REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Números 92-93
octubre 2014
marzo 2015

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

ESPAÑA
NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

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

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 solo 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: M-8652-2012

Impreso en España - *Printed in Spain*

Maquetación: ZONA IMPRESA, S. L. zona@zonaimpresa.com
Impresión: STAGNO, S. L.

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

D. Antonio Rodríguez Adrados

DIRECTOR EN FUNCIONES Y 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.ª 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

Revista Jurídica del Notariado
Números 92-93
octubre 2014-marzo 2015

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

La doble venta, la venta de cosa ajena y el Registro de la Propiedad 11
Elena Bellod Fdez. de Palencia

Ley 4/2013 de reforma de la LAU. Breve análisis de sus objetivos y renuncia al derecho de adquisición preferente 37
Alfonso Ventoso Escribano

La indignidad para suceder y su problemática jurídica 101
Aurelia María Romero Coloma

La escritura pública de declaración de obra nueva 121
Miguel Ángel Cuevas Aldasoro

Auge y caída del Derecho Registral extremista en la experiencia peruana 265
Gunther Hernán Gonzales Barrón

Suspensión del cumplimiento de las obligaciones de los contratantes en la propuesta de reglamento de normativa común de compraventa europea 329
M.ª Paz Sánchez González

Derecho. Jaime Guasp en el recuerdo 363
Víctor Manuel Garrido de Palma

Copias de testamentos. Su expedición a instancia de los llamados a suceder en el abintestato y la anómala doctrina de la Dirección General 369
Domingo Irurzun Goicoa

De nuevo sobre las Sociedades Anónimas Deportivas 401
Alberto Sáenz de Santamaría Vierna

Las donaciones entre cónyuges: computación e imputación. ¿Olvido de la reforma de 1981 o intención? ... 425
Juan Carlos Martín Romero

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda 437
Víctor Manuel Garrido de Palma

Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2015, y Ley 13/2014, de 28 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2015 447
Eduardo M-Piñeiro Caramés

RECENSIONES

"Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento Societario" de Embid Irujo, J. M. 483
Alfredo Sánchez Cerezo

"Las parejas de hecho y su marco legal" de Serrano Chamorro, M. E, 1 vol., 347 pp., col. Familia y Derecho, ed. Reus, Madrid, 2014 489
José M.ª de la Cuesta Sáez

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

La preparación y la ejecución de la ampliación de capital: El pago anticipado a cuenta de un futuro y otras formas jurídicas de financiación en las sociedades de capital. (Comentario a laSTS (Sección 1.ª) 446/2014, de 3 de septiembre) 495
Luis Hernando Cebriá

Legitimación del socio para instar la declaración de nulidad de las operaciones societarias. Nulidad de la aportación no dineraria como contravalor al aumento de capital en sociedades del grupo. (Comentario a la STS 498/2014, de 23 de septiembre) 515
Paula del Val Talens

Acción social de responsabilidad, deber de diligencia y *hindsight bias*. (Comentario a la STS 732/2014, de 26 de diciembre de 2014) 531
Miguel Gimeno Ribes

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA DOBLE VENTA, LA VENTA DE COSA AJENA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Elena Bellod Fernández de Palencia
Profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO

A) INTRODUCCIÓN

B) EL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL DE GARCÍA GOYENA
1. Libro Tercero: De los modos de adquirir la propiedad
2. Título XX: Del Registro Público

C) REFLEXIONES SOBRE ARTÍCULO 1473, 2 DEL CÓDIGO CIVIL
1. Caracteres fundamentales
2. ¿Qué sentido tiene este artículo?

D) REFLEXIONES SOBRE LA VENTA DE LA COSA AJENA

E) ESTUDIO DE LA INSCRIPCIÓN EN LA DOBLE VENTA Y EN LA VENTA DE COSA AJENA
1. Doble venta e inscripción
   a) Introducción
   b) Artículo 32 Ley Hipotecaria.
2. La venta de cosa ajena

F) DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, (CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL 13-5-2013)

G) REFLEXIONES FINALES

A) INTRODUCCIÓN

La doble venta se regulaba en la Ley 50, Título V, Partida V de la Legislación de las Partidas, y de acuerdo con el principio fundamental en nuestro Derecho, de que el contrato es generador de la obligación, y que el derecho real sólo se adquiere por la entrega de la cosa, se resolvía el caso de la venta a dos personas distintas, estableciendo que adquiría el dominio el comprador que primero tomase posesión de ella de buena fe, sin distinguir entre muebles e inmuebles.

El Código civil regula la doble venta en el artículo 1473, en cuyo primer párrafo sigue la línea de la legislación de las Partidas en cuanto a los bienes muebles, al atribuir la propiedad al primero de aquéllos que con buena fe hubiese tomado posesión.

