissa.*

(181) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 6, núm. 77: Sed mihi videtur, quod si apostillae, aut supraposita manu testatoris probentur scripta, falcitatis supitione cessante, et constito de voluntate, valebit testamentum.*

(182) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 6, núm. 78: Non erit ita, si apostillae scriptae cernantur, et super additamenta appareant facta alterius manu, nam non erit fides adhibenda, si omnis scriptura manu testatoris scripta fuerit: et si margine testamenti appositum fuerit, quod testator mutaverit, aut quod non mutaverit voluntatem, non erit adhibenda fides simili notae, nisi appareat quod apposita fuerit de testantis voluntate, imo pro non scripta habebitur.*

(183) ESCAÑO, F. DE: *Tractatus de Perfectione* Cap. 7, núm. 30: *Imperfecta etiam cognoscetur schedula si manu testatoris scripta, aut subscripta non sit, in hoc enim consistit perfectio, et valor huius dispositionis... Et si continet multas cancellationes, et apostillas, quia non est verisimile, quod testator in ea animum firmare voluerit ad perfecte testandum... ut si multa in apostillis in margine apposuit... Quod magis procedit, si testator post factam scripturam diu supervixit, atque eam non reduxit in puram scripturam sine cancellationibus; núm. 31: Idem erit, si schedula in breviaturis etiam usitatis scripta sit... Qua prohibetur tabelionibus, ne quidquam per compendium scribant, ut falsi omnis evitetur occasio. Quod maxime procedet, si summa aliqua pecuniae signis Arithmeticis exprimatur, quia de facili potest falsitat committi... Et ita non constabit per illam de perfecta testatoris voluntate, quae apparere non dicitur ubi falsi suspicio adest.*

*subscriptum, nam si ad cancellationes, apostillae manu illius tertii appositae fuerint, non valet testamentum* (184).

[Septimo] Asimismo, se afirma que se anulaba lo dispuesto en el testamento cuando las cancelaciones realizadas en el mismo impedían su lectura y, por añadidura, la comprensión de la voluntad testamentaria –*Scriptura, si ob cancellationes nequeat legi, deficit voluntas, et non valet ut testamentum* (185).

[Octavo] Finalmente se reconoce que si la modificación o la alteración se dio *in parte non substantiali, validum erit* (186).

A tenor de este esquema de racionalidad jurídica, y siguiendo la autoridad textual de la escuela estatutaria, se concluye con la afirmación de que la cancelación de un documento no podía viciar o reprobado el valor jurídico de otro *instrumentum* (187):

Baldus DE UBALDIS: ... *cancellatio unius instrumenti non tollit vires alterius instrumenti, quod non invenitur cancellatum* (188).

---

(184) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 6, núm. 79: Et si testatoris manu solum fuerit testamenti scriptura subscripta, et a tertio scripta, non erit adhibenda fides apostillis, et supra positis, etiam manu ipsius tertii scriptis, nisi constito aliunde appositae fuisse de voluntate testantis, vel quia ipse testator ita recognovit, aut aliunde appareat de illius voluntate scriptas fuisse*. Cfr. C. 6,16,12.

(185) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 6, núm. 75: Sed no aliter iudices posse habere locum ista, nisi casu in quo, cancellationibus non obstantibus, scriptura potest legi, et percipi voluntas, nam si census percipi non posset, deficeret voluntas, et ut testamentum valere nequiret*. Cfr. C. 6,23,15.

(186) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 6, núm. 76*. Cfr. D. 40,4,54,pr.: *Qui habebat servum Cratistum, testamento ita cavet: "servus meus Cratinus liber esto"; quaero, an servus Cratistus ad libertatem pervenire possit, quum testator servum Cratinum non habebat, sed hunc solum Cratistum*. Respondit, nihil obesse, quod in syllaba errasset.

(187) MORLÁ, P. A.: *Emporium, Tít. 11, quaestio 8, núm. 3*.

(188) UBALDIS, B. DE: *In Sextum Codicis Librum Commentaria, De testamentis Rubrica, Lex 30, núm. 3*.

8. *SEPTIMUS CASUS. INSTRUMENTA IN NEGOTIIS SAECULARIBUS  
RECEPTA A NOTARIIS APOSTOLICIS*

Dentro de los supuestos que la doctrina del *ius commune* (189) contemplaba para que un documento no tuviera fuerza probatoria, se hallaba el *instrumentum* recepcionado por un notario apostólico cuando éste versaba sobre cosas o negocios seculares, por no estar éstos facultados, en las tierras del Príncipe, para su confección y redacción (190):

BAS Y GALCERÁN: *Septimus casus erit si instrumentum fuerit receptum, in rebus, et negotiis saecularibus, a Notario Apostolico, nam cum huiusmodi Notarii in terris Principis saecularis, instrumenta conficere nequeant, de contractibus, et negotiis saecularibus* (191).

(189) DURANDUS, G.: *Speculum*, Lib. 2, Partic. 2, Rub. *De instrumentorum editione*, Cap. 8, núm. 27: *Quid de constituto a domino temporali in civilibus, nunquid poterit in spritualibus, vel ecclesiasticis non debet conficere in civilibus, nec seculares in ecclesiasticis...*; CÁNCER, J.: *Variarum*, Pars 3, Cap. 2, núm. 232: *Illud etiam dubitatum non diu est, an inventarium confectum a notario Apostolico, sit validum, et probet: in facti contingentia consului negative...*, *qua ratione, notarius saecularis non potest conficere instrumentum, in causis spiritualibus, similiter nec Apostolicus in causis, et negotiis temporalibus*; COMES, J.: *Viridarium artis notariatus*, Cap. 1, núm. 18: *Veteres tamen plerique omnes, qui nimirum, ut ex multis colligere possumus longe fuerunt, et sanctiore, et incorruptiore iudicio praediti, quam recentes illi veteres inquam plerique omnes hoc asseveraverunt, Clericos Tabelliones esse non posse.*

(190) *A sensu contrario*, UBALDIS, B.: *Ad tres priores libros decretalium comentaria*. Lugduni, 1585. *Rubrica De fide instrumentorum*, Cap. 12, núm. 4: *... nunquid Tabellio laicus possit conficere instrumenta super spiritalibus, ...*

(191) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 17; CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes*, Pars 1, *Observatio* 15, núm. 162: *Et etiam in nostro regno prohibentur recipere instrumenta, et esse notarii habentes ordinem, et coronam, et a fortiori Apostolici, qui frequentius recipere instrumenta in regnis Castellae, Lusitaniae, et Franciae*; MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 1, núm. 257: *Nam exhibuit instrumentum mandati confectum coram Notario Ecclesiasticae curiae Ulisiponensis, et cum hujusmodi instrumenta ad iudicia saecularia nullam probationem faciant.*

Esta línea argumental la hallamos tanto en los *Furs* como en la propia doctrina foral, donde se nos informa que “ningún clérigo que lleve corona, o que esté establecido en sagradas órdenes, no sea notario público, ni haga escrituras públicas, testamentos, documentos nupciales, ni cualquier otro contrato; de ahí que la escritura hecha por clérigos que llevasen corona sea totalmente rechazada en todo juicio y para toda credulidad. Y si, quien se hiciese escribano, después de haber tomado este oficio, se hiciere clérigo, o llevase corona, debe ser expulsado a perpetuidad del oficio”:

FURS. *Rubrica de notariis*.

*Nullus clericus portans coronam vel in sacris ordinibus constitutus, sit publicus notarius nec faciat aliqua instrumenta publica sive testamenta aut cartas nuptiales vel alicuius contractus, ymo illa ab omni iuditio et credulitate penitus repellantur. Et si forte post officium tabellionatus, clericus fiat vel coronam portaverit, tabellionatus officio privetur imperpetuum (192).*

Prohibición que, a tenor de lo dispuesto por Pedro I en 1283, se extendió al cargo de procurador, y, con carácter general, a todos los oficios públicos (193):

(192) FURS 9,19,7.

(193) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 20: Non solum, prout diximus, arcentur Clerici a Notariatus officio in Regno, sed ab exercitio, et officio Procuratorum; militibus enim armatae militiae, ne a militari exercitio retraherentur, prohibitum erat etiam adversario volente, mandatum exercere ad negotia, ne ergo a militia divina, et contemplatione retrahantur Ecclesiastici, prohibetur illis habere mandata ad negotia, et illorum exercitum, ..., nisi pro causa sua, aut Ecclesiae suae, nam poterunt esse procuratores, ut in dictis juribus cavetur, ... ; núm. 21: Sed non intelligas Clericum procuratorem, propter prohibitionem supradictam, nulliter intervenire indistincte in iudicio, nam omne quod procuratorio nomine faciet, ante oppositam exceptionem validum erit, et sustinebitur, et nullum erit illud solum quod faciet post oppositam exceptionem; MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 1, núm. 239: ... in nostro jure habemus for. 7 -FURS 2,8,8- de procuratoribus quo cautum reperitur, ne Procurator in iudicio admitti possit, nisi constito de sufficiente mandato, inactis, scriptura publica aut alio legitimo modo. Cfr. LARREA, J. B.: *Allegationum fiscalium, Allegatio 86*, núm. 4: Ex quibus Ecclesiasticos non posse habere officia saecularia, ... Monachi, Clericos, vel Regulares debere abstinere a publicis officiis, núm. 5: Et ad Tabellionis officium, ut nullo modo possint exercere; núm 6: Et iure nostro est universalis dispositio l. 17 tít. 3,*

FURS. *Rubrica De notariis.*

*Item statuimus et ordinamus quod proibeatur de caetero ne aliquis portans coronam recipiatur in procuracione nec in officio publico (194).*

Por el contrario, cuando se trataba de bienes eclesiásticos o de negocios espirituales, al hallarse dentro del ámbito de la jurisdicción eclesiástica (195), los notarios apostólicos podían redactar documentos judiciales y extrajudiciales, siendo éstos auténticos y registrables (196).

Reveladora nos parece la aportación de la doctrina catalana en torno a esta cuestión, cuya línea argumental cabe sintetizarla en torno a los siguientes criterios:

[1] En el ámbito del Principado, el rector, el cura o el párroco podían recibir, en sus parroquias, testamentos, codicilos y otras últimas voluntades de personas seculares, sobre las cuales no se tenía duda de su plena veracidad y fe pública –*quod nuli dubium est, ..., plena fides adhibetur* (197).

---

*lib.I ordinamenti, ubi absolute prohibetur Clericis ne possint eligi ad publica officia, nec dispensatio quae contra processerit, exequi valeat; CÂNCER, J.: Variarum, Pars 3, Cap. 17, núm. 498.*

(194) FURS 9,19,8. AUREUM OPUS, Pedro I, Privilegio 18; A. O, Jaime II, Privilegio 51.

(195) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 2, Cap.79, Tít. 1, núm. 1: *Jurisdictionum contentiones in Regno specialitate quadam expediuntur, et cum usu frequentes sint, earum formam tradere sigillatim debemus. Dum enim de jurisdictionis contentione agitur, videndum in primis est, inter quos quaestio emergat: nam vel est inter Judices Ecclesiasticos, et laicos, vel inter laicos tantum, vel inter Ecclesiasticos tantum: Ecclesiastici dum de jurisdictione inter se contendunt, servare debent dispositiones juris Canonici, ...*

(196) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 19: *Circa res autem Ecclesiasticas et negotia spiritualia, quae coram iudicibus Ecclesiasticis tractantur, et sunt propria jurisdictionis Ecclesiasticae, poterunt Notarii Apostoloci, instrumenta judicialia, et extrajudicialia conficere, et erunt authentica, et poterunt registrari*, COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 17: *Eadem igitur ratione, neque Clerici in sacris Ordinibus constituti Tabelliones esse possunt, quamvis in hoc variae sint Doctorum sententiae, dum alii hoc praecise negat, alii distingunt inter negotia spiritualia, et saecularia...*

(197) CORTIADA, M. DE: *Decisiones reverendi Cancelarii*, Pars 3, *Decisio*

En concreto, Jaime CÁNCER, siguiendo una tradición ampliamente recepcionada en los reinos hispano-medievales (198), aporta una sentencia de la Real Audiencia de Barcelona, dictada el 10 de julio de 1592, en la que se declaraba la validez de un testamento recepcionado por un notario apostólico, por estar realizado en tiempos de peste (199): *Ad haec die 10 Iulii 1592, referente doctissimo Antonio Oliba, in causa viduae Stany, contra Catherinam Picons, fuit declaratum quoddam testamentum receptum a notario Apostolico validum, ea quod erat confectum tempore pestis, invens, secus futurum, si in alio tempore fuisset receptum, ..., quia tamen tempore pestis fuerat receptum, iure optimo fuit approbatum, quia notarii Apostolici secundum veriore opinionem, in defectum aliorum, possunt publicas conficere scripturas* (200).

[2] Por el contrario, estos mismos párrocos no estaban facultados para recibir documentos públicos o contractuales por carecer

174, núm. 1: *Matrimonialis causa, cum spiritualis sit, eius cognitio ad iudicem Ecclesiasticum, imo ad Episcopum pertinet, et spectat privative ad iudicem secularem*; COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 19: *Quid igitur de Rectoribus, Parochis et Curiatis Ecclesiarum parochialium, qui hoc tempore contra dictam decisionem ..., tam secularibus negotiis se immiscent officium Tabellionatus penitus exercendo? Dic quod nulli dubium est, quod ipsi Rectores, Parochi, et Curati in suis Parochiis possunt quaecumque testamenta, codicillos, et alias scripturas ultimarum voluntatum, etiam ad causas profanas recipere a personis secularibus; huiusmodique scripturis coram duobus idoneis testibus factis, plena fides adhibetur.*

(198) AZEVEDO, A.: *Nueva Recopilación*, Lex 2, Tít. 4, núm. 28.

(199) PEGUERA, L. DE: *Decisiones*, Decisio 146, núm. 3: *Sunt tamen plures qui contrariam profitentur sententiam scilicet, notarios Apostolicos posse recipere testamenta, et alia instrumenta extra territorium constituentis. Hoc tamen existimant esse verum, si partes eos consenserint: quia iniquiunt istos actus esse voluntariae iurisdictionis, et notarii potestatem esse prorogabilem. Et ideo cum solum agatur de praeiudicio ipsorum prorogantium, concluditur ipsos notarios Apostolicos de consensu partium posse instrumenta extra constituentis territorium confiscare. Et etiam dicit procedere in tabellione creato secundum consuetudinem, aut statutum universitatis, vel per rectorem, aut dominum alicuius territorii. Quam approbat Regium concilium, quoad testamenta quando notario habet auctoritatem a Romano Pontifice: licet forsan secus, quoad alia instrumenta profana.*

(200) CÁNCER, J.: *Variarum*, Pars 3, Cap. 2, núm 232; núm. 33: *Instrumentis tamen confectis a Rectoribus, et eorum Vicariis in sua parochia, plenam fidem in Cathalonia adhiberi, est satis notorium: et fuit decisum die 9 Iulii, 1596, ...*



del arte de la notaría. Regla que se exceptuaba cuando las *consuetudines* o la voluntad del Príncipe así lo permitía –*cum scientia, et patientia Principis* (201)–. Excepción que, como pone en evidencia la práctica totalidad de la doctrina foral, fue el criterio sancionado por el Ordenamiento foral del Principado, donde, a diferencia del Derecho castellano (202), los rectores y párrocos, dentro de su distrito, o en el recinto de sus parroquias, no sólo hacían escrituras de los testamentos de sus parroquianos, sino todo tipo de contratos y documentos entre personas legas y sujetas a jurisdicción real:

COMES: *In toto vero Principatu Cathaloniae de generali consuetudine Rectores, Parochi, et Curati Ecclesiarum parochialium in suis Parochiis possunt recipere a personis secularibus, non solum testamenta ad causas profanas, sed etiam quaecumque publica instrumenta, et scripturas contractuum; huiusmodique instrumentis plena fides adhibetur, ut probant Constituciones Provinciales Tarraconae ...*(203).

(201) RAMÓN, J.: *Consiliorum una cum sententiis et decisionibus Audientiae Regiae Principatus Cathaloniae*. Barcinonae, 1594. *Consilium* 81, núm. 6; CORTIADA, M. DE: *Decisiones reverendi Cancellarii, Pars 3, Decisio* 173, núm. 2: *et de consuetudine universali... et in omnibus tribunalibus observatum.*; COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 20: *Instrumenta vero publica, et scripturas contractuum Rectores, Parochi, et Curati in suis Parochiis de iure recipere non possunt, ..., ubi alias non essent Notarii, ..., at si alias Notarii essent, bene possunt instrumenta publica, et scripturas contractuum recipere, ..., vel nisi probaretur generalis consuetudo, vel specialis, cum scientia, et patientia Principis, qui Rectores generaliter, seu Rectorem specialiter potuisset eos, aut eum Notarios, seu Notarium creare, ...*

(202) FLÓREZ DÍEZ DE MENA: *Lib. 1, variarum, quaestio* 1, núm. 15.

(203) COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 20; RAMÓN, J.: *Consiliorum una cum sententiis et decisionibus Audientiae Regiae Principatus Cathaloniae*. Barcinonae, 1594. *Consilium* 81, núm. 6; CORTIADA, M. DE: *Decisiones reverendi Cancellarii, Pars 3, Decisio* 174, núm. 3: *Amplia etiam quando agitur civiliter ad thori separationem ob fornicationem, adulterium, lepram, sevitiam, vel aliam causam, eius cognitio ad solum iudicem Ecclesiasticum pertinet, et spectat, quia agitur de obligatione matrimonii dissolvenda, quod est unum expectem Sacramentis Sanctae Ecclesiae.*; TRYSTANY-BOFILL Y BENACH, B.: *Sacri Supremi Regii Cathaloniae Senatus Decisiones*. Barcelona, 1686. Tomo 2, *Decisio* 59, núm. 13; XAMMAR Y DE SALA, J. P.: *Rerum iudicatarum in Sacro Regio Senatu Cathaloniae sub diversis definitionibus cum rationalibus seu (si mavis) allegationibus*. Barcelona, 1657. *Pars 1, Definitio* 39, núm. 1: *Ad intellectum huius decisiones praesuppo-*



[3] Más en particular, la propia doctrina reconoce cómo era práctica y estilo del Principado el que ya los notarios apostólicos o, en su ausencia, los vicarios (204), los presbíteros o los encargados de las curas de las almas (205), pudieran cerrar, cuando tuvieran un míni-

*nimus in Cathalonia Rectores Parochialium Ecclesiarum et forum Vicarios posse recipere in suis Parochiis nedum testamenta, verum etiam quaecunque instrumenta publica, et ipsis instrumentis a se in suis parochiis receptis et confectis plenam fidem adhiberi*; CÁNCER, J.: *Variarum*, Pars 3, Cap. 2, núm. 233: *Instrumentis tamen confectis a Rectoribus, et eorum Vicariis in sua parochia, plenam fidem in Cahalonia adhibei, est satis notorium*.

(204) CORTIADA, M. DE: *Decisiones reverendi Cancellarii*, Pars 3, Decisio 176, núm. 5: ... *in Vicariis, seu Vice Curatis Rectorum, et Parochorum Ecclesiarum Parochialium, qui possunt recipere testamenta ad causas profanas, et alia quaecumque publica instrumenta, et scripturas contractuum inter seculares, sicut possunt ipsi Rectores, et Parochi, illisque plena fides adhibetur.*; XAMMAR Y DE SALA, J. P.: *Rerum iudicatarum*, Definitio 39, núm. 1; CÁNCER, J.: *Variarum*, Pars 3, Cap. 2, núm. 233; COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 23: *Ampliatum etiam ista generalis consuetudo Cathaloniae in Vicariis, seu Vice Curatis Rectorum, et Parochorum Ecclesiarum Parochialium, qui possunt etiam sicut ipsi Rectores, et Parochi inter seculares recipere testamenta ad causas profanas, et alia quaecumque publica instrumenta, et scripturas contractuum, illisque plena fides adhibetur, sicque in Cathalonia omnino servatur*.

(205) CORTIADA, M. DE: *Decisiones reverendi Cancellarii*, Pars 3, Decisio 176, núm. 6: ... *in Presbyteris Hebdomedariis regentibus, et administrantibus Curam animarum in Ecclesiis parochialibus, qui in Parochiis, quibus Curam animarum regunt, testamenta, etiam ad causas profanas, et alia quaecumque instrumenta publica, et scripturas contractuum recipere possunt; eisque plena fides adhibetur*; núm. 7: *In Religiosis parochialibus Ecclesiis deservientibus Curamque animarum tanquam Vicariis earum exercentibus, qui in huiusmodi parochiis possunt recipere testamenta etiam ad causas profanas, et alia quaecumque instrumenta publica contractuum. Non solum quando illi curam animarum exercent in Ecclesiis ab eorum Monasteriis dependentibus, aut quae sunt illorum membra, pro ut aliquae sunt in cathalonia monachorum Cistertentium, et Divi Hieronymi, ad Tondur*; núm. 30: *Ut Rectores, Parochi, Curati, ac eorum Vicarii, et alii Notarii, tam Regii, quam Baronum, seu dominorum locorum possint recipere testamenta, et alia quaecumque publica instrumenta contractuum extra territorium inter subditos suarum Parochiarum, et territorium, tam Regionum, quam Baronali*; XAMMAR Y DE SALA, J. P.: *Rerum iudicatarum*, Definitio 39, núm. 1; COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 24: *Ampliatum quoque ista generalis Cathaloniae consuetudo in Presbyteris, Hebdomedariis gerentibus, et administrantibus curam animarum in Ecclesiis parochialibus, etiam in Religiosis parochialibus Ecclesiis deservientibus, curamque*

mo conocimiento del arte de la notaría (206), las escrituras de los escribanos públicos, no sólo cuando se hallaban en una parroquia dispersa y carente de fedatario público, sino, incluso, en aquellos ámbitos locales que, por su extensión e importancia, tuvieran un escribano público –*sed etiam in Oppidis, et locis magnis, in quibus habitant Notarii*–, lo que propiciaba la prórroga y sumisión del fuero real a la jurisdicción eclesiástica sobre contratos y escrituras de naturaleza profana (207).

---

*animarum tanquam Vicariis earum exercentibus, qui in huiusmodi Parochiis testamenta, etiam ad causas profanas, et alia quaecumque instrumenta publica, et scripturas contractuum recipere possunt, eisque plena fides adhibetur iuxta eandem decisionem nostri Senatus, ...; núm. 25: Possunt etiam Rectores, Parochi, Curati, ac eorum Vicarii recipere testamenta, et alia quaecumque instrumenta contractuum, extra suas Parochias, inter suos proprios Parochianos, sic quamplurimis citatis, et cum decisione nostri Senatus Regens ...*

(206) COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 26: *Curent tamen ipsi Rectores, Parochi, et Curati ab huius artis Notariatus exercitio, nisi se peritos cognoscant, quantum fieri possit, abstinere: Videmus etenim quotidie in Regia Audientia, Curiisque inferioribus differentias varias et discordias, ratione instrumentorum coram illis confectorum disputari maximis partes affligendo expensis.*

*Si enim Tabelliones ipsi tot, et tantis annis huic Palaestrae invigilatur, et tandem non a lapsu exempti sunt: Quid ergo de illis, qui nunquam aliquid praeviderunt? Deprecor igitur Ordinarios dum illis conferunt curam, ut sint huius Artis scientia praediti, capacesque et sufficientes ad hoc officium exercendum a Iurisperitis, et practicis Tabellionibus examinari mandantes. Nimia enim Notariorum imperitia destruit Orbem terrarum, et conficiendam bonorum virorum ponit in magno discrimine.* UBALDIS, B. DE: *Consiliorum, sive responsorum*, Lib. 4, *Consilium* 6: *Puto, quod dominus episcopus debeat investigare, quicquid potest de mente testatoris: et si aliud non apparet sibi, si partes volunt transigere, possit auctoritatem interponere transactioni: et valebit in perpetuum propter auctoritatem episcopi facit.*

(207) CORTIADA, M. DE: *Decisiones reverendi Cancellarii*, Pars 3, *Decisio* 176, núm. 4: *... haec generalis consuetudo Cathaloniae, ut procedat non solum in locis exiguis, seu parochiis, quae habent domos dispersas, in quibus nec in aliis parochiis circumvecinis nullus Notarius Regius habitat... et de communi observantia huius Principatus, et fere totius citerioris Hispaniae in defectum tabellionum, quod Parochi conficiant instrumenta et testamenta... Sed etiam in oppidis, et locis magnis, in quibus habitant Notarii Regii, possunt Rectores, Parochi, et Curati Ecclesiarum Parochialium in suis Parochiis a personis secularibus recipere testamenta ad causas profanas, et alia quaecumque publica instrumenta, et scripturas contractuum, eisque*

9. OCTAVUS CASUS. CERTIFICATORIA A NOTARIO FACTA  
DE INSTRUMENTO RECEPTO, NON PROBAT

Un supuesto muy frecuente en la praxis del Reino de Valencia era el que las partes no presentaran el documento originario, sino meros escritos certificatorios, los cuales, aunque su receptor fuera un notario, carecían de validez jurídica –*nullam merentur fidem: qua de causa docent communiter DD. similibus certificatoriis, et attestanionibus, nullam esse dandam fidem* (208):

DURANDUS: *Et breviter scias, quod tabellio non debet apponere in instrumento, nisi quod ei iniunctum est, quantumcumque ipsi illud viderit* (209).

*plena fides adhibetur, iuxta decisionem nostri Senatus, núm. 11: Etiam si Parochi proprii nondum essent sacerdotes possunt recipere testamenta, et alia instrumenta publica... Et si Episcopus pro pius testatoris assistat factioni testamenti ad profana, cum duobus testibus valent.; XAMMAR Y DE SALA, J. P.: Rerum iudicatarum, Definitio 39, núm. 4 ; COMES, J.: Viridiarum artis notariatus, Cap. 1, núm. 22: Et nedum in locis exiguis, seu Parochiis, quae habent domos dispersas, in quibus, nec in aliis Parochiis circumvicinis nullus Notarius Regii habitat; sed etiam in Oppidis, et locis magnis, in quibus habitant Notarii Regii, ex generali consuetudine Cathaloniae possunt Rectores, Parochi, et Curati Ecclesiarum parochialium in suis Parochiis a personis secularibus recipere testamenta ad causas profanas, et alia quaecumque publica instrumenta, et scripturas contractuum, eisque plena fides adhibetur, iuxta decisionem nostri Regii Senatus, ...*

(208) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 34: Octavus casus est, si non ipsum instrumentum exhibeatur, sed solum aliqua certificatoria instrumenti recepti, prout in nostra praxi frequenter evenire solet, nam huiusmodi certificatoriae, etiam factae ab ipso Notario receptore de instrumento ab illo recepto, nullam merentur fidem, eum Notario attestanti de instrumento apud se confecto, aut de re per eum recenter gesta, non sit adhibenda fides, quia taliter asserendo deponit, ut testis, ideoque tanquam unus, et non juratus non probat, qua de causa docent communiter DD. similibus certificatoriis, et attestanionibus, nullam esse dandam fidem.*

(209) DURANDUS, G.: *Speculum, Lib. 2, Partic. 2, Rubrica De instrumentorum editione, 3 Postquam, núm. 6; UBALDIS, B. DE: In IIII et V Codicis librum commentaria, De fide instrumentorum Rubrica, Lex 1, núms. 19-23: Sed hic quaeritur, an Notarius debeat habere rei, quam scribit, cognitionem? Notarius debet scire id, quod in scripturam publicam deducit non ex dictis testium, et aliorum scripturis, vel aliis probationibus talibus, quas pertinet ad Iudicem scire, sed debet habere rei cognitionem per se, sicut,*

Bartolus DE SAXOFERRATO: *Ubi unum instrumentum facit mentionem de alio non probat nisi illud de quae fit mentio exhibeatur* (210).

La propia doctrina de la Real Audiencia de Valencia, en una sentencia otorgada por Saboya el día 19 de julio de 1686, en un litigio entre Juan Sempere y el Canónigo Pedro Crespo, viene a recoger esta línea argumental (211), al afirmar que nunca podrían alcanzar valor jurídico los certificados realizados por un notario sobre el fallecimiento de una persona, aunque ésta no tuviera descendencia (212):

*Senatus sententia publicata per Saboya, die 19 Julii 1686, in favorem Joannis Sempere, et contra Canonicum Petrum Crespo, Referente Doctissimo Senatore Francisco Ortin et Luqui, Actuario Lafos. Certificatoria a Notario facta de obitu alicujus absque filiis, aut alia re simili, non probat* (213).

Más en particular, las fuentes legales (214), doctrinales (215) y jurisprudenciales vienen a reconocer la ausencia de veracidad de un documento cuando éste ha sido redactado simultáneamente por dos o tres notarios, o cuando éstos han decaído en su oficio (216):

---

*et testis, ...* ; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. 1, *Resolutio* 3, Cap. 3: *... aliter res se habet, quoniam origo et vis instrumentorum a Protocolo, seu Registro omnino accipienda est*, núm. 9: *Quae quidem clausula in fine decisionis posita refertur ad omnes solemnitates adhibitas in lege*; GRATIANUS, S.: *Disceptationum forensium*, Cap. 268, núms. 34-35. Cfr. Nov. 45,1,pr.

(210) SAXOFERRATO, B. DE: *Commentaria*, Tom. 7, *Super Prima Codicis, De edendo Rubrica, Si quis in aliquo, Antiqua*.

(211) Cf. C. 9,22,21,pr.

(212) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 35: *Et multo minus probabit certificatoria a Notario facta de morte alicuius, aut de obitu absque filiis, aut in minore aetate, aut similibus, ad Notariatus officium minime spectantibus, ut; ...*

(213) ARV. Sentencia de la Real Audiencia. Signatura 4381. Caja 987.

(214) C. 9,22,21.

(215) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 36.

(216) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 7, Cap. 3, núm. 17: *Sed aliquando in dubium revocatum fuit, an relationi istorum standum sit; et cum ipsi attestentur in rebus pertinentibus ad officium, fintque personae publicae cum auctoritate ad res coram se gestas attestandas, plena fides*

No obstante, este criterio fue alterado en las Cortes de 1585, donde, ante el incumplimiento de los principios propios del ejercicio notarial, se decide mantener la validez de los contratos para no perjudicar los derechos contractuales, lo que no impidió que tal infracción fuera severamente sancionada –*et non possunt hoc facere Notarii, sub poena 50 librarum*:

CORTES de 1585, Cap. 54.

*Item que dos ni mes notaris dela ciutat de Valencia, o reals, no puguen rebre un mateix acte per los inconvenients ques poden seguir acerca de la continuacio de dits actes per persones differentes, y si lo contrari sera fet, que dits actes que així seran rebuts per dos o mes notaris, sien nulles y de ningun effecte, y de aquells nos dega, ni puga pendre salari algu. Plau a sa Magestat que no sien perço los contractes nulles, sino que los dos o mes notaris que rebran los dits actes, encorrega cascu dells en pena de cinquanta lliures, ..., per cascuna vegada quey sera contravengut.*

#### 10. NONUS CASUS. INSTRUMENTUM EXEMPLATUM, NON PROBAT

Siguiendo una amplia tradición textual recogida en el *Corpus iuris civilis* (217) y en la literatura estatutaria, se recogió, como *regula*

*eis adhibenda est*; Lib. 3, Cap. 11, Tít. 2, núm. 71; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 36: ..., *licet enim Notarius, aut quilibet officialis, de rebus spectantibus ad suum officium referendo, credendus sit, modo referat de gestis per se, ... nisi officium finitum fuerit, quia eo finito, neque adhuc, ut officialis potest relationem facere de rebus, quae gessit officio durante, Don Petrus Quesada, et Pilo... tamen si relationem fecerit de rebus non spectantibus ad suum officium, et per se non gestis, credendus non erit. Similiter non erit legitimum instrumentum, si receptum inveniatur a duobus Notariis simul, aut pluribus, nam licet antiquitus hoc permetteretur, noviori jure in permissum est, et non possunt hoc facere Notarii, sub poena 50 librarum, ...* PAZ, C.: *De tenuta*, Cap. 26, núm. 13: *Quod procedit, quamvis exemplum auctoritatem habeat plurium tabellionum, qui afferant originale vidisse, nihilominus enim fidem non facit.*

(217) D. 22,5,2: *Quicumque a fisco convenitur, non ex indice et exemplo alicuius scripturae, sed ex authentico conveniendus est; ita si contractus fides possit ostendi, ceterum calumniosam scripturam vim in iudicio obtinere non convenit*; D. 37,11,1,7; D. 29,3,12; D. 2,13,11: *Exempla instrumentorum etiam sine subscriptione edentis edi posse receptum est*; D. 10,2,8; D. 49,14,45,5: *Neque instrumenta, neque acta a quoquam adversus fiscum edi oportet*; C. 2,1,7; C. 1,23; C. 1,23,6; C. 4,19,5; C. 4,19,6; C. 12,59,9; C. 4,21,17.

*iuris*, la prohibición del registro notarial de un extracto o de una copia de un documento auténtico, al entenderse que semejantes escritos carecían de valor fidedigno (218):

Bartolus DE SAXOFERRATO: *Exemplum probat contra producentem* (219).

Baldus DE UBALDIS: *Exemplum exempli non facit fidem* (220). *Probatio debet fieri ex originali, non ex sumpto* (221).

No obstante, a este criterio general, legislación y doctrina vienen a reconocer una serie de limitaciones propias del ámbito del arte de la notaría (222): *Sed ut melius intelligatur supra tradita doctrina,*

---

(218) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 2, núm. 37; MORLÁ: Tít. 11, *quaestio 1*; núm. 2: *si instrumentum, quod desideratur registrari, fuerit exemplatum a Notario, nam registrari non poterit, quia similibus exemplis instrumentorum non datur fides*.

(219) SAXOFERRATO, B. DE: *Commentaria*, Tom. 7, *Super Prima Codicis, De edendo Rubrica, Si quis in aliquo*, núm. 1. Cfr. BARBOSA, A.: *Collectanea in Codicem Iustiniani. Tomus Primus*. Lugduni 1579. *Rubrica De edendo*, fo. 176, *Auth. Si quis in aliquo*, núm. 1: *Copia et exemplum sine originali non probat*.

(220) UBALDIS, B. DE: *In I, II et III Codicis Libros Commentaria, De diversis rescriptis, lex sancimus; Rubrica De edendo, Lex 8, Si quis in aliquo*, núm. 1: *Non creditur exemplo, nisi producat originale, vel alio genere probationis appareat veritas, ... Nota, primo, quod exemplo non creditur. Ratio est, quia non creditur Tabellioni de facto, de quo non est rogatus, sed iste qui exemplificat, non est rogatus de facto principali, sed solum de ipsa exemplatione; merito non probat factum principale. Secundo ratio est, quia non creditur Tabellioni, nisi de gestis tempore confecti instrumenti: sed tunc temporis non fuit confectum originale, ergo de eo non creditur...*; núm. 2: *Tertia ratio est, quia quando unum instrumentum habet relationem ad aliud, oportet quod constet de cetero ad quem fit relatio; quia si deficit exemplar, deficit exemplatum, ... Quarta ratio est; quia posset fraus, et deceptio intervenire; nam posset esse, quod originale esset falsum; et si crederetur exemplo, non posset ex comparatione literarum, vel ex signo, quod non videretur dici de falsitate, et daretur materia falsum fabricandi*.

(221) Baldus DE UBALDIS: *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria, Rubrica De fide instrumentorum, Lex 2*, núm. 2.

(222) En el ámbito del Derecho comparado, BARBOSA, A.: *Collectanea in Codicem Iustiniani, Rubrica De edendo*, fo. 176, *Auth. Si quis in aliquo*, núm. 4: *Limita textus conclusionem, quando exemplum huiusmodi reperitur in archivo publico alius loci, sive civitatis, quia tunc illud exemplum legitimi probaret*; COVARRUBIAS DE LEYVA, D.

*et radicaliter in praxi intelligi possit, quae instrumenta exemplata fidem faciant* (223).

[1] En concreto, en el fuero 8 de la Rúbrica *De edendo* se declara la doctrina de la fuerza probatoria de los traslados expedidos por decreto judicial (224):

FURS. *Rubrica De edendo*.

*Traslatum alicuius instrumenti de debito, ex causa mutui contracto, in causa vel iudicio non credatur, nisi instrumentum principale prius ostensum fuerit, vel fuerit fides data quod principale instrumentum infra tempus certum a curia difinitum ostendatur. In aliis vero casibus valeat traslatum, si auctoritate iudicis ordinarii per tabellionem publicum fuerit traslatum* (225).

Al abordar la exégesis de este precepto, MATHEU Y SANZ advierte que las copias de los documentos, si no vienen precedidas por la autorización judicial, no tienen valor legal, valor probatorio. Razón por la cual, para otorgarles validez jurídica, se debía contar con la intercesión de dos autoridades: la judicial, para examinar el cumplimiento de las solemnidades y de las legalidades, y la notarial, para su transcripción:

MATHEU Y SANZ: *Neque his ob stare potest foro 8 in fine de edendo, quo jure cautum est, quo copiae instrumenti non credatur, nisi facta sit de praecepto Judicis per publicum Tabellionem; ex quo inferri valet quod nisi praecedat Judicis jussio, copia instrumenti non probat... nam dicendum est quod dicto foro 8 cum caeteris juribus, loquuntur de transumpto, abstracto ab exemplari instrumenti, quo in casu certissimum est, quod duae auctoritates concurrere debent, ut fidem facere possit: nempe Judicis mandantis, et examinantis solemnitates, atque legalitatem exemplaris; et Tabellionis exequentis transumptum, ut auctoritatem aequalem cum exemplari obtineat,...*(226).

[2] En segundo lugar, se reconocía que, en la praxis del Reino de Valencia, la copia de un documento original realizada personal-

---

(223) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 38.

(224) En análogo sentido, COSTUMS DE TORTOSA, 2,1,3.

(225) FURS 2,1,8.

(226) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Cap. 10, Tít. 4, núm. 24 et 25.



mente por un notario público y recogida en un protocolo, *plenissime probat*, aunque la misma se pudiera realizar sin la autorización del juez y sin la citación de las partes. A juicio de los juristas BAS Y MATHEU, la causa de que se otorgara fe plena a la copia, o a las copias de un documento original, se debía a que éstas contenían los mismos requisitos, idéntica solemnidad y la misma autoridad que el documento matriz, lo que permitía que no se hiciera distinción de la especie, sino del número, lo que determinó que no se les llamara copia, sino ejemplar (227):

BAS Y GALCERÁN: ... *considerandum... an notarius ipse, de instrumento rogatus, qui in protocolo habet instrumentum receptum, copiam leverit, et hoc in casu instrumentum transcriptum ab ipso notario, etiam*

(227) SCACCIA, S.: *De iudiciis*, Lib. 2, Cap. 2, núm. 396: *Extende istam illationem, et nota quae so istam extensionem quam apud alios non inveniens, ut habeat locum etiamsi Notarius actuarius, qui registrat instrumentum in actis, esset ille idem, qui fecit originale instrumentum quia adhuc illa registratio facta in actis... Sed non est mirandum, et vera est extensio, quia Notarius non registrat, hoc est, non facit illud exemplum, uti Notarius rogatus de originali, et sic non authenticat illud, et consequenter remanet, ut copia, et non ut originale, et quando Notarius dat scripturam uti exemplum, illa scriptura non probat, ...* ; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. 1, Resolutio 3, Cap. 3, núm. 13: *Primo casus, in quo exemplo fidem adhibendam esse Doctores affirmant, est, quando levatur ab eodemmet Notario, seu Tabellione, qui originale conscripsit, et Protocolum confecti*; COVARRUBIAS LEYVA, D.: *Practica*, Cap. 21, núm. 2; CALDAS PEREIRA, F.: *Emptionis et venditionis tractatus*, Cap 35, núm. 18: *Ulterius adverto, instrumentum tunc demum publicam habere fidem, dummodo in publicum redigatur ab eo tabellione, seu notario, qui protocollum dicavit, et scripsit (prout in typo nostri instrumenti continetur) tunc enim exemplum, ab eodem notario, ex protocollo et originali sumptum, plenam fidem facit. Ubi inquit, exemplum sumptum manu eiusdem notarii, qui originale scripsit, probare indistincte, sicut ipsum originale.*; PAZ, C.: *De tenuta, seu interdicto et remedio possessorio summarissimo, tam mero, quam mixto, super huius Regni Primigeniis*. Ludguni, 1671. Cap. 26, núm. 15: *Attamen haec regula tres habet limitationes. Primam est, quando exemplum transumptum est ab ipso notario ante quem originale confectum fuit, tunc enim probat.*; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL: *Quotidianatum controversiarum iuris*, Lugduni, 1567. Lib. 2, Cap. 16, núm. 58: *Et haec principalis eorum opera est, ut actus sui rationem diligenter conficiant: Mensas etiam in foro cum aerario habuisse*; núm. 59: *Et apud eos emptiones, venditiones, permutationes, et alios contractus fieri, item et instrumenta; ut hodie apud Tabelliones fiunt.*



*absque iudicis auctoritate, et partis citatione, plenissimam fidem facit, nam licet apud nos haec instrumenta dicantur copiae, revera sunt originalia, et si multa extrahantur, cum constet eisdem solemnitatibus, et requisitis, et obtinent eandem auctoritatem, quam primum exemplar, ab illo non distinguuntur specie, sed numero, ideoque plenam fidem faciunt* (228).

MATHEU Y SANZ: *Nos vero loquimur de secunda, vel ulteriori copia sive exemplari levato ab originali registro per ipsum Tabellionem rogatum, vel eum qui in ejus locum subrogatus est, de quo dicta jura non tractant; et licet communiter copia dicatur, re vera non est, sed exemplar, quia constat eisdem requisitis, et solemnitatibus, et obtinet eandem auctoritatem, quibus componitur primum exemplar, a quo non distinguitur specie, sed numero tantum, et illud in folio communi exaretur* (229).

[3] Una tercera excepción cabe hallarla cuando el *notarius*, al que se le había solicitado un documento, fallecía, elevando una copia del mismo el notario sucesor. Ante este supuesto, la literatura jurídica distingue entre la copia de un documento encontrado entre los protocolos del notario difunto, cuando éste se hallaba plenamente redactado y suscrito con todos los requisitos, y el que carecía de éstos: *Secundum considerandum est, an notarius rogatus de instrumento mortuus fuerit, et copia instrumenti a notario successore levetur, et sub distinguendum est, an instrumentum, cuius copia levatur, in protocolo notarii praedefuncti reperiatur elongatum cum omnibus circumstantiis, vel non* (230).

[3.1.] En el primer supuesto, se reconocía, siguiendo los postulados del *ius commune* (231), que el notario sucesor podía elevar a

(228) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 2, núm. 38.

(229) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Cap. 10, Tít. 4, núm. 25.

(230) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 2, núm. 39.

(231) SESSÉ, J.: *Decisionum, Decisio 83*, núm. 7: *... in verbo notarius, et ultra supradicta moti fuerunt Iudices, quia de iure adhoc, ut successor notularum, et notarius possit grossare, requiruntur multa, et inter alia iussus, et autoritas Iudicis, et citatio partis, ...*; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. 1, Resolutio 3, Cap. 3, núm. 63: *Ex cuius decisione accuratisime, et nouissime edita, colligendum est, quid debeat observari in custodia, et traditione Protocolorum necnon quomodo Tabellio, successor, aut eum cui traditae sunt notae Tabellionis praemortui ex illis*

escritura pública una copia del documento, si éste estuviera entre los protocolos de su antecesor, rubricándolas con su signo y su firma, lo que permitía que se la pudiera transmitir a las partes, y, a su vez, dar fe de que las copias eran auténticas y legales, sin que, a juicio de la doctrina, se pudiera cuestionar su validez jurídica: *In primo casu, poterit notarius successor levare copiam instrumenti prout jacet in protocolo, et signo suo signare, tradereque illud partibus, et huiusmodi copiae, sunt authenticae, et legales, et apud nos nunquam de earum fide dubitatur, ... de iure enim notarii successores, in protocolis praedefuncti notarii, has instrumentorum copias levare possunt* (232):

Baldus DE UBALDIS: *Sed ponamus, quod Notarius ex proprio originali sumit exemplum, et authenticat ipsum, utrum istud dicatur exemplum, vel originale? Respondeo, quod dicitur originale. Ratio est, quod originarius Tabellio conficit instrumentum: unde dicitur originale ratione eiusdem personae Tabellionis, licet non sit protocollum, ...* (233).

*Sed de iure* (234), la propia literatura jurídica valenciana recono-

*possit leuare, et in publicam formam redigere, quibus etiam conueniunt ea; Tít 1, Resolutio 3, cap. 3, núm. 128: Quando exemplatio fit, per eundem Notarium; qui de originali fuit rogatus, aut actorum Magister, seu successor in officio, tunc enim citatio non requiritur... quia scilicet utraque scriptura procedit ab eadem autoritate eiusdem Tabellionis.*

(232) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 39*; MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine, Cap. 10, Tít. 4, núm. 22: Itaque Notarius rogatus de instrumento, sive penes quem negotium gestum est; vel qui ejus loco notas regit Judicia nominatione, non solum exemplar in membrana, sive pergaminea forma tradit parti, sed copiam authenticam in folio, quoties per eos ad quos negotium spectat, ...*

(233) UBALDIS, B. DE: *In I. II. et III Codicis Libros Commentaria, De edendo, in authent. Si quis in aliquo, núm. 6.*

(234) D. 22,4,2; D. 10,2,8,pr; Nov. 73,3-4; PAZ, C.: *De tenuta, Cap. 26, núm. 16: Secunda limitatio est, quando exemplar iudicis auctoritate, et parte citata, transcriptum est.*; SESSÉ, J.: *Decisiones, Decisio 202, núm. 27: ... imo ad exhibitionem compellenda videbatur, quominus a iure communi discedamus, iuxta quod, ut huiusmodi exemplationes instrumentorum perpetuam et irretractabilem fidem faciant fieri debent parte de cuius interesse tractatur citata, et vocata*; GRATIANUS, S.: *Disceputationum forensium, Cap. 268, núm. 12, Cap. 577, núms. 24-30*; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum, Tít. 1, Resolutio 3, Cap. 3, núm. 120: Septimus et aliis adiungi potest quando exemplum traductum inuenitur iudicis aucto-*

cía que, en virtud de una aplicación estricta del Derecho, se debería admitir que, para que el *notarius* pudiera elevar a escritura pública la copia del documento y, posteriormente, entregarla a las partes, no bastaba con la mera voluntad, sino que ésta, conforme a las reglas del Derecho, debía venir precedida de dos requisitos: la previa autorización judicial y la posterior citación de las partes interesadas (235).

No obstante, nos dirá BAS Y GALCERÁN, cabe apreciar una cierta contradicción entre el *ius proprium* del Reino de Valencia y los principios rectores del *ius commune*, por cuanto las *consuetudines* valencianas permitían al *notarius* suplente elevar las copias con el mero consentimiento judicial, sin que fuera necesaria la convocatoria formal de las partes (236):

Ahondando en esta línea argumental, el jurista valenciano reconoce cómo era habitual en la práctica jurídica valenciana que los notarios elevaran a escritura pública las copias que realizaban de los documentos de su difunto antecesor sin que solicitaran la previa autorización judicial o la comparecencia de los interesados, las cuales, una vez recepcionadas por las partes, alcanzaban el valor de prueba plena –*instrumenta hoc modo tradita plene probant, et sunt omnino fidelia* (237)–. Praxis que, a tenor del propio Ordenamien-

---

*ritate... citationem et mandatum iudicis requiri, simul adeo, ut unum sine altero nihil proficiat.*

(235) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 40: Sed de jure videntur requiri duo, ut notarius successor notas regens possit copiam instrumenti levare, et tradere partibus, etiam si in protocolo, elongatum reperiatur instrumentum; primo quod iudicis auctoritate, et provisione praecedente haec faciat, secundo quod partibus citatis exemplatio fiat.*

(236) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 41: Et hac de causa notarii regentes notas solent obtinere provisionem iudicis ordinarii, semper, et quando levant copiam aliquam instrumenti in protocolo reperti, qua datur eis facultas ad levandam copiam, et virtute provisionis tradunt instrumenta signata, absque eo quod partes citentur, nam in Regno viget consuetudo levandi has instrumentorum copias, absque partis citatione, quae consuetudo sufficiens est, ut legitime instrumenta exemplentur absque citatione partis.* Cfr. GRATIANUS, S.: *Disceptionum forensium, Cap. 268, núm. 13.*

(237) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 42: Bene verum est, quod non habita consideratione doctrinae a no-*

to legal, la doctrina repudia, por entender que estos requisitos, al ser de naturaleza sustancial, no podían verse alterados ni omitidos –*non aliter fidem faciunt, quam levata iudicis auctoritate, et parte citata* (238):

MATHEU Y SANZ: *Copiae vero per alium Tabellionem, vel per ipsum rogatum, non ab originali levatae, sed ab exemplaribus desumptae requirunt insuper auctoritatem Iudicis, ut fidem facere possint...* (239).

Era por esta razón por la que los *notarii* que llevaban los protocolos de otros notarios difuntos debían tenerlos en custodia, conservándolos y exhibiéndolos (240): *Et quia notarius regens praedes-*

*bis traditae, magis in Regno video practicum, quod notarii levant instrumentorum copias, et tradunt authenticas, et signatas, non solum absque partium citatione, et instrumenta hoc modo tradita plene probant, et sunt omnino fidelia: et non reperitur destituta juris ratione praxis ista, imo meliori juris ratione fulcitur, quam illa obtinendi iudicis provisionem, quia instrumenta levata ab ipso notario rogato, aut eius successore a protocolo sunt originalia... et ut instrumenta originalia a protocolo leventur, non est necessaria, neque partis citatio, neque iudicis auctoritas, nunc leventur ab ipso notario rogato, nun a successore in officio, aut regente protocola;* MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Cap. 10, Tít. 4, núm. 25. COVARRUBIAS DE LEYVA, D.: *Practicarum*, Cap. 19, núm. 3.

(238) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 2, núm. 43: *Neque obstant jura, et forus, Doctorumque auctoritates supra adductae, nam loquuntur, de transumpto abstracto, non a protocolo, sed ab alio instrumento, jam levato a protocolo, in quo notarius afferit sumpsisse transumptum, ab ipso instrumento, et non dici sumpsisse a protocolo, haec enim instrumenta exemplata, non aliter fidem faciunt, quam levata iudicis auctoritate, et parte citata, ... quod procedit etiam si instrumentum exemplatum fuerit ab ipso notario rogato, nam si iste extrahat instrumenti copiam, non se referens ad protocolum, sed ad aliud instrumentum, ab ipso jam levatum a suo protocolo, non est adhibendae fides simili copiae, ... et adhuc copiae istae, si ab aliis instrumentis, jam a protocolo levatis, summantur iudicis auctoritate, et partibus citatis, solum poterunt praepjudicium afferre, et non aliis, unde quoad citatos et eorum haeredes, et successores fidem facient, quoad alios non citatos minime.*

(239) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Cap. 9, Tít. 4, núm. 26. Cf. D. 37,11,1,6; D. 37,1,11,7.

(240) D. 2,13,6,1: *Cogentur et sucesores argentarii edere rationes.* UBALDIS, B. DE: *In Sextum Codicis Librum Comentarum, De testamento*, Lex 30, *Nostram*, núm. 3; GRATIANUS, S.: *Disceptationes Forensis*, Tomo 2, Cap. 262, núm. 52: *Quod ampliatur etiam in successore officii, qui tene-*

*uncti notarii protocola, tenetur illa custodite, et edere, ... et debent in sui potestate reperiri, et custodiri* (241).

Finalmente, se reconoce que, para dar fe pública a las copias de los documentos de un notario fallecido, el escribano que llevaba los documentos de uno o de varios *notarii praedefuncti* únicamente podía autenticar o firmar los documentos elevados por sus sucesores a protocolo notarial cuando éste tuviera en su casa, y en su poder, todos los protocolos y libros de los notarios difuntos, con la obligación de hacerle partícipe al escribano de la Curia del Justicia Civil de la villa donde los protocolos se encontraban (242): *Statutum est apud nos, quod notarius regens notas praedefuncti notarii, non possit sub poena centum morabatinorum, authenticare, aut signare, aliqua instrumenta levata a protocolis notarii praedefuncti, nisi habeat in domo sua, et posse, omnia protocola, et libros praedefuncti notarii, cum qualitate habendi illa manifestata, scribae curiae justitiae civilis villae, aut loci, ibi protocola reperiuntur...* (243).

---

*tur ad eandem custodiam ad quam praedecessor... Neque eum excusabit iuramentum fuisse d. cedulam deperditam, et quod facta diligenti inquisitione non adsit inter alias scriptura iuxta.*

(241) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2*, núm. 44.

(242) FURS 9,19,32: *Item, senyor, jatsia ab diversos furs y privilegis sia donat orde a la conservació dels prothocols e notals e rebedors disponent que hajan de estar en lo archiu de la cort civil o en poder de hun notari elegidor per lo hereu o legatari de tals libres ab autoritat e decret del justícia. E com per negligència dels majorals del'art de notaria se segueixca moltes voltes que los libres resten en poder dels hereus o legataris dels notaris morts e de aquí se segueixquen grans inconvenients de perdre's los prothocols e rebedors, suppliquen per ço los tres braços sia mercè de vostra magestat que per execució dels furs, privilegis y establiments disponents sobre la conservació dels dits prothocols, notals e rebedors, sia per vostra magestat provehit e statuhit e ordenat e prohibit a qualsevol notari, sots pena de fals e privació de art de notaria, que no gose ne presumeixca auctenticar acte o instrument algú tret dels libres e prothocols o rebedors de algun notari mort, si no tendrà en son poder e casa tots los libres de tal notari mort, ab manifest fet en poder del scrivà de la cort civil de la ciutat e vila o loch, on los tals prothocols seran.*

*Plau a sa magestat que si lo contrari serà fet, encórrega lo contrafahent en pena de cent morabatins.*

(243) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2*, núm. 45.

[3.2.] Si, por el contrario, los documentos recepcionados no estaban debidamente cumplimentados, éstos no se podían elevar a escritura pública.

Para garantizar el cumplimiento de los deberes registrables, el Ordenamiento foral viene a sancionar a los *notarii* por su omisión (244). Así, en la *Rubrica De notariis*, Pedro II, en 1358, advierte de la obligación que tienen los notarios de anotar y registrar, en el plazo de tres meses, todos los documentos y contratos que a su poder pudieran llegar, siendo sancionada su indolencia con la privación, por medio año, del oficio del arte de la notaría, sin que pudiera obtener gracia, remisión o perdón; y si ésta fuese concedida, sería nula, y tenida por no dada (245). Penas que se reducirán, en las Cortes de

---

(244) CRESPI DE VALDAURA: *Observationes, Pars 1, Observatio 4*, núm. 11: *Et in eisdem Curiis stabilitum fuit, ut idem Justitia in causis civilibus cum majoralibus Artis Notariae Notarios in quolibet anno bis visitaret, ut videret, an juxta Forum Petri II, qui est Forus 22. de Notariis. Elongassent, et debite in suis Protocolis redequissent intra tres menses instrumenta ab eis recepta, ut constat ex Foro 23. et 14 de Notariis, et Foro 76. Curiarum anni 1564. fol.10. Et si invenerit omisisse, statim jubeat, ne instrumenta alia recipiant, Fuit enim a Petro II, imposita poena suspensionis ab officio per sex menses pro ea negligentia, ut in dicto foro 22. de Notariis continetur, de qua remissio non potest fieri; núm. 12: Est tamen haec temperata Foro 177. Curiarum anni 1585. ad decem libras pro prima omissione, ad viginti pro secunda, et ad triginta pro tertia. Quae in re tam gravi admodum levis poena est. Poterit autem augeri usque ad officii privationem, si pluries quam ter Notarius negligens in his reperiatur, et justissime sane pro his punietur.*

(245) FURS 9,19,22: *Item, senyor, com los notaris sien tenguts en lurs libres e prothocols registrar tot ço que haurien rebut com a notaris e moltes vegades se sie sdevengut que, après mort de alguns notaris, de molts contractes, per aquells reebuts, no-s troba algun registre o nota complidament dels contractes, e axi roman que no fan registre de la terça part de aquells, per les quals coses se seguexen molts danys, pleyts e perills.*

*Per què, senyor, supliquen que per vós sia provehit e ordonar perpetualment que tot notari, dins tres mesos après que haurà rebut alguna nota o contracte, haja notada e registrada aquella complidament, per ço que los contrahents, per negligencia o per culpa de notari, no perden llur dret; e que tots los notaris que huy són, dins dos mesos comptadors après publicació de la provisió e ordinació, e los qui d'aquí avant seran creats, en lo principi o creació del dit llur office, juren que notaran e registraran complidament dins spay de tres mesos la tenor de les notes y contractes que reebren, segons forma del present capitol. E que tots los notaris sien tenguts mostrar als contrahents e a tots altres de qui serà interès les di-*

1585, a meras sanciones econòmicas de diez, veinte o treinta libras por cada incumplimiento en la confección de los protocolos (246):

BAS Y GALCERÁN. *Si instrumenta a notario praedefuncto recepta, non appareant in protocolo elongata, vel quia distulerit adimplere obligationem foralem elongandi illa in protocolo intra tres menses a die rogitus*

tes notes e registres complidament notats, en tant con faran per cascuns dels dits contrahents. E si algun notari no haurà complidament registrades dites notes, segons forma de la present ordinació, sia privat per mig any de l'offici de notaria per lo jutge ordinari de la dita ciutat, vila o loch on tendrà son domicili o capmajor, e que durant lo temps de la dita privació no ús de l'offici de notaria, reebén dins lo temps testaments, codicils o altres qualsevol cartes, contractes o altres qualsevol scriptures publiques en alguna part. E si ho farà, sia privat com a fals notari, emperò, la dita privació del dit offici se face e s'haje a fer a instància de part de la qual sia interès, primerament, e no a instància de neguna altra persona, de la qual privació de offici no puxa esser feta alguna gràcia, remissió o perdó, ans si feta serà, ipso jure sia nul·la e vaga per no feta; FURS 9,19,23: Item, senyor, per fur de l'alt rey En Pere és provehit e ordenat que tot notari, dins tres mesos après que haurà rebut alguna nota o contracte, haja notada e registrada aquella complidament. E no servant lo que en dit fur és disposat e ordenat, se és seguit e-s segueixen de cascun dia intollerables dans a sos súbdits e vasalls de sa magestat, e perquè lo dit fur sia servat és molt necessari fer-hi nova provisió. E per ço se sipplica sia proveÿt que lo justícia civil, ensemps ab los majorals de art de notaria, una vegada en l'any visite e regonega tots los llibres dels notaris; e los qui trobaran no haver servat lo dit fur, lo dit justícia ne faça rebre acte a l'escriba de la sua cort e de allí avant lo dit notari, qui no haurà servat lo fur, no puixa rebre acte algú; e si-l rebrà, sia nul·le e lo dit notari encorrega en pena de vint morabatins, e açò fins haja ab tot effecte continuat los dits actes que haurà rebuts.

(246) CORTES DE 1585, Cap. 177: *Item con los notaris al temps que sels conferix la autoritat de son art, juren entre altes coses que dins tres mesos a pres que hauran rebut los actes, los continuaran y posaran en prothocol ab tota presicio, y per ocupacions y descuyt o altrament, molts de aquells dexten de cumplir dit jurament, sino que per la primera vegada que seran atrobats no hauer buydat en prothocol ab perfectio dins tres mesos los actes que hauran rebut, encorreguen en pena de deu lliures, per la segona vegada en pena de vint lliures, y per la tercera vegada en pena de trenta lliures als confrens de V. Magestat applicadores; CORTES DE 1626, Cap. 136: Item que lo Justicia civil no puixa remetre per ningun cas als Notaris, la pena en que per fur encorren, per no posar los actes en protocol; Cap. 138: Item que lo Iustitia Civil, juntament ab les persones a qui toca, regonega lo llibre de les visites, y execute irremissiblement als Notaris les penes del qui no haura obtemperat.*



*computandos, sub poena suspensionis officii, per dimidium anni, et in contraventionem sub falsi poena, et 10 librarum por prima vice... et pro secunda viginti librarum, et pro tertia triginta, ... quae poena nequit remitti per justitiam in civilis... vel quia morte praeventus, non potuit continuare illa in suis protocolis, non habebit facultatem notarius regens tradendi et signandi instrumentorum copias, ...*(247).

### 10.1. *Quando instrumentum non debet elongari*

En virtud de este precepto, la doctrina foral estableció, de manera poco precisa, un conjunto de criterios o de reglas jurídicas propias del arte de la notaría por las que se impedía la ampliación de un documento. Veamos cada una de las mismas:

[*Primo*] Si el notario difunto hubiera redactado personalmente el documento o las notas, los *notarii* que le sucedieran no podían añadir o suprimir lo dispuesto por su antecesor sin el previo conocimiento del *iudex*, quien, en virtud de su autoridad, podría conceder su modificación y posterior inclusión en el protocolo, de los cuales se elevarían copias auténtica y rubricadas (248).

[*Secundo*] En segundo término, la propia doctrina nos informa cómo se estableció, ante las facilidades otorgadas para la extensión de los documentos por los jueces ordinarios, el que únicamente se procediera a la ampliación de un documento notarial –*in bastardello, aut minuta*– si en el mismo constaba, con letra manuscrita del notario difunto, la *substantia contractus, cum die, anno et testibus*, lo que permitiría mantener el orden y el contenido de las escrituras, así como la salvaguardia de los intereses de las partes intervinientes (249).

(247) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 46.*

(248) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 47: ... etiam si inveniatur illa manu ipsius notarii praedefuncti conscripta in minutario, nequea elongare poterit, aut minuere, addere, aut de trahere quidquam, imo debet adhiberi causae cognitio, et iudicis autoritas, ut huiusmodi instrumenta elongari possint, et in protocolo poni, et ex illo levare copiae authenticae et signatae.*

(249) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 48: Non tamen faciliter, prout solet, debe a iudice ordinario concedi facultas elongandi instrumenta non elongata a notario praedefuncto, sed inspici debet, an in bastardello, aut minutario notarii praedefuncti reperian-*



[*Tertio*] Asimismo, para la publicación de todo documento notarial se exigía –*de iure*– que éste se hubiera cumplimentado conforme a los requisitos formales del arte de la notaría –*sub poena vigintiquinque librarum*–: redacción precisa del contenido del documento, con la inclusión del día, del mes, del año y de los testigos presenciales (250). Requisitos formales que no siempre, como nos informa BAS Y GALCERÁN, tenían plena vigencia en la praxis del Reino (251):

---

*tur, et ab illius manu conscripta sint, cum die, et anno, et testibus, et substantia contractus continuata, ... quia in bastardello, aut minutariorum deficiant ista, non debet iudex decernere, quod elongetur instrumentum: ex adverso si supradicta reperiantur, absque dubio decernere poterit, quod elongetur, et levetur;*

(250) PISTOIA, C. DE: *Lectura Super Codice, De fide instrumentorum Rubrica, Contractus*, núm. 14: *Item quia habet ea, quae sunt instrumenti, scilicet, annos domini, et signum tabellionis, in princip. quaterni. Dicunt quidam, quod non probat, nisi redigatur in mundum, per hanc literam. Item oportet, quod instrumenta habeant suas proprietates, quas non habet imbrevisatura, scilicet, ut habeat subscriptionem tabellionis, non praescriptionem, quia tabellio in instrumento habet se subscribere, et signum apponere, ...*

(251) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2*, núm. 48-49: *in Regno enim, notarii de instrumento rogati nequeunt illud publicare sub poena vigintiquinque librarum, nisi primum instrumenti substantiam, cum die, mense, et anno, et testibus in bastardello, aut minutariorum conscripserint... Quod non est ita de jure, quia nulla tenentur poena, licet eis permittatur, per imbrevisaturam describere notas in bastardello, seu broliardello... et quando in bastardello, aut minutatio, aut qualibet alia charta, apparet huiusmodi minuta juxta fori formam, potest hoc iudicis autoritate suppleri, et elongari, levare, et signari. Cf. MOLINA, L. DE: *De primogeniorum Hispanorum origina, ac natura*. Ludguni, 1700. Lib. 1, Cap. 1, núm. 25: *Si autem quis velit majoratum instituere ex Tertio et Quinto, si liberos habeat, seu etiam ex legitima ex eorum consensu, vel liberos non habens, ex omnibus bonis suis, vel certa eorum portione; is ad hunc majoratum instituendum facultate Principis non indigebit, cum id legibus Regiis absque ea facere possit, frustra precibus impetretur, quod jure communi concessum est. Isque verus majoratus erit, ac si Principis facultate fuisset institutus. Facultas namque legis, ac Principis aequiparantur. Imo id quod quis beneficio legis consequitur, dicitur acquirere ex Principis concessionem; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. 1, Resolutio 3, Cap. 1, núm. 56: *... quod Tabellionis Protocolum carens signo, et subscriptione efficax fit, ut ex eo iudicis praecepto interueniente instrumentum authenticum possit levare.***

[*Quarto*] Siguiendo los criterios marcados por el Derecho común (252), y, en particular, por la escuela estatutaria, donde se informa que *mortuo tabellione non potest instrumentum per alium fieri, quia instrumentum et scheda debet esse scriptum manu eiusdem* –CINUS DE PISTOIA (253)–, se sostendrá la necesaria autorización judicial (254) y la oportuna citación de las partes interesadas (255): “porque el notario, por su propia autoridad, no puede extender ni alargar las abreviaturas de las minutas de los notarios ya difuntos”.

Más en particular, BAS Y GALCERÁN nos informa de un doble criterio o de un *stylus notariis*, a saber:

[1] Cuando lo que se pretendía era la ampliación de un documento que se hallaba en el protocolo del notario difunto, y la finalidad era realizar una ampliación, su reanudación o una simple transcripción, se debía proceder, previa autorización judicial, a observar las mismas abreviaturas, interlineados, cancelaciones, errores y palabras contenidas en el documento.

[2] “Si, por el contrario, existía un interés por extender el documento sin que se diera lugar a cancelaciones, interlineados o cualquier otra alteración de su contenido, se debía obtener, con carácter

(252) DURANDUS, G.: *Speculum*, Lib. 2, Partic. 2, *De instrumentorum editione Rubrica*, 5 *Ostendo*, núm. 16: *Quid si aliquis tabellio legat alii tabellioni suas abbreviaturas: quod potest, ...: nunquid tabellio legatarius poterit in publicam formam redigere sine iudicis autoritate?... et iusta ex causa, et vera, et non ficta impeditio, ... Eo vero mortuo non valebit, nisi iudicis autoritas interveniat.*

(253) PISTOIA, C. DE: *Lectura Super Codice, De fide instrumentorum Rubrica, Contractus*, núm. 14.

(254) Con relación al concepto de *Decretum*, vid. BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 9, núm. 3: *Decreta ista apud nos, nihil aliud sunt, quam auctoritas judicialis interposita, causa cognita, super eo quod petitur citra condemnationem, vel absolutionem*; MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 11, Tít. 6, núm. 48: *...: quae Iudex non ex legis praescripto, sed ex aequitate arbitrio suo statuit, ... decretum interponi ubi jus deficit*. Cfr. SCACCIA, S.: *De re iudicata, Glossa 14, quaestio 2*, núm. 47: *auctoritatem judicalem interpositam causa cognita super eo quod petitur, circa causae decisionem.*

(255) MIERES, T.: *Apparatus*, Coll. 5, Cap. 32, núm. 17: *Quid si aliquis tabellio legat aliis notas suas, sicut potest, nunquid legatarius poterit in publicam formam redigere sine iudicis autoritate? Dico quod non.*

previo, la provisión y el decreto del juez ordinario y, a su vez, proceder, siguiendo las reglas del derecho, a la oportuna citación de las partes interesadas, lo que impedía que se pudieran ver perjudicados los intereses de las partes o de un tercero" (256) –*Instrumentum interlineatum, aut cum imbrevisaturis, absque iudicis autoritate, et citatione partis, nequit a Notario successore aliter extrahi, quam prout jacet* (257):

Baldus DE UBALDIS: *Nunc de exemplatione, et dico quod exemplatio requirit plura. Primo requirit, quod instrumentum, quod exemplatur, fit solenne, et validum, nam de natura exemplationis non est, quod per hoc instrumentum fiat validum, vel valius, sed ut de verbo ad verbum singulariter, sive singulariter describatur, ... Secundo requiritur partis citatio, ... Ex praedictis apparet, quod in ista transumptione requiritur tertium, scilicet iudicis mandatum, quod, scilicet Notarius publicus transcribens, lecto instrumento cum exemplo, simul cum iudice, et viso in omnibus concordare, mandato iudicis transcribat in publicam formam, et ecce de ista transumptione* (258).

La propia jurisprudencia de la Real Audiencia de Valencia, en sentencia publicada el día 11 de marzo de 1660 por Ferrera, señala cómo el valor de la provisión judicial era de diez años, y si ésta no constaba en el documento, se presumía la valía de su ampliación:

(256) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 50*: ... *et est tam essentialis iudicis ordinarii provisio, et decretum, ut instrumentum possit elongari, et aliter extrahi, quam reperitur descriptum, quod etiam si reperiatur in protocolo, ubi caetera repem, quam prout jacet, neque extrahi, aut tanscribi a notario regente, nisi cum eisdem abreviaturis, interlineationibus, et cancellationibus, mendis, et verbis quibus reperitur. ... Quia notarius propria autoritate, non potest extendere, aut elongare abreviatura minutae notarii praedefuncti, ... Et quando parte interesse habente, desideratur instrumenti extensio absque cancellationibus, interlineationibus, aut caeterationibus contentis in minutario, aut alio modo, et methodo, quam prout in illo jacet, debet provisionem, et decretum obtinere iudicis ordinarii, cum partis interesse habentis citatione, juxta juris regulas, nam cum possit laedi tertius ex his, citandi erunt illi, quos tangere poterit negotium.*

(257) SESSÉ, J. DE: *Decisiones, Decisio 83, núm. 7*: ..., *in verbo notarius, et ultra supradicta moti fuerunt Iudices, quia de iure adhoc, ut successor notularum, et notarius possit grossare, requiruntur multa, et inter alia iussus, et autoritas Iudicis, et citatio partis, ...*

(258) UBALDIS, B. DE: *In I. II et III Codicis Librum Commentaria, De edendo, Authen. Si quis in aliquo*, núm. 21.

*Senatus sententia publicata per Ferrera, die 11 Martii 1669, in favorem Jacobi Rivera, civis, et contra Guiomarem Monroig, Referente D. Joanne Chrysostomo Berenguer R. C. D. Actuario Alfonso.*

*... et haec iudicis provisio decennio praesumitur, et quamvis de illa non appareat, semper instrumentum debet censi legitime elongatum, ... (259).*

No obstante, este criterio no fue observado en la praxis del Reino de Valencia, donde, si bien –*de iure*– el *decretum iudicis* se exigía, con carácter irrenunciable, para que se pudiera proceder a la ampliación del documento –*nam semper elongatur instrumenta minuta iudicis ordinarii auctoritate interveniente*–, por el contrario, –*in Regno*– era práctica habitual el que no se observara la previa y necesaria citación de las partes, salvo cuando pudiera concurrir una grave duda o una dificultad interpretativa: *Quod apud nos non reperitur practicum, nam licet quoad iudicis provisionem, et decretum inviolabiliter observetur, nam semper elongatur instrumenta minuta iudicis ordinarii auctoritate interveniente, tamen quoad citationem partium non observatur juris dispositio, cum juxta praxim, et consuetudinem usu receptam partes non citentur ad elongationem faciendam, nisi magna concurreret difficultas, aut dubium, cui consuetudini standum est, ... (260).*

(259) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 3124. Caja 798.

(260) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 2, núm. 51: *... Et poterit elongatio fieri cum omnibus clausulis, et renuntiationibus, etiam Senatus consulti velleiani juxta styllum notarii rogati, etsi in imbrevisatura solum fuerit dictum, quod fieret cum omnibus clausulis, ita Senatus in dicta sententia, diei 11 Martii 1669. de qua in numero. 50. Vid. UBALDIS, B. D.: In I. II et III Codicis Librum Commentaria, De edendo, Authen. Si quis in aliquo, núm. 21: ... hoc est verum, nisi aliter se haberet statutum et consuetudo loci, sicut est in multis partibus consuetudo, quod non requiratur citatio; GRATIANUS, S.: *Disceptionum forensium*, Cap. 268, núm. 13; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. 1, *Resolutio 3*, Cap. 3, núm. 127: ... quando viget consuetudo, ut hae exemplationes, et transsumpta fiant sine alicuius citatione.; GONZÁLEZ TÉLLEZ, M.: *Comentaria perpetua in singulos Textus quinque Librorum Decretalium Gregorii IX*. Lugduni, 1593. Lib. II, Tít. XXII, Cap. XVI, núm. 3: ... ex instrumento originali posse levare aliud exemplum, seu exemplat, et transcribi auctoritate iudicis, partibusque citatis, quod etiam supponitur... Primo ut iudex inspecto originali agnoscat illud validum esset. Secundo ut ex justa causa illud exemplari faciat, veluti quia archetypum ob vetustatem, et antiquitatem litterarum*

Dentro del ámbito procedimental, se mantiene esta misma línea argumental. Así, se nos informa cómo, a tenor de lo dispuesto por los Mayorales –peritos en el preclaro Arte de la Notaría–, si un documento defectuoso o con abundantes abreviaturas se presentaba a juicio, únicamente se podía proceder a su ampliación si se contaba con la autorización del juez y con la presencia de las partes: *Solum casu in quo, minuta, aut instrumentum non elongatum, aut sine testibus, aut alio vitio exhibitum fuerit in lite, et de viribus, et legalitate illius disputetur, non erit deveniendum ad illius elongationem, nisi examinata, et probata fuerit illius legalitas cum citatione partis interessatae; et in similibus casibus solent iudices, et Regius Senatus ad partis instantiam decernere, quod maiores praeclarae artis notariae nostrae Civitatis, qui peritissimi in his solent esse, consulatur, ut dicant quid sentiunt de validitate instrumenti, et proferunt iudicium suum, cui solet stari. Ut statueretur peritis in rebus spectantibus ad suam peritiam... nam etsi veluti per sententiam iudicium hoc, a maioribus proferatur, non sunt iudices, neque aliud iudicium proferetur, quam peritorum* (261):

[Quinto] Asimismo, cuando el documento notarial era una *imbrevisatura*, esto es, una carta breve, a modo de nota (262), que precede al pergamino notarial (263), en virtud de la regla *notarius imbrevisaturae confectionem alteri committeri non potest* (264), el

---

*deficere incipiat. Tertio ut is, cui exemplatio mandatur, fit tabellio publicus. Tandem ut citata parte exemplare levetur. Sunt tamen certi casus, in quibus absque partis citatione, aut iudicis auctoritate exemplum levatum ex instrumento originali fidem facit, ut si periculum sit in mora exemplationis; quia adeo instrumentum est vetustate collapsum, ut citatio expectari non possit. Secundus quando viget consuetudo, ut absque ulla citatione instrumentum exemplari possit. Tertius si exemplatio fiat per eundem tabellionem, qui instrumentum confecit; tunc enim citatio partis non requiritur.*

(261) BAS Y GÁLCEZ, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 52.

(262) PARTIDAS 3,18,54.

(263) Vid. NÚÑEZ LAGOS, R.: "El documento medieval y Rolandino (notas de historia)". *Estudios de Derecho notarial*. Tomo I. Madrid, 1986, pp. 152-153.

(264) COMES, J.: *Viridarium artis notariatus*, Cap. 3, núm. 12: *Quartum officium est, ut his omnibus ita sedulo ornatis, totum actum ipse, sua manu, in prothocollum referat, et inscribat, imbrevisaturamque conficiat: ubi rur-*

*notarius subrogatus* carecía de potestad para su ampliación –*non debet, ut instrumento elongari* (265)–, máxime cuando en la misma no constaba, ni podían ser reemplazados, el día, el lugar o los testigos (266).

[Sexto] Asimismo, se sostendrá la inviabilidad de la extensión de la *imbreviatura* en la que, aun constando en la misma los testigos, el día y el lugar, falta la sustancia del contrato: *Imbreviatura, quae continet diem, mensem, annum, locum, et testes, si non continet substantiam contractus, non est extendenda, ut instrumentum* (267).

---

*sum notandum est, quod Notarius perinde non potest istam in prothocollum inscriptionem, vel imbreviaturae confectionem alteri etiam Notario committere. Exempli gratia, si ego Notarius partes quidem auscultassem, nomina, locum, tempus contractum, et cetera, ut moris est in charta annotassem, deinde ad Titium Notarium dicerem; quaeso tibi accipe hanc chartam, et ex ipsa imbreviaturam tute conficito, et signum in fine meum apponito, et cetera. Hoc enim non possumt.*

(265) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 56: Demum si imbreviatura non sit manu ipsius notarii praedefuncti conscripta, non debet dari locus, ut extendatur, et reasumatur. Cfr. COMES, J.: Viridarium artis notariatus, Cap. 3, núm. 20: Potest autem Notarius, qui in locum defuncti Notarii sit subrogatus, ipsum abbreviaturam alienam extendere ex Iudicis condemnatione, si pars ipsum ad iudicium vocaverit, et verbaliter ibi condemnatus a Iudice fuerit. Et hoc casu caute Faciat notarius, ut talis sententiae, sive condemnationis copiam clusam, et tabellionatum in eandem abbreviaturam consuatur, et in extensione, et extractione instrumenti attestetur seipsum notasse, et elongase, partique tradidisse in vim dictae iudicialis condemnationis in ibi consuetae. Itaque semper in practica observatur.*

(266) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 54: Non erit extra propositum advertere, quando iudex ordinarius juridice poterit decernere elongationem instrumenti in bastardello conscripti, et quando non: si enim imbreviatura dies, locus, aut testis deficiat, non debet dari locus ad elongationem... nisi defectus diei, locus, aut testium verificetur, aut supleatur aliunde, ut pura si in imbreviatura dicatur eodem die, et coram eisdem testibus, et reperiatur in bastardello, aut carta, in qua praecedens folium, aut instrumentum continet diem, locum, et testes, nam tunc poterit reasumi cum eisdem testibus, die, et loco.*

(267) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 55: Eodem modo, non debet dari locus ad extendendam imbreviaturam habentem testes, diem, et locum, si desit substantia contractus, ... Pariter si minuta inventa non fuerit inter notarii praedefuncti instrumenta, et cartas, sed extra illa, non poterit reasumi absque magna speculatione instrumentum ex illa.*



[Septimo] Finalmente se nos informa que toda imbreuiatura que no fuese "escrita por la mano del notario", aunque se hallase en su bastardello o protocolo, *non debet, ut instrumentum elongari* (268).

## 10.2. *Limita*

No obstante, la propia doctrina estatutaria (269) reconocía que,

(268) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 2, núm. 56.

(269) CASTRO, P. DE: *Consiliorum sive responsorum*, Venetiis, 1580. *Consilium* 172, núm. 1: *Videtur dicendum quod dictus notarius, cui dictae imbreuiaturae sunt commisse, non possit facere dictas ex (...) generalis commissio-nis factae, sed solum debeat scribere illud, quod reperit in imbreuiatura, nihil addito, uel diminuto... quod requiratur specialis auctoritas iudicis, ad quem pertinet interpretatio dictarum imbreuiaturam, quid sub eis voluerit notarius comprehendit ex (...) et sequentibus scripturis eiusdem notarii... quid si imbreuiatura. sentiat contrarium. quod notarius possit extendere a se ipso sine speciali iudicis auctoritate... quod alius notarius quam ille qui scripsit imbreuiaturam, nihil possit addere et ex scripturis eiusdem notarii... quod possit, licet dicat tutius esse quod fiat cum speciali iudicis auctoritate. Núm. 2: Sed breuiter omnia ista procederent, ubi non esset statutum loquens in forma de qua supra, quia tunc generalis commissio (...) simpliciter, et notarius cui fit commissio praestat simpliciter iuramentum secundum formam quam ponit Specu. in d. uer.. unde quia tunc extendendo ultra quam reperiatur scriptum, videtur facere ultra forma commissionis, et resultare potest probabilis ducere ultra formam commissionis, et resultare potest probabilis dubitatio, in qua praedicti discordant, ut dixi, sed statutum praedictum videtur hanc dubitationem (...), quia vult quod notarius cui facta est generali commissio iuret releuare secundum formam abbreviaturae notarii defuncti, et postea sundi... et formam contractum (...) et usitata per ipsum notarium defunctum, ... Nam dicta non possunt intelligi, ut aliquod operentur, nisi quando abbreviatura reperitur aliter abbreviata, quod ibi deficiunt illa quae per eundem notarium consueuerant apponi in instrumentis similibus extensis ab robur instrumenti, non mutata substantia; si.n. reperiretur extensa cum omnibus clausulis necessariis, et usitatis, posset notarius releuare virtute praecedentium uerborum dicti statuti, dum dicit secundum formam abbreviaturae notarii defuncti, nec fuisse necesse addere in statuto sequenti verba, si nolisset notarium posset illam transgredi, cum ergo non sit credendum quod voluerint statuentes uerba sequentia frustra apponere, videlicet et formam contractuum consuetam Dicendum est statutum istud voluisse dare tali notario auctoritatem interpretandi, et supplendi per se ipsum, quam consequi posset a iudice, si statutum hoc non esset, nec fuit hoc absonum statuere, scilicet ut talis notarii haberet illam auctoritatem a lege scripta, uel statuto, quam esset habiturus a iudice,*

al tener el sucesor idéntica potestad (270), *ex stylo defuncti potest etiam extendere abbreviaturas absque mandato iudicis* (271), lo que permitía exceptuar el criterio general cuando se daban algunas de las siguientes circunstancias:

Veamos cada una de estas excepciones:

[1] Cuando el *notarius subrogatus* estaba instruido en el estilo notarial de su predecesor (272).

*ne defectus, uel simplicitas notarii defuncti nimis abbreviantis suam imbreuiaturam noceret partibus... Nec obstantis si dicant, imo videtur fuisse hoc iniustum, quia si debuisset adiri iudex, ille non interposuisset auctoritatem nisi parte vocata, quae posset laedi,... sed notarius non citat partes, non adhibet causae cognitionem, unde fuisset iniustum hoc committere notario in praeiudicium partis. sed respondeo, nullum praeiudicium fit parti volenti postea ostendere praefatum instrumentum non debuisse ita extendi; quia alia instrumenta similia eiusdem, uel alterius notarii non reperiuntur ita extensa, deberet notarius audiri si vellet hoc dicere, postquam in reuelatione non fuit uocata, quia reuelatio censetur fuisse facta saluo iure suo. Ideo non vitiatur actus propter defectum citationis partis, postquam ius suum remanet saluum... qui potest assumere partes executoris, et exequi gratiam parte aduersam non vocata, et tunc reseruatur ius parti dicendi contra executionem, et etiam potest iudex adiretur. Non ergo poterit conqueri pars, postquam remanet sibi ius contradicendi, sed si non ostenderit quod allegabit, remanebit extensio firma, quod non esset si notarius sine speciali iudicis auctoritate non potuisset extendere; et si extendisset eo modo quo iudex fuisset concessus; quia omisisset unum ex substantialibus. Et in hoc fuit utilis prouissio huius statuti, quia facit extensionem factam per notarium remanere firmam, nisi probetur per aduersam partem, non sic fuisse fiendam, nec iudicem sic fuisset concessurum; licet iudicis auctoritas specialis non interueniat, tutum tamen videtur, et ita consulerem notario ad maiorem cautelam, ut in fine instrumenti mentionem faciat de particulis quas suppleuit, et quod dicat se illas reperisse in aliis instrumentis extensis eiusdem notarii, repertis in suis prothocollis in casibus similibus per ea quae no.*

(270) COMES, J.: *Viridarium artis notariatus*, Cap. 3, núm. 22: ..., *quia ad hoc eligitur successor, ut quod defunctus non potuit perficere, is qui in eius locum est subrogatus perficiat, ..., nam successor Officii eadem utitur potestate.*

(271) COMES, J.: *Viridarium artis notariatus*, Cap. 3, núm. 21: *Sed existimo successorem, qui sit in locum Notarii defuncti subrogatus, quoque ex stylo Notarii defuncti, si ipse stylus fit certus, posse hanc abbreviaturam, etcetera extendere.*

(272) COMES, J.: *Viridarium artis notariatus*, Cap. 3, núm. 23: ..., *quod Notarius, cui commissae sunt rogationes defuncti, non potest extendere*



[2] Cuando las *consuetudines* así lo permitían (273). En este sentido, Baldus DE UBALDIS menciona cómo, en primer término, se debía recurrir a lo establecido en las costumbres y al estilo de los notarios, y, en defecto de éstas, a lo que dispusieran los usos generales del Reino:

Baldus DE UBALDIS: ... *Tabellio scripsit imbreuiaturam, et non publicavit, nunc quaeritur, ut possit compleri, et publicari? Respondeo, aut loquimur de extensis dictis et cetera et ista extensio iuris interpretatione fit de similibus ad similia, secundum consuetudinem illius Notarii, et si non apparet de consuetudine illius Notarii, sit secundum consuetudinem generalem* (274).

[3] Cuando se inscribían los testigos instrumentales del contrato y de la publicación (275).

[4] Cuando constase el calendario, con la anotación del día y año (276).

No obstante, la literatura jurídica del Reino Valenciano advierte, a tenor de los postulados de la escuela estatutaria, que, en la praxis notarial, este rigorismo formal se exceptuaba cuando el defecto se suplía a través de indicaciones indirectas. Así, por ejemplo, cuando en la *imbreuiatura* se menciona que se redactó el mismo día y en presencia de los mismos testigos que se recogen en el *bastardello*

---

*hanc distinctionem et caetera sed sic imbreuiatam debet conscribere; quia Notarius, qui est subrogatus in locum defuncti: non est instructus quid defunctus senserit, et significare voluerit, ... Sed si is, qui est subrogatus, ex stylo defuncti plene sit instructus, potest extendere, et perficere, sicuti defunctus ipse potuit, ...*

(273) COMES, J.: *Viridarium artis notariatus*, Cap. 3, núm. 24: ..., *quod si ex generali consuetudine Regionis, haec dictio et cetera potest extendi, ..., longe magis potest extendi ex speciali consuetudine, et stylo Notarii, qui scripsit hanc dictionem caeteratam, ..., quod si non apparet de consuetudini ipsius Notarii, qui scripsit in instrumentum abbreviatum, haec dictio et cetera debet extendi secundum consuetudinem generalem.*

(274) UBALDIS, B. DE: *In I. II. et III Codicis Libros Commentaria*, Auth. *Si quis in aliquo*, núm. 23.

(275) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 57: ... *nisi testes instrumentales, de contractu, et publicatione instrumenti deponant, prout supra tradimus, ...*

(276) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 57: ..., *aut nisi Kalendarium, cum adnotatione diei, et anni, ...*

o en la carta que le precede *–nisi dies, locus, aut testis ex aliis suppleatur*:

Bartolus DE SAXOFERRATO: *Locus et testes appositus in uno instrumento intelliguntur repetiri in sequentibus* (277).

[5] En análogo sentido, la propia doctrina confirma que si *–de iure–* era inviable la extensión de la abreviatura cuando falta la sustancia del contrato (278), en la práctica notarial, este criterio se alteraba cuando la esencia y los documentos podían verificarse a través de los mismos testigos instrumentales, lo que permitía afirmar, a juristas como MORLÁ (279) o al propio BAS Y GALCERÁN, la viabilidad de la extensión o ampliación de la *imbrevisatura*: ... *quod limita si contractus substantia, et instrumenti verificetur eisdem testibus instrumentalibus, quia poterit eo in casu extendi, cum sufficienter per testes praedictos verificari possit contractus substantia, et instrumenti tenor* (280).

[6] Cuando los nombres de los testigos, o parte de la minuta, fueran redactados por “la mano del notario” podía dar lugar a su extensión o ampliación *–nam poterit dari locus, ut extendatur, et elongetur* (281).

(277) SAXOFERRATO, B. DE: *De edendo, Lex Argentarius*, núm. 2. Cfr. SAXOFERRATO, B. DE: *Commentaria, Super prima ff. veteris*, Tom. 1. Rub. *De Edendo, Lex Argentarius*, núm. 3: *Si notarius in prothocollo dicit, talis vendidit tali per tali pretio praesentibus testibus et cetera alius notarius extrahens illam imbrevisaturam potest illam complere et extendere iuxta consuetudine*.

(278) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 55*: *Eodem modo, non debet dari locus ad extendendam imbrevisaturam habentem testes, diem, et locum, si desit substantia contractus, ... Pariter si minuta inventa non fuerit inter notarii praedefuncti instrumenta, et cartas, sed extra illa, non poterit reasumi absque magna speculatione instrumentum ex illa*.

(279) MORLÁ, J. P.: *Emporium utriusque* Tít. 2, *Quaestio 5*.

(280) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 55*. *Vid. C. 4,19,18; C. 8,38,14*.

(281) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 57*: *..., aut lineae aliquae ex imbrevisatura, aut nomina testium, fuerint manu notarii conscripta, et caetera pars minutae, manu scriptoris proprii notarii conscripta reperiatur, nam poterit dari locus, ut extendatur, et elongetur, ...*

[7] Asimismo, cuando eran auténticos los protocolos y las matrices, se requería que fueran inscritas por la mano del notario únicamente la primera y la segunda línea de cualquier documento, siempre que constase la anotación del día y del año, así como los testigos presenciales, *et hoc sub poena privationis officii* (282):

FURS, *Rubrica De notariis*

*Los notaris, les cartes que rebran, hajan scriure en son prothocol o prima ceda de la sua propria mà, almenas los primer e sogons de cascuna de les dites cartes e los kalendaris e testimoni de aquelles, sots pena de privatió de lur offici* (283).

BAS Y GALCERÁN: ... *et si protocola authentica judicantur, solum adnotante notario manu sua propria lineas supradictas, etiam erunt imbrevisaturae, et minutae instrumentorum fideles in casu supradicto* (284).

[8] Finalmente, se manifiesta idéntico juicio si todos los documentos tenían *imbrevisaturas* escritas personalmente por un amanuense, de las que daba traslado a un *bastardello*, carta o libro del propio notario. Esta circunstancia, salvo que se pudiera probar el fraude tras una inspección ocular, permitía afirmar que se podían ampliar las *imbrevisaturas*, al presumirse que las minutas fueron puestas por el mismo notario e inscritas por su voluntad y consenso. Criterio que se hizo extensible cuando era el propio *notarius* quien realizaba la *imbrevisatura* y la colocaba entre sus documentos: *Idem judico tenendum si omnis instrumenti imbrevisatura esset a manuensis manu conscripta, sed ante imbrevisaturam, et post eam, recto ordine, adnotata reperiuntur alia instrumenta in eodem bastardello, carta, aut libro manu ipsius notarii, nam tunc (nisi ex inspectione oculari, aliqua machinari posset fraus) poterit dari locus, ut tale instrumentum*

(282) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2*, núm. 58: ... *cum ut protocolla ipsa, et matrices sint authentica, solum requiritur, quod prima, et secunda linea cujuslibet instrumenti manu notarii scripta reperiuntur in quolibet folio, et adnotatio diei, et anni, cum testibus, et hoc sub poena privationis officii, ...*

(283) FURS 9,19,4. *Vid.* GARCÍA SANZ, A.: "El documento notarial en el Derecho valenciano hasta mediados del siglo XIV". *Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática*. Valencia, 1986. I. Valencia, 1989, pp. 194-195.

(284) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2*, núm. 58.

*extendatur, et elongetur, cum probatis his extremis manu notarii conscriptis, debeat praesumi positam fuisse minutam illam ex facto ipsius notarii, et quod ex voluntate, et consensu suo conscripta fuerit. ... et suam fecit imbreuiatura notarius, qui eam inter imbreuiaturas suas, et instrumenta collocavit, ex regula quod omnia nostra facimus, quibus auctoritatem nostram, consensum, et voluntatem impartimur... (285).*

### 10.3. Obligaciones del *notarius subrogatus*

A este conjunto de reglas de actuación, al *notarius subrogatus* se le exigen unas pautas de conductas que permitan, tanto a la autoridad competente como a las partes interesadas, tener conocimiento de los documentos recepcionados:

[1] En primer término, la doctrina del *mos italicus* tardío (286) observa cómo era práctica común entre los notarios subrogados el que se procediera, como un deber propio del oficio, a manifestar y a entregar al juez del lugar las oportunas extensiones o prolongaciones de los documentos de los *notarii* difuntos –*Notarius regens prothocola praedefuncti, certis de causis tenetur de iudice edere, et manifestare iudici notas* (287).

(285) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 2, núm. 58.

(286) D. 2,13,6,2: *Exigitur autem ab adversario argentarii iusiurandum, non calumniae causa postulare edi sibi; ne forte vel supervacuas rationes, vel quas habet, edi sibi postulet vexandi argentarii causa; C. 4,21,22; c.15,X,2,22: Quum P. tabellio morte praeventus quaedam non perfecit instrumenta, quae in nota redacta fuerant ab eodem, ad petitionem eorum, ad quos pertinent, auctoritate ordinarii iudicis poteris ea fideliter in publicam fortunam redigere, habitura per hoc perpetuam firmitatem; COVARRUBIAS DE LEYVA, D.: *Practicarum Quaestionum*, Cap. 21, núm. 3: *Secundo est animadvertendum, quod mortuo tabellione, aut ejus publico munere in alium translato, iudex tenetur protocolla ipsius coram honestis viris statim accipere, et sigillo consignare, itaque consignata tradere ipsi successori recepto ab eo juramento, quod caute, integre, ac bona fide officio utetur in traducendis publicis instrumentis ab eisdem protocollis; PARTIDAS 2,18,55; RECOPIACIÓN 4,25,24.**

(287) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 2, núm. 59: *Tenentur notarii, qui notas, et protocolla notarii praedefuncti desi-*

[2] En el Reino de Valencia, en virtud de una Real Pragmática, *De la Justicia en las causas civiles de la ciudad* (288), publicada el 18 de mayo de 1676, se estableció que si un *notarius*, ya en vida o al tiempo de su muerte, encomendaba sus libros, o los que tuviera de un notario ya fallecido, a otro *tabellio*, o a una persona particular, éste, si los tenía en su poder a título de legado, donación o por cualquier otra causa, debía manifestarlo, en un período menor de diez días, al escribano de la Curia Civil (289), quien se veía obligado

---

*derant regere, et facere supradictas instrumentorum extensiones, et levare illa, manifestare, et edere protocola judici certis in casibus de jure, et hoc instante aliqua persona interesse habente.*

(288) *Pragmatica respectant a les notes dels actes rebuts per los notaris difunts, y regents de aquelles.* Valencia, 1676, fo. 7: *E primerament estatueix, ordena, y mana que tots, y qualsevols Notaris de la present Ciutat que tindran en son poder Llibres, Prothocols, Rebedors, y altre qualsevol genero de Notes de Notaris morts, així los encomanats per les Viudes de dits Notaris morts, ..., tinguen obligacio de manifestar, y ab tot effecte manifesten à la nostra Cort dins vint dies...* Asimismo, en *Pragmatica respectant a les notes dels actes rebuts per los notaris difunts, y regents de aquelles.* Valencia, 1681, fo. 9: *Item estatueix ordena y mana, que ningun Notari de la present Ciutat pug, gose, ni presumeixca autenticar ni signar acte, ni instrument algu tret dels Llibres, Notes, Protocols de tal Notari mort ab manifest fet en poder del Escriva de la nostra Cort en lo modo y forma de sus dit. Y que los Notaris regents quant autenticaran, ò signaran alguns actes trets dels Llibres, Notes y Protocols dels Notaris morts tinguen obligacio de certificar en la signatura del dits actes con los dits Llibres, Notes, y Protocols dels Notaris morts rebedors de dits actes los tenen en son poder, y en ses cases, y així mateix hachen de posar y posen en dita signatura lo dia, mes, e any en que signaran, y autenticaran los dits actes... Tot sots pena de cent morabatins...*

(289) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 60: In Rego habemus admissum, quod omnibus in casibus indistincte, et nulla parte instante, tenetur notarius regens notas praedefuncti notarii, et habens illas in sui posse titulo legati, donationis, aut alio manifestare scribae justitiae in causis civilibus urbis omnia protocola, et notas sive minutaria infra decem dies... Ita statutum habetur in pragmática a justitia in causis civilibus urbis publicata, die 18. Maii 1676. et de manifestatione debet confici instrumentum publicum a scriba, cum expresse omnium protocolorum.*

a dar certificación por escrito al encargado del archivo (290), quien debía plasmar el contenido de los protocolos en un documento público (291):

FURS, Rubrica De notariis.

*Item, que si per ventura algun notari, en lo temps de la sua mort o en vida, acomanarà o deixarà los seus libres o altres que tendrà de alcun notari mort a algun notari tenint la autoritat de la dita ciutat o ls dexarà a altra privada persona, sia provehit per sa excelencia que lo tal coman-datari, hereu, legatari o donatari dels dits libres dins deu dies sia tengut e obligat venir a notificar e manifestar a la cort los libres que li seran acomanats o deixats e prometre que, si de mà e poder seu exiran, ho notificarà a la cort; en los quals casos e casco de aquells lo scrivà de la cort del dit justícia sia obligat certificar per scrits e notificar-ho al scrivà qui tendrà lo libre perquè faça les diligèncias Jesús dites, totes les quals coses hagen a fer Aixà los dits regents los libres com los dits scrivans, sots pena de deu morabatins de or juxta forma del fur del rey En Pere, ... (292).*

[3] Una vez se hubiera realizado esta pública manifestación, el escribano procedía a anotar, en el libro de la Curia Civil, el nombre del notario receptor, lo que permitía dar fe pública de quienes ostentaban las notas y los protocolos de los notarios difuntos. A este

(290) A este respecto, BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 63, nos informará que por la manifestación de hacer y recibir los protocolos no se debía al escribano ningún salario; pero, en cambio, por la merced y por la labor de averiguar en dicho libro las notas de los notarios ya difuntos y sus receptores, se les debía un solo sueldo: *... pro manifestatione facienda protocolorum, et recipienda, non debetur scribae aliquod salarium... licet de foro antiquo quatuor denarii ei deberentur... promercede autem, et labore perquirendi indicto libro regentem notas praedefuncti notarii, solum unus debetur solidus, ...* FURS 9,19,30: *Item, que lo scrivà de la cort del dit justícia no puixa haber per continuar la manifestació que li faran sió quatre diners tant solament, e per la comanda altres quatre diners*; FURS 9,19,31: *Item, que lo scrivà que tendrà dit libre haja e sia tengut e obligat de continuar les manifestacions e certificacions que li faran francament e que no puixa haver de les persones que voldran saber en poder del qui són los libres del notari mort, sinó un sou.*

(291) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 61: *... et in instrumento debet notarius manifestans promittere, et se obligare, quod si protocola exierint a sua potestate, notum facient curiae, ...*

(292) FURS 9,19,29.

respecto, la propia doctrina foral nos informa de la existencia de un libro –en la Curia de la Justicia Civil– en el que se hallaban anotados, brevemente, y por orden alfabético, los nombres de los *notariis* difuntos y de quienes se habían llevado sus protocolos, lo que facilitaba el conocimiento de estos últimos (293):

FURS, *Rubrica De notarii*.

*Item, senyor, convé molt al bé públich que per sa excelencia sia provehit e ordenat que sia fet hun libre, en lo qual sien continuats e matriculats los noms dels notaris morts e dels qui morran en la present ciutat de València, per orde de alphabet, e lo qui tindrà dit libre haja e sia tengut continuar a l'encontre del nom de tal notari mort lo nom del notari qui regeix los libres de aquell. E lo mateix orde e stil haja de tenir quant se mudarà la regenta de tals libres, e que si los dits libres se mudaran de un notari en altre, aquell notari haja de confesar haver rebuts aquells e prometa e se obligue que, si aquells passarà en mà de altre notari, de continent ho haja de manifestar a la cort, ensemps ab lo qui pendrà la regenta de tals libres, lo qual nou regent per lo semblant sia obligat e tengut fer semblant obligació e promesa, los quals libres no puixa tenir sinó notari de València acompanyats (294).*

Esta obligación de manifestar la posesión de los protocolos notariales ante la *Curia* del juez ordinario de la ciudad o villa donde el notario difunto tenía su domicilio, recaía, cuando éstos no se hallaban en poder de otro escribano público, bien en los herederos, en los ejecutores testamentarios, en los tutores y curadores o en cualquier otra persona que los tuviera en su poder (295).

(293) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 62*: ... *factaque manifestatione adnotatur in libro curiae civilis, notarii regentis nomen, ut omnibus innotescat, penes quem reperiuntur notae, et protocola notarii praedefuncti; habetur enim in curia justitiae civilis liber in quo ordine alphabetico, et per indicem reperiuntur adnotata nomina tabellionum defunctorum, et regentium illorum protocola, ... ut quoties dubitetur de notario regente, recurratur ad refugium libri, ubi brevissime reperitur, quis notas regat, ...*

(294) FURS 9,19,28.

(295) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 64*: ... *et si eveniat quod post notarii mortem protocola apud alium notarium non reperiantur, tenentur haeredes, tutores, aut curatores, et qualibet aliae personae, penes quas sint, manifestare illa in curia iudicis ordinarii Civitatis, aut Villae, ubi notarius praedefunctus domicilium habebat tempore obitus infra decem dies, a die mortis notarii computandos, ...*



[4] Ante este supuesto, y salvo que el *notarius* difunto hubiera designado a otro notario para que se hiciese cargo de sus libros, el juez ordinario, para salvaguardar las solemnidades exigidas por la ley, tenía la obligación de nominar o designar, durante un período de diez días, a un notario de la ciudad o villa, para que se hiciera cargo de los documentos, protocolos o cartas notariales. Una vez se le hubieran entregado, el notario receptor debía dar al heredero, legatario o donatario, esto es, a quien perteneciesen los protocolos, la mitad de las ganancias que percibía por los mismos y por los documentos inscritos (296):

FURS, *Rubrica De notarii*.

*E que.ls dits libres, prothocolls e scriptures, la dita cort sia tenguda comanar realment e de fet a alcun notari de la dita ciutat, vila o loch, dins altres deu dies après següents, sots semblant pena ampicadós segons de desús. Si donchs, emperò, lo dit notari defunt, en son scrit e altra darrera voluntat, no haurà comanats o lexats los dits libres e scriptures en poder de altre notari vivent. Emperò lo dit notari, al qual los dits libres e scriptures seran comanades per la dita cort, sia tengut donar e pagar francamente e quítia la meytat de les dites quantitats o salaris e emoluments que de aquèu haurà e traurà als dits herues e succeïdors e detenedors dels béns del dit notari difunt (297).*

(296) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 25; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 65: *Et hoc in casu tenetur iudex ordinarius notarium nominare infra alios decem dies, cui tradere debet protocola... et notarius regens in casu supra tradito, medietatem emolumentorum, quae perceperit ex protocolis, et instrumentis in eis conscriptis, tenetur dare haeredi, legatario, aut donatario, cujus sunt protocola, ...* SESSÈ, J. DE: *Decisiones*, Decisio 83, núm. 21.

(297) FURS 9,19,26; 9,19,27: *Ordenam que los prothocolls o libres notals e judiciales, mort lo notari, no puxa restar sinó en poder de notari o de la cort si notari no.s trobarà en la vila o loch on tal notari tenia sa habitació, enaxí que, si lo hereu o legatari o donatari del notari no serà notari, dins XV dies los hage a comanar e posar en poder de notari públich o de la cort de la ciutat, vila o loch, sots pena de cent morabatins; e si no ho haurà fet, lo justícia sia tengut a comnar-los a alcun notari si n.i haurà o tenir-ho en son archiu fins que.s puxen acomanar a algun notari après altres XV dies, sots pena de altres cent morabatins. Enaxí que los emoluments dels dits libres se sguarden tostemps a l'hereu legatari o donatari d'aquells, satisfet per la cort de salari congruent al regent los dits libres.*



[5] En el supuesto de que los herederos o los particulares que tenían en su posesión los libros, documentos o las cartas del notario difunto no realizasen la notificación pública prescrita por la ley, el juez, conjuntamente con los Mayorales del Arte de la Notaría, tenía que acudir al domicilio donde se hallaban los protocolos y proceder a su extracción, encomendando a un notario idóneo su recepción, con la finalidad de que éstos pudieran ser autenticados (298).

FURS, *Rubrica De notariis*.

*Allò mateix ordenam ésser servat en les notes, prothocols o altres scrip-tures que huy són en poder de alguns hereus o succehidors dels notaris defunts o de altres persones qui no sien notaris, la qual cosa volem haver losch après X dies que publicat serà ab veu de crida en cascuna ciutat, vila o loch del dit regne, açò sia observat* (299).

[6] Finalmente, la literatura jurídica valenciana reconocía que, a tenor de las normas procedimentales del Ordenamiento foral, los notarios que poseían protocolos de un notario difunto podían otorgar ejemplares auténticos a los propios contrayentes y a sus sucesores únicamente cuando lo hubieran solicitado –*Instrumentorum copiae de jure solum debent dari contrahentibus, at interesse habentibus* (300)–. Criterio que, no obstante, en la praxis del Reino de

(298) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 66: Quibus non adimpletis, et custoditis, notarii et caeteri habentes protocola, incurrent poenas pecunarias morabatinorum... et tenetur judex ordinarius, elapsis supradictis diebus, simul cum majoralibus artis notariae, adire domum, ubi protocola notarii praedefuncti reperiuntur, et extrahere illa, et comendare notario regenti idoneo... Protocola notarii praedefuncti, remanere debent, ubi notarius degebat tempore obitus, Senatus sententia per Alreus, die 27. Februarii 1631. inter Elisabethem Mestre, et Ducisam de Pastrana, in qua decisum fuit procedere, etiam si notarius, in alio loco vixerit per aliquod temporis satium.*

(299) FURS 9,19,26.

(300) LEÓN, F. J.: *Decisiones, Decisio 124, núm. 5: Instrumentum edi debet a notario, quoties pars illo indiget ad fundandum suam intentionem, et sic habet notorium interesse; núm. 7: Notarius secundum styllum Rota tenetur instrumentum edere ei, qui praetendi interesse, licet non mandaverit; núm. 8: Instrumentum edi debet a notario in ultimis voluntatibus omnibus praetendentibus interesse, etiam eis, a quibus rogatus non fuit; MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 22: Itaque Notarius rogatus de instrumento, sive penes quem negotium gestum**

Valencia no se aplicaba, toda vez que este interés era verificado sin la citación de las partes, siendo suficiente, para que el juez competente decidiera otorgarla, con que alguna de las partes jurase tener interés en la obtención de una copia del documento (301). Y así, nos dirán juristas como LEÓN (302), MATHEU Y SANZ (303) o BAS Y GALCERÁN, cómo era práctica habitual entre los notarios la entrega indistinta de copias de documentos sin mandato alguno del juez, ni verificación de interés por las partes (304):

---

*est; vel qui ejus loco notas regit Judicia nominatione, non solum exemplar in membrana, sive pergaminea forma tradit parti, sed copiam authenticam in folio, quoties per eos ad quos negotium spectat, ...; BAS Y GALCERÁN, N.: Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 67: De jure notarii regentes protocola praedefuncti, aut rogati de instrumentis, illorum exemplaria authentica solum debent tradere ipsis contrahentibus, et eorum successoribus quoties ab eis petuntur... Si autem instrumenti copia petatur ab illo, qui notarium non rogavit, debet inspicere an ei intersit, et constito de interesse debet copia tradi, ...*

(301) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 2, *Decisio* 124, núm. 2: *Tabellio cogi potest a iudice, ut tradat copiam instrumenti habenti interesse, praestitot iuramento; núm. 3: Iuramentum calumniae praestari debet a petente sibi edi instrumentum pro suo interesse; BAS Y GALCERÁN, N.: Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 68: In praxi Regni Valentiae, hoc interesse verificatur absque partis citatione, nam solum iudex ordinarius, jurante in sui posse de interesse, illo, qui instrumenti copiam desiderat, decernit, quod ei tradatur, ...*

(302) LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 2, *Decisio* 124, núm. 5.

(303) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 23: *Si enim exemplar, vel copia authentica postuletur ab eo, qui non rogaverat, quia dicit quod sua interest; tunc spectatur praeceptum Judicis, qui summaria cognitione adhibita, ac iuramentum de calumnia specialiter exigit; concedit, vel negat. Quae omnia fiunt nulla parte citata regulariter, nam tanta est nostrorum Notariorum legalitas, quod raro haesitatur de veritatet contentorum in his quae subsignant.*

(304) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 69: magis possumus nos conquirere, et admirari hodie videntes in praxi, quod notarii indistincte tradunt instrumentorum copias, nulla expectata iudicis iussione, neque verificato interesse, adhuc iuramento praestito in iudicis manibus, quod sane indiget remedio competenti.*

11. *ULTIMUS CASUS: INSTRUMENTUM A NOTARIO ROGATO SIGNATUM, SI IN PROTHOCOLO NON INVENITUR DESCRIPTUM, NON PROBAT*

Partiendo de la acepción semántica de la voz *Prothocolo* –*prima literarum collatio in carta* (305)–, y del deber que tiene todo notario de conservar sus protocolos (306), la doctrina del *mos italicus* tardío se cuestionó el valor de un documento cuando no se hallaba dentro de los protocolos notariales, lo que podría determinar, en palabras de Covarrubias, *non habeat justam nec legitimam auctoritate* (307):

Ludovicus PONTANO: *Tertio, quia ideo in Constantinopolitana civitate, non reperto Protocolo annullabatur fides instrumenti, quia ibidem debebat Notarius ipsorum contrahentium voluntatem in Protocolo, ad Matricem scripturam redigere, ut attestatur legislator in authentico de Tabellionibus* [Nov. 45,2], *et idem in civitate Romana consuetum est...* (308).

Siguiendo la autoridad textual del *Corpus Iuris* (309) y de la li-

---

(305) COMES, J.: *Viridiarium artis notariatus*, Cap. 3, núm. 2; COVARRUBIAS DE LEYVA, D.: *Practicarum quaestionum, De fide instrumentorum*, Lex 19, núm. 2: ... *quasi primam membranam, aut primum orationis seu scripturae membrum...*

(306) COMES, J.: *Viridiarium artis notariatus*, Cap. 3, núm. 2: *Notarius habere, et conservare tenetur prothocolum, summa cum custodia omnes contractus, seu actus in eo notando, de quibus rogatus fuerit*; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. 1, Resolutio. 3, Cap. 1, núm. 42: *Secunda conclusio Protocolum semper, et ubique penes se Notarii retinere debent... Quae scriptores ipsi, et eorum successores debent custodire, et partibus exhibere alias tenentur ad interesse*; PARTIDAS 3,19,9; RECOPIACIÓN 4,25,13: *Mandamos que cada uno de los Escrivanos aya de tener, y tenga un libro de Protocolo enquadernado en pliego de papel entero, en el qual aya de escribir, y escriba por extenso las notas de las escrituras que ante el passare...; 4,5,44: ... hayan de quedar Registros, y Protocolos en poder de los susodichos, los quales Protocolos, y Registros se escriban enteramente en papel sellado...*

(307) COVARRUBIAS DE LEYVA, D.: *Practicarum quaestionum, De fide instrumentorum*, Lex 19, núm. 2: ... *non esse habendam fidem instrumento semel solemniter dato a tabellione, ex causa, quod protocollum non appareat, ...*

(308) PONTANO, L.: *Consilia ludovici Romani*. Lugduni, 1565.

(309) C. 2,1,7.

teratura jurídica posestatutaria (310), la doctrina foral reconoció, frente a *alii docentes* (311), el valor probatorio pleno del documento

(310) *Vid.*, en el ámbito del *mos italicus tardío*, GRATIANUS, S.: *Disceptionum forensium*, *Discept.* 877, núms. 7-8: *Quia ibi constabat, quod litterae facultatis non fuerunt praesentatae, quamvis per notarium, seu executorem assereretur illas vidisse, cum in istis illorum assertioni non stetur. Aliud est in casu nostro, in quo adest registratio facultatum in actis ex qua sola existentia inducitur notitia absque alia probatione*; COVARRUBIAS DE LEYVA, D.: *Practicarum quaestionum*, Cap. 10, núm. 3: *Quibus satis profecto constat, huic instrumento, quod esse originale probavimus, fidem dandam omnino esse, licet non appareat protocollum, cum hoc sit originale, non exemplar*; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. 1, *Resolutio*. 3, Cap. 1, núm. 47: *... ut instrumento authentico, sine Protocolo, fides sit adhibenda in iudicio, Protocoli amissio plene probanda est, per Notarium, aut alium qui edere debet*; CASTEJÓN, G.: *Alphabetum iuridicum*. *Verbo instrumentum*, núm. 17: *Et an, faciat fidem instrumentum, notarii signo, et subscriptione, carens*. *Marescot.* lib. 2, var. cap. 68, PAULI MELI, I.: *Quotidianae Observationes Forenses: in quibus singulares controversiae dicuntur, cum decisionibus Sacrae Rotae Romanae hactenus non impressis*. Lugduni, 1670; *observatio* 108, núm. 7: *Ex quibus simul iunctis concluditur dictum exemplum instrumenti sublocationis facere omnimodam probationem, neque obstat, quod adhibita omni diligentia instrumentum huiusmodi non reperiatur in protocollo D. Policarpi de Meninis, qui asseritur de illo rogatus, et consequenter censeatur probata negatiua*; núm. 8: *... nam si ageretur de instrumento ab originale sumpto, et in publicam formam a Notario rogatus redacto, utique ex rimatione protocolli, si non reperiretur instrumentum non corrueret... quoniam non sequitur in protocollo Notarii, non reperitur protocollatum instrumentum sublocationis*.

(311) AZEVEDO, A.: *Commentariorum ad l. 3, Tít. 5, Lib. 4 Recop.*: *Quae tamen originalia sunt haec, quae tunc (Cum de falso instrumenta redarguuntur), edi debent, dubitari poterat, scilicet an esse deberent originalia ipsa, quae in Protocolo Tabellionis, remanserunt: an vero transumptum originale in processu semel praesentatum, et recuperatum amissa eius copia, et in hoc succincte dico, quod si copia instrumenti praesentati in processu dimissa redargitur de falso, tunc sufficit transumptum per partem recuperatum edi: Nam et illud originale dicitur secundum glosam*; COVARRUBIAS DE LEYVA, D.: *Practicarum quaestionum*, Cap. 19, núm. 3: *non esse habendam fidem instrumento semel solemniter dato a tabellione, ex causa, quod protocollum non appareat. Primum, ubi non est actum de contractu in scriptis celebrando, nec in scriptis factus fuerit... Potuit enim multis casibus protocollum perdi. Et ita praesumi potius debet, quam quod detrahatur fidei jus instrumenti, quod est originale, et solemniter confecto...*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 71: *Contrarium tenet alii docentes valde suspectum esse, et nihil probare instrumentum, quod in*

firmado por el notario, aunque no se pudiera tener constancia de su registro en el libro de protocolos (312): *instrumentum signatum a Notario fidem facit, etiam si prothocolum fuerit amissum* (313):

Baldus DE UBALDIS: ..., unde in contrarium est ius commune, et ideo standum est instrumento publico, licet non appareat de protocollo, et est ratio quia ex quo per Notarium rogatum instrumentum est redactum et mundum, et ipsum est verum originale... Adde hoc verum, nisi contractus esset celebratus in scriptis, quia tunc in prima scriptura stat substantia unde, nisi probaretur casu fortuito fuisse perditam non esset standum trasumpto, ... (314).

Manifestación visible de esta concepción cabría hallarla en el rechazo del criterio *amissio prothocoli debet de iure probari* (315). Así,

*protocolo conscriptum non apparet.*; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. 1, Resolutio. 3, Cap. 1, núm. 6: *Instrumentum levare non potest deficiente Protocolo*. Cfr. RECOPIACIÓN 4,5,3.

(312) Cfr. C. 4,21,4; C. 4,21,5; C. 4,24,5.

(313) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 70: *Ultimus casus qui venti considerandus, est, si instrumentum reperiatur a notario rogato, aut eius successore levatum a protocolo, et recognito protocolo, in illo non apparet continuatum, aut aliter descriptum reperitur, quam levatum, aut ipsum protocolum non invenitur. Si protocolum non inveniatur, tenendum est, instrumentum fidem facere, et authenticum esse*; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. 1, Resolutio. 3, Cap. 1, núm. 47: *Quinta conclusio, ut instrumento authentico, sine Prothocolo, fides sit adhibenda in iudicio, Protocoli amissio plene probanda est, per Notarium, aut alium qui edere debet, ...*

(314) UBALDIS, B. DE: *In IIII et V Codicis Librum Commentaria*. Rubrica *De fide instrumentorum*, núm. 3.

(315) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 71: *Sed an, ut fides adhibeatur simili instrumento, probari debeat amissio protocoli plene, non est in comperto apud DD. quia aliqui docent, non requiri, quod plene probetur protocoli admissio, etiam si contractus fuerit inscriptis celebratus, sed sufficere, quod praesumptive constet amissum esse protocolum, ut si non appareat*. Cf. COVARRUBIAS DE LEYVA, D.: *Practicarum quaestionum*, Cap. 10, núm. 3: ..., ac suspicione, vel ex alia praesumptione, *Tabellionem torqueri posse quoties non reperitur protocolum instrumenti producti: nisi ipse probaverit casu vel alias prothocollum perditum fuisse*; PAULI MELI, I.: *Quotidianae Observationes Forenses*, observatio 108, núm. 9: *ergo illud receptum non fuit, quia potuit recipi instrumentum, et non protocollari, vel si fuit protocollatum potuit subtrahi, et sic probatio illa negatiuae neccessario non concludit*.

si en el ámbito de la tradición romanística (316), el reconocimiento del valor jurídico-probatorio de un protocolo se advierte cuando se afirma que su pérdida se debía constatar fehacientemente, no siendo suficiente la mera presunción; por el contrario, en la praxis del Reino de Valencia, no fue exigida la plena prueba de la pérdida del protocolo original, siendo suficiente la presunción de veracidad del documento notarial: *Et in nostra praxi hoc videtur admissum, nam fere nunquam curatur de probanda protocoli amissione, ut fides detur instrumento a protocolo levato, de jure autem verius est, protocoli amissionem esse plene probandam, ut similibus instrumentis fides dari possit, ...*(317).

(316) C. 4,21,4: *Illatae dispensatori pecuniae, si ob amissorum instrumentorum casum probatione defeceris, inspectio rationum fiscalium fidem demonstrabit*; C. 4,21,5: *Sicut iniquum est, instrumentis vi ignis exstinctis debitores quantitatum debitarum renuere solutione, ita non statim casum conquerentibus facile credendum est. Intelligere itaque debetis, non existentibus instrumentis, vel aliis argumentis probare, fidem precibus vestris addesse*; C. 4,24,5 ; UBALDIS, B. DE: *In IIII et V Codicis Librum Commentaria*. Rubrica *De fide instrumentorum*, núm. 39: *Unde nisi probabatur casu fortuito fuisse perditam, non esset standum transumpto*; MENOCHIVS, I.: *De praesumptionibus*, Lib. 6, *Praesump*, 61, núm. 19: *... quando constat rem peruenisse ad aliquem: qui quidem non negat: peruenisse: sed dicit, casu illam perdidisse... distinguit, quod aut iste tenetur exhibere rem Iudice officio, aut iure actionis. Primo casu creditur iuramento huius afferentis, rem illam amisisse... Secundo casu, quando scilicet tenetur exhibere iure actionis, non creditur eius iuramento, rem amisisse: sed debet manifestis probationibus amissionem probare... Et idem est quando rem esse amissam, est causa actionis. Nam tunc ille, quia afferit fuisse casu amissam, probare id debet manifestis probationibus... ibi enim argentarius, apud quem rationes fuerunt, dum petit fieri edi ab altero rationes, ob id, quod casu proprias amisit, casum illum amissionis probare debet*. GRATIANUS, S.: *Disceptationes Forensis*, Cap. 262, núm. 18: *Verum esset quod requisitus ad exhibendam posset admitti ad iuramentum ad probandum amissionem scriptura*; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. 1, *Resolutio* 3, Cap. 1, núm. 46: *... quod licet alias dum per Notarium probatur Protocolum fuisse deperditum; instrumento authentico ab ipso levato fides, sit adhibenda, hoc tamen cessat, ubi reperitur Protocolum vitiosum, et inualidum, tunc enim cessat praesumptio, quae militat pro instrumento authentico*.

(317) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 71: *Contrarium tenet alii docentes valde suspectum esse, et nihil probare instrumentum, quod in protocolo conscriptum non apparet...*

Una vez admitido que el documento redactado por un notario hace plena fe, aunque no se halle en el protocolo *–plenam fidem faciet instrumentum supradictum, nunc reperiatur continuatum supradictum, nunc non reperiatur–*, la propia literatura jurídica valenciana reconoce una serie de limitaciones a este criterio general, lo que le lleva a establecer una serie de reglas de interpretación:

[*Primo*] Cabe advertir una limitación a este criterio general cuando el documento no era elevado y firmado por un notario rogado, sino por su sucesor *–subsignatum–*. En este sentido, la doctrina nos informa que si, ante la obligación que tiene el *notarius subrogatus* de elevar un documento a la matriz o al protocolo, éste no se encuentra en el protocolo, recaería sobre su persona la sospecha de fraude y, por extensión, el documento no alcanzaría valor probatorio *–erit suspectum, et nihil provabit–*, lo que permitiría encuadrar a este supuesto dentro de la línea argumental de quienes sostienen que un documento no inscrito nada prueba (318).

[*Secundo*] Regla que, a su vez, se excepcionaba cuando el protocolo o bien aparecía desgarrado, roto o deteriorado, o bien se hallaba alguna hoja desgarrada o cortada, en cuyo supuesto el *instrumentum* tendría plena fiabilidad (319).

[*Tertio*] Por el contrario, si el documento se hallaba en el protocolo (320), pero no coincidía con un manuscrito elevado y rubricado

(318) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2*, núm. 73.

(319) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2*, núm. 73: ... *plenam fidem faciet instrumentum supradictum, nunc reperiatur continuatum supradictum, nunc non reperiatur. Secus erit si non a notario rogato, sed ab illius successore instrumentum levatum, et signatum appareat, nam cum successor levare debeat instrumentum a matrice, aut protocolo, si instrumentum in protocolo repertum non fuerit, erit suspectum, et nihil provabit, et in hoc casu judico esse veram secundam sententiam, nisi appareat protocolum laceratum, aut ruptum, et diritum in parte illa qua instrumentum reperiri debebat, nam fidele erit instrumentum, et ut eius fides sustineatur praesumendum erit a protocolo sublatum ut recte probatur ex doctrina Pauli Meli...*

(320) COMES, J.: *Viridarium artis notariatus, Cap. 3, núm. 4*: *Neque frustratoria, otiosaque haec est observatio: quandoquidem saepe accidit, ut casu aliquo deperdito instrumento ad prothocollum, seu imbreviaturam fiat recursus, ea sunt, quae perinde probat prothocollum, atque ipsum ex-*



en escritura pública, se debía recurrir a la fe del protocolo (321), tal y como se desprende del contenido de una sentencia de la Real Audiencia, por Alreus, el día 1 de febrero de 1613, entre Lorenzo Velasco y Gabriel Rovira:

*tractum: immo si dubium esset, seu contraversia inter prothocollum, et extractum, tunc magis statur prothocollo, modo illud sufficienter omnia substantialia illius negotii contineat; PAREJA QUESADA, G.: De universa instrumentorum, Tít. I, Resolutio III, Cap. I, núm. 40: ... ubi contractus in scriptis praecesserit, et firmiter tenendum fore arbitramur nulla distinctione adhibita, quod ubicumque agatur in iudicio de viribus instrumenti ab ipso met Notario leuati et quod originale appellatur semper recurrendum esse ad Protocolum, et Matricem, ex cuius fide, et authoritate pendet, instrumentum ab ipso leuatum esse authenticum, et illi fidem adhibendam, et ne ex hac generali regali constituta obscuritas possit oriri, aliquas in praesenti annectere decruimus conclusiones in materia Protocoli, ex quibus clarior, et tractabilior secundum iuris ordinem reddetur nostra disputatio; núm. 48: ... quoties de viribus instrumenti etiam authentici contentio oriatur, aut duo adsint instrumenta inter se discordantia, dum tamen de eadem re sint confecta, semper, et ubique recurrendum esse ad imbreuiaturam, siue Protocolum, ut es illo veritas erui possit fatetur textus. ... ex scriptura enim originali instrumentum extensum verificatur, si apparuerit Notarium, siue Tabellionem in transcribendo errasse... quod si est varietas inter instrumentum, et librum Notarii, standum est libro.*

(321) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 74: *Et si evenerit, quod instrumentum in protocolo reperiatur, sed non convenerit, cum instrumento levato, et signato, recurrendum est ad protocolum, cui in dubio magis statur, quam instrumento inde levato... Vid. D. 2,13,6,9-10; GRATIANUS, S.: Disceptionum forensium, Discept. 877, núms. 7-8: Quia ibi constabat, quod litterae facultatis non fuerunt praesentatae, quamvis per notarium, seu executorem assereretur illas vidisse, cum in istis illorum assertioni non stetur. Aliud est in casu nostro, in quo adest registratio facultatum in actis ex qua sola existentia inducitur notitia absque alia probatione; Disc. 548, núm. 28: ... adeo ut stante diuersitate inter literas, et supplicationem, potius debeat attendi supplicatio tanquam matrix, Discept. 548, núm. 29: in simili loquitur de prothocollo, cui potius statur, quam publico instrumento, núm. 30: Adeo ut per istam matricem, seu prothocollum probetur fuisse commissum errorem in authenticando scripturam, vel instrumentum datum parti; PAREJA QUESADA, G.: De universa instrumentorum, Tít. 1, Resolutio 3, Cap. 1, núm. 48: ... quoties de viribus instrumenti etiam authentici contentio oriatur, aut duo adsint instrumenta inter se discordantia, dum tamen de eadem re sint confecta, semper, et ubique recurrendum esse ad imbreuiaturam, siue Protocolum. ... quod si est varietas inter instrumentum, et librum Notarii, standum est libro.*



*Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 1 Februarii 1613, inter Laurentium Belasco, et Gabrielem Rovira.*

*..., instrumentum levatum, si non concordet cum prothocolo, standum est prothocolo (322).*

Bartolus DE SAXOFERRATO: *... quod si est varietas inter instrumentum datum parti et librum notarii potius est ut dendum libro notarii (323).*

[Quarto] Mayor disparidad doctrinal hallamos cuando el documento elevado a escritura pública concuerda con el protocolo, pero se opone a la matriz o a las minutas, dado que, dentro del ámbito doctrinal del *ius commune*, se duda entre la preferencia por el protocolo o por la matriz. A esta polémica doctrinal se sumarán los juristas valencianos, quienes sostendrán que, cuando un documento “reanudado” concuerda con el protocolo y difiere de la minuta o matriz, se ha de entender que el mismo carece de valor probatorio, al recaer sobre él la sospecha de su falsedad (324): *Si autem instrumentum levatum concordaret cum protocolo, et repugnaret matrici, sive minutae, dubitant Doctores an potius protocolo quam minutae stari debeat, multi tenent standum esse protocolo... Alii tenent potius esse credendum matrici, quam protocolo... Ego distinguendum judico, an instrumentum reassumptum concordet cum protocolo, et a minuta, aut matrice discordet, nam tunc instrumentum non probat, sed est de falso suspectum (325).*

[Quinto] Dentro de este conjunto de reglas de interpretación, doctrina y jurisprudencia sostiene que cuando el documento elevado a escritura pública difería del protocolo y de la matriz o minuta, debía prevalecer la matriz, por ser ésta “el origen del documento”. No en vano se sostendrá que si dos copias fueran firmadas por

---

(322) ARV. Sentencia de la Real Audiencia. Signatura 2341, Caja 867.

(323) SAXOFERRATO, B. DE: *Digesta*, Rub. *De edendo*, *Lex Pretor ait*, núm. 3.

(324) MASCARDUS, J.: *Conclusiones probationum omnium quibusvis in utroque Foro versantibus, practicabiles, utiles, necessariae*. Francofurti ad Moenum, 1684. *Conclusio*, núm. 3: *... quod si aliqua sit differentia inter protocollum et instrumentum assumptum, et exemplatum, atque in publicam formam redactum, semper recurrendum est ad protocollum, et illis potius semper standum est, quam quibuscunque aliis scripturis assumptis, et exemplatis ex eo.*

(325) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, núm. 75.

un notario, debería permanecer la que más se correspondía con la matriz. Criterio del que hallamos constancia en una sentencia de la Real Audiencia de Valencia, publicada por Alreus, el día 20 de julio de 1630, entre Domingo Royo y Rufina Sabater (326):

*Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 20 Julii 1630, inter Dominicum Royo, et Rufinam Sabater.  
..., instrumentum discordat a prothocolo, et a matrice, debet regulari, et levari juxta matricem (327).*

[Sexto] Por el contrario, si el *instrumentum* no estaba todavía elevado a documento público, si se hallaba discordancia entre el protocolo y la matriz, debía prevalecer lo dispuesto en el protocolo (328):

*Senatus sententia publicata per Ioannes Daza, die 28, Junii 1618, inter Martinum Joanem Ares et Elenam Montañana et de Ximeno, confirmata in alia Aula, die 15 Septembris 1618.  
..., instrumentum non levato, si discordent prothocolum, et matreix, levandum est prout in prothocolo (329).*

Criterio que se limitaba cuando se podía dar fe de que el protocolo estaba viciado, porque todo documento elevado a fe pública de un *prothocolum* viciado era, *ipso iure*, nulo (330).

(326) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 76: Si vero instrumentum levatum discordet a protocolo, et matrice, aut minuta, tunc judicio standum esse matri, et minutae, quia est prima instrumenti origo... Unde si duo copiae fuerint a notario signatae, debet stari illi, quae correspondet magis matri, ...*

(327) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 2381. Caja 232.

(328) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 77: Et si instrumentum adhuc levatum non fuerit, et reperiatur discordantia inter protocolum, et matricem, debet levare prout in protocolo reperitur, nam non nisi a protocolo levatur... Et videtur de mente Senatus, praemavime, si testium depositionibus corroboretur, quod in protocolo invenitur, ...*

(329) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 7615. Caja 325.

(330) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, núm. 78: Quod limita si protocolum fuerit vitiatum, nam instrumentum a protocolo vitioso levatum nullius est momenti, uti procedens ex radice infecta... Et casu in quo instrumentum reassumptum discordaret a protocolo, et concordaret cum matrice, non erit authenticum, quia cum debeat levare*

No obstante, en la jurisprudencia de la Real Audiencia de Valencia se observa cómo, en verdad, se permitía juzgar lo contrario. Y así, cuando el protocolo no concordaba con las abreviaturas, si en éstas se hallaba consignado el día, los testigos y demás requisitos necesarios, el *instrumentum reassumptum* gozaba de pleno valor probatorio cuando concordaba con la imbreviatura, y no el protocolo (331):

*Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 3 Octobris 1627 inter Franciscam Sanchis et Curatores Jacobi Planelles. Imbreviaturae discordante a prothocolo, juxta veriolem, potius credendum est, si perfecta reperitur (332).*

---

*a protocolo, non erit fidele, si cum protocolo non concorderet, ... Cf. GRATIANUS, S.: Disceptationum forensium, Cap. 899, núm. 17: Additur defectus loci qui tamen debebat apponi, adeo quod illo non opposito resultet clara nullitas instrumenti, cum ista appositio sit una ex perfectionibus in eo requisitis. CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL: Quotidianatum Controversiarum. Lib. 2, Cap. núm. 46: nec censentur voluisse ex perceptione interesse recedere a prima obligatione depositi iam contracta, illamque novare; PAREJA QUESADA, G.: De universa instrumentorum, Tít. 1, resolutio 3, Cap. 1. núm. 46: ... instrumentum desumptum ex Protocolo, seu Registro vitioso nullius est momenti, tanquam palmes procedens a radice infecta, núm. 60: Ex Protocolo informi, et carente solemnitatibus instrumentum levatum nullam fide facere resolvitur. RECOPIACIÓN 4,25,13: So pena que la escritura que de otra manera se diere signada sea ensi ninguna, y el Escrivano que la hiziere pierda el oficio, et cetera.*

(331) BAS Y GÁLCEÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 2, núm. 79: *Licet verius in sententia multorum judicetur contrarium, quia discordantibus protocolo, et imbreviatura, si haec reperiatur cum die, testibus, et aliis requisitis necessariis, instrumentum reassumptum, etiam si a protocolo discordet, dummodo cum imbreviatura concordet, erit fidele, et potius imbreviaturae credi debet...*

(332) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 715. Caja 436.

# **NOTAS SOBRE EL SENTIDO DE LA INCORPORACIÓN AL SUELO EN LA HIPÓTESIS DE CONSTRUCCIÓN EN SUELO PROPIO CON MATERIALES AJENOS DEL ARTÍCULO 360 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL**

**Juan Ignacio Pinaglia-Villalón y Gavira**

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho civil

## **RESUMEN ARTÍCULO:**

En este artículo abordamos el requisito de la incorporación –provista de determinadas características– como presupuesto de la adquisición por accesión en la hipótesis del artículo 360 del Código Civil español: incorporación en suelo propio con materiales ajenos. En dicha hipótesis, la incorporación al suelo representa el hecho constitutivo de la accesión, como evento material al que se conecta el efecto jurídico de la adquisición de la propiedad por parte del dueño del suelo. Contemplado el fenómeno de la accesión desde el punto de vista de la incorporación, la accesión consiste en el hecho material de la unión o incorporación de una construcción, plantación o siembra al suelo. Si, por tanto, la causa de la adquisición de las cosas incorporadas al suelo se identifica con el hecho material de la incorporación, la propiedad del suelo representa únicamente el título para una adquisición que encuentra su *ratio* o justificación sustantiva en el interés social a la integridad de las construcciones y en la exigencia de no favorecer la coexistencia de diversos derechos sobre la misma cosa.

## **PALABRAS CLAVE:**

*Incorporación*

*Accesión*

*Adquisición de la propiedad*

*Construcción*

Como indica el título, en las siguientes páginas pretendemos analizar, fundamentalmente, el requisito de la incorporación al suelo como presupuesto de la adquisición por accesión en la hipótesis del artículo 360 del Código Civil español.

Y para abordar dicha cuestión hay que comenzar precisando la noción de las cosas que pueden incorporarse al suelo y ser objeto de accesión según el Código Civil. En este sentido, los términos "edificación, construcción u obra" que aparecen en los artículos 358 y siguientes delimitan una noción amplia y genérica, idónea para comprender cualquier obra existente sobre el suelo, ya sea realizada la incorporación por la mano del hombre o de modo natural (1). Y el término "suelo" también hay que entenderlo en sentido amplio, comprensivo tanto del terreno natural (*res soli*) como de los mismos edificios, de modo que no existe inconveniente alguno para extender la regla de la accesión a las obras que estén unidas a un edificio, o a otra construcción, antes que directamente al suelo (2). Por otra

---

(1) Díez-PICAZO afirma que bajo el nombre de edificación, construcción u obra, el Código se está refiriendo a toda actividad por virtud de la cual se incorpora al suelo una nueva instalación. De modo que, añade, el concepto de edificación se equipara así a lo que el artículo 334 del Código Civil llama construcciones de todo género adheridas al suelo, v. gr., un puente, una presa, una piscina, etc. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, III, 5.ª edición, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 296-297. En el Derecho italiano, véase TABET (Andrea)-OTTOLENGHI (Enzo)-SCALITI (Gabriella), *La proprietà*, 2.ª ed. íntegramente rev. e corr., en "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale", Utet, Torino, 1981, pp. 847-848.

(2) Una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de octubre de 1962 aplicó el artículo 361 del Código Civil a un supuesto de construcción de buena fe donde la nueva construcción se había levantado sobre el último piso de un edificio ya construido, lo que lleva a identificar suelo con toda superficie inmobiliaria que sea apta para admitir y soportar sobre ella una edificación, plantación o siembra. En esta línea, LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derechos reales*, vol. primero, *Posesión y propiedad*, 3.ª ed., reimp. rev. 1991, José María Bosch Editor, SA, Barcelona, 1990, parágrafo 14, núm. 58, p. 159. En contra, SERRANO ALONSO, Eduardo, "La accesión bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 Código Civil", en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1981, p. 677, que afirma que "la regla general estimo que debe ser la de identificar el suelo con superficie terrestre, pues lógicamente es sobre la citada superficie sobre la que se construye". A favor del entendimiento en sentido amplio del término suelo en el Derecho

parte, es indiferente que se trate de una obra nueva en su totalidad o que sea reedificación o una mera reparación de otra existente o una ampliación de la misma (3).

La interpretación extensiva es asimismo aplicable a los términos "siembras y plantaciones". Dichos términos indican el acto de sembrar o plantar, es decir, el acto de poner o meter en tierra una planta para que viva en ella o una semilla para que crezca una planta, y el resultado de tales actos, es decir, el conjunto de lo sembrado o de lo plantado. Para los fines de la normativa en materia de accesión, el término "plantación" comprende tanto la agrupación de plantas o vegetales como unos escasos árboles, agrupados o diseminados en el fundo, o una sola planta o un solo árbol, de cualquier clase que sea, que se encuentre unido al suelo (4). Interpretación extensiva que responde a la *ratio legis* de dicha normativa, consistente en evitar que se produzca una propiedad separada entre los árboles y el suelo. Ahora bien, para la aplicación de lo dispuesto en los artículos 360 (derecho del dueño de los materiales a retirarlos sin que por ello perezcan las plantaciones) y 361 (derecho del dueño del terreno en que se planta a obligar al plantador que ha actuado de buena fe a pagarle el precio del terreno) del Código Civil, tiene relevancia distinguir si se trata de una plantación o de árboles que no llegan a constituir tal. En el supuesto del artículo 360, es evidente que el perecimiento de la plantación a consecuencia de la retirada de los materiales habrá que apreciarlo de modo diferente según que afecte a un árbol o a una agrupación de árboles en los que concurra

---

italiano, BRANCA, Giuseppe, "Accessione", en *Enciclopedia del Diritto*, I, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958, núm. 8, p. 267.

(3) Díez-PICAZO: ob. cit., p. 297. Afirma ALONSO PÉREZ que no tiene mucho sentido excluir las reparaciones y obras parciales, cuando el artículo 358 del Código Civil se pronuncia con una extensión manifiesta, añadiendo a "lo edificado, plantado o sembrado... las mejoras o reparaciones...". ALONSO PÉREZ, Mariano, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO, tomo V, vol. 1.º (artículos 333 a 391 del Código Civil), 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1990, p. 326. En sentido contrario al expuesto, LACRUZ, *ibidem*.

(4) En el Derecho italiano, véase en el mismo sentido, con referencias jurisprudenciales, TABET-OTTOLENGHI-SCALITI, ob. cit., p. 847.

la condición de ser suficientemente numerosos y homogéneos para formar un complejo (5), como veremos posteriormente (6).

En conclusión, la referencia textual en nuestro Derecho no sólo a entidades que se caracterizan por la adición de materia (construcción, plantación o siembra), sino también a las mejoras o reparaciones, impide excluir de la previsión legal aquellas transformaciones del inmueble que no se distinguen precisamente por añadir materia, como, por ejemplo, los trabajos de desecación, desmonte de un bosque, drenaje, que constituyen simple mejora del bosque (7).

---

(5) Plantación en sentido estricto, en la que los árboles –elementos componentes de la plantación– imprimen el destino a la finca donde se encuentran enclavados, siguiendo a PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás, *La disociación jurídica de la plantación y el suelo (a propósito de los conceptos de bien, parte integrante y accesión)*, Ediciones Tat, Granada, 1988, pp. 19 y ss.

(6) En el supuesto del artículo 361, afirma PÉREZ CÁNOVAS (ob. cit., pp. 18-19) que a los efectos de poder atribuir al dueño del suelo la facultad de optar por obligar al plantador de buena fe a pagarle el precio de la finca plantada, habrá de tratarse de una plantación en sentido estricto, quedando por tanto excluido un solo árbol o un grupo de árboles que no merecieran tal calificación, casos en los que el propietario del terreno queda obligado a adquirir el árbol o esos cuantos árboles que no tienen el carácter de plantación, previa la correspondiente indemnización al plantador.

(7) Por el contrario, el Código Civil italiano, en su artículo 934, sólo se refiere a entidades que se caracterizan porque suponen una adición de materia –plantación, construcción u obra–, planteándose el problema de la extensión de la previsión legal a aquellas transformaciones del inmueble privadas de tal caracterización, y en particular a las mejoras. En consecuencia, afirma PARADISO, es necesario preguntarse si entran en la previsión legal “obras” consistentes en una mera transformación o diversa disposición de los componentes materiales del inmueble –como la roturación, la nivelación del terreno y la excavación de un pozo–, hasta aquellas otras “obras” que se caracterizan a lo más por la retirada de material, antes que por la adición de materia, como el drenaje de un canal o el desagüe de un fundo. Es claro que en estas últimas hipótesis –que constituyen indudablemente mejoras en sentido técnico– se está en presencia de un suministro de trabajo, y de gastos en sentido propio, antes que de una adición. Sin embargo, añade el citado autor, no parece dudoso que también tales transformaciones pertenecen al propietario del suelo, constituyendo de todos modos una “obra” incorporada al suelo, planteando en el mejor de los casos, eventualmente, otros problemas, relativos a la tutela de las razones de quien haya realizado tales trabajos o contribuido a los gastos. PARADISO, Massimo, *L’accessione al suolo*, en “Il Codice civile: Commentario”, diretto da Piero SCHLESINGER, artt. 934-938, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 25.

Por lo que se refiere a la relación entre las obras incorporadas (bienes muebles) y el suelo (bien inmueble), hay que decir que dicha relación no reviste características especiales. El único perfil relevante es la unión inseparable entre cosas pertenecientes a diversos propietarios. La relación entre bienes muebles y suelo es tomada en consideración por la ley como relación de conexión material entre ambas cosas: para la incorporación se requiere la unión material o adherencia física (8). En virtud de esa conexión o unión material, suelo y construcción (9) constituyen, físicamente y jurídicamente, una única entidad, con respecto a la cual no se concibe una separación dominical entre suelo y construcción. El vínculo material da lugar a una nueva individualidad, en la que la cosa accesoria (construcción) es parte integrante de la cosa principal (suelo). De modo que el suelo, unido a sus elementos accesorios, viene a hacerse objeto unitario de derechos. La unión inseparable atribuye a las cosas unidas carácter unitario, hasta el punto que la ley concibe, o una situación de condominio, o una titularidad exclusiva sobre el todo, que es lo que se produce como consecuencia del principio de accesión (10).

El suelo, único y verdadero inmueble, comprende todo lo que a él se incorpora. En virtud de ello, la cualidad de inmueble del suelo viene comunicada, por extensión, a las cosas muebles incorporadas, que a partir de ese momento serán también bienes inmuebles, perdiendo las cosas unidas al suelo, en la unidad del complejo, su cualidad mobiliaria, su individualidad y su autonomía (11). Desde el mismo momento de la incorporación, por suelo es necesario entender no solamente el terreno, sino además la construcción, que

---

(8) BIONDI, Biondo: *Los bienes*, traducción de la segunda edición italiana, revisada y ampliada, con anotaciones sobre el Derecho español, por Antonio DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, 2.<sup>a</sup> edición, Editorial Bosch, SA, Barcelona, febrero 2003, p. 220.

(9) Según Díez-PICAZO (ob. cit., p. 297), se puede utilizar la idea unitaria de "construcción", porque es más extensa y engloba mejor todas las hipótesis que el Código, aunque diferencia, somete a un régimen jurídico unitario.

(10) PUGLIATTI, Salvatore, "Cosa: (Teoria generale)", en *Enciclopedia del Diritto*, XI, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1962, núm. 28, p. 69.

(11) PUGLIATTI: ob. cit., núms. 36-37, pp. 81 y ss.



forma parte integrante del suelo (12). De modo que solamente tiene la cualidad de cosa el suelo con sus incorporaciones, lo que, como ya se ha dicho, da lugar a la constitución de una situación de condominio o puede producir una titularidad exclusiva respecto al todo, que es la solución que acoge la ley al recurrir al principio de accesión. En cualquiera de los casos, a consecuencia de que el suelo y la construcción forman un todo inseparable, una única cosa, se produce la refundición de las propiedades separadas sobre el suelo y sobre la construcción incorporada al suelo en una única propiedad, de naturaleza inmueble, sobre el todo resultante de la unión. Lo que ocurre en el fenómeno de la accesión es que, al objeto de evitar una situación de condominio, fuente permanente de conflictos, sobre la *res* única, se presupone la posibilidad de considerar una de las cosas como principal y la otra como accesorio, de manera que pueda encontrar aplicación otro principio: *accessorium sequitur principale* [que significa que, en un supuesto de inseparable unión de cosas, las cosas que son accesorias deben sacrificarse y seguir el régimen jurídico, la suerte y el destino de las principales (13)]. El suelo tiene carácter principal respecto a todo lo que se le une o incorpora, como acredita el principio *superficies solo cedit* (entendido como una singular aplicación, en atención a la naturaleza de los bienes, del principio *sequitur accessorium principale*) enunciado en el artículo 358 del Código Civil, que se especifica en la consecuencia o en el efecto de que el propietario del suelo adquiere la propiedad de todo aquello que viene a unirse o a incorporarse a él de una manera inseparable –construcciones, plantaciones, etc.–. Luego, partiéndose previamente de la consideración de que suelo y construcción constituyen una única entidad, el principio *superficies solo cedit* (14) vendría a cumplir una función instrumental con respecto a la unidad del fondo, ya que responde a la necesidad de resolver el conflicto creado entre dos derechos como consecuencia de la modificación del *status* material de las cosas.

Y la adquisición en propiedad del elemento accesorio es una adquisición “a título originario”, puesto que no depende de la trans-

---

(12) BIONDI: ob. cit., p. 118.

(13) Díez-PICAZO: ob. cit., p. 287.

(14) Acerca de los desenvolvimientos lógicos que han conducido a la formulación de dicha regla, véase PARADISO, ob. cit., pp. 12-13.

misión de un derecho ajeno, que produce, como efecto colateral, la contemporánea extinción del derecho de propiedad del anterior titular. Dicha adquisición requiere sólo el hecho de la incorporación y la propiedad del bien incrementado (15). Y como quiera que la unión inseparable determina la aparición de una entidad nueva o, dicho de otro modo, determina la unificación objetiva del todo, la adquisición a título originario, actuándose con respecto al elemento que accede al elemento dominante, no tiene por objeto una cosa individual, sino una entidad que ya se considera como parte integrante de una única cosa. Pero la *ratio iuris* que determina que el propietario del suelo adquiera la propiedad de la construcción se encuentra en la razón económica de evitar una separación dañosa para las cosas unidas, de salvar los valores económicos, y en la razón práctica de evitar una situación de condominio (16).

Vemos, por tanto, que la incorporación de bienes muebles a un inmueble constituye la base física de un doble efecto legal: por un lado, la incorporación produce el efecto legal de la atribución de la cualidad inmobiliaria a los bienes muebles unidos al suelo; por otro lado, y sobre la base del precedente fenómeno, la incorporación produce también el efecto legal de la adquisición de la propiedad sobre los bienes inmovilizados. La inmovilización resultante de la incorporación es la condición de posibilidad del otro fenómeno. Constituye la inmovilización por incorporación a un inmueble el presupuesto jurídico de la adquisición de la propiedad por accesión (17). Ahora bien, en nuestro Derecho el doble efecto de la incorporación no se

(15) Véase PARADISO, ob. cit., pp. 54 y ss.

(16) GORLA, Gino: "L'accessione nel diritto civile italiano", en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, gennaio-marzo 1931, pp. 118, 143 y 145. Autor que en su artículo (pp. 105 y ss.) critica las teorías que conciben la accesión, o como una consecuencia del principio *accessorium sequitur principale*, porque no responde a una necesidad lógica que en todos los casos de accesión la causa de la adquisición del dominio de la cosa accesoria sea la propiedad de la cosa principal, que constituye solamente el título, o como una consecuencia del concepto *pars rei*, porque la accesión, por ejemplo, no opera para las cosas muebles aun cuando, a consecuencia de la unión, se haya formado "un sol tutto" –art. 464 CC it. de 1865, actual art. 939-1.º.

(17) Véase, en este sentido, MAIORCA, Sergio, "Unione", en *Novissimo Digesto Italiano*, XX, Utet, Torino, 1975, núm. 7, p. 26; CARRASCO PERERA, Ángel, "Ius aedificandi" y accesión, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1986, pp. 171 y ss.

consigue con una norma única, sino con dos normas distintas: una, que determina el concepto de *pars rei* (art. 334 CC), y otra que, como consecuencia de aquélla, impone una determinada traslación dominical (art. 358 CC) (18).