Sin embargo, en su segundo párrafo y solo en relación a la doble venta de bienes inmuebles, el legislador se desvió de la teoría del título y modo como sistema transmisivo de la propiedad, propio de la regulación de Las Partidas y del propio Código civil.

Así las cosas, y porque la inscripción en el sistema del derecho inmobiliario español no es obligatoria, el Código civil distingue dos supuestos en el citado precepto, que haya inscripción o no lo haya. En el primer caso, la propiedad pertenece al adquirente que antes haya inscrito la cosa en el Registro. Y cuando ninguna de las ventas hubiese causado inscripción, el tercer párrafo del artículo 1473, siguiendo, esta vez sí, la línea de las Partidas y del propio Código civil, establece que la propiedad pertenecerá a quien de buena fe sea primero en la posesión.

B) EL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL DE GARCÍA GOYENA

Como señala LACRUZ, la trascendencia del Proyecto del Código civil de 1851 para la averiguación del sentido de la versión definitiva de 1888 se multiplica con el comentario por GARCÍA GOYENA, siendo de relevante importancia para la averiguación de la *voluntas legislativa* y para la interpretación de los preceptos.

Así las cosas, se citan a continuación los artículos del Proyecto y las explicaciones de su autor que han incidido en el contenido del artículo 1473,2 CC.

1. Libro Tercero: De los modos de adquirir la propiedad

Dentro de los modos de adquirir la propiedad, el artículo 548 establece: *"La propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción".*

Explica García Goyena que los contratos a los que se refiere el precepto son los contratos que sean traslativos de la propiedad como el de compraventa, que por Derecho Romano y Patrio eran simples títulos, no de los que no las transfieren, como el arrendamiento, comodato, etc. (1)

Por ello, el artículo 981 señala: *"La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad… lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los artículos 1859 y ss…"*, explicando el autor del Proyecto que, "no es pues necesaria la entrega real; para que el acreedor deba ser considerado como propietario desde el instante en que quede el deudor obligado a entregarla (2)".

Así las cosas, deja de lado la teoría del título y el modo como forma de transmitir la propiedad, señalando que los contratos a los que se refiere no son solo título sino también traslativos de la propiedad.

Se define el contrato de compraventa en el articulo 1367 "…*aquel, en que uno de los contrayentes se obliga a entregar una cosa, y el otro a pagar por ella un precio cierto y en dinero*.

En cuanto a la forma, el artículo 1001 señala: *"Cuando la ley exige expresamente una forma determinada para cierta especie de obligaciones, no serán estas válidas, si se otorgaren en una forma diferente"* y a su vez establece el artículo 1003: "…*deben redactarse en escritura pública, entre otros, los contratos que tengan por objeto la transmisión de bines inmuebles en propiedad…"*

De las explicaciones y los artículos citados se desprende que el Proyecto considera que el contrato de compraventa es título traslativo por si mismo, entendiendo en la venta de inmuebles el otorgamiento en escritura pública como requisito de validez (3).

---

(1) García Goyena, Florencio: *Concordancias, Motivos y comentarios del Código Civil Español*, p. 295, Zaragoza, 1974.

(2) *Concordancias... op. cit.,* p. 520.

(3) En el Proyecto por el contrato de compraventa por si mismo se transmite la propiedad exigiéndose el otorgamiento de escritura como requisito de validez. En la regulación actual, el contrato es título, generador

2. Título XX: Del Registro Público

El Título XX del Proyecto regula el Registro Público; todavía no se había promulgado la Ley Hipotecaria de 1861 y lo que se pretendía es que el Código civil regulase tanto el derecho real de hipoteca como el Registro de la Propiedad.

Dentro del citado Título, el artículo 1396 señala: *"Si una misma cosa hubiese sido vendida a dos diferentes compradores, se estará a lo dispuesto en el artículo 982".*

Disponiendo el artículo 982: "*Cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se trasfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble: siendo inmueble, se estará a lo dispuesto en el artículo 1859, salvo en ambos casos al adquirente de buena fe el derecho que le corresponda, según lo dispuesto en la Sección 3, capítulo 3 de este título".* (4)

Los artículos 1826 a 1831 del capítulo II señalan los títulos sujetos a inscripción: "… *todo acto entre vivos de mutación o traslación de propiedad de bienes inmuebles como donación, venta, permuta, partición, transacción o cualquier otro… se inscribirá en el registro público".*

Los efectos de la inscripción se regulan en el artículo 1858, dentro del capítulo V que establece "… *ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el capítulo II de este título, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público"*.

Finalmente, el artículo 1859, respecto a la doble venta de bienes inmuebles señala: *"Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título".*

---

solo de obligaciones, válido a partir del consentimiento; el otorgamiento en escritura pública hace las veces de la tradición o transmisión de la propiedad.