La incorporación, que representa el hecho constitutivo tanto de la inmovilización como de la accesión, hay que entenderlo como evento material. Y tal evento material se incluye en los llamados hechos jurídicos en sentido estricto, como evento al que se conectan objetivamente las consecuencias jurídicas, careciendo de relieve las eventuales peculiaridades de la causa eficiente. Los efectos jurídicos prescinden de la circunstancia de que el evento sea debido a fuerzas de la naturaleza o a la intervención del hombre y también de la circunstancia de que la (eventual) acción humana sea realizada con consciencia y voluntad o en estado de total incapacidad de entender y querer (19).

Por otra parte, carece de relevancia el extremo de la utilidad de las cosas incorporadas respecto al suelo. La accesión, como modo de adquisición de la propiedad, nace de un evento material, en nuestro caso la construcción en suelo propio con materiales ajenos. Por tanto, es irrelevante que la obra construida produzca alguna ventaja o algún incremento al fundo, siendo suficiente el hecho material de la incorporación (20). Y si las mejoras pertenecen al *dominus soli*, eso sucede por la inmediata y simple razón de que también ellas constituyen una obra que accede al fundo, y no por el resultado más o menos útil respecto a la productividad de la cosa principal (21).

Como ya hemos señalado antes, presupuesto de la adquisición por accesión es que lo edificado, plantado o sembrado esté unido física o materialmente al suelo. Y la unión, orgánica (en las siembras y en las plantaciones) o mecánica (en las construcciones), debe ser estable, de tal modo que la separación sea imposible, o al menos no fácil e inmediata, y que de producirse sería dañosa para lo edi-

(18) CARRASCO PERERA: ob. cit., p. 180.

(19) PARADISO: ob. cit., pp. 41 y ss.

(20) Véase TABET-OTTOLENGHI-SCALITI, ob. cit., p. 883.

(21) Véase CARROZZA, Antonio: *I miglioramenti delle cose (nella teoria generale e nei rapporti agrari)*, Volume Primo, Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato (Firenze), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1965, pp. 295 y 298.

ficado, plantado o sembrado (22). Por tanto, analizando el fenómeno de la accesión desde el punto de vista de la incorporación, la accesión consiste en el hecho material de la estable unión de una construcción, plantación o siembra al suelo. Lo importante es que lo construido, plantado o sembrado se incorpore al suelo y se integre con él.

En lo referente a las construcciones, las mismas deben estar unidas al suelo de una manera fija y estable, entendiéndose la fijeza como fijeza física que se aproxima a la idea de adherencia o adhesión al suelo en el sentido del artículo 334.1.º del Código Civil español (23). Los modos de fijación de las cosas respecto de los suelos dependen del tipo de obra (24): mientras un edificio exigirá idóneos cimientos, para una instalación prefabricada bastará con apoyarla en el suelo junto con un adecuado anclaje (25). Pero lo relevante no es la técnica constructiva empleada para lograr la incorporación, sino que la obra de que se trate posea el carácter de estabilidad respecto al suelo. Es necesario siempre que la incorporación sea estable y no predispuesta para ser anulada con facilidad (26). Por eso la simple acción de apoyar la instalación en el suelo no es suficiente para integrar una (idónea) incorporación (27).

Irrelevante aparece en cambio el carácter natural o artificial de tal incorporación; y también la eventual transitoriedad del fin en virtud del cual se ha operado la unión. En efecto, si cabe considerar como irrazonable que el *dominus soli* adquiera por accesión uniones efímeras o meramente ocasionales (28) (como por ejemplo una carpa de circo, las casetas y barracas que se levantan con ocasión

(22) ALBANO, Raffaele: *Della proprietà*, en "Commentario del Codice civile", Libro III, tomo primo (art. 810-956), seconda edizione accresciuta e aggiornata, Utet, Torino, 1968, p. 527.

(23) DÍEZ-PICAZO: ob. cit., pp. 214, 296 y 297.

(24) Bajo el nombre de edificación, construcción u obra, el legislador contempla cualquier construcción destinada a cualquier fin hecha con cualquier material (BIONDI, ob. cit., pp. 115-116). Por tanto, la construcción, en sentido técnico-jurídico, puede ser un edificio, pero puede ser también cualquier otra instalación (DÍEZ-PICAZO, ob. cit., pp. 296-297).

(25) PARADISO: ob. cit., p. 33.

(26) TABET-OTTOLENGHI-SCALITI: ob. cit., p. 852.

(27) BRANCA: ob. cit., núm. 8, p. 267.

(28) BIGLIAZZI GERI *et al.*: *Diritto civile*, 2. I *Diritti reali*, Utet, Torino, 1988, seconda ristampa 1996, p. 8.

de ferias o mercados, las casetas de baños existentes en las playas y otros elementos de naturaleza análoga), es indudable que sería grave introducir en esta materia la inseguridad de averiguar el fin permanente o transitorio en vista del cual se ha operado la unión, pues lo verdaderamente relevante es que la incorporación sea estable, de tal modo que la separación no sea fácil ni inmediata, comportando una (al menos parcial) demolición de la obra realizada o una alteración del estado de la cosa (29).

El criterio de la incorporación es diferente cuando se refiere a los árboles y a las plantas. En estos casos la accesión por incorporación se verifica sólo con el hecho natural de echar raíces en el suelo –*coalitio*– (30). Para la siembra –*satio*–, parece que basta la mezcla de la semilla con la tierra, sin esperar que las semillas echen raíces, pues, una vez esparcidas o enterradas, no se pueden recoger (31).

Con relación a la hipótesis del artículo 360, incorporación en suelo propio con materiales ajenos, cabe afirmar que si el dueño de los materiales no puede retirarlos sin menoscabo de la obra construida o sin que la plantación perezca, se consuma la accesión de los materiales en beneficio del *dominus soli*. En tal supuesto, la propiedad de los materiales pasa al propietario del suelo en el momento mismo de la incorporación y por el hecho mismo de tal incorporación, naciendo un derecho de crédito a favor del ex dueño de los materiales dirigido a obtener el abono del valor de los mismos y una pretensión de daños y perjuicios en el caso de que hubiera habido mala fe (32). Por tanto, el extremo de la inseparabilidad –*rectius*: del daño a las obras– condiciona la adquisición de la propiedad de los materiales por parte del *dominus soli*. Y viceversa, si el dueño de los materiales puede retirarlos sin menoscabo o perecimiento, no se consuma la accesión y el dueño de los materiales tiene facultad para exigir la separación de los mismos (33). El derecho de retirada o de separa-

(29) PARADISO: ob. cit., p. 34.

(30) Véase BONFANTE, Pietro: *Corso di diritto romano*, volume II, *La proprietà*, parte II, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1968, p. 115.

(31) BORRELL y SOLER, Antonio M.: *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.ª ed., Libro Segundo, *Derechos reales*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1944, p. 80.

(32) Véase, entre otros autores, ALONSO PÉREZ, ob. cit., pp. 359 y ss.; Díez-PICAZO, ob. cit., p. 300.

(33) Para Díez-PICAZO (ob. cit., p. 300), el derecho que se reconoce al

ción que se reconoce al dueño de los materiales presupone que él no ha perdido la propiedad (34) (35). En efecto, como se ha dicho (36), el ejercicio del derecho de retirada por quien esté legitimado para ello no es más que una particular forma de recuperación posesoria de lo que nunca salió de su patrimonio. En tal situación, el dueño del

---

dueño de los materiales no parece ser un pleno derecho dominical, que se ejercitaría a través de una acción reivindicatoria, sino un derecho de retirada o de separación. Para CARRASCO PERERA (ob. cit., p. 194), la facultad de retirada que concede el artículo 360 es el contenido recuperatorio de la *reivindicatio*; en su opinión, cuando dice el precepto que el propietario puede recuperar los materiales, quiere decir que sólo entonces puede reivindicarlos.

(34) Este punto de vista entronca directamente con el Derecho justiniano, que admitía una propiedad del todo distinta de la propiedad de la parte accesorio, concediendo al propietario de los materiales tanto el *ius tollendi* de los materiales separables sin daño de la obra construida, como la *reivindicatio*, destruido el edificio. En el Derecho romano clásico, en cambio, si a consecuencia de la unión de la obra al suelo se forma un todo con el suelo, un *unicum*, se determina automáticamente no sólo la extinción –como *res* autónoma– de la cosa accesorio, sino también que la cosa accesorio *non retinet suam speciem*, y a consecuencia de ello deviene *alia res*, pues lógicamente no hay sino una única *species* (aquella del todo), de modo que la forma del todo se comunica a las simples partes del todo, lo que justifica la extinción del derecho de propiedad sobre la cosa accesorio. Sin embargo, la cosa principal, aunque conteniendo en sí la parte accesorio, idealmente confundida con la principal, *retinet suam speciem*, y por eso el derecho de propiedad sobre la misma perdura. Por tanto, como la pérdida de la propiedad sobre la cosa accesorio va unida al cambio de naturaleza de la cosa, si la cosa accesorio recupera su *species* originaria –a consecuencia de la separación de la cosa madre–, revive la propiedad sobre la cosa accesorio. La separación no constituye una causa de adquisición de un nuevo derecho de propiedad. En la exposición de los precedentes romanos hemos seguido a RATTI, Umberto, “Rinascita della proprietà in tema di accessione”, en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Volume Primo, Fratelli Treves Editori, Milano, 1930, pp. 263 y ss.

(35) También presupone que se ha producido la incorporación, porque de lo contrario la separación podría realizarse por un motivo diverso, por el hecho de que las obras o plantaciones no pertenecen todavía al propietario del fundo, como señala DE MARTINO, Francesco, *Beni in generale-proprietà*, en “Commentario del Codice civile”, a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, Libro Terzo, *Della proprietà*, art. 810-956, quarta edizione, Nicola Zanichelli Editore-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976, p. 500.

(36) CARRASCO PERERA: ob. cit., p. 216.

terreno deviene titular de suelo y edificación –o plantación–, pero no de los materiales ajenos empleados (37), porque el principio *superficies solo cedit* significa que es inconcebible la existencia de la propiedad de la totalidad o de una parte del edificio distinta de aquella del suelo, ya que el edificio se identifica con el fundo, el cual es concebido como unidad, pero no significa que los materiales no puedan separarse del suelo y del edificio. En el Derecho romano se prohibió la separación de los materiales no ya como consecuencia de una unión natural u orgánica, inseparable de por sí, sino por el interés social a la integridad de las construcciones, admitiéndose una propiedad del todo, suelo y edificación, distinta de la propiedad de las partes (38). Si esto es así, no tiene sentido extender la adquisición del dueño del terreno a los materiales ajenos empleados en la edificación o plantación cuando dichos materiales pueden retirarse sin daño de la obra construida, porque en tal hipótesis cesa el interés social a la integridad de las construcciones (39).

En el caso de que la incorporación sea irreversible, lo que tiene lugar siempre que el dueño de los materiales no pueda retirarlos sin menoscabo de la obra construida, es cierto que el artículo 360 de nuestro Código Civil no expresa que el dueño del terreno pase a ser dueño de los materiales incorporados. El artículo 360 recibe

(37) ALONSO PÉREZ: ob. cit., p. 360.

(38) Véase BONFANTE, ob. cit., pp. 117 y ss.

(39) Afirma PARADISO (ob. cit., pp. 73 y ss.) que la tesis expuesta de la separación entre la propiedad del edificio y la propiedad de los materiales no está exenta de dificultades (por ej., qué sucede en la hipótesis de venta del fundo, supuesto en el que, si la propiedad de los materiales la conserva su originario propietario, el dueño del suelo vendería cosa, al menos parcialmente, de otro), además de que la propiedad de los materiales sería una propiedad vacía de contenido concreto, pues ni el sujeto posee la cosa –condición material del aprovechamiento–, ni cabe admitir por hipótesis la admisibilidad de acciones posesorias. Por tales motivos, entiende que el propietario del suelo adquiere la propiedad del todo resultante de la unión desde el momento mismo de la incorporación de los materiales al terreno, sin que sobre tal efecto influya el factor de la posibilidad de separar las cosas unidas. Tal circunstancia influye en el supuesto de hecho adquisitivo sucesivamente, determinando, en su caso, el derecho a la separación de los materiales. De modo que la adquisición aparece resolutivamente condicionada al ejercicio de la remoción o separación efectiva por el propietario de los materiales.

el texto que le ofrece el Proyecto de 1851, pero hace desaparecer la referencia al efecto adquisitivo (el art. 403 del P. 1851 establecía que el *dominus soli* que emplea materiales ajenos adquiere la propiedad de los mismos) (40). Sin embargo, partiendo de la idea, ya expuesta antes, de que en la hipótesis de ser factible la separación de los materiales empleados nuestro Derecho contempla una disociación jurídica entre propiedad de suelo y edificación –o plantación–, por un lado, y propiedad de los materiales ajenos empleados, por otro, porque la unión separable de materiales al suelo impone el mantenimiento de la autonomía jurídica de cada una de las cosas unidas, de modo que ellas pueden ser objeto de distintos derechos de propiedad, cuando, por el contrario, la incorporación es irreversible y definitiva y ya no es posible deslindar señoríos dominicales, pues el todo que resulta de la unión inseparable asume la doble cualidad de única cosa y de objeto exclusivo del derecho de propiedad, por lo que las entidades originarias se configuran como partes constitutivas de una cosa-bien, se produce la accesión en beneficio del *dominus soli* y, para compensar el desequilibrio patrimonial del dueño de los materiales, el legislador impone al dueño del suelo la indemnización del valor de los mismos (41).

(40) Lo que lleva a CARRASCO PERERA (ob. cit., pp. 109 y ss., 228 y ss., 245 y ss., etc.) a afirmar que la norma referida no se formula como una particular técnica adquisitiva, sino como un mandato de pago por el empleo de bienes ajenos y como una limitación al libre ejercicio de la acción reivindicatoria. Por tanto, según esta opinión, el artículo 360 constituye un límite a la acción de reivindicación motivada por la extinción jurídica del objeto, la incorporación a un inmueble. La adquisición será un efecto subordinado. Para dicho autor, la transmisión dominical, la adquisición del *dominus soli*, está condicionada al previo pago.

(41) En la misma línea, NÚÑEZ BOLUDA afirma que “la obligación de pagar está en el enriquecimiento del dueño del suelo correlativo de la imposibilidad física que tiene el dueño de los materiales para reivindicarlos, porque han dejado de existir como cosas independientes, separables, habiendo pasado a formar una sola cosa con el suelo. Habrá que concluir que no se puede ejercitar la reivindicatoria porque los materiales ya no son de su antiguo dueño y han pasado a ser propiedad del dueño del terreno con el que forman un solo objeto de derecho”. NÚÑEZ BOLUDA, María de los Desamparados, *La accesión en las edificaciones*, José María Bosch, editor, SA, Barcelona, 1994, p. 98.

Véase también, ALONSO PÉREZ: ob. cit., p. 361; LÓPEZ VILAS, Ramón: *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al., tomo I,



En conclusión, cuando los materiales se pueden retirar sin menoscabo de la obra construida, los materiales incorporados al suelo conservan su propia individualidad, distinta de aquella de la obra construida, y permanecen en el patrimonio del propietario originario, no habiendo, por tanto, accesión. Por el contrario, cuando los materiales no se pueden retirar sin menoscabo de la obra construida, los materiales incorporados al suelo pierden su propia individualidad, dejan jurídicamente de existir como bienes muebles, deviniendo partes integrantes de un inmueble, y el propietario del edificio adquiere la propiedad de los materiales por accesión desde el momento mismo en que tuvo lugar la unión indisoluble, extinguiéndose contemporáneamente el derecho de propiedad del anterior titular. Y actualmente, la adquisición de los materiales no puede ser más que definitiva, sin que el Código Civil diga nada en contrario (42). En consecuencia, pensamos que no se puede mantener que la propiedad de los materiales se adquiere por el propietario del suelo únicamente durante el tiempo en que dura la estable incorporación, resurgiendo el dominio del anterior propietario una vez que haya cesado la estabilidad de la unión por cualquier causa (por ej., con ocasión de ruina o demolición), momento en el que puede reivindicarlos (43).

---

Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, reedición: marzo 1992, p. 1014.

(42) En el mismo sentido, en relación con el Derecho italiano, BRANCA, ob. cit., núm. 9, p. 269.

(43) Sostienen esta doctrina, por ejemplo, DE MARTINO, ob. cit., pp. 495-496; ALONSO PÉREZ, ob. cit., p. 360 y nota 3, y p. 365.

La rechazan, entre otros autores, BRUGI, Biagio, *Della proprietà*, Vol. II, 2.<sup>a</sup> edizione intieramente rifatta e corredata di indice alfabetico, en "Il Diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza", a cura di P. FIORE e continuato a cura di B. BRUGI, Parte seconda, Eugenio Marghieri-Utlet, Roma-Torino-Napoli, 1923, pp. 208-209; DELL'AQUILA, Enrico, *L'acquisto della proprietà per accessione, unione, commistione e specificazione*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979, pp. 35 y ss.; NÚÑEZ BOLUDA, ob. cit., p. 86.

Como afirma NÚÑEZ BOLUDA (ob. cit., p. 87), habiéndose producido la accesión, no se ve apoyo legal para admitir que el dueño de los materiales puede recuperarlos. El artículo 360, añade dicha autora, no parece establecido para el supuesto de ruina del edificio, sino para los casos en que no se ha llegado a producir una unión indisoluble, y por ende no hay accesión. Justo es que, en este último supuesto, el propietario de las cosas acceso-

Verificada la incorporación al suelo de los materiales pertenecientes a otro propietario, el legislador plantea una doble alternativa: o el propietario del suelo adquiere inmediatamente la propiedad de los materiales unidos al fundo y que conforman el edificio u otra obra, o bien se retiran los materiales si no sufre daño la obra y las respectivas propiedades permanecen separadas. En este segundo caso, el hecho de la incorporación no determina la adquisición de la propiedad de los materiales por accesión.

El extremo del menoscabo o del perecimiento de la obra construida, que impide al tercero recuperar los materiales propios, va referido en nuestro Derecho al edificio o a la obra construida. Acreditar dicho extremo es una cuestión de hecho, incumbiendo la carga de probar que la separación no es causa de daño a quien la demanda. Es necesario referir el extremo del daño a la obra construida como resultante de un conjunto de factores productivos: materiales y trabajo (44). Y aunque la ley sólo se refiere al menoscabo o perecimiento de la obra construida, con ello lo que quiere poner de manifiesto es que dichos extremos no se refieren al todo resultante de la unión, sino únicamente a la cosa incorporada al suelo, pero el daño sólo puede ser apreciado tomando como referencia el contrapuesto interés al valor de los materiales (45). Y de acuerdo con la *ratio* del instituto de la accesión, ya señalada, la ley permite la separación siempre que sea posible sin daño económico (46). Por eso el criterio

---

rias, muebles, pueda llevárselas; pero producida la accesión, la propiedad de esas cosas muebles accesorias ha pasado al dueño de la cosa principal, y el que fue dueño de las accesorias no tiene título para reclamar las cosas mismas, sino solamente el pago de su valor. Esta situación, termina diciendo, existe no solamente en tanto está la construcción en pie. También una vez arruinada o demolida; los materiales separados siguen perteneciendo al *dominus soli*, aunque pueda deber su importe.

(44) PARADISO: ob. cit., p. 37.

(45) PARADISO: ob. cit., p. 38. Afirma CARRASCO PERERA (ob. cit., p. 191) que lo que está en juego es el conflicto entre un propietario del suelo que pretende el dominio del todo y un dueño del material que quiere recuperar su cosa. Se trata, fundamentalmente, de saber quién debe soportar el perjuicio.

(46) Si la separación representa una pérdida económica grave, entonces ninguno de los dueños de las cosas que forman ahora una sola por efecto de la unión o incorporación viene obligado o facultado para deshacer lo hecho, afirma LACRUZ, ob. cit., parágrafo 14, núm. 56, pp. 149-150.

correcto es el que hace referencia a la posibilidad de separación de las cosas unidas en sentido económico, no material, también aquí comparando los intereses sustantivos en conflicto: el daño-consecuencia que sufriría el dueño del suelo y el perjuicio del propietario de los materiales (47). Pero esa comparación no debe limitarse a un mero cálculo aritmético (comparar la entidad del daño que se produciría a la obra construida con el valor de los materiales ajenos), ni a un juicio comparativo entre el valor de los materiales y el valor total de la obra realizada (criterio este último que excluiría siempre la posibilidad de separación de los materiales, pues al valor de éstos habría que sumar el valor del trabajo empleado en la construcción o incorporación) (48). La comparación debe efectuarse entre la utilidad que la recuperación *in natura* de los materiales presenta para el propietario, teniendo en cuenta también la circunstancia de que los materiales puedan o no encontrarse fácilmente en el mercado, y el perjuicio económico que sufriría el dueño del suelo a consecuencia de la separación. Tal solución salvaguarda mejor que otras el fin de evitar la demolición de lo construido y, pues, una inútil destrucción de riqueza (49).

El Código ordena en el artículo 360 que el dueño del suelo abone el valor de los materiales incorporados. Y se discute si dicho propietario puede restituir los materiales en lugar de pagar el valor de los mismos. La contestación negativa se impone en la hipótesis de accesión inseparable, puesto que la propiedad de los materiales pasa al propietario del suelo con la incorporación, de modo que no podrá restituirlos sin consentimiento del anterior propietario, porque la restitución equivale a una verdadera y propia transmisión de propiedad (50). Más difícil se presenta la cuestión en la hipótesis de accesión separable, puesto que el propietario de los materiales no pierde la propiedad de los mismos. Partiendo de tal presupuesto, es lógico pensar que el propietario de los materiales no podría rechazar la restitución (51). Sin embargo, también la solución negativa parece preferible, pues hay que entender que el dueño del suelo está

---

(47) PARADISO: ob. cit., p. 38.

(48) PARADISO: *ibidem*.

(49) PARADISO: ob. cit., pp. 38-39.

(50) DE MARTINO: ob. cit., p. 498; ALBANO: ob. cit., p. 533.

(51) DE MARTINO: ob. cit., pp. 498-499.

obligado siempre a abonar el valor de los materiales salvo que su dueño ejerza el derecho a retirarlos. Por tanto, nos parece razonable sostener que la elección entre percibir el valor de los materiales o recuperar *in natura* los mismos corresponde al dueño de los materiales y no al dueño del suelo. Además, no es justo que se imponga al propietario de los materiales la restitución de materiales usados (utilizados por el dueño del suelo en su propia construcción) en contra de su voluntad (52).

Como ya sabemos, la separación de los materiales sólo puede tener lugar cuando es factible retirarlos sin menoscabo de la obra construida, o sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones u obras ejecutadas. Tratándose de plantas, el legislador habla de perecimiento de las plantaciones, de modo que el perecimiento se refiere a la plantación, no a las plantas: aunque el árbol arrancado del suelo fuese todavía útil para su propietario, no podrá consentirse la separación cuando a consecuencia de la misma venga a perecer la obra agrícola que ya existe sobre el fundo, pues la ley, más que proteger aquí intereses individuales, quiere proteger el interés de la agricultura. Serán los peritos los que determinen si la retirada de la planta que ha echado raíces producirá la muerte de la plantación; pero en caso de duda el juez será contrario a la retirada de la planta (53). En este sentido, es evidente que se crea un cierto paralelismo entre construcción y plantación: así como la construcción está formada por un conjunto de materiales, también la plantación consiste en un conjunto de plantas. Y así como en la construcción no está permitida la retirada de los materiales cuando menoscaba la obra construida, análogamente también para las plantaciones debe mirarse, para conceder o negar la reivindicación, el daño que la separación de las plantas produciría a la plantación contemplada en su conjunto. Pero cuando la plantación está formada por un solo árbol, se dará la hipótesis de perecimiento cuando la separación del árbol provoque la cesación de la vida vegetativa (54). En cualquier caso, el derecho de retirada de las plantas, cuando la separación es posi-

---

(52) ALBANO: ob. y lug. últ. cit.

(53) BRUGI: ob. cit., p. 214 y nota 2. Conforme DE MARTINO, ob. cit., p. 499, nota 1.

(54) DELL'AQUILA: ob. cit., p. 51.

ble, encuentra también aquí un límite en el criterio de la posibilidad de hallar en el mercado plantas con idénticas características (55).

Por último, hay que afirmar que la propiedad del suelo se configura como título para la adquisición originaria de lo edificado, plantado o sembrado, pero la incorporación al suelo representa el hecho constitutivo o la causa eficiente de la accesión. De modo que cambia profundamente la reconstrucción conceptual del instituto de la accesión, que no ve más en la propiedad y en su interna fuerza expansiva la causa próxima o eficiente de una adquisición que encuentra su *ratio* o justificación sustantiva en el interés social a la integridad de las construcciones y en la exigencia de no favorecer la coexistencia de derechos sobre la misma cosa (56).

---

(55) PARADISO: ob. cit., p. 40.

(56) PARADISO: ob. cit., pp. 47 y ss.

# DERECHOS INTELECTUALES; SU PROTECCIÓN, LESIÓN Y GESTIÓN

**Agustín Romero Pareja**

Doctor en Derecho  
Universidad de Málaga

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LOS DERECHOS INTELECTUALES Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA
- III. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INTELECTUALES
- IV. LESIONES A LOS DERECHOS INTELECTUALES Y DERECHO PENAL
- V. ENTIDADES DE GESTIÓN DE LOS DERECHOS INTELECTUALES

## I. INTRODUCCIÓN

La **Unión Europea** ha entendido que la cuestión de la propiedad intelectual es importante y que las disparidades de tratamiento en los distintos países dificultan el mercado interior, por lo que ha dictado numerosas directivas en la materia. Pero los cambios legislativos que se han introducido en España derivan también de otras organizaciones, como la **Organización Mundial de la Propiedad Intelectual** (que aplica el Convenio de Berna, sobre la protección de la propiedad literaria y artística) y la **Convención de Roma sobre intérpretes** productores de fonogramas y organismos de

radiodifusión. Existen, además, tratados internacionales sobre Internet, normas internacionales relativas al comercio de las obras creativas relativas a la propiedad intelectual y, en fin, acuerdos regionales sobre derechos de autor. En resumen, se marcan continuos mínimos supranacionales y se avanza en la protección de la Propiedad Intelectual.

Así, el tema de la propiedad intelectual ha sido asumido por la Unión con tanta intensidad que hay más de diez directivas sobre la materia, directivas que establecen de manera uniforme el marco normativo regulador de referencia, atendiendo a problemas comunes: como el tema de las reproducciones *on line* a través de Internet, que, como veremos, genera posibilidad de remuneración compensatoria; o el tema de las descargas en páginas web, etc. Y es que en Internet estamos en una fase en la que los juristas tienen dificultades para entender y regular los supuestos de hecho que surgen ante las nuevas tecnologías. Sin embargo, se ha avanzado mucho en este campo y ya hay directivas sobre la sociedad de la información y sobre el comercio electrónico traspuestas a nuestro Derecho. Al respecto, los contenidos intelectuales que están en páginas web se protegen como cualesquiera otros. Pese a lo cual surgen dificultades para establecer sanciones por la vulneración de los derechos intelectuales en el ámbito de Internet; porque hay infracciones que pueden ser supranacionales y no hay, en cambio, una jurisdicción, unos tribunales que tengan competencia específica y medios para sancionar a ese nivel. Sin olvidar el relevante papel que puede jugar el Estado en cuanto al fomento o el control de las actividades desarrolladas en el ámbito del derecho intelectual, papel que tiende a acentuarse en España a través de la Comisión de la Propiedad Intelectual.

En el presente trabajo vamos a tratar sobre la Propiedad Intelectual en España, los derechos intelectuales y los derechos de aquellos que pueden gestionar, administrar o explotar creaciones intelectuales ajenas. En su día el legislador reformó el Texto refundido de 1996 mediante la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de la propiedad intelectual e industrial y se establecen las normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, pero esta reforma dejó sin resolver algunas cuestiones relacionadas con el desarrollo tecnológico y la Sociedad de la Información que afectan a esta

materia. Con todo, la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) establece diversas pautas y procedimientos para su defensa jurídica mediante sanciones resultantes de los ataques lesivos a las obras intelectuales, a su explotación, falsificación o plagio realizado torticeramente y con ánimo de lucro; sanciones que pueden llegar a ser incluso privativas de libertad.

Desde este punto de vista, las descargas en web están siendo hoy objeto de distintos procedimientos judiciales a lo largo y ancho del país y son llamativas las distintas acciones que en la lucha contra la piratería en Internet se están realizando ejecutiva y normativamente desde el Gobierno, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y las Entidades de Gestión de los derechos intelectuales; pues actualmente se plantea la problemática que Internet genera en relación con la protección de estos derechos y las facultades que los no titulares de los mismos tienen sobre las obras de otros en este medio. Urge, por tanto, la necesidad de fijar sus líneas de protección, teniendo en cuenta las soluciones propuestas por los Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno y las reformas legislativas en nuestro país.

Así, el régimen jurídico de las obras en abierto en Internet (la llamada en lenguaje técnico "comunicación pública", como veremos) y la conflictiva cuestión de la responsabilidad civil por hecho ajeno en este medio virtual son nuevos e interesantes temas que se deben afrontar con carácter práctico. Del mismo modo, los conflictos jurídicos sobre los derechos intelectuales y la protección de la marca en Internet son otros de los asuntos que requieren articular las más eficientes herramientas de protección frente a los abusos que se producen.

También son de interés en nuestro país los procedimientos judiciales promovidos por las Entidades de Gestión de los derechos intelectuales contra los establecimientos hoteleros que ofrecen o difunden obras audiovisuales registradas. Y es que no es unánime ni coherente la evolución jurisprudencial experimentada respecto a la consideración jurídica que merecen los aparatos receptores de TV y audio en las habitaciones de los hoteles en orden a considerar si estamos en presencia de un acto de comunicación pública o privada y cuáles son sus límites.

De capital importancia es la problemática de la embargabilidad de los derechos de autor y, en consecuencia, la virtualidad de la



anotación preventiva de embargo cuando ésta es posible; situación que, creemos, genera inseguridad jurídica, por lo que su reforma debe orientarse hacia el modelo que se aplica a las creaciones industriales. En este sentido, son cuestiones abiertas y de una contrastada litigiosidad el concepto y alcance de la indemnización de daños y perjuicios prevista en la Ley de Propiedad Intelectual y, en concreto, los criterios para cuantificar y reparar el daño moral causado al autor. Asunto que genera una rica casuística y una interpretación jurisprudencial dispar, con una considerable repercusión práctica; pues los procedimientos judiciales sobre propiedad intelectual a menudo se convierten en procedimientos de reparación de daños y perjuicios. Y próximo al daño moral se encuentra la cuestión relativa a la legitimación para la defensa de los derechos intelectuales del fallecido; pues no todos los derechos del autor se extinguen con la muerte de éste, sino que, por el contrario, se prorrogan más allá de su fallecimiento, existiendo la posibilidad de que sean varias las personas (físicas o jurídicas) llamadas a defender su patrimonio intelectual. Una interesante revisión y puesta al día de la cuestión es perentoria en estos supuestos.

Por lo demás, razones de actualidad provocan que el ámbito audiovisual y la libre utilización de obras sean cuestiones pendientes de varias resoluciones judiciales planteadas por algunos medios de comunicación y productoras audiovisuales de nuestro país. Ello en función de la dificultad para precisar el alcance del concepto "actualidad informativa", como excepción a los derechos intelectuales; lo que exige determinar cuándo estamos ante la presencia y prevalencia del supuesto protegido legalmente por el derecho intelectual frente al derecho o facultad que ostentan los medios de comunicación de informar o de difundir contenidos. A mayor abundamiento, los derechos intelectuales, a la luz de los diversos contratos de producción que habitualmente se celebran para la comercialización de programas por parte de la industria televisiva, son también un tema de enorme interés que dimana de su constante, evolutiva y diversificada producción; a veces un tanto alejada de la realidad normativa y no siempre respetuosa con la Ley de Propiedad Intelectual.

Por eso pretendemos con nuestra aportación fomentar el debate y procurar que se aclaren temas de especial interés o conflictividad en relación a los derechos dimanantes de la propiedad intelectual.

## II. LOS DERECHOS INTELECTUALES Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

El 6 de junio de 2006 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios. Con la misma finalidad, poco después, el 8 de julio, se publicó la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), pretendiendo adaptar las Directivas Europeas a la legislación española en materia de derechos intelectuales. No obstante, actualmente hay cierta confusión entre propiedad intelectual y derecho intelectual. Cuando se habla de derecho intelectual se personaliza el titular del derecho: el autor, que tiene un derecho derivado de la propiedad intelectual; un derecho de propiedad sobre la obra que crea. La propiedad intelectual es la propiedad que tienen los autores o creadores sobre sus creaciones o sus obras una vez registradas o divulgadas, de cualquier índole que éstas sean. Por ello, la propiedad intelectual versa sobre un objeto inmaterial, distinto de los soportes en los que se plasma, de los ejemplares que la contienen; es una combinación de ideas, de formas o de palabras que abarca más que la propiedad ordinaria, porque tiene insertas facultades (como la potestad del inédito, la paternidad, la integridad de la obra o el arrepentimiento y/o retirada de su publicación o difusión) que son especificaciones de derechos de la personalidad. En ese sentido, la propiedad intelectual es más que la ordinaria; pero es temporal (llegado un momento, se extingue y pasa a dominio público) y tiene muchos límites.

En efecto, si nos planteamos cuáles son los límites de los derechos intelectuales dimanantes de la propiedad intelectual, la respuesta ha de ser, como la de cualquier otro derecho, que por un lado tienen límites generales (el ejercicio de buena fe del propio derecho intelectual, la prohibición de abusar del derecho y los límites resultantes de su colisión con otros); y por otro tienen, además, un elenco de límites propios: la copia privada de la obra, que requiere compensación; la utilización concreta de obras expuestas en la vía pública, sólo para ese fin; la difusión de obras conocidas por motivos de actualidad, sin más divulgación, etc.

Antaño, al autor no le perjudicaban ciertos usos de su obra por terceros, en base a su divulgación y en beneficio de la cultura. Lo que pasa es que, hoy día, con las máquinas capaces de reproducir miles de ejemplares de la obra, el carácter inocuo de esta práctica por los terceros desaparece y los titulares de los derechos intelectuales tienden a reducirla, a ponerle límites de manera muy diversa. Por ejemplo, estipulando que el autor cobre una remuneración por la utilización de su obra por terceros, o protegiendo los ejemplares de la obra mediante medidas tecnológicas que dificultan el acceso a la misma; medidas que pueden llegar a dificultar o impedir el acceso a la obra por los destinatarios de la cultura, que tienen derecho a dicho acceso.

Con todo, la copia, por ejemplo, de obras fijadas en soporte físico (libros, CDs, etc.) o, en su caso, el acceso a las páginas web, puede ser libre o estar restringido y, si está restringido, cabrá la posibilidad de percibir remuneraciones compensatorias por dichos accesos. Por ello, en el ámbito del Derecho Civil, la LPI considera, en un primer término, medidas cautelares, protectoras, preventivas de actividades que puedan ser incorrectas, y también actuaciones frente a quienes realicen actividades ilícitas, comprendida la reclamación de indemnización por los daños y perjuicios causados a los titulares de los derechos intelectuales. Aun así, en la tipificación del delito, uno de los ingredientes requeridos es la obtención de un beneficio como consecuencia de la actividad ilícita (1) y ese beneficio no está presente siempre de manera constatable y tangible. Por lo que habría que precisar más el requisito del beneficio como consumación del tipo lesivo del derecho intelectual, ampliándolo en la medida de lo posible; porque, a veces, el beneficio es cuantificable, pero otras es indirecto o circunstancial.

Respecto de la protección prestada por la propiedad intelectual a creaciones como las obras audiovisuales o las que se cuelgan en

---

(1) El artículo 270.1 del CP establece que: *"Será castigado con la pena de [...] quien, con **ánimo de lucro** y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios"*.

Internet, la solución es compleja; pues hay obras provenientes de muy diversos medios y con variados soportes técnicos. Lo que provoca que, a veces, quienes las promueven se quejen de que tienen dificultades para identificar a los titulares de los derechos de todas y cada una de las obras divulgadas o integradas en la red; a lo que se suman las tareas de tener que abonarles las cantidades compensatorias y afrontar los pertinentes trámites administrativos. Quizá eso se podría arreglar o agilizar a través de la ventanilla única, en la que el titular del derecho intelectual (autor, creador, etc., según el caso) pudiera relacionarse con las distintas administraciones y entidades y percibir las cantidades estipuladas como remuneración.

En tal sentido, para la protección y administración de los referidos derechos, las **Entidades de Gestión** –que son asignadas por ley para la gestión de los derechos intelectuales y la recaudación de su compensación– tienen estructura asociativa y representan a los autores o titulares de los derechos. La hipotética agencia estatal, por el contrario y como sugiere su propio nombre, sería una entidad incardinada en la Administración del Estado que recaudaría unas tasas estipuladas. La Administración, así, fomenta y controla las actividades de gestión; pero las Entidades de Gestión, como veremos, son asociaciones y no están subsumidas en la Administración del Estado.

En cualquier caso, la Ley de Propiedad Intelectual se mueve, básicamente, en el terreno de la ejecución y los límites del derecho intelectual, obligada por las directivas comunitarias. Pero hay otras leyes, como la Ley del Cine o la Ley del Libro y de la Lectura, que afectan también a la Propiedad Intelectual:

- La **Ley del Libro** se refiere a la obra literaria (2).
- La **Ley del Cine** establece un nuevo elenco de creadores de la obra cinematográfica; pues prescribe que son creadores los guionistas, los directores, los músicos, los directores de fotografía, los actores, los jefes de sonido y los montadores (3).

---

(2) Aunque hay todavía contratos entre editores regulados por la antigua Ley del Libro del año 1975 en artículos a los que remite, expresamente, la nueva.

(3) Gentes, todas ellas –dice Carlos ROGEL–, que reciben premios y menciones mediante los cuales la propia industria cinematográfica les re-

Hoy es posible acceder a una gran cantidad de contenidos en sentido amplio (música, obras plásticas, fotografías, diseños, textos, obras en lenguaje escrito, etc.), los cuales, siempre que sean originales, en el sentido jurídico del término, y que no se hallen en el dominio público o incursos en alguno de los límites previstos en la LPI, merecen protección por la legislación. Es por ello que el objeto de las normas debe ser regular y clarificar los derechos de reproducción y distribución de las creaciones intelectuales registradas (los derechos intelectuales derivados de la propiedad intelectual), incorporando todas aquellas nuevas formas en las que se pueden plasmar o manifestar las obras en un entorno físico y/o tecnológico.

No obstante, los autores de una obra y los titulares de los derechos intelectuales derivados de ella (los artistas, los intérpretes, los ejecutantes, los productores de fonogramas, los productores de grabaciones audiovisuales, los realizadores de fotografías, los editores de producciones editoriales, así como las entidades de radiodifusión,

---

conoce una participación creativa en la obra. Cuando se promulgan leyes especiales como la Ley del Cine o la Ley del Libro, que no se incardinan directamente en la Ley de Propiedad Intelectual, el problema estriba en pensar que estas leyes, la Ley del Cine, por ejemplo, no incide, con su regulación, en la Ley de Propiedad Intelectual, ignorando que la ley posterior deroga a la anterior y que lo especial prima sobre lo general. Si se dice, en una ley del cine, que se refiere al cine específicamente, quiénes son los autores de la obra cinematográfica, automáticamente, por el propio juego de las reglas que acabo de decir, queda modificado el artículo de la Ley de Propiedad Intelectual que se refiere a la autoría de la obra cinematográfica. Por lo demás –continúa Carlos ROGEL–, creadores no son sólo los autores; hay otras gentes que hacen cosas de extraordinaria calidad. Respecto de la obra cinematográfica, pongo por caso, los directores de fotografía son autores, nadie lo discute, pero también los intérpretes están ahí y en lugar muy principal, con derechos o facultades de índole moral y patrimonial similares, cuando no idénticos, a los de los autores. Generosidad, pues, a la hora de hablar de los creadores; término genérico más amplio que el de los propios autores en sentido estricto. Considérese también, en sus justos términos, la tensión entre lo literario y lo visual. Los fenómenos propios del siglo xx –del xix también– son, claramente, la fotografía y el cine, que están ahí, que son artes mayores. Tienen, pues, que encontrar su acomodo, y a veces ello cuesta trabajo, por el demasiado peso de lo literario, que dificulta el acceso de lo audiovisual al primer plano. (Entrevista a Carlos ROGEL, Diario *La Ley*, núm. 6933, Sección “En Primera Persona”, 25 de abril de 2008.)

los fabricantes de aquellas bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, etc.) son los únicos que tienen derecho a su explotación.

El artículo 17 de la LPI establece cuáles son los derechos de explotación que ostentan los referidos titulares de los derechos intelectuales:

a) El derecho a reproducir o fijar de cualquier forma toda clase de obras, en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella.

b) El derecho a distribuir o poner a disposición del público el original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

c) El derecho a comunicar la obra al público, de manera que una pluralidad de personas pueda tener acceso a la misma sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

d) El derecho a transformar la obra realizando cualquier modificación.

Estos derechos de explotación se pueden transmitir a otras personas, bien *mortis causa*, con lo que habrá que contar con la aceptación de los herederos o derechohabientes; bien *inter vivos*, generalmente a cambio de una contraprestación económica que será fijada en el contrato de cesión. En virtud de lo anterior, se deben adquirir los derechos de explotación con la extensión necesaria para poder llevarla a cabo.

Pero si se trata de la creación de una obra deben hacerse transmitir los derechos de explotación mediante contrato escrito en el que se determinarán los derechos que se ceden y la extensión con la que se hace dicha cesión (por cuánto tiempo, para qué territorio y qué medios, y si la cesión es en exclusiva o no lo es). De esta forma se estará legitimado para utilizar esas obras creadas ex profeso. Pero en el caso de obras preexistentes (las ya creadas y explotadas en el mercado por el titular del derecho intelectual), si se quisiesen incluir en algún otro medio debe obtenerse una licencia para explotar la obra en cuestión. Esta licencia será otorgada por el propio titular del derecho o por una Entidad de Gestión, en el caso de que ésta se halle facultada por la Ley o por sus Estatutos para la gestión de los derechos intelectuales dimanantes de la propiedad

intelectual. Derechos que pueden ser administrados colectivamente por las denominadas Entidades de Gestión, de las que trataremos más adelante.

### III. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INTELECTUALES

Tal y como prescribe la LPI, las medidas tecnológicas eficaces pueden impedir o dificultar la reproducción de las obras protegidas. Y ¿cuáles son las medidas eficaces? Aquellas en las que la utilización de la obra queda absolutamente bajo el control de los titulares de los derechos intelectuales, que pueden establecer controles para el acceso a las mismas. Pretendemos por ello analizar las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas a las medidas tecnológicas de protección de los derechos intelectuales, teniendo en cuenta los métodos más empleados para eludirlas.

Una práctica muy extendida (utilizada sobre todo para la protección de las obras audiovisuales o musicales, y que también ha sido adoptada por el sector de los videojuegos) consiste en el **cifrado o encriptación de la información**. Con esta técnica la información de los discos o soportes originales se encuentra cifrada mediante una clave secreta (es decir, la información es transformada en función de la clave) y solamente puede ser descifrada si se conoce o aplica la clave con la que se cifró (4).

En este ámbito son dignas de analizar las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas a las medidas tecnológicas de protección de los derechos intelectuales (arts. 160 a 162 de la

---

(4) Por ejemplo, para el caso de los DVD, el algoritmo de protección recibe el nombre de *Content Scrambling System* (CSS) y utiliza un pequeño conjunto de claves secretas, que son compartidas entre los estudios y los fabricantes de reproductores de DVD (previa firma de la licencia CSS). El contenido del disco DVD es encriptado utilizando esas claves durante el proceso de masterización, y solamente puede ser descryptado por aquellos reproductores que posean la clave. Realmente no se trata de un sistema anticopia, sino de limitar los reproductores sobre los que se puede reproducir el contenido. En muchos casos, tampoco se trata de una medida asociada al *software*, pues el descryptado es realizado por el *hardware* de los reproductores DVD.

LPI), teniendo en cuenta los métodos habitualmente empleados para eludir dichas medidas. Ello visto bajo la problemática relación entre límites de los derechos intelectuales y las medidas técnicas de protección; pues a lo largo de los últimos años se ha producido un esfuerzo legislativo con la finalidad de reforzar la tutela de los derechos derivados de la propiedad industrial e intelectual frente al incremento de la piratería (5). Con todo, la efectividad real de la legislación específica para atajar muchos tipos de piratería es más que cuestionable en el medio informático o de Internet; por ello los titulares de derechos sobre contenidos digitalizados han venido utilizando tecnologías que impiden la realización por parte de los usuarios de actos no autorizados o contrarios al régimen jurídico de la propiedad intelectual. En este contexto se sitúan las “medidas técnicas o tecnológicas” para su protección.

Nos encontramos, por tanto, ante un recurso técnico incorporado a la protección de la propiedad intelectual por medio de remedios legales al alcance de los titulares de los derechos intelectuales; opción legal que se materializa en forma de acciones contra determinados comportamientos relacionados con dichas medidas tecnológicas (por ejemplo, la distribución de dispositivos que estén concebidos para eludir una medida tecnológica: descodificadores, desbloqueadores, inhibidores, etc.). Así, en la práctica, muchos soportes de juegos, videojuegos o música se comercializan con medidas técnicas de protección para evitar usos no autorizados de los mismos. Estas prácticas suscitan múltiples cuestiones jurídicas que van incrementándose con el tiempo conforme aumentan sus prestaciones y su complejidad técnica.

Desde un plano estructural, las medidas técnicas de protección pueden ser aplicadas a obras no protegidas por los derechos intelectuales, si bien el artículo 161 de la LPI precisamente pretende regular este supuesto. Por ejemplo, el titular de una base de datos electrónica bien puede estar empleando medidas técnicas no sólo

---

(5) Entendida la “piratería” como la utilización ilícita de contenidos, conforme a la legislación de la propiedad intelectual, o bien sin autorización del titular de los derechos. Así, por ejemplo, según datos de la FAP (Federación Anti-Piratería), se estima que actualmente el 48 por 100 del total de videojuegos distribuidos en España serían piratas (siendo la descarga de Internet el método más empleado).



para proteger la estructura y ordenación de sus contenidos, sino los propios contenidos de la base de datos; impidiendo, por ejemplo, una extracción y/o reutilización de contenidos que no suponga una infracción del derecho *sui generis* del artículo 133 de la LPI. Pero veamos algunas cuestiones puntuales relativas a los límites aplicados a los derechos intelectuales.

## 1. LA COPIA PRIVADA

Quizá uno de los temas más controvertidos en España y que más oposición suscita es el canon compensatorio por copia privada; pues es incómodo el hecho de tener que abonar cantidades por la mera posibilidad de llevar a cabo copias, sean de obras protegidas o no. La respuesta a esto es que la compensación, además de equitativa, es puramente simbólica y las copias más frecuentemente realizadas son copias de obras que están en el ámbito del derecho intelectual (6). Aunque hay un problema, consistente en que, en la propia naturaleza del derecho intelectual, describiendo el contenido del mismo, están los límites al derecho, entre los cuales figuran, por ejemplo, la cita de la obra o la copia privada de la misma. Si el autor la encripta, bloquea o protege bajo códigos, entonces no permite a los terceros acceder libremente a la obra, en el ejercicio legítimo del derecho de acceso a la cultura.

En cualquier caso, la copia privada ha sido objeto de gran polémica desde su incorporación a la LPI (7). Históricamente nunca se ha

---

(6) Según manifiesta Carlos ROGEL, otro tema es que a las personas, incluidas las jurídicas, no les guste pagar, pero es que estamos en presencia de la propiedad más sagrada de todas, la que resulta de obras generadas desde la nada, la que es más merecedora de remuneración. Y el caso es que las otras propiedades se pagan estupendamente, a precios, a veces, extraordinariamente altos, y nadie lo cuestiona. ¿Por qué cuestionarlo respecto de la propiedad intelectual? No obstante, si se analizase caso por caso la copia efectuada, sería mucho más cara la remuneración a abonar; pues no sería meramente compensatoria y equitativa por copia privada, sino que sería una remuneración conforme a las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión y, si la gente hace muchas copias y saca sus cuentas, a lo mejor le interesa más la compensación por copia privada que la remuneración acorde con las tarifas. (Entrevista a Carlos ROGEL, *Diario La Ley*, núm. 6933, Sección "En Primera Persona", 25 de abril de 2008.)

(7) Desde luego, tanto las medidas tecnológicas de protección como

permitido la realización de copias privadas, pero la reforma de la LPI significó una sustancial modificación del régimen de compensación por copia (8). La redacción del artículo 31 de la LPI clarifica que el usuario persona física debe haber accedido lícitamente a las obras que reproduce para su uso privado. *A sensu contrario*, el uso de obras "piratas" quedaría fuera del ámbito del artículo 31 de la LPI y, por tanto, no se generaría la obligación de compensación equitativa

---

los sistemas de gestión de derechos digitales (DRM) están llamados a influir decisivamente en el debate en torno a la configuración del derecho a la copia privada.

(8) La copia privada –dice Carlos ROGEL– hasta hace poco tiempo era una actividad permitida y no generaba ningún tipo de remuneración compensatoria. Era un límite clásico al derecho de autor, porque las copias se hacían a mano, artesanalmente, de obras que estaban agotadas y que eran de acceso difícil, y eso no afectaba al derecho de autor ni a la normal explotación económica de la obra. Pero en el momento en que aparecen aparatos reproductores que permiten hacer copias fácilmente y con extraordinaria rapidez, aparatos susceptibles de ser adquiridos sin dificultad y a precios muy razonables, aunque cada persona haga una sola copia, puede haber miles de personas que hagan copias, lo cual atenta directamente contra la explotación normal de la obra copiada. Cualquier tipo de límite existente tiene una traba, un confín: no puede atentarse, con él, contra la explotación normal de la obra copiada ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor de la misma. Sin embargo –dice Carlos ROGEL–, los aparatos reproductores están ahí y, además, lícitamente; y se venden. Entonces, ¿qué puedo hacer? Puedo establecer, instar una compensación equitativa por la posibilidad de llevar a cabo copias mediante un aparato. Es verdad que ese aparato, por ejemplo, una fotocopidora, puede hacer fotocopias de obras protegidas y, también, de otras, que el propio copista genera, o de obras que están en el dominio público o de textos que no están protegidos por la propiedad intelectual. Es cierto, como es cierto que se paga incluso aunque no se haga copia alguna. La compensación equitativa es nimia, muy pequeña. Si una fotocopidora, a lo largo de un día, está generando fotocopias normalmente durante ocho horas, los beneficios que se obtienen andan cerca de lo que, respecto de dicha máquina, se paga por la posibilidad de copiar o la copia efectuada durante toda la vida de la misma. La compensación equitativa, que se paga por la posibilidad de que se hagan copias para uso privado, se mueve en el ámbito de lo que es estrictamente copia privada de obras a las que lícitamente se accede, no legitima para otra cosa. Creo que es así, está bien y no hay otro modo de actuar; claro, lo drástico sería prohibir las fotocopias, pero eso es impensable en el mundo actual. (Entrevista a Carlos ROGEL, Diario *La Ley*, núm. 6933, Sección "En Primera Persona", 25 de abril de 2008.)

prevista en el artículo 25 de la LPI por usos que son ilícitos *ab initio*. En base a este respecto, se ha reprochado la conducta de aquellos usuarios que, por ejemplo, a través de Internet ponen a disposición de otros (*suben*) contenidos protegidos por derechos de autor, pues no pueden ampararse para dicho acto en el derecho a la copia privada desde el momento en que se entiende que esta utilización es "colectiva" y no para *uso particular*, como preceptúa la LPI; ya que excede del círculo íntimo o familiar del copista y puede haberse obtenido de una fuente ilegal. Lo que, en virtud del artículo 31.2 de la LPI, afectaría a aquellos que *bajan* el archivo en cuestión.

En efecto, el artículo 31.2 de la LPI establece una relación entre el derecho de compensación equitativa y la utilización de medidas de protección (9), y entendemos que la remisión al régimen de medidas técnicas efectuado por el artículo 31 de la LPI permite argumentar que, en caso de no ser posible realizar copias privadas debido a la implantación de dichas medidas tecnológicas, o bien si lo fuera, pero con limitaciones en cuanto al número de copias posibles debido a restricciones establecidas en dichas medidas, no habría lugar a la correspondiente compensación equitativa a los titulares de los derechos intelectuales, al no haber perjudicado sus derechos. El Expositivo 35 *in fine* de la Directiva 2001/29 es claro en este punto

---

(9) Bajo nuestro punto de vista, la referencia a las medidas del artículo 161 de la LPI contenida en el artículo 31.2 de la misma Ley es errónea y debió referirse al artículo 160. En efecto, la referencia al artículo 161 de la LPI en el artículo 31.2 se hace en los siguientes términos: "[...] *sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161 [...]*". A su vez, la Exposición de Motivos de la Ley 23/2006, de 7 de julio, emplea el mismo grado de ambigüedad y poca claridad: "*Asimismo, se establece que la compensación prevista en el artículo 25 deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a que se refiere el artículo 161*". Por su parte, la redacción de la Directiva 2001/29 nos parece algo más precisa en este punto; así su artículo 5.2.b) establece: "[...] *siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6*". Es claro en este sentido el Expositivo 35 de la Directiva 2001/29: "[...] *El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva*".

al establecer: “*Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago*”.

Pero la incidencia de las medidas técnicas de protección no queda limitada a Europa: la Comisión Federal de Comercio Norteamericana inició un expediente sancionador contra una empresa discográfica por la distribución de una medida tecnológica en sus discos compactos que implicaba la instalación de un sistema anticopia en los ordenadores de los usuarios. Al parecer, el dispositivo de protección era muy complejo de desinstalar y creaba agujeros de seguridad en el sistema operativo Windows que podían afectar a los usuarios. El expediente se cerró con un acuerdo entre las partes por el que la compañía discográfica se comprometió a abonar 150 dólares a cada usuario y a no incluir ese tipo de protección sin el consentimiento del consumidor (10).

## 2. EL CONFLICTO DE INTERESES

En cuanto a los derechos e intereses en conflicto, el artículo 161 de la LPI preceptúa algunos de los **límites a los derechos intelectuales** (11); pues una de las tareas que más dificultades suscita es

---

(10) La medida tecnológica en cuestión recopilaba a su vez hábitos musicales del usuario, y por tanto incide en el derecho de protección de datos de carácter personal, otra rama del ordenamiento que sin duda tendrá importancia creciente en la operativa de las medidas de protección (“Sony BMG paga 115 euros a cada afectado por su programa antipiratería en EEUU”, *El País*, 31 de enero de 2007).

(11) El artículo 161 de la LPI reza: “*Límites a la propiedad intelectual y medidas tecnológicas. 1. Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate. Tales límites son los siguientes:*

- a) *Límite de copia privada en los términos previstos en el artículo 31.2.*
- b) *Límite relativo a fines de seguridad pública, procedimientos oficiales o en beneficio de personas con discapacidad en los términos previstos en el artículo 31 bis.*
- c) *Límite relativo a la ilustración de la enseñanza en los términos previstos en el artículo 32.2.*

compaginar la protección legal de los derechos intelectuales con los límites al ejercicio de esos derechos; ya que el régimen jurídico de los derechos intelectuales se fundamenta en un equilibrio entre los

---

d) *Límite relativo a la ilustración de la enseñanza o de investigación científica o para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial, todo ello en relación con las bases de datos y en los términos previstos en el artículo 34.2 b) y c).*

e) *Límite relativo al registro de obras por entidades radiodifusoras en los términos previstos en el artículo 36.3.*

f) *Límite relativo a las reproducciones de obras con fines de investigación o conservación realizadas por determinadas instituciones en los términos previstos en el artículo 37.1.*

g) *Límite relativo a la extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica de una parte sustancial del contenido de una base de datos y de una extracción o una reutilización para fines de seguridad pública o a los efectos de un procedimiento administrativo o judicial del contenido de una base de datos protegida por el derecho sui generis en los términos previstos en el artículo 135.1 b) y c).*

2. *Cuando los titulares de derechos de propiedad intelectual no hayan adoptado medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, para el cumplimiento del deber previsto en el apartado anterior, los beneficiarios de dichos límites podrán acudir ante la jurisdicción civil.*

*Cuando los beneficiarios de dichos límites sean consumidores o usuarios, en los términos definidos en el artículo 1.2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su defensa podrán actuar las entidades legitimadas en el artículo 11.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

3. *Disfrutarán de la protección jurídica prevista en el artículo 160.1 tanto las medidas tecnológicas adoptadas voluntariamente por los titulares de los derechos de propiedad intelectual, incluidas las derivadas de acuerdos con otros interesados, como, en su caso, las incluidas en la correspondiente resolución judicial.*

4. *Lo dispuesto en los apartados anteriores no impedirá que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas, respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada. En estos supuestos, los beneficiarios de lo previsto en el artículo 31.2 no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que, en su caso, hayan adoptado los titulares de derechos en virtud de este apartado.*

5. *Lo establecido en los apartados anteriores de este artículo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija”.*

derechos de exclusiva de sus titulares y los intereses de los usuarios que en determinadas circunstancias pueden realizar un uso legítimo de la obra protegida sin contar con el consentimiento del titular del derecho (12).

Bajo esta argumentación, la protección de las medidas tecnológicas plantea la cuestión de la explotación legítima de la obra por los beneficiarios de los derechos intelectuales. No obstante, la "solución" adoptada por el legislador español en la LPI no nos parece idónea, particularmente para los beneficiarios. Si bien la Ley 23/2006 anuncia la cuestión de forma esperanzadora en su Expositivo IV (13), nos parece que el "sistema" adoptado es más bien poco imaginativo: los frustrados beneficiarios podrán acudir a la jurisdicción civil (14). Los legisladores de otros Estados han previsto una intervención administrativa previa que nos parece más apropiada que el gravoso acceso a la vía judicial (15).

---

(12) Véanse artículos 10 y 10 bis del **Convenio de Berna** para la protección de obras literarias y artísticas y los artículos 31 a 40 bis de la LPI.

(13) "[...] *La relación y, en su caso, el necesario ajuste entre determinados límites a los derechos de propiedad intelectual y la protección de las medidas tecnológicas se aborda mediante un sistema que evita que los derechos e intereses generales a los que responden los límites puedan quedar frustrados por la protección objetiva de las tecnologías [sic]*". (Expositivo IV de la Ley 23/2006).

(14) "*Así, en ciertos casos y siempre que los titulares no hayan adoptado medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, se prevé que los beneficiarios de dichos límites puedan acudir a la jurisdicción civil*" (Expositivo IV de la Ley 23/2006).

(15) En el **Reino Unido** se prevé un sistema de resolución de conflictos con intervención del Ministerio competente (art. 292ZE de la Copyright, Designs and Patents Act 1988). **Francia** incluso ha creado un ente administrativo específico para esta cuestión, "L'Autorité de régulation des mesures techniques" (art. L 331-17 del Code de la Propriété Intellectuelle). Por su parte, en los **Estados Unidos** se reparten la competencia tres organismos que actúan de forma coordinada: el *Librarian of Congress*; el *Register of Copyrights* y el *Assistant Secretary for Communications and Information*, que forma parte del *Department of Commerce*.

### 3. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA COMPETENCIA DESLEAL

Las relaciones entre el derecho de defensa de la competencia y los derechos intelectuales han venido siendo objeto de debate en los últimos tiempos (16), que se ha visto acompañado por diversas resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en casos de ejercicio desleal de los derechos intelectuales (17). Así, han empezado a plantearse conflictos en productos del sector del ocio y entretenimiento, como la distribución de música *on-line* (18), situaciones en las que las medidas de protección tecnológica de tales derechos tienen un papel protagonista.

Cabe preguntarse, por tanto, si los actos de elusión de las medidas técnicas o tecnológicas protectoras pueden ser perseguidos bajo alguno de los tipos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (la LCD). En este sentido, entendemos que a la vista de los tipos especiales recogidos en los artículos 6 a 17 de la LCD, probablemente debamos acudir a la cláusula general del artículo 5 de la LCD. En particular, no podemos excluir la posibilidad de tipificar los actos de elusión de las medidas protectoras de los derechos intelectuales como supuestos de obstaculización del ejercicio legítimo de tales derechos o como práctica de competencia desleal (19). Por lo que, a la vista del contenido de la protección jurídica de las medidas tecnológicas, es procedente dudar si su naturaleza jurídica

---

(16) Por ejemplo, LENCE REIJA: "El permanente conflicto entre propiedad intelectual y libre competencia", en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Marcial Pons, 2006, tomo XXVI, pp. 247 y siguientes.

(17) También destaca la Decisión de la **Comisión de las Comunidades Europeas** de 24 de marzo de 2004 (caso *Microsoft*).

(18) En tal sentido nos remitimos al debate sobre la licitud de las DRM de iTunes (plataforma de distribución de música *on-line* de Apple) suscitado en varios países europeos (como Noruega) y que se plantea bajo la clave de interoperabilidad. Asimismo, es muy interesante la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de iniciar una investigación desde el punto de vista del derecho de defensa de la competencia respecto a la segmentación de mercados por la plataforma iTunes ("Bruselas investiga a iTunes por aplicar precios más altos en Reino Unido", *El País*, 4 de abril de 2007).

(19) Para un detallado análisis del artículo 5 de la LCD puede consultarse J. MASSAGUER: "La cláusula de prohibición de la competencia desleal", en *Competencia Desleal y Defensa de la Competencia*, FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R. (Director), CGPJ, Madrid, 2002, pp. 95 y ss.



no estaría más próxima al régimen de la competencia desleal que al de la propiedad intelectual (20).

#### IV. LESIONES A LOS DERECHOS INTELECTUALES Y DERECHO PENAL

La Ley Orgánica 15/2003 modificó el artículo 270.3 del Código Penal para incluir bajo su protección las obras, interpretaciones y ejecuciones protegidas por la propiedad intelectual (21). Y, si bien el delito previsto en el tipo del 270.3 del Código Penal requeriría la concurrencia de los requisitos de ánimo de lucro y perjuicio de tercero (22), es indudable que su amplitud ha facilitado que hasta la fecha la vía penal haya sido el mecanismo de resolución de conflictos más empleado en materia de elusión o desbloqueo ilegal de las me-

(20) De hecho, algunos países, como Japón, incluyen en su legislación de competencia desleal los actos de elusión de medidas tecnológicas [artículos 2(1)(x) y 2(1)(xi) de la Ley de Prevención de la Competencia Desleal de 1994, modificada en este punto en 1999]. Japón mantiene un sistema dual de protección de las medidas tecnológicas al incluir también su Ley de Derechos de Autor previsiones en este área.

(21) Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El artículo 270.3 del **Código Penal** quedó redactado como sigue: "3. *Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo*".

(22) Ello, según interpretación de la Fiscalía General del Estado, en Circular 1/2006, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003; pues el artículo 270.1 del CP establece que: "*Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios*".



didadas tecnológicas de protección (23), a pesar de que la mayoría de los conflictos resueltos por la vía penal constituían casos claros de piratería. Con todo, varios Estados europeos han optado por seguir un sistema de protección mixto civil-penal similar al español (24).

Y ello es así porque no cabe duda de que hoy día existen multitud de opciones y perfiles en el mundo virtual del conocimiento y el intercambio por vía electrónica. Entre ellos nos interesan principalmente los usuarios de Internet que *suben* o *bajan* contenidos protegidos por los derechos intelectuales y los administradores de los sitios web que procuran enlaces a los mismos. La calificación y licitud de sus prácticas viene siendo desde la pasada década objeto de debate doctrinal y jurisprudencial. Por ello, el legislador ha intentado adaptarlas mediante constantes textos legislativos; plasmados, entre otras, en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información [que traspone la Directiva 2000/31/CE (25)] y en la LPI [que incorpora modificaciones introducidas por la trasposición de las Directivas 2001/29/CE y 2004/48/CE (26)].

---

(23) No conocemos resoluciones judiciales que hayan aplicado el artículo 102 c) de la LPI.

(24) Los siguientes Estados incorporan regulación penal para los actos de elusión de las medidas técnicas de protección de la propiedad intelectual y distribución comercial de sistemas de elusión de dichas medidas: Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Polonia, Portugal y Reino Unido.

(25) Al respecto, es importante recordar que la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), fue traspuesta y recogida en nuestro país por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. En este sentido, véase GARCÍA MÁS, Francisco Javier: *Comercio y firma electrónica: análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información*, ed. Lex Nova, 2.ª edición, 2004.

(26) Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (traspuesta mediante la Ley 23/2006, de 7 de julio) y Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad industrial (traspuesta al ordenamiento español mediante la Ley 19/2006, de 5 de junio).

En concreto, según el artículo 20 de la LPI, se considera **comunicación pública** la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos; de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija. Modalidad de explotación que, por otra parte, sólo pertenece al titular del derecho intelectual o a su causahabiente. Con base en este precepto, como dijimos, se ha denunciado a los usuarios que a través de Internet ponen a disposición de otros contenidos protegidos por derechos intelectuales. Y ello es así porque la comunicación pública de obras protegidas por los derechos intelectuales se encuentra tipificada y penada en el artículo 270 CP. Sin embargo, los esfuerzos de los agentes interesados no se han consumado en la criminalización de dichas conductas fraudulentas protagonizadas por los usuarios de la red. La jurisdicción penal (27) y la Fiscalía General del Estado (28) han considerado que, a falta de un lucro "comercial" o "a escala comercial" (29), el carácter fragmentario del hecho en sí y el principio de intervención mínima del derecho

---

(27) SAP de Cantabria de 18 de febrero de 2008, caso *Razcaal*; Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid de 19 de marzo de 2008; Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid de 12 de septiembre de 2008, caso *Spanishshare*.

(28) La Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2006, de 5 de mayo, párrafo III. c), señala la conveniencia de revisar la responsabilidad de los prestadores de servicios establecida en los artículos 14 a 18 de la Ley 32/2004, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. Como sostiene la SAP de Baleares, Secc. 3.ª, de 22 de febrero de 2007, el legislador ha optado por no hacer responsables a los proveedores de servicios por los contenidos que albergan o a los que dirigen.

(29) El concepto de acto desarrollado a "escala comercial" es definido como aquel que es realizado para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos, y fue introducido por la Directiva 2004/48/CE ("Directiva antipiratería") y traspuesto a nuestro Ordenamiento a través de la Ley 19/2006, de 5 de junio, modificando la Ley 1/2000 (art. 256.1.7.º y 8.º, diligencias preliminares para preparar los juicios). No se ha considerado que el ahorro del coste de adquisición legal de la copia por parte de los usuarios pueda subsumirse en dicho concepto, ni tampoco en el del tradicional "ánimo de lucro" del Tribunal Supremo (SAP de Cantabria de 18 de febrero de 2008, caso *Razcaal*), que alberga también aquellas conductas que reporten una utilidad, si bien con relación a delitos de robo y hurto, que no es el caso.

penal debe alejarnos de la criminalización de estas conductas: "Es un criterio generalizado actualmente que la actividad de descarga de archivos a través de Internet no es constitutiva de delito" (30).

Ahora bien, la Circular 1/2006 del Ministerio Fiscal no duda de que *subir* o *bajar* de Internet archivos protegidos por los derechos intelectuales para compartirlos con otros usuarios, en cuanto acto de comunicación pública, puede ser perseguido en vía civil con independencia de su significación económica; pero la significación económica, a nuestro entender, sigue siendo trascendente. Pese a ello, es difícil identificar a un usuario en la red cuando éste utiliza un seudónimo y, según la doctrina "*Promusicae*" del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (31), los proveedores de acceso a la red no estarían obligados, en atención a la normativa actual (Ley 25/2007, de conservación de datos de comunicaciones electrónicas y de redes públicas de comunicación), a revelar datos identificativos de sus usuarios en la incoación de procesos civiles (y sí en procesos penales cuando se trate de delitos graves –aunque la actividad de mero intercambio no se considera delito grave, ni siquiera delito, si no existe un "lucro comercial" o "a escala comercial"–). Así, bajo una nueva regulación que posibilitara revelar datos identificativos de usuarios en la incoación de procesos civiles, la significación económica del hecho cobraría de nuevo relevancia (como puede suceder con los casos aislados de usuarios que comparten archivos protegidos), ello en un equilibrio ponderado de intereses (32).

A este respecto, el Juzgado de lo Penal número 1 de Logroño, en sentencia número 308/2008, condenó por infracción de los derechos intelectuales a un administrador de sitio web de enlaces a redes P2P

---

(30) Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid, de 20 de diciembre de 2006, caso *www.sharemula.com*.

(31) STJCE de 29 de enero de 2008, C-275/06, Productores de Música de España y Telefónica de España (caso *Promusicae*).

(32) Véanse en este sentido las conclusiones del abogado general en el asunto C-275/06 (STJCE de 29 de enero de 2008, caso *Promusicae*). Ante la dificultad de perseguir dichas conductas, ya existían voces en la doctrina que propugnaban la aplicación de un canon al acceso a la red Internet, anticipando el debate actual. (SERRANO GÓMEZ, E.: "Napster y la propiedad intelectual: ¿Una relación imposible?", *Actualidad Civil*, Madrid, 2001, p. 1109.)

(33). El fallo consideraba que la actividad de enlazar archivos cuyo contenido estaba protegido por tales derechos constituía una comunicación pública con ánimo de lucro realizada en perjuicio de los titulares de los derechos intelectuales. Esta sentencia se aparta de casi todos los pronunciamientos anteriores, que excluyen la responsabilidad penal de dichas conductas. Sin embargo, parece dudoso que este fallo haya de cambiar el rumbo marcado hasta ahora por la jurisprudencia dominante en cuanto a la aplicación del artículo 270 del Código Penal (CP), relativo a los delitos contra los derechos intelectuales. En efecto, la citada sentencia condena al administrador de una página web de enlaces e intercambio a pena de prisión y multa, además de imputarle la responsabilidad civil derivada del delito tipificado en el artículo 270.1 del Código Penal. Y lo relevante del fallo proviene precisamente de su sentido condenatorio y de su consiguiente confrontación con la precedente doctrina jurisprudencial penal; pues si hasta ahora los intentos por criminalizar las conductas de los administradores de sitios web de intercambio de archivos (*file-sharing*) habían sido infructuosos, esta vez no fue así (34).

---

(33) Los programas informáticos P2P permiten el intercambio de archivos digitales codificados (obras audiovisuales, fonogramas, juegos de ordenador) entre sus diferentes usuarios, quienes necesitan tan sólo un ordenador, una conexión a Internet y el nombre del autor o de la obra a la que desean acceder. En la red, los usuarios pueden encontrar motores de búsqueda especializados en encontrar enlaces a unos y a otros archivos digitales codificados y a redes P2P; estos motores de búsqueda ordenan la información, albergan foros e incluso facilitan una sinopsis del contenido alojado e imágenes representativas de los mismos. Pero los servidores de los sitios web de enlaces a redes P2P no almacenan el contenido de los archivos digitales codificados a los que enlazan y, eventualmente, muestran publicidad patrocinadora de la concreta búsqueda. (Fidel PORCUNA DE LA ROSA, Diario *La Ley*, núm. 7200, Sección Doctrina, 19 junio 2009, año XXX, Ref. D-222, Editorial La Ley 12429/2009.)

(34) ADESE y Lauren Films interpusieron denuncia contra AGL por un delito contra la propiedad intelectual, concretamente por poner a disposición de los usuarios del sitio web *www.infopsp.com* (del cual AGL era responsable y administrador) enlaces a contenidos protegidos por los derechos intelectuales registrados cuya titularidad correspondía a los denunciantes. El servicio prestado por AGL (propietario de la web denunciada) contenía publicidad de terceros y era gratuito, aunque el usuario aceptaba como condición del registro la cesión de sus datos a terceros. En el momento de

En cualquier caso, si el *intercambio* en redes P2P es considerado ilícito civil, conviene examinar la responsabilidad de los administradores de sitios web que facilitan, buscan y ordenan enlaces en los archivos objeto de intercambio (35); pues excluir la ilicitud de la conducta objetiva del administrador (esto es, que la actividad de enlazar archivos que contienen obras no es comunicación pública de las mismas) implicaría que la ganancia de los administradores de estos sitios web derivada de la publicidad no sería injusta (36).

---

la investigación criminal, la página web (junto con otras páginas del denunciado) contabilizaba 17.314 usuarios y unos quinientos enlaces a descargas directas. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la propiedad intelectual previsto y penado en el artículo 270.1 CP y solicitó para AGL las penas que finalmente le fueron impuestas.

(35) Hasta la fecha, generalmente la jurisprudencia ha considerado que los administradores de dichas páginas no incurren en responsabilidad penal ni civil. Fundamentan su decisión en que “las actividades de dichas páginas se centran en facilitar enlaces; ni alojan archivos, ni realizan directamente la descarga, limitándose a facilitar una dirección donde se puede descargar la obra; esto es, su actividad se centra en «enlazar»” (AAP de Madrid, Secc. 2.ª, de 11 de septiembre de 2008, caso *Sharemula*). Consideran que la actividad de los administradores de estas páginas “no supone una comunicación pública de dicha página, sino una indicación de dónde se realiza dicha comunicación pública” (SAP de Navarra, de 20 de diciembre de 2007, aunque reconoce que existe una diferencia entre los enlaces de superficie o simples y los enlaces P2P, donde el problema podría ser distinto) y que “(en la web del denunciado) no se halla almacenado contenido alguno ni distribuye, comunica o difunde directamente las películas, música o juegos, sino que se limita a difundir otros enlaces que son los que realizan tal difusión y comunicación no autorizada” (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid, de 12 de septiembre de 2008, caso *Spanishshare*). En el mismo sentido, la SAP de Madrid, Secc. 2.ª bis, de 18 de junio de 2008, sostiene que *no existe contenido alguno en “www.sharemula.com”, sino únicamente enlaces a otros lugares de la Red*. Por el contrario, el Auto del Juzgado de Instrucción de Cartagena de 17 de abril 2008, caso *Elitedivx.com*, dispone: “aunque éste no sea lugar para analizarlo, podría entenderse que tales tipos de actividades podrían suponer, desde la óptica del Ordenamiento extra-penal, una vulneración de los derechos de explotación de los titulares de los derechos de propiedad intelectual existentes sobre las obras afectadas, al suponer una actuación de intermediación en la comunicación pública de las obras en cuestión”. Dicha actividad, señala, “tiene cabida en la letra i) del artículo 20.2 de la LPI”.

(36) El Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid de 20 de diciembre de 2006, caso *www.sharemula.com*, señala que “la retribución

Por último, alguna jurisprudencia menor (37), así como la comentada Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, señalan que a los administradores de páginas web se les aplicaría el régimen especial de responsabilidad que regula la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (38). De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de esta Ley (39), los prestadores de servicios cuya actividad se limite a facilitar enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda no son responsables por los contenidos a los que se dirijan sus destinatarios. Sin embargo, si tienen un conocimiento efectivo de que los mismos son ilícitos, serán responsables en la medida en que no actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. "Conocimiento efectivo" (40) que, según la citada norma, se da cuando el prestador o administrador de páginas web conoce que se ha dictado una Resolución por un órgano competente decla-

que obtienen los administradores de la página no compensa la descarga de los títulos, sino la publicidad derivada de la inscripción en la página, que es independiente de ésta y que se puede generar aunque no haya descarga. Además, la retribución que obtienen los administradores no sólo deriva de esta labor de intermediación, sino de otros servicios que no se contemplan en esta investigación, como el acceso a las páginas de adultos o de juego".

(37) SAP de Madrid, Secc. 2.ª bis, de 18 de junio de 2008; Auto del Juzgado de Instrucción número 9 de Barcelona de 7 de marzo de 2003; sentencia del Juzgado de lo Penal número 18 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2005; SAP de Baleares, Secc. 3.ª, de 22 de febrero de 2007.

(38) Sólo son servicios de la sociedad de la información los que se prestan a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Adicionalmente, el artículo 1.2 de la Directiva 98/34/CE exige que el servicio sea prestado "normalmente a título oneroso"; por su parte, el Considerando número 18 de la Directiva 2000/31/CE aclara que "lo esencial en el concepto es que el servicio constituya para su prestador el objeto de una actividad económica", sin importar que se trate de servicios "no remunerados por sus destinatarios". Al respecto, véase el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de enero de 2002, con relación al Anteproyecto de la Ley 34/2002.

(39) Inspirado en el *Digital Millennium Copyright Act*, aprobado por el Congreso de Estados Unidos de América en 1998 e introducido sólo en el segundo borrador de la Ley de 18 de enero de 2001.

(40) Respecto al "conocimiento efectivo", es necesario aclarar si realmente han de establecerse (normativamente, como parece sugerir la Ley) medios de conocimiento o éstos pueden suponerse *de facto*, pudiéndose entrar a valorar directamente la infracción por las concretas circunstancias.

rando la ilicitud del contenido, ordenando su retirada, ratificando la imposibilidad de acceso a los mismos o confirmando la existencia de una lesión susceptible de indemnización (41). Y volviendo a la comentada sentencia número 308/2008 del Juzgado de Instrucción de Logroño, ésta viene a contradecir cada uno de los aspectos considerados y apunta hacia una responsabilidad directa del administrador de la web por entender que la actividad de enlace de archivos cuyo contenido está sujeto a derechos intelectuales supone una comunicación pública, la cual es realizada con ánimo de lucro derivado de las ganancias obtenidas por la publicidad inserta en la página. Asimismo, señala que tal actividad y la eventual copia realizada por los usuarios de los archivos se realiza en perjuicio de los titulares de derechos intelectuales, consumando el tipo contenido en el artículo 270 CP (42).

## V. ENTIDADES DE GESTIÓN DE LOS DERECHOS INTELECTUALES

Conviene tratar sobre las facultades que tienen otorgadas las Entidades de Gestión colectiva de los derechos intelectuales; pues ad-

---

(41) El mismo artículo 17 añade: *"sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse"*. El Dictamen del Consejo de Estado de 17 de enero de 2002, con relación al Anteproyecto de la Ley 34/2002, apuntaba la dificultad de interpretación de esta última frase sugiriendo, sin que finalmente se aceptara, sustituirla por la redacción que sigue: "[...] y de cualquier otra posible forma de conocimiento efectivo". Los Tribunales, en cualquier caso, han adoptado una interpretación estricta del precepto mencionado, porque han desechado el "conocimiento efectivo" del administrador del sitio web cuando el titular de derechos de propiedad intelectual no ha acreditado la existencia de una resolución que declarase ilícitos los contenidos cuya tutela se pretende (véase, al respecto, el Auto del Juzgado de Instrucción número 9 de Barcelona de 7 de marzo de 2003; AAP de Madrid, Secc. 2.ª, de 11 de septiembre de 2008; en otro sentido, no obstante, Auto del Juzgado de Instrucción número 4 de Madrid de 20 de diciembre de 2006).

(42) En este caso, el fallo comentado no explica cuáles son las razones jurídicas que le llevan a alejarse de la jurisprudencia dominante, limitándose a señalar que entiende correcta la calificación jurídica de los hechos y, por tanto, su subsunción en el tipo.



ministran derechos de los autores, llevan a cabo recaudaciones que éstos difícilmente podrían ejecutar por sí mismos y, además, con parte del dinero que recaudan desarrollan actividades de promoción y de protección de los miembros que se encuentran con dificultades en los colectivos que representan (43).

La ubicación de la regulación de las Entidades de Gestión colectiva de estos derechos (en adelante, Entidades de Gestión) en el Título IV del Libro III de la LPI, que lleva por título "*De la protección de los derechos reconocidos en esta Ley*", nos indica que el legislador las ha considerado un mecanismo útil de protección y un medio para hacer efectivos los derechos intelectuales constituidos sobre creaciones originales literarias, artísticas o científicas. Concretamente, la LPI establece determinados supuestos en los que ciertos derechos intelectuales (llamados de gestión colectiva forzosa) deben ser gestionados de manera colectiva por las Entidades de Gestión correspondientes; las cuales serán quienes recauden y administren en nombre de los autores o titulares de estos derechos la remuneración que por ciertos usos les sea debida. Pero, además de lo anterior, mediante sus Estatutos, las Entidades de Gestión pueden ampliar el ámbito de los derechos que gestionan y, así, quienes sean socios de las mismas pueden ceder a la Entidad la gestión de los derechos que aparezcan en dichos Estatutos. Estos derechos, que son denominados Derechos Exclusivos (derechos cuya gestión sólo puede autorizar su titular, según el tenor literal de la LPI), son aquellos cuya gestión individual le sería al titular dificultosa, y se concretan en la práctica en la concesión, por ejemplo, por parte de las Entidades de Gestión de autorizaciones generales por repertorio, mediante tarifas, o la celebración de contratos generales con asociaciones de usuarios del repertorio (art. 157 LPI).

---

(43) Para Carlos ROGEL, algunos autores las ven como entidades recaudatorias, no siendo ello así. Probablemente –dice–, dichas entidades deberían explicar más los roles que juegan y las funciones que desempeñan, para que todos entiendan que su papel es encomiable, explicando también que las recaudaciones, las remuneraciones o las compensaciones que perciben, en nombre de sus asociados y de los derechos de los mismos, son razonables siempre y, en ocasiones, reducidas, cuando no simbólicas. (Entrevista a Carlos ROGEL, Diario *La Ley*, núm. 6933, Sección "En Primera Persona", 25 abril 2008.)



Así, las Entidades de Gestión son organizaciones privadas de base asociativa, sin ánimo de lucro, que ejercen facultades de mediación o gestión, en nombre propio o ajeno, de los derechos de explotación, y otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de los derechos intelectuales. Las Entidades de Gestión propiamente dichas son las que han sido autorizadas por el Ministerio de Cultura mediante su publicación en el BOE y están sometidas a tutela administrativa. Existen, además, otras asociaciones que no gozan del *status* de Entidad de Gestión, pero cuyo fin es también proteger, entre otros, los derechos intelectuales de sus asociados (44). Por su parte, la **Comisión de la Propiedad Intelectual** dependiente del Gobierno, con funciones de órgano de arbitraje, se encarga de resolver conflictos entre las entidades y actuar contra la vulneración de los derechos intelectuales, pudiendo incluso establecer las tarifas sobre los derechos exclusivos.

Por lo que se refiere estrictamente a las Entidades de Gestión, una vez autorizadas por la Administración, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios Estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales (art. 147.2 de la LPI). En los Estatutos de las Entidades de Gestión se hará constar, entre otras cuestiones, el objeto o fines de las mismas, con especificación de los derechos administrados, no pudiendo ejercer su actividad fuera del ámbito de la protección de los derechos intelectuales (art. 151.2 de la LPI).

La gestión de estos derechos será encomendada por sus titulares a la Entidad de Gestión mediante contrato, cuya vigencia no podrá ser superior a cinco años indefinidamente renovables, ni podrá imponerse como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación, ni la de la totalidad de la obra o producción futura (art. 153.1 de la LPI).

Entre las **funciones de las Entidades de Gestión** destacan las siguientes:

---

(44) A saber: –La Asociación Fonográfica y Videográfica de España (AFYVE); –La Asociación Colegial de Escritores (ACE); –La Federación Antipiratería (FAP), etc.

1. Administrar los derechos intelectuales confiados con sujeción a la legislación vigente y a sus Estatutos (45).
2. En el ámbito de las utilizaciones masivas, celebran contratos generales con asociaciones de usuarios del repertorio y fijan tarifas por la utilización del mismo.
3. Hacen efectivos los derechos de naturaleza compensatoria, como la remuneración por copia privada.
4. Realizan el reparto de la recaudación neta correspondiente a los titulares de los derechos.
5. Prestan servicios asistenciales y de promoción de los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes.
6. Asimismo, protegen y defienden los derechos intelectuales contra las infracciones que se cometan, acudiendo en su caso a la vía judicial.

En la actualidad, si bien la LPI acabó con la situación de monopolio existente permitiendo la entrada de nuevas sociedades para la gestión de distintos derechos reconocidos, la realidad es que las sociedades que han sido aprobadas se dedican y cuentan en su repertorio con una sola categoría de derechos. De esta manera, aun existiendo diversas Entidades de Gestión, se ha producido, como veremos, una situación prácticamente de monopolio respecto de cada categoría de derechos, situación que cuenta con el permiso tácito de la Administración, poco propensa a autorizar a nuevas Entidades.

No obstante dedicarse cada una de las Entidades de Gestión a categorías de derechos distintas, puede existir cierto solapamiento entre ellas. Ante esta situación, y debido a que el usuario ha de tener total seguridad de que ha adquirido todos los derechos necesarios para desplegar su actividad con pleno respeto a la LPI, es preciso plasmar en los correspondientes acuerdos que se suscriban con cada una de las Entidades de Gestión cuál es exactamente el repertorio que dicha entidad está legitimado a gestionar y, una vez

---

(45) Al respecto, estas Entidades ejercitan derechos de propiedad intelectual, bien de forma delegada por sus legítimos titulares, o bien por mandato legal (derechos de gestión colectiva forzosa); persiguen las violaciones a estos derechos mediante un control de las utilizaciones; fijan una remuneración adecuada al tipo de explotación que se realice y perciben esa remuneración con sujeción a lo estipulado.

definido el ámbito de su repertorio, cuál será la retribución que corresponda por su uso. Ello al objeto de:

- a) Retribuir a los titulares de las obras y prestaciones por los usos realmente realizados de su derecho intelectual.
- b) Evitar remunerar dos veces por un mismo uso; y
- c) Pagar un precio razonable de mercado que se corresponda proporcionalmente con el beneficio percibido por el usuario y en función del uso realizado de los repertorios.

En definitiva, las Entidades de Gestión protegen los intereses de los autores y titulares de los derechos, gestionando por cuenta y en interés de los mismos sus derechos intelectuales; pero también sirven a los usuarios de las obras al facilitar la posibilidad de obtener las autorizaciones necesarias para explotarlas sin tener que dirigirse a cada uno de los titulares de los derechos, con todas las dificultades que ello conlleva. Pero el usuario de los derechos intelectuales debe saber qué, a quién y cuánto ha de pagar; mas en España cada Entidad de Gestión utiliza criterios distintos para calcular la retribución que les corresponde.

Actualmente, las Entidades de Gestión reconocidas administran, en base a las facultades declaradas en sus Estatutos, los derechos de los siguientes colectivos:

#### A) ENTIDADES DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES

### **1. SGAE: Sociedad General de Autores y Editores**

En los Estatutos de la SGAE figura como fin la gestión de los derechos exclusivos de:

- a) Reproducción, distribución y comunicación pública de las obras literarias (orales y escritas), musicales (con o sin letra), teatrales (comprendidas las dramáticas, dramático-musicales, coreográficas y pantomímicas), cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales; ya sean obras originales, ya derivadas de otras preexistentes (tales como las traducciones, arreglos, adaptaciones u otras transformaciones).

b) El derecho exclusivo de transformación de tales obras con vistas a su utilización interactiva en producciones o en transmisiones de multimedia, analógicas o digitales.

c) Los derechos de remuneración por la reproducción privada de las aludidas obras grabadas en fonogramas, videogramas y otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, y por la comunicación pública de obras audiovisuales.

Para la gestión de los anteriores derechos, la SGAE tiene, entre otras, las siguientes funciones (46):

a) La concesión de la preceptiva autorización para cualquier explotación cubierta por alguno de los derechos exclusivos y la recaudación de las remuneraciones derivadas de aquella autorización.

b) La recaudación y, en su caso, fijación mediante tarifas generales, convenios sectoriales o contratos individuales, de las remuneraciones reconocidas al autor, al editor y demás derechohabientes, así como la percepción de indemnizaciones por explotaciones no autorizadas o efectuadas con infracción de alguno de los derechos gestionados.

c) Cualquier otra actividad complementaria de las expresadas o tendente a asegurar una explotación correcta de las obras del repertorio.

## **2. CEDRO: Centro Español de Derechos Reprográficos**

El Centro Español de Derechos Reprográficos tiene como fin principal la protección del autor y del editor de obras impresas, así como de sus derechohabientes, en el ejercicio de sus derechos de carácter patrimonial, mediante la gestión colectiva de los mismos.

---

(46) Están **exceptuados de la gestión** de la Sociedad el derecho de reproducción, en forma de libro o folleto, de las mencionadas obras y el de comunicación pública de las obras literarias en explotaciones diferentes de las siguientes: comunicación en un teatro o lugar análogo o en un programa de radio o televisión; comunicación de alguna de las restantes obras en la que se haya incluido o para la que se haya adaptado la literaria, y comunicación efectuada a partir de grabaciones sonoras o audiovisuales de la obra literaria realizadas con destino a su publicación.

La gestión colectiva se extiende a los siguientes derechos:

a) Al derecho exclusivo de reproducción de las mencionadas obras y en particular mediante:

1. Fotocopiado y cualesquiera otros procedimientos análogos.
2. Digitalización, con fijación en soporte electrónico, ya sea en forma duradera, temporal o efímera.
3. Inclusión en una base de datos, electrónica o no, así como en una obra o producto multimedia o en un sitio web o espacio accesible en línea, tanto si es de forma libre como restringida.
4. Recuperación o extracción a partir de una base de datos, obra o producto multimedia o sitio web o espacio accesible en línea, con independencia de que la obra o parte así recuperada o extraída se fije o no en un soporte material.
5. Duplicación o copia de obras presentadas en soporte o formato digital.

b) Al derecho exclusivo de transformación, con objeto de elaborar resúmenes, extractos y compendios de las obras gestionadas, para su incorporación a bases de datos, obras o productos multimedia, sitios web o espacios accesibles en línea, ya sea en el idioma original o en cualquier otro.

c) Al derecho exclusivo de distribución en las modalidades de:

1. Alquiler o préstamo de dichas obras, así como la venta de sus reproducciones.
2. Venta, alquiler, préstamo u otra forma de circulación del original o copias de bases de datos y, en general, obras o productos multimedia que hayan incorporado obras objeto de gestión.

d) Al derecho exclusivo de comunicación pública, entendiendo por ésta todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a las obras objeto de gestión y sus copias sin previa distribución de ejemplares, incluyendo su puesta a disposición; de tal manera que cualquier persona pueda acceder a las mismas desde el lugar y el momento que elija.

e) Y a cualquier derecho de remuneración que tenga por causa la utilización bajo licencia legal de las obras objeto de gestión y, en

particular, el derecho de remuneración por copia privada, tanto analógica o impresa como digital.

### 3. VEGAP: Visual Entidad de Gestión de Autores Plásticos

La VEGAP gestiona de forma colectiva los derechos intelectuales de los creadores visuales. El fin primordial de esta Entidad es la protección de los autores de obras de artes plásticas, de obras de creación gráfica y diseño y de obras fotográficas, así como de sus derechohabientes, en el ejercicio de sus derechos de carácter patrimonial, mediante la gestión de los mismos en la forma en que se determina en los Estatutos.

La gestión de la Entidad se extiende a los siguientes derechos:

- a) Al derecho exclusivo de reproducción de las obras, regulado en el artículo 18 de la LPI.
- b) Al derecho exclusivo de distribución de copias de las obras mediante su venta, alquiler o préstamo, regulado en el artículo 19 de la LPI.
- c) Al derecho exclusivo de comunicación pública de las obras, en cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 20 de la LPI.
- d) Al derecho de participación en el precio de la reventa de sus obras reconocido por el artículo 24 de la LPI.
- e) Al derecho de remuneración por el uso privado de la copia reconocido en el artículo 25 de la LPI.
- f) A los derechos de remuneración correspondientes a la comunicación pública y exportación de obras audiovisuales previstos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 90 de la LPI.
- g) Al derecho de transformación de la obra regulado en el artículo 21 de la LPI.

Para la consecución de los fines citados, la sociedad desarrollará la promoción de actividades o servicios de carácter asistencial o social en beneficio de los socios (47).

---

(47) Están **exceptuados de la gestión** de la Entidad:

- a) El derecho de distribución de los originales de las obras de artes plásticas, de las obras de creación gráfica y diseño y de las obras fotográficas.

#### **4. DAMA: Derechos de Autor de Medios Audiovisuales**

El objeto esencial de DAMA es la protección del derecho patrimonial de los autores literarios y de los directores-realizadores de obras de medios audiovisuales, así como de sus derechohabientes, respecto de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales.

La gestión de la Entidad abarca la protección de los siguientes derechos:

- a) Los exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales.
- b) Los de remuneración por la comunicación pública, exportación de obras audiovisuales y alquiler, previstos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 90 de la LPI.
- c) Los de remuneración compensatoria regulada en el artículo 25 de la LPI respecto a reproducciones audiovisuales efectuadas para uso personal.

A tal efecto, los Estatutos prevén que la Entidad contratará la concesión de autorizaciones de los derechos gestionados, establecerá tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio y celebrará contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.

#### **B) ENTIDADES DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES DE ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES**

##### **1. AIE: Artistas, Intérpretes o Ejecutantes**

La Entidad de Gestión AIE administra los derechos intelectuales de los artistas, intérpretes o ejecutantes (músicos o cantantes) y, en concreto, los siguientes derechos:

a) Los derechos de remuneración reconocidos por el ordenamiento jurídico, especialmente:

b) El derecho de transformación de las obras de las artes plásticas, de las obras de creación gráfica y diseño y de las obras fotográficas.

1. El derecho de remuneración por copia privada de fonogramas, videogramas y otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales.

2. El derecho de comunicación pública de fonogramas o de reproducciones de fonogramas y de grabaciones audiovisuales.

3. El derecho de distribución mediante alquiler de fonogramas y de originales o copias de grabaciones audiovisuales, y

4. El derecho de remuneración derivado de la puesta a disposición del público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas o en grabaciones audiovisuales, o de reproducciones de las mismas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos; de tal manera que el público pueda tener acceso a ellos en el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (comunicación pública).

b) El derecho a autorizar la retransmisión por cable de sus actuaciones no fijadas y/o de sus actuaciones fijadas (fijaciones) en cualquier soporte sonoro, visual o audiovisual (48).

---

(48) Además, siempre que el asociado lo acepte, se extiende la gestión a:

a) El derecho exclusivo de autorizar la fijación de sus actuaciones en cualquier soporte sonoro, visual o audiovisual que permita bien su reproducción, bien su comunicación pública.

b) El derecho exclusivo de autorizar la reproducción, directa o indirecta, de las fijaciones de sus actuaciones en cualquier soporte sonoro, visual o audiovisual.

c) El derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus actuaciones no fijadas y/o de sus actuaciones fijadas (fijaciones) en cualquier soporte sonoro, visual o audiovisual o de partes o fragmentos de las mismas.

d) El derecho exclusivo de autorizar la distribución de sus actuaciones y fijaciones.

e) El derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas o en grabaciones audiovisuales, o de representaciones de las mismas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos; de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos en el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (comunicación pública).



## **2. AISGE: Actores e Intérpretes Sociedad de Gestión**

Esta Entidad tiene como objeto el ejercicio y la administración de todos los derechos relativos a la utilización de las prestaciones registradas por los asociados que les han confiado la gestión y, en concreto, el ejercicio colectivo de los derechos de los artistas (actores, bailarines audiovisuales, etc.) a recibir una remuneración en contrapartida por:

a) Copia privada de fonogramas, videogramas, equipos o sistemas sonoros; ya sean visuales o audiovisuales, analógicos o digitales.

b) Por la comunicación pública, en cualquiera de sus formas, de las actuaciones artísticas fijadas en un fonograma, obra o grabación audiovisual.

c) Por la distribución mediante el alquiler de fonogramas y de originales o copias de grabaciones audiovisuales en que se hayan incorporado sus actuaciones (49).

### **C) ENTIDADES DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES DE PRODUCTORES**

#### **1. AGEDI: Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales de productores de fonogramas**

Según sus Estatutos, la AGEDI tiene como objeto la gestión colectiva de los derechos que corresponden a los productores fonográficos por:

a) La comunicación pública de sus grabaciones sonoras o video-musicales, al amparo de lo establecido en la LPI o en cualquier otra disposición relativa a tales derechos.

---

(49) Igualmente, la Entidad gestionará y administrará cualesquiera derechos de la propiedad intelectual de ejercicio colectivo (voluntario u obligatorio) que en el futuro pudieran corresponder a los artistas, bien por reconocimiento legal expreso, por aplicación analógica y/o subsidiaria de los derechos de autor o por ser encomendados contractualmente.

b) La reproducción realizada, bien de acuerdo con el artículo 36.3 de la LPI, o bien para la incorporación de las grabaciones sonoras a medios habilitados para su utilización como música ambiental, y

c) La remuneración compensatoria por copia privada regulada en el artículo 25 de la LPI.

## **2. EGEDA: Entidad de Gestión de Derechos de los Productores de obras y grabaciones audiovisuales**

Constituye objeto y fin primordial de la Entidad EGEDA la gestión, representación, protección y defensa de los intereses y derechos de los productores de obras y grabaciones audiovisuales, así como de sus derechohabientes, ante personas, sociedades y organizaciones públicas y privadas, tanto españolas como de la Unión Europea o de terceros países.

En especial, es objeto de la Entidad la gestión y protección de los derechos intelectuales que a los productores de obras y grabaciones audiovisuales corresponden como consecuencia de:

a) La comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales en las formas previstas en las letras g) e i) del número 2 del artículo 20 de la LPI.

b) La retransmisión íntegra, inalterada y simultánea de obras y grabaciones audiovisuales emitidas o transmitidas por terceros emisores o transmisores, con posterior distribución a receptores individuales o colectivos; bien mediante señal difundida de forma inalámbrica, o bien en señal transmitida por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo en los términos de la letra f) del número 2, así como el número 4, ambos del artículo 20 de la LPI.

c) La remuneración prevista en el artículo 25 de la LPI.

d) La remuneración reconocida en el número 2 del artículo 122 de la LPI.

e) La reproducción de grabaciones audiovisuales (o de fragmentos, secuencias, partes o capítulos de que consten) en soportes multimedia; es decir, aquellos soportes digitales que integran la palabra escrita y/o hablada, la imagen, con sonorización o sin ella, y que permiten o no la interacción. Entendida ésta como el diálogo bidireccional en un marco de opciones más o menos limitado.

Es igualmente objeto de esta Entidad la representación, defensa y protección de los derechos de los productores de obras y grabaciones audiovisuales, así como de sus derechohabientes, como consecuencia de la realización sin autorización de cualesquiera actos de explotación. En especial de los de reproducción y/o distribución y/o comunicación pública y, en consecuencia, la percepción en su nombre y representación de las indemnizaciones que pudieran corresponderles (50).

---

(50) La gestión de la Entidad podrá extenderse a la correspondiente a cualesquiera otros derechos de explotación de los productores de obras y grabaciones audiovisuales que le hayan sido cedidos. Mas para la consecución de estos fines la Entidad asume las funciones de disposición y administración de su propio patrimonio, así como la conclusión de acuerdos y contratos de representación unilateral, multilateral o recíproca, con Sociedades de Autores, Entidades de Gestión de derechos, Asociaciones empresariales y demás Entidades (tanto de Derecho público como privado), y ya estén domiciliadas en España o en el extranjero.

# SUBROGACIÓN HIPOTECARIA (\*)

**Alfonso Ventoso Escribano**

Doctor en Derecho

Notario excedente

Registrador de la propiedad

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. REQUISITOS SUBJETIVOS
- III. REQUISITOS OBJETIVOS
- IV. PROCEDIMIENTO DE SUBROGACIÓN
  - A) Presentación de la oferta vinculante y subrogación en todos los préstamos o créditos
  - B) Aceptación de la oferta y notificación
    - 1. Quién debe instar la notificación

---

(\*) El texto que sigue responde al de la ponencia que tuvo lugar el 1 de abril de 2009 dentro del acto académico "La hipoteca ante la crisis económica", organizado por el Colegio de Registradores de España durante los días 31 de marzo y 1 de abril de 2009. Aunque se amplían algunos datos a los expuestos oralmente, de ordinario conserva el tono y estructura de ese origen.

Cuando el texto de la ponencia se había enviado a imprenta apareció publicado en el BOE del 2 de mayo de 2009 el Real Decreto 716/2009. Se prefirió mantener el texto inicial y añadir al final una breve adenda.

Tal texto apareció dentro del libro *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Un inoportuno error de impresión –localización de las notas a pie– dificulta, o imposibilita, su correcta lectura y se ha optado por su reproducción en sus mismos términos en una Revista jurídica de prestigio y duradera. Sin embargo, la existencia de dos resoluciones, de 23 y 24 de septiembre de 2009, nos obliga a incorporar algunas observaciones respecto al cierre del acta notarial antes de los quince días (epígrafe IV, C, 4).

2. Qué debe notificarse. Requerimiento de certificación del saldo
  3. A quién hay que notificar y dónde
  4. Plazo máximo de siete días naturales para entregar la certificación
  - C) Entrega de la certificación y derecho de enervar
    1. Entrega de certificación como requisito previo para enervar
    2. Contenido de la certificación
    3. Inicio del cómputo del plazo para enervar
    4. Cierre del acta notarial: siete días o quince días. Cómputo días naturales
    5. Ante quién se ejercita el derecho a enervar
    6. Quién puede enervar
    7. Ejercitada la enervación no se formaliza la modificación
    8. Enervación en la totalidad de los créditos o préstamos hipotecarios
    9. Igualar o mejorar la oferta vinculante
    10. Formalización de la modificación
  - D) No ejercicio del derecho de enervación
    1. Colaboración de la entidad acreedora
      - a) Declaración de haber pagado
      - b) Resguardo de la operación bancaria
      - c) Comprobaciones del notario
    2. Sin colaboración de la entidad acreedora
      - a) No emisión de certificado de deuda
      - b) Cálculo de la deuda
      - c) Depósito notarial
      - d) Notificación de oficio
  - E) Escritura de subrogación
- V. ADENDA
- A) Inclusión de la oferta vinculante en la notificación
  - B) Ejercicio del derecho a enervar por persona facultada para ello
  - C) Entregar por escrito la oferta vinculante por la entidad que ejercita el derecho a enervar

## I. INTRODUCCIÓN

La materia ha sido objeto de regulación por medio de la Ley 41/2007, de 7 diciembre.

A lo largo de estas líneas nos vamos a ocupar exclusivamente de las novedades introducidas por dicha ley en materia relativa a la subrogación de hipotecas y fundamentalmente desde una perspecti-

va práctica (1). No obstante, con carácter previo, hay que enmarcar dicha reforma.

La subrogación hipotecaria ha venido siendo regulada fundamentalmente por la Ley 2/1994, de 30 marzo. El artículo 2 de dicha ley, en su párrafo uno, contiene una normativa que supone un desarrollo de lo que se indica en el artículo 1211 del Código Civil: "El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada".

La verdad es que este artículo, que procede de la primitiva redacción del Código Civil, no había sido objeto de especial utilización, hasta el punto de que SANCHO REBULLIDA decía que el precepto era excepcional, no del todo justificado y "merece, por tanto, interpretación restrictiva mediante rigurosa exigencia de concurrencia de sus requisitos" (2).

---

(1) La literatura jurídica sobre la Ley 2/1994 cuenta con importantes estudios doctrinales. A modo de ejemplo cabe citar:

— Manuales o Tratados como los de:

ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho hipotecario*, tomo VIII, 1998, pp. 530 y ss.

DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 2009, pp. 1002 y ss.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: *Instituciones de Derecho Privado*, coord. DELGADO DE MIGUEL, tomo II, vol. 3.º, 2003, pp. 811 y ss.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo II, 1999, pp. 208 y ss.

— Monografías como las de:

GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *La renegociación de préstamos hipotecarios (estudio de la Ley sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios de 1994)*, 1999.

RUBIO GARRIDO, Tomás: *La ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, 1998.

LÓPEZ LIZ, José: *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo (con formularios comentados y ejemplos prácticos tomados del Registro)*, 1995.

— Junto a estas obras generales hay multitud de artículos o estudios doctrinales. En los Manuales o Tratados y Monografías indicadas hay multitud de citas a ellos, y algunos se citarán, aunque el eje central de esta ponencia versará sobre las innovaciones de la reforma de 2007.

(2) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Comentarios al Código Civil y*

El artículo 1211 CC planteaba difíciles problemas de aplicación en el ámbito extrajudicial dado que no se conocía la cuantía de la deuda al momento de la eventual subrogación y, si no comparecía la inicial acreedora, no era fácil conocer la deuda en ese ámbito.

La causa de la Ley 2/1994 estaba motivada a consecuencia de la bajada de los tipos de interés de la época. A título de ejemplo se puede hacer constar que los tipos de interés en diciembre de los años 1988, 1989, 1990, 1991 y 1992 rondaban entre un 13 por 100 y un 15 por 100, aproximadamente. Sin embargo, el tipo de interés

---

*Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, tomo XVI, vol. 1, y en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (en ambos comentando el art. 1211). La historia del artículo 1211 CC es conocida. Se señala como antecedente más cercano y directo (algunos citan precedentes más remotos, en el Derecho romano) el que en el antiguo Derecho francés, en el siglo XVI, el interés de los capitales estaba tasado y se produjo un descenso del 8,33 por 100 al 6,25 por 100; el rey Enrique IV de Francia observó la escasa trascendencia del descenso en los tipos de interés y para facilitar esta operación, en palabras de DÍEZ-PICAZO, "sin escrúpulos de ningún tipo, porque se trataba de un monarca absoluto, permitió que el deudor buscara un prestamista y, que poniéndose de acuerdo con él, se pagara el capital al acreedor primitivo quedando el prestamista como nuevo acreedor subrogado en el crédito y en sus garantías"; la doctrina señala que este precepto excepcional quedó consolidado y perpetuado en las codificaciones. Lo cierto es que en España ha tenido escasa aplicación, señalándose como supuestos la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 diciembre 1950 (que se pronunció en sentido negativo por entender que no se cumplieron los requisitos del art. 1211 del Código Civil) y la sentencia del Tribunal Supremo de 27 junio 1989 (RJ 4787), que también se pronunció en sentido negativo por cuanto el contrato con el que se atendió el pago fue uno de apertura de crédito en cuenta corriente; el Tribunal Supremo señala que "tal contrato, de carácter consensual y bilateral, no puede ser confundido con el contrato de préstamo... En consecuencia falta el primero de los requisitos exigidos por el artículo 1211 del Código Civil para la subrogación que en él se regula, precepto de interpretación restrictiva dada su excepcionalidad, no siendo idóneo para sustentar esa sustitución del sujeto activo de la relación obligatoria al amparo del citado artículo 1211 el contrato de apertura de crédito... ya que no se produjo el hecho de haberse «tomado prestado el dinero» como exige el texto legal con indudable referencia al contrato de préstamo". Sobre esta materia puede verse VATTIER FUENZALIDA, Carlos ("La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, según la ley 2/1994, de 30 marzo", *Actualidad Civil*, 1994-3, agosto-septiembre 1994, pp. 601 y ss.); GALLEGU DOMÍNGUEZ, Ignacio (*La renegociación...*, citado, pp. 85 y ss.); DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, citado, pp. 999 y ss.).

a diciembre de 1993 era de un 8,23 por 100 (3). Esta bajada de tipos de interés provocó un estado de ánimo de querer proyectar esa bajada en los tipos de interés sobre las personas que tenían un préstamo hipotecario.

GALLEGO DOMÍNGUEZ cifra el precedente más remoto en un artículo publicado en *La Vanguardia* del 3 octubre 1993 bajo el título "Coste del cambio de hipoteca" (4). Además se originó una moción parlamentaria de 2 noviembre 1993 por la que se instaba al Gobierno a habilitar mecanismos para que los deudores pudieran subrogar sus hipotecas a otro acreedor (5).

A consecuencia de ese movimiento se promulgó la citada Ley 2/1994, de 30 marzo. Someramente cabe decir que en ella se determinaba el ámbito subjetivo (entidades financieras a las que se refiere el art. dos de la Ley de mercado hipotecario) y el ámbito objetivo (contratos de préstamo hipotecario). Se regulaban los requisitos para, al amparo del artículo 1211 del Código Civil, articular una subrogación basándose en cuatro ideas fundamentales: la primera, la de la existencia de una oferta vinculante por parte de una nueva entidad financiera; la segunda, que la subrogación se hiciera con colaboración de la inicial entidad o sin colaboración de la misma; la tercera, la regulación de un derecho a enervar la subrogación si la primitiva entidad formalizaba una novación modificativa. Finalmente, sólo se podía pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés. La ley, además, regulaba la comisión por amortización anticipada y contemplaba aspectos relativos al Registro de la Propiedad, la ejecución hipotecaria, beneficios fiscales y arancelarios. Dado que nos ocupamos solamente de la subrogación dejamos fuera la referencia a la novación, que también era objeto de regulación en dicha ley.

Debe destacarse, pues, que en la primitiva redacción se decía que *"en la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente"*.

Dicha normativa sustancialmente ha venido rigiendo hasta la mo-

---

(3) Datos de la web de la AHE.

(4) Puede verse en Internet buscador Google o en la página [www.la-vanguardia.es/hemeroteca](http://www.la-vanguardia.es/hemeroteca).

(5) A esa moción se hace referencia en la Exposición de Motivos de la Ley 2/1994.



dificación de 2007, si bien creemos que debe hacerse mención, en su evolución, a tres referencias de interés, aunque de distinto tenor; una con rango legislativo, otra jurisprudencial y otra de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Comenzando por esta última cabe citar las resoluciones de 19, 20 y 21 julio 1995, en las que se declara que la escritura de subrogación no puede otorgarse antes de que transcurra el plazo de los quince días para la enervación (6). Además, y tiene importancia para lo que posteriormente diremos, se dice que la certificación del importe de la deuda implica una carga que se impone a la entidad acreedora que desee ejercitar el derecho de enervar la subrogación.

En esa evolución debe citarse también la importante sentencia del Tribunal Supremo de 25 noviembre 2003 (RJ 8093). En ella se resuelve la demanda presentada por Caja Rural del Jalón (Cajalon) contra el Banco Central Hispano Americano, SA, y dos personas físicas. La cuestión que se ventilaba era que Cajalon había ejercitado el derecho a enervar y, no obstante esta comunicación de ejercer el derecho de enervar, se otorgó la escritura de subrogación. El Tribunal Supremo entiende adecuado que si media una enervación no cabe continuar con el proceso de subrogación; si la primitiva entidad acreedora iguala las condiciones del préstamo, la finalidad pretendida por el legislador ha sido plenamente lograda y por ello dicho Alto Tribunal dice que si Cajalon *"ejercitó válida y eficazmente su derecho a enervar la subrogación pretendida por el Banco Central Hispano ha de llevar necesariamente consigo la nulidad e ineficacia de las escrituras otorgadas para realizar dicha subrogación, que ya carecen de objeto, así como la cancelación de los asientos registrales practicados con base en las mismas"*.

La anunciada modificación legislativa tuvo lugar a través de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y la Ley 36/2003, de 11 noviembre (7). Recordemos que la primitiva redacción del artículo 4 de la Ley 2/1994 señalaba que en la escritura de subrogación sólo se podía pactar *"la mejora de las condiciones del tipo de interés"*,

---

(6) Anteriormente, a veces, el deudor renunciaba a otorgar la escritura de novación modificativa con la inicial acreedora y otorgaba la escritura de subrogación antes de transcurrir los quince días.

(7) Esta Ley 36/2003 fue precedida por el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril.

tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente. Ciertamente podía haber casos de no difícil solución, como ocurriría si inicialmente pactado un interés fijo del 4 por 100 se pretende pactar un tipo de interés fijo del 5 por 100 (supuesto verdaderamente extraño); sin embargo, la cuestión es de difícil solución cuando se utilizan parámetros diferentes, como ocurriría si inicialmente pretendido un interés fijo del 5 por 100 se quisiera pactar para el futuro un interés variable referenciado a un índice, más un diferencial, dado que no sabríamos si a lo largo de la vida del préstamo es mejor el inicial tipo de interés fijo o el pretendido de variable; igualmente, tendríamos dificultad de interpretación si el índice de referencia fuera uno y se quisiera cambiar a otro distinto. Ello sin entrar en otras consideraciones, como sería atender a determinados elementos accesorios (8). Por ello, por la Ley 14/2000, se modifica dicho artículo 4 en el sentido de que *"en la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente"* (9); posteriormente, por Ley 36/2003, de 11 de noviembre, se añade: *"la ampliación del plazo del préstamo, o ambas"*; vemos, pues, que se sustituye la palabra mejora por la de modificación y se aprovecha la ocasión para posibilitar la ampliación del plazo del préstamo en la escritura de subrogación.

El 3 de febrero de 2005 se presenta en el Congreso de los Diputados, por el Grupo Parlamentario Socialista, una Proposición no de Ley por la que se *"insta al Gobierno a flexibilizar y modernizar el régimen jurídico del mercado hipotecario con objeto de favorecer la accesibilidad a dicho mercado de todos los ciudadanos, mejorar la eficiencia en la asignación de los recursos, asegurar la protección de los prestatarios y garantizar la estabilidad económica"* (10).

---

(8) *Vid.* res. de 29 de junio de 1999.

(9) DÍAZ FRAILE, Juan María, es partidario de que se contemplara la "mejora", pues "sintetiza toda la filosofía de la Ley 2/1194 ("La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria", *La Ley*, de 4 de junio de 2007, utilizamos versión informática). (También en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, septiembre de 2007).

(10) BOCG, serie D, de 15 de febrero de 2005, pp. 13-14.

La Proposición se aprueba con modificaciones por la Comisión de Economía y Hacienda en su sesión del 9 de marzo de 2005 (11) y va a constituir un germen para la reforma de 2007.

En efecto, una Comisión (DGRN-CGN-CRPME-AHE) formula un Anteproyecto de Ley de flexibilización y modernización de régimen jurídico del mercado hipotecario donde se encuentra buena parte de las modificaciones que se reflejan en la Ley 41/2007. Dicho Anteproyecto, junto con el Anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia, va a constituir buena parte de la que sería Ley 41/2007.

La reforma, como sabemos, alcanza las páginas del BOE el sábado 8 de diciembre de 2007 para entrar en vigor al día siguiente, en línea con una frecuente práctica que se ha impuesto de abandonar la *vacatio legis* de entrada en vigor de las normas.

No es cuestión ahora de valoración alguna de esta práctica (12); sólo vamos a hacer una somera referencia a que al no haber disposición transitoria sobre la modificación en el extremo que nos ocupa, de inmediato se planteó si la reforma se aplicaba a las subrogaciones cuyo procedimiento se hubiera iniciado antes de la reforma. El buen sentido de las entidades financieras, notarios y registra-

---

(11) BOCG, serie D, de 21 de marzo de 2005, pp. 6-7. *Vid.* también *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, Economía y Hacienda, sesión de 9 de marzo de 2005, pp. 8 y ss.

El 9 de junio de 2006, el Grupo Parlamentario Popular presenta una Proposición no de Ley relativa a la articulación de medidas de transparencia y flexibilización en el mercado hipotecario español, recordando que la citada Proposición no de Ley del 3 de febrero de 2005 no había sido desarrollada; esta Proposición de 9 de junio fue desestimada (BOCG, serie D, de 27 de junio de 2006, pp. 16-17 y del 4 de julio de 2006, p. 21; *vid.* también *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, Economía y Hacienda, sesión del 21 de junio de 2006, pp. 17 y ss.).

(12) Siempre cabe empeorar. Recordemos que la Ley 2/1994 se publicó en el BOE del 4 de abril y entrará (*sic*) en vigor el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. En alguna ocasión ya nos hemos mostrado críticos con esta velocidad ("Nuevas reflexiones sobre el acta notarial de notoriedad de declaración de herederos abintestato", en homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias, 2008). En 1994 habría que plantear si el BOE estaba disponible en todas las localidades de España a la hora en que estaban funcionando sus notarías.

dores impuso el criterio de aplicar la anterior normativa a aquellas subrogaciones que hubieran comenzado el procedimiento antes de la reforma y hubiera alguna prueba que lo acreditara.

Dado el tiempo transcurrido, hoy carece de interés esta cuestión. No obstante, con carácter meramente informativo, la DGRN contestó con fecha 8 de enero de 2008 a una consulta formulada por el Consejo General del Notariado en relación con el procedimiento de subrogación previsto en el artículo 2 de la Ley 2/1994, según la redacción dada por la Ley 41/2007. A dicha consulta se acompañaba un escrito de una entidad financiera (ING) comunicando las dudas que le suscitaba la reforma del procedimiento de subrogación. La DG consideró que se debía acudir al criterio deducible de las Disposiciones Transitorias segunda y undécima del CC y "resolverse en el sentido de que habiéndose efectuado la notificación de la aceptación por el deudor de la oferta vinculante a la entidad acreedora, al amparo de la legislación previa y respecto de los procedimientos ya iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2007, no es preciso reiniciar ese procedimiento y acudir a la notificación de dicha aceptación por conducto notarial" (13).

## II. REQUISITOS SUBJETIVOS

En principio tenemos tres partes:

Una de ellas es la entidad acreedora inicial.

Otra es la entidad que se va a subrogar.

Finalmente está el prestatario o, expresado de modo más indeterminado, el interesado.

No existe modificación alguna con relación a los requisitos de carácter subjetivo, por lo que es posible trasplantar la doctrina que regía anteriormente a la reforma de 2007.

---

(13) Como decimos, el tiempo transcurrido hace decaer el interés por el criterio sostenido por la DG. No obstante, quizá se habría podido aludir a la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup> del CC, quizá se podría haber invocado el artículo 103 Ley 24/2001 y no sólo el artículo 344, C, 8 del Reglamento Notarial, quizá podría haberse ahorrado algún *obiter dicta*; de cualquier modo, puede tener interés en algún extremo, como veremos al estudiar el documento solutorio bancario, fuera del puro aspecto de derecho transitorio.

No obstante, cabe destacar que el artículo 1 de la Ley 2/1994 señala que solamente las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 marzo, de mercado hipotecario, podrán ser subrogadas por el deudor en los préstamos hipotecarios concedidos, por otras entidades análogas, con sujeción a lo dispuesto en esta ley.

No hay modificación alguna con relación a esta regulación y, como decíamos, es de aplicación la doctrina anterior a la reforma.

Se ha discutido el fundamento de esta especificación o de este privilegio. No es momento aquí de hacer referencia a las distintas teorías acerca de esta materia (14). Solamente vamos a hacer referencia a la existencia de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 julio 2001 (15), en la que se pronuncia con criterio muy abierto en el sentido de que entiende que cabe la subrogación de préstamos hipotecarios de los que es titular una entidad de crédito española por parte de una entidad de crédito de la Unión Europea, tenga sucursal en España o esté sin establecimiento permanente en España, incluso aunque no pertenezca a la Unión Monetaria Europea. También cabe subrogación por una

---

(14) Pueden verse distintas posiciones mantenidas en la doctrina en GALLEGO DOMÍNGUEZ (*La renegociación...*, pp. 134 y ss.); HERNÁNDEZ ANTOLÍN, José Manuel, señala que el fundamento de la limitación es claro: "el admitirse la subrogación sin consentimiento del acreedor primitivo, y el permitirse hacer incluso la liquidación de la deuda por cuenta y a riesgo de la subrogada, aconseja que sólo sea accesible a entidades financieras sometidas a la inspección de los poderes públicos, a las que hay que presumir la seriedad, o en términos de la Exposición de Motivos, «la necesaria lealtad comercial recíproca». Admitirse a todo prestamista hubiera sido excesivamente arriesgado y perturbador". ("Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", *Rev. Crít. Der. Inmobiliario*, núm. 622, mayo-junio de 1994, p. 1214).

(15) Anuario de dicha Dirección General, pp. 2205 y ss. Una Comisión de estudio integrada por miembros de la AHE, CECA, asociaciones de promotores constructores de edificios, notarios y registradores de la propiedad entendieron dudoso que entidades extranjeras sin establecimiento permanente en España pudieran ejercitar la subrogación o tener la condición de subrogadas y consideró prudente elevar una consulta a la Administración ("Resumen, las cuestiones tratadas en el estudio de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", en *Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores de España*, años 1986-2001, tomo II, pp. 2358-2359 -Boletín 312 de 1994).

entidad de crédito de un tercer país no europeo, tenga o no sucursal en España. De la misma manera, continúa diciendo, cabe subrogación de préstamos hipotecarios de los que sea titular una entidad de crédito extranjera, por parte de una entidad de crédito europea, tenga sucursal en España u opere sin establecimiento permanente en España; así como por parte de la entidad de crédito de un tercer país no europeo, con sucursal en España o sin establecimiento permanente en España (16).

En consecuencia, solamente las entidades financieras referidas podrán actuar en materia de subrogación. No obstante, hay que señalar que la Ley 2/1994 tiene una perspectiva fiscal y arancelaria y, por encima de ella, está el artículo 1211 del Código Civil. Recordemos que el artículo 1.1 de la Ley concreta su regulación a unos supuestos y por ello dice "con sujeción a lo dispuesto en esta Ley" (17).

Decíamos antes que otra de las partes era el prestatario o, de modo más genérico, el interesado. Lo normal será que haya coincidencia entre la parte prestataria y la hipotecante; en tal caso, no hay cambio normativo en la reforma de 2007 y por tanto serán aplicables la doctrina y las cuestiones planteadas con anterioridad. Así, lo relativo a la capacidad (si pueden los padres en ejercicio de la patria potestad otorgar una subrogación, un cónyuge sobre la vivienda privativa pero que es la habitual del matrimonio, etc.).

La situación puede ser más conflictiva en aquellos supuestos en los que existe disociación entre el prestatario y la parte hipotecante. En tal caso, mientras que algunos entienden que cabe la subrogación llevada a cabo por la parte prestataria sin necesidad del consentimiento de la parte hipotecante, dado que supone una mejoría del préstamo, otros, por el contrario, consideran que, en todo caso, es necesario el consentimiento de la parte hipotecante. A nuestro

---

(16) Un argumento para esta doctrina fue que la Ley 2/1994 es normativa civil hipotecaria, y como tal aplicable con relación a todos los inmuebles sitos en España, además esa ley también participa de la naturaleza de norma de Derecho de Consumo y por tanto constituye legislación de interés general aplicable con carácter imperativo al consumidor español.

(17) En este sentido, GARCÍA GARCÍA, José Manuel, señala que "caben subrogaciones y novaciones modificativas por toda clase de personas y entidades y respecto a cualesquiera primitivos acreedores, pero ya no serán los que contempla la presente Ley" (*Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 2009, tomo II, p. 2496, nota 1).

juicio, un criterio de prudencia impone que intervenga el consentimiento de la parte hipotecante, por cuanto es difícil que se extienda una inscripción en el folio del que resulta titular una persona sin consentimiento de ésta.

También cabe que nos planteemos la hipótesis de una pluralidad subjetiva en la parte deudora-hipotecante. Entendemos que en tal hipótesis, para que se proceda a la subrogación, es necesario la intervención de la totalidad de dichos prestatarios; creemos, no obstante, que cabría admitir el inicio del procedimiento subrogatorio por parte de uno o algunos de los prestatarios, pero pensamos que la notificación a la entidad acreedora de la oferta vinculante aceptada debe ser cuando haya sido aceptada por la totalidad de los prestatarios.

La persona que tiene el derecho a la subrogación es la parte deudora. Lógicamente debe entenderse la parte deudora que resulte como tal cuando opera la subrogación; esto es, puede ser el deudor inicial o puede ser un deudor ulterior y ser subrogado en el crédito inicial. Dicho en estos términos, no parece que haya cuestión alguna; ésta surge cuando asistimos a lo que podríamos denominar un deudor fáctico que paga los recibos, pero que es dudosa su consideración como deudor real. El supuesto es habitual, incluso normal, en el caso de venta de una finca en la que el deudor se subroga en la escritura de compra, pero no comparece la entidad acreedora. Estamos ante un deudor que de hecho viene pagando los recibos o cuotas de amortización, pero que no se ha producido jurídicamente la alteración subjetiva de la inicial relación entre la entidad acreedora y la parte deudora.

En tal caso, algunos entienden que, al cobrar la entidad acreedora las cuotas de amortización al comprador (por ej., por haberse cambiado la cuenta de pago), ello supone un consentimiento tácito al cambio de acreedor; sin embargo, la cuestión no es tan clara, por cuanto que cabría alegar por contra que podría existir el pago de la deuda por un tercero.

Sin entrar en este debate, en el que las circunstancias concurrentes, caso de judicialización, serían relevantes, lo cierto es que en muchos casos asistiremos a un préstamo entre una entidad y un prestatario que vende la finca con subrogación por el comprador, pero sin aceptación expresa por la entidad acreedora. En tal supuesto, la doctrina discrepa acerca de si cabe la subrogación sin

consentimiento del deudor inicial, especialmente cuando la entidad acreedora no emite certificado alguno de saldo o no realiza acto alguno que cabría entender como de aceptación del nuevo acreedor. A nuestro juicio, como regla, debe admitirse la subrogación por ese que hemos denominado deudor fáctico.

De cualquier modo, estas cuestiones son las mismas que se venían planteando y por tanto tiene plena validez la doctrina anterior.

El nuevo texto introduce una modificación en el sentido de que, cuando sobre una finca existe más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad debe subrogarse en la totalidad de ellos; se exige, pues, la existencia de una finca con varios créditos o préstamos a favor de una entidad acreedora. No dice nada acerca de la necesidad de que el deudor sea una única persona, por lo que SEDA HERMOSÍN ha planteado la cuestión de pluralidad de deudores sobre una finca con varios créditos a favor de una entidad y concretamente pone el ejemplo frecuente de unos padres que hipotecan una finca a favor de una entidad y, posteriormente, de nuevo la hipotecan a favor de la misma entidad, pero en garantía del préstamo solicitado por un hijo. En tal caso, tendríamos una finca con varios créditos o préstamos hipotecarios a favor de una misma entidad acreedora y aplicando el tenor literal del artículo 2 sería necesario que la subrogación operara con relación a todos los créditos o préstamos. No parece que ésta sea la solución adecuada y parece más razonable la tesis mantenida por este autor en el sentido de que "la finalidad de la norma exige un requisito más para que sea de aplicación esta exigencia: que haya identidad de deudor" (18).

Los supuestos no siempre serán claros. Creo que el legislador pensaba en evitar que, en el caso de haber dos préstamos hipotecarios, se pueda permitir la subrogación en el primero de ellos, quedándose la inicial acreedora con una segunda hipoteca que puede verse cancelada en caso de ejecución de la primera. Sin embargo, la *ratio* de la ley es que un deudor tome prestado dinero de una entidad para pagar la deuda con otra entidad, por lo que tiene que

---

(18) SEDA HERMOSÍN, Manuel Antonio: "El procedimiento de subrogación hipotecaria", obra colectiva *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, coordinador PÉREZ DE MADRID CARRERAS, p. 270.



haber identidad de deudor. Ello puede conducirnos a supuestos conflictivos. Pensemos en una persona soltera que obtiene un préstamo hipotecario y luego, casado, constituye hipoteca en garantía de un préstamo a favor de esa persona y su cónyuge (19); un préstamo concedido a tres hermanos garantizado con la finca de uno de ellos (titular de la finca) y un segundo préstamo hipotecario concedido sólo al propietario, o viceversa (el primer préstamo al titular registral y el segundo a éste y a sus hermanos); puede suceder que esa pluralidad de deudores sea sobrevenida en el caso de que un tercero compre una cuota de la finca y se subroga en el préstamo, legalmente, con consentimiento de la acreedora, o de hecho. Dado que en la práctica, cuando hay pluralidad de deudores, se pacta solidaridad pasiva cabría plantear si en tal caso la obligación solidaria es una obligación única o hay pluralidad (20), así como cabría diferenciar si la subrogación se pretende sobre el crédito solidario o sobre el crédito unipersonal. Los supuestos, como se observa, pueden ser diversos y discutibles, si bien parece que, como regla, debe exigirse identidad en la parte deudora (21).

### III. REQUISITOS OBJETIVOS

El número 2 del artículo 1 de la Ley 2/1994 señala que la subrogación a que se refiere el apartado anterior será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario, cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque no consten en los mismos la posibilidad de amortización anticipada (22).

---

(19) *Vid.* CAMPO GÜERRI, Miguel Ángel: "Nuevo procedimiento de subrogación de acreedor hipotecario", web [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), febrero de 2008.

(20) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, vol. 2.º, p. 237.

(21) *Vid.* CALATAYUD: *Régimen jurídico...*, cit., p. 15.

(22) CORDERO LOBATO, Encarna, señala que "están incluidos todos los préstamos hipotecarios", también los concertados antes de la ley, los movilizados conforme a la LMH y los préstamos objeto de financiación cualificada conforme a la reglamentación de VPO (*Tratados de los derechos de garantía*, CARRASCO/CORDERO/MARÍN, tomo I, 2008, p. 956).

La referencia a contratos de préstamo hipotecario ha generado una gran polémica acerca de si la ley era de aplicación también al caso de los créditos hipotecarios.

Creemos que la existencia de dicha polémica debía haber llevado al legislador a que en la reforma de 2007 se resolviera. No tiene sentido que esta cuestión tan importante y controvertida, resuelta con distintos criterios, no sólo doctrinales, sino administrativos, haya quedado sin regular expresamente.

La polémica surgió de inmediato porque hubo ciertas entidades crediticias que en lugar de otorgar préstamos hipotecarios formalizaba créditos con garantía hipotecaria.

La verdad es que la a veces proclamada lealtad entre las entidades financieras sólo es declaración teórica, pues, en la realidad, la competitividad entre ellas hace que cada una intente captar clientela por todos los medios posibles y "este invento" del crédito hipotecario fue adoptado como un elemento para fidelizar al prestatario y para impedir, o al menos dificultar, la fuga a otra entidad financiera.

De modo resumido podemos hacer referencia al estado de la cuestión, a grandes rasgos, cuando se produce la modificación por la Ley 41/2007. El conflicto se centraba en cuanto a si la expresión del préstamo hipotecario a que se refiere el artículo 1 de la Ley 2/1994 se debe entender referido a los mismos o por el contrario puede entenderse con un criterio más amplio para abarcar también a los créditos.

Debemos comenzar indicando que el Proyecto de Ley de la que luego sería la 2/1994 señalaba el ámbito de la misma referido a los "préstamos concedidos para la promoción o adquisición de viviendas y locales de negocio o para la rehabilitación de viviendas" (23). Durante la tramitación parlamentaria se hicieron propuestas para ampliar el ámbito de la ley; así la enmienda número 8, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, que proponía extenderlo a todos los tipos de contratos de préstamo hipotecario; varias enmiendas del Grupo Popular giran alrededor de esa ampliación (enmiendas 26 y siguientes) y concretamente la enmienda número 28 proponía que la subrogación a que se refiere el artículo 1211 del Código Civil fuera de aplicación a las deudas garantizadas con hipoteca de acuer-

---

(23) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, de 4 febrero 1994.

do con lo establecido en esta ley, cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque no conste la posibilidad de amortización anticipada, cuya propuesta justificaba en extender el ámbito de la ley, haciendo posible la plena aplicación del artículo 1211 del Código Civil y en la enmienda 29 propone que se refiera a los préstamos y créditos hipotecarios justificándolo en "extender el ámbito objetivo de la Ley a las posibles formas de operaciones hipotecarias"; con ciertas matizaciones, también el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) modificaba el ámbito de los préstamos hipotecarios sin limitarlo a los relativos a la promoción y adquisición de viviendas y locales o rehabilitación de vivienda.

De inmediato, en el ámbito dogmático se planteó la cuestión; así, una Comisión de estudio con participación de entidades financieras, promotores y constructores, notarios y registradores de la propiedad, señaló que el ámbito objetivo de la nueva ley se circunscribía a los préstamos hipotecarios (24).

Lógicamente no transcurrió mucho tiempo para que se planteara en la realidad el problema, dado que, como hemos dicho, algunas entidades formalizaban créditos hipotecarios en lugar de préstamos hipotecarios; en esa evolución cabe citar el Seminario que sobre dicha Ley de subrogaciones y novaciones organizó, en mayo de 1997, la Libre Asociación de Notarios JOAQUÍN COSTA con el patrocinio del Colegio Notarial de Barcelona y del Consejo General del Notariado; en dicho Seminario prevaleció la opinión de considerar aplicables a los créditos hipotecarios los efectos beneficiosos de la Ley de subrogación y novaciones, previo el cierre de cuenta y la renuncia, formalmente acreditada, a futuras disposiciones (25). Con

---

(24) Comisión de estudio citada: "Resumen de las cuestiones tratadas en el estudio de la Ley 2/1994, de 30 marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios" (*Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores de España*, tomo II, pp. 2358 y ss.).

(25) Véase "Seminario de la Asociación «Joaquín Costa» sobre la Ley de subrogaciones y novaciones", *La Notaría*, junio de 1997, pp. 34 y ss.; también puede verse el trabajo de MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, Emilio, en *La Notaría*, septiembre de 1997, pp. 137 y ss., en él se pronuncia claramente a favor de la aplicación a los créditos hipotecarios y considera, además, que muchos casos son, no de apertura de cuenta de crédito garantizado con hipoteca, sino de préstamo en cuenta corriente con garantía hipotecaria ("Informe acerca de la Ley (2/1994, de 30 de marzo) sobre subrogación

cercanía cronológica hay que resaltar los distintos posicionamientos administrativos; en efecto, la Subdirección General de Tributos (departamento de economía y finanzas) de la Generalitat de Cataluña resolvió el 5 febrero 1997, a instancia del notario NAVAS OLÓRIZ, la consulta acerca de la posibilidad de extender la exención por la operación de préstamo hipotecario establecida en la Ley 2/1994 a las escrituras que documenten una cuenta de crédito con garantía hipotecaria, pronunciándose en el sentido de que la operación de cuenta de crédito supone un préstamo de cuantía variable, si bien limitada en cuanto al máximo y determinable de acuerdo con las disposiciones que efectúe el deudor en cada momento dentro del saldo vivo del crédito inicial, y concluía que la operación analizada podría ser calificada, a los efectos estrictamente tributarios, como un préstamo hipotecario, por lo cual le es de aplicación la Ley 2/1994 con la consecuencia por tanto de que la subrogación tendría la exención prevista en dicha ley; sin embargo, la Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos, a instancia del Consejo General del Notariado, resolvió, el 22 julio 1997, la consulta sobre la posible aplicación a las cuentas de crédito de los beneficios reconocidos por la Ley 2/1994 en el sentido de que la Ley General Tributaria prohíbe la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones. La Dirección General de los Registros y del Notariado, resolviendo consulta planteada por el Consejo General del Notariado en materia arancelaria, señaló, en su res. de 12 de mayo de 1997 (26), que esa Dirección General carecía de facultades interpretativas sobre normas distintas de la legislación notarial, pero ello no obstaba para poner de relieve el carácter excepcional de la Ley 2/1994 y que es doctrina reiterada que las exenciones y reducciones o bonificaciones en materia arancelaria son de interpretación restrictiva o rigurosa, criterio que debe aplicarse respecto a los supuestos de modificación de contratos distintos de los que ex-

---

y modificación de préstamo hipotecario: en especial, su aplicación a las «cuentas de crédito con garantía hipotecaria»); véase también el trabajo de NAVAS OLÓRIZ, Ignacio, en *La Notaría*, noviembre-diciembre de 1997, pp. 51 y ss. ("Acerca de una aplicación extensiva de la Ley 2/1994").

(26) *Anuario*, pp. 788 y ss.

presamente se recogen en esa ley, como son los créditos en cuenta corriente con garantía hipotecaria (27).

En el año 2001, la Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve dos recursos relativos a esta cuestión, si bien con diferente solución final. En la resolución de 18 junio de 2001 se cuestiona una escritura de subrogación a favor de la Caja de Ahorros de Asturias; unos cónyuges subrogan a dicha Caja en un crédito garantizado con hipoteca que el Banco Herrero había concedido a un constructor para financiar la construcción; en la escritura de compra-venta de la finca los cónyuges se subrogan en el crédito y se señala que el importe del capital que existía al momento de la venta era una cantidad cuya fijación también contaba con el consentimiento del acreedor inicial. Cuando posteriormente dichos cónyuges otorgan la escritura de subrogación se plantea la cuestión relativa a si cabe dicha subrogación sobre un crédito. La Dirección General indica que hay diferencias entre un crédito y un préstamo, pero dado que al formalizarse la compra-venta de la finca se determinó el importe de la deuda debida por razón del crédito, desapareciendo la posibilidad de nueva disposición, se produjo una conversión de lo que era en su momento un crédito en cuenta corriente, con obligaciones y derechos recíprocos entre las partes, en una situación de endeudamiento unilateral por una de las partes a favor de la otra y considera que la situación puede canalizarse por la Ley 2/1994, “negar en tal situación a la parte deudora la posibilidad de acogerse a las ventajas que le ofrece la Ley 2/1994 sería tanto como defraudar el espíritu y finalidad de dicha Ley dando preferencia a los conceptos jurídicos sobre la realidad que subyace bajo ellos”.

La resolución de 17 julio 2001 también cuestiona una subrogación a favor de la Caja de Ahorros de Asturias. La base sobre la que se opera es la misma, es decir, un crédito concedido a la construcción

---

(27) Sin embargo, cabe recordar que la DGRN, el 27 de octubre de 1994 (*Anuario*, pp. 916 y ss.), resolviendo una consulta planteada por el entonces decano del Colegio Notarial de Barcelona, acerca de si la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios era aplicable a las cuentas de crédito, resolvió en el sentido de que estaba justificado que el notario actuase del modo especificado en esa Orden también en las cuentas de crédito. Ciertamente son dos ámbitos distintos, de un lado, el arancelario; de otro, el de protección del consumidor y el deber general de informar a las partes.

de diversas fincas, pero media la diferencia de que en este supuesto, cuando se formaliza la compra-venta de la finca, no interviene la acreedora inicial y, a juicio de la Dirección General, "al no resultar por tanto de los asientos del Registro que se haya producido aquella conversión del crédito en cuenta corriente, como relación jurídica compleja con obligaciones por ambas partes, en una relación jurídica unilateral de deuda" desestima el recurso (28).

Parecería lógico que una cuestión tan discutida y relevante fuera resuelta por parte de la Reforma de 2007. Sin embargo, no fue así a pesar de que, lógicamente, los parlamentarios debían conocer el debate que se planteaba en la práctica; además, una enmienda, concretamente la número 20, firmada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, proponía la siguiente redacción del apartado 2 del artículo 1 de la Ley 2/1994: "la subrogación a que se refiere el apartado anterior será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario, a los créditos hipotecarios y a cualquier otro instrumento de financiación con garantía hipotecaria, cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada" (29). Con la reforma la discrepancia sigue de actualidad; así, SEDA HERMOSÍN señala que la cuestión sigue sin ser pacífica, si bien entiende que debe prevalecer la tesis amplia argumentando en su favor que el artículo 2 nuevo habla de préstamos o créditos; el artículo 8 nuevo, a propósito de honorarios, habla de créditos o préstamos, y, finalmente, la defensa de interés del consumidor exige que

---

(28) Es interesante el comentario que sobre estas dos resoluciones hace GONZÁLEZ-MENESES en *La Notaría* de julio-agosto 2001, pp. 369 y ss.

(29) La motivación de esta enmienda era que "algunas entidades financieras ofrecen a sus clientes, en lugar de préstamos hipotecarios, créditos con garantía hipotecaria que no pueden beneficiarse de la subrogación. Aprovechando estas circunstancias algunas entidades elaboran contratos de crédito muchas veces sin informar a los clientes de las diferencias respecto a un préstamo y con características muy similares a las de éstos. Evitan así en el futuro perder el cliente con subrogaciones y pueden seguir cobrando intereses más altos que el resto de entidades. Para ello incluyen además cláusulas que excluyen expresamente la aplicación de la Ley de subrogación. Se propone modificar la Ley 2/1994 para dar cabida en su ámbito de aplicación a los créditos hipotecarios y a cualquier otro instrumento de financiación con garantía hipotecaria" (BOCG, Congreso de los Diputados, de 9 de mayo de 2007).

se le dé el mismo trato en los préstamos y en los créditos hipotecarios (30); SERRANO entiende que "no hay inconveniente alguno para que la subrogación alcance también a los créditos... más aún si se tiene en cuenta que aunque configurados como créditos (es decir, con posibilidad de disposición parcial y de nuevas disposiciones del capital reintegrado), lo cierto es que la mayoría de los mismos «funcionan» de hecho como préstamos..." (31). CALATAYUD se inclina también por la admisibilidad, aunque concluye que la confusa redacción de la norma hace difícil vaticinar qué solución prosperará (32); FERNÁNDEZ LOZANO parece inclinarse por la tesis contraria (33); LLOPIS GINER parece que también se inclina por la tesis restrictiva, si bien con alguna matización, ya que entiende que no son muy convincentes los argumentos de una y otra tesis y considera que debe adoptarse una posición intermedia que consiste en hacer posible la subrogación, tanto en préstamos como en créditos, cuando se vaya a realizar sobre los primeros y resulte que la finca se encuentre, además, gravada con otros créditos garantizados con hipoteca; en estos casos, dice, la entidad subrogada viene obligada a asumir la posición del acreedor respecto de todos ellos, "es decir que si sobre la finca existiese solamente un crédito no nacido de presta-

---

(30) SEDA HERMOSÍN: "El procedimiento...", pp. 268-269.

(31) SERRANO, José Ricardo: "Reflexiones sobre las modificaciones en materia de subrogaciones de préstamos", en la web [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), p. 1.

(32) A juicio de este autor, la reforma abre el paso a la admisión de la subrogación de créditos hipotecarios, cuya exclusión carece de argumentos de peso fuera de la literalidad de la norma, ya que realmente la entidad acreedora a lo que tiene derecho es a que se le pague lo que se le debe: si así sucede, no se ve qué otros inconvenientes puede poner. Realmente, el problema práctico puede estar más bien en el lado de la entidad financiera que pretende subrogarse, que puede tener difícil saber con certeza en qué importe se subroga, puesto que, desde que se inicia el procedimiento subrogatorio hasta que la subrogación concluye, el deudor puede haber hecho nuevas disposiciones. Por ello, es improbable que se generalice la subrogación de créditos hipotecarios (CALATAYUD, "Régimen jurídico de la subrogación activa o de acreedor tras la Ley 41/2007", *La Notaría*, enero-febrero, núms. 49-50, pp. 12-13).

(33) FERNÁNDEZ LOZANO: "Breves notas sobre la Ley 41/2007", [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com).

mo hipotecario, en este caso no se admitiría la subrogación" (34). CAMPO GÜERRI se muestra prudente y, si bien desde un punto de vista teórico comparte la opinión de extender la Ley a los créditos, cree que la cuestión no es pacífica y que habrá que esperar la evolución doctrinal y práctica durante la vigencia de la reforma (35).

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tomado partido por la tesis amplia en la resolución de 29 de febrero de 2008, si bien mediante *obiter dicta* (36). Se plantea una subrogación y la registradora entiende que operaba respecto de un crédito y no un préstamo y, por tanto, no podía quedar amparada por la Ley 2/1994. La Dirección General dice que tanto el título objeto de calificación, como los previos inscritos y por ende el contenido del Registro, configuran un negocio de préstamo, que no de crédito, extremo que no queda desvirtuado por el especial régimen de disposición, común por otra parte, a los que, en la práctica bancaria, se denominan préstamos de promotor; "una vez inscrita la relación como préstamo en el registro, no puede la registradora, a la hora de practicar la nota marginal –ni siquiera inscripción– de la subrogación revisar tal consideración jurídica"; creemos que, si el presupuesto es la existencia de un préstamo, la solución debía ser clara; sin embargo, la Dirección General, en *obiter dicta*, dice que "*el tratamiento restrictivo que mantiene la Registradora en la calificación impugnada queda, por otra parte, superado por la voluntad de modificación declarada por el Legislador en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. En efecto, la Exposición de Motivos de ésta (cfr. apartado V) señala como finalidad expresa de la norma el «... alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios...»*; y si bien es cierto que en determinados párrafos de la citada Ley se hace referencia únicamente a los préstamos hipotecarios, no lo es menos que otros numerosos artículos, como el 7, 8, 9 ó el 13, al dar nueva redacción al párrafo segundo del artícu-

(34) LLOPIS GINER: "Las modificaciones del crédito hipotecario: las innovaciones de la Ley 41/2007 respecto de la subrogación", *Lunes 4,30*, número 451, pp. 59 y ss.; también en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 152, diciembre de 2008.

(35) CAMPO GÜERRI, Miguel Ángel: "Nuevo procedimiento...", citado.

(36) Realmente no podía ser de otro modo, pues el supuesto se planteó antes de la Ley 41/2007. Recordemos que el recurso se interpuso mediante escrito de 19 de junio de 2007.



*lo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, se refiere tanto a préstamos como a créditos hipotecarios, por lo que resulta razonable concluir la procedencia del procedimiento subrogatorio tanto respecto de unos como de los otros; conclusión a la que conduce igualmente la finalidad de la norma de extender los beneficios de su régimen”.*

Nuestro juicio es favorable a la subrogación, aunque no nos convenza parte de la argumentación de la DGRN. Creemos que la referencia a la Exposición de Motivos es una frase sacada de contexto; ciertamente tiene que reconocer que algún párrafo hace referencia a los préstamos, pero añade que otros numerosos se refieren tanto a préstamos y créditos hipotecarios, si bien, creemos, no tiene el mismo valor la referencia directa del número 2 del artículo 1 de la Ley 2/1994 que la de otros artículos que se refieren a otras cuestiones o cuestiones de índole general. Lo que sí es cierto es que resulta razonable que el sistema se aplique también a los créditos hipotecarios por cuanto que la Ley 2/1994 supone un desarrollo de la norma de carácter general del artículo 1211 del Código Civil. Por último, no se puede olvidar la frase final transcrita en el sentido de que la finalidad de la norma conduce a “extender los beneficios de su régimen”, porque éste es precisamente el problema que se plantea, no tanto de carácter sustantivo cuanto de carácter fiscal, dado que como es sabido la Administración Tributaria no es proclive a extender los beneficios fiscales.

En este sentido hay que hacer referencia a la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos (V 1291-08), de fecha de salida de 19 de junio de 2008 (en Westlaw, JUR 2008\306014), en la que se plantea la siguiente cuestión: “si efectivamente puede entenderse que las modificaciones introducidas por la Ley 41/2007 permiten la subrogación de las entidades financieras en créditos hipotecarios”. La Dirección General de Tributos entiende que, al no haberse modificado el artículo uno de la Ley 2/1994, cabe afirmar que el ámbito de aplicación de dicha ley se ha mantenido inalterado tras la entrada en vigor de la Ley 41/2007. Considera que hay que subrayar que dicho artículo 1 sólo se refiere a préstamos hipotecarios, tanto en su primer párrafo como en el 2.º y que no parece razonable considerar que cuando la ley habla de préstamos hipotecarios debe entenderse, por analogía, que también han de entenderse comprendidos los créditos hipotecarios, dado que el artículo 14 de la Ley General Tributaria, de 17 diciembre 2003, proscribe la aplicación de la analogía

tanto para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible como el de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales. La Dirección General de Tributos concluye que el ámbito de aplicación de la Ley 2/1994 se extiende a la subrogación de préstamos hipotecarios, pero no a la de créditos hipotecarios, sin perjuicio de que, si existiera más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito, la nueva entidad deberá subrogarse en todos ellos, con independencia de que sean préstamos hipotecarios o créditos hipotecarios, pero la Ley 2/1994 no ampara la subrogación de créditos hipotecarios de forma autónoma.

ZEJALBO (37) ha señalado que "existe una evidente contradicción entre la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado y la doctrina de la Dirección General de Tributos en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 2/1994"; la cuestión es aún más polémica dado que buena parte de la filosofía es canalizar beneficios y reducir costes.

A nuestro juicio, la cuestión es discutible, pero pensamos que se pueden hacer las siguientes observaciones:

1. Creemos que la reforma por la Ley 41/2007 no introduce ningún cambio normativo en este punto concreto; entendemos que la *ratio* de la ley es evitar la cancelación de un préstamo a consecuencia de la existencia de un préstamo o crédito anterior y por ello lo que se pretende es que la nueva entidad acreedora se subrogue en todos los créditos, sean de la naturaleza que sean, que tenga la anterior entidad con el deudor. Creemos que las referencias a otros artículos, como el artículo 8 de la Ley 2/1994, modificado por la Ley 41/2007 y algunas referencias que se hacen a préstamos y créditos, no tienen entidad suficiente para poder deducir un cambio normativo frente a la frase tan explícita resultante del párrafo 2 del artículo 1, que explícitamente dice que la subrogación será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario.