(4) La sección III se refiere al resarcimiento de daños o perjuicios y abonos de intereses; es decir, que lo establecido en el artículo 982 se aplicará sin perjuicio de la indemnización exigibles por el primer comprador de buena fe.

Explica García Goyena (5), que la Legislación Romana y la de las Partidas, por no reconocer el registro público, comprendían en la misma disposición los muebles e inmuebles, teniendo como dueño al comprador que primero toma la posesión de la cosa, y paga su precio. También señala, que lo dictado para los bienes muebles se funda en la necesidad de mantener la libre circulación de las cosas muebles, y en la dificultad de seguirlas y reconocerlas, cuando están ya en manos de terceros; que en los inmuebles, el comprador puede asegurarse acudiendo al registro público; faltándoles este recurso en los muebles. Termina diciendo algo muy significativo, señala que todo el espíritu de la Ley presente está contenido en el artículo 1858 y que el principio de que las hipotecas no surten efecto contra tercero sino en virtud de la inscripción (artículo 1860), se aplica a todos los actos traslativos de la propiedad territorial o constitutivos de cualesquiera derechos (6).

Así las cosas, el Proyecto de García Goyena de 1851, anterior a la Ley Hipotecaria de 1861, que regula en su articulado temas relativos al Registro de la Propiedad y al derecho real de hipoteca, considera que los títulos enumerados en el artículo, entre los que se encuentra la venta, solo surtirán efectos contra terceros si están inscritos en el Registro de la Propiedad.

Señala Lacruz (7) que "no surtir efectos contra tercero" es una expresión peculiar, convencional, que no debe interpretarse literalmente, que el negocio no registrado no afecta a la validez, ni al efecto entre las partes contratantes, ni en principio frente a todos, que la única excepción a esa regla general de eficacia del acto y derecho no registrados, se dará cuando entran en conflicto actos de adquisición contradictorios.

Si bien, ¿es este el criterio que inspiró el Proyecto?

El tratamiento que hace el Proyecto de 1851, de la adquisición de la propiedad y el carácter que atribuye a la inscripción, es de corte mas bien francés. El derecho francés y el italiano, no adoptan el sistema del título y el modo sino que siguen el sistema de adquisición

(5) García Goyena, Florencio: *Concordancias, Motivos y comentarios del Código Civil Español,* p. 521, Zaragoza, 1974.

(6) García Goyena, *op. cit,* p. 951

(7) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, *Derecho Inmobiliario Registral,* Barcelona 1984, p. 163 y ss.

de los derechos reales por el título, en el sentido de contrato, de fundamento jurídico, de causa. El contrato, por si solo, es modo de transmisión de la propiedad. La entrega, se justifica, no para transmitir o adquirir el derecho, sino porque éste ha sido ya transmitido o adquirido. Es pues, simple traspaso posesorio, y no una tradición (entrega de la posesión con ánimo de transferir la posesión) (8).

Los efectos de la inscripción se acercan a un sistema de inoponibilidad por el que se castiga la falta de diligencia del que no inscribió. En el supuesto de la doble venta, se sanciona al primer comprador, para dar preferencia al segundo, sin otro requisito de que éste inscriba su adquisición (artículos 982 y 1859 del Proyecto). En consecuencia, para el comprador que inscribe, los actos anteriores no registrados son como si no existieran (9).

El sistema de adquisición de los derechos reales por la sola tradición, para los bienes muebles o inscripción en el Registro, para los

(8) El sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria adopta el principio consensualista. Sin embargo, este principio se halla modalizado o corregido por la introducción del registro y los efectos de la inscripción.

(9) La oponobilidad registral según el sistema francés, como efecto de la publicidad, no cubre la falta de derecho de transmitente. Es decir, la prioridad registral decide la preferencia cuando los títulos de los concurrentes adquirentes proceden del mismo sujeto; pero no juega si tienen distinto origen. En este caso, si los títulos de los adquirentes traen causa de personas distintas, dueño y no dueño, el adquirente del dueño, aunque no haya publicado su derecho en el Registro, podrá hacerlo valer frente al que ha inscrito su título válido traslativo del derecho otorgado por quien carece del poder de disposición sobre la cosa, a menos que se produzca la adquisición del derecho por usucapión.