2. Es claro que no hay oposición estructural a que la subrogación se produzca en relación con los créditos hipotecarios. Así se deduce claramente de la ley cuando establece que es necesario

---

(37) ZEJALBO MARTÍN, Joaquín: "No exención de la novación del crédito hipotecario en préstamo hipotecario y de la subrogación en el crédito hipotecario", web [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), septiembre 2008.

subrogarse en todos los préstamos o créditos; si hubiera oposición o choque frontal con la subrogación de los créditos sería imposible que se produjera aunque fuera por existir préstamos. Lo que sucede es que la subrogación en los créditos hipotecarios, como señala CALATAYUD, se torna más difícil.

3. Parece que hay un cierto consenso en admitir la posibilidad de la subrogación cuando se produce el cierre de la cuenta y la cuestión se centra en los casos en donde no se verifica tal cierre; además, hay que tener en cuenta que no todas las hipótesis son iguales; hay propias aperturas de crédito garantizadas con hipoteca, préstamos reflejados en una cuenta con varias disposiciones, etc.

4. Creemos que estamos ante una cuestión que tiene más un tinte de naturaleza fiscal que de carácter sustantivo (38). No hay que olvidar que la Ley 2/1994 es un desarrollo de la norma de carácter general del artículo 1211 del Código Civil y se articula una subrogación de aplicación "con sujeción a lo dispuesto en esta Ley" (art. 1.1).

Si lo que decimos es cierto, asistimos a dos contrasentidos. En primer lugar, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la

---

(38) Es muy interesante en esta materia la tesis mantenida por MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio. En síntesis, tras recoger las distintas posiciones de la Subdirección General de Tributos de Cataluña y de la Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, ambas de 1997, discrepa que la extensión de la exención a los créditos esté proscrita por la LGT (hoy art. 14).

Entiende que en el ámbito tributario se identifican las operaciones de préstamo y de crédito, mencionando a estos efectos, entre otros, el artículo 15.2, Real Decreto Legislativo 1/1993, que aprueba el Texto Refundido del Impuesto de TPYAJD o el artículo 11, 2, 12.º, de la Ley 37/1992, del IVA ("préstamos y créditos en dinero") y que el canon hermenéutico se contiene en el artículo 23 de la Ley 230/1963, General Tributaria, hoy artículo 12 de la Ley 58/2003, General Tributaria; conforme a ello, la aplicación de la exención de los créditos no resulta de la aplicación de la analogía, sino de la aplicación de los criterios generales de interpretación.

Pero, añade, aunque no sea aplicable la exención, realmente estamos "en presencia de un acto sujeto «sin base», o simplemente de un acto no sujeto" ("Las cuentas de crédito y los beneficios fiscales contemplados en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", *Impuestos*, núm. 23, 1.ª quincena diciembre de 1997, pp. 7 y ss.).

citada resolución de 2008, se inclina por admitir la subrogación de los créditos hipotecarios (mira más al ámbito sustantivo que al ámbito fiscal), mientras que la Dirección General de Tributos cercena la ampliación de los beneficios a la subrogación de créditos (mira más al aspecto fiscal que al sustantivo); desde esta perspectiva resulta una falta de coordinación que la Dirección General de los Registros y del Notariado habilite esta subrogación que tiene beneficios fiscales cuando éstos no son concedidos por parte de la Administración Tributaria. En segundo término, parece que podríamos aludir al dicho popular de “con Hacienda hemos topado”, por cuanto que se hace una proclamación general de beneficios fiscales y abaratamiento y, posteriormente, se cercena cualquier desliz o inventiva. Recordemos que en un Anteproyecto de ley de flexibilización y modernización del régimen jurídico del mercado hipotecario se pretendía modificar el Impuesto sobre transmisiones patrimoniales para rebajar la cuota mediante una reducción en el cálculo de la base imponible que no cuajó en el Proyecto; recordemos también que para evitar que la subrogación se pudiera efectuar en uno de los préstamos cuando había varios, con la consecuencia lógica de cancelar los de rango posterior, los bancos se acogieron a la técnica de la igualdad de rango, técnica que duró poco tiempo porque la Administración Tributaria rápidamente cercenó esa inventiva articulando una liquidación fiscal. Por ello, no deja de sorprender que cualquier interpretación que sea beneficiosa para el consumidor y vaya de acuerdo con la *ratio* de la norma, pero disminuya la recaudación, no sea vista con buenos ojos por la Administración Tributaria.

#### **IV. PROCEDIMIENTO DE SUBROGACIÓN**

##### **A) PRESENTACIÓN DE LA OFERTA VINCULANTE Y SUBROGACIÓN EN TODOS LOS PRÉSTAMOS O CRÉDITOS**

El párrafo dos del artículo 2 de la Ley 2/1994 contiene dos incisos. El primero de ellos es reproducción del texto anterior a la reforma consistente en la necesidad de que la entidad que vaya a subrogarse debe presentar una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras del “nuevo préstamo hipotecario”. Cuando la ley alude al nuevo préstamo hipotecario debemos entender las

condiciones financieras de la cantidad que va a entregar la nueva entidad, por cuanto no va a surgir un nuevo préstamo, ya que, como señala CALATAYUD, "en realidad se trata del mismo préstamo, no de uno nuevo; en esto consiste, precisamente, la subrogación" (39). Parece que la oferta debe ajustarse a la Orden de 5 de mayo de 1994 (40), si bien hay que recordar que la escritura de subrogación sólo debe contener modificación en cuanto a las condiciones del tipo de interés, así como alteración del plazo del préstamo, o ambas. Ciertamente, en la práctica se adoptan determinadas modificaciones que podrían entenderse meramente accesorias, como puede ser la modificación del día en que se deben abonar las cuotas; asimismo es frecuente que en la práctica se establezcan determinadas comisiones u otros pactos. Cabe decir que tales pactos complementarios al del tipo de interés o al del plazo no deben plantear ningún problema en cuanto a la inscripción, por cuanto que como se ha dicho en más de una ocasión la Ley 2/1994 no deja de ser una especificación del artículo 1211 del Código Civil (41).

No deja de ser curioso que el artículo 2, después de trasladar la idea del artículo 1211 CC, comience el procedimiento con una oferta vinculante de la entidad que propone la subrogación. Lógicamente, ha de entenderse que previamente habrá algunos actos preparatorios a consecuencia de los cuales la entidad presenta la oferta vinculante. Quizá la entrada precipitada de la oferta se deba a que el Proyecto no la contemplaba. Alguna enmienda en el Congreso de los Diputados hace referencia a ella, como la número 61, del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) (se debe obtener certificado del saldo

(39) CALATAYUD: "Régimen jurídico...", cit., p. 14.

(40) El mismo día de exponer la Ponencia origen de este estudio, 1 de abril de 2009, se publicó en el BOE la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. En ella se hacen extensivos los criterios de esa Orden de 1994 al ámbito de esta nueva Ley 2/2009.

(41) CALATAYUD dice que en la escritura sólo puede pactarse la modificación de las condiciones de tipo de interés, así como la alteración del plazo y, en coherencia, la oferta vinculante tendría que comprender sólo estos aspectos; "sin embargo -añade- no parece que la inclusión de otros aspectos adicionales sea razón que invalide la oferta vinculante. Sencillamente, la entidad acreedora podrá ignorar esos otros aspectos a los efectos del ejercicio de su derecho de enervar" ("Régimen jurídico...", cit., pp. 14-15).

de la deuda y tras él la entidad debía presentar una oferta con las condiciones financieras del préstamo de acuerdo con las normas sobre transparencia) (también hacía referencia a esta cuestión la enmienda 65 del mismo Grupo Parlamentario).

En la oferta, según decíamos, deben constar las condiciones financieras del préstamo y creemos que la ausencia de regulación explícita puede completarse con la Orden de 5 de mayo de 1994 en algún extremo, como el del plazo de validez de la oferta. En efecto, la Ley 2/1994 no dice nada acerca del plazo durante el cual la nueva entidad no puede retirar la oferta y parece razonable aplicar la regla general de los diez días hábiles del artículo 5 de dicha Orden. Obviamente, este plazo es para la aceptación de la oferta, no para la firma de la escritura que, salvo caso excepcional, necesariamente se otorgará pasado ese plazo, dado que la inicial entidad acreedora tiene un plazo para enervar de quince días. El plazo es para aceptar la oferta, por cuanto, una vez aceptada la misma, corresponde a la nueva entidad continuar el procedimiento. Ciertamente, en la subrogación hay otro acto que depende de la actividad del deudor. En efecto, mientras que en la hipótesis del préstamo hipotecario a que se refiere la Orden de 5 de mayo de 1994 hay una oferta que debe mantenerse al menos diez días hábiles hasta la firma de la escritura, en el caso que estudiamos hay un plazo inicial para aceptar la oferta, posteriormente se debe notificar a la acreedora inicial (entrega o no de certificación, ausencia de enervación, etc.) y culminado ese proceso debe otorgarse la escritura de subrogación. ¿Hay un nuevo plazo de diez días? Nada se dice al respecto y cualquier teoría carece de sustento normativo, pero parece que debe concederse un plazo prudencial, aunque aquí ya no tiene tanto interés en que no sea inferior a diez días, pues ya están pensadas y aceptadas las condiciones del préstamo; parece razonable que el plazo se imponga para que el deudor pueda reflexionar tranquilamente las nuevas condiciones del préstamo; una vez aceptadas ya importa menos el plazo, aunque debe ser prudencial para organizar el acto del otorgamiento de la escritura.

Sin embargo, el segundo inciso de este párrafo 2.º es nuevo: *“cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos”*.

Esta regla viene a cerrar una preocupación que existía en la práctica. Cuando una entidad concedía un préstamo a una persona ha-

bía cierta dificultad en caso de necesitar una ampliación del crédito inicial. Esa ampliación del crédito inicial podría tener lugar a través de una ampliación de cantidad o bien podría tener lugar a través de una segunda hipoteca. Este último recurso generaba la dificultad de que si en el futuro se producía una subrogación con respecto al inicial crédito garantizado con la primera hipoteca y se producía la ejecución de dicho crédito hipotecario, suponía la cancelación de las cargas posteriores y en consecuencia cancelaba la segunda hipoteca. Para prevenir esta dificultad, las entidades financieras articulaban un pacto de igualdad del rango, en cuya virtud la segunda hipoteca tenía el mismo rango que la primera y por tanto se obviaba la dificultad en caso de ejecución (42).

(42) La preocupación por esta cuestión motivó en la práctica varios pronunciamientos discrepantes. En este sentido, SENA indicaba que la subrogación suele plantear problemas en caso de que la misma tenga lugar sobre el préstamo otorgado en primer lugar y, para evitarlo, en la práctica, se intentaba resolver mediante alguno de los siguientes pactos: 1. Igualdad de rango entre las dos hipotecas; 2. Obligación asumida por el constituyente de la segunda hipoteca de no acceder al proceso de subrogación en la primera si no es simultáneamente con la segunda, dando carácter real a esta obligación sancionando su incumplimiento como causa de vencimiento del préstamo; 3. Al constituirse la segunda hipoteca se pacta que, si se produce una subrogación en la primera, ésta quedará pospuesta a la segunda, conforme al artículo 241 del Reglamento Hipotecario. Dicha posposición queda sujeta a la condición suspensiva de que tenga lugar, efectivamente, la subrogación; este autor se pronunciaba en sentido contrario a estos pactos, si bien recogía la tesis de otro autor (GARCÍA GARCÍA, José Manuel), que admitía el pacto de igualdad de rango (SENA FERNÁNDEZ, Francisco: "La subrogación de acreedor, regulada en la Ley 2/1994, de 30 marzo, y los pactos que tratan de impedirla", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, número 87, de octubre de 2002, pp. 2215 y ss.). REBOLLEDA también incidió en esta cuestión y se pronunciaba en sentido favorable a la reserva de rango, así como al pacto de alteración del mismo sujeto a la condición suspensiva de producirse una subrogación con relación a la primera hipoteca (REBOLLEDA VALLEJO, Jesús Manuel: "Subrogación de préstamos hipotecarios, segundas hipotecas y posposición de rango", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, número 135, mayo de 2007, pp. 1367 y ss.). En el ámbito registral también existía dicha preocupación y para evitar, en lo posible, posicionamientos diversos, la Comisión de Criterios de Calificación (Comisión compuesta por varios registradores), en noviembre de 2003, concluyó que no había razones que impidieran a las partes su voluntad de concluir hipotecas de rango simultáneo; más complejo era el pacto de posponer de rango

Admitido, en general, ese pacto, el problema surgió con la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (vulgarmente conocida como una Ley de Acompañamiento). En dicha ley se estableció la imposición fiscal a través de actos jurídicos documentados de los pactos de igualación de rango y ello llevó consigo el que se encareciera el sistema de una segunda hipoteca con igualdad de rango. Como inciso cabe decir que resulta curioso que una normativa dictada en beneficio del consumidor coarte iniciativas que intentan aprovechar al máximo las posibilidades de nueva financiación.

Como consecuencia de esta imposición fiscal, para evitarla, se arbitró por algunas entidades financieras una cláusula en cuya virtud se decía en la segunda hipoteca que, en caso de subrogación exclusivamente en la primera hipoteca, ello generaba una causa de resolución respecto de esa segunda hipoteca. Dicha cláusula era objeto de tratamiento distinto, y en general negativo, en los Registros de la Propiedad. La Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 2 octubre 2006 cuestionó una cláusula articulada en una segunda hipoteca en la que se decía que, dado que la primera hipoteca era de la misma entidad y al no haberse pactado igualdad de rango para evitar gastos adicionales, se pactaba como causa especial de vencimiento anticipado la subrogación de otra entidad en el préstamo garantizado con la primera hipoteca. La Dirección General, con tesis cuestionable, tanto con relación a aspectos formales como de fondo, determina la viabilidad de tal cláusula. Decimos que la resolución adoptaba criterios cuestionables por cuanto que probablemente estemos ante una norma imperativa. Sin embargo, hay que decir que a veces hay normas que intentan proteger excesivamente a una de las partes y ese exceso se vuelve en su contra, de modo que conviene hacer correctivos; ello pudo ocurrir en otra época, como el arrendamiento de una vivienda y, en el caso que nos ocupa, con el prestatario que desea un nuevo crédito hipo-

---

la hipoteca constituida en primer lugar en caso de subrogación, sujetando dicha posposición a la condición suspensiva de que se otorgue e inscriba en el Registro de la Propiedad la escritura de subrogación de acreedor con respecto a la hipoteca constituida en primer lugar; este último pacto motivó un informe en julio de 2004 de dicha Comisión de Criterios de Calificación a consulta del BBVA, pronunciándose desfavorablemente.



tecario. Desde esta perspectiva debe reconocerse que la Dirección General adopta un criterio que facilita la operación y beneficia al prestatario y, en último término, se coloca en línea con la *ratio* de la propia disposición; lo curioso es que uno de los argumentos sea el notable ahorro de gastos cuando precisamente el legislador fue quien introdujo un nuevo hecho imponible. En definitiva, la resolución nos parece discutible con relación a aspectos de forma, nos parece también discutible en pura ortodoxia interpretativa, si bien nos parece plausible la solución a la que llega por cuanto que la interpretación exclusivamente dogmática perjudicaba a la persona que debía ser protegida.

Hechas estas reflexiones de carácter general debemos reiterar que la reforma establece que, cuando sobre la finca hay más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos. Como decíamos anteriormente, la ley se fija en que sobre una finca una entidad tenga varios créditos o préstamos hipotecarios; sin embargo, ya veíamos que parece lógico entender que además exista unidad de deudor y, por tanto, si el deudor en un crédito es una persona y el deudor en otro crédito es otra, aunque haya coincidencia en la entidad acreedora, el procedimiento de subrogación tendrá lugar con relación al crédito cuyo deudor sea el mismo que inicia el procedimiento de subrogación. Anteriormente poníamos el ejemplo del padre que hipoteca en garantía de un crédito otorgado a su favor y posteriormente hipoteca en garantía de un préstamo otorgado a favor de un hijo.

Si la subrogación debe alcanzar la totalidad de los préstamos y créditos, lógicamente ha de entenderse que la oferta vinculante debe referirse a la totalidad de ellos.

Si, por la razón que fuera, se otorgara la subrogación solamente de uno de los préstamos está claro que no sería inscribible (43), salvo que mediare consentimiento de las entidades para concretar la subrogación a uno solo de los préstamos. Más dudoso es que sólo concurra el consentimiento de la inicial acreedora; por ejemplo, por la razón que sea, la nueva acreedora se subroga en uno solo de los

---

(43) CALATAYUD dice que se trata de un requisito de eficacia de la subrogación, no de una causa de oposición de la entidad acreedora ("Régimen jurídico...", p. 15).

préstamos y esta subrogación es aceptada por la inicial acreedora, ¿tendría que mediar un consentimiento explícito por la nueva acreedora para aceptar esa "subrogación a medias"? ¿la solución sería distinta si la subrogación es en la primera o en la segunda hipoteca? La cuestión es dudosa, ya que hay un cierto protagonismo de la nueva entidad acreedora en el procedimiento, salvo que medie consciente ocultación del deudor, pero sí es claro que en la subrogación hipotecaria el notario debe obtener la correspondiente nota registral y hacer, en su caso, las correspondientes advertencias; es más, conocida la pluralidad de préstamos o créditos debe denegar su autorización si la subrogación no se extiende a todos.

Decimos que debe haber subrogación en la totalidad de los créditos o préstamos hipotecarios existentes sobre una finca a favor de una entidad acreedora, lo que excluye cuando se trate de créditos no hipotecarios o de créditos hipotecarios sobre otra finca.

El problema fundamental que se ha planteado en esta materia es en el caso de que haya dos créditos inscritos en el Registro sobre una finca y la nueva entidad se va a subrogar en uno de ellos porque el otro está ya amortizado económicamente aunque no haya trascendido al Registro de la Propiedad. La cuestión estriba en si cabe que la inscripción en el Registro pueda tener lugar por la pura manifestación de las partes (deudor y nueva entidad acreedora) o por el contrario se precise que exista algún documento que lo acredite o, incluso, que se cancele previamente en el Registro el otro crédito respecto del cual no existe subrogación. Parece que a efectos de la inscripción debe cancelarse o, al menos, constar en documento auténtico otorgado por la inicial acreedora haciendo constar que está amortizado (44).

---

(44) Hay que tener en cuenta que hay un derecho inscrito que está protegido por los Tribunales. Quizá podría hacerse alguna previsión en el acta de notificación y requerimiento y hacer referencia a la amortización de ese préstamo y complementarse con una declaración de en todo caso haberse procedido al cálculo y resultar un saldo cero, dado que el error sería imputable a la entidad subrogada. CALATAYUD señala que al otorgarse la escritura de subrogación debe acreditarse fehacientemente que no hay otros préstamos o créditos, por lo que el notario "deberá, en todo caso, obtener información registral del inmueble o inmuebles en cuestión, sin que la voluntad de los interesados pueda servir para eximirle de hacerlo", y si resultara de esa información la existencia de otros créditos o préstamos y

Hemos dicho la necesidad de subrogación en todos los créditos o préstamos existentes en una finca. Podría ocurrir que sobre una finca existieran varios créditos o préstamos hipotecarios, pero no sobre la totalidad de la finca y, por tanto, debe resolverse la cuestión cuando no hay igualdad de objeto hipotecado en los distintos créditos hipotecarios. Por ejemplo, hay una hipoteca sobre el 60 por 100 de la finca y posteriormente a esa hipoteca cabe que se haya constituido otra hipoteca sobre el 40 por 100 restante. En tal caso, no habrá necesidad de subrogación en todos los créditos hipotecarios cuando la subrogación se refiera a la hipoteca de una de esas cuotas por cuanto que en caso de ejecución no habría cancelación de la otra hipoteca referente a la otra cuota hipotecada; realmente estaríamos en una situación semejante a dos fincas hipotecadas. No obstante, se trata de cuestión poco frecuente, dado que en la práctica no son habituales las hipotecas de cuotas salvo en fincas no edificadas y, con todo, tampoco son frecuentes (45).

La ley se refiere a la subrogación en todos los créditos o préstamos hipotecarios "inscritos". No obstante, como advierte LLOPIS, no debe entenderse el término inscrito en su sentido restringido como uno de los asientos registrales y cabría que uno de los préstamos

---

los interesados alegaran que ya se encuentran pagados "deberán presentar, al menos, certificación bancaria en que así conste" (CALATAYUD: "Régimen jurídico...", cit., p. 25). Quizá la certificación sea suficiente para la autorización de la escritura, pero es más dudoso para la inscripción que se basa en documentación auténtica.

(45) LLOPIS plantea interesantes cuestiones en caso de agrupación de fincas, reparcelación o cuando existe a la vez constituida una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de la posesión sobre bienes que estén formando parte del mismo inmueble hipotecado; alude también al caso más de laboratorio, según dice, de hipoteca que recae sobre el usufructo y otra hipoteca sobre la nuda propiedad, ambas a favor del mismo acreedor y, posteriormente, por causa voluntaria se extingue el usufructo, consolidándose sobre el nudo propietario y, al ser la causa de extinción voluntaria, no queda extinguida la hipoteca recayente sobre el usufructo (art. 107.1 LH); aquí considera este autor que tampoco habría obligación de subrogarse en ambos préstamos, pues las hipotecas, aun recayendo sobre la misma finca, lo hacen sobre derechos distintos ("Las modificaciones...", cit., pp. 56 y ss.).

Creemos que un criterio que debe ser atendido es la purga que, en caso de ejecución, se produce respecto de las cargas posteriores.

estuviere presentado, pero no inscrito aún, o estuviera anotado por defecto subsanable (46).

Por otro lado, cuando el préstamo a subrogar estuviere inscrito, pero prorrogado el asiento por denegación de alguna concreta cláusula, creemos dudoso que se pueda inscribir la subrogación hasta que no venza tal prórroga.

## B) ACEPTACIÓN DE LA OFERTA Y NOTIFICACIÓN

El párrafo 3.º del artículo 2 de la Ley 2/1994 establece que "la aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente notifique, por conducto notarial, a la entidad acreedora, su disposición a subrogarse, y le requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo o préstamos hipotecarios en que se haya de subrogar".

La novedad fundamental de este párrafo en la reforma es la necesidad de que la notificación de la oferta se realice por conducto notarial; cabe hacer algunas consideraciones.

En primer lugar, se dice que la aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente notifique. Lo normal será que la aceptación de la oferta se materialice a través de la firma de la misma por parte del deudor; no obstante, no vemos inconveniente en que la aceptación de la oferta se haga de manera diferente. Será una cuestión de prueba a ventilar en el día de mañana, en su caso, pero no impedirá que el notario y el registrador vayan a otorgar e inscribir la escritura de subrogación porque, en último término, la propia comparecencia en la escritura de subrogación ya determina la aceptación de todo el proceso subrogatorio.

La Ley alude a "la aceptación de la oferta por el deudor". Si hablamos de oferta y aceptación debemos cuestionar si puede el deudor arrepentirse del otorgamiento de la escritura de subrogación. Creemos que mientras que la oferta es vinculante, la aceptación de ésta sólo implica la autorización para que la nueva entidad acreedora inicie el procedimiento subrogatorio con la comunicación nota-

---

(46) LLOPIS considera que debe esperarse a que se resuelva esa hipoteca presentada o esa anotación por defecto subsanable para proceder a la subrogación ("Las modificaciones del crédito...", cit., pp. 58-59).

rial a la anterior entidad, pero el deudor puede arrepentirse antes de la firma de la escritura sin perjuicio de que puede derivar una responsabilidad por los gastos ocasionados (47). En este sentido, quizá pueda invocarse el número 3 del artículo 4 de la Orden de 5 de mayo de 1994. En tal norma se indica que el folleto informativo indicará con claridad los gastos preparatorios (tasación, comprobación registral, etc.) que se vayan a considerar a cargo del cliente; no obstante, en caso de silencio, nos parece que deberían recaer en la entidad los anteriores a la aceptación de la oferta y en el deudor los posteriores a ella.

Sin embargo, si la subrogación no llega a concluirse por darse el derecho de enervación, consideramos dudoso que se puedan cobrar los gastos al deudor, más bien parece que estamos en los gastos del "negocio bancario".

Como decíamos, la novedad fundamental se centra en que la notificación debe tener lugar mediante conducto notarial. Ello sugiere las siguientes observaciones:

**1. Quién debe instar la notificación.** Creemos que en puridad la notificación debe ser instada por persona que tenga facultades suficientes para ello por parte de la entidad oferente. La cuestión estriba en determinar cuáles son esas facultades suficientes, si la de instar requerimientos notariales o bien la de otorgar subrogaciones. Entendemos que hay que atender al caso concreto; si la oferta vinculante está suscrita por persona con facultades para otorgar préstamos o subrogaciones bastaría que el acta fuera instada por persona con facultades para hacer notificaciones y requerimientos notariales; si la oferta no estuviera suscrita por persona con las indicadas facultades, el acta debería ser instada por persona con facultades para otorgar préstamos o subrogaciones. Creemos que en algún momento, bien con la firma de la oferta vinculante, bien con la firma del acta de notificación, debe intervenir persona con facultades para ello (48). De cualquier modo, caso de

---

(47) Vid. CALATAYUD ("Régimen jurídico...", cit., p. 16); RUBIO GARRIDO parece pronunciarse en sentido contrario y admitir el cumplimiento forzoso (*La Ley de subrogación...*, cit., pp. 157 y ss.).

(48) SEDA HERMOSÍN considera suficientes facultades para instar actas notariales ("El procedimiento...", cit., p. 274). Una Circular de la Comisión

insuficiencia de facultades éstas quedarían subsanadas con el otorgamiento de la escritura de subrogación.

**2. Qué debe notificarse. Requerimiento de certificación del saldo.** Estamos ante un acta de notificación a través de la cual se notifica la disposición de subrogarse en el préstamo en las condiciones derivadas de la oferta; a su vez, implica un requerimiento por cuanto que se requiere para que se entregue la certificación del importe del débito. Estamos, pues, claramente en el ámbito del artículo 202 y ss. del Reglamento Notarial y por tanto debe ser cumplimentado conforme a lo dispuesto por el mismo. Ello supone que el notario podrá diligenciar el acta mediante el envío de la correspondiente cédula por correo certificado con aviso de recibo o bien mediante personación. Sin embargo, no sería documento pertinente el de un acta de remisión de un documento por correo. Es decir, en otros términos, cabe que el acta de notificación se diligencie por el notario mediante la remisión de la cédula por correo, pero no cabe que sea un acta de remisión de documento por correo; consecuencia de ello es que el notario no podrá notificar fuera del territorio donde tenga competencia y, por la propia naturaleza del acta de que se trata, cabe la contestación. En la práctica, el mecanismo aconsejable es la práctica personal de la diligencia mediante la personación del notario en alguna de las sucursales de la inicial acreedora, dado que es habitual la celeridad en estas actuaciones y el correo se muestra notablemente insatisfactorio, dado que en caso de no haber llegado a buen término, por extravío, etc., es necesario esperar un plazo para efectuar la oportuna reclamación, o duplicar el envío, dejando sin efecto el anterior.

Desde otra perspectiva debe indicarse que la ley dice que hay que notificar la disposición a subrogarse por parte de la entidad oferente; sin embargo, parece lógico entender que el contenido esencial de este acta de notificación debe ser la propia oferta vinculante con

---

Permanente del Consejo General del Notariado de 14 de marzo de 2008 (recogiendo aclaraciones resultantes de varias reuniones de trabajo entre AEB, CECA y Consejo General del Notariado) señala como legitimado para iniciar el procedimiento de subrogación a un "apoderado de la entidad subrogante con facultades para requerir".

las condiciones financieras del “nuevo” préstamo hipotecario (\*). De no notificarse íntegramente la oferta, la entidad financiera inicial no tendría conocimiento íntegro de la misma para valorar si va a ejercitar el derecho a la enervación o no.

Como decíamos, implica un requerimiento. El artículo 2 de la ley señala que la aceptación de la oferta implica la autorización para que la oferente notifique la disposición a subrogarse “y le requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo o préstamos hipotecarios en que se haya de subrogar”. Estamos ante un acta de notificación y de requerimiento. La regulación legal nos sugiere alguna consideración.

En primer lugar, a veces en algún acta se puede observar que se requiere a la acreedora inicial para que entregue al notario autorizante del acta la certificación del saldo. Como después insistiremos, la entidad acreedora no tiene obligación de comparecer en la notaría cuyo titular autorizó el acta; su obligación –que puede incumplir sin cercenar la subrogación– es entregar la certificación, pero puede hacerlo por el conducto que estime pertinente sin perjuicio de los problemas de prueba que se le puedan plantear; sí debe comparecer ante ese notario si ejercita el derecho a enervar, pero no para la entrega de la certificación.

En segundo término, cabe plantearnos si se podría facilitar la entrega de la certificación al notario autorizante del acta mediante el envío de un fax o de un correo electrónico. Creemos que admitir estos procedimientos agilizaría el mecanismo y facilitaría la entrega al propio notario. Si se contara con el consentimiento de la entidad que pretende subrogarse no vemos especial inconveniente; lógicamente no se trataría de un procedimiento obligatorio para la acreedora, pero sin duda facilitaría la agilidad del tráfico y no habría dificultad añadida para el notario, que cuenta con los mecanismos necesarios para ello y hace uso diario de los mismos. Luego volveremos sobre ello.

Finalmente, hay que observar que, según el párrafo 3 del artículo 2, debe requerirse para que se entregue certificación del importe del débito del deudor “por el préstamo o préstamos hipotecarios” en que se haya de subrogar; como hemos visto, la subrogación debe

---

(\*) Así lo dice expresamente hoy el RD 716/2009. Véase la adenda al final.

ser total, en todos los préstamos, pero también en los créditos, luego parece que también se debe requerir el saldo de los créditos. Ciertamente, mientras que en los préstamos se certificará de un saldo que de ordinario, al menos por principal, en el futuro será igual o inferior, en los créditos cabe que la deuda por ese concepto sea superior por nueva disposición; sin embargo, no creemos que sea causa impeditiva; entendemos que se debe requerir el saldo de todos los préstamos y créditos y la certificación debe "retratar" la situación a un día concreto.

**3. A quién hay que notificar y dónde.** Es claro que hay que notificar a la inicial entidad financiera acreedora y parece lógico entender que se podrá notificar a través de cualquiera de las sucursales donde opere dicha entidad financiera. Se desecha la tesis de que haya que notificar en el domicilio social; entendemos que cada una de las sucursales actúa en representación de lo que podríamos llamar la central de la entidad financiera por cuanto que en todas las sucursales hay apoderados, y por tanto sería válida la notificación; por la vía de la representación, factor notorio o apariencia, debemos adoptar esta solución. Ello significa que el notario instado para el acta podrá acudir a cualquiera de las sucursales de la inicial acreedora por las razones expuestas.

Se podría plantear si se puede requerir al notario para que entregue la oferta en una determinada sucursal. Creemos que cabe tal petición, pero estaría sometida a la valoración del notario de si hay interés legítimo (art. 198 RN) para esa especial petición (49). Desde luego, lo que no procede es una notificación fuera del distrito donde tuvieran competencia recurriendo al correo; sería necesario acudir al "auxilio" notarial.

**4. Plazo máximo de siete días naturales para entregar la certificación.** La ley dice que la inicial entidad acreedora debe entregar la certificación en el plazo máximo de siete días naturales. Ello plantea la cuestión de si cabe entregar la certificación pasado

---

(49) La Circular de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado citada se preguntaba sobre esa petición de notificar en una sucursal, contestando positivamente. Nos parece que la valoración del interés legítimo entra en las facultades del notario.



ese plazo y qué efecto tiene esa entrega. La cuestión está íntimamente unida a si la entrega en el plazo de siete días es necesaria para que la inicial acreedora tenga derecho de enervación o no, o si el plazo de los siete días para entregar la certificación y el de los quince días para enervar son plazos autónomos e independientes. A nuestro juicio, anticipamos la idea, la entrega de la certificación en el plazo de siete días es necesaria para que se tenga el derecho de enervación y, por tanto, la entrega de la certificación del saldo una vez pasado ese plazo de siete días no revive el derecho de enervación; por tanto, la inicial acreedora no tiene derecho de enervación y la entrega de la certificación pasado ese plazo de los siete días solamente puede tener un efecto informativo para que la entidad oferente pueda calcular con mayor precisión la cantidad de la deuda.

### C) ENTREGA DE LA CERTIFICACIÓN Y DERECHO DE ENERVAR

La reforma de 2007 introduce en este punto interesantes novedades. En el texto anterior se decía simplemente que “entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde dicha entrega, formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario”.

Con la nueva redacción se conserva el mismo derecho a enervar, si bien se cambia el cómputo inicial del plazo para ello y, además, se introduce la novedad de que la enervación se debe hacer a través del notario que hubiera efectuado la notificación de la oferta vinculante (con esta exigencia formal no se darán contradictorios elementos fácticos como los de la resolución de 11 de diciembre de 2007). La nueva redacción del párrafo 4.º del artículo 2 de la Ley 2/1994 nos sugiere algunas consideraciones.

**1. Entrega de certificación como requisito previo para enervar.** La cuestión que se ha planteado es la relativa a si se precisa entregar (50) la certificación del importe del débito del deudor para que se pueda ejercitar el derecho a enervar la subrogación o bien, por el contrario, aunque no se entregue la certificación se tiene

---

(50) CALATAYUD señala que para la entrega de la certificación no se exige que el compareciente acredite tener poderes.

derecho a enervar en el plazo de los quince días desde la notificación y requerimiento. La cuestión es discutible, si bien nosotros nos inclinamos por la tesis de que es necesaria la entrega de la certificación en el plazo de los siete días para que se tenga el derecho a enervar. Cabría recordar las resoluciones de la Dirección General en el sentido de que la entrega de la certificación se constituye como una carga que tiene la inicial acreedora para poder tener derecho a enervar (51). Ciertamente hay autores (52) que opinan que precisamente cuando se va a proceder a la enervación es cuando tiene menos sentido la obligatoriedad de la entrega de la certificación, pues, en definitiva, se trataría de un documento inútil. Sin embargo, entendemos que, si la entidad acreedora va a enervar, lo que tiene que hacer es comparecer ante el notario correspondiente y manifestar la disposición a la enervación mediante la modificación de las condiciones del préstamo que igualen o mejoren la oferta vinculante; si llegado el plazo de los siete días la inicial acreedora tiene acordada la decisión

---

(51) La res. de 19 de julio de 1995 señala que *"la certificación del importe de la deuda no constituye requisito imprescindible de la subrogación, en tanto en cuanto si falta podrá ser sustituido por el cálculo que de la cantidad debida realice la entidad prestamista que pretende subrogarse. Se trata, más bien, de una exigencia prevista para facilitar la subrogación –por la seguridad que la certificación implica para que la entidad prestamista conozca el importe del débito– y una carga que se impone a la entidad acreedora que desee ejercitar el derecho de enervar la subrogación"*. Con igual sentido las resoluciones de 20 y 21 de julio de 1995.

La Comisión de estudio citada señaló que *"sólo si la primitiva entidad prestamista entrega la certificación puede ejercitar el derecho a enervar la subrogación"* ("Resumen de las cuestiones...", cit., p. 2360).

(52) SERRANO entiende que el derecho a enervar existe en todo caso, haya o no certificación ("Reflexiones...", cit.); LACRUZ PÉREZ, María Jesús, entiende que se puede ejercitar el derecho a enervar en el plazo de los quince días, aunque el banco no haya entregado certificación del débito ("Notas prácticas sobre algunos aspectos de los préstamos y créditos hipotecarios, tras la Ley 41/07 de 7 de diciembre, que modifica la Ley sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios", [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), febrero de 2008). CALATAYUD considera que de *lege ferenda* habría sido más coherente no exigir la entrega de la certificación para enervar, pero *"parece más seguro considerar que sin entrega de la certificación de débito en su plazo no surge el derecho de enervar"* ("Régimen jurídico...", cit., pp. 19-20). SEDA HERMOSÍN exige la entrega de la certificación para poder enervar ("El procedimiento...", cit., pp. 278 y ss.).

de enervar, lo que tiene que hacer es comparecer y manifestarlo, en cuyo caso no precisa entregar la certificación; si en ese plazo de los siete días no tiene tomada la decisión definitiva, lo que tiene que hacer es entregar la certificación para de ese modo tener el mayor plazo de los quince días.

**2. Contenido de la certificación.** El párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 2/1994 señala que se debe requerir para que se entregue "certificación del importe del débito del deudor por el préstamo o préstamos hipotecarios en que se haya de subrogar", continuando el párrafo 4: "entregada la certificación" se tiene derecho a enervar.

A pesar de su escueta redacción, creemos que la certificación debe expresar el importe del débito del deudor desglosando las correspondientes partidas por razón del principal, por los intereses y por las comisiones que, en su caso, procedan (53), por cuanto la entidad subrogada debe pagar a la acreedora la cantidad acreditada por ésta "por capital pendiente e intereses y comisiones devengadas y no satisfechas" (párr. 5, art. 2); lógicamente, en caso de pluralidad de préstamos o créditos a subrogar hay que fijar las respectivas cantidades por cada uno de ellos. Cabe recordar que la res. de 21 de febrero de 2001 (54) señaló "que no puede confundirse la cantidad que, según el artículo 2 de la mencionada Ley, es necesario pagar a la entidad acreedora –y que incluye no sólo el capital pendiente, sino también la cantidad que corresponde por «intereses y comisión devengados y no satisfechos»– con la cantidad en que se produce la subrogación, que únicamente es la que debiera por capital pendiente en ese momento" (55), aunque añadió que la cuestión a decidir

(53) En igual sentido, CALATAYUD ("Régimen jurídico...", cit., p. 22); la Comisión de estudio citada señalaba que "la certificación debería contener el importe del débito con el desglose de cada concepto" ("Resumen de las cuestiones...", cit., p. 2360).

(54) GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, critica esta resolución ("La interpretación jurisprudencial de la Ley 2/1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", *Rev. Crít. Der. Inmob.* núm. 697, septiembre-octubre de 2006, pp. 2073-2074).

(55) En la práctica, a veces, la total cantidad prestada se transfiere para pagar la deuda; otras veces, la cantidad prestada es sólo para abonar el principal, aportando el deudor con sus propios fondos la cantidad necesaria para abonar los intereses y comisiones.

Sí creemos incorrecto que se entregue una cantidad superior a la acre-

en el recurso era si cabía hacer constar en el Registro la subrogación, pronunciándose en sentido favorable sin que deba entrarse “en cuestiones relativas al desenvolvimiento posterior del derecho de hipoteca”.

La certificación debe referirse a la deuda a un día determinado y conviene que exprese los intereses que se devengan diariamente a partir del día al que se determina el importe certificado.

En cuanto a la comisión por pago anticipado hay que recordar que las modificaciones legislativas han provocado una cierta dificultad para los préstamos a interés variable. Recordemos que la redacción inicial fijaba un tope del 1 por 100 (56), pero “si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar aquél. La alegación del daño por la acreedora no impedirá la realización de la subrogación, si concurren las circunstancias establecidas en la presente Ley, y sólo dará lugar a que se indemnice, en su momento, la cantidad que corresponde por el daño producido”.

El Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, señaló en su Disposición adicional única que “en las subrogaciones que se produzcan en los préstamos hipotecarios a interés variable concertados a partir de la entrega en vigor del presente Real Decreto-Ley”, el tope indicado del 1 por 100 se rebaja a 0,50 por 100. La entrada en vigor fue al día siguiente de su

---

ditada, pues en la subrogación se toma dinero prestado para pagar otra; si la cantidad es superior se está mezclando una subrogación con una ampliación, hipótesis válida, pero independizados convenientemente.

Algún autor ha cuestionado que con la reforma de 2007 cabría plantear, si el préstamo es superior a la cantidad debida por principal, su admisibilidad como recarga tácita (*vid.* LACRUZ PÉREZ, “Notas marginales...”, cit.). SEDA HERMOSÍN, muy rotundo, cree que puede concederse una cantidad superior al capital pendiente, “tras la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, la cuestión queda meridianamente clara al ser posible «la recarga» de la hipoteca” (“El procedimiento...”, cit., pp. 282-283). Creemos que es dudoso, pero en todo caso debe hacerse con la suficiente claridad para que no haya duda alguna de qué figura se trata, ello en el supuesto de que sea viable la recarga (*vid.* CALATAYUD, “Régimen jurídico...”, cit., pp. 32 y ss.).

(56) Es un tope, por tanto, si no se hubiera pactado ninguna comisión o ésta fuera inferior al 1 por 100, se aplicaba lo pactado.

publicación en el BOE, que tuvo lugar el 26 de abril. Esta norma se reproduce en la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica que recoge ese Real Decreto-Ley.

La propia Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario, sin modificar expresamente la Ley 2/1994, sí la afecta por cuanto los artículos 7 a 9 regulan el régimen de la compensación por amortización anticipada en los términos conocidos por todos, distinguiendo entre préstamo o crédito que recaiga sobre vivienda o no, y que el prestatario sea persona física o jurídica de reducida dimensión o sea diferente, suprimiendo para los primeros casos la comisión por amortización anticipada, pero alumbrando una compensación por desistimiento (0,50 ó 0,25 por 100 según se produzca la de amortización en los cinco primeros años o después) y una eventual compensación por riesgo de tipo de interés.

Como puede observarse, el cálculo de la eventual comisión no deja de ser complejo.

Como hemos indicado, la ley, en el párrafo 3 del artículo 2, indica que se debe emitir certificación del importe del débito; y consideramos que a pesar de esta escueta redacción se deben desglosar las correspondientes partidas por razón del principal, intereses y comisiones, de modo que estaría en paralelo con el párrafo 5 cuando expresa que la entidad subrogada debe abonar la cantidad acreditada por capital pendiente, intereses y comisiones. Expuesto de este modo quedarían fuera las cantidades suplidas.

Es sabido que frecuentemente, en el clausulado de un préstamo hipotecario, se establecen múltiples obligaciones a cargo del deudor, como abonar primas de seguros, gastos de comunidad o impuestos que afecten a la finca (estos gastos son los más habituales, aunque a veces se indican otros o se redacta en términos genéricos); es sabido también que a veces se faculta a la acreedora para suplir tales relacionadas obligaciones de pago que, sin perjuicio de su posible inmediata reclamación, garantizan dentro del concepto de costas o gastos o por medio de una cantidad específica para esas cantidades suplidas.

La pregunta surge de inmediato acerca de si también deben abonarse esas cantidades suplidas. La cuestión es dudosa, dado el tenor del texto legal y es uno de los puntos criticados por la doctrina

(57) y corregido por algún sector. Así, en el informe de la citada Comisión de estudio (AHE, CECA, promotores, constructores, notarios y registradores) puede leerse: "el pago de la entidad subrogada ha de cubrir todos los conceptos debidos que consten en la certificación de la primitiva entidad siempre que estén cubiertos con la garantía hipotecaria.

»En otro caso, se daría la paradoja de que el primitivo acreedor quedaría privado de la garantía hipotecaria para reclamar determinados conceptos (ej.: primas de seguro, gastos de comunidad abonados...) y el nuevo acreedor se beneficiaría de la garantía hipotecaria ya establecida.

»Por otra parte, pueden existir conceptos que ha de pagar la nueva entidad (ej.: comisiones no garantizados) cuyo pago no podrá cubrir con la subrogación" (58).

En semejante línea, RUBIO GARRIDO dice que hay que abandonar una interpretación literalista y entender, conforme a la *ratio* de la ley y la naturaleza de la figura sobre la que pivota, "que lo certificable ha de ser el íntegro montante vivo del crédito que tenga cobertura hipotecaria; esto es, habrán de incluirse todos los conceptos que, aún no pagados, estén cubiertos por la fuerza garantística de la hipoteca", pero, añade, sólo esto de modo que si el deudor debe otras cantidades no cubiertas por la garantía real habrán de quedar fuera de la certificación, pues la subrogación se plantea tan sólo respecto de los créditos *hipotecarios* (59).

**3. Inicio del cómputo del plazo para enervar.** El plazo para la enervación es, al igual que en la redacción anterior, el de quince días naturales; sin embargo, hay una alteración del día inicial del cómputo, ya que anteriormente el cómputo comenzaba con la en-

---

(57) DÍAZ FRAILE señala que uno de los aspectos más criticados en la ley se refiere a la fijación del importe de la deuda, pues parece que los únicos conceptos que pueden integrarla son el capital pendiente, los intereses y comisiones, "siendo así que pueden existir otros conceptos diferentes, como anticipos de primas de seguros, pagos hechos por cuenta del prestatario, etc." ("La nueva regulación...", cit., p. 6, en versión informática).

(58) Comisión de estudio: "Resumen de las cuestiones...", cit., p. 2366.

(59) RUBIO GARRIDO: *La Ley de subrogación...*, cit., p. 189.

trega de la certificación y en la actualidad el plazo comienza desde la notificación y requerimiento anteriormente expresado.

**4. Cierre del acta notarial: siete días o quince días. Cómputo días naturales.** Expuesto lo anterior de que para tener derecho a la enervación es necesaria la entrega de la certificación, parecería lógico entender que transcurrido el plazo de los siete días ya no cabe entregar la certificación y, en consecuencia, ya no cabe la enervación y, por tanto, el notario podría cerrar el acta una vez transcurridos los siete días naturales iniciales. La cuestión es dudosa, pero nos inclinamos claramente por la imposibilidad de cerrar el acta antes de transcurrir los quince días (60) para conocer que ha decaído el derecho de enervación (61). La razón que nos mueve a ello es que mientras que con la nueva regulación se tiene seguridad de si media o no media la enervación por cuanto que se tiene que formalizar ante el Notario que realizó la notificación y requerimiento, no ocurre así con la entrega de la certificación. Quiere ello decir que el notario que practicó el acta de notificación y requerimiento no puede tener

---

(60) En un primer momento era frecuente que transcurridos los siete días naturales sin haberse entregado la certificación del importe del crédito, se cerrara el acta. Parece que en la actualidad hay cierta unanimidad en el sentido mantenido en el texto. La Circular de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado de 14 de marzo de 2008 ha ido en esa línea al entender que el acta no debe quedar cerrada hasta transcurrido el plazo que prevé la Ley para el ejercicio del derecho de enervación, esto es, quince días naturales.

(61) Nos referimos al cierre del acta. Consideramos conveniente que el notario extienda una diligencia en la que constate que, pasado el plazo de los quince días, no ha comparecido la entidad acreedora a hacer uso del derecho a enervar. Esta diligencia es aún más conveniente, casi necesaria, si resulta que se ejercita tal derecho pasados los quince días por mediar un festivo o un sábado, hipótesis que contemplamos más adelante. No obstante, tal diligencia de cierre no es necesaria por cuanto se deduce de la fecha de expedición de copia, pues si hubiera comparecencia ejercitando la enervación, se debió extender la pertinente diligencia que debe aparecer en la copia (art. 204 RN).

¿Cabe expedir copia antes de ese plazo? No creemos que sea frecuente ni haya interés legítimo en ello, pero de haberlo creemos que habrá de aplicarse el artículo 204 RN y advertir en la copia que aún queda plazo para la enervación y por consiguiente tal copia no es válida para otorgar la escritura de subrogación.

absoluta seguridad de que no se haya entregado la certificación por cuanto que ésta no tiene necesariamente que realizarse por medio del notario que practicó el acta de notificación y requerimiento; aunque la entrega puede hacerse a través del notario que autorizó el acta de notificación y requerimiento no es obligatorio (62) y puede entregarse directamente a la entidad oferente. Sí es dudoso que pueda entregarse al deudor por cuanto la ley alude a un requerimiento de la oferente para que le entregue la certificación del importe del saldo (63); no obstante, de haberse procedido así y conocida esta circunstancia por la entidad oferente parece que la lealtad entre las entidades debería aceptar tal entrega; en caso de desconocimiento será una cuestión entre la inicial acreedora y el deudor.

Además, hay que admitir que la entrega puede tener lugar por varios medios, bien una carta certificada, un acta notarial, una entrega por duplicado y sellado el mismo, un fax, etc., es una cuestión de prueba y, por tanto, al no tener seguridad el notario de que no hay entrega de la certificación no puede cerrar el acta antes de que transcurra el plazo de los quince días (64). Un supuesto que puede

---

(62) Aunque se trata de una entrega voluntaria, parece claro que no devenga honorarios notariales de cargo de la inicial acreedora y que se acumulan a los del acta.

Algunos notarios, según expone LACRUZ PÉREZ ("Notas prácticas...", cit.), opinan que el notario en ningún caso debe recibir la certificación, pues nada dice el artículo 2 al respecto. A nuestro juicio, no parece lógica la postura –y la práctica acredita que en muchos casos se entrega al notario.

(63) SEDA HERMOSÍN entiende que la entrega al deudor "no se justifica con la literalidad de la Ley" ("El procedimiento...", cit., p. 276).

(64) CAMPO GÜERRI mantiene la tesis de que "la entrega del certificado debe verificarse, siempre, por conducto notarial y, convenientemente, ante el mismo notario por el que se recibió el requerimiento"; así lo considera porque entiende que la entrega de la certificación por parte de la entidad acreedora es requisito *sine qua non* para que ésta pueda ejercer su derecho a enervar la subrogación, deduciendo que el notario no debe aceptar el ejercicio del derecho a enervar si no se le acredita fehacientemente haber entregado la certificación ("Nuevo procedimiento...", cit.). Parece muy estricta la tesis; de cualquier modo, aun admitiendo que debiera ser notarial, como puede tener lugar ante distinto notario, siempre existirá la duda para el autorizante del acta de notificación o requerimiento si tal entrega ha tenido lugar o no, salvo que se le presente el acta notarial con la entrega de la certificación.

Como hemos dicho, la tesis parece muy estricta, pues la Ley sólo exige la



entenderse como normal sería que la entidad oferente comparezca ante un notario, éste practique la diligencia con la sucursal más próxima a su estudio notarial, la sucursal notificada traslade el acta

entrega de la certificación y no que tenga que ser notarialmente. Del tenor de la Ley no se puede deducir esta exigencia y no parece que se trate de un olvido del legislador, que se ha preocupado precisamente del procedimiento subrogatorio con nuevas exigencias. Creemos que será cuestión de prueba en caso de discrepancia y que, como se mantiene en el texto unos párrafos más adelante, el notario debe actuar en función de las circunstancias fácticas y, si no hay prueba fehaciente, deberá hacer la advertencia pertinente.

Dicho esto no puede ocultarse que hubiera sido conveniente “trabajar” algo más la prueba de la entrega de la certificación. Quizá se podría haber articulado un sistema en el que la entrega tuviera lugar ante el notario autorizante del acta de notificación y requerimiento potenciando los procedimientos de notificación mediante la utilización del fax o correo electrónico. Al no hacerlo así, parece excesivamente riguroso, ante el silencio legal, que la entidad incurra en costes de tener que entregar la certificación a un notario, o, si eventualmente se hace en el notario que notificó, que se tenga que desplazar una persona con pérdida de dos horas de trabajo en una gran ciudad.

Ante esta cuestión quizá podría apuntarse como redacción creativa articular en el acta de notificación una cláusula en ese sentido y posibilitar esa forma de entrega “por fax o correo electrónico”; creo que al mediar consentimiento de la nueva entidad y del notario no habría problema alguno.

GOMÁ LANZÓN, Fernando, ve con buenos ojos que la entrega del certificado tenga lugar al notario que notificó, pero parece que considera dudoso que sea una obligación; por ello, “para evitar dudas, en las actas que yo autorizo el banco requirente señala expresamente como domicilio voluntario a efectos de entrega del certificado la propia notaría, y no otro como puede ser una sucursal o la sede central de la entidad” (GOMÁ LANZÓN, Fernando: “Un principio general de interpretación para el acta notarial regulada en el artículo 2.º de la Ley 2/1994 de subrogaciones y novaciones”, web [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com)). Nos parece interesante la preocupación, pero creo que no puede entenderse de obligado cumplimiento por la entidad requerida; ésta tiene obligación de entregar la certificación si quiere conservar el derecho a enervar, pero no se le puede agravar su posición y, probablemente, puede ignorar tal señalamiento de domicilio. Si admitimos que la nueva entidad puede notificar a cualquier sucursal y no sólo a la que gestiona el crédito, no podemos imponer la obligación a la inicial acreedora de entregar la certificación en un domicilio sin que haya apoyo legal. Quizá, aunque fuera voluntario, se potenciaría su cumplimiento si, como decimos, admitiéramos el fax o el correo electrónico.

CHAVES RIVAS, ante la pregunta de si el notario autorizante del acta puede expedir copia antes del transcurso de los quince días naturales desde la

a la sucursal donde está contabilizado el préstamo, que esta sucursal entregue la certificación y lo haga a través de la sucursal de la entidad oferente que esté más cerca a ellos, que puede distar varios kilómetros de la sucursal de la entidad oferente y a varios minutos de transporte (pensemos en una gran ciudad como Madrid, Barcelona, etc.).

Lógicamente no será necesario esperar los quince días cuando con anterioridad ha comparecido la inicial acreedora para ejercitar o para renunciar, a través de apoderado con facultades suficientes, al derecho a enervar.

*[En esta cuestión acerca de si puede o no cerrarse el acta antes de los quince días debemos hacer una adición a consecuencia de las resoluciones de 23 y 24 de septiembre de 2009.]*

*En ambas se plantea una subrogación cuya escritura se otorga pasado el plazo de los quince días con base en un acta de notificación cerrada al octavo día.*

*En la calificación registral se acuerda la no inscripción, en una de ellas se alega que la falta de entrega de la certificación no impide el derecho de enervar; en la otra, por la idea de que debe resultar el transcurso de los quince días del acta de notificación.*

*La DG entiende que son inscribibles porque, aun reconociendo la no regulación de la forma de acreditar la entrega de la certificación, apela a la lealtad entre las entidades; "al menos, sería –dice– una exigencia derivada de la referida lealtad y de la buena fe de la entidad acreedora originaria la adopción de la conducta consistente en responder a dicha notificación notarial por la misma vía con la entrega de la certificación del importe del débito del deudor por el prés-*

---

notificación, contesta "a mi juicio sí, a partir del octavo día y siempre que la entidad requirente manifieste –y se recoja en el acta– que no ha recibido la certificación" (CHAVES RIVAS, Antonio: "Una cuestión en materia de subrogaciones (Ley 2/1994)", web [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), mayo 2008). Como venimos manteniendo, pasado el plazo de los siete días se pierde el derecho a enervar, pero como el notario no tiene prueba fehaciente de la falta de entrega de la certificación no creemos que, ante un sistema tan regulado, el sistema de seguridad jurídica preventiva –notarial y registral– pueda basarse en una manifestación de la nueva entidad, que además es parte interesada; es un riesgo que asume la nueva entidad, pero una quiebra del sistema que funciona sobre documentación pública (art. 3 Ley Hipotecaria).

*tamo si pretende enervar la subrogación; y no sería leal con aquélla la entidad que esté dispuesta a subrogarse si, a pesar de haber recibido la certificación de la deuda por vía distinta a la constancia en el acta notarial de notificación referida, otorga la escritura de subrogación mediante depósito notarial del importe de débito pendiente, según el cálculo efectuado por la propia entidad subrogada”.*

*Creemos que se trata de una interpretación interesante, activa y flexible, quizá dejando alguna duda y algún reparo técnico, como veremos a continuación.*

*— Habíamos sostenido en la ponencia la idea de que “la entrega de la certificación en el plazo de siete días es necesaria para que se tenga el derecho de enervación y por tanto la entrega de la certificación del saldo una vez pasado ese plazo de siete días no revive el derecho de enervación”. La DG confirma esta tesis (el legislador contempla la certificación, dice, “como un deber que se impone a la entidad acreedora que desee ejercitar el derecho de enervar”).*

*También decíamos que, al no exigirse la entrega de la certificación por vía notarial, el notario no sabe si se ha producido la entrega o no y por ello no debería cerrar el acta antes de los quince días. Esta idea es la que pone en cuestión la DG.*

*— No parece que el legislador haya quedado bien parado. Si la Ley 41/2007 precisó, por medio del RD 716/2009, de “algunas aclaraciones necesarias al régimen de la subrogación de préstamos hipotecarios y del derecho a enervar tales subrogaciones...”, utilizando la terminología del Preámbulo de dicho RD, y la DG ha considerado oportuno rellenar una laguna –es cierto, dice, que en la normativa “no se regula, entre otros extremos, la forma en que deba acreditarse la entrega de la preceptiva certificación”–, parece que podemos calificar la reforma de 2007, en el extremo que nos ocupa, de mejorable o, al menos, decir que dejó sin resolver algún interrogante.*

*Cuestión distinta es si las citadas resoluciones se mantienen en todo momento dentro del ámbito de la interpretación o exceden de él basándose en unos criterios tan importantes, pero inseguros, como la lealtad y la buena fe. Baste este apunte, pues no es momento de entrar en las fuentes normativas, debate que es interesante, pero exigiría un mayor análisis del que pretendemos al dar noticia de esas resoluciones.*

*Quien conoce el mundo de los préstamos hipotecarios conoce la guerra publicitaria y de captación de clientela desarrollada por las*

*entidades financieras alentada por "bonus". No obstante, siempre es reconfortante que se apele a la lealtad y a la buena fe.*

— *La primera duda nos la suscita el fundamento 1, párrafo 1, in fine de ambas resoluciones.*

*Recordemos los supuestos.*

*En la resolución de 23 de septiembre se autoriza el acta el 23 de enero, se notifica el 28 de enero, se cierra el acta el 5 de febrero haciendo constar el notario que no ha comparecido ningún representante de la entidad requerida y se autoriza la escritura el 15 de febrero.*

*En la de 24 de septiembre se autoriza el acta el 26 de enero, se notifica el 27 de enero, se cierra el acta el 4 de febrero por diligencia en la que se hace constar que ha transcurrido el plazo de siete días naturales y no se le ha hecho entrega de certificación del importe del débito y se autoriza la escritura el 24 de febrero.*

*La DG en la primera dice que "debe hacerse constar que la escritura de subrogación se otorgó después de haber transcurrido casi —sic— más de quince días desde la preceptiva notificación a la entidad acreedora"; en la segunda, igualmente pone de manifiesto esta circunstancia de haber transcurrido más de quince días (casi un mes, dice); es decir, la DG resalta expresamente que la escritura se otorgó, en ambos casos, pasados esos quince días.*

*Ante esta afirmación parece lógico preguntarnos: ¿por qué destaca esto?, ¿quiere decir que deben transcurrir esos quince días siempre? Creemos que la exigencia de que tengan que transcurrir esos quince días para el otorgamiento de la escritura de subrogación no parece ser una consecuencia que se pueda deducir de su interpretación y ello a pesar de que en el fundamento 2, párrafo 1, i. f. diga que la eficacia de la subrogación de la ley deba supeditarse "en vía de principio" al transcurso del plazo de quince días.*

*Distinto sería que la escritura de subrogación se hubiera autorizado por quien autorizó el acta de notificación, pues en tal caso es razonable pensar que si la escritura se otorga pasados quince días es que no se compareció a enervar aunque el acta se cerrara antes de los quince días. Sin embargo, no ocurre así en los supuestos; en uno se autoriza la subrogación en Ciudad Real y el acta es ante un notario de Madrid; en la segunda, ambos son notarios de Madrid, pero distintos, aunque actuando en el mismo despacho.*

— *Algún sector dudaba si la entrega de la certificación del importe*

del débito era presupuesto para poder enervar en el plazo de quince días. La DG se inclina claramente por la tesis de que es necesaria la entrega de la certificación del importe de la deuda para poder ejercitar tal derecho de enervación; "el legislador –dice– la contempla como un deber que se impone a la entidad acreedora que desee ejercitar el derecho de enervar la subrogación, de modo que únicamente cuando haya cumplido con dicha obligación podrá entonces decidir si –en el plazo de quince días contados desde el requerimiento inicial– ejercita aquel derecho mediante el cumplimiento de los requisitos que se le imponen en beneficio del deudor hipotecario".

De este modo se aclara la duda que había en el sentido que nosotros manteníamos.

— También confirma la tesis que sosteníamos en el sentido de que en la normativa no se regula la forma en que debe acreditarse la entrega de la preceptiva certificación, por lo que nosotros manteníamos la idea de que el notario debía esperar quince días, pues al no requerirse que fuera ante él no podía conocer si hubo o no entrega de certificación.

Sin embargo, la DG invoca la lealtad que ha de presumirse existirá entre dos entidades financieras, según expresa la Exposición de Motivos de la Ley 2/1997 (tenemos duda que esa lealtad se refiera al concreto punto de que tratamos y no a la precisión en el cálculo de la cantidad), para deducir una interpretación diferente, como veremos seguidamente.

Antes de ello queremos hacer referencia a un párrafo incluido en el último apartado de los fundamentos de derecho: "para que la subrogación surta efectos, el artículo 2 de dicha Ley exige única-mente que a la escritura pública se incorpore documento bancario justificativo del pago a la entidad acreedora originaria y que se haya presentado al Notario autorizante de la escritura «copia del acta notarial de notificación de la oferta de subrogación de la que resulte que no se ha producido respuesta alguna con el efecto de enervar la subrogación»" (los subrayados son nuestros).

Creemos que este párrafo podía haberse meditado algo más. Parece una copia del párrafo 5 del artículo 2 de la Ley 2/1994 y, sin embargo, el presupuesto típico de este apartado contempla el caso de entrega de certificado y ausencia de ejercicio de enervación cuando el planteado es de ausencia de certificado. En cuanto al documento bancario, no hay cuestión a que la subrogación puede

*no incorporar documento bancario justificativo del pago por mediar depósito notarial; de otra parte, en cuanto a la copia del acta notarial, al notario autorizante se le debe presentar esa copia del acta notarial, pero debe comprobar si se cumplen o no los requisitos legalmente previstos, que es de lo que se trata.*

*— A continuación dice, y entramos en una cuestión de fondo de su interpretación: "al menos, sería una exigencia derivada de la referida lealtad y de la buena fe de la entidad acreedora originaria la adopción de la conducta consistente en responder a dicha notificación notarial por la misma vía con la entrega de la certificación del importe del débito del deudor por el préstamo si pretende enervar la subrogación".*

*Desde luego, este párrafo es discutible y ese comienzo "al menos" nos hace pensar que la DG parece poder alegar otro fundamento legal para obligar a contestar por vía notarial. Descubrir lo que se oculta tras esa reserva sería interesante, pero creemos que comenzar reconociendo una laguna y rellenarla luego con una determinada forma, que no se exige, con base a una etérea lealtad, nos parece un salto en el vacío. Si el notario puede notificar la oferta a través de la sucursal más cercana parece que la oficina de la entidad acreedora originaria puede contestar por cualquier medio, entre otros, a través de una sucursal de la entidad que pretende subrogarse sin necesidad de desplazarse a la notaría y perder gran cantidad de tiempo en una gran ciudad.*

*Para no distorsionar el hilo conductor no vamos a cuestionar un eventual envío de un correo electrónico o un fax al notario con el certificado de la deuda porque no estamos ante un tema baladí.*

*En efecto, es un hecho admitido en las resoluciones el cierre del acta al transcurso de siete días y antes de los quince, ¿es un cierre definitivo?*

*Obviamente, nos podemos encontrar con un problema. Imaginemos que la entidad acreedora inicial acredita haber entregado la certificación (presenta justificante de haberla entregado o, para evitar cualquier discrepancia de prueba, ha utilizado el conducto notarial, pero de otro notario) y comparece a los efectos de enervar la subrogación, ¿es que no puede ya?, ¿no puede hacerlo en ese acta? Aunque se haga en otra parece necesaria su coordinación (arg. art. 1219 CC). De cualquier modo, circulará un acta en la que el notario dice que no ha comparecido la entidad acreedora inicial*

*para hacerle entrega del certificado, lo que es verdad (no se ha entregado al notario autorizante), pero no es verdad que no se haya entregado y menos que medie incumplimiento y se haya perdido el derecho a enervar. Es decir, aquella diligencia de cierre es de constatación de un hecho, no de ningún incumplimiento ni decaimiento de ningún derecho.*

*Mejores hechas, a nuestro juicio, tiene la otra argumentación: "no sería leal con aquélla (parece referirse a la entidad acreedora inicial) la entidad que esté dispuesta a subrogarse si, a pesar de haber recibido la certificación de la deuda por vía distinta a la constancia en el acta notarial de notificación referida, otorga la escritura de subrogación mediante depósito notarial del importe del débito pendiente, según el cálculo efectuado por la propia entidad subrogada" (el subrayado es nuestro).*

*La frase subrayada supone un reconocimiento de que cabe notificar fuera del acta de notificación.*

*Aquí sí estamos más cerca de una interpretación más aceptable.*

*Si la subrogación depende de la entrega de una certificación a la entidad que pretende subrogarse, no es ajustado a la buena fe que se siga con el procedimiento subrogatorio cuando éste está enervado por la entrega de la certificación.*

*La DG alude al otorgamiento de la escritura de subrogación mediante "depósito notarial del importe de débito pendiente"; no obstante, es sabido que la práctica conoce, también en tal caso, el pago mediante transferencia. Aunque nosotros nos hemos manifestado por el depósito notarial en correspondencia con el protagonismo y confianza que el legislador ha depositado en la institución notarial, lo cierto es que en la práctica, a veces por pura comodidad, se acude a la transferencia y no creemos que tal declaración de la DG evite de momento esa práctica.*

*Creemos que, a la vista de esta doctrina, la entidad que pretende subrogarse, cuando el acta está cerrada antes de los quince días, debe manifestar que no ha recibido la certificación, aunque bien podría entenderse esa circunstancia si no hay manifestación expresa y concreta del contexto.*

*Finalmente, entendemos discutible la conclusión final de las resoluciones. La DG señala que "los intereses de la acreedora no quedan comprometidos, ya que de no ser exacta dicha declaración –y además de lo dispuesto en los párrafos sexto y séptimo del artículo*



*lo 2 de la Ley 2/1994- cuenta aquélla con la posibilidad de ejercer su derecho por la cantidad no pagada, con preferencia a la entidad subrogada (cfr., respecto del pago parcial, el art. 1213 CC); todo ello sin perjuicio de las acciones que pudiera ejercer ante los Tribunales para defender el derecho de enervar la subrogación que pudiera corresponderle, atendiendo a las circunstancias que únicamente en el procedimiento adecuado podrán valorarse”.*

*Pensemos que, ante la falta de comparecencia para entregar la certificación del importe del débito, el notario cierra el acta al octavo día. Con base en ese acta se otorga la escritura de subrogación en el día 10, sin mediar mala fe de la entidad acreedora, sino una falta de coordinación debido a que la certificación por la acreedora inicial se entregó en otra sucursal –podríamos pensar en alguna otra causa discutible como un fax discutido, un correo no leído, etc.–; sin embargo, el día 14 comparece esta acreedora inicial para enervar. Sin entrar en el problema si se reabre o no el acta, lo cierto es que parece válida la enervación.*

*A nuestro juicio, en tal caso no estamos ante la solución por la vía de los párrafos 6 y 7, que se refieren a un error de cálculo, sino ante una hipótesis de posible nulidad.*

*En efecto, dando por supuesta la entrega de la certificación, lo cierto es que si aplicamos la doctrina de la citada STS de 25 de noviembre de 2003 (Cajalon) no estamos, como decimos, ante la aplicación de los párrafos 6 y 7 del artículo 2 de la Ley 2/1994, que, recordemos, se refiere a un debate judicial, “sin perjuicio de que la subrogación surta todos sus efectos”, sino, si seguimos la mencionada doctrina del TS, ante una nulidad e ineficacia de la escritura y consecuentemente la cancelación de los asientos registrales practicados con base en la misma. Realmente esta consecuencia acarrea cierta perturbación a los fundamentos de la seguridad jurídica preventiva.*

*En conclusión, la DG baraja el criterio de la lealtad aisladamente o junto a la buena fe y de ahí obtiene dos desarrollos a la normativa.*

*Uno de ellos, que si la entidad acreedora inicial fue notificada notarialmente, por la misma vía debe responder.*

*El otro es que contraría la lealtad quien recibe la certificación por vía no notarial y continúa el procedimiento a pesar de tal recepción.*

*Resumiendo nuestra posición, parece que el primero de los desarrollos es aventurado por cuanto no existe obligación de contestar por vía notarial. Tal conducto es obligado, pues así lo dice la Ley,*



*para la entidad que pretende subrogarse, pero no para la acreedora inicial.*

*Más prudente parece el segundo desarrollo. Aquí sí podemos decir que no sería una conducta adecuada ocultar la recepción de una certificación, aunque podría cuestionarse si compensa apurar al límite la interpretación para obtener una ganancia temporal de tan corta entidad, máxime si la práctica revela que en la inmensa mayoría de los casos la escritura se otorga pasados varios días después de esos quince que se suponían necesarios, pero eso es ya otra cuestión.*

*Creemos que hay otro punto que debemos someter a análisis, a la luz de estas resoluciones, y es la relativa al supuesto de que se enerve la subrogación, en cuyo caso el RD 716/2009 determina que "la entidad acreedora deberá trasladar, en el plazo de 10 días hábiles, por escrito al deudor una oferta vinculante...". Ya decíamos, en la adenda añadida al texto de ponencia que no quedaba claro que ese "traslado" tuviera que ser por conducto notarial, lo que podría conllevar que todo el formalismo instaurado con la reforma pudiera quedar basado, al final, en una declaración del prestatario de no haber recibido "traslado" alguno con el agravante de proceder tal eventual manifestación de persona interesada en ello.*

*Sin embargo, allí manteníamos la tesis de que entregar la oferta vía notarial nos parecía la mejor, aunque reconocíamos que el tenor no era muy propicio.*

*Nos reiteramos en lo dicho, si bien parece que puede presumirse que la DG será favorable a ello; si, como hemos visto, la vía notarial la considera como exigencia derivada de la lealtad para la entrega de la certificación de la deuda –para la que la ley no exige formalidad especial–, no parece descabellado presumir que la misma vía la exigirá para la entrega de la oferta vinculante que, en cierto modo, puede considerarse como una fase o desarrollo de la enervación para la que expresamente se exige forma notarial. No obstante, al no haberse planteado en el recurso queda en el aire la cuestión y la expresa respuesta por parte de la DG.]*

*Este plazo de los quince días naturales es especial por cuanto, como es sabido, el plazo ordinario para contestar en las actas notariales de notificación y requerimiento es el de dos días hábiles (art. 204 RN).*

*Parece que el cómputo de esos quince días naturales debe ser con arreglo al artículo 5 del Código Civil, el cual determina que "siempre*

que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente"; además fija que "en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles". El artículo es claro: se comienza al día siguiente y no se excluyen los días inhábiles. Pero esa claridad no existe en el caso de que el plazo concluya en un día inhábil. Lógicamente la solución podrá ser dual, bien anticipar el vencimiento al día anterior o bien posponerlo al día ulterior.

La doctrina se muestra discrepante y no han faltado autores que lo han interpretado en el primero de los sentidos y, por tanto, el vencimiento concluye el día anterior al último si éste es inhábil (65). Sin embargo, creemos que es mejor la tesis mantenida por el Tribunal Supremo, el cual, en la sentencia de 21 noviembre 1981 (RJ 4541/1981), señala con relación al artículo 5 del Código Civil que "la nueva redacción dada al precepto si bien declara computables los festivos existentes dentro del plazo, guarda silencio sobre el caso de que el último sea inhábil, dejando una verdadera laguna legal que ha de ser aclarada por la Jurisprudencia y para ello ha de tenerse en cuenta la exposición de motivos en la que se dice que se busca la unificación encarecida por la ley de bases entre estas y las formuladas por la LE Civ. y Pro. Adm., y establecido tanto en la una (arts. 303 y 305) como en la otra en caso de ser inhábil el último día del plazo, se trasladará al primero hábil siguiente, es evidente que ha de tomarse por la jurisprudencia la adopción a dicha solución que por otra parte, parece la más equitativa en orden a que

---

(65) Díez-PICAZO, Luis, en su día, comentando la reforma de 1974 del Título Preliminar del Código Civil señalaba que "en la computación procesal, si el día final es inhábil o feriado, al no computarse por ser inhábil, se prorroga el plazo al día siguiente hábil, mientras que en la computación civil el plazo terminará fatalmente en el día final feriado y, si se quiere llevar a cabo la actividad dentro del término y en día hábil, habrá que hacerlo el anterior" (*Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley del 2 mayo 1975*, 1977, p. 273); CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, no era ajeno a esta tesis y deducía, como consecuencia de una línea interpretativa, la de que el ejercicio del derecho habría de ejercitarse con anterioridad al último día del plazo civil cuando éste fuera inhábil (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo I, volumen 1.º, 1992, p. 643).

en cuestión de cercenamiento de derechos ha de tomarse siempre una interpretación restrictiva". Dicha tesis también es recogida por la sentencia de 14 mayo 2003 dictada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (sección 3.ª) (Westlaw JUR 229191/2003), la cual, ante la discusión acerca de lo procedente cuando el día final del plazo es inhábil, declara que "de acuerdo con el artículo 5.2 del Código Civil no procede la exclusión de los inhábiles. No obstante el Tribunal Supremo ha venido paliando el rigor de la norma, tanto en sentencias dictadas antes como después de la reforma del Título Preliminar operada por la ley 3/1973, de 17 marzo. De este modo el Alto Tribunal ha declarado que tratándose de plazo concedido por el Código Civil, si el último día es inhábil debe entenderse prorrogado al siguiente día hábil por razones de equidad (sentencias del Tribunal Supremo de 20 marzo 1964, 22 mayo 1965 y 21 noviembre 1981)". Esta sentencia contiene una declaración interesante: "es doctrina tradicional del Tribunal Supremo la que sostiene que la prescripción es una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en el de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, por lo que su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva."

Con base en lo expuesto creemos que se puede mantener la tesis de que si el plazo concluye en día inhábil se puede ejercer el derecho al día siguiente; en consecuencia, si el último día del plazo es festivo, se podrá ejercitar al día siguiente.

¿Y si el último día del plazo concluye en sábado? La cuestión cobra conflictividad, dada la reforma del Reglamento Notarial por Real Decreto 45/2007. Anteriormente a dicha reforma el artículo 204 del RN señalaba que la contestación debía tener lugar "en el plazo improrrogable de dos días laborables siguientes"; la reforma sustituye esta expresión por la de "en el plazo improrrogable de dos días hábiles siguientes". La redacción anterior (días laborables) permitía interpretar el plazo excluyendo del cómputo a los sábados, dado que no es habitual que el estudio notarial estuviera abierto en dichos días y podía interpretarse en el sentido de que la contestación se debería efectuar en aquellos días en los que la notaría estuviera abierta; la reforma sustituyó laborable por hábil y añadió un párrafo: "a estos efectos no se considerarán días laborables los sábados". Creemos que la redacción fue desafortunada porque, si en un párrafo se habla de día hábil, no es correcto hablar en otro de

día laborable. Es sabido que la sentencia del Tribunal Supremo de 20 mayo 2008 (RJ 3491/2008) anuló ese párrafo por cuanto “el cómputo de los plazos y la determinación de los días hábiles al efecto, ya sea en el ámbito civil, administrativo o procesal, se fijan por Ley y no pueden regularse por norma reglamentaria”. No es cuestión en este momento de hacer una valoración crítica de esta sentencia por su concisión y mezcla de día hábil y laborable y creemos más procedente poner nuestra opinión al respecto.

Creo que si el notario no tiene abierto su estudio puede aceptarse que el plazo concluya al día siguiente. Es más, creemos que se debe hacer una interpretación flexible y permitir el ejercicio del derecho al día siguiente cuando haya una causa que lo justifique y con mayor razón aún si hay un principio de prueba de que se ha querido ejercitar el derecho en el último día. Entendemos que pueden ser argumentos para apoyar esta tesis los siguientes.

En primer lugar, hay que entender que el ejercicio del derecho se puede ejercitar el último día del plazo y este último día tiene, como decía el antiguo artículo 7 del Código Civil, veinticuatro horas. Si ello es así, no es lógico que se pueda ejercitar el derecho en una notaría a las seis de la tarde y no en otra porque ésta tiene jornada intensiva. Hay que recordar, además, que el ejercicio de la función notarial es personal y puede suceder que cuando se quiera ejercer el derecho en ese momento no esté el notario en su estudio y no parece imprudente decir que esa comparecencia en el estudio notarial, que no puede reflejarse en el acta por ausencia del notario, pueda formalizarse al día siguiente. Es decir, creemos que el ejercicio del derecho se debe ejercitar en día hábil, pero coordinándolo con los días y horas laborables de la notaría. Recordemos que el dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de texto articulado del Título Preliminar elaborado por la Comisión General de Codificación entendía pertinente que se dijera: “el día del vencimiento se contará por entero”. Como señala GULLÓN BALLESTEROS, si no se hizo así fue “seguramente por obvio” (66).

En segundo lugar, no es fácil alcanzar a comprender por qué debe haber más rigor en los plazos civiles que en los plazos civiles-procesales. En este sentido cabe recordar el artículo 135 de la Ley de En-

---

(66) GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, tomo I, p. 32.

juiciamiento Civil, el cual señala que “cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en la Secretaría del tribunal o, de existir, en la oficina o servicio de registro central que se haya establecido”. Como dice BANACLOCHE, con esta norma se intenta resolver el problema planteado ante la imposibilidad de presentar escritos procesales civiles ante los Juzgados de Guardia (número 2 de dicho art. 135 de la LEC), como el mantenimiento del sábado como día hábil para las actuaciones judiciales (art. 130.2 de dicho texto legal) (67).

Finalmente, con ello se estaría intentando cumplir lo ordenado por la Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código Civil de 17 marzo 1973, en las que se recogía la siguiente base: “se regulará el cómputo civil de los plazos, procurando, en lo posible, su unificación” (base 2.ª 4).

Recordemos que el dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de texto articulado del Título Preliminar denunciaba que el texto que se proyectaba, y que finalmente fue el aprobado, no daba cumplimiento al imperativo de la citada base de la unificación en el cómputo de los plazos; es más, señalaba el dictamen: “el sistema actual en esta materia es de absoluta anarquía” y proponía, aunque referido al cómputo de los días inhábiles, que cuando un plazo terminara en día feriado se entendería prorrogado al primer día hábil siguiente, que se reputaría como último del período de tiempo establecido (68).

**5. Ante quién se ejercita el derecho a enervar.** La reforma establece que la acreedora debe comparecer ante el mismo notario que le haya efectuado la notificación a que se refiere el párrafo anterior. Nos parece que la ley recoge el supuesto normal, pero no creemos que impida la utilización de todos los medios legalmente previstos. En este sentido entendemos factible que la entidad acreedora comparezca ante notario distinto con la solicitud de que

(67) BANACLOCHE PALAO, Julio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, DE LA OLIVA, Díez-PICAZO, VEGAS Y BANACLOCHE, 2001, p. 294.

(68) Puede verse el texto de dicho dictamen en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código Civil y la Ley de 2 mayo 1975, 1977*, volumen 2.º, pp. 1207 y ss.

se notifique al notario del acta de notificación y requerimiento; en definitiva, se trata de utilizar el auxilio notarial que existe en general; incluso, hoy en día, puede estar más facilitado a través de las comunicaciones telemáticas.

**6. Quién puede enervar.** La enervación la tiene que realizar la entidad acreedora y la deberá formalizar a través de persona que tenga facultades para llevar a cabo dicha enervación. No hay que olvidar que la ley dice que la enervación tiene carácter vinculante (\*).

Si el representante comparece dentro de los siete primeros días o dentro de ese plazo se entregó al notario el certificado del importe, queda acreditada la viabilidad del derecho a enervar. Sin embargo, si se entregó dicho certificado por otro conducto parece razonable que el notario exija alguna prueba de la entrega de ese certificado y que en función de la misma realice, en su caso, la advertencia procedente (69). Sin embargo, no creemos que la actuación notarial vaya más allá; aunque no se exhiba prueba documental, el notario debe recoger la manifestación de la enervación, pues, caso de conflicto, deberán intervenir los Tribunales de Justicia.

**7. Ejercitada la enervación no se formaliza la modificación.** La cuestión que ha sido objeto de mayor debate es la relativa a lo que sucede cuando la entidad acreedora manifiesta su disposición a formalizar la modificación de las condiciones del préstamo que igualen o mejoren la oferta y posteriormente no comparece a otorgar tal documento (\*\*). alguna entidad financiera ha planteado la cuestión de si requerida la entidad acreedora para un día y ante un notario para otorgar la escritura de subrogación, y no comparece, si está libre de obstáculos para que la entidad oferente pueda formalizar la escritura de subrogación. Creemos que la cuestión es dudosa y que en cierto modo podría tener razón el deudor de ver frenado el derecho a la subrogación; no obstante, no creemos que

---

(\*) Así resulta hoy del RD 716/2009. Véase la adenda al final.

(69) Recordemos que CAMPO GÜERRI, como decíamos antes al aludir al cierre del acta en siete o quince días, mantiene la tesis de que la entrega de la certificación sea a través del notario.

(\*\*) Véanse algunas reflexiones al final, en la adenda.

sea función de los notarios ni de los registradores de la propiedad tomar posición en este debate y serían los Tribunales de Justicia los que deberían decidir.

Ciertamente esta solución puede ser de difícil aceptación para dicho deudor, pero, insistimos, no creemos que entre en la función de tales profesionales. Quizá deba apuntarse que el deudor podría formular, antes de acudir a los Tribunales, la correspondiente queja ante las autoridades administrativas que vigilan la actividad financiera; más arriesgado parece abonar como cuota de amortización la que correspondería con arreglo a la oferta vinculante, aunque no creemos que haya una entidad financiera que presentara demanda, ni algún Juzgado que sancionara al deudor que paga la cuota que resultaría de la oferta vinculante y que la entidad acreedora ha aceptado con su derecho de enervación por la razón de que no paga la cuota anterior a subrogación. No obstante, es una solución heterodoxa (70).

**8. Enervación en la totalidad de los créditos o préstamos hipotecarios.** En caso de subrogación, la entidad acreedora tiene derecho a enervar, pero ese derecho debe ejercitarse sobre la totalidad de los créditos o préstamos hipotecarios en caso de haber pluralidad de ellos. No cabe que la entidad acreedora permita la subrogación con relación a algún crédito o préstamo y, sin embargo, ejercite el derecho de enervación con relación a otro crédito o préstamo hipotecario.

**9. Igualar o mejorar la oferta vinculante.** Parece claro que habrá poca cuestión cuando la entidad acreedora comparezca ante

---

(70) CAMPO GÜERRI señala que el problema escapa del control notarial y que el deudor deviene en una situación difícil de abordar y de resolver, pues no puede dejar de seguir cumpliendo lo pactado originariamente; concluye que el deudor queda desamparado y propone dos medidas; una, llevar el tema al ámbito de la disciplina financiera; otra, completar la norma con una modificación que señalara un plazo y, constatado éste, tener por caducado el derecho a enervar ("Nuevo procedimiento...", cit.).

SEDA HERMOSÍN señala que cabría reclamar ante la Administración Pública o directamente ante los Tribunales de Justicia y solicitar que le sean aplicadas las mejoras ofrecidas con carácter retroactivo ("El procedimiento...", cit., pp. 281-282).

el notario para ejercitar el derecho de enervación y manifieste que está dispuesta a igualar la oferta vinculante. La cuestión no es clara en el supuesto, ciertamente raro, de querer mejorar la oferta vinculante. En este caso se deben analizar parámetros iguales que permitan conocer que efectivamente estamos ante una mejora. Por ejemplo, no creemos que fuera posible que, ofertado un tipo de interés variable, la entidad acreedora considere que es una mejora la oferta de un interés fijo, o viceversa; igualmente, parece que no sería posible que ofertado un interés variable, referenciado a un determinado índice, la entidad acreedora considere posible la enervación mediante la oferta de un interés variable, pero referenciado a distinto tipo del ofertado por la entidad oferente. En tales casos, al no estar ante parámetros que sean susceptibles de comparación objetiva, no creemos que sea factible, aunque la entidad acreedora considere que estamos ante una mejora de la oferta vinculante.

**10. Formalización de la modificación.** En caso de ejercitar el derecho de enervación, como hemos indicado anteriormente, este derecho se materializa por medio de una comparecencia ante el notario que realizó la notificación y requerimiento, cuyo notario deberá dejar constancia de esa manifestación de ejercitar el derecho de enervar en la propia acta en cuestión. Posteriormente, lo procedente es otorgar la escritura con la igualación o mejora de las condiciones.

#### D) NO EJERCICIO DEL DERECHO DE ENERVACIÓN

“En caso contrario”, comienza diciendo el párrafo 5.º del artículo 2 de la Ley 2/1994. Este “en caso contrario” se refiere al párrafo anterior y en una primera lectura podría entenderse ese “en caso contrario” bien a no haberse entregado la certificación, bien a no ejercitar el derecho de enervación; debe entenderse en este segundo sentido de no ejercitar tal derecho.

En efecto, en caso de no ejercitar el derecho de enervación el procedimiento de subrogación puede canalizarse con lo que podríamos llamar colaboración entre las entidades financieras o sin ella; queremos referirnos con esta expresión a que haya colaboración mediante la emisión de la correspondiente certificación del importe del débito o que no haya colaboración por cuanto que media silencio frente al acta de notificación y requerimiento.



**1. Colaboración de la entidad acreedora.** En caso de que la entidad acreedora hubiera emitido la certificación con el importe del débito debido por el préstamo o crédito, único o varios, por todos los conceptos, tanto por capital como por intereses y comisiones devenidas y no satisfechas, el procedimiento de subrogación consiste en lo siguiente.

**a) Declaración de haber pagado.** La entidad oferente debe declarar en la misma escritura de subrogación haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por la entidad acreedora. La ley no exige que se incorpore dicho certificado de saldo a la escritura de subrogación; además, en la práctica, puede ocurrir que la cantidad que se declara debida sea inferior a la acreditada, por cuanto que puede mediar un tiempo durante el cual se ha producido algún pago o amortización (71).

**b) Resguardo de la operación bancaria.** No basta con decir que se ha pagado, sino que se debe incorporar a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad, en el que se hará indicación expresa de que se efectúa a tal efecto. La ley parece que quiere ser más clara de lo que era anteriormente y quiere que en el resguardo solutorio se exprese la finalidad del pago del crédito, haciendo indicación expresa a tal efecto. Creemos que lo fundamental es que se realice esa operación bancaria y no quede duda acerca del motivo de la misma. Al indicarse en la ley que se debe pagar a la acreedora, ello ha originado alguna duda de interpretación por cuanto que en una interpretación rigurosa es necesario que el destinatario de la operación bancaria, cuando se trate de

---

(71) Aunque la Ley, en su artículo 2, párrafo 7, señala que la entidad debe calcular la cantidad adeudada sólo en caso de no haber comunicado dicha cantidad o de negarse a admitir su pago, lo cierto es que es muy habitual que también se realicen cálculos en caso de emitir la certificación, dado que es frecuente que medie alguna amortización, puede que haya habido algún cambio de tipo de interés o un cálculo erróneo en la comisión por amortización anticipada.

En ocasiones, la entidad subrogada no actualiza la deuda y transfiere la cantidad indicada en la certificación; lógicamente, la inicial acreedora se deberá cobrar la deuda al momento de la transferencia, dejando en la cuenta del interesado la diferencia.

una transferencia, sea la entidad acreedora; a veces, sin embargo, ocurre que la transferencia se hace a favor del propio deudor a través de una cuenta en la entidad acreedora, especificándose que es para cancelar por subrogación el préstamo (72).

**c) Comprobaciones del notario.** Una novedad importante de la reforma es que el legislador ha concedido un mayor protagonismo al notario. Además de lo dicho anteriormente de que la notificación de la oferta vinculante de las condiciones financieras del nuevo préstamo debe practicarse por medio de la notaría, también se le concede protagonismo en el momento del otorgamiento de la propia escritura de subrogación. En este sentido, la reforma señala que el notario debe comprobar los siguientes elementos.

En primer lugar, debe verificar la existencia de dicho documento bancario justificativo del pago a la entidad acreedora originaria. Es obvio que, por tanto, para que el notario pueda autorizar la escritura de subrogación debe haberse realizado con anterioridad la operación bancaria del pago. En la práctica ocurre, a veces, que las entidades financieras son reacias a realizar la transferencia por si el deudor se arrepiente en el último momento y no otorga la escritura de subrogación; a veces ocurre que ese documento justificativo de la operación bancaria de pago es de fecha posterior al otorgamiento de la escritura, situación que es incorrecta e ilegal cuando se hace referencia a un documento inexistente. Ciertamente, la técnica jurídica debe proporcionar los medios necesarios para satisfacer los intereses en juego y, a nuestro juicio, no hay ningún problema para que se autorice la escritura de subrogación, dejando condicionada a que se acredite el pago mediante la entrega al notario autorizante del documento bancario justificativo del pago. Ciertamente, a veces, y es lo normal y ortodoxo, ocurre que se indica que con posterioridad al otorgamiento de la escritura se acreditará al notario median-

---

(72) La resolución de 8 de junio de 2006 admitió el pago porque quedaban perfectamente identificados los demás elementos, suficientes a efectos de dicha finalidad solutoria.

Adenda: Esta resolución ha sido revocada por la sentencia de 19 de mayo de 2010 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 11.<sup>a</sup>) (Westlaw JUR 2010\229023) por haberse dictado fuera de plazo (un año y dos meses después de la interposición del recurso), por lo que la Audiencia entendió que no era necesario entrar en ulteriores consideraciones.

te entrega del citado documento bancario justificativo de pago; el procedimiento, a nuestro juicio, es correcto, salvo que en muchas ocasiones aparece como documento "unido" tal documento solutorio sin más, es decir, sin diligencia en la que se manifiesta que se une, lo cual es incorrecto desde el punto de vista de técnica notarial, por cuanto que una vez otorgada y autorizada la escritura no cabe unir documentos, salvo que se extienda la correspondiente diligencia, es decir, no cabe "unir" un documento a la escritura una vez autorizada sin extender previamente una diligencia. Cuando el notario autoriza la escritura la "cierra" y sólo puede "abrirla" él (o un sustituto) mediante una diligencia, tras la cual puede unir el documento solutorio que se le ha entregado al notario.

Uno de los extremos que en la práctica generó discrepancias, especialmente en los primeros momentos de vigencia de la reforma, fue el extremo que nos ocupa. En muchos casos se han protocolizado documentos que querían ser los del artículo 2 de la Ley 2/1994 y, sin embargo, no cumplían sus requisitos.

Quizá una causa de ello fuera alguna declaración de la DGRN en el sentido de que con la redacción legal, anterior a la reforma, lo esencial era la declaración del representante de la entidad de crédito subrogada ante el notario manifestando que se había efectuado el pago (73).

La redacción ha cambiado. Anteriormente decía: "para que la subrogación surta efectos, bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e interés y comisión devengados y no satisfechos. Se incorporará a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria".

Con mayor rigor, la nueva ley dice: "para que la subrogación surta efectos, bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por

---

(73) Puede verse la resolución de 16 de septiembre de 2004. Probablemente la resolución tuviera en cuenta que realmente la calificación registral parecía en exceso rigurosa. Esta resolución fue anulada por la sentencia del 26 de octubre de 2005 del Juzgado de 1.ª Instancia de Toledo número 2, pero fue confirmada por la sentencia de 26 de febrero de 2007 de la Audiencia Provincial de Toledo (tomado de la Intranet Registral, a cargo de CASAS ROJO, Juan Carlos).

ésta por capital pendiente e intereses y comisiones devengadas y no satisfechas"; el texto es igual, pero, añade, "se incorporará a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad, *en el que se hará indicación expresa que se efectúa a tal efecto*" (la cursiva es nuestra). Y este documento con tal indicación expresa de la finalidad es el que tiene que verificar el notario.

La contestación de la DGRN a la consulta del Consejo General del Notariado de 8 de enero de 2008 antes citada no deja lugar a duda. En efecto, la DGRN destaca la novedad en los siguientes términos: *"en la redacción primitiva del artículo 2 tan sólo se exigía del notario que autorizara la escritura de subrogación que recogiera en la misma la manifestación de la entidad subrogada de haber pagado al acreedor la cantidad acreditada por ésta y un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria.*

» *En la redacción actual se exige, además, que en el mismo resguardo de la operación bancaria se «haga una indicación expresa que se efectúa a tal efecto», impidiendo de ese modo que la cantidad entregada por la entidad que se subroga se aplicara por la entidad inicialmente acreedora a la amortización de cualquier otro préstamo o crédito que tuviera frente a su deudor. De este modo, el notario debe desplegar la siguiente actividad: i) recoger en la escritura de subrogación la manifestación de la entidad de haber pagado a la acreedora la cantidad por ésta acreditada; ii) incorporar a la escritura el resguardo acreditativo de la operación bancaria efectuada y verificar que en dicho resguardo consta que esa operación se ha efectuado con la finalidad solutoria de liquidar el préstamo de cuya subrogación se trata, y iii) verificar que no se ha producido enervación, a cuyo fin la entidad subrogada deberá presentar copia del acta notarial de notificación de la oferta de subrogación de la que resulte que no se ha producido respuesta alguna con el efecto a enervar tal subrogación".*

Ante el texto legal y el de esta consulta realmente sorprende que se incorporen, y hayan incorporado con frecuencia, documentos genéricos sin expresión, no sólo de la finalidad solutoria, sino, incluso, del beneficiario, etc. (74).

---

(74) La Circular de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado citada señala que en el resguardo de la transferencia "el notario deberá verificar que en la transferencia consta como beneficiaria la entidad

En segundo lugar, el notario debe verificar que no se ha producido la enervación a que anteriormente nos hemos referido. Por tanto, debe verificar que ha transcurrido el plazo citado de los quince días.

A tal fin, se debe presentar al notario autorizante de la escritura de subrogación copia del acta de notificación de la oferta de subrogación de la que resulte que no se ha producido respuesta alguna con el efecto de enervar. Debe resaltarse que, en esta fase del procedimiento de subrogación, el protagonismo lo tiene el notario, por cuanto que a él le corresponde velar por la existencia del documento bancario justificativo del pago y de que no se ha producido la enervación. Creemos, no obstante, que la corrección del documento bancario solutorio es susceptible de calificación registral, dado que debe estar unido a la escritura de subrogación; sin embargo, si el notario ha ajustado su actuación a los requisitos legales, no es necesario el que se acompañe o se incorpore el acta de notificación de la oferta, ya que se trata de algo que tiene que verificar el propio notario autorizante de la escritura.

**2. Sin colaboración de la entidad acreedora.** El párrafo 6.º del artículo 2 de la Ley 2/1994 caracteriza tal falta de colaboración en los supuestos de no haber comunicado la cantidad acreditada o haberse negado por cualquier causa a admitir el pago.

En tal caso "bastará" que la entidad subrogada:

- la calcule bajo su responsabilidad
- lo manifieste
- deposite la suma en poder del notario autorizante.

En tal caso, la ley señala que el notario debe notificar de oficio a la entidad acreedora mediante remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación.

Esta normativa nos sugiere alguna observación.

**a) No emisión de certificado de deuda.** El supuesto normal de falta de colaboración no será el de negarse a admitir el pago, sino la no emisión del certificado de deuda, supuesto que en la práctica es más frecuente de lo que en teoría se podía prever.

---

de crédito, no el deudor, y que se destina al pago del préstamo con identificación del mismo".

**b) Cálculo de la deuda.** La entidad subrogada debe calcular bajo su responsabilidad la suma adeudada, asumiendo las consecuencias de un eventual error que no serán repercutibles al deudor.

La Ley está pensando en el caso de falta de emisión de la certificación, pues en el otro supuesto de negativa a admitir el pago ha podido mediar tal certificación del débito.

Literalmente interpretada la norma, significa que si hay error en el cálculo de la cantidad debida, el deudor queda ajeno a ello. Sin embargo, no es claro que sea la interpretación adecuada.

Así, CALATAYUD considera que "la Ley no quiere decir que si, por error, ha calculado una cantidad inferior a la realmente debida, debe soportar el pago de la diferencia, es decir, pagar la deuda restante del prestatario, el cual quedaría eximido de hacerlo. Lo que no le será repercutible es el pago de intereses de demora o penalizaciones derivadas del cálculo incorrecto, pero sí el principal realmente debido" (75).

RUBIO GARRIDO entiende que a la diferencia entre la cantidad debida y la que al final haya tenido que abonar la entidad subrogada "no puede permanecer ajeno al deudor. Él la debía, en razón del contrato que celebró con aquélla y el nuevo hecho de que haya recurrido a la *Lsub no le puede eximir de su obligación*". El significado del inciso radica, a juicio de este autor, en que los intereses que ha tenido que pagar la subrogada a la acreedora inicial por la demora en el ingreso, o los gastos que ese pago adicional haya generado o las costas de un eventual pronunciamiento judicial no pueden ser repercutidos al deudor (76).

Creemos que el tenor inclina a que cualquier error es responsabilidad de la entidad subrogada; sin embargo, es claro que el deudor debe una cantidad al momento de la subrogación por razón de principal e intereses, y si a consecuencia de la subrogación se produce un error no sería justo que el deudor tuviera un enriquecimiento basado en un error no intencionado, del mismo modo que si hay un error de cálculo en perjuicio del deudor, la deuda será lo que es. Distinto es que haya un error en el cálculo de la eventual comisión que se origine por razón de la subrogación; en este caso, no estamos ante una cantidad "debida" al momento de la subrogación, sino "causada" por ella.

(75) CALATAYUD: "Régimen jurídico...", cit., p. 28.

(76) RUBIO GARRIDO: *La Ley de subrogación...*, cit., pp. 252-253.

Más claro es que no cabe repercutir todos aquellos eventuales gastos que puede haber originado la subrogación por discrepancias entre las entidades acreedoras, la inicial y la subrogada.

Dicho esto, hay que tener en cuenta que se trata de cuestión ajena a la actuación notarial y registral.

Finalmente, cabe señalar que un sector doctrinal ha planteado si ante la omisión del certificado de deuda, y esa eventual responsabilidad, la entidad que pretende subrogarse puede dar marcha atrás y no correr riesgos. Parece que cuando la entidad emite la oferta vinculante está obligada a llegar hasta el final (77).

**c) Depósito notarial.** En tal caso la ley dice que se deposite la suma en poder del notario.

La cuestión a plantear es si cabe hacerlo por transferencia. La redacción del texto legal no es muy clara; nosotros creemos que lo lógico sería que se practicara el depósito notarial por cuanto va en línea con el protagonismo y confianza que el legislador ha depositado en la institución notarial en la Ley 2/1994 (78), y en otros “depósitos” notariales, como el introducido por el artículo 1563 LEC en la redacción dada por la disposición adicional 5.<sup>a</sup> de la Ley 29/1994, de arrendamientos urbanos (poner a disposición notarialmente el importe de las cantidades demandadas) (hoy debe verse el art. 22.4 de la vigente LEC de 7 de enero de 2000), el artículo 15 de la Ley de Propiedad Horizontal en la redacción dada por la Ley 8/1999 (consignación notarial); esta última expresión –consignación– quizá sea exagerada y por ello cabría decir que la Ley 2/1994 utilizó “basta depositar el cheque”, es decir, no hay pago, pero, a los efectos de la Ley 2/1994, “basta” el depósito notarial (79).

---

(77) Puede verse GALLEGU DOMÍNGUEZ: *La renegociación...*, cit., p. 284.

(78) La Circular de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, citada, en caso de ausencia de certificación de deuda sólo recoge el depósito notarial (y lo subraya), aunque, ciertamente, no niega otras hipótesis.

(79) CAMPO GÜERRI señala que no hubiera estado de más que la Ley se hubiera pronunciado de forma más tajante sobre que, a falta de certificación, la única posibilidad que cabe es la del depósito notarial, pero lo cierto es que de ella se infiere que sólo cabe esta opción. Por tanto, debe rechazarse la práctica de la transferencia bancaria en los casos en que no haya certificación, aunque lo sea bajo el pretexto de ahorrar al deudor los gastos ocasionados por el depósito (“Nuevo procedimiento...”, cit.).

Dicho esto, lo cierto es que es muy frecuente que en las escrituras de subrogación "sin colaboración" se realice una transferencia en lugar de depositar el cheque (80) y puede decirse que, independientemente de las preferencias personales, es una práctica consolidada (81). Debe destacarse que no está prohibido, pues el tenor es claro: basta el depósito, pero no excluye otros medios; de otra parte, para la acreedora, lo importante es cobrar y, además, sus intereses no quedan comprometidos, pues hay una notificación.

La reforma de 2007, ¿ha cambiado algo esta práctica?

Creemos que no, por cuanto no ha habido, en este punto, cambio normativo. En ese sentido se pronuncia la Comisión Nacional de Criterios de Calificación (comisión compuesta por varios registradores) en su informe de 29 de octubre de 2008. Concluye que ante la falta de expedición de certificación por la primitiva entidad cabe, o bien depósito notarial, o bien una transferencia con finalidad solutoria, o bien que la entidad subrogada pague de otro modo, todo ello bajo la responsabilidad de la nueva entidad financiera, es decir, sin poder repercutir el error en el deudor; el requisito de tener que notificar mediante copia autorizada de la escritura de subrogación constituye garantía de transparencia.

En caso de utilizar el mecanismo de la transferencia debe trasladarse aquí lo indicado acerca del documento bancario justificativo del pago y lógicamente, a nuestro juicio, el resguardo del documento bancario solutorio debe reunir y debe ser tan explícito como antes decíamos cuando la subrogación es "con colaboración".

Obviamente también cabe el depósito notarial y de hecho se practica muchas veces. Se trata de un depósito especial frente a la regla general de la voluntariedad de las actas de depósito. En efecto, frente a la regla general del artículo 3 RN, en el sentido de que

---

(80) De error, de pura inadvertencia, cabe decir cuando en el texto de la escritura se dice que se deposita y luego se une un resguardo de transferencia.

(81) Antes citamos las resoluciones de 16 de septiembre de 2004 y 8 de junio de 2006. Recordemos, además, que la DG, ya en sus resoluciones de 19, 20 y 21 de julio de 1995 destacaba la importancia del documento solutorio para que no quedaran comprometidos los intereses de la inicial acreedora. Lo esencial, pues, es el pago. Puede verse también *Práctica hipotecaria. Repertorio de casos de Derecho Inmobiliario Registral*, GÓMEZ GÁLIGO, Francisco Javier, núm. 6, 1996, caso 32, pp. 116-117.



"la presentación del ministerio notarial tiene carácter obligatorio siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida", se alzaba el artículo 216 RN, que determinaba que los notarios *podían* recibir objetos en depósito y recalca que "la admisión de depósitos es voluntaria por parte del Notario, quien podrá imponer condiciones al depositante". Esta voluntariedad no parecía aplicable a este depósito de la Ley 2/1994 y en la actualidad, con la reforma del RN en 2007 a este párrafo transcrito, se añade: "salvo que el depósito notarial se halle establecido en alguna ley, en cuyo caso se estará a lo que en ella se disponga".

En el caso que estamos tratando, la entidad subrogada tiene que calcular la cantidad que se debe y depositar dicha suma en poder del notario. En este caso creemos que un criterio de prudencia, ajustado a la normativa y realidad social, es que se deposite un cheque –preferiblemente nominativo a favor de la entidad–. Creemos que esa es la suma a depositar. Discrepamos en este punto con CALATAYUD, que entiende que en el cálculo de los intereses debe tenerse en cuenta los dos días valor que la banca aplica a este medio de pago (82). Entendemos que en este caso el deudor pagaría intereses a dos entidades, a la inicial por esa práctica y a la nueva porque ya ha dispuesto, lo que iría en contra del consumidor, que, además, se ha limitado a cumplir con un requisito legal y, finalmente, se trata de un depósito precisamente cuando no hay colaboración por parte de la entidad acreedora inicial. Aunque siempre es difícil ir contra la práctica y negocio bancario, creemos que aquí sería abusivo y preferimos entender que el cálculo es a la fecha de depósito, quedando fuera de él las incidencias posteriores (notificación del notario, mayor o menor rapidez en recoger el cheque, etc.).

Finalmente, cabe decir que no hay plazo para retirar la cantidad –habitualmente cheque–. En la práctica notarial es frecuente, cuando hay un depósito, que se fije un plazo para retirarlo e, incluso, cuando no se retira facultar al notario para la destrucción del objeto depositado o darle un destino especial (por ej., una entidad benéfica si es dinero en metálico). Creemos muy dudoso que se pueda hacer en el caso planteado; la reforma indicada en el RN en 2007 parece excluir los condicionamientos en estos depósitos no voluntarios. Quizá en caso extremo, es decir, pasado un extenso

---

(82) CALATAYUD: "Régimen jurídico...", cit., p. 28.

período de tiempo, se podría prever que el propio notario hiciera una consignación judicial, o bien, acreditado que se ha hecho una consignación judicial por la entidad subrogada, devolver a ésta la cantidad depositada.

**d) Notificación de oficio.** Al igual que veíamos, con relación al depósito notarial, que tradicionalmente se calificaba de actuación voluntaria del notario, también aquí se produce una alteración de la regla general de la actuación notarial que es de actuación rogada. El artículo 3 del RN indica que el notario “no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado” y excepción son los “casos especiales legalmente fijados”.

Esta actuación sugiere algunas observaciones:

— No parece que se pueda permitir que la entidad diga que lo notificará por otro conducto, como a veces ocurre en otros supuestos (por ej., la notificación de una revocación de poder). En el caso que tratamos, instado un notario para el otorgamiento de la escritura de subrogación, él u otro notario en su sustitución debe practicar la notificación.

— Hay que enviar una copia autorizada, pero no dice el plazo; por tanto, debe entenderse que será el razonable para sacar la copia autorizada y, en la práctica, cuando hay depósito de un cheque, es frecuente adelantar por teléfono o por telefax la existencia de dicho depósito para que se pueda retirar lo más pronto posible.

— Es una notificación a modo de acta de notificación dentro de la escritura y se aplicarán sus reglas, por lo que se puede notificar personalmente o por correo. Creemos que estamos ante una notificación de los artículos 202 y ss. del RN y por tanto se puede enviar por correo, pero no se trata de un acta de remisión de un documento por correo y, por tanto, el notario no puede remitir copia fuera del territorio donde tenga competencia (83); de hacerlo, ello

---

(83) El texto legal parece contemplar el correo al decir que se remitirá copia autorizada. Obviamente no impide que la notificación sea por entrega personal del notario de la copia. La cuestión es si cabe el acta de “remisión” de un documento por correo o es acta de notificación. Mantenemos esta segunda hipótesis por cuanto cabe alegar error y las de remisión no permiten contestación. También se inclina por esta tesis CALATAYUD (“Régimen jurídico...”, cit., p. 31); LACRUZ PÉREZ (“Notas prácticas...”, cit.).

lógicamente no impide la inscripción que es ajena a este trámite y podría entenderse subsanado en caso de retirada del cheque o acreditación de recepción sin perjuicio de la responsabilidad en que se incurra (tardanza, gastos de distinta localidad, etc.). Es, pues, más recomendable notificar a través de cualquier sucursal de la localidad donde tenga competencia que por correo fuera de ella.

— La entrega de la copia debe ser personal o remitida por correo, ¿y el cheque? La Ley dice que debe notificarse la escritura de subrogación. Como hemos mantenido, puede notificarse personalmente o por correo. En este último caso no parece que se deba remitir el cheque, caso de haberse depositado. Además del riesgo de un extravío, la Ley dice que se notifica mediante envío de la copia autorizada y la inicial entidad acreedora decidirá si recoge o no, y cuándo, el cheque. Además creemos que la retirada del cheque debe ser por persona que tenga facultades para cobrar cantidades que estén a disposición de la entidad.

Si la notificación se practica personalmente por el notario, deberá entregar la copia autorizada y, en caso de depósito de cheque, poner a disposición de la inicial acreedora el cheque. Ésta podrá aceptar la entrega de la copia, pero puede negarse a recibir el cheque, pudiendo ir a recogerlo a la notaría cuando lo considere pertinente. La cuestión es si el notario puede entregar el cheque a cualquier persona de la entidad o debe ser persona con facultades para ello. Parece que poner la cantidad “a disposición de la entidad acreedora” exige que el receptor tenga poder decisorio para aceptarlo o no, por lo que parece menos correcto que se trate de una pura entrega sin ninguna acreditación, así como tampoco parece muy correcto que el propio notario entregue el cheque en “Caja”. Ciertamente hemos mantenido que se puede pagar por transferencia, pero si se opta por el depósito del cheque se exige una actuación notarial acorde con esa puesta “a disposición de la entidad acreedora”.

Como decíamos, a efectos de inscripción, ésta puede llevarse a cabo, aunque no se haya aún notificado. Ello significa que todas estas incidencias son ajenas a la calificación registral y queda en la esfera de la responsabilidad del notario.

— El artículo 2 de la Ley 2/1994 señala que el notario notificará de oficio a la entidad acreedora mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, “pudiendo aquella alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes”. Parece, pues, que

durante esos ocho días la escritura aún puede originar alguna actuación por la inicial acreedora y debe quedar abierta durante ese plazo.

Sin embargo, ello no impide que se expida copia antes de la conclusión de ese plazo para la inscripción en el Registro de la Propiedad por cuanto esta notificación es ajena al procedimiento registral. Así lo dice expresamente el artículo 5 de la Ley 2/1994: se puede practicar la inscripción "aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor". En la práctica es frecuente que se expida una primera copia para la notificación y, posteriormente, la destinada al Registro, dado que lo normal es que el notario sea diligente para una rápida notificación a la entidad acreedora de que tiene un dinero a su disposición, aunque el proceso puede invertirse y será normal en la presentación telemática.

La inicial acreedora podrá alegar error y parece que sólo cabe esta alegación sin entrar en otras cuestiones. De cualquier modo, esa alegación no impide la subrogación y la discrepancia se tendrá que ventilar ante el juez (art. 2, últ. párr.).

El plazo de los ocho días será desde la recepción de la notificación de la copia, de modo que, si se recibe antes la transferencia o se recoge el cheque después, ello no debe afectar al plazo.

Lógicamente, la alegación de error debe ser por medio de persona con facultades suficientes para ello.

#### E) ESCRITURA DE SUBROGACIÓN

La escritura de subrogación debe ser otorgada ante el notario que se elija y, presentada en el Registro, podrá ser objeto de inscripción (84). En este punto es importante la referencia que se contiene en el artículo 5 de la Ley 2/1994: bastará para que el registrador practique la inscripción de la subrogación que la escritura cumpla lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor. Por tanto, los extremos que deben ser objeto de control es que haya mediado una oferta vinculante, que se haya notificado por conducto notarial, que haya trans-

---

(84) Habitualmente se practica un asiento de inscripción en lugar de la nota marginal a que se refiere el artículo 5 de la Ley por pura operatividad de espacio; se practica un asiento de inscripción y una nota marginal coordinando ambos asientos, el préstamo inicial y el de la subrogación.

currido el plazo sin haberse ejercitado el derecho a la enervación, que se haya obtenido un préstamo para pagar a la inicial entidad acreedora (85), que se ha pagado o depositado el dinero.

Creo que la calificación registral debe comprender estos extremos, aunque puede ser indirectamente por declaración del notario.

En efecto, puede presentarse el acta de notificación junto con la escritura de subrogación, procedimiento muy habitual (a veces se incorpora dicha acta a la escritura de subrogación, lo que, a nuestro juicio, supone un encarecimiento con poco sentido, salvo que sea de otro notario y se quiera tener la prueba del juicio de coincidencia entre la escritura y la oferta que diremos); con este procedimiento se puede conocer que efectivamente ha habido oferta vinculante, que se ha notificado, que ha transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho a la enervación. Pero, en lugar de presentarse tal acta de notificación, puede que el notario controle estos extremos y verificar que no hay enervación, lo que presupone también aquellos otros extremos antes indicados.

El artículo 5 de la Ley 2/1994, como hemos dicho, expresa que para la inscripción no es necesario que se haya practicado la notificación al primitivo acreedor; con todo, será lo normal, salvo presentación telemática, que primeramente se saque una copia para proceder a la notificación y, posteriormente, se obtenga la copia del interesado.

Dicho esto solamente vamos a referirnos a una cuestión y es la relativa a si debe haber coincidencia entre las cláusulas de la escritura de subrogación y las de la oferta vinculante. Adelantamos nuestra opinión de que así debe ser.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 29 febrero 2008, se planteó si la discrepancia entre la oferta vinculante y la escritura podía ser objeto de calificación registral, in-

---

(85) La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 enero 2008 determina que "aunque en la escritura calificada no se haga constar expresamente que el Banco que se subroga concede un préstamo al deudor, es indudable que es dicho negocio para pagar al anterior acreedor, y la subsiguiente subrogación, lo que se formaliza en dicha escritura". Esta resolución está en línea con la de 5 de abril y 18 de julio, ambas del año 2000. Distinto sería que no quedaran claros los conceptos del préstamo (principal, intereses, etc.), como parece indicar la citada resolución de 5 de abril de 2000.

clinándose por la negativa. Señaló que el artículo 5 de la Ley 2/1994 expresa las circunstancias que debe contener el asiento registral sin que se haga referencia a la oferta vinculante y “en rigor, la oferta vinculante ni siquiera tiene por qué constar incorporada a la escritura de subrogación”; la resolución añade que la referencia del artículo 5 al cumplimiento por la escritura de lo dispuesto en el artículo 2 debe entenderse referido a los requisitos que dicho artículo prevé para la escritura (la manifestación de haberse hecho el pago, la incorporación del resguardo de la operación con finalidad solutoria, las diligencias relativas al depósito del importe); continúa diciendo que tal planteamiento se ve reforzado por lo dispuesto en el antepenúltimo párrafo del artículo 2 de la Ley 2/1994 al señalar que deberá aportarse al notario autorizante de la escritura de subrogación, sin que sea preciso, por el contrario, su aportación para la inscripción, confirmando así que tal trámite no queda sujeto a la calificación registral, “bastando a los efectos de la extensión de la nota con que el notario autorizante de la escritura de subrogación haga constar bajo su responsabilidad que ha tenido a la vista la copia autorizada de tal acta, y que en la misma se han cumplido los requisitos legales”; dicha doctrina de la Dirección General fue reiterada en la resolución del 6 marzo 2008.

CORDERO, comentando la oferta vinculante, señala que la entidad que pretende subrogarse hará una oferta vinculante al deudor con las condiciones financieras, “aunque lo cierto es que el registrador es incompetente para apreciar si existen discrepancias entre esta oferta vinculante y el contenido de la escritura de subrogación”, citando las indicadas resoluciones del 6 marzo y 29 febrero 2008 (86).

Creemos que una lectura rápida y simplista podría llevarnos a la conclusión de que no hay control acerca de si hay o no discrepancias entre las cláusulas de la oferta vinculante y la escritura de subrogación. Sin embargo, no creemos que ello sea así. Debe haber un control, lo que sucede es que la reforma de 2007 ha concedido un importante protagonismo al notario, en especial en la fase anterior a la escritura de subrogación (notificación de la oferta, transcurso del plazo sin ejercitar el derecho a la enervación, existencia del documento bancario justificativo del pago) y ello ocurre también en este extremo: el notario debe controlar la coincidencia de la oferta

---

(86) CORDERO LOBATO: *Tratado...*, cit., p. 960.

vinculante con las cláusulas de la escritura. La Dirección General no dice que las eventuales discrepancias no deban ser controladas, sino que lo que expresa es que el notario que ha autorizado la escritura de subrogación y que tiene que tener a la vista la copia del acta de notificación, en la que está incorporada la oferta vinculante, debe expresar que se han cumplido los requisitos legales. En caso de que no se contuviera esa declaración notarial, o en caso de que se acompañe o incorpore el acta de notificación y resulten discrepancias, deben ser objeto de control por parte de la calificación registral, si bien, para seguir con la doctrina de la Dirección General, quizá lo procedente sería no calificar negativamente en el sentido de que hay discrepancia, sino en el sentido de que el notario no ha expresado esa declaración de haberse cumplido los requisitos legales.

Me parece que otra conclusión iría contra lo dispuesto en la ley. Debemos recordar que la inicial entidad acreedora tiene derecho a enervar la subrogación y este derecho impide que posteriormente se modifiquen las condiciones de la oferta vinculante. Siempre que hay un derecho de preferencia, utilizando esta expresión en términos generales, deben respetarse las condiciones ofertadas inicialmente con las que posteriormente se formalizan; en otro caso, revive ese derecho de preferencia ante las nuevas condiciones de la operación. Hay que tener en cuenta, en especial cuando la subrogación ha tenido lugar mediando certificación del saldo del débito, lo que se conoce como procedimiento de colaboración entre las entidades, que la inicial entidad acreedora no recibe ninguna copia de la escritura de subrogación y, por tanto, no tiene conocimiento de si hay o no discrepancia entre la oferta que en su día se le notificó y la escritura de subrogación, salvo que pida expresamente una copia al notario autorizante, circunstancia que, por otro lado, no siempre es fácil por cuanto que puede no coincidir el notario del acta de notificación y el notario de la escritura de subrogación y, por tanto, para tener conocimiento de cuál es el notario autorizante de la escritura de subrogación tendría que preguntar o investigar a través de los libros registrales.

Así pues, creemos que la escritura de subrogación no puede contener discrepancias con las cláusulas de la oferta vinculante, si bien entendemos que tal control debe ser ejercitado por parte del notario autorizante y, en caso de ausencia de dicho control, debe ser exigido por el registrador que inscriba la escritura, salvo que se acompañe dicha acta de notificación y el registrador considere que no hay dis-

crepancia. Creo que el notario debe examinar la oferta vinculante y el clausulado de su escritura y si hay diferencias no puede decir que no se ha ejercitado el derecho a enervar, a lo que está obligado por el párrafo 5 del artículo 2 de la ley. El ejercicio o no de tal derecho se realiza en función de una oferta, si ésta cambia surge un nuevo derecho a enervar.

Lógicamente, cuando hablo de discrepancia debe entenderse una discrepancia que suponga un empeoramiento de las condiciones financieras ofertadas inicialmente, por cuanto que si son mejores creemos que debe entenderse que si la inicial acreedora no ejercitó el derecho de enervación ante unas condiciones, con mayor razón no lo ejercitará si las condiciones son peores para la entidad acreedora. Obviamente, la mejora de esas condiciones debe ser una mejora objetiva (por ejemplo, bajar el diferencial sobre el mismo tipo de referencia), por cuanto que si se trata de una mejora de otro tipo (por ejemplo, pasar de fijo a variable, o viceversa, o cambiar el tipo de referencia) estamos ante una mejora no objetiva.

## **V. ADENDA**

Como decíamos en nota preliminar, después de haberse enviado a imprenta la versión escrita de la ponencia, se publicó en el BOE del 2 de mayo de 2009 el RD 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan, fundamentalmente, determinados aspectos de la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario; este RD aprovecha para regular otros aspectos y en su Disposición adicional segunda se recogen ciertas reglas sobre el "ejercicio de la subrogación y del derecho a enervar". Como decíamos en aquella nota preliminar, hemos preferido mantener el texto de la ponencia (con alguna referencia de remisión a esta adenda) y aquí hacer una breve reflexión sobre la reforma.

Lógicamente, se trata de una valoración rápida, aunque el primero en pronunciarse ha sido el notario MARTORELL, que ya el 5 de mayo se hacía eco de la reforma (87).

---

(87) MARTORELL GARCÍA, Vicente: "Lances y cornadas en el acta notarial para la subrogación activa de la Ley 2/1994", [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com).



La DA 2.<sup>a</sup> tiene el siguiente tenor:

*"Disposición adicional segunda. Ejercicio de la subrogación y del derecho a enervar.*

1. *La entidad financiera dispuesta a subrogarse en los términos previstos por el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios deberá incluir en la notificación de su disposición a subrogarse que ha de realizar a la entidad acreedora, la oferta vinculante aceptada por el deudor, en los términos previstos en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos o créditos hipotecarios.*

2. *La entidad acreedora que ejerza su derecho a enervar la subrogación en los supuestos en que el deudor subroga a otra entidad financiera, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos o créditos hipotecarios deberá comparecer por medio de apoderado de la misma ante el notario que haya efectuado la notificación a que se refiere el artículo citado, manifestando, con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo o crédito que igualen o mejoren la oferta vinculante. A tal efecto la entidad acreedora deberá trasladar, en el plazo de 10 días hábiles, por escrito al deudor una oferta vinculante, en los términos previstos en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos o créditos hipotecarios, en la que, bien iguale en sus términos las condiciones financieras de la otra entidad, o bien mejore las condiciones de la oferta vinculante de la otra entidad."*

Probablemente quien haya leído las páginas precedentes puede deducir nuestra conclusión de que para este desarrollo quizá hubiera sido mejor no gastar neuronas.

De entrada ya parece que ha pasado poco tiempo desde la Ley 41/2007 como para tener que "desarrollar" lo allí contemplado, lo que justifica que se diga que esta ley era mejorable (88).

---

(88) El Preámbulo del RD señala que "se realizan algunas aclaraciones necesarias al régimen de la subrogación de préstamos hipotecarios y del

Creemos que podemos compendiar la DA en tres extremos: 1. Inclusión de la oferta vinculante en la notificación; 2. Ejercicio del derecho a enervar por persona facultada para ello; 3. En caso de ejercitar tal derecho, reflejar por escrito la oferta de la inicial acreedora que ha enervado la subrogación.

#### A) INCLUSIÓN DE LA OFERTA VINCULANTE EN LA NOTIFICACIÓN

A nuestro juicio, añade poco a la interpretación lógica del artículo 2 de la Ley 2/1994. Así lo habíamos interpretado. Decíamos en la ponencia que parecía razonable que la oferta se ajustara a la Orden de 5 de mayo de 1994, si bien recordábamos que esta Orden sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios estaba pensando en un préstamo cuyo contenido es superior al de la propia subrogación, donde el alcance se limita a las condiciones del tipo de interés, así como a la alteración del plazo, o ambas, aunque en la práctica, a veces, se incluyen determinadas modificaciones.

En definitiva, pues, la oferta vinculante debe ajustarse a esa Orden de 1994 en lo referente al tipo de interés, ordinario y de demora, o al plazo, o ambos; caso de incluir otros aspectos, la entidad acreedora podría ignorarlos si desea ejercitar el derecho a enervar, pues la subrogación, como tal, se limita a aquellos aspectos.

Tampoco añade nada que no resultara de una interpretación razonable cuando señala que la notificación notarial de la disposición a subrogarse debe incluir la oferta vinculante. Así lo habíamos interpretado nosotros por cuanto, si hay derecho a enervar, igualando o mejorando las condiciones de la oferta, ello significa que se tienen que concretar tales condiciones.

En conclusión, creemos que poco, o nada, añade el párrafo 1 de la DA 2.<sup>a</sup> del RD 716/2009, que no resultara de la interpretación razonable del artículo 2 de la Ley 2/1994.

Sí puede señalarse que se corrige una omisión terminológica de ese artículo de la ley. En efecto, el párrafo 4 de dicho artículo 2 dice

---

derecho a enervar tales subrogaciones, con la finalidad de hacer más eficaz la protección del deudor hipotecario”.

Probablemente, el RD, basándose en la habilitación de la Disposición Final octava de la Ley 41/2007, podía haber sido más ambicioso.

que se debe comparecer ante el notario que hizo la notificación manifestando la disposición a formalizar una modificación de las condiciones "del préstamo" que igualen o mejoren la oferta vinculante. La DA 2.<sup>a</sup> del RD alude a las condiciones "del préstamo o crédito". Se trata de una mejora de redacción sin relevancia sustantiva, pues así se interpretaba, si bien supone una nueva referencia a los créditos para sumar a las ya destacadas por la doctrina, que veíamos en la ponencia, para admitir la subrogación no sólo en los préstamos, sino también en los créditos.

**B) EJERCICIO DEL DERECHO A ENERVAR POR PERSONA FACULTADA PARA ELLO**

Nos parece que no añade nada a la interpretación razonable del artículo 2 de la Ley 2/1994. Así lo decíamos cuando nos preguntábamos, en la ponencia, sobre quién puede enervar y contestábamos: persona que tenga facultades para llevar a cabo dicha enervación. Si estamos ante una declaración, vinculante, igualando o mejorando las condiciones ofrecidas por otra entidad es porque tiene facultades para ello.

Dicho esto, creemos que la terminología que utilizamos es más adecuada a la del texto legal. Aunque lo normal será que comparezca un apoderado, es obvio que podrá enervar un consejero delegado. Además, no basta ser apoderado; éste es un término genérico que hay que rellenarlo con más o menos facultades.

Finalmente, en este apartado, nos extraña una terminología. El RD dice que debe comparecer un apoderado para enervar la subrogación conforme al artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de "préstamos o créditos hipotecarios". ¿Ha cambiado la denominación de la ley? ¿Se puede ampliar el ámbito de la ley mediante un cambio de denominación? Desde luego, resulta un tanto chocante y de nuevo será una nueva referencia a sumar a las que, como decíamos, se indicaba por algún sector doctrinal para admitir la subrogación también en los créditos.

**C) ENTREGAR POR ESCRITO LA OFERTA VINCULANTE POR LA ENTIDAD QUE EJERCITA EL DERECHO A ENERVAR**

El inciso segundo del apartado 2 de la DA 2.<sup>a</sup> sí tiene un mayor

contenido, aunque, a nuestro juicio, se regula de modo insuficiente.

Efectivamente, con el texto de la Ley 2/1994 se puede producir un resultado indeseado cuando la entidad acreedora comparece ante el notario y dice que enerva por igualar o mejorar las condiciones y luego adopta una actitud de pasividad. Ya lo denunciábamos en la ponencia, incluso decíamos que era la cuestión con mayor debate. Por eso nos parece que el desarrollo del RD se ha quedado corto.

La redacción no nos parece muy afortunada, pues la expresión "trasladar... por escrito al deudor una oferta vinculante" no nos parece la mejor; trasladar, a la luz de los significados del Diccionario de la RAE, no creemos que sea la mejor expresión verbal.

Pero, a nuestro juicio, lo peor de todo es que no queda claro que se deba utilizar el mecanismo articulado para la subrogación; es decir, no queda claro que ese "traslado" tenga que ser por conducto notarial.

De ser ésta la interpretación, no hemos avanzado del todo, pues ejercitado el derecho a enervar, si luego no se "traslada" se plantearía el problema de cómo autorizar la escritura de subrogación, es decir, si basta que el deudor diga que no ha recibido la oferta, lo que implicaría que un proceso articulado de modo formal podría acabar basándose en una mera manifestación realizada además por persona interesada, o bien habría que concluir que, al ejercitarse el derecho a enervar, se impide la actuación extrajudicial de notarios y registradores, desplazando la cuestión al ámbito judicial.

Tampoco queda claro si ese traslado se realizará vía servicio de Correos. Ciertamente el correo ordinario dejaría prácticamente sin cobertura probatoria a la enervante, pero si utiliza el correo certificado, además de la cuestión de acreditar que dentro del sobre iba la oferta, se plantea el problema de un eventual retraso y la pregunta es clara: ¿cuánto tiempo debe esperarse después de los diez días?, o es que en esos días debe haber llegado, en cuyo caso, ¿qué sucede si hay retraso en el servicio de Correos?

Realmente, creemos que hubiera sido fácil aclarar las dudas; bastaría haber dicho que la entidad acreedora, en el plazo de diez días hábiles, deberá aportar al notario que efectuó la notificación (u otra referencia, como la del notario donde se ejerció el derecho a enervar) una oferta vinculante igualando o mejorando las condicio-

nes de la otra oferta; transcurrido ese plazo, se entendería decaído el derecho a la enervación (89).

MARTORELL, partiendo de la valoración de ser una "chapuza", entiende que cabrían varias interpretaciones y parece inclinarse por la tesis de que se entregue vía notarial, pues presenta claros avances, aunque "tiene el inconveniente de exigir un esfuerzo interpretativo" incluso en su modelo de acta; recoge esa interpretación de modo que, si no se entrega al notario la contraoferta, cierra el acta declarando haber decaído la enervación (90).

Sin duda, esta tesis de entregar la oferta vía notarial nos parece la mejor; no tiene sentido arbitrar un procedimiento basado en la intervención notarial y dejar una laguna al final; sin embargo, no estamos seguros de que esa sea la interpretación del texto. No hay suficientes elementos para ello y el "traslado" por escrito de la oferta invita a otra interpretación. Si tuviera que ser ante el notario no haría falta "trasladar" por escrito una oferta, podría ser simplemente compareciendo la entidad acreedora y decir que está dispuesta a modificar el préstamo o crédito en los exactos términos de la oferta de la entidad que pretendió la subrogación.

De cualquier modo, aún queda por despejar una cuestión. Ejercitado el derecho a enervar, entregada la oferta vinculante igualando o mejorando las condiciones, puede ocurrir que no se formalice la escritura de modificación. De nuevo el deudor puede quedar atrapado en una indeseable demora.

De seguir la tesis apuntada, de entender que la oferta debe entregarse al notario de la notificación y enervación, podríamos pensar que esa nueva oferta, al aceptarse por el deudor, podría completar el ciclo de la modificación y podría plantearse su inscripción. Sólo lo dejamos apuntado, aunque con dos reflexiones complementarias. La primera de ellas es que esa oferta vinculante debería ser formalizada por persona con facultades, aunque creemos que la práctica va a desembocar en un escrito suscrito por un apoderado sin compa-

---

(89) Obsérvese que la DA dice que deberá trasladarse una oferta vinculante en el plazo de diez días hábiles, sin que expresamente diga qué sucede si no se cumple con ese "traslado".

(90) MARTORELL: "Lances...", citado, y "Modelos de procedimiento notarial para la subrogación activa de la Ley 2/1994", misma web [notariosyregistradores.com](http://notariosyregistradores.com).

recencia personal ante el notario; la segunda es que si se cumpliera ese requisito estaríamos ante una declaración de voluntad típica de las escrituras públicas (aunque se iniciara como acta), con todos los efectos que se derivan de esa consideración, incluidos los arance-  
larios.

Finalmente, sigue sin resolverse el problema que se apuntaba líneas atrás acerca de la igualación o mejora de las condiciones de la oferta. Ciertamente, cuando hay igualación, la cuestión puede quedar resuelta, pero en caso de mejora la hipótesis puede compli-  
carse.

Si la mejora es objetiva (por ejemplo, una oferta de tipo fijo y una mejora con tipo fijo inferior; o variable referenciado a un tipo con un diferencial y una mejora con el mismo tipo de referencia, pero un menor diferencial), podemos entender que hay una mejora, pero no parece que sea habitual que en la competencia bancaria se rebajen los tipos más de lo necesario y podría hacerse una contraoferta que resulte de dudosa mejoría, como ocurriría al cambiar un tipo fijo por uno variable, o viceversa, o cambiar el tipo de referencia en caso de interés variable. También se podría pensar en una rebaja objetiva, pero condicionada, por ejemplo, a lo que se denomina "fidelización". Así, ofertado un tipo fijo del 5 por 100 cabría contraofertar con un 4,50 por 100, pero sólo si se domicilia la nómina. ¿Es esto mejoría? ¿Quién lo decide?

Quizá podamos plantear un problema y vamos a partir, para no mezclar cuestiones de prueba, que la contraoferta se entregó al notario de la notificación y enervación. Imaginemos que la entidad acreedora manifiesta que enerva y mejora las condiciones; dentro de plazo entrega al notario la contraoferta rebajando el tipo de interés, pero sujetándolo a domiciliar la nómina. El deudor, también ante el mismo notario, comparece y manifiesta que no lo considera como mejora de las condiciones. La pregunta surge de inmediato: ¿queda decaído el derecho a enervar?, ¿lo puede declarar el notario y autorizar la escritura de subrogación? Creemos dudosa la solución, aunque nos parece que quien tiene el derecho a valorar si hay o no mejora, como regla general (podría haber algún caso especial, de mejora no objetiva, pero sí clara mejoría), si no es una mejora objetiva, es el deudor, por cuanto estamos ante una norma articulada en su beneficio. Desde este principio, la solución sería bien entender decaído el derecho a enervar, bien considerar que la entidad

acreedora tiene un nuevo plazo para formalizar una nueva oferta vinculante igualando las condiciones de la otra oferta (ya no podría formalizar una oferta alegando mejoría), solución que nos parece más prudente, aunque sin expresa base legal; incluso cabría pensar que esa igualación de condiciones debería tener un cierto carácter retroactivo para no perjudicar que durante unos días ha tenido que pagar un préstamo con peores condiciones.

Hemos hecho referencia a un decaimiento del derecho a enervar en caso de no trasladar en plazo la contraoferta; sin embargo, hay que tener en cuenta que el RD no saca expresamente esa conclusión. A nuestro juicio, ésta debería ser la interpretación más adecuada, de modo que el derecho a enervar tiene una primera fase de manifestarlo ante el notario y una segunda fase de concretar la contraoferta; si esta segunda fase no se cumple, parece razonable entender que no se ha producido una efectiva enervación.

Ahora bien, esta interpretación hay que coordinarla con que se ha enervado "con carácter vinculante" y el deudor podría exigir que se le entregara una contraoferta con mejores condiciones.

Parece claro, después de estas líneas, que la cuestión que presenta mayor debate es si debe trasladarse la contraoferta a través del notario o no. Si la tesis que se va a imponer en el futuro es la afirmativa, sin duda la mejor, aunque forzada, se resolverían varios problemas. En otro caso, se ha articulado un sistema con un grave agujero en la seguridad jurídica, por cuanto una eventual escritura de subrogación tendría la espada de Damocles de poderse demostrar que sí hubo tal entrega de contraoferta a través de correo certificado, burofax, entrega por duplicado y firmado un recibí de éste, etc.; en definitiva, una inseguridad en un procedimiento articulado con la mira enfocada en sentido contrario.

*[Las resoluciones de 23 y 24 de septiembre de 2009, que se analizan en el epígrafe IV, C, 4, aunque no se refieren a la forma de la entrega de la oferta vinculante, por no plantearse en el recurso, sí cuestionan la forma de la entrega de la certificación de la deuda y quizá se pueda aventurar que la DG sería partidaria de la vía notarial para el "traslado" de la oferta vinculante.]*

**DICTAMINA,  
QUE ALGO QUEDA**







## DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

**Víctor Manuel Garrido de Palma**

En el número anterior de la Revista solicité DICTAMEN. A continuación expuse mis opiniones y aporté sucinta bibliografía. Como somos ya mayores de edad, seguro estoy que todos los opositores han emitido el dictamen de acuerdo con las reglas ortodoxas: seis horas con la legislación delante, sin comentarios, y a continuación –pasado un tiempo– contraste con mis opiniones para luego profundizar, extraer conclusiones, alumbrar ideas..., con la bibliografía.

Ahora planteo el siguiente DICTAMEN:

*Primero.* Antonio vende cien participaciones sociales de “Ventas al contado SL” a su nieto Basilio. Posteriormente la madre de éste convence a Antonio de lo erróneo de la venta y el vendedor pregunta: ¿puedo dejarla sin efecto, dado que cabe demostrar que no hubo precio alguno, ya que Basilio, de diecinueve años, carece de medios económicos para poder justificar haber pagado el precio, aunque en la escritura pública se hizo constar que el precio se confiesa pagado? Se sabe que Basilio considera válida la compra como donación.

*Segundo.* Celedonio, Demetria y Ernesto son dueños en proindiviso de un solar. En la escritura pública configuran tres fincas que “en lo sucesivo serán susceptibles de aprovechamiento separado y propiedad independiente, en régimen de propiedad horizontal tumbada”.

Se describen los tres solares edificables, letras A, B y C, con sus cuotas de participación. Las dos primeras fincas tienen concedida licencia de obra mayor y la tercera, “cuya construcción aún no se realiza”, se hace constar que: tendrá x superficie, estará compuesta

de dos plantas, sótano... con una altura de... y una ocupación de... por ciento.

Por último, se hace constar que "las edificaciones supradichas están meramente proyectadas".

El registrador de la propiedad suspende la inscripción: por no existir descripción de la obra nueva proyectada sobre la parcela restante, como ordena la Ley de Propiedad Horizontal (arts. 8.4.º II y 24.4 Ley de PH) y artículos 208 LH, 308 RH y 45 del Apéndice Urbanístico del Reglamento Hipotecario.

Se pregunta: ¿Quién tiene razón en Derecho?

*Tercero.* Federico y Guillermina compran la finca z. En la escritura pública se hace constar que: "están casados, en sociedad de gananciales".

El registrador de la propiedad suspende la inscripción porque: no consta si el régimen económico-matrimonial es el legal o ha sido estipulado en capitulaciones matrimoniales.

¿Quién tiene razón en Derecho?

*Y cuarto.* Los cinco hermanos *Lobo* heredan de sus padres un edificio en Madrid. Dividido en propiedad horizontal, es tradición familiar destinarlo al arrendamiento, tanto las viviendas como los locales comerciales. Lo aportan a la sociedad "Renta segura, SL", nombrando a D. Gervasio Lince administrador único. El objeto social es "La explotación en régimen de alquiler de toda clase de fincas". En los estatutos queda reservada a la Junta General la decisión de disponer de los bienes sociales, ya se trate de enajenación o de hipoteca.

Inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, a la vuelta de las vacaciones los socios se encuentran con la sorpresa de que el administrador ha vendido toda la planta baja, dos locales comerciales, a precio de mercado. La compraventa se ha inscrito en el Registro de la Propiedad.

- Los socios preguntan al dictaminante: ¿Se puede dejar sin efecto la venta por falta de facultades del administrador o sólo podemos reclamarle daños y perjuicios, además de cesarle en el cargo, pero el comprador está protegido?

SEIS HORAS.

# **INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL**





# **NOTAS SOBRE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2010 (Ley 26/2009, de 23 de diciembre) (\*)**

**Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés**

Notario Honorario

Presidente de la Comisión de Cultura

del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares

Fieles a nuestra cita anual vamos a repasar las normas tributarias y disposiciones de interés –a nuestro entender– para el Notariado contenidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ley “cortita”, pues sólo ocupa con sus Anexos 423 páginas del BOE y que vio la luz –es un decir en esta época, más que brumosa, tanto en el ámbito económico como en el social e incluso meteorológico– el 24 de diciembre del pasado año (BOE núm. 309). Brumas económicas que reconoce el Preámbulo de la propia Ley (Preámbulo que, como Exposición de Motivos que es, implica una interpretación auténtica del propio legislador) al destacar en su apartado VII que: “En el ámbito tributario, la Ley de Presupuestos incorpora un conjunto de medidas, además de las que con habitualidad recoge esta norma, poniendo con ello de manifiesto el papel que la política fiscal puede y debe desempeñar en un contexto como el actual marcado por la crisis económica que se viene padeciendo desde hace meses, medidas que inciden en las principales figuras del sistema tributario”.

---

(\*) Circular número 11, de febrero de 2010, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares.

## **A) NORMAS TRIBUTARIAS (TÍTULO VI, ARTS. 64 A 90)**

### **1. IMPUESTOS DIRECTOS**

#### **a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas**

El citado apartado VII del Preámbulo nos anticipa que: "Así, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se suprime la deducción de hasta 400 euros por obtención de rendimientos del trabajo o de actividades económicas, por cuanto las razones que justificaron su implantación en 2008, como mecanismo de ayuda a las familias proporcionándolas una mayor renta disponible, para hacer frente a una situación caracterizada por elevadas tasas del euríbor y de la inflación, así como por los efectos de un precio muy alto del petróleo, han desaparecido (la boyante situación económica es peccata minuta, nos permitimos añadir). Como consecuencia de la supresión de dicha deducción, procede efectuar un ajuste técnico, equivalente al que se realizó cuando se introdujo aquella, pero en sentido inverso, en el límite de la obligación de declarar. Otra medida relevante en el impuesto sobre la renta personal la constituye la moderada elevación que se introduce, por razones coyunturales, en el gravamen de las rentas del ahorro, cuyo objetivo es conseguir que quienes tienen una capacidad económica mayor contribuyan de manera superior para hacer frente a los gastos sociales adicionales que una situación económica como la existente requiere que se efectúen para atender a los más perjudicados por la crisis económica. También cabe destacar la elevación que se establece en el límite de la exención por las prestaciones por desempleo percibidas a su modalidad de pago único, medida que incorpora al ordenamiento un acuerdo alcanzado en la Mesa del Trabajo Autónomo y que está dirigida a estimular la iniciativa empresarial para contribuir a la recuperación económica. Como quiera que la futura Ley de Economía Sostenible incluirá una redefinición de los incentivos fiscales relacionados con la vivienda, al objeto de garantizar la necesaria seguridad jurídica, se considera oportuno introducir una disposición adicional en esta Ley que confirme la aplicación durante 2010 de la normativa actualmente en vigor".

Más adelante se nos informa que "en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, para las transmisiones de

bienes inmuebles no afectos a actividades económicas, se incluye la actualización de los coeficientes correctores del valor de adquisición al uno por ciento (recordemos que el pasado año era al dos por ciento). Además, se regulan las compensaciones por la pérdida de beneficios fiscales que afectan a determinados contribuyentes con la vigente Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: los adquirentes de vivienda habitual y los perceptores de determinados rendimientos del capital mobiliario con período de generación superior a dos años en 2009 respecto a los establecidos en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas vigente hasta 31 de diciembre de 2006”.

Formulaciones generales que se traducen en las siguientes disposiciones:

*Artículo 64. Coeficientes de actualización del valor de adquisición.*

A efectos de lo previsto en el apartado 2 del artículo 35 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, para las transmisiones de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas que se efectúan durante el año 2010, los coeficientes de actualizaciones del valor de adquisición serán los siguientes:

| Año de adquisición      | Coeficiente |
|-------------------------|-------------|
| 1994 y anteriores ..... | 1,2780      |
| 1995 .....              | 1,3502      |
| 1996 .....              | 1,3040      |
| 1997 .....              | 1,2780      |
| 1998 .....              | 1,2532      |
| 1999 .....              | 1,2307      |
| 2000 .....              | 1,2070      |
| 2001 .....              | 1,1833      |
| 2002 .....              | 1,1601      |
| 2003 .....              | 1,1374      |
| 2004 .....              | 1,1150      |
| 2005 .....              | 1,0932      |
| 2006 .....              | 1,0718      |



| Año de adquisición | Coeficiente |
|--------------------|-------------|
| 2007 .....         | 1,0508      |
| 2008 .....         | 1,0302      |
| 2009 .....         | 1,0100      |
| 2010 .....         | 1,0000      |

Cuando las inversiones se hubieran efectuado el 31 de diciembre de 1994, será de aplicación el coeficiente 1,3502.

Los coeficientes aplicables a los bienes inmuebles afectos a actividades económicas serán los previstos para el Impuesto sobre Sociedades en el artículo 74 de esta Ley, que veremos más adelante.

Tratándose de elementos patrimoniales actualizados de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del RD-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, se aplican las reglas del apartado Tres de este artículo 64.

*Artículo 65. Exención de las prestaciones por desempleo en la modalidad de pago único.*

Se modifica el artículo 7 de la Ley 35/2006, donde se enumeran las rentas exentas, en cuanto a su apartado n), en el sentido de que las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único establecida en el RD 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de esa prestación, siempre que las cantidades percibidas se destinen a las finalidades y en los casos previstos en la citada norma y cuyo límite era de 12.020 euros se eleva a 15.500.

El resto de este apartado n) permanece inalterado.

*Artículo 66. Reducción por obtención de rendimientos del trabajo y determinados rendimientos de actividades económicas.*

Con vigencia exclusiva para el ejercicio 2010, se introducen modificaciones en los siguientes artículos de la Ley 35/2006:

1. Artículo 20. Reducción por obtención de rendimientos del trabajo. Este rendimiento neto del trabajo se minorará en las siguientes cuantías:

- a) Contribuyentes con rendimientos iguales o inferiores a 9.180 euros: 4.080 euros anuales (antes, 9.000 y 4.000, respectivamente).
- b) Contribuyentes con rendimientos comprendidos entre 9.180,01 y 13.260 euros (antes, 9.000,01 y 13.000, respectivamente): 4.080 euros (antes 4.000) menos el resultado de multiplicar por 0,35 la diferencia entre el rendimiento del trabajo y 9.180 euros anuales (antes 9.000).
- c) Contribuyentes con rendimientos superiores a 13.260 euros (antes 13.000) o con rentas, excluidas las exentas, distintas de las del trabajo superiores a 6.500 euros: 2.652 euros anuales (antes 2.600).

No se modifica el incremento del 100 por ciento respecto de trabajadores activos mayores de 65 años que prolonguen la actividad laboral y contribuyentes desempleados inscritos en la oficina de empleo que acepten un puesto de trabajo que exija el traslado de su residencia habitual a un nuevo municipio.

Por el contrario, sí se retoca la minoración del rendimiento neto del trabajo que obtengan las personas con discapacidad, que pasa a ser de 3.200 euros anuales a 3.264 y, tratándose de personas con discapacidad que acrediten necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, que se eleva de 7.100 euros anuales a 7.242.

2. Artículo 32. Reducciones. La modificación afecta al número 1.º del apartado 2, que regula las minoraciones en el rendimiento neto de las actividades económicas en las mismas cuantías que acabamos de enumerar en el artículo 20 precedente referidas a los rendimientos netos del trabajo.

Los tramos son iguales (rendimientos iguales o inferiores a 9.180 euros, etc.) y también lo son, como acabamos de indicar, las minoraciones, al igual que el tratamiento que se da a las personas con discapacidad.

Artículo 67. *Máximo personal y familiar.*

Las modificaciones afectan:

Uno. Artículo 57 (mínimo del contribuyente). Se enumera como modificación, pero en realidad no la hay, pues para el ejercicio 2010 se mantienen los mismos mínimos que para el ejercicio 2009. A saber: con carácter general, 5.151 euros anuales; para contribuyentes con edad superior a 65 años, ese mínimo se aumentará en 918 euros anuales; y si la edad es superior a 75 años, el aumento adicional será de 1.122 euros, también anuales.

Dos. Artículo 58 (mínimo por descendientes). Se mantienen las mismas cifras del pasado ejercicio, o sea, 1.836 euros anuales por el primer descendiente menor de veinticinco años o con discapacidad cualquiera que sea su edad, siempre que conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros; 2.040 euros por el segundo; 3.672 por el tercero y 4.182 por el cuarto y siguientes.

Tres. Artículo 59 (mínimo por ascendientes). Más de lo mismo. No se modifica el mínimo, que será de 918 euros anuales por cada uno de ellos mayor de 65 años o con discapacidad cualquiera que sea su edad que conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros; para el supuesto de que el ascendiente sea mayor de 75 años, el mínimo de anterior referencia se aumentará a 1.122 euros anuales.

Cuatro. Artículo 60 (mínimo por discapacidad). Tampoco hay alteración de las cifras del pasado ejercicio: 2.316 euros anuales cuando sea una persona con discapacidad y 7.038 euros anuales cuando sea una persona con discapacidad y acredite un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento.

Cinco. Artículo 61.4.<sup>a</sup> (normas comunes para la aplicación del mínimo del contribuyente y por descendientes, ascendientes y discapacidad). Número que establece que "... en caso de fallecimiento de un descendiente que genere el derecho al mínimo por descendientes la cuantía será de 1.836 euros anuales por ese descendiente". Cuantía que sigue siendo la del ejercicio anterior; ejercicio en el que todas las cantidades incluidas en los artículos 57, 58, 59, 60 y número 4.<sup>a</sup> del 61 se aumentaron en un 2 por ciento y que en este ejercicio de gran crisis económica no se han modificado. A esto se llama generosidad o, si se quiere, caridad.

**Artículo 68. *Escalas general y complementaria del impuesto.***

La tónica sigue siendo la no modificación respecto del ejercicio anterior. Por tanto:

Uno. Apartado 1 del artículo 63 (escala general del impuesto): La parte de la base liquidable general que excede del importe del mínimo personal y familiar a que se refiere el artículo 56 de esta ley será gravada de la siguiente forma: 1.º A la base liquidable general se le aplicarán los tipos que se indican en la siguiente escala:

| Base liquidable<br>Hasta euros | Cuota íntegra<br>Euros | Resto base liquidable<br>Hasta euros | Tipo variable<br>Porcentaje |
|--------------------------------|------------------------|--------------------------------------|-----------------------------|
| 0,00                           | 0,00                   | 17.707,20                            | 15,66                       |
| 17.707,20                      | 2.772,95               | 15.300,00                            | 18,27                       |
| 33.007,20                      | 5.568,26               | 20.400,00                            | 24,14                       |
| 53.407,20                      | 10.492,82              | En adelante                          | 27,13                       |

2.º La cuantía resultante se minorará en el importe derivado de aplicar a la parte de la base liquidable general correspondiente al mínimo personal y familiar la escala prevista en el número 1.º anterior.