Hasta la reforma de 1921, el Sistema francés obedecía a una Ley de 1855, concebía el Registro como un depósito de copias de contratos, de transcripción, el adquirente cumplía con transnscribir el suyo y no se exigía justificación alguna de la titularidad de su transmitente ni de la validez del acto mismo. Se limitó a organizar la publicidad de los actos constitutivos del derecho real de hipoteca o actos ínter vivos de enajenación. La tutela que presta el Registro francés al adquirente no consiste en asegurarle que el transmitente es propietario, podrá serlo o no, pero lo que si podrá tener por cierto que cualquier enajenación, al no constar en el Registro, no puede serle opuesta a él, una vez que transcriba la suya. Es un Registro de enajenaciones, no de propietarios, por lo que cualquier defecto en la titularidad originaria del transmitente (falsificación de los títulos de propiedad, adquisición de quien no era dueño…) repercute en su causahabiente.

inmuebles, es el sistema seguido por el Derecho alemán. No suele faltar normalmente el título, pero si así ocurre no afecta nada a la tradición porque ésta no depende de un título previo. En cuanto a los derechos reales sobre inmuebles se adquieren mediante el acuerdo de transmisión e inscripción.

¿Pero qué valor da García Goyena a la inscripción?, distingamos:

a) El artículo 1858 establece que ninguno de los títulos del capítulo II surte efecto contra tercero sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público (acto de traslación o mutación de propiedad de bienes inmuebles como donación, venta… Se inscribirán igualmente los títulos constitutivos de hipoteca… También derechos reales: usufructo, servidumbres… cualquier otro gravamen u obligación real). En la misma línea, el artículo 1786 señala que la hipoteca, por razón de su título, legal o voluntaria deberá inscribirse en el Registro Público, y solamente desde su inscripción surtirá efecto contra tercero.

b) Es significativa la ubicación del artículo 1859 regulador de la doble venta de inmuebles en el Capítulo V: *De los efectos de la inscripción*. García Goyena explica que es una aplicación del artículo anterior y que aunque por lo mismo, podría haberse prescindido de él, ha parecido conveniente consagrar esta disposición especial por su gran importancia y para no dejarlo dependiente de interpretaciones. También señala que se ha seguido el ejemplo de los Códigos austriacos, bávaros, francés, de Wurthemberg, de Ginebra (10).

c) En sus comentarios, García Goyena centra el espíritu de todo el Proyecto en el artículo 1858 ya citado, entendiendo que el efecto de la inscripción hipotecaria se aplica a todos los actos traslativos de la propiedad territorial o constitutivos de cualesquiera derechos reales. El autor entiende lo absoluto de la medida pero la considera necesaria (11).

Es cierto que la oponibilidad de la inscripción en el caso de la doble venta del artículo 1859 se da en caso de conflicto de dos com-

(10) *Op. cit.,* p. 951.
(11) *Op. cit.,* p. 951.

pradores, pero como dice García Goyena, es la aplicación concreta de la regla general recogida en el artículo 1858 por la que ninguno de los títulos sujetos a inscripción, entre los que se encuentra la venta de inmuebles, surte efecto contra tercero sino desde el momento de su inscripción, al igual que en el derecho real de hipoteca.

Así las cosas, la eficacia de la inscripción en el Proyecto es de tal naturaleza que la oponibilidad de lo inscrito a lo no inscrito deviene absoluta, de manera que aquélla al excluirse la oponibilidad extraregistral en términos absolutos necesariamente tiene carácter constitutiva.

En definitiva, no resulta por tanto tan obvio, que para García Goyena la expresión "no surte efecto respecto a tercero" no tenga una interpretación literal, lo que no sorprende dada la influencia francesa y germánica en la regulación registral del Proyecto.

La especial relevancia de la inscripción registral en el Proyecto de 1851 explica en la doble venta, el carácter preferente del comprador que primero inscribió, y no del primero que posea de buena fe; y también, el que no se recoja en su regulación la posibilidad de que no inscriban ninguno de los dos compradores, lo que si hace el actual artículo 1473 del Código civil en su párrafo 3.

La Ley Hipotecaria fue promulgada con posterioridad al Proyecto de 1851, entre otras características se destaca:

a) Mantuvo por un lado el sistema de la inoponobilidad del sistema francés (premiar la diligencia del segundo comprador que inscribe frente al que no lo hace), hoy recogido en el artículo 32 (inicialmente fue el 23), pero por otro, concibió el Registro como un organismo más amplio que otorga una protección absoluta al llamado tercero titular registral, que confía en lo que el Registro manifiesta, en concreto frente a aquellos vicios, defectos y limitaciones que aquejen a la titularidad de su antecesor y transferente siempre que no aparezcan publicados en el Registro o no le sean conocidos, tutela dispensada principalmente en el artículo 34 LH.

b) En cuanto a la inscripción, el legislador le otorgó naturaleza declarativa y sólo constitutiva en los casos concretos previstos por la Ley. Lacruz, (12) señala dos elementos de distinta naturaleza, la

(12) *Derecho Inmobiliario Registral… op. cit.,* p. 102 y ss.