Dos. El apartado 1 del artículo 74 (escala autonómica o complementaria del Impuesto). Si la Comunidad Autónoma de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (Ceuta y Melilla) no hubieran aprobado su propia escala, será aplicable la siguiente:

| Base liquidable<br>Hasta euros | Cuota íntegra<br>Euros | Resto base liquidable<br>Hasta euros | Tipo variable<br>Porcentaje |
|--------------------------------|------------------------|--------------------------------------|-----------------------------|
| 0,00                           | 0,00                   | 17.707,20                            | 8,34                        |
| 17.707,20                      | 1.476,78               | 15.300,00                            | 9,73                        |
| 33.007,20                      | 2.965,47               | 20.400,00                            | 12,86                       |
| 53.407,20                      | 5.588,91               | En adelante                          | 15,87                       |

**Artículo 69. *(Tipos de gravamen del ahorro).***

Con efecto desde 1 de enero de 2010 y vigencia indefinida, se introducen las siguientes modificaciones, que suponen un aumento de los tipos anteriormente existentes (¡viva la Pepa!):

Uno. Artículo 66 (tipos de gravamen del ahorro). Con referencia a la cuota líquida estatal, la base liquidable del ahorro, en la parte que no corresponda, en su caso, con el mínimo personal y familiar a que se refiere el artículo 56 de esta Ley, se gravará a los tipos siguientes, que sustituyen al 11,1 por ciento antes vigente:

| Parte de la base liquidable<br>Euros | Tipo aplicable<br>Porcentaje |
|--------------------------------------|------------------------------|
| Hasta 6.000 euros                    | 11,72                        |
| Desde 6.000,01 euros en adelante     | 12,95                        |

En el caso de contribuyentes que tuvieran su residencia habitual en el extranjero (ap. 2 del art. 8 y ap. 1 del art. 10 de esta Ley), el tipo anterior del 18 por ciento se aumenta un punto hasta 6.000 euros (será el 19 por ciento) y en tres puntos desde 6.000,01 euros en adelante (será el 21 por ciento).

Dos. Artículo 76 (tipo del gravamen del ahorro). Respecto de la cuota íntegra autonómica, la base liquidable del ahorro, en la parte que no corresponda, en su caso, con el mínimo personal y familiar a que se refiere el artículo 56 de esta Ley, se gravará hasta 6.000 euros al tipo del 7,28 por ciento y desde 6.000,01 euros en adelante al 8,05 por ciento. El tipo anterior era único y era el 6,9 por ciento.

Tres. Disposición adicional vigésima octava (porcentajes de reparto de la escala del ahorro). Se introduce esta nueva disposición adicional, en la que se establece que la escala del ahorro aplicable para la determinación de la cuota íntegra estatal y autonómica será la resultante de aplicar a la escala prevista en el artículo 66.2 de esta Ley el porcentaje de reparto entre el Estado y la CA que deriva del modelo de financiación existente en la CA en la que el contribuyente tenga su residencia habitual.

*Artículo 70. Deducción por obtención de rendimientos del trabajo o de actividades económicas.*

El RD-Ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica, modificó el artículo 79 de la Ley al añadir para la determinación de la cuota diferencial la deducción por obtención de rendimientos del trabajo de actividades económicas prevista en

el artículo 80 bis de la misma. Artículo que fijaba esta deducción en 400 euros anuales.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010 modifica este artículo 80 bis y la deducción, estableciendo que la deducción sólo será posible para los contribuyentes cuya base imponible sea inferior a 12.000 euros anuales y diferenciando cuando la base imponible sea igual o inferior a 8.000 euros anuales, en cuyo caso se deducirán los indicados 400 euros, y cuando la base imponible esté comprendida entre 8.000,01 y 12.000 euros anuales, supuesto en que se deducirán 400 euros menos, el resultado de multiplicar por 0,1 la diferencia entre la base imponible y 8.000 euros anuales.

*Artículo 71. Importe de los pagos a cuenta.*

Se modifica, con efectos desde 1 de enero de 2010 y vigencia indefinida, el artículo 101 de la Ley.

Las modificaciones afectan, en primer lugar, al inciso final de su apartado 1, que anteriormente establecía que: "El porcentaje (de retención o ingreso a cuenta) se expresará en números enteros, con redondeo al más próximo". En la nueva redacción se sustituye el imperativo "se expresará" por "reglamentariamente podrá establecerse que el porcentaje...".

Seguidamente se modifica el porcentaje de retención, que pasa del 18 al 19 por ciento en todos los supuestos contemplados en los apartados 4 (rendimientos del capital mobiliario), 6 (ganancias derivadas de las transmisiones o reembolso de acciones y participaciones de instituciones de inversión colectiva y sobre las derivadas de los aprovechamientos forestales de los vecinos en montes públicos), 7 (premios como consecuencia de la participación en juegos, concursos, rifas o combinaciones aleatorias), 8 (arrendamiento o subarrendamiento de bienes inmuebles), 9 (propiedad intelectual, industrial, asistencia técnica, arrendamiento de bienes muebles, negocios o minas y del subarriendo sobre los bienes anteriores) y 10 (supuesto previsto en el art. 92.8 de esta Ley –contraprestaciones en metálico o especie a personas o entidades no residentes–).

Poco comprensible que en época de grave crisis se aumente el importe de las retenciones.

*Artículo 72. Reducción del rendimiento neto de las actividades económicas por mantenimiento o creación de empleo.*

Se añade una nueva disposición adicional, la vigésima séptima, conforme a la cual en cada uno de los períodos impositivos 2009, 2010 y 2011, los contribuyentes que ejerzan actividades económicas cuyo importe neto de la cifra de negocios para el conjunto de ella sea inferior a 5 millones de euros y tengan una plantilla media inferior a 25 empleados, podrán reducir en un 20 por 100 el rendimiento neto positivo declarado, minorado en su caso por las reducciones previstas en el artículo 32 de la Ley, correspondiente a las mismas, cuando mantengan o creen empleo.

Reducción que está condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en la propia disposición adicional, a la que nos remitimos.

Disposición adicional cuadragésima quinta. Deducción por vivienda habitual en 2010.

Durante dicho período los contribuyentes del IRPF podrán practicar la deducción por inversión en vivienda habitual en los términos establecidos en la Ley 35/2006. Deducción que está regulada en el apartado 1 del artículo 68 de esta ley, en la redacción dada por la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las CCAA de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

La reducción, que en el texto original era de 10,05 por ciento, ha quedado fijada en la última redacción en el 7,5 por ciento; no modificándose, sin embargo, el tope máximo de la deducción que era y sigue siendo de 9.015 euros anuales.

Para una mayor información (requisitos, conceptos, etc.), véase el citado artículo 68.

— Disposición transitoria cuarta. Plazo de publicación de la Orden de desarrollo del método de estimación objetiva del IRPF y del régimen especial simplificado del IVA para el año 2010.

Esta Orden deberá tener en cuenta los nuevos tipos impositivos establecidos por la Ley de Presupuestos que estamos examinando

para el IVA y deberá publicarse en el BOE en el plazo de un mes desde su entrada en vigor (o sea, el 1 de febrero del año en curso).

Asimismo, dicha Orden, a los efectos de desarrollar los módulos de estimación objetiva para el año 2010, tendrá en consideración la situación económica del sector ganadero.

Esta Orden –sorprendentemente– ha visto la luz en el plazo previsto, habiendo sido publicada en el BOE núm. 26, del 30 de enero (Orden EHA/99/2010, de 28 de enero).

Disposición transitoria quinta. Compensación fiscal por deducción en adquisición de vivienda habitual en 2009.

Similar a la disposición transitoria sexta de la Ley de Presupuestos del pasado año (Ley 2/2008, de 23 de diciembre), si bien ésta estaba referida lógicamente a las adquisiciones efectuadas en 2008 (véase Circular 4/2009, publicada en el núm. 70 de la *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 2009).

Se confiere derecho a la deducción regulada en esta disposición a los contribuyentes que hubieran adquirido su vivienda habitual con anterioridad a 20 de enero de 2006 utilizando financiación ajena y puedan aplicar en 2009 la deducción prevista en el artículo 68.1 de la Ley 35/2006 –al que nos hemos referido en el apartado penúltimo.

La cuantía de la deducción será la suma de las deducciones correspondientes a la parte estatal y al tramo autonómico de la deducción por inversión en vivienda habitual calculada con arreglo a los apartados tres y cuatro de esta transitoria.

Se entenderá que el contribuyente ha adquirido su vivienda habitual utilizando financiación ajena cuando cumpla los requisitos establecidos en el artículo 55 del Reglamento del IRPF (RD 1775/2004, de 30 de julio, según redacción vigente a 1 de diciembre de 2006).

La cuantía de la deducción se restará de la cuota líquida total, después de la deducción por obtención de rendimientos del trabajo o de actividades económicas a que se refiere el artículo 80 bis de la Ley del IRPF.

Disposición transitoria sexta. Compensación fiscal por percepción de determinados vencimientos del capital mobiliario con período de generación superior a dos años en 2009.



Se reitera lo prevenido en la disposición transitoria séptima de la citada Ley de Presupuestos del pasado año, si bien con respecto a los contribuyentes que en el período impositivo 2009 integren en la base imponible del ahorro los rendimientos del capital mobiliario obtenidos: a) Por la cesión a terceros de capitales propios (art. 25.2 de la Ley 35/2006); y b) rendimientos derivados de percepciones en forma de capital diferido a que se refiere el artículo 25.3.a) 1.º de dicha Ley procedentes de seguros de vida o invalidez.

A lo expuesto en la citada Circular 4/2009 y artículo publicado en la *Revista Jurídica del Notariado* nos remitimos.

Disposición final decimocuarta. Modificación... de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF.

Modifica, desde 1 de enero de 2007 y vigencia indefinida, el apartado 1 de la disposición adicional quinta de dicha Ley, en el sentido de que no se integrarán en la base imponible ciertas rentas positivas que se pongan de manifiesto como consecuencia de la percepción de determinadas ayudas de la política agraria y pesquera comunitaria; de ayudas públicas para reparar la destrucción por incendio, inundación o hundimiento de bienes patrimoniales; las ayudas por el abandono de la actividad de transporte por carretera y las procedentes por causa del sacrificio obligatorio de la cabaña ganadera para erradicar epidemias.

## **b) Impuesto sobre la Renta de no residentes**

En el artículo 73 (tipo de gravamen de las rentas de ahorro) se modifican los siguientes artículos del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el RD Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, a saber:

1. Apartado 2 del artículo 19 (deuda tributaria). Adicionalmente, cuando las rentas obtenidas por establecimientos permanentes de entidades no residentes se transfieran al extranjero, será exigible una imposición complementaria al tipo de gravamen del 19 por ciento (originariamente era el 15), sobre las cuantías transferidas con cargo a las rentas del establecimiento permanente, incluidos los pagos a que hace referencia el artículo 18.1.a) que no hayan

sido gastos deducibles a efectos de fijación de la base imponible del establecimiento permanente.

La declaración e ingreso de dicha imposición complementaria se efectuará en la forma y plazo establecidos para las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente.

2. Letra f) del apartado 1 del artículo 25 (cuota tributaria). La precedente del 15 por ciento también se eleva al 19 cuando se trate de: 1.º Dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de una entidad. 2.º Intereses y otros rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios. 3.º Ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales.

### **c) Impuesto sobre Sociedades**

En este impuesto –según el Preámbulo– la principal medida que se introduce supone una reducción del tipo de gravamen aplicable a las pequeñas y medianas empresas que creen o mantengan empleo, actuación que tiene por objeto favorecer la recuperación económica y, en particular, la mejora de aquella variable, medida que se extiende a los empresarios y profesionales individuales que tengan asalariados en el IRPF.

Asimismo se incluyen la actualización de los coeficientes aplicables a los activos inmobiliarios, que permite corregir la depreciación monetaria en los supuestos de transmisión, y la regulación de la forma de determinar los pagos fraccionados de este impuesto durante el ejercicio 2010.

Novedades que son del siguiente tenor:

*Artículo 74. Coeficiente de corrección monetaria.*

Con efectos para los períodos impositivos que se inicien durante el año 2010, los coeficientes previstos en el artículo 15.9.a) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), en función del momento de adquisición del elemento patrimonial transmitido, serán:

|                                            | <u>Coefficiente</u> |
|--------------------------------------------|---------------------|
| Con anterioridad a 1 de enero de 1984..... | 2,2719              |
| En el ejercicio 1984 .....                 | 2,0630              |
| 1985 .....                                 | 1,9052              |
| 1986 .....                                 | 1,7937              |
| 1987 .....                                 | 1,7087              |
| 1988 .....                                 | 1,6324              |
| 1989 .....                                 | 1,5612              |
| 1990 .....                                 | 1,5001              |
| 1991 .....                                 | 1,4488              |
| 1992 .....                                 | 1,4167              |
| 1993 .....                                 | 1,3982              |
| 1994 .....                                 | 1,3730              |
| 1995 .....                                 | 1,3180              |
| 1996 .....                                 | 1,2553              |
| 1997 .....                                 | 1,2273              |
| 1998 .....                                 | 1,2114              |
| 1999 .....                                 | 1,2030              |
| 2000 .....                                 | 1,1969              |
| 2001 .....                                 | 1,1722              |
| 2002 .....                                 | 1,1580              |
| 2003 .....                                 | 1,1385              |
| 2004 .....                                 | 1,1276              |
| 2005 .....                                 | 1,1127              |
| 2006 .....                                 | 1,0908              |
| 2007 .....                                 | 1,0674              |
| 2008 .....                                 | 1,0343              |
| 2009 .....                                 | 1,0120              |
| 2010 .....                                 | 1,0000              |

La manera de aplicar estos coeficientes se determina en el apartado Dos de este mismo artículo.

#### Artículo 75. *Pago fraccionado.*

Se mantienen los mismos porcentajes del período impositivo anterior. Porcentajes a que se refiere el artículo 45, apartado 4, del Texto Refundido de la Ley de este Impuesto, y que serán:

1. El 18 por ciento para la modalidad de pago fraccionado previsto en el apartado 2 del mismo, es decir, para los sujetos pasivos cuyo plazo reglamentario de declaración estuviera vencido el primer día de los 20 naturales de los meses de abril, octubre y diciembre.

2. Y para la modalidad prevista en el apartado 3 del propio artículo 45 (la aplicable a los sujetos pasivos que hubieran optado, durante el mes de febrero del año natural, en la correspondiente declaración anual, realizar los pagos fraccionados los tres, nueve u once primeros meses de cada año natural), el porcentaje será el resultado de multiplicar por cinco séptimos el tipo de gravamen redondeado por defecto.

Esta modalidad es obligatoria para los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones, calculado conforme al artículo 121 de la Ley del IVA (Ley 37/1992, de 28 de diciembre), haya superado la cantidad de 6.010.121,04 euros durante los doce meses anteriores a la fecha en que se inicien los períodos impositivos dentro del año 2010 (lógicamente el pasado año se hacía referencia al año 2009).

*Artículo 76. Porcentaje de retención o ingreso a cuenta.*

Se modifica la letra a) del apartado 6 del artículo 140 del Texto Refundido, con arreglo a la cual el porcentaje de carácter general se fija en el 19 por 100 (originariamente fue el 15 por 100 y elevado al 18 por ciento por la disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley 35/2006, del IRPF).

Tratándose de rentas procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de inmuebles urbanos situados en Ceuta, Melilla o sus dependencias, obtenidas por entidades domiciliadas en dichos territorios o que operen en ellos mediante establecimiento o sucursal, dicho porcentaje se dividirá por dos.

*Artículo 77. Tipo de gravamen reducido por mantenimiento o creación de empleo.*

Se añade una nueva disposición adicional, la duodécima, al Texto Refundido, con arreglo a la cual, en los períodos impositivos iniciados dentro de los años 2009, 2010 y 2011, las entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en dichos períodos sea inferior a 5 millones de euros y la plantilla media en las mismas sea inferior a 25 empleados tributarán con arreglo a la siguiente escala, excepto si, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de esta Ley del Impuesto sobre Sociedades, deban tributar a un tipo diferente del general (que era del 35 por ciento y que fue reducido al 32,5 por

ciento para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2007 y al 30 por ciento para los iniciados a partir de 1 de enero de 2008, por la Ley 35/2006, del IRPF, en su disposición final segunda): a) Por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 120.202,41 euros, al tipo del 20 por ciento (el establecido, por tanto, para las sociedades cooperativas fiscalmente protegidas), y b) por la parte de la base impositiva restante, al tipo del 25 por ciento (el previsto para las mutuas de seguros, sociedades de garantía recíproca, cooperativas de crédito y cajas rurales, colegios profesionales, etc.).

No se olvide que la citada Ley del IRPF, en su disposición final segunda, y para las entidades que cumplieran las previsiones establecidas en el artículo 108 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades –fundamentalmente con cifra de negocios inferior a 8 millones de euros– estableció en el artículo 114 el tipo del 25 por ciento para la parte comprendida entre 0 y 120.202,41 euros y el del 30 por ciento para la parte de base imponible restante.

Así como que cuando el período impositivo tuviera una duración inferior al año, la parte de la base imponible que tributaría al 25 por ciento sería la resultante de aplicar a 120.202,41 euros la proporción en la que se hallen el número de días del período impositivo entre 365 días, o la base imponible del período impositivo cuando ésta fuese inferior. Norma que se reitera en esta nueva disposición adicional duodécima.

La aplicación de los nuevos tipos del 20 y el 25 por ciento de la citada adicional se condiciona a que, durante los doce meses siguientes al inicio de cada uno de esos períodos impositivos, la plantilla media de la entidad no sea inferior a la unidad y, además, tampoco sea inferior a la plantilla media de los doce meses anteriores al inicio del primer período impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009.

En caso de incumplimiento de esta condición procederá realizar la regularización siguiente: ingresar junto con la cuota del período impositivo en que tenga lugar el incumplimiento el importe resultante de aplicar el 5 por ciento a la base imponible de dicho primer período, además de los intereses de demora.

Para el cálculo de la plantilla media se tomarán en cuenta las personas empleadas, en los términos que disponga la legislación laboral, teniendo en cuenta la jornada contratada en relación con la jornada completa.

Se computará que la plantilla media de los doce meses anteriores al inicio del primer período impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009 es cero cuando la entidad se haya constituido a partir de esa fecha.

A efectos de determinar el importe neto de la cifra de negocios, se tendrá en consideración lo establecido en el apartado 3 del artículo 108 de esta Ley (según la redacción que le dio la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005), a saber: si la entidad forma parte de un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, el importe neto de la cifra de negocios se referirá al conjunto de entidades pertenecientes a dicho grupo. Igualmente se aplicará este criterio cuando una persona física por sí sola o conjuntamente con el cónyuge u otras personas físicas unidas por vínculos de parentesco en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, hasta el segundo grado inclusive, se encuentren con relación a otras entidades de las que sean socios en alguna de las situaciones a que se refiere dicho artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia de las entidades y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

Disposición final decimocuarta. Modificación... del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RD Legislativo 4/2004, de 5 de mayo).

Modifica, con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2007 y vigencia indefinida, el apartado 1 de la disposición adicional tercera de dicho Texto Refundido, estableciendo que no se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades las rentas positivas que se pongan de manifiesto como consecuencia de determinadas ayudas de la política agraria comunitaria (abandono del cultivo del viñedo; prima al arranque de plantaciones de manzanas y plataneras; abandono de la producción lechera, del cultivo de peras, melocotones y nectarinas; arranque de plantaciones de estas mismas frutas y abandono del cultivo de la remolacha azucarera y de la caña de azúcar); de la percepción de ayudas de la política pesquera comunitaria; de la percepción de ayudas públicas que tengan por objeto reparar la destrucción por

incendio, inundación o hundimiento de elementos patrimoniales afectos al ejercicio de actividades económicas; de la percepción de las ayudas de la actividad de transporte por carretera satisfechas por el Ministerio de Fomento y de la percepción de indemnizaciones públicas a causa del sacrificio obligatorio de la cabaña ganadera, respecto de los animales destinados a la reproducción; destinadas a la erradicación de epidemias o enfermedades.

#### **d) Impuesto sobre Bienes Inmuebles**

Se actualizan los valores catastrales de los bienes inmuebles en un 1 por ciento.

Según el artículo 78 de la Ley de Presupuestos que estamos repasando, con efectos de 1 de enero de 2010, se actualizarán todos los valores catastrales de inmuebles mediante la aplicación del coeficiente 1,01.

Este coeficiente se aplicará:

- Sobre el valor asignado para 2009, cuando se trate de inmuebles valorados conforme a datos obrantes en el Catastro Inmobiliario.

- Sobre los obtenidos de la aplicación de Ponencias de valores parciales aprobados en el ejercicio 2009, cuando se trate de valores catastrales notificados en dicho ejercicio.

- Cuando se trata de bienes que hubieran sufrido alteraciones de sus características conforme a los datos obrantes en el Catastro, sin que dichas variaciones hubieran tenido efectividad, el mencionado coeficiente se aplicará sobre el valor asignado a tales inmuebles, en virtud de las nuevas circunstancias, por la Dirección General del Catastro, con aplicación de los módulos que hubieran servido de base para la fijación de los valores catastrales del resto de los bienes inmuebles del municipio.

- Y en el caso de inmuebles rústicos que se valoren, con efectos 2010, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, el coeficiente únicamente se aplicará sobre el valor catastral vigente en el ejercicio 2009 para el suelo del inmueble no ocupado por las construcciones.

Además se establece:

1.º Que quedan excluidos de esta actualización los valores catastrales obtenidos de la aplicación de las Ponencias de valores totales aprobadas entre el 1 de enero de 2000 y el 30 de junio de 2002, así como los valores resultantes de las Ponencias de valores parciales aprobadas desde la primera de las fechas indicadas en los municipios en que haya sido de aplicación el artículo segundo de la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, por la que se modifica parcialmente la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, y se establece una reducción en la base imponible del IBI.

2.º Que el incremento de los valores catastrales de los bienes inmuebles rústicos previsto en este artículo no tendrá efectos respecto al límite de base imponible de las explotaciones agrarias que condiciona la inclusión en el Régimen Especial Agrario de la SS de los Trabajadores por Cuenta Propia, que seguirá rigiéndose por su legislación específica.

Por último, dispone la disposición adicional sexagésima novena la adición de un nuevo párrafo al párrafo 4 del artículo 29 de la Ley del Catastro Inmobiliario (Texto Refundido aprobado por el RD Legislativo 1/2004, de 5 de marzo), conforme al cual los Ayuntamientos, como destinatarios del IBI y sujetos activos del mismo, serán notificados por el Catastro de la presentación de reclamaciones que interpongan los sujetos pasivos contra la notificación de valores.

## 2. IMPUESTOS INDIRECTOS

### a) **Impuesto sobre el Valor Añadido**

El Preámbulo destaca –¡qué gracia!– que la principal medida que se introduce es la elevación de los tipos impositivos general y reducido, que pasa del 16 y 7 por ciento al 18 y 8 por ciento, respectivamente. Medida que se adopta con efectos a partir del segundo semestre del año 2010, pues su fin no es tanto la suficiencia recaudatoria a corto plazo cuanto garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas a medio y largo plazo, de manera que su repercusión cuantitativa será bastante limitada en el próximo ejercicio



(mientras no sea la gota que colme el vaso de esta "suave crisis"). A resultados de esta modificación, también se incorpora un cambio en los porcentajes de compensación aplicables en el régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca.

Estas "justificaciones" están contenidas en el artículo 79, según el cual, con efectos desde el 1 de julio de 2010 y vigencia indefinida (no olvidarse: vigencia indefinida. Claramente se ve que no hay afán recaudatorio y que la medida es para sacarnos de la crisis), se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA:

Uno. Modificación del apartado uno del artículo 90; el impuesto se exigirá al tipo del 18 por ciento, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente (tipos reducidos). El resto del artículo no sufre alteración.

Dos. Se modifica el encabezado del apartado uno del artículo 91 (tipos reducidos): "Se aplicará el tipo del 8 por ciento a las operaciones siguientes:" El resto del apartado y artículo quedan con el mismo contenido.

Tres. Se modifica el apartado cinco del artículo 130 (régimen de deducciones y compensaciones): "La compensación a tanto alzado a que se refiere el apartado tres de este artículo (compensaciones a los empresarios titulares de las explotaciones a las que sea de aplicación el régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca) será la cantidad resultante de aplicar, al precio de venta de los productos o de los servicios indicados en dicho apartado, el porcentaje que proceda de entre los que se indican a continuación: 1.º El 10 por ciento (antes era el 9), en las entregas de productos naturales obtenidos en explotaciones agrícolas o forestales y en los servicios de carácter accesorio de dichas explotaciones. 2.º El 8,5 por ciento (antes el 7,5), en las entregas de productos naturales obtenidos en explotaciones ganaderas o pesqueras y en los servicios de carácter accesorio de dichas explotaciones". El resto de este apartado y de los demás de este artículo quedan con el mismo contenido.

Al tratar del IRPF ya nos referimos a la disposición transitoria cuarta de la Ley que estudiamos, conforme a la cual se establecía el plazo de un mes desde su entrada en vigor para la publicación de la Orden de desarrollo del método de estimación objetiva del IRPF y del régimen especial simplificado del IVA para el año 2010.

También dijimos que sorprendentemente el plazo se había cumplido y la Orden había sido publicada en el BOE número 26, del 30 de enero (Orden EHA/99/2010, de 28 de enero), al que nos remitimos.

### **b) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados**

Un año más se actualiza (al 1 por ciento; el año pasado fue al 2 por ciento) la escala que grava la transmisión y rehabilitación de Grandezas y Títulos Nobiliarios recogida en el párrafo primero del artículo 43 de la Ley de este Impuesto (RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre).

Según el artículo 80 de la Ley de Presupuestos, y con efectos desde 1 de enero de 2010, la escala será la siguiente:

| ESCALA                           | Transmisiones directas<br>Euros | Transmisiones transversales<br>Euros | Rehabilitaciones y reconocimiento de títulos extranjeros<br>Euros |
|----------------------------------|---------------------------------|--------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|
| 1.º Por cada título con grandeza | 2.568                           | 6.438                                | 15.435                                                            |
| 2.º Por cada grandeza sin título | 1.836                           | 4.603                                | 11.019                                                            |
| 3.º Por cada título sin grandeza | 732                             | 1.836                                | 4.417                                                             |

### **3. OTROS TRIBUTOS**

Como nos señala el Preámbulo, por lo que se refiere a las tasas, se actualizan, con carácter general, al 1 por ciento los tipos de cuantía fija de las tasas de la Hacienda estatal, excepto las tasas que se hayan creado o actualizado específicamente por normas dictadas en el año 2009. Por su parte, la tasa de reserva del dominio público radioeléctrico se mantiene, en términos generales, sin variación.

También se mantienen, con carácter general, para el ejercicio 2010, los tipos y cuantías fijos establecidos para las tasas que gra-

ven los juegos de suerte, envite o azar, en los importes exigibles durante 2009, salvo las referidas a máquinas tipo "B", que no habían experimentado modificación desde el año 2002.

La tasa por aprovechamiento especial del dominio público portuario en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios mantiene la tarifa actual.

La tasa de aterrizaje, por prestación de servicios y utilización del dominio público aeroportuario, así como la de seguridad aeroportuaria, mantienen las tarifas establecidas en la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

La tasa de aproximación es objeto de modificación en la regulación de tarifa para adaptarla al Reglamento (CE) 1794/2006, de 6 de diciembre, por el que se establece un sistema común de tarificación de los servicios de navegación aérea, sin sufrir incremento respecto de la actualmente exigible.

En fin, se modifican las tarifas de las tasas por las distintas modalidades de Propiedad Industrial, reduciéndose en términos generales respecto de las actualmente vigentes.

Esta anunciada regulación se encuentra en los artículos 81 a 90, ambos inclusive, de nuestra Ley de Presupuestos, en términos que notarialmente no son de mayor interés, si exceptuamos, en su caso, los artículos 87 (Tasas de la Propiedad Industrial: Marcas), 88 (Tasas de la Propiedad Industrial: Patentes), artículo 89 (Tasas de la Propiedad Industrial: Diseño Industrial) y 90 (Tasas de la Propiedad Industrial: Patentes Europeas), a los que nos remitimos.

## **B) OTRAS DISPOSICIONES**

### Uno. Interés legal del dinero (disposición adicional decimoctava)

Queda establecido en el 4 por ciento hasta el 31 de diciembre de 2010 (art. 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio) y el de demora será del 5 por ciento (art. 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria). El pasado año eran del 5,5 y el 7 por ciento respectivamente.

Téngase en cuenta que la resolución de 29 de diciembre de 2009 (BOE núm. 1, de 1 de enero de 2010) de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, a efectos de lo previsto en el artículo 7

de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, se hace público: 1. Que en la última operación principal de financiación del Banco Central Europeo en el segundo semestre de 2009, efectuada mediante subasta a tipo fijo que ha tenido lugar el 29 de diciembre, el tipo de interés aplicado ha sido el 1,00 por ciento; y 2. Que, en consecuencia, a efectos de lo previsto en el citado artículo 17 de la Ley 3/2004, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el primer semestre natural de 2010 es el 8,00 por 100.

Dos. Determinación del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para 2010 (disposición adicional decimonovena).

De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2 del RD-Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, el IPREM tendrá las siguientes cuantías: a) El diario, 17,75 euros; b) el mensual, 532,31 euros; y c) el anual, 6.390,13 euros. (El pasado año las cuantías respectivas eran: 17,57, 527,24 y 6.326,86 euros).

En los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional ha sido sustituido por la referencia al IPREM en aplicación de lo establecido en el RD-Ley de anterior referencia, la cuantía anual del IPREM será de 7.455,14 euros (el pasado año era de 7.381,33 euros) cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 6.390,13 euros (en 2009 eran 6.326,86 euros).

Tres. Subvenciones al transporte aéreo y marítimo para residentes en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla (disposición adicional trigésima).

Seguimos como estábamos (¡Virgencita, Virgencita...! Esta disposición se limita a remitirse a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 19/1994, de 6 de junio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, así como al artículo 5 de la Ley 30/1998, de 29 de julio, del Régimen Especial de las Islas Baleares y a autorizar al Gobierno de la Nación para que, durante el 2010, modifique o, en

su caso, reemplace el actual régimen por otro sistema de compensación. Modificación que nunca podrá suponer una disminución de la ayuda prestada o un deterioro en la calidad del servicio, ni incremento de los créditos asignados a esta finalidad.

Fue la disposición adicional cuadragésima cuarta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007 (Ley 46/2006, de 28 de diciembre) la que introdujo el sistema vigente, consistente en el 50 por ciento de reducción para viajes realizados entre las Comunidades y Ciudades Autónomas mencionadas y el resto del territorio nacional; el 25 por ciento en las tarifas del transporte marítimo y el 50 por ciento las de transporte aéreo en viajes interinsulares, aplicables a los ciudadanos españoles, de los demás Estados de la UE, de los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo y de Suiza residentes en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla.

#### Cuatro. Financiación de la Iglesia Católica (disposición adicional cuadragésima cuarta).

Durante este año 2010, la entrega mensual a la Iglesia Católica, que era de 13.006.094,24 euros, se eleva a 13.266.216,12 euros; entrega a cuenta de la cantidad que debe a la Iglesia por aplicación de lo dispuesto en los apartados Uno y Dos de la disposición adicional decimoctava de la citada Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 (que es el 0,7 por ciento de la cuota íntegra del IRPF, correspondiente a los contribuyentes que manifiesten expresamente su voluntad en tal sentido).

Antes del 30 de noviembre de 2011 se efectuará una liquidación provisional de la asignación correspondiente a 2010, practicándose la liquidación definitiva antes del 30 de abril de 2012. En ambas liquidaciones, una vez efectuadas, se procederá por las dos partes a regularizar, en un sentido o en otro, el saldo existente.

#### Cinco. Consideración de familia numerosa a las familias monoparentales con dos hijos a cargo (disposición adicional sexagésima octava).

El Gobierno, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de esta Ley, dará cumplimiento a la disposición adicional septuagésima

sima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 y a la disposición adicional sexagésima cuarta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, llevando a cabo las oportunas modificaciones legales para que las familias monoparentales con dos hijos a cargo, así como las familias con un cónyuge discapacitado y dos hijos a cargo, tengan la consideración de familia numerosa.

Se añade en esta adicional, respecto a las dos citadas en ella, las familias con un cónyuge discapacitado y dos hijos a cargo.

Seis. Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 (disposición transitoria décima, apartado Dos).

Se añade al Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril) una nueva disposición transitoria duodécima, en la que se establece que el reconocimiento a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el párrafo primero del apartado 2 del artículo 38 de este texto (al cual se le da nueva redacción en el apartado Uno de esta disposición transitoria décima de esta Ley de Presupuestos) cuando concurren en el beneficiario –que siempre es el cónyuge supérstite del causante de los derechos pasivos o su pareja de hecho cuando concurren los requisitos del apartado 4 de dicho art. 38–, además de la existencia de hijos comunes en el matrimonio o bien que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha de fallecimiento del causante de la pensión, los siguientes requisitos: a) El divorcio o separación judicial se haya producido con anterioridad a 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008. b) Entre las fechas del divorcio o separación y del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un período de tiempo no superior a diez años. c) El vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años.

En estos casos, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a la pensión de viudedad que pudiera causar, en su caso, la persona acreedora de aquélla.

Lo dispuesto en esta transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el mentado apartado 2 del artículo 38, de nueva redacción.

-----

Antes de poner el punto final a esta Circular consideramos que no podemos olvidarnos de hacer una brevísima referencia a la Ley de Presupuestos Generales de nuestra CA (Ley 9/2009, de 21 de diciembre, publicada en el BOIB núm. 189, de 29 de diciembre de 2009).

En ella nos encontramos con:

— El artículo 21, que dispone que para el año 2010 las cuotas fijas de los tributos propios y otras prestaciones patrimoniales de carácter público de la hacienda de la CA de las Illes Balears se aumentarán –siempre que no se hayan actualizado por normas aprobadas en el año 2009– en la cantidad que resulte de aplicar a la cantidad exigida durante dicho año 2009 el coeficiente derivado del incremento del índice de precios al consumo del Estado español correspondiente al ejercicio 2008.

Tratándose de tributos propios y prestaciones patrimoniales de carácter público de cuota variable con tipo de gravamen que no sea porcentual, el incremento se entenderá referido al tipo de gravamen específico o gradual aplicable a la base.

— La disposición final primera. Modificaciones de la Ley 6/2007, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y económico-administrativas, en materia de tributación del juego.

— La disposición final segunda. Modificación del artículo 21 de la Ley 8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública (pago de las liquidaciones trimestrales de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar relativa a las máquinas tipos B y C).

— La disposición final tercera. Régimen aplicable a la transmisión onerosa de vehículos a motor en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Única norma que

puede rozar el quehacer notarial. Si se trata de ciclomotores, motocicletas, turismos y vehículos de todo terreno con antigüedad igual o superior a diez años, su transmisión onerosa por actos *inter vivos* no paga nada por los impuestos de referencia (tipo de gravamen del 0 por ciento). Sí tributarán, por el tipo de gravamen general aplicable a las transmisiones de bienes muebles, los vehículos que hayan sido calificados como históricos y los que tengan un valor igual o superior a 20.000 euros, de acuerdo con los precios medios de venta publicados por orden ministerial que sean de aplicación a la gestión del impuesto.

— Y la disposición final cuarta, relativa a las modificaciones de la Ley 11/1998, de 14 de diciembre, sobre el régimen específico de las tasas de esta CA.

Y, ahora sí, punto final, con nuestros mejores deseos de que las novedades que hemos repasado sean para bien y nos ayuden a salir del pozo, pozo que muchos nos tememos sea más profundo de lo que los más optimistas se imaginan.

iHasta más ver!





# **PRÁCTICA NOTARIAL**





## LICENCIAS CONDICIONADAS (Comentario a la resolución de 14 de julio de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado) (1)

**Francisco Bañegil Espinosa**  
Notario

Esta resolución aborda el problema de la solución que debe darse, desde el punto de vista notarial y registral, ante esta modalidad de licencias.

Hechos. El Ayuntamiento ACUERDA "Conceder la licencia de obra solicitada, con los siguientes condicionamientos: el solicitante **deberá ceder gratuitamente al Concejo los terrenos necesarios para la regulación de los caminos que dan frente** a la parcela. La registradora deniega la inscripción".

**Postura de la DGRN.** Considera que el cumplimiento de la condición consistente en realizar **la cesión no es equivalente al cumplimiento de un requisito administrativo más**, sino que es determinante de la exigencia de la preceptiva licencia. Además de ello, la inscripción de la rehabilitación en unión del requisito con el que se condicionó la licencia *podría dar lugar a que terceros adquirentes entendieran que la cesión ya se ha realizado y que el solar actualmente inscrito es el que queda después de practicar la cesión.*

En los razonamientos de la calificación registral y de la propia DGRN se entremezclan conceptos de Derecho civil y administrativo.

---

(1) Agradezco sinceramente a mi compañero Manuel Á. RUEDA sus amables sugerencias sobre el texto, que he incorporado al mismo, y que, sin duda, lo mejoran sustancialmente.

Para deslindarlos podemos acudir a la distinción que formula Tomás Ramón FERNÁNDEZ (2), el cual afirma que el derecho preexistente del propietario viene condicionado por la Ley al cumplimiento de ciertos deberes –cesión y urbanización entre ellos–. *No cabe*, sigue diciendo este autor, *someter el otorgamiento de licencias a condiciones stricto sensu –la cesión de terrenos, por ejemplo–* salvedad hecha de las *condictiones iuris*, que no son condiciones en sentido propio, a las que las normas aplicables sujetan con carácter general el ejercicio de la actividad de que se trate.

De la misma opinión es Alfonso DE LA FUENTE (3), para quien “no estamos ante una verdadera condición, sino ante una carga o modo”. El mismo autor recuerda que la propia normativa –cuando existe la obligación previa de urbanizar– permite edificar y simultáneamente urbanizar, *afianzando los costes* de la urbanización; en tal caso, el incumplimiento, total o parcial, de la obligación de urbanizar puede conllevar consecuencias en cuanto a la ocupación de lo construido, pero no en cuanto a la validez misma de la licencia. El artículo 40 RGU establece que, en los terrenos que no tengan la condición de solar, y no se incluyan en proyectos o unidades de actuación, será preciso, como garantía de la realización de las obras de urbanización:

- a) Que en la solicitud el particular se comprometa expresamente a la edificación y urbanización simultáneas.
- b) Que se preste fianza.
- c) Que en la solicitud de licencia se comprometa a no utilizar la construcción hasta tanto no esté concluida la obra de urbanización y a *establecer tal condición en las cesiones de derecho de propiedad o de uso que se lleven a efecto para todo o parte del edificio*.

Estas conclusiones se desprenden, asimismo, del artículo 6 d) del TR Ley del Suelo (RDL 2/2008), que vincula el derecho del propietario a la edificación a llevarla a cabo “*en las condiciones previstas por la ordenación territorial y urbanística*”. Debe tenerse en cuenta que el incumplimiento de esta norma impide la *ocupación* del

(2) *Manual de Derecho Urbanístico*, 20 ed.

(3) BOEN y R (comentario a la RDGRN).

edificio hasta que esté totalmente realizada la urbanización. Además de la posibilidad de caducidad de la licencia. Por eso, el artículo 7.2 del TR 2/2008 vincula la patrimonialización de la edificabilidad al cumplimiento de los deberes y al levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda. Si bien, como señala RUEDA PÉREZ, esa patrimonialización no pasa de ser el reflejo urbanístico de la propiedad adquirida por accesión, que se concreta en la aceptación por el orden jurídico-administrativo de lo edificado a efectos de su valoración.

Puede afirmarse que existe consenso doctrinal y jurisprudencial en distinguir entre las condiciones propias de las *condictiones iuris* (o condiciones legales), y, partiendo del carácter reglado de las licencias cabe deducir la *prohibición* de someter a las licencias a condiciones propias, esto es, como señala el profesor IGLESIAS GONZÁLEZ (4), de someterlas a un suceso futuro e incierto. Se trata de *cargas de origen legal, que no suspenden la eficacia* de la licencia.

Otra cuestión es la posibilidad que apunta el mismo TRF de *suspensión* de la licencia (5) cuando la obra se ejecute sin *ajustarse a las condiciones de su concesión*, así lo disponía el artículo 184 del TR de 1976, y los artículos 25 y 29 del Reglamento de disciplina Urbanística 2187/1978. En el caso de obras **terminadas** el Ayuntamiento procederá a impedir definitivamente los usos a que diere lugar el artículo 184.3 del TRLS de 1976.

Todo ello independientemente de la potestad sancionatoria de la Administración.

Existe también un mecanismo de protección de los terceros, que quizás, tal y como está formulado, resulta incompleto: el artículo 74 del RD 1093/1997, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, permite, a instancia del titular de la finca, hacer constar por este procedimiento las condiciones impuestas con ocasión de la concesión de licencias.

#### *Actuación notarial ante este tipo de licencias*

Son muchos los casos de licencias en los que el notario puede encontrarse con "condiciones" similares a las que contempla la re-

---

(4) LICENCIAS URBANÍSTICAS, MARG 2892, Ed. Francis Lefebvre.

(5) *Manual de Derecho Urbanístico* (20 ed., p. 237).

solución. Cabría considerar que todas aquellas que se refieran a actuaciones posteriores a realizar por el titular de la licencia y que no pueden quedar constatadas en el momento de la autorización de la escritura, no impiden la autorización de ésta. No obstante, sí sería necesario consignar las advertencias en la misma respecto a esos condicionamientos impuestos por la licencia.

Estos serían los casos de la obligación de urbanizar una calle que da frente a la finca, al objeto de conseguir que el terreno pueda ser calificado como solar, o la de que las obras no afecten a terrenos ajenos a los de los solicitantes, la mixta de *ceder* la porción de terreno correspondiente a parte de un vial y *urbanizarlo, o la de mantener un único uso para el edificio*.

En todos estos supuestos de actuaciones futuras, la exigencia de las condiciones impuestas imposibilitaría declarar la obra nueva en construcción, lo que no parece coherente con el otorgamiento de la licencia. Del mismo modo, la propia Ley de Ordenación de la edificación (Disp. ad. 2.<sup>a</sup>) permite la declaración de la obra nueva en construcción para uso propio, sin acreditar *en ese momento* la constitución del seguro decenal previsto en el artículo 19 de la misma ley.

Los medios para proteger la normativa urbanística pueden venir dados por el mecanismo de suspensión de la licencia, antes comentado, o la anotación de la nota marginal, prevista en el artículo 75 del RD 1093/1997, que puede practicarse cuando la licencia sea posteriormente declarada ilegal. Sería aconsejable, si bien ello no está previsto en el artículo 74 del mismo precepto, que dicha nota marginal pudiera hacerse constar por el propio registrador de oficio en el momento de inscribir la declaración de obra nueva.

Por otro lado, el artículo 19.1 del mismo TR 2/2008 impone hacer constar en *las enajenaciones de terrenos*, en el título, los deberes legales y las obligaciones pendientes de cumplir cuando se hayan llevado a cabo actuaciones de transformación urbanística. Este mismo precepto establece *la subrogación del nuevo titular* en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente, y ***que hayan sido objeto de inscripción registral***.

Existen otros supuestos, como el depósito de una fianza para responder de las obras de urbanización, la de destinar parte del edificio a aparcamiento, la prestación de un aval bancario, o la unión indis-

luble de una nave a una nave anterior, por estar prohibida la instalación de nuevas empresas, pero no la ampliación de las existentes.

En estos casos, el notario puede comprobar fácilmente en el momento de la autorización de la escritura de obra nueva si se han cumplido esos requisitos, debiendo denegar su autorización si constata que no existen. La propia licencia puede advertir que es necesaria, por ejemplo, la reparcelación voluntaria pendiente [STS de 22/05/2000 (RJA 4.106)], *suspendiéndose* si no se lleva a cabo. Este sería un supuesto de condición suspensiva, que el notario podría también comprobar en el momento de autorizar la escritura de obra nueva.

RUEDA PÉREZ propone, en estos casos de licencias condicionadas, dos caminos:

1. La advertencia del notario sobre la existencia de esos condicionamientos de la licencia, complementada con la **solicitud expresa** de que la circunstancia de la condición contenida en la licencia se haga constar en el Registro, al amparo del artículo 74 RD 1093/1997, de tal modo que, en cumplimiento del artículo 19.1 TR Ley Suelo 2/2008, el eventual adquirente quede subrogado en la misma obligación de su cumplimiento.

2. El sometimiento a **condición suspensiva**. No se trata de alterarle la naturaleza a la *conditio iuris*, sino de someter el negocio jurídico de derecho privado a la condición suspensiva del cumplimiento de la *conditio iuris*, del tal modo que el cumplimiento de ésta en un plazo fijado en la escritura –acreditado con la correspondiente resolución administrativa– sea el hecho futuro e incierto que supone el cumplimiento de la primera, desplegando así todos sus efectos el negocio jurídico privado. Así planteado, sería inscribible en el RP al amparo del artículo 9.2 LH, y su cumplimiento también, en la forma establecida en los artículos 23 LH y 74.3 RD 1093/1997. Esta sería una forma adecuada de compaginar los dos órdenes legales, el administrativo y el civil, de proteger los dos intereses, el público y el privado, y unificar ambos en la actuación notarial.

Cualquiera de los dos sistemas compagina el interés del propietario, el de la Administración y el de los terceros. Esta segunda opción podría dilatar la disponibilidad de los fondos por el autopromotor, en caso de financiación bancaria, por lo que sería una cuestión a nego-



ciar con la entidad a la hora de solicitar el préstamo hipotecario, de cara a fijar un calendario de entregas.

En cualquier caso conviene leer con suma atención el texto de cada licencia, pues, como se ha señalado, criticando esta misma resolución (6), la licencia “*no suspendió la eficacia de tal acto de concesión de **la adveración** del cumplimiento de los «condicionamientos» que establecía, ni menos anudó a su incumplimiento **el efecto revocatorio** de la licencia concedida*”. Todo ello sin perjuicio, como antes dijimos, del uso de la potestad disciplinaria de la Administración en materia urbanística.

---

(6) Revista *Escritura Pública* núm. 59, 2009.

# **LA NUEVA NORMATIVA SOBRE LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE DINERO (\*)**

**Carlos Jiménez Gallego**  
Notario

## **SUMARIO**

- I. NORMATIVA APLICABLE
  - II. EL NOTARIO COMO SUJETO OBLIGADO
  - III. OBLIGACIONES IMPUESTAS AL NOTARIO COMO SUJETO OBLIGADO
    - A) La normativa anterior
    - B) La normativa vigente
  - IV. COMPARACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA CON LA DIRECTIVA
- ANEXO

## **I. NORMATIVA APLICABLE**

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (publicada en el BOE del 29 de abril, en vigor desde el 30 de abril de 2010), ha traspuesto al Derecho interno español la Directiva 2005/60/CE del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 (sobre prevención de la uti-

---

(\*) Circular número 37, de 17 de junio de 2010, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares. Seminario celebrado el día 7 de junio de 2010 en dicho Colegio.

lización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo), desarrollada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006 (en lo relativo a la definición de "personas del medio político", procedimientos simplificados de diligencia debida, y exención de las medidas en casos de actividad financiera ocasional o muy limitada), y ha establecido sanciones en materia de (entre otras) la información a suministrar sobre los ordenantes que se debe hacer constar en las transferencias de fondos (materia ésta regulada por el Reglamento 1781/2006 del Parlamento y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006).

La nueva Directiva fue publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* del 25 de noviembre de 2005, entró en vigor a los veinte días de dicha publicación y fijó a los Estados un plazo para adaptar su Derecho interno que finalizó el 15 de diciembre de 2007. La nueva Directiva ha derogado completamente la anterior Directiva, que fue la 2001/97/CE del Parlamento y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, que modificó a su vez la Directiva 91/308/CEE del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

La nueva Directiva fue completada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, que precisó los tres puntos citados en el párrafo anterior (que ahora no interesa especialmente comentar) y fijó un plazo de adaptación de los Derechos de los Estados que finalizó también el 15 de diciembre de 2007.

Por su parte, el Reglamento 1781/2006 del Parlamento y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, entró en vigor el 1 de enero de 2007. Este Reglamento regula la información que debe hacerse constar en toda transferencia de fondos enviada o recibida por un prestador de servicio de pagos establecido en la UE, con el fin de prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, y en su artículo 15 dispone que los Estados "establecerán el régimen de sanciones aplicable al incumplimiento de lo dispuesto por el presente Reglamento".

La normativa española, hasta ahora, estaba integrada por la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, modificada por la Ley 19/2003, de 4 de julio (de régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior), por el Reglamento de la Ley 19/1993, aprobado por RD de 9 de junio de 1995, modifi-

cado por otro RD, de 21 de enero de 2005, y en el ámbito específico notarial, la Orden EHA/114/2008, de 29 de enero, reguladora de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo, y la Instrucción de la DGRN de 10 de diciembre de 1999 (que sistematizó los indicios de blanqueo). Esta normativa se completaba con la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, que reprodujo las normas sobre prevención de blanqueo además de regular la prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.

La Ley 10/2010 (de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo) deroga en su totalidad la Ley 19/1993, con la única excepción de que las disposiciones sancionadoras de la Ley 19/1993 serán las únicas aplicables a los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10/2010 (D. T.<sup>a</sup> 2.<sup>a</sup>). El Reglamento de 1995 (y las normas de desarrollo de éste) mantiene su vigencia en tanto no se oponga a la nueva Ley y en tanto no se apruebe el nuevo reglamento. Y respecto de la Ley 12/2003, mantiene su vigencia (tan sólo le afecta en que da nueva redacción a los arts. 4, 6 y 9), si bien cambia su título eliminando la palabra "prevención", pues a partir de ahora se llamará "de bloqueo de la financiación del terrorismo". Es decir, la ley nueva trata de regular en un único texto todo lo relativo a la "prevención", tanto la relativa al blanqueo de capitales (que se define en el art. 1.2) como la relativa a la financiación del terrorismo (que se define en el art. 1.3).

Por otro lado, se califica de ley básica al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.11 y 13 de la Constitución.

Y exige la aprobación del reglamento antes del plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor (plazo que acabará, por tanto, el 29 de abril de 2011).

## **II. EL NOTARIO COMO SUJETO OBLIGADO**

La Ley 10/2010 califica a notarios y registradores como "sujetos obligados" en su artículo 2, sin referencia a ningún tipo de operaciones (referencia que sí existe en el caso de abogados y otras profesiones), además de a otras muchas entidades y personas, que no es del caso repetir aquí.

La Ley 19/1993 sólo decía que los notarios “quedarán igualmente sujetos cuando: participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes muebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias («trusts»), sociedades o estructuras análogas.”

Es decir, ahora el notario es sujeto obligado **en todo tipo de operaciones, mientras que antes lo era sólo en operaciones inmobiliarias y societarias**. Al decir “todo tipo de operaciones” tenemos que entender cualquier actuación que se pida al notario, y con independencia del tipo de documento, o sea, tanto si se trata de escrituras como de actas, pólizas o de otras actuaciones.

La condición de sujeto obligado implica que tiene que cumplir las medidas de diligencia debida, las obligaciones de información, las medidas de control interno y en general las obligaciones impuestas por la Ley.

### III. OBLIGACIONES IMPUESTAS AL NOTARIO COMO SUJETO OBLIGADO

#### A) LA NORMATIVA ANTERIOR

Las obligaciones impuestas al notario por la normativa anterior se contenían en el artículo 3 de la Ley 19/1993, y pueden resumirse así (no corresponde entrar ahora a comentarlas):

— **Identificación de los sujetos** (personas físicas: DNI, permiso de residencia, pasaporte o documento de identificación válido en el país de procedencia; personas jurídicas: documento fehaciente que acredite denominación, forma jurídica, domicilio y objeto, y declaración del compareciente de que tales datos no han cambiado), lo que incluía también la obligación de recabar información a fin de conocer la **naturaleza de su actividad profesional o empresarial** (y a adoptar las medidas dirigidas a comprobar razonablemente la veracidad de la información proporcionada). Y si había indicios

de que el sujeto no actuaba por cuenta propia, se debía recabar la información precisa a fin de conocer la identidad de **las personas por cuenta de las cuales actuaba**.

Estas obligaciones no regían cuando se trataba de instituciones financieras domiciliadas en la Unión Europea (o en terceros Estados a determinar por la Comisión de prevención de blanqueo de capitales).

— **Examen cuidadoso** de cualquier operación que pueda estar particularmente vinculada al blanqueo (especialmente si era compleja o inusual o sin propósito económico o lícito aparente), reseñando por escrito los resultados del examen. Para esto se señalaron los indicadores de riesgo que todos conocemos.

— **Conservar** mínimo cinco años (plazo ampliable reglamentariamente, lo que de hecho ocurrió, pues el plazo se amplió a seis años) los documentos que acrediten la realización de las operaciones y la identidad de los sujetos. En el caso de los notarios, la única obligación nueva que esto imponía era la de conservar copia de los documentos de identificación.

— **Comunicar al Servicio Ejecutivo** de la Comisión cualquier operación respecto de la que exista indicio o certeza de estar relacionada con el blanqueo (la Instrucción de 1999 fijó el plazo para realizar la comunicación en cinco días hábiles). Esto se realiza por nuestro Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo (OCP) y la comunicación se venía realizando en función de los indicadores de riesgo.

Como complemento de esta obligación, existía la de **abstenerse de ejecutar** cualquier operación en la que hubiera indicios de blanqueo sin haber realizado previamente dicha comunicación, aunque el Reglamento en su artículo 9 estableció: "No obstante, cuando dicha abstención no sea posible o pueda dificultar la persecución de los beneficiarios de la operación, los sujetos obligados podrán llevarla a cabo efectuando la comunicación inmediatamente después de la ejecución". Se entendió en la Circular 1/2005 del Consejo General del Notariado (CGN) que la obligatoriedad de la prestación de la función notarial tiene la consecuencia de que éste debe prestar su función y comunicar, no abstenerse (salvo casos de plena evidencia).

Y también, como complemento de esta obligación, existía la **prohibición de comunicar que se ha realizado la comunicación**.

— Establecer **procedimientos adecuados de control interno** para impedir la realización de operaciones de blanqueo (si bien el

Reglamento, en su artículo 11, sólo lo exige respecto de los sujetos pasivos que sean personas jurídicas o establecimientos o empresarios individuales con más de veinticinco empleados). Estos procedimientos tenían que ser objeto de **examen anual por un experto externo**.

Y todo sujeto obligado tenía la obligación de adoptar las medidas oportunas para que los **empleados** tengan conocimiento de las exigencias derivadas de la normativa.

## B) LA NORMATIVA VIGENTE

Las obligaciones que se imponen a los sujetos pasivos se contienen principalmente en los capítulos II ("de la **diligencia debida**"), III ("de las **obligaciones de información**") y IV ("del **control interno**") de la Ley 10/2010. La normativa es mucho más extensa y rigurosa que la anterior.

### b.1) La diligencia debida

La diligencia debida se traduce en la obligación de identificación formal, de identificación del titular real, y del seguimiento de la relación.

— La **identificación formal** (art. 3) supone para el notario lo mismo que hasta ahora.

Baste señalar que la nueva ley es más tajante en su "lenguaje".

Respecto de la **naturaleza de la actividad empresarial o profesional**, ahora se regula en artículo independiente (art. 5): subsiste la obligación de recabar información a fin de conocer la naturaleza de la actividad profesional o empresarial del otorgante, no del compareciente, y a adoptar las medidas dirigidas a comprobar razonablemente la veracidad de la información proporcionada. La ley concreta un poco esta actuación de los sujetos obligados: tiene que haber procedimientos de verificación de las actividades declaradas por los clientes, que tendrán en cuenta el diferente nivel de riesgo "y se basarán en la obtención de los clientes de documentos que guarden relación con la actividad declarada o en la obtención de información sobre ella ajena al propio cliente".

Entiendo que el notario cumple esta obligación haciendo constar en el documento la profesión (según la declaración del compareciente),

pues no tiene manera de comprobar más, y en el caso de personas jurídicas, reseñando en el documento el objeto social y recogiendo la declaración del compareciente de que no ha variado y que efectivamente (no sólo de nombre) la entidad se dedica a tal actividad.

— **La identificación del titular real** (art. 4) tiene dos vertientes: la primera es la identificación de la **persona por cuya cuenta** se realiza la operación. La ley dice que cuando haya indicios de que los sujetos no actúan por cuenta propia, los sujetos obligados “recabarán la información precisa a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan aquéllos.” En principio, esto es fácil de cumplir y así lo veníamos haciendo ya. Se trata de preguntar al compareciente. Si actúa en nombre ajeno, así se reseña. El único supuesto problemático es si hay indicios de que actúa en nombre propio pero por cuenta ajena; esto será muy difícil de averiguar, porque el compareciente no lo va a decir, así que el notario sólo lo podrá averiguar si hay algún indicio en los datos de la operación (datos que el notario obtiene de las partes para redactar el documento, porque no olvidemos que el notario “no sabe más”) que así lo haga pensar, lo cual será excepcional.

La segunda es **identificar a la persona o personas físicas “que en último término posean o controlen directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por 100 del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control directo o indirecto de la gestión de una persona jurídica”** (se excepciona a las sociedades que coticen en un mercado regulado). Lo mismo se aplica a quien controle más del 25 por 100 de un “instrumento o persona jurídicas que administre o distribuya fondos”. Esta obligación implica “adoptar medidas adecuadas al efecto de determinar la estructura de propiedad o de control de las personas jurídicas”.

Esta segunda obligación, que ahora tenemos que aplicar no sólo en las operaciones inmobiliarias o societarias, supone un incómodo problema.

Habrà que pedir al representante de la persona jurídica que suministre la información que consta en el ANEXO a este trabajo (que se ofrece como modelo).

Habrà que pedir esta información en todo tipo de otorgamientos de escrituras (no sólo las de objeto inmobiliario ni societario) y pólizas, con la excepción (siempre) de las entidades de crédito y las so-



ciudades cotizadas, según el artículo 9 de la ley. Respecto de testimonios y legitimaciones, entiendo que no hay que pedir nada, pues las normas regulan la actuación del notario en estos casos y tal actuación no entra en absoluto en el fondo del documento, pero tampoco podemos pasar por alto que el artículo 2 de la ley ya no limita en absoluto (a diferencia de lo que hacía la ley anterior) los casos de actuación notarial, y que hay determinadas legitimaciones de firma que pueden dar la apariencia (al profano) de que la actuación notarial se refiere al contenido, por lo que hay que ser prudentes en el caso de legitimaciones de firmas de ciertos documentos que contengan declaraciones de voluntad (en los casos en que se pueda legitimar, claro está) y exigir en estos casos siempre la presencia física y realizar correctamente la identificación y dejar claro si el notario ha realizado un control de la legitimación, si lo ha hecho (que en principio no corresponde realizar, porque en tal caso la forma propia es un acta), porque en este último caso entiendo que, atendidas las circunstancias particulares del mismo, quizá habría que pedir la identificación del titular real. Pero como regla general, entiendo que las legitimaciones podrán seguirse realizando como hasta ahora (piénsese en el caso de las legitimaciones de firmas en certificaciones de acuerdos sociales aprobatorios de las cuentas anuales). En los casos de testimonios y legitimaciones no hay "relaciones de negocio", ni se trata, para el notario, de "operaciones".

Por esto mismo, en el caso de las actas, entiendo que no debe pedirse que el notario realice actuaciones de diligencia debida más que cuando haya evidencia de que guardan relación con alguna operación respecto de la cual sí deberían aplicarse medidas de diligencia debida (lo que puede darse en algún acta de requerimiento y/o de manifestaciones). Aunque en realidad me parece que todo esto es excesivo, porque la diligencia debe exigirse en la medida en que el sujeto obligado (el notario) tiene que actuar, y en estos casos de legitimaciones de firmas y de actas la actuación que realiza el notario no le exige saber nada de la operación. Debe tenerse en cuenta el artículo 7 de la ley, que permite (igual que lo hace la Directiva) que el sujeto obligado determine el grado de aplicación de las medidas de diligencia debida "en función del riesgo y del tipo de cliente, relación de negocios, producto u operación" con el solo requisito de que estos extremos se recojan en la política de admisión de clientes a que se refiere el artículo 26 (que luego comentaremos), documento éste que corresponde realizar al OCP.

Creo que la información relativa al titular real no debe acceder a la escritura, pues las copias de la misma están destinadas a circular y facilitar la divulgación de esta información (que sólo al notario autorizante debe suministrarse), aunque fuera con el consentimiento del compareciente (consentimiento que por cierto resultará problemático de obtener) y no me parece práctica la solución de expedir siempre copias parciales.

Podría hacerse constar esta declaración en acta separada, pero no soy partidario de ello (salvo quizá en algún caso excepcional, para salvaguardar mejor la responsabilidad del notario), por excesivo (pues es utilizar una forma notarial para plasmar una declaración que sólo interesa al propio notario autorizante), y porque plantea el problema práctico de su cobro: se generan honorarios y, ¿se va a pedir al declarante que los pague? Por ello, creo que debemos usar un formulario en papel común, que el compareciente tendrá que firmar y quedará archivado en la notaría. Nunca he sido partidario de archivar documentos fuera del protocolo (o libro-registro o libro indicador), pero no parece haber una solución mejor.

— **El seguimiento de la operación** (art. 6) se exige a lo largo de la “relación de negocios”, algo que no se dará en el caso de los notarios, aunque sí puede citarse aquí el artículo 7.2, que exige que las medidas de diligencia debida se aplicarán no sólo a los nuevos clientes, sino también a los clientes existentes “cuando se proceda a la contratación de nuevos productos o cuando se produzca una operación significativa por su volumen o complejidad”.

### **En general:**

— **En todas las medidas de diligencia debida** hay que estar siempre en condiciones de demostrar a las autoridades competentes que las medidas adoptadas tienen el alcance adecuado en vista del riesgo “mediante un previo análisis de riesgo que en todo caso deberá constar por escrito” (art. 7.1). Entiendo que lo entrecomillado no se refiere a los procedimientos de control del artículo 26.1, porque parece que han de ser escritos individualizados por operación. Esta actuación debería concretarse en el futuro Reglamento o aclararse por una Orden o al menos por una Instrucción: creo que bastaría decir que, existiendo el documento del artículo 26.1, si el notario ha aplicado las medidas de diligencia debida ordinaria, no es necesario que ponga por escrito que ha tomado tales medidas

en cada operación. Entiendo que el segundo párrafo de este artículo 7.1 debe conectarse con el primer párrafo (que permite al sujeto pasivo concretar a cada caso el grado de aplicación de las medidas de diligencia debida) y que por tanto se refiere sólo a los casos en que el sujeto obligado ha realizado esa modulación de la diligencia debida. Si ha aplicado todas las medidas de diligencia ordinaria (y en toda su extensión, como ocurrirá en la generalidad de los casos), parece excesivo pedir que ponga por escrito lo que ha realizado y que lo que ha realizado es bastante a la vista de las circunstancias del caso.

Así, es decir, en la práctica notarial, este escrito de previo análisis de riesgo, referido a una operación en particular, se aplicaría sólo a los casos en que es necesario tomar medidas reforzadas de diligencia debida (o, excepcionalmente, simplificadas). Es verdad que aplicar las medidas de diligencia ordinaria (ni más ni menos) ya implica un juicio (que tales medidas son bastantes para esa operación concreta), pero no me parece que éste (el juicio que acaba aplicando lo "standard") sea el juicio a que se refiere el artículo 7.1.

— El artículo 7.3 establece que el sujeto obligado no puede actuar si no puede aplicar las medidas de diligencia debida que se acaban de reseñar.

— Hay medidas de diligencia simplificadas (respecto de entidades de Derecho Público de la UE, entidades financieras domiciliadas en la UE o países terceros equivalentes, y sociedades cotizadas). Respecto de ellas no es necesario aplicar ninguna de las medidas que se acaban de reseñar (art. 9).

— Y hay medidas reforzadas (arts. 11-16), que en lo que pueden afectar a los notarios es en el caso de personas con responsabilidad pública (que hayan desempeñado funciones públicas importantes en otros Estados de la UE o en terceros países; NO en la Administración española), sus cónyuges o parejas, sus hijos y los cónyuges o parejas de sus hijos, y los "allegados" definidos en el artículo 14.1.c.

**b.2) Las obligaciones de información** se concretan en lo siguiente:

— **Examen cuidadoso** (art. 17) de cualquier operación que pueda estar particularmente vinculada al blanqueo (especialmente si era compleja o inusual o sin propósito económico o lícito aparente),

reseñando por escrito los resultados del examen (esto también se decía en la ley anterior). Entiendo que la información suministrada al OCP implica dar por cumplida esta "reseña por escrito", porque ésta se refiere sólo a los casos sospechosos. Será recomendable, de todas formas, conservar la información enviada al OCP.

La nueva ley dice "Reglamentariamente podrán determinarse operaciones que serán en todo caso objeto de examen especial por los sujetos obligados".

— **Comunicación por indicios** (art. 18). No parece que esto implique nuevas obligaciones para los notarios (se seguirán haciendo como hasta ahora, al OCP).

— **Deber de abstención** (art. 19). Esto supone una novedad. Hasta ahora, la ley exigía abstenerse de ejecutar cualquier operación en la que hubiera indicios de blanqueo, sin haber realizado previamente la comunicación. Ahora, la ley dice que los sujetos obligados se abstendrán de realizar cualquier operación de las señaladas en el artículo 18 (o sea, todas las que deban ser comunicadas). Se excepciona el caso de que la abstención no sea posible o pueda dificultar la operación, pues en tales casos puede realizarse y enviar la comunicación.

Pero la ley contempla expresamente el caso de los notarios: exige el deber de abstención cuando haya "varios indicadores de riesgo de los señalados por el OCP o bien indicio manifiesto de simulación o fraude de ley". Está pendiente una comunicación del OCP o del CGN por la que se establezcan los indicadores de abstención y los de mera comunicación.

— Se mantiene la **prohibición de comunicar al sujeto que se ha realizado la comunicación** (art. 24).

— Y en el artículo 25 se regula la **obligación de conservar** durante un plazo mínimo de diez años (antes, seis) "la documentación en que se formalice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley", en particular, copia de los documentos exigibles en aplicación de las medidas de diligencia debida, así como los documentos que acrediten las operaciones realizadas, los intervinientes y las relaciones de negocio.

Entiendo que, en lo que se refiere a los notarios, lo primero se refiere a la copia de los documentos de identificación (que ahora debe hacerse necesariamente en soporte óptico, magnético o electrónico) y a la declaración acerca del titular real.

### **b.3) Las medidas de control interno**

— Subsiste la obligación de establecer **procedimientos adecuados de control interno** para impedir la realización de operaciones de blanqueo. No se recoge la excepción del artículo 11 del Reglamento antes citado, que sólo exige esto respecto de los sujetos pasivos que sean personas jurídicas o establecimientos o empresarios individuales con más de veinticinco empleados, aunque creo que puede seguirse alegando su vigencia hasta que se apruebe el nuevo reglamento (y seguramente el nuevo reglamento recoja algo similar).

Habrá que esperar, por tanto, para tener seguridad en este punto.

Y se añade que los sujetos obligados aprobarán por escrito una política expresa de admisión de clientes, aunque cuando haya un OCP esta tarea corresponderá al mismo.

— Debe designarse un **representante** ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión, aunque en el caso de empresarios o profesionales individuales, lo será el propio empresario o profesional. En el caso de los notarios, el representante del OCP tendrá la condición de representante de todos nosotros (art. 27).

— Debe designarse un **órgano adecuado de control interno** responsable de la aplicación de las políticas y procedimientos de control interno, aunque reglamentariamente podrá exceptuarse a determinadas categorías de sujetos. Esto no tiene sentido en el caso de profesionales individuales.

— Cada sujeto obligado debe aprobar un **manual de prevención** del blanqueo de capitales, que debe mantener actualizado, con información completa sobre las medidas de control interno. Es de esperar que el OCP nos ayude en esta tarea.

— Todas las anteriores medidas de control interno tienen que ser objeto de **examen anual por un experto externo**, aunque esta obligación no será exigible a los empresarios o profesionales individuales (art. 28).

— Y todo sujeto obligado sigue teniendo la obligación de adoptar las medidas oportunas para que los **empleados** tengan conocimiento de las exigencias derivadas de la normativa (art. 29). Esto implica que los empleados tienen que realizar cursos específicos de formación permanente. Las acciones formativas tienen que ser objeto de un plan anual que será aprobado por el órgano de control

interno. Entiendo que esto sólo procederá en los casos en que tenga que haber un órgano de control interno.

#### **IV. COMPARACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA CON LA DIRECTIVA**

La exposición de motivos de la Ley 10/2010 dice textualmente que la Directiva 2005/60 “es una norma de mínimos, como señala de forma rotunda su artículo 5 que ha de ser reforzada o extendida atendiendo a los concretos riesgos existentes en cada Estado miembro, lo que justifica que la presente Ley contenga... algunas disposiciones más rigurosas que la Directiva”. No es exactamente así. El artículo 5 de la Directiva dice “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva disposiciones más estrictas para impedir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”.

##### **De la lectura de la Directiva resulta lo siguiente:**

##### **a) En cuanto a la diligencia debida, se exige lo siguiente:**

- Identificación del cliente y la comprobación de su identidad.
- Identificación del titular real, mediante adopción de medidas adecuadas en función del riesgo para poder comprender la estructura de propiedad y control del cliente. Por titular real se entiende la persona que posea o controle (de forma directa o indirecta) en último término la persona jurídica por tener o poseer un porcentaje del “25 por 100 más una acción” de las acciones o derechos de voto o que por otros medios ejerza el control de la gestión de la entidad.
- Obtención de información sobre el propósito o índole prevista de la relación de negocios.
- Aplicación de medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios.

Cada sujeto obligado aplicará las medidas de diligencia debida determinando el grado de aplicación en función del riesgo y tipo de cliente. Siempre tiene que estar en condiciones de demostrar a las autoridades competentes que las medidas adoptadas tienen el alcance adecuado.

La diligencia debida se aplica no sólo a los nuevos clientes, sino también a los antiguos “en el momento oportuno”.

Los Estados exigirán que la identificación del cliente y la comprobación del titular real se realicen antes de la transacción, pero podrán permitir que se realicen más tarde cuando sea necesario para no interrumpir el desarrollo normal de la operación y cuando el riesgo sea escaso.

Los Estados prohibirán al sujeto obligado que no pueda cumplir las medidas de diligencia debida que lleve a cabo la transacción o relación de negocios.

Las medidas de diligencia debida no se aplicarán a las entidades de crédito o financieras establecidas en la UE o en terceros países que impongan requisitos equivalentes. Los Estados podrán autorizar a no aplicar medidas de diligencia debida a las sociedades cotizadas, autoridades públicas nacionales y en otros casos que ahora no vienen al caso.

Y exigirán (aquí la expresión es imperativa) medidas reforzadas de diligencia debida respecto de “personas del medio político” que residan en otros Estados miembros de la UE o terceros Estados.

**b) En cuanto a las obligaciones de información, se exige:**

— Examen especial de cualquier actividad que se considere particularmente probable que esté relacionada con el blanqueo.

— Comunicación de cualquier operación o tentativa de blanqueo a una unidad de inteligencia financiera (o al OCP de la profesión, si existe).

— Abstenerse de ejecutar transacciones de las que se sepa o sospeche que está relacionada con el blanqueo o financiación del terrorismo hasta que no se haya comunicado la información. Si abstenerse resulta imposible o puede comprometer el procesamiento de los beneficiarios de la presunta operación de blanqueo, los sujetos obligados informarán inmediatamente después a la UIF (o al OCP, si existe).

— NO revelar que se ha realizado la comunicación a dicha UIF u OCP.

— Conservar durante al menos cinco años copia o referencia de las pruebas exigidas (en relación a la diligencia debida) así como los documentos relativos a las transacciones y relaciones de negocios.

**c) Y en cuanto a medidas de control interno:**

- Todo sujeto obligado debe establecer políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida.
- Se exigirá que se adopten medidas para que los empleados de los sujetos obligados tengan conocimiento de las disposiciones vigentes en la materia, lo que incluye la participación en cursos especiales de formación.

Y en cuanto al **notario como sujeto obligado**, la Directiva sólo se aplica “cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera e inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas, la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades, fiducias o estructuras análogas”. Es decir, sólo en operaciones inmobiliarias, financieras y societarias (incluso parece que se trata siempre de operaciones en que el notario no actúa en nombre o por cuenta de su cliente, algo que un notario español no realiza).

**Se destaca el endurecimiento de las normas de la Directiva especialmente en lo siguiente:**

- La Ley española ha ampliado la aplicación de la normativa a toda la actividad notarial, no sólo a la inmobiliaria, financiera o societaria, y además sabiendo que la actuación del notario español nunca es en nombre ni por cuenta de un cliente.
- Ha impuesto al notario un deber de abstención incondicional, o sea, de denegación de prestación de la función (cuyo incumplimiento es infracción grave) en términos tales que no existen en la Directiva.
- Ha elevado el plazo de conservación de documentos hasta diez años.
- Ha creado muchas más obligaciones en materia de medidas de control interno.



## ANEXO

### **MODELO ORIENTATIVO (sin perjuicio del que pueda proponer la Junta Directiva) DE DECLARACIÓN ACERCA DEL TITULAR REAL DE UNA PERSONA JURÍDICA**

DECLARACIÓN A EFECTOS DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 10/2010

D. \*\*\* titular del DNI \*\*\* administrador (o representante) de la sociedad \*\*\*

En relación a la sociedad \*\*\* y a la escritura que se otorga hoy ante el notario de\*\*\* D.\*\*\*

DECLARA

Que no hay (o: “no le consta que haya”, si es un apoderado o mandatario verbal) ninguna persona física que ostente de forma directa ni indirecta el control de más del 25 por 100 del capital o de los derechos de voto, o que por otros medios ejerza el control, directo o indirecto, de la gestión de dicha sociedad.

O bien:

Que hay personas físicas que ostentan de forma directa o indirecta el control de más del 25 por 100 del capital o de los derechos de voto, o que ejercen el control, directo o indirecto, de la gestión de dicha sociedad, cuyos datos de identificación son los siguientes:

Nombre y apellidos\*\*\*\*\* nacionalidad \*\*\* país de residencia\*\*\*\* documento de identificación (DNI, pasaporte, permiso de residencia\*\*\*)

O bien:

Que la sociedad citada está íntegramente participada (o participada al \* por 100, siempre que este porcentaje sea superior al 25 por 100) por la sociedad\*\*\* y que en relación a esta última:

— No hay (o: “no le consta que haya”, si es un apoderado o mandatario verbal) ninguna persona física que ostente de forma directa ni indirecta el control de más del 25 por 100 del capital o de los derechos de voto, o que por otros medios ejerza el control, directo o indirecto, de la gestión de dicha sociedad.