tradición, que perfecciona el proceso adquisitivo, y la inscripción que da publicidad al título que es consecuencia de la transmisión; por ello no cabe asimilar la inscripción al acto adquisitivo pues para que la venta acceda al Registro es necesario el otorgamiento de escritura pública que en virtud del artículo 1462 CC es un equivalente de la tradición. El Registro recoge la transmisión de los derechos reales, en consecuencia, no es posible inscribir mientras no haya habido tradición. Sería diferente si el Registro recogiese no la constitución o transmisión de los derechos sino los títulos o contratos como ocurre en el sistema francés (13)

El Código civil de 1889, apartándose del Proyecto de 1851, mantiene en el artículo 609 el antiguo sistema del título y del modo para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales recogido en las Partidas (14), remitiéndose en sendos artículos en cuanto a la eficacia de la inscripción a la Ley Hipotecaria, que recordemos le otorga carácter declarativo y voluntario; por lo que llama la atención que el artículo 1473, 2 del Cuerpo legal, de la misma solución que el Proyecto de 1851 a la doble venta de inmuebles (15), siendo a su vez significativo el párrafo tercero ("… *pertenecerá la propiedad a quién de buena fe sea primero en la posesión*…").que corrobora la incoherencia y confusión del legislador de 1889 (16).

---

(13) *Vid.* Albaladejo García, Manuel, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales,* tomo VIII, vol. 1, Edersa 1987, p. 1 y ss

(14) Título, palabra utilizada como causa, como fundamento jurídico, no en el sentido de documento. Modo es el acto consistente en la entrega, con ánimo de transmitirlo que supone adquisición para el adquirente. El título es insuficiente para producir la transmisión del derecho real. También lo es el modo sin título previo. Por el título, el futuro adquirente recibe un derecho de crédito a que el futuro enajenante transfiera el derecho real objeto del contrato. Por el modo, el enajenante cumple con la obligación de transmitir el citado derecho real.

(15) El artículo 1473, 2 del Código Civil, cuyo contenido se corresponde con el artículo 32 del vigente texto refundido de 1946 (antiguo artículo 23). se acomodó a la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 cuando indicaba que el comprador que no inscribiera la venta, "… *aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción…".*

(16) ¿El que inscribe (párrafo 2.º) no ha tomado posesión de buena fe previamente? ¿Se trata de dar preferencia entre dos que poseyeron de buena fe al primero que inscribió?, si el primero que tomó posesión inscribió, es

Así las cosas, no puede sorprender la dificultad en el entendimiento del artículo 1473,2 que responde a la sistemática de un Proyecto que no coincide en esta materia con los principios en los que se basa el Código civil. Es un elemento extraño dentro del ordenamiento español al igual que su homólogo, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, como veremos más tarde.

Las interpretaciones del artículo 1473 han sido muy variadas, abundando aquéllas que se orientan desde la perspectiva de la Ley Hipotecaria de 1861 olvidando los criterios que inspiran el Código civil y el origen del precepto.

C) REFLEXIONES SOBRE ARTÍCULO 1473

1. Caracteres fundamentales

a) No se trata de la venta de cosa ajena

La venta es de cosa ajena, cuando ésta no pertenece al vendedor sino a un tercero. La falta de regulación ha sido suplida por la doctrina y la Jurisprudencia que ha ido evolucionando en la consideración de la institución, desde negarle validez, sancionándola con nulidad absoluta o con anulabilidad, hasta abrirse camino a la tesis de la validez, basada fundamentalmente en la naturaleza obligacional del contrato de compraventa.

En la venta de cosa ajena, el vendedor ha podido cumplir entregando la cosa al comprador después de haberla adquirido para si mismo, o puede que no logre poner a disposición del comprador la cosa vendida, con lo que habrá incumplido la obligación derivada del contrato. En ambos supuestos se aplicarán las normas conforme al esquema típico de la compraventa. Otro supuesto diferente también de venta de cosa ajena se dará cuando el propietario, una vez vendido y entregado el inmueble al comprador, lo vuelve a vender a un tercero.

---

lógico que se le otorgue preferencia a su derecho, pues ya era propietario; y si fue el segundo comprador, el segundo poseedor de buena fe, el que inscribió, no estamos ante una doble venta si no ante la venta de cosa ajena, no aplicable por tanto el precepto.

El artículo 1473 exige un vendedor con facultad para disponer tanto en la primera como en la segunda venta; es decir, requiere un solo vendedor que tenga facultad para disponer de la cosa, y diferentes compradores, pero no se refiere al supuesto de dos ventas, realizada la primera por quien podía hacerlo por disponer de la finca que se hallaba en su patrimonio, y la segunda, por la misma persona que no es capaz de disponer la cosa objeto de la convención por haberla transmitido al primer comprador.

La doble venta y la venta de cosa ajena son dos instituciones diferentes. Albaladejo (17) señala que en la primera, las varias ventas, han de haberse celebrado antes de que la propiedad de la cosa haya sido adquirida definitivamente por un comprador, pues el artículo 1473 tiende a solucionar la cuestión de quien las adquirirá, mientras que si la cosa se vende a alguien que definitivamente la adquiere, ya no hay problema de a quien corresponde, y cualquier venta posterior que se haga de la misma por el vendedor que, por haberla transmitido ya a otro comprador, no es su dueño, deberá regularse por las reglas de la venta de la cosa ajena, y no por las de la venta múltiple.

Es pues la finalidad del artículo 1473 resolver el conflicto de intereses que surge entre dos adquirentes cuando han comprado la misma cosa de un mismo vendedor y el que primero compró, no adquirió la propiedad.

b) Buena fe

Como ya se ha comentado, el párrafo 2.º del artículo 1473 tiene su origen en el Proyecto de 1851 que otorga a la inscripción registral en el caso de los contratos traslativos de la propiedad de bienes inmuebles la misma eficacia que el derecho real de hipoteca. El legislador del Código lo recoge literalmente, pero como la inscripción registral no es constitutiva, en defecto de aquélla, añadió un párrafo tercero a la regulación de la doble venta siguiendo el régimen de las Partidas: *la propiedad la adquiere el primero que posee de buena fe.*

Así las cosas, entiendo que la no mención de la buena fe en el párrafo 2.º no es una laguna jurídica, por lo menos no lo es para García Goyena dada la concepción procedente del derecho francés

(17) *Instituciones de Derecho Civil,* Tomo I, Parte General y Derecho de Obligaciones, Barcelona 1960, pp. 771-774.

que tenía sobre la adquisición de la propiedad y de la inscripción registral (18), como tampoco lo es en el artículo 32 Ley Hipotecaria que en su origen trataba de resolver precisamente la doble venta.

Sin embargo, no lo entiende así la Jurisprudencia señalando que aunque no lo diga el artículo 1473 debe exigirse buena fe al no deber premiarse el cumplimiento de una mera formalidad, debiendo estimarse ineficaz cuando falte la preferencia que el párrafo 2.º del artículo mencionado establece, aplicándose las otras normas que sean pertinentes del dicho precepto. (Sentencia de 24 de enero de 1969, Sentencia de 1929. Sentencia de 11 de febrero de 1946. Sentencia 30 de enero de 1960. Sentencia de 30 de noviembre de 1967).

Su argumentación es razonable en base a los criterios que sobre el tema inspiran el Código Civil, los mismos que sus legisladores no tuvieron en cuenta, quizás confusos con el sentido de la entonces todavía muy reciente Ley Hipotecaria.

No ocurre lo mismo cuando la doble venta recae sobre bienes muebles en el que la especialidad fundamental del artículo 1473, (salvo en su párrafo 2.º), es la de exigir la buena fa, es decir, el desconocimiento de la primera venta, referida indudablemente al segundo comprador, primero en la posesión, porque si la posesión la adquiere el primer comprador, no se plantea la buena o mala fe, y él será el adquirente.

En consecuencia, la propiedad del bien mueble se transferirá a aquel que se transfiera la posesión, pero si la posesión se transfiere a la persona indebida, se subsana con la buena fe de la misma o desconocimiento de la existencia de la primera venta (primer párrafo del artículo 1473 CC).

Facilitan la aplicación de este artículo los artículos 434 y 464 del CC. Según el artículo 434, la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor, corresponde la prueba. Según el artículo 464 del CC, la posesión de los bienes muebles adquiridos de buena fe equivale al título. Parece que el artículo 1473 simplemente está corroborando los artículos anteriores.

(18) En el sistema francés y el italiano, la norma que establece los efectos de la publicidad registral no menciona la buena fe del adquirente inscrito como requisito para gozar de la preferencia. Es la Jurisprudencia la que corrige los efectos de la publicidad registral siempre que el adquirente conozca la existencia de la venta anterior.

Como indica Cano cuando no haya inscripción la buena fe que entra en juego es la buena fe del derecho civil puro, es decir, conducta o modo de proceder leal, sincero, recto u honrado (19), si bien entiendo que además, la buena fe o mala fe en la doble venta, se centra en la ignorancia o no de la existencia de una anterior venta, tanto si hay inscripción como si no la hay.