O:

— Hay personas físicas que ostentan de forma directa o indirecta el control de más del 25 por 100 del capital o de los derechos de voto, o que ejercen el control, directo o indirecto, de la gestión de dicha sociedad, cuyos datos de identificación son los siguientes:

Nombre y apellidos\*\*\*\*\* nacionalidad\*\*\* país de residencia\*\*\*\* documento de identificación (DNI, pasaporte, permiso de residencia\*\*\*)

(Protección de datos personales).

# **ACTUALIDAD JURÍDICA**





# ¿HAY UN DERECHO CONSTITUCIONAL A LA VIVIENDA?

**Gabriel García Cantero**

Catedrático de Derecho Civil

Emérito de la Universidad de Zaragoza

*Interest reipublicae domum civis salvum esse*

## SUMARIO

1. PRESENTACIÓN
2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y DESARROLLO LEGAL DEL DERECHO A LA VIVIENDA
3. CONTENIDOS Y CARENCIAS DEL DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA
4. ASPECTOS COMPARATIVOS DEL VOLUMEN
5. ALGUNAS CONCLUSIONES CIVILISTAS

## 1. PRESENTACIÓN

Con el significativo título de *Construyendo el derecho a la vivienda*, mi colega de la Facultad cesaraugustana, el catedrático de Derecho Administrativo profesor Dr. D. Fernando LÓPEZ RAMÓN, acaba de coordinar un interesante volumen (1), que encabeza con un sugestivo capítulo "Sobre el

---

(1) LÓPEZ RAMÓN (coord.): *Construyendo el derecho a la vivienda* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010), 463 pp.

En la obra colaboran los siguientes autores:

LÓPEZ RAMÓN: "Sobre el derecho subjetivo a la vivienda" (pp. 12-24).

Veronique INSERGUET-BRISSET: "La evolución del derecho francés en materia de vivienda" (pp. 27-64).

GUILLÉN NAVARRO: "Políticas públicas de vivienda en Inglaterra" (pp. 65-90).

CIVITARESE MATTEUCI: "La política de vivienda en Italia" (pp. 91-135).

derecho subjetivo a la vivienda". La obra tiene una clara orientación administrativista en su temática, aunque no deja de estar complementada por una elogiabile interdisciplinariedad y, sobre todo, con una acentuada perspectiva comparatista respecto de los países de nuestro entorno más inmediato (Inglaterra, Francia, Italia y Portugal), todo lo cual intensifica el interés jusprivatista de la obra. ¿No es –o debe ser– la vivienda el albergue seguro de los seres humanos, el último reducto de la intimidad de la persona, la sede de la vida familiar y la primera escuela de formación para la vida social? ¿No guarda estrecha relación con el domicilio de la persona y de los restantes miembros de la familia? ¿No resulta, en ocasiones, sede de determinadas actividades económicas bajo la forma de pequeña industria doméstica o cobijo de la actuación profesional de todos o algunos de los miembros de aquélla? La equívoca ubicación del artículo 47 CE, y su –en cierto modo–, vago e indefinido contenido, han hecho dudar a los civilistas españoles de si, en nuestro ordenamiento, está reconocido, en qué términos y a favor de qué sujetos, semejante derecho a acceder a una vivienda, y si estaría jurídicamente tutelado al amparo del artículo 24 CE.

En una apretada docena de páginas (2), LÓPEZ RAMÓN va desgranando su personal concepción sobre tema tan de actualidad, pues su tratamiento doctrinal ha venido a coincidir en el tiempo con el derrumbe español de la denominada *economía del ladrillo*, unido a las calificadas (mejor: des-calificadas) *hipotecas-basura* norteamericanas, también vinculadas a la construcción y cuya crisis se desató un 10 de agosto de 2008, circunstancias todas ellas que han sumido al mundo occidental y, especialmente, a nuestro país, en una muy difícil situación financiera y económica cuyo final –con angustiosos altibajos–, apenas si todavía se vislumbra. Con ayuda de la legislación internacional, de nuestra Constitución y de las leyes desarrolladas conforme a la misma, tanto por el Estado como por las CCAA, y teniendo a la vista el Derecho comparado, el autor concluye en favor de la existencia

---

ALVES CORREIA y Ana Raquel GONÇALVES MONIZ: "Consideraciones sobre la promoción del derecho a la vivienda en Portugal" (pp. 137-164).

BERMEJO LATRE: "La evolución de las políticas de vivienda en la España del siglo xx" (pp. 165-198).

ESCARTÍN ESCUDÉ: "Seguridad y calidad en la vivienda" (pp. 199-230).

María Teresa ALONSO PÉREZ: "La protección jurídica del comprador de vivienda" (pp. 231-262).

Sofía DE SALAS MURILLO: "El arrendamiento en el marco del derecho a la vivienda" (pp. 263-287).

Victoria Eugenia COMBARROS VILLANUEVA: "La fiscalidad y su incidencia en la disponibilidad de la vivienda" (pp. 289-305).

TEJEDOR BIELSA: "Régimen jurídico general de la vivienda protegida" (pp. 309-347).

IGLESIAS GONZÁLEZ: "La planificación de la vivienda protegida" (pp. 349-381).

GARCÍA ÁLVAREZ: "Las reservas de suelo para viviendas de protección pública" (pp. 381-409).

SOLANA CABALLERO: "Régimen de acceso, uso y transmisión de la vivienda protegida de Aragón" (pp. 411-451).

(2) LÓPEZ RAMÓN, *op. cit.*, pp. 11-24.

de un auténtico derecho subjetivo a la vivienda en nuestro ordenamiento, actuable judicialmente ante los tribunales, si bien su efectividad dependerá estrechamente de las políticas desarrolladas posteriormente por los organismos competentes.

## 2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y DESARROLLO LEGAL DEL DERECHO A LA VIVIENDA

El artículo 25.1 de la DUDH de 1948 –que vino a enunciar *in nuce* lo que hoy denominamos *derechos sociales*–, establece que: *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios*. Obsérvese que este precepto mezcla los derechos fundamentales denominados de primera y segunda generación, pues en cierto modo los de alimentos, el vestido y la asistencia médica se relacionan más bien y vienen a ser un desarrollo del derecho a la vida. Con todo, la imperfecta redacción de la norma se reitera en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y lo que resulta más frustrante todavía es que, en ambos textos, se carece de una nítida acción judicial que garantice su ejercicio.

El derecho a la vivienda aparece algo mejor individualizado en el artículo 47 CE, según el cual: *Todos los españoles tienen derecho a una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*. LÓPEZ RAMÓN no deja de subrayar los indudables aciertos de la norma transcrita. Literalmente dice respecto de ella (3): “No parece que pueda dudarse del carácter normativo del conjunto de titularidades, objetivos y obligaciones establecidos en ese precepto. Como todos los principios rectores de la política social y económica incluidos en el capítulo III del Título I de la Constitución, su reconocimiento, respeto y protección informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos según se dispone en el artículo 53.3 de la misma. La nota característica de estos principios estriba en que su vinculación normativa está dirigida únicamente a los poderes públicos (legislativo, judicial y ejecutivo resultan explícitamente concernidos), a quienes imponen deberes y atribuyen poderes. En cambio, no se permite su exigencia como derechos subjetivos por los ciudadanos al preverse en el citado artículo 53.3 que *sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”. Insiste más adelante en que *el derecho a la vivienda ha de ser el hilo conductor de las políticas de la vivienda*. El papel central del mismo se advierte tanto en su proclamación inicial como en la explícita subordinación de las normas pertinentes a la finalidad de *hacer efectivo ese*

(3) LÓPEZ RAMÓN, *op. cit.*, p. 12.

*derecho*. Un planteamiento jurídico es preciso, por tanto, para construir adecuadamente las políticas públicas de vivienda. Ello resulta muy útil dada la facilidad con que el imprescindible elemento financiero parece justificar aquí la más amplia discrecionalidad política y administrativa. Una política integral del derecho a la vivienda no puede limitarse a proporcionar viviendas protegidas a conjuntos variables de destinatarios en función de los periódicos compromisos presupuestarios. Añadiría, por mi parte, como recensor, que la adjetivación de *vivienda digna y adecuada* de nuestro texto constitucional parece alejada de las llamadas *soluciones habitacionales* que en la anterior legislatura puso de moda el Ministerio del ramo.

A mi juicio, resulta básica la específica aportación del coordinador de la obra que figura bajo el título de “El reconocimiento del derecho subjetivo a la vivienda” (4). Parte de la premisa de que el derecho subjetivo a la vivienda puede ser identificado por vía de la interpretación del texto constitucional o, en todo caso, como consecuencia del desarrollo legislativo producido en la materia.

LÓPEZ RAMÓN se basa en que el artículo 53.3 CE sólo descarta el reconocimiento de los *principios* establecidos en el capítulo III del Título I CE como derechos subjetivos, sin que ello afecte a los *derechos* recogidos dentro de ese mismo capítulo (el autor menciona, entre estos últimos, el derecho a la salud, a la cultura, al medio ambiente y el derecho a la vivienda; por mi parte añadiría a este elenco la protección jurídica de la familia y la maternidad, la igualdad de las filiaciones –matrimonial y no matrimonial– y la protección integral de los hijos, derechos recogidos *ad abundantiam* en el art. 39 CE). Ciertamente, el artículo 53.3 no permite la directa consideración como derechos subjetivos de los principios económico-sociales recogidos en el cit. capítulo III, pero no hay ninguna razón concluyente –insiste el autor– para entender que en esa ubicación constitucional sólo se contienen principios. Supuesto contrario al que se da en la sección 1.ª, capítulo II, del Título I de la CE, entre cuyos contenidos pacíficamente se reconoce la existencia de principios que no pueden ser considerados derechos fundamentales ni libertades públicas, y que, en consecuencia, no gozan de los efectos establecidos en los artículos 53.1 y 2. Comparte, además, la convicción de que los derechos reconocidos en la Constitución son *derechos* y no otra cosa. La fuerza de las palabras utilizadas por lo que ellas mismas significan, junto con la fuerza de la conciencia social sobre la necesidad de compromisos exigibles en torno a ciertos valores del texto constitucional, son elementos que justifican interpretar que, en este lugar, la palabra *derecho* equivale a *derecho subjetivo*, esto es, a una situación de poder individual susceptible de tutela jurídica. Por añadidura, la interpretación que niega la tutela judicial directa de estos derechos parece ignorar el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de *derechos e intereses legítimos*, según expresa el artículo 24.1 CE, en la medida en que niega la tutela judicial de derechos recogidos en el propio texto fundamental.

(4) En particular, *loc. cit.*, pp. 13-16.

Al margen de la expuesta interpretación constitucional, el derecho subjetivo a la vivienda cuenta con explícitos fundamentos jurídico-positivos en la experiencia española (así, el art. 26 del Estatuto de Cataluña de 2006, previéndose expresamente la tutela judicial de los derechos estatutarios en el art. 38.2, entre ellos, y también de modo expreso, el derecho a la vivienda; el art. 16 del Estatuto de la Comunidad Valenciana de 2006, y el art. 22 del Estatuto de las Islas Baleares –también en los dos últimos con la previsión del catalán (5)–, de esta suerte, los ciudadanos de estas tres comunidades autónomas disponen de un derecho subjetivo a la vivienda garantizado en los respectivos Estatutos, cuyo desconocimiento por parte de los poderes ejecutivos concernidos podrá ser tutelado por los jueces y tribunales competentes). Pero con mayor ámbito territorial –estatal y no autonómico– tal derecho se reconoce expresamente en el artículo 4.a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, en los siguientes términos:

*Todos los ciudadanos tienen derecho a:*

*a) Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados.*

El autor comenta el transcrito precepto (6) afirmando que no encontramos en la formulación legal de ese derecho ninguna restricción que impida identificarlo como un derecho subjetivo, esto es, siguiendo la clásica formulación civilista, como una situación de poder tutelado por el ordenamiento jurídico cuyo contenido puede ser exigido por vía judicial. Se trata de un derecho personal explícitamente reconocido en una norma de rango legal que, además, lo incluye entre las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos, con fundamento en el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE, según la Disp. Final 1.<sup>a</sup>, pár. 1.º, del TR de la Ley del Suelo de 2008.

No deja, con todo, de reconocer la sorpresa que le causa que este desarrollo legal haya omitido elementos tan esenciales como los relativos a los sujetos titulares del derecho, las personas obligadas a prestarlo y los contenidos precisos de ese derecho a la vivienda. Concluye, sin embargo, que pese a las críticas que puedan producir la indeterminación y la parquedad de desarrollo legislativo, no cabe dejar de constatar que el derecho constitucional a la vivienda se ha hecho operativo, en el ordenamiento español, por virtud de su consideración legal como derecho subjetivo susceptible de

(5) Observa LÓPEZ RAMÓN, *loc. cit.*, p. 15, n. 2, que ni en el Estatuto de Andalucía de 2007 (art. 25), ni en el de Aragón del mismo año (art. 27) se encuentran las cláusulas de garantía del catalán, valenciano y balear, por lo cual sus referencias al derecho a la vivienda sólo representan principios de las respectivas políticas públicas.

(6) Que coincide, según el autor, con el artículo 4.a de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo.



tutela judicial. Incluso aunque se le considere mero principio económico-social, pues ya cuenta con desarrollo legal. Por ello dedica un apartado extenso (7) a explicar sus luces y sombras, sus aciertos y deficiencias, por supuesto, bajo la perspectiva jurídico-administrativa.

### 3. CONTENIDOS Y CARENCIAS DEL DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA

Bajo el precedente enunciado desarrolla el siguiente contenido: 1) Acceso a la vivienda; 2) Conservación de la vivienda; 3) Calidad de la vivienda; y 4) Mercado de la vivienda.

A juicio del autor la mejor vía de garantizar los contenidos del derecho subjetivo a la vivienda se encuentra en su asunción sistemática por las políticas públicas de vivienda mediante el establecimiento de un adecuado marco organizativo y de programación, ya que si las prestaciones y beneficios correspondientes se abandonaran al ejercicio de acciones judiciales, las incertidumbres de la actuación caso a caso serían notables. El esquema precedente contiene –a su juicio– el alcance general de los principales contenidos de aquel derecho.

1. Parece imprescindible establecer, en primer término, el derecho subjetivo de acceso a la vivienda; en su ausencia tal derecho equivaldría simplemente al derecho de quienes ya dispusieran de vivienda, a disfrutar de la misma. En nuestro Estado social de Derecho ello supone la asunción por el poder público de un deber de proporcionar vivienda a quienes no pueden obtenerla en el mercado (8). Aunque reconoce que tal afirmación puede tropezar con ciertas inercias interpretativas que consideran que el grado de exigibilidad de los llamados derechos sociales depende de la voluntad del legislador. En algunos casos tal exigibilidad ha sido muy rápida, como ha ocurrido con el derecho a la educación, hoy reconocido en el artículo 27 CE como derecho subjetivo reforzado incluido en el catálogo de los derechos fundamentales. Pero en todo caso ha de comprenderse que todos los derechos sociales están llamados a disponer de un desarrollo legislativo que precise su alcance y determine las concretas prestaciones del poder público que han de generarse a favor de los administrados; la ausencia o parquedad de ese desarrollo legislativo no puede equivaler a negación del derecho.

En el caso que nos ocupa, muchas familias e individuos pueden encontrar satisfecho su derecho subjetivo a la vivienda acudiendo al mercado. De aquí que tal derecho ha de entenderse lógicamente dirigido a *las personas que no disponen de los recursos suficientes*, tal como expresa el artículo 26 del Estatuto catalán. En el ordenamiento español hay un derecho subjetivo de acceso a la vivienda, que expresamente reconoce el TR de la Ley del Suelo. En algunos casos –que el autor enfatiza (9)– considera indiscutible

---

(7) *Loc. cit.*, pp. 16-24.

(8) LÓPEZ RAMÓN, *loc. cit.*, p. 17.

(9) ¿Cómo cabría negarlo a una familia sin patrimonio y sin rentas de ningún

el reconocimiento judicial del derecho de acceso a la vivienda. Pero con encomiable realismo afirma que a nadie se le pueden ocultar las dificultades que entraña llevar a la práctica tal derecho subjetivo, de cuya existencia, sin embargo, no duda. Por supuesto que el derecho de acceso a una vivienda no implica, precisamente, acceder a su propiedad, surgiendo, además, abundantes interrogantes sobre el nivel de renta, las condiciones familiares, el arraigo, la aplicación a los inmigrantes y otros aspectos que pueden resultar de imposible o muy difícil resolución en ausencia de una regulación detallada de desarrollo del derecho. Tampoco es fácil establecer quién estaría obligado a proporcionar la vivienda; incluso el establecimiento de las características de dignidad de la vivienda suscita amplias dudas.

Viene a concluir el autor (10) que el derecho subjetivo existe en términos formales, pero parece no haber seguridad de su reconocimiento judicial sino en casos extremos. Cita a TEJEDOR BIELSA, que habla de un *derecho subjetivo emergente o en construcción*, cuyas prestaciones han de ser organizadas y programadas por los poderes públicos competentes. La experiencia francesa –que no deja, por otro lado, de presentar lagunas y problemas– nos muestra un cierto modo de construir legislativamente el derecho subjetivo de acceso a la vivienda. Según Veronique INSERGUET-BRISSET, la Ley de 5 marzo 2007 ha instituido el derecho a la vivienda exigible a favor de toda persona que, residiendo en el territorio francés de forma regular y en las condiciones de permanencia definidas por decreto del Consejo de Estado, no se encuentre en situación de acceder o mantenerse en el mismo por sus propios medios. El derecho puede ser ejercido en vía administrativa y si es necesario judicial: a) la primera se desenvuelve ante las Comisiones de Mediación creadas en los Departamentos, que designan a las personas con prioridad para la atribución de una vivienda adecuada a sus necesidades y capacidades financieras por parte del prefecto en determinados plazos (seis meses en caso de urgencia reconocida por la Comisión correspondiente); b) la vía jurisdiccional garantiza especialmente la ejecución de las decisiones de tipo favorable de las Comisiones, y, genéricamente, el control de legalidad de cualesquiera decisiones de dichas Comisiones, aunque por ahora este control genérico se lleva a cabo exclusivamente mediante el recurso por exceso de poder, habiéndose rechazado la procedencia del contencioso de plena jurisdicción que permitiría la atribución judicial de la calidad del solicitante prioritario. En Derecho español, observa LÓPEZ RAMÓN, en ningún momento se ha tratado de conectar la proclamación normativa del derecho subjetivo a la vivienda con la intervención pública sobre las viviendas protegidas, que precisaría de profundos cambios en su orientación y contenidos, dado que, según expone BERMEJO LATRE, las sucesivas políticas españolas de viviendas protegidas aparecen dominadas por el fomento de la construcción de vivien-

---

tipo que careciera absolutamente de vivienda? ¿No habría de considerarse en tal caso afectado incluso el derecho fundamental a la vida de los integrantes de esa familia? (*loc. cit.*, p. 18).

(10) LÓPEZ RAMÓN, *loc. cit.*, p. 19.

das como vía de desarrollo económico general, lo que requiere, en buena medida, prescindir de las clases marginadas y dirigirse a las amplias clases medias para que adquieran la propiedad de tales viviendas protegidas.

2. Dentro de la conservación de la vivienda se incluye la expropiación forzosa, la ruina, la ejecución de créditos, la tributación y, especialmente, el régimen de los arrendamientos urbanos, aspectos tratados, en particular, por algunos colaboradores del volumen.

Según Veronique INSERGUET-BRISSET, en Francia el régimen de la expropiación prevé el derecho al realojamiento a cargo del expropiante como compensación por la pérdida de la vivienda, inicialmente previsto sólo en beneficio de los arrendatarios de inmuebles expropiados, y posteriormente reconocido a favor de todos los ocupantes, propietarios o no, que pierdan la vivienda en una expropiación. En el mismo sentido la legislación sobre insalubridad y ruina de los edificios destinados a vivienda garantizan el derecho de los arrendatarios u otros ocupantes a ser realojados a costa de los propietarios tras la declaración de insalubridad o peligro del inmueble.

En Portugal observamos la producción de esas mismas consecuencias en lo que ALVES CORREIA y GONÇALVES MONIZ denominan el contenido negativo del derecho a la vivienda, reconocido en el artículo 65 de la Constitución lusa; así, el derecho a no ser privado de la vivienda ha podido servir para que el TC rechazara la inconstitucionalidad de las normas que mantienen al deudor y a su familia en el uso de la vivienda embargada (Acuerdo 649/1999), o de las que consagran la renovación obligatoria y automática del contrato de arrendamiento de la vivienda (Acuerdo 420/2000).

En Alemania, como expone M.<sup>a</sup> Victoria COMBARROS VILLANUEVA, el TC, en su sentencia de 22 junio 1995, exige proteger, frente al impuesto sobre el patrimonio, a los bienes que permiten proseguir la vida personal del sujeto pasivo tributario y de su familia, entre los cuales destaca particularmente la vivienda unifamiliar de tipo medio.

Concluye este apartado LÓPEZ RAMÓN (11) diciendo que el derecho subjetivo a la conservación de la vivienda reclama contenidos cuya exigencia puede imponerse mediante ejercicio de acciones judiciales, e, incluso, a la vista de los anteriores ejemplos comparados, puede y debe fundamentar limitaciones de otros derechos subjetivos (como el de propiedad), o también de potestades públicas (como la expropiatoria). Un ámbito particularmente apto para ese desarrollo es el relativo a los arrendamientos urbanos, si bien entre nosotros, como apunta Sofía SALAS MURILLO, presenta un injustificable *carácter pendular* entre la protección del arrendatario y la del propietario.

3. La calidad de la vivienda sólo parcialmente se encuentra en nuestro ordenamiento a través de la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999 y el Código Técnico de la Edificación de 2006, cuyos antecedentes, contenidos, exigibilidad y problemática son expuestos por ESCARTÍN ESCUDÉ. Se trata de requisitos fundamentalmente orientados a asegurar las prestaciones que

---

(11) *Loc. cit.*, pp. 20 y s.

en materia de seguridad, salubridad, comodidad y otras han de cumplir las nuevas construcciones, y, por tanto, también las viviendas. Cabría incluir, en este apartado, la legislación urbanística de algunas CCAA. Sin embargo, de manera sistemática no se ha iniciado en nuestra experiencia el proceso de vinculación entre esa normativa y los contratos ordinarios de compraventa y arrendamiento de vivienda. De manera que, con carácter general, observa M.<sup>a</sup> Teresa ALONSO PÉREZ, la defensa del comprador de viviendas ha de discurrir por las vías reparadoras que ofrece la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Más novedades ofrece en esta materia el Derecho francés, a través de las *técnicas del diagnóstico en materia inmobiliaria*, que imponen al propietario la carga material y financiera de las investigaciones y de la comprobación del estado de las viviendas, no sólo en los casos de construcción, sino en algunas transacciones sobre la vivienda, proporcionando información fiable a compradores y arrendatarios. La posible multiplicación de diagnósticos ha conducido a una racionalización normativa operada por la Ordenanza de 8 junio 2005, que impone la reunión de los elementos de comprobación en un documento único, el informe de diagnóstico técnico emitido por un profesional acreditado.

4. Aspecto delicado –probablemente, verdadero *punctum ardens* del tema– es el referente a la relación del derecho subjetivo a la vivienda con el funcionamiento del mercado: *¿Libertad vs. Intervención*, o viceversa? Si para asegurar la efectividad de aquél resulta poco menos que imprescindible la intervención de políticas públicas, ¿no corremos el riesgo de ahogar con estas últimas el clima de libertad que precisa un funcionamiento pleno de los derechos subjetivos? El autor fundamenta su posición, con apoyo de las opiniones expuestas por algunos colaboradores, en unas ceñidas páginas (12).

La limpieza del mercado de la vivienda se encuentra desarrollada bajo la óptica de la protección de los consumidores, en el RD 515/1989, y otras normas complementarias, cuyos contenidos se analizan por M.<sup>a</sup> Teresa ALONSO PÉREZ. Con carácter preventivo se establece la obligación del transmitente de proporcionar información sobre los sujetos, el contrato, la vivienda y el precio, obligación que resulta fortalecida mediante la posible anulación del contrato, la regla de la exigibilidad de lo ofrecido en la información precontractual y la imposición de sanciones administrativas. En la fase de la perfección de la compraventa las medidas protectoras del comprador pretenden asegurar que su consentimiento se ha formado libre y conscientemente y, además, que el contenido del contrato no resulta injusto por una situación de dominio en el mercado. A tales finalidades responden la acreditación de las exigencias de información a cargo del transmitente, la observancia de ciertos requisitos formales y la regulación sobre interpretación y efectos de las cláusulas abusivas: también se atiende al retraso en la entrega de la vivienda y a la presencia de defectos en la construcción.

(12) *Loc. cit.*, pp. 22-24.

La libertad de mercado de la vivienda es un elemento que, adecuadamente entendida –matiza el autor– nos proporciona una perspectiva esencial para comprender el alcance de la intervención pública en la materia. Por imperativo del artículo 38 CE y de los artículos 81 y ss. del Tratado de la CE, dicha intervención ha de dirigirse preferentemente a permitir la satisfacción de las necesidades de vivienda de los ciudadanos mediante el juego de la oferta y la demanda. Necesitamos un mercado de vivienda orientado a fin de impedir la especulación y robustecer las posibilidades de acceso al mismo de las personas económicamente más débiles, pero no un mercado libre ni un mercado intervenido (13). En la reciente experiencia española, el mercado libre de la vivienda trató de potenciarse por el Estado mediante la llamada liberalización del suelo, parcialmente establecida en la Ley del Régimen de Suelo y Valoraciones de 1998, cuyos antecedentes ideológicos hay que buscar en el Informe sobre los monopolios emitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia en 1993. Estos planteamientos generaron un incremento espectacular de la oferta de vivienda, que fue acompañado de un crecimiento brutal de los precios de los inmuebles. En opinión del profesor LÓPEZ RAMÓN (14), esa incoherencia económica es fundamentalmente debida a que el funcionamiento del mercado de la vivienda se produce en ciclos mucho más largos de los que permitiría un adecuado juego de la oferta y la demanda. A ello contribuyó además el artificial incremento de la capacidad adquisitiva de los demandantes de vivienda por un sistema de crédito hipotecario ajeno a las cautelas de la buena tradición bancaria.

Ahora bien, en opinión del autor, la alternativa al mercado libre no puede ser el mercado intervenido de la vivienda. Así ocurre que muchas de las regulaciones autonómicas últimamente promulgadas, especialmente las lideradas por el –a la vez– eficazísimo e injusto sistema urbanizador de tipo valenciano, presentan el riesgo de producir una virtual eliminación del mercado de la vivienda (15). Otra afirmación, sin duda, comprometida: *El*

---

(13) *Loc. cit.*, p. 22.

(14) *Loc. cit.*, p. 23.

(15) A modo de aclaración afirma el coordinador del volumen que, supuestamente, estos sistemas tendrían que haber producido la contención de la escalada de precios del suelo y de la vivienda mediante la efectiva generación del suelo urbanizado por parte de los activos empresarios urbanizadores, que se consideraban más preparados que los pasivos propietarios del suelo. Ante la evidencia de la falta de obtención de los resultados esperados, en una especie de huida hacia delante, los sostenedores del sistema creyeron encontrar el complemento del empresario organizador en la figura de las viviendas protegidas o, más genéricamente, de precio tasado. A partir de esos planteamientos, los legisladores autonómicos han ido sumando técnicas y disposiciones tendentes tanto a vincular suelo urbanizable para viviendas protegidas y lograr su efectiva construcción, como a endurecer el régimen del uso y transmisión de las mismas. Entre los colaboradores del volumen, TEJEDOR BIELSA con carácter general, y SOLANA CABALLERO en relación con la legislación aragonesa, dan cuenta de esa espiral normativa que lleva a engendrar nuevos instrumentos que cubran las lagunas e incoherencia anteriormente ideados. Resulta muy clara la postura de LÓPEZ RAMÓN sobre este punto: Desde la Ley del Suelo de 2007, actualmente refundida en

*poder público no está legitimado para destruir el mercado de la vivienda de las clases medias* (16). Postulado que conecta bien con la estimación sociológica, recogida sobre Italia por CIVITARESE MATTEUCCI, según la cual la plenitud de la ciudadanía se asocia normalmente con la propiedad de la vivienda, lo que explicaría la opción del artículo 47.2 de la Constitución de referirse a la vivienda exclusivamente para favorecer el acceso del ahorro popular a la misma; en el mismo sentido cabe mencionar el *right to buy* en la experiencia inglesa, de la que habla GUILLÉN NAVARRO (derecho del arrendatario a comprar la vivienda que ocupa bajo requisitos muy singulares). Pero debe resaltarse la conclusiva afirmación de LÓPEZ RAMÓN: Un desarrollo excesivo del mercado intervenido de viviendas protegidas dirigido a las clases medias supone un acceso injusto y ficticio al derecho de propiedad de la vivienda: *injusto* porque los aspirantes a la vivienda económica siguen superando las cifras de viviendas protegidas que cabe ofrecer, de manera que la objetividad se traduce en el sorteo de las adjudicaciones, ofreciendo, pues, a los beneficiarios todo, y al resto de solicitantes nada; *ficticio* porque los conjuntos crecientes de limitaciones de uso y disposición de las viviendas protegidas apartan en realidad a las familias beneficiadas en los sorteos del acceso futuro al mercado de vivienda, con peligro de que los grandes conjuntos de viviendas protegidas terminen convertidos en guetos.

Me parece del máximo interés –y también privatístico– la afirmación final del autor (17): **A la vista de las importantes carencias que presenta el reconocimiento generalizado de un derecho subjetivo a la vivienda, sin renunciar a ese elemento de nuestro sistema jurídico, se impone diseñar unas políticas públicas tendentes a hacerlo realidad. Por imperativo constitucional y estatutario corresponde a las Comunidades Autónomas definir y desarrollar esas políticas, pero el establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio del derecho constitucional a la vivienda es competencia irrenunciable del Estado conforme a lo**

---

el TR de 2008, el Estado suma sus esfuerzos en la misma línea de las CCAA, aunque introduciendo notables incoherencias en la planificación de vivienda, según advierte IGLESIAS GONZÁLEZ. Todos los elementos concurrentes producen la sensación de que el camino emprendido no tiene fin y que cabría llegar a la eliminación del mercado de la vivienda, incluso cuando se advierte la generación de algún tipo de límites, como se constata en la jurisprudencia relativa a las reservas de suelo para viviendas protegidas. En este panorama llega a dibujarse una suerte de ideal legislativo que estaría formado por una reconducción de partes significativas del mercado de la vivienda al sistema intervenido de las viviendas protegidas. Aunque conviene advertir de que las aspiraciones propiamente ideológicas se mezclan con las necesidades económicas de empresas inmobiliarias y entidades bancarias gravemente afectadas por la crisis inmobiliaria, que buscan dar una salida al enorme *stock* de viviendas acumulado a través de las ventajas tributarias y financieras de las viviendas protegidas (LÓPEZ RAMÓN, *loc. cit.*, pp. 23 y s.).

(16) LÓPEZ RAMÓN, *loc. cit.*, p. 24.

(17) *Ibidem*, *loc. cit.* últim. cit.

**dispuesto en el artículo 149.1.1 de la Constitución. En efecto, las bases de tan esencial derecho para la afirmación del Estado Social han de ser comunes y comprender los variados elementos que apretadamente hemos ido repasando: acceso a una vivienda de calidad, conservación de la misma y derecho a obtener su propiedad en condiciones de mercado que excluyan la especulación.**

#### **4. ASPECTOS COMPARATIVOS DEL VOLUMEN**

Lo que a primera vista destaca es la notable riqueza de datos, sociológicos y jurídicos, que el volumen aporta sobre políticas de la vivienda en los países contemplados, consecuencia de haber seleccionado a un excelente plantel de profesores de la especialidad, españoles y extranjeros, y, en cuanto a estos últimos, en su gran mayoría originarios de los países de que tratan. En estas informaciones se da cuenta, en ocasiones muy detalladamente, sobre las últimas reformas legislativas así como su significado en el proceso evolutivo de aquéllas, y muchas veces se hace un juicio valorativo para nosotros. No deja de haber coincidencia amplia entre estos países, en relación con algunos factores socio-económicos (emigración masiva de la población rural a las ciudades, casi todos los países considerados han sufrido conflictos bélicos internacionales o internos, o han padecido al menos sus efectos de modo directo, o se ha dado la aparición y el desarrollo del urbanismo, etc.); e, igualmente, de abundante legislación administrativa y civil, esta última para distanciarse, en mayor o menor medida, de las normas vigentes en sus códigos; todos los países considerados pertenecen actualmente a la UE, aunque no todos pueden exhibir la misma antigüedad dentro de ella. Sin embargo, la situación ya no resulta coincidente en relación con el reconocimiento formal y expreso del derecho constitucional de los ciudadanos a una vivienda.

Hay países, como Inglaterra e Italia, que, por diversas razones, no lo incluyen en sus derechos fundamentales. En el primero –aparte de no tener propiamente Constitución formal–, porque las políticas sobre la vivienda se han incluido últimamente en los programas electorales de los dos partidos más importantes (conservadores y laboristas) y, en no pocas ocasiones, han sido factores decisivos para el triunfo de uno u otro, convirtiéndose así el tema, desde un punto de vista práctico, en una alternativa (*socialización vs. privatización*) que, en cierto modo, oculta el problema e impide *de facto* considerar como fundamental el derecho a la vivienda. En el segundo, porque la Constitución de 1947 careció de visión de futuro sobre los derechos sociales, y el TC y la doctrina apenas si han llegado a una formulación clara del derecho a la vivienda (18); aunque no faltan aisladas sentencias constitucionales

---

(18) Escribe CIVITARESE MATEUCCI, *loc. cit.*, pp. 94 y s.: “De hecho, hoy más que ayer, si partimos de la problemática social que existe en torno a la vivienda, no es fácil de definir un ámbito aceptablemente preciso de la posición en que se encuentra



más expresivas a este respecto (19). En contraste, en Francia y Portugal hay normas constitucionales bastante claras y significativas sobre el derecho a la vivienda, aunque varía la interpretación autorizada que se les da.

*Francia.* La profesora Veronique INSERGUET-BRISSET comienza (20) –*clarté d’abord!*– estableciendo el significado de algunos términos que no son sinónimos en la lengua de Molière: *Logement*, designa clásica y estrictamente el lugar donde se habita, la casa individual o el apartamento en un inmueble colectivo; *hebergement*, es una situación temporal y transitoria, de la que no se trata en este estudio; *habitat*, es una noción más vaga, cuyos contornos son variables según las disciplinas a que se aplica, las cuales concuerdan, sin embargo, en que el mismo se refiere a las relaciones entre la vivienda y el espacio en que la misma se sitúa (21).

El reconocimiento por la Ley de 5 marzo 2007 del derecho a la vivienda, reclamable ante la Justicia por los administrados mal alojados o sin alojamiento, se inscribe en un proceso de maduración, que ha sido un tanto perturbado por la incidencia de disposiciones sectoriales anteriores. La autora

---

el *derecho a la vivienda* en la Constitución. Y tampoco encontrar un criterio unificador de las distintas políticas públicas que genéricamente se refieren a la vivienda: unas enfocadas a la vivienda social, otras destinadas a favorecer al pequeño ahorrador, otras dirigidas a los jóvenes que buscan su primer hogar, ya sea en solitario, ya en pareja, otras relativas a la necesidad que tienen los trabajadores, cualificados y no cualificados, de vivir de un modo decoroso en las grandes zonas urbanas, y así sucesivamente”. La única referencia expresa de la Constitución a la vivienda se hace en el artículo 47.2, según el cual la República debe promover el acceso del ahorro popular a la propiedad de viviendas. El autor se esfuerza por hacer ver que la carencia de una vivienda obstaculiza el ejercicio de varios derechos fundamentales; así el artículo 2 (dignidad de la persona), la igualdad sustantiva del artículo 3.1, el derecho a formar una familia (art. 29), el de mantener, instruir y educar a los hijos (art. 30), y la ayuda a las familias numerosas (art. 31).

(19) Así, amparándose en disposiciones internacionales, la STC núm. 217 de 1988 ha declarado: “Crear las condiciones mínimas para un Estado de bienestar, contribuir a garantizar al mayor número posible de ciudadanos un derecho social fundamental, como el de la vivienda, posibilitar que la vida de toda persona refleje, cada día, todos los aspectos que conllevan la imagen universal de la dignidad humana, son tareas sobre las que el Estado no puede abdicar bajo ninguna circunstancia”; es “ciertamente una obligación de toda la comunidad evitar que las personas puedan hallarse privadas de vivienda” (s. núm. 49 de 1987), por lo cual existe “un deber colectivo de prevenir que la gente pueda permanecer carente de vivienda, deber que caracteriza el concepto constitucional de Estado social, y que supone, además, el reconocimiento a un derecho social a la vivienda que se sitúa entre los inviolables de la persona recogidos en el artículo 2 de la Constitución” (s. núm. 404 de 1988).

(20) Veronique INSERGUET-BRISSET, *loc. cit.*, p. 28.

(21) La noción de *habitat* es reveladora de la pluralidad de competencias en materia de viviendas. La política del *habitat* tiende a desarrollar de manera organizada una oferta de viviendas adaptada a las necesidades propias de cada categoría de población; su definición permanece como una competencia exclusiva del Estado, en cambio su puesta en funcionamiento es compartida con las colectividades locales, sus agrupaciones y los establecimientos públicos especializados en materia de reordenación del territorio y de vivienda (*loc. cit.* en nota anterior).



se refiere a la Ley Quillot, relativa a los derechos y deberes de los arrendatarios, la cual fue la primera que planteó el derecho al *habitat* para confirmar la libertad de toda persona de su modo de elegirlo y de su localización; y a la Ley de 31 mayo 1990, que reconoció, sin más aclaraciones, la existencia de un derecho a la vivienda. Pero con anterioridad, los párrafos 10 y 11 del Preámbulo de la Constitución de 1946 (IV República) habían expresado que: *La nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo; garantiza a todos, especialmente al niño, a la madre y a los viejos trabajadores, la protección de la salud, la seguridad material, el reposo y el ocio.* Desde 1995 el *Conseil Constitutionnel* (con funciones equivalentes a nuestro TC) ha calificado, reiteradas veces, de objetivo constitucional la posibilidad de toda persona de disponer de un alojamiento decente, con base en los transcritos párrafos del Preámbulo. Pero mientras no ha tenido inconveniente en reconocer, sucesivamente, el derecho a la protección de la salud, a la protección social y a la seguridad material, el derecho de llevar una vida familiar normal y el derecho a la solidaridad nacional, en su calidad de derechos fundamentales, se ha negado a hacerlo respecto de la vivienda. El *Conseil d'Etat* (con mayores facultades decisorias que su homónimo español) ha rubricado rotundamente aquella orientación declarando que el procedimiento de urgencia que permite hacer cesar los atentados perpetrados por las Administraciones Públicas o por los particulares que gestionan un servicio público, no puede ser puesto en práctica con referencia al derecho a la vivienda. Pero la autora matiza (22) que tal rigor no era algo evidente, ya que el empleo de este procedimiento contencioso no está circunscrito a los solos derechos fundamentales, pudiendo ser empleado para la defensa de libertades creadas por vía legislativa, como era lo ocurrido en nuestro caso desde 1990. Así pues, la Ley de 2007, por la que se instituye el derecho a la vivienda exigible, llamada Ley DALO, viene a completar útilmente la Ley de 1990, estableciendo que: *El derecho a la vivienda se garantiza por el Estado a toda persona que, residiendo en territorio francés de forma regular y en las condiciones de permanencia definidas por Decreto del Consejo de Estado, no se encuentra en situación de acceder o mantenerse en la misma por sus propios medios; añadiendo que este derecho se ejerce por un recurso de conciliación o, si resulta necesario, por un recurso contencioso.* Las modalidades de ejercicio de estos derechos se recogen, en sus líneas generales, en el Código de la Construcción, y han sido precisadas por dos Decretos de 2008 y 2009. El procedimiento es complejo –como antes se anticipó–, porque antes de acudir a un juez administrativo es necesario intentar un recurso de conciliación ante una Comisión de composición muy amplia (representantes del Estado, del Departamento, de los establecimientos públicos de cooperación intermunicipal, de los organismos arrendadores y gestores de estructuras de alojamiento, de asociaciones de arrendatarios o que intervengan en el alojamiento de personas desfavorecidas). El acceso a la Comisión está abierto

(22) Veronique INSERGUET-BRISSET, *loc. cit.*, p. 36.

a cualquier persona que, reuniendo los requisitos reglamentarios de acceso a una vivienda social en alquiler, no haya recibido ninguna propuesta en un plazo fijado por resolución prefectoral en función de la duración media de obtención de una vivienda social en el Departamento (23). Parece que, hasta ahora, la jurisdicción administrativa ha conocido por la vía del exceso de poder, y no en contencioso de plena jurisdicción, negándose a atribuir ella misma la calidad de solicitante prioritario. Por el contrario, el recurso interpuesto para obtener la ejecución de una decisión positiva de la Comisión es de plena jurisdicción, por determinación de la ley. El juez debe ser requerido en un plazo de cuatro meses desde la expiración del plazo otorgado al prefecto; en este momento, no puede ya apreciar la legalidad de la decisión de la Comisión, pero examina el mantenimiento del carácter urgente de la solicitud de vivienda y de la oferta hecha en relación con las necesidades. La ley somete al Estado a una obligación de resultado, de modo que el juez debe ordenar a la autoridad responsable que satisfaga una fundada solicitud de vivienda. Con todo, la autora se muestra pesimista y escéptica sobre la eficacia de la intervención judicial (24).

*Portugal.* Para los dos ponentes lusos el tratamiento jurídico del problema de la vivienda se afronta en su país desde dos perspectivas (25): en primer lugar con la regulación del derecho de acceso a la vivienda y, por otro, con la aplicación efectiva del mismo por los poderes públicos. En la confluencia de estos dos aspectos surgen los distintos instrumentos de la política de vivienda destinados a garantizar el acceso de todos los ciudadanos a un alojamiento, acceso que, en la actualidad, encuentra diversas dificultades debido principalmente a tres factores: la exclusión social de ciertos grupos sociales vulnerables, el endeudamiento de las familias con la adquisición de una vivienda en propiedad (debido al alto valor de las hipotecas y del escaso atractivo del mercado de alquiler) y las dificultades en términos de accesibilidad y adaptabilidad de las construcciones.

Probablemente la Constitución portuguesa resulta más explícita, a este respecto, que ninguna de las aquí consideradas. Su artículo 65.1 dispone que: *Todos tienen derecho, para sí y para su familia, a una vivienda de dimensiones adecuadas, en condiciones de higiene y comodidad, y que preserve la intimidad personal y la privacidad familiar.* En los párrafos segundo a cuarto se desarrolla el conjunto de obligaciones estatales para asegurar este derecho, en el que se incluyen: una política de la vivienda en conexión con la ordenación del territorio y apoyada por planes urbanís-

(23) Advierte la autora sobre la variabilidad de la duración de dicho plazo –y, por ende, de la efectividad del derecho a la vivienda, añadido por mi cuenta–; en el año 2002, para París era de diez años de media, mientras que en otros seis Departamentos era inferior a seis años.

(24) Pues escribe lo siguiente: “La voluntad declarada de sancionar la impotencia del Estado no debe ocultar el aspecto sin duda artificial de este contencioso” (*loc. cit.*, p. 38).

(25) ALVES CORREIA y Ana Raquel GONÇALVES MONIZ, *loc. cit.*, p. 138.

ticos que garanticen la existencia de una red adecuada de transportes y de equipamiento social; la promoción, en colaboración con las regiones autónomas e instituciones locales, de la construcción de viviendas económicas y sociales; el estímulo de la construcción privada subordinándola al interés general, y el acceso a la vivienda propia o arrendada; e incentivar y apoyar las iniciativas de las comunidades locales y de las poblaciones, tendentes a resolver los respectivos problemas de vivienda, y a fomentar la creación de cooperativas de viviendas y la autopromoción.

El derecho a la vivienda, inserto en la Parte I de la Constitución, constituye un derecho fundamental, carácter que le permite establecer conexiones con otros derechos fundamentales y con el ejercicio de otras competencias del Estado, articulándose así un complejo entramado a causa de la confluencia de diversas ramas jurídico-dogmáticas (como la planificación urbana, la ordenación del territorio y el urbanismo). Además, el derecho a la vivienda se interconecta con otros derechos sociales, como el derecho a la calidad de vida, la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural, y, asimismo, con otros derechos y libertades, como el derecho a la intimidad, y el derecho de propiedad privada, si bien puede hablarse de la *autonomía del derecho a la vivienda*, es decir, desligada del derecho de propiedad sobre el inmueble donde aquélla se sitúa.

Pero tanto la jurisprudencia del TC como la doctrina portuguesa establecen una clara diferenciación entre lo consignado en el primer párrafo y en los restantes del artículo 65 del texto constitucional. En efecto, por un lado se habla del derecho a una vivienda digna o adecuada, para sí y su familia, apropiada para el número de miembros de la misma, de manera que preserve la intimidad y la vida privada de la familia en su conjunto, y que permita a todos habitar en un ambiente sano ofreciendo los servicios básicos para la vida familiar y de la comunidad (así ss. TC. núms. 130 y 131/92). El titular de este derecho a no ser impedido de adquirir una vivienda de tales características, es considerado como un *derecho de defensa*, de naturaleza análoga a los derechos, libertades y garantías constitucionales. Por otro lado, conlleva, además, el derecho a obtener una vivienda y, en esa medida, a recibir beneficios estatales, conformándose un *derecho fundamental de naturaleza social* (26), como un derecho que presupone una tarea de concreción y mediación por parte del legislador ordinario, y cuya eficacia depende de la denominada *reserva de lo posible*, en términos políticos, económicos y sociales, que puede ser entendido como derecho a una prestación no vinculada, reconducible a una mera pretensión jurídica, o, más bien, como un derecho individual inherente al espacio existencial del ciudadano, pero en todo caso sin conferirle una prestación efectiva hasta que se produzca un desarrollo legislativo destinado a concretar su contenido. Con todo, no se puede ocultar la existencia de una vinculación constitucional del legislador en el sentido de crear las condiciones mínimas para su aplicación. Concluyen su exposición ambos

---

(26) *Loc. cit.*, p. 141.

autores con la cita de la sentencia del TC núm. 420/2000, la cual dice que por estar basado en la dignidad de la persona, se establece la necesidad de que el Estado asegure un contenido mínimo de ese derecho; por ello el legislador impone restricciones al propietario privado, consagrando la renovación obligatoria y automática del contrato de arrendamiento, que, de ese modo, aquél es llamado a ser solidario con su semejante, en nombre de la función social de la propiedad, sobre la cual recae una verdadera hipoteca social, la cual, en cierto modo, se sustenta en el destino universal de los bienes (27). Con base en la doctrina lusa se sostiene que, en cuanto derecho constitucionalmente protegido, el derecho a la vivienda funciona ahora como uno de los elementos del canon de concordancia práctica, en armonía con la cual deben ser interpretadas las normas de la Ley fundamental (28). A modo de reflexión final, los autores citados escriben (29): “La implantación de las condiciones necesarias para la concreción del derecho a la vivienda constituye una tarea fundamental del Estado, la cual ha adquirido en la actualidad una relevante importancia. Como se desprende del *sentido emergente de la consagración constitucional* del derecho y del régimen jurídico de los instrumentos de política analizados, la promoción del mismo pasa por la necesidad de asegurar las condiciones mínimas necesarias para la supervivencia humana, y, sobre todo, la selección y asignación de los recursos con el fin de permitir el acceso de todos a una vivienda. La prevalencia de la dimensión social del derecho determina, por tanto, que su materialización asuma una naturaleza eminentemente *coyuntural*, implicando una variación constante de los diversos niveles de protección, sin perjuicio del mantenimiento de un *mínimo necesario para una existencia digna*. Por otra parte, el conjunto de cometidos realizados por los poderes públicos revela una índole heterogénea de la materialización del derecho a la vivienda. Se trata de una *heterogeneidad de matiz subjetivo* –que implica una interrelación entre las diversas funciones del Estado (máxime, legislativas y administrativas), y una conexión entre las competencias de las entidades administrativas–, y de *carácter objetivo* –que proporciona una inter y transdisciplinaria tutela del derecho a la vivienda, permitiendo la invocación de varios ámbitos del conocimiento jurídico”.

## 5. ALGUNAS CONCLUSIONES CIVILISTAS

Después de la lectura de este actual e interdisciplinario volumen, me adhiero a la opinión de LÓPEZ RAMÓN de ser hoy incuestionable, en el ordena-

(27) *Loc. cit.*, p. 142, con cita de MIRANDA-MADEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, I (Coimbra, 2005), pp. 605 y ss. El texto recogido de estos últimos autores refleja probablemente influencia de la doctrina social de la Iglesia sobre el derecho de propiedad.

(28) Con cita de CANOTHILO, *loc. cit.*, p. 142, nota 19.

(29) ALVES CORREIA y Ana Raquel GONÇALVES MONIZ, *loc. cit.*, p. 163. Las cursivas son mías.

miento español, la existencia de un derecho a la vivienda como un derecho constitucional, con las características del derecho subjetivo, con apoyo normativo en el artículo 4.a) del TR de la Ley del Suelo de 2008 y en íntima relación, en cuanto forma de desarrollo, con el artículo 47 CE; su eficacia trasciende de la de constituir meros principios de carácter económico-social inspiradores del ordenamiento (como se atribuyen *prima facie* a los incluidos en el cap. III, Título I, de la CE). El método comparativo muestra el carácter emergente de tal derecho fundamental, siendo especialmente visible en las legislaciones francesa y portuguesa. Su evidente autonomía es rebelde a un encasillamiento estructural, teniendo proyección práctica en diversos sectores de aquél (administrativo, civil, procesal, laboral, concursal, fiscal, etc.). Pienso también que en esta fase elaborativa, el Derecho privado y, especialmente el civil contenido en el CC y en los derechos territoriales civiles o especiales, así como en la legislación urbana especial, pueden contribuir a ofrecer no pocas soluciones, algunas tradicionales y otras novedosas, a su nada fácil problemática (30). La experiencia comparativa contrastada permite constatar que, sin perjuicio de la rica tipología administrativa que se ofrece en todos los países, la modalidad dominical, o de otro *ius in re*, y la contractual, especialmente la del arrendamiento de vivienda sujeto a leyes especiales, resultan las más solicitadas por los ciudadanos; pero una atenta reflexión ampliará las posibilidades accesibles. Así, cabría considerar –sin ánimo de exhaustividad– las siguientes hipótesis:

- la propiedad de una vivienda aislada, o unifamiliar;
- la propiedad en régimen de PH (art. 396 CC y legislación especial);
- la propiedad en régimen de comunidad romana (arts. 392-406 CC) o germánica;
- la propiedad superficiaria;
- el derecho de usufructo sobre vivienda (régimen general contenido en arts. 467-512 CC);
- el derecho de habitación (arts. 523 y ss. CC);
- el arrendamiento de cosas inmuebles del CC (arts. 1542 y ss. CC);
- el arrendamiento de vivienda sujeto a leyes especiales (LAU 1994);
- el arrendamiento rústico con casa-habitación sujeto a leyes especiales (LAR 2003-2005);

(30) Se ha promulgado ya una abundante legislación autónoma en relación con el derecho a la vivienda. Sin ánimo de exhaustividad, y con referencia a los textos normativos de alcance más general, cabe mencionar:

- Ley 3/2001, de 26 de abril (reguladora de la vivienda en Extremadura);
- Ley 8/2004, de 20 de octubre (reguladora de la vivienda en la Comunidad Valenciana);
- Ley 2/2007, de 1 de marzo (reguladora de la vivienda en La Rioja);
- Ley 18/2007, de 28 de diciembre (reguladora del derecho a la vivienda de Cataluña); y
- Ley 18/2008, de 20 de octubre (reguladora de la vivienda de Galicia).

- el precario (doctrina reiterada de la Sala 1.ª TS);
- la ocupación por decisión judicial;
- la vivienda disfrutada en concepto de alimentos legales (arts. 142 y 149 CC);
- la vivienda integrada en un contrato de alimentos (art. 1791 CC);
- la vivienda adquirida en virtud de un derecho real de adquisición (LAU 1994);
- el disfrute de vivienda en virtud de relaciones familiares (matrimonio, filiación, etc.).

No cabe duda de que la variedad y diversidad de regulaciones civiles que permiten a una persona el uso y disfrute de una vivienda pueden iluminar e, incluso, enriquecer el contenido de ese derecho constitucional a la vivienda que LÓPEZ RAMÓN ha diseñado con particular cuidado. Adviértase, sin embargo, que constituye una novedad en nuestro ordenamiento privado esa nueva perspectiva, que puede –y, a mi juicio, debiera– influir en el sentido de algunas resoluciones judiciales que pueden adoptarse, en el futuro, en relación con la vivienda de todos los ciudadanos españoles. Así ocurre con las causas de extinción del contrato de arrendamiento y subsiguiente utilización de un procedimiento jurisdiccional rápido, o menos rápido, para ejecutar la sentencia estimatoria; o con las causas que extinguen la comunidad romana o con el régimen interno de la PH.

Convendrá ahondar en las causas del fenómeno –típico, al parecer, de la sociedad española, frente a otras europeas– de la marcada y prolongada preferencia a disfrutar de la vivienda en concepto de propietario, frente a los demás títulos posibles. ¿Será ello debido a la total inadaptación del régimen codicial del arrendamiento a las necesidades y aspiraciones de los individuos y familias de la sociedad moderna? ¿Persiste ese constatado movimiento basculante de *aversión-adhesión* de la población española al contrato de arrendamiento de vivienda? En tal hipótesis, ¿no sería razonable extraer de nuestra historia reciente las lecciones ya obtenidas de una prolongada vigencia de la legislación especial sobre arrendamiento de vivienda, para trasladarlas al CC una vez que se han consolidado en la práctica? Bastaría –a mi juicio– incluir un apartado de *normas aplicables a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda*, para recoger unas –pocas– especialidades del contrato locativo.

Propongo, de modo complementario, la realización de estudios sociológicos sectoriales, por ejemplo, sobre las diversas manifestaciones de la PH, a lo largo de su ya prolongada vigencia entre nosotros, desde la regulación embrionaria de la Ley de 1939 hasta –partiendo de la de 1960– la resultante de las últimas reformas, analizando el grado de satisfacción de sus titulares, la conflictividad y sus causas, el cumplimiento efectivo de su minuciosa reglamentación, y su comparación con los resultados del funcionamiento de las leyes especiales sobre arrendamiento de viviendas desde la posguerra hasta la muy mitigada LAU de 1994; e, incluso, a la combinación de ambos regímenes sobre la misma vivienda.

Creo que las ideas básicas recogidas en este volumen no pueden dejar indiferente al jurista del siglo XXI, debiendo insistir en el carácter interdisciplinario del tratamiento doctrinal que se le ha dispensado en el mismo, mérito, sin duda, del coordinador profesor LÓPEZ RAMÓN (31).

---

(31) En este punto quiero destacar las excelentes aportaciones civilistas, ya aludidas, que firman:

M.<sup>a</sup> Teresa ALONSO PÉREZ: "La protección jurídica del comprador de vivienda", *loc. cit.*, pp. 231-262;

Sofía DE SALAS MURILLO: "El arrendamiento en el marco del derecho a la vivienda", *loc. cit.*, pp. 263-287.

La primera, experta consumerista, se ha centrado en el acceso que prefieren las familias españolas a la titularidad dominical de una vivienda que, en principio, va a ser el hogar permanente de sus miembros y que lo realizan a través del contrato de compraventa. Ocurre, además, que la legislación consumerista, tanto a nivel estatal como autonómico, es abundante y la autora la expone agrupándola sistemáticamente en fase preventiva o precontractual, en fase perfecta del contrato y, finalmente, en fase de ejecución del mismo. M.<sup>a</sup> Teresa ALONSO PÉREZ dibuja un cuadro normativo, doctrinal y jurisprudencial, de indudable utilidad práctica.

Sofía DE SALAS MURILLO se ha fijado en el contrato de arrendamiento de viviendas como forma alternativa de acceder a dicho derecho, y hace, de partida, una afirmación contundente –precisada, acaso, de matización– sobre el carácter pendular de la legislación española sobre aquella figura, cuyas últimas manifestaciones le dan la razón. Analiza la presencia del arrendamiento en las recientes políticas públicas, arrancando del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, pasando por las Sociedades y Agencias Públicas de Alquiler de las CCAA sin olvidarse de la estatal Sociedad Pública de Alquiler (SPA), cuya coexistencia no deja de originar conflictos y cuya eficacia cabe, objetivamente, poner en duda. Mención especial merece la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, de derecho a la vivienda, por la innovación de introducir la expropiación temporal del usufructo de la vivienda por incumplimiento de la función social, habiendo dudas, no obstante, sobre si tal medida es excesiva o desproporcionada para resolver el problema catalán del acceso a la vivienda (cfr. art. 5, sobre cumplimiento de la función social de la propiedad, y art. 42, sobre actuaciones para evitar la desocupación permanente de las viviendas). En un nuevo capítulo analiza la más reciente legislación española en torno a los desahucios por falta de pago y a la recuperación de la vivienda arrendada por necesidad del arrendador, con observaciones muy oportunas de carácter procesal. Finaliza con dos ejemplos prácticos de utilidad del arrendamiento en un mercado inmobiliario en crisis; se trata de la conocida figura de la oferta de arrendamiento con opción de compra, y del efecto que puede suponer la puesta en funcionamiento de la Ley estatal 11/2009, de 26 de octubre, sobre las sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMI), que deberán tener invertido, al menos, el 80 por 100 del valor del activo en bienes inmuebles destinados al arrendamiento, dotándoles de un régimen fiscal muy favorable. Destaca la autora la novedad de su carácter cotizado y la posibilidad de servir de modo de explotación de la cartera inmobiliaria que están asumiendo bancos y cajas a través, sobre todo, de las ejecuciones de embargos, lo que le permite destacar la importancia económica del arrendamiento de vivienda (*loc. cit.*, p. 265).

Me parece que ambas ponencias, de orientación preferentemente privatista, completan y enriquecen el carácter claramente iuspublicista del volumen.

## **RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD AGRARIA SUJETA A LA NUEVA PAC**

Andrés Miguel Cosialls Ubach

Editorial Atelier, Barcelona, 2010

Un volumen de 329 páginas

**Por José María de la Cuesta Sáenz**

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Burgos

La monografía reseñada, más allá de lo que su título da a entender, constituye una muy completa visión de la propiedad agraria desde el período de la codificación civil hasta nuestros días.

En efecto, el capítulo I, "La propiedad agraria y la codificación civil y rural en España", aporta interesantísimos datos de los proyectos de códigos rurales que precedieron y sucedieron al Código Civil de 1889, y especialmente, de los proyectos de Código Rural en que trabajó Manuel DANVILA COLLADO.

También excede en apariencia de lo anunciado por el título de la obra el contenido de su capítulo II, sobre "La propiedad agraria y su función social", que aporta igualmente un gran caudal informativo sobre la legislación agraria anterior y posterior a la Constitución de 1978, y sobre su significación en materia de derecho de propiedad.

Por el contrario, el capítulo III, sobre "La propiedad agraria bajo el influjo de la normativa comunitaria", responde plenamente al título genérico de la obra, porque aborda de lleno la materia del Derecho agrario comunitario, y lo hace mediante una panorámica, completa pero concisa, del origen de la Política Agrícola Común (en adelante, PAC), y de su evolución hasta el día de hoy, que ayuda mucho a la comprensión del resto de los temas que se estudian sucesivamente.

A continuación, el capítulo IV se refiere al objeto de la propiedad, objeto que delimita por referencia a la explotación agraria y sus elementos corporales e incorporeales, entre los que destaca el llamado pago único por explotación, como elemento cuya regulación en el Derecho comunitario y en el Derecho de los Estados miembros afecta notablemente al ejercicio de las facultades dominicales bajo la vigencia de la PAC reformada.

Así, el capítulo V desarrolla con todo detalle el ejercicio de la facultad de uso del propietario en relación con la PAC, y el capítulo VI hace lo mismo con la facultad de disfrute.



Ambas facultades dominicales, que pueden encontrarse temporalmente en la esfera jurídica de sujetos titulares de otros derechos reales y personales, resultan profundamente afectadas en cuanto a su ejercicio por la nueva PAC (a partir del año 2003), especialmente a causa de la llamada *condicionalidad* del pago único, que el autor analiza exhaustivamente y con notable acierto, aportando interesantes y recientes resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como la sentencia *Horvath*, de 16 de julio de 2009, relativa a las regulaciones autonómicas en materia de condicionalidad y su repercusión en la propiedad agraria y en otros derechos reales sobre fundos con destino agrario.

El capítulo VII aborda la facultad de destruir del propietario, en relación con las regulaciones sobre el arranque de olivos y de otros árboles frutales, así como con la quema de rastrojos en los cultivos herbáceos, y, por último, el capítulo VIII examina la facultad de exclusión del propietario desde los albores del constitucionalismo hispano (Decreto de las Cortes de Cádiz sobre cerramiento de fincas), cuyo contraste y confrontación con los derechos de pastos y otros aprovechamientos secundarios no siempre bien aplicados por la jurisprudencia, presentan un nuevo aspecto al entrar en contacto con la nueva PAC y con la conservación de las especies silvestres.

Cierran la obra sendos elencos, el uno de la bibliografía utilizada (muy completa y actualizada), y el otro de resoluciones judiciales citadas y parcialmente comentadas, de gran utilidad para el lector.

Puede decirse, en consecuencia, con lo expuesto que estamos ante una obra utilísima, y de gran calidad doctrinal, que sirve de manera inmejorable para introducción en el complejo mundo del Derecho agrario comunitario, en el que, y especialmente en lo que atañe a propiedad, este estudio resulta una guía imprescindible.

Podría objetarse desde el punto de vista del teórico que, en el tratamiento del derecho de propiedad, no resulta conveniente internarse partiendo de su contenido. Pero esta objeción, que se justificaría con base en la nota de abstracción del derecho de propiedad, y que llevó a las definiciones legales de los Códigos Civiles del pasado siglo xx a prescindir de cualquier referencia a concretas facultades del propietario, no resulta pertinente, porque no estamos ante una obra destinada a la docencia, sino ante una obra que quiere abarcar la propiedad agraria sujeta a la nueva PAC, una propiedad que bien puede calificarse de especialísima, y que encuentra en las facultades dominicales el punto de vista más adecuado para lograr su objetivo.

Por otra parte, se puede observar un cierto retorno a definiciones del derecho de propiedad que mencionan *ad exemplum* las principales facultades de su titular. Eso hizo el artículo 348 del Código Civil español a fines del siglo xix, y eso han hecho a comienzos del siglo xxi el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 541.1 del Código Civil de Cataluña.

Pero lo decisivo es que sin ese enfoque, que parte de las facultades dominicales para comprobar su afectación por la nueva PAC, la obra habría

podido ser una obra doctrinal muy apreciable, pero no habría podido cumplir la finalidad de proporcionar a las Administraciones y sus funcionarios, y a los propietarios que lo deseen, "indicaciones sobre cómo actuar ante una concreta situación", lo que sin duda logra plenamente con la sistemática seguida.



## **EL PRINCIPIO DE ROGACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL**

M.<sup>a</sup> Isabel de la Iglesia Monje

Colección Cuadernos de Derecho Registral

Madrid, 2010

Un volumen de 271 páginas

**Por José María de la Cuesta Sáenz**

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Burgos

Comienza la monografía referida por plantearse la cuestión del valor de los llamados principios registrales, para concluir, en coherencia con el título de la obra, en el sentido de que una vez matizada y reducida a sus justos términos la expresión "principios", no hay inconveniente e incluso resulta útil mantener la expresión "principio de rogación".

Inmediatamente a continuación rastrea la autora los antecedentes de las normas de nuestra legislación hipotecaria que consagraron el principio de rogación, y que se encuentran en relanzamiento del proceso de la codificación civil acontecido a mediados del siglo XIX, que aunque no llegó a fructificar en un Código Civil hasta mucho más tarde, sí que pudo dar lugar a la Ley Hipotecaria de 1861, que lo recogió en su artículo 6.º, y que ha continuado perfilándose en los desarrollos reglamentarios de las sucesivas leyes hasta llegar a su formulación actual, en la que se contempla con gran flexibilidad la legitimación para pedir la inscripción.

Tras este breve apunte histórico, el trabajo se adentra de lleno en el estudio del principio de rogación contemplado como requisito de la inscripción registral, poniéndolo en relación con los demás principios hipotecarios, y con la interpretación del acto o negocio jurídico documentado que se pretende acceda al Registro de la Propiedad.

Un breve tratamiento del Derecho comparado, centrado en los Derechos alemán y francés, da paso a la indagación sobre los fundamentos del principio de rogación, que se cifra en la idea de libertad de la persona propia del Derecho Civil, que no se podría conciliar con actuaciones de oficio, así como sobre sus manifestaciones y el modo en que las personas legitimadas pueden ejercitar la rogación, desencadenando sus efectos propios, al igual que pueden desistir total o parcialmente, finalizando así la primera parte de la monografía.

La segunda parte de la obra, bajo el epígrafe “Cuestiones actuales del principio de rogación y el procedimiento registral”, se inicia con el examen de las actividades que integran la publicidad formal en relación con el derecho sobre protección de datos, y con las nuevas tecnologías, que han permitido la implantación de la consulta telemática de los libros.

Seguidamente la autora estudia la relación del principio de rogación con la actividad calificadora llevada a cabo por el registrador, o, en su caso, por el registrador sustituto, materia ésta introducida por sucesivas reformas legales y reglamentarias recientes que han generado abundante doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y continúa estudiando el principio de rogación tras la interposición de recurso administrativo, respecto de la cual reviste especial importancia la legitimación, con consideración especial de la legitimación de los notarios en virtud de mandato. Se estudian pormenorizadamente los aspectos formales de la nota marginal de prórroga o suspensión del asiento de presentación, y en general, los efectos de los recursos respecto de los terceros, así como de la revisión de su calificación por los propios registradores.

Por último, la tercera fase o apariencia del principio de rogación que se estudia en esta segunda parte, se refiere a la vía judicial contemplada en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, así como a la vía regulada en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria, basada en la tutela judicial efectiva del derecho a la inscripción registral.

Hay que precisar a este respecto que la palabra “fase” que utiliza la autora, tanto respecto del recurso administrativo como respecto de las vías judiciales, no se debe entender como secuencia, ya que no tienen por qué sucederse en ese orden, sino como distintas apariencias o fenómenos del principio de rogación que pueden o no tener lugar a lo largo del procedimiento, y con una legitimación más ampliada en coherencia con la presencia de terceros interesados y del propio registrador de la propiedad. No aborda, sin embargo, tal vez porque la complejidad de los procesos haría excesiva la extensión de su tratamiento, en relación con las mencionadas vías judiciales, las muchas dudas que suscita su desarrollo.

En todo caso, el lector se encontrará con un estudio de fácil y amena lectura sobre el principio de rogación, con la virtud de ponerlo en contraste con las novedades tecnológicas y legislativas, que hacían imprescindible una renovada reflexión sobre el mismo.

Cuenta además la obra con un elenco bibliográfico de obras consultadas, y con repertorios de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas, así como de las sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales utilizadas a lo largo de la obra.

## **THE PERILS OF GLOBAL LEGALISM**

Eric A. Posner

The University of Chicago Press

Chicago, Londres, 2009

266 páginas

### **Por Rafael Domingo**

Catedrático de Derecho Romano

Universidad de Navarra

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago y autor prolífico, Eric A. POSNER nos advierte en este libro del peligro de trasplantar a nivel global la doctrina del legalismo (*legalism*), tan fecunda en el ámbito nacional.

En la tradición jurídica norteamericana se denomina *legalism* a la corriente que defiende que el Derecho y las instituciones jurídicas pueden mantener el orden social y resolver las controversias políticas, siempre y cuando se creen tribunales con jurisdicción suficiente, exista un cuerpo educado de juristas y se desarrollen unos procesos que permitan a las instituciones ajustarse a Derecho. Para el legalismo norteamericano, como para el realismo, la figura central de la vida jurídica es el juez, a quien corresponde resolver, a la postre, cualquier género de conflicto. Un caso paradigmático de legalismo sería la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que, el 12 de diciembre de 2000, otorgó la presidencia a George W. Bush, en el famoso y controvertido pleito *Bush v. Gore*.

En opinión del autor, el Derecho y las instituciones jurídicas adquieren un gran prestigio en la vida social cuando funcionan con más eficacia que las propias instituciones políticas. Este hecho puede desembocar en un legalismo exacerbado, que, en su vertiente más negativa, tiende a olvidarse de la función social que corresponde al Derecho. Se considera entonces el Derecho como un fin en sí mismo, que sirve para resolver los problemas sociales y políticos utilizando categorías jurídicas y reclamando equivocadamente soluciones a los juristas, en vez de hacerlo a los propios políticos. La principal causa del triunfo del legalismo se encuentra, según POSNER, en el apoyo que recibe del Gobierno. Por eso, cuando este legalismo se intenta trasplantar al ámbito global, falla: "[T]he two kinds of legalism are fundamentally different: domestic legalism flourishes because governments support it; global legalism has no government to turn to." (p. XIV).

Extendido a la humanidad, el legalismo defiende una juridificación plena de la sociedad global, mediante el establecimiento de tribunales *ad hoc* que resuelvan las disputas internacionales, el desarrollo de un Derecho internacional de tratados y consuetudinario que vincule a los ordenamientos nacionales y la creación de instituciones globales, al menos en tanto no sea posible la constitución de una autoridad política mundial. A este legalismo global se contrapondría el cooperacionismo internacional, que considera el Derecho internacional un instrumento al servicio de los intereses de cada Estado. Ahora bien, dado que los problemas globales no pueden resolverse estatalmente, el Derecho internacional sería la mejor herramienta de cooperación entre Estados; eso sí, constreñido por la ratio coste beneficio.

Nos hallamos, pues, ante dos posiciones enfrentadas: una solidaria, de apertura a la humanidad, y otra estatista y cerrada, de corte utilitarista. Eric A. POSNER se adscribe incondicionalmente a esta segunda. Según el autor: "Global legalism is a faith, or set of assumptions, or attitude; it is not a theory grounded in a plausible reading of the evidence" (p. 79). Personalmente, en cambio, apuesto, como una gran mayoría de los juristas europeos, por el legalismo global; en definitiva, por el Derecho global.

Cada una de estas posiciones es consecuencia de la visión que se tenga del Derecho internacional: si éste debe servir exclusivamente a los intereses del Estado y sólo vincula iusracionalmente cuando cada Estado así lo decide, parece claro que el legalismo global no tiene la menor cabida en el planeta Tierra. Sin embargo, si la humanidad es considerada como tal, como un *corpus unum*, con problemas comunes, no es difícil llegar a la conclusión de que lo que afecta a todos los seres humanos debe ser resuelto entre todos y que, por tanto, es necesario establecer una suerte de ordenamiento jurídico de la humanidad que resuelva conforme a Derecho estos conflictos mundiales. Así concebido, el Derecho internacional, ahora ya global, no sería una cuestión de mera conveniencia, sino de justicia en sentido estricto, y, por tanto, vinculante.

Eric POSNER previene, con una larga lista de cautelas, sobre un posible exceso de confianza en el Derecho internacional y en las instituciones globales para resolver los conflictos mundiales. En lugar de una juridificación global, POSNER se decanta por un Derecho internacional más racional que sirva a los intereses de los Estados en el área de la cooperación internacional. Cualquier otra manera diferente de concebir el Derecho internacional sería, en su opinión, idealista, irreal, incluso utópica. Enfatizar el universalismo, los derechos humanos y la igualdad soberana entre Estados, supone, para el autor, un desconocimiento de la realidad del Derecho internacional, que continúa operando de forma bilateral, heterogénea, buscando el interés de cada Estado y anclado, bien anclado, en la idea de poder. POSNER, por eso, propone, más que la elaboración de agendas idealistas, la consecución de objetivos que mejoren efectivamente la cooperación internacional, partiendo de la más genuina realidad internacional actual.

Crítico con las teorías del proceso jurídico transnacional (*transnational legal process*) del Harold KOH, y del *networking* de Anne-Marie SLAUGHTER

(ambos actualmente en la Administración de Barack Obama), POSNER considera estas posiciones vagas, confusas, puesto que no explican cómo se generan de hecho las formas de cooperación internacional de los actores no estatales.

Aunque interesante por su argumentación y los datos que aporta, la obra adolece, en mi opinión, de graves carencias. Se trata de un libro escrito desde una posición de defensa de los intereses estatales por encima de las necesidades de la comunidad global; elaborado, más que desde un pretendido realismo del que hace gala, desde un inmovilismo conceptual, incapaz de convertir en realidad sueños que no son meras utopías, sino proyectos viables si se confía en la humanidad. A la creación de la Unión Europea me remito.

Por lo demás, si el sometimiento al Derecho (*rule of law*) ha florecido a nivel nacional, ¿por qué no puede hacerlo a nivel mundial? No se entiende que el autor señale (p. 21) que el legalismo nace y se desarrolla especialmente en lugares donde conviven pueblos de diferentes grupos étnicos y procedencias (como en los Estados Unidos, y anteriormente en el Imperio Británico o el propio Imperio Romano) y que no quiera aplicar este mismo legalismo al mundo en el que mora la humanidad, compuesta por pueblos, etnias y culturas tan diversas.

POSNER parte de un hecho negativo, a saber: que no es posible un Gobierno de la humanidad. Y esto no hay manera de probarlo. Personalmente, opino lo contrario. No sólo no es posible, sino necesario, que la humanidad se gobierne a sí misma. Aquí radica la gran aportación de la reciente globalización. Naturalmente, este Gobierno no deberá constituirse como si la humanidad fuera un *Global State*, ni se establecerá sin respetar el *statu quo* de la sociedad de naciones, pero ha llegado la hora del Derecho global. Y es que o la globalización se somete al Derecho, o se realizará al margen del Derecho, quedando a merced de caprichosos intereses plutocráticos.

En un mundo que comparte tantos valores como problemas, tantas aspiraciones como riesgos, es comprensible que una gran parte de la humanidad acabe aceptando la idea de un ordenamiento jurídico global, dotado de instituciones, que, más allá de cualquier visión minimalista y miope, permitan ordenar el proceso de la globalización. Esta opinión no parece compartirla POSNER, cuyas reflexiones son, en todo caso, dignas de elogio y, en modo alguno, dejan indiferentes.