Y además, si hay inscripción registral, la buena fe o desconocimiento por parte del segundo comprador de la existencia de la primera venta, si fuera exigible, lo deberá ser en el momento de la venta, si bien, dado que el párrafo 2.º del precepto da preferencia al que inscribe, para que el error sea excusable se requerirá que el segundo comprador haya actuado con la debida diligencia y se haya preocupado de consultar los asientos del Registro; en consecuencia, la virtualidad otorgada a la inscripción en el Registro de la Propiedad, quedará enervada por ejemplo por el hecho de que antes de la inscripción figurase anotada preventivamente la demandada interpuesta por el primer comprador para obtener la consumación de la compraventa por éste celebrada; en un supuesto así, el segundo comprador no podrá alegar buena fe o desconocimiento de una venta anterior.

c) **No contiene una declaración de ilicitud de la doble venta**, por no ser necesaria, dadas las disposiciones del Código Penal, lo que hace es resolver el conflicto existente que origina la doble venta (Sentencia de 23 de junio de 1951).

d) **Hay un incumplimiento por parte del dueño de una cosa que haga sucesivas ventas,** lo que faculta al primer comprador para el ejercicio de la acción resolutoria y en su caso indemnización por daños y perjuicios.

2. ¿Qué sentido tiene este artículo?

Me temo que no se tuvo en cuenta lo innecesario del precepto, que la inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad previamente requiere el otorgamiento de escritura pública, y que en

(19) Cano Tello, "El artículo 1473 del código civil y la inscripción registral", en *Revista General de Derecho*, abril 1965, p. 274

base al artículo 1462, el primero que inscribió ya había adquirido la posesión y por ende la propiedad.

D) REFLEXIONES SOBRE LA VENTA DE LA COSA AJENA

La venta de la cosa ajena, en cuanto tal, es válida, pues hay consentimiento, objeto y causa; pero en principio no puede dar origen a una transferencia de propiedad, pues el vendedor al no ser propietario, no puede transmitirla.

Si bien, atendiendo a la posición subjetiva de los contratantes en relación con la ajenidad de la cosa (buena fe es el desconocimiento, mala fe es el conocimiento de que la cosa vendida es ajena), cabe contemplar diferentes hipótesis:

a) Si ambas partes actúan de buena fe, es decir desconocen la ajenidad de la cosa objeto de la venta no hay duda de la validez de la venta salvo que el error sobre la ajenidad de la cosa sea determinante, en cuyo caso será anulable (artículo 1266 CC).

b) Si el vendedor actuó de mala fe (conoce que la cosa es ajena) y el comprador lo hizo de buena fe. Si el dolo por parte del vendedor y/o el error por parte del comprador es determinante, la venta será anulable y en su defecto válida (artículos 1269 y 1266 CC).

c) Si el vendedor y el comprador actúan de mala fe, el dolo recíproco se compensa, impide la anulación del contrato, éste será válido.

d) Si se ha contratado con la exigencia de que la cosa sea propia del vendedor, la venta será nula por inidoneidad del objeto o con posibilidad de resolución, si la eficacia se vinculó a que la cosa fuera propia del vendedor (20).

---

(20) *Vid.* LACRUZ BERDEJO, José Luis*, Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, Volumen Segundo, Contratos y Cuasi Contrato*s, pp. 14 a 16, pp. 29 y 30. DÍEZ PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho Civil*, volumen II, tomo 2, pp. 57 a 58, Madrid 2012

E) ESTUDIO DE LA INSCRIPCIÓN EN LA DOBLE VENTA Y EN LA VENTA DE LA COSA AJENA

1. Doble venta e inscripción

a) Introducción

El Código civil en el artículo 1473, 2 CC da preferencia al comprador que inscriba en el Registro de la Propiedad, tomándolo literalmente del Proyecto de 1851, añadiendo, dado que la inscripción no es constitutiva, que en defecto de inscripción la propiedad pasa al primero que posea de buena fe.

Ya comentamos que en este tema son diferentes los criterios inspiradores del Proyecto de 1851 y del Código Civil y que el párrafo segundo del precepto es un elemento extraño dentro del sistema del ordenamiento civil.

Para la inscripción es necesario el otorgamiento de escritura pública, por lo que según artículo 1462 CC, en ese momento es cuando el comprador adquirirá la propiedad. De manera, que la inscripción en sí no va a afectar a la institución de la doble venta, indudablemente sí a la posición del comprador, titular registral, que como analizaremos más tarde se verá beneficiado con la protección que le otorga el Registro.

Así las cosas, una vez analizada la doble venta, para la valoración de la inscripción a la que se refiere el artículo 1473,2 habrá que acudir a la legislación Hipotecaria, especialmente a los artículos 32,33 y 34.

En la doble venta de bienes inmuebles pueden distinguirse los siguientes supuestos:

a) El vendedor, dueño del inmueble no es titular registral y el segundo comprador inscribe.

b) El vendedor, dueño del inmueble, es titular registral y el segundo comprador inscribe.

En ambos casos es de aplicación el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (artículo 606 Código Civil), tanto si el que inscribe es de buena o mala fe (21) y siempre que el dolo no sea determinante

(21) La Jurisprudencia entiende que para aplicar el artículo 32 de la

de la venta, en cuyo caso sería de aplicación el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

En ningún caso será aplicable el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que protege la irrevindicabilidad del que adquiere de quien apareciendo como titular registral del inmueble no está legitimado para transmitir su propiedad. Como señala García y García (22) en cuanto a la doble venta, su encaje no es en el artículo 34 sino en los artículos 32 y 1473, 2 CC, de distintos fundamentos y requisitos.,

Son razones para no incluir la doble venta en el ámbito del artículo 34 Ley Hipotecaria:

a) En la doble venta, el vendedor sí está legitimado, porque sigue siendo dueño del inmueble.

b) No cabe hablar de irreivindicabilidad, porque ¿quien va a reivindicar la propiedad al segundo comprador que ya es propietario?, ¿el primero, que no lo es y por tanto solo puede ejercitar acciones personales contra el vendedor por incumplimiento?.

c) Al no ser irreivindicable la posición del segundo comprador que otorgó su venta en escritura pública inscribiendo la transmisión de propiedad ya adquirida (artículo 1462 Código Civil), aquél no será tercero hipotecario con la protección registral que ello comporta.

El segundo comprador tendrá argumentos para oponerse a posibles demandantes de su derecho, pero la oponibilidad no siempre es coincidente con la irreivindicabilidad. En nuestro Ordenamiento la irreivindicabilidad tiene una función protectora para aquellos que adquieren por usucapión o, de buena fe la posesión de una cosa de quien no es dueño. La aplicación del artículo 464 del Código Civil, para bienes muebles, artículo 34 Ley Hipotecaria, para inmuebles, en consonancia con el régimen de la usucapión, hacen irreivindica-

---

Ley Hipotecaria el comprador que inscribe la propiedad del inmueble ha de actuar de buena fe.

(22) García García, José Manuel, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Tomo I, sexta edición, Thomson Reuters, 2009, p. 52 y ss.

bles, mantienen en la propiedad a los poseedores que reúnen los requisitos de los preceptos citados.

b) Artículo 32 Ley Hipotecaria

El artículo 32 LH y su homólogo artículo 606 del Código civil proceden del Proyecto de García Goyena de 1851 que en el artículo 1858 señala *"ninguno de los títulos sujetos a inscripción… surte efectos contra terceros, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro Público."*

Así, el artículo 32 pensado para el caso de la doble venta, establece con carácter general y al igual que lo haría el artículo 1858 del Proyecto, el principio de prioridad en su aspecto de inoponibilidad de lo no inscrito a lo inscrito: *"Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero",* reproduciendo el principio de protección al segundo comprador que inscribe frente al primero que descuida esta formalidad a pesar que su adquisición sea válida y eficaz.

Como señala Ragel Sánchez (23), el hecho de que la inoponibilidad del artículo 32 haya sido el supuesto mas estudiado por la doctrina no debe condicionar o supeditar el estudio general que se puede hacer de la figura. La inoponibilidad del artículo 32 Ley Hipotecaria, señala el citado autor, después de estudiar todo el régimen de la figura, indica consiste: *"en una facultad específica concedida por la Ley a una persona, por el hecho de ser ajena a una actuación perfectamente válida, para que, sin necesidad de impugnarla, puede actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido"*. Es decir, en el tema que nos ocupa, la oponibilidad supondría que el tercero (segundo comprador que inscribe) pueda esgrimir la inscripción por vía de acción o de excepción frente a un derecho anterior no inscrito sobre el mismo inmueble.

Pero la oponibilidad que establece el artículo 32 Ley Hipotecaria ¿puede predicarse en la Ley Hipotecaria de 1861 que consagra, salvo excepciones, el carácter voluntario y declarativo de la inscripción?

(23) Ragel Sánchez, Luis Felipe, *La inoponibilidad, principal, Estudios sobre invalidez e ineficacia Nulidad de los actos jurídicos*, document.php?!d=401, p. 1.

El artículo 32 de la Ley Hipotecaria interfiere con el resto del ordenamiento hipotecario, de ahí la polémica que ha suscitado su interpretación. Es significativo que en la Ley de 1944 se suprime la norma (artículo 23, hoy 32), siendo el Gobierno, según muchos, sin facultades, quien lo incluiría en el Texto refundido por Decreto en 1946. Por el contrario el artículo 606 del Código civil ha estado siempre vigente.

Si lo inscrito, según el artículo 32 Ley Hipotecaria es oponible a lo no inscrito, no tiene sentido el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que protege al titular inscrito cuando adquiere de quien no es propietario, siempre que se cumpla lo establecido en el citado precepto ("*El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el Registro*"). ¿Qué función tendría la citada norma, si el artículo 32 otorga con carácter general plena protección al titular registral?

Tampoco parece entenderse el sentido del artículo 40 LH que establece la posibilidad de que el titular del dominio o derecho real que no está inscrito solicite la rectificación registral, cuando la inexactitud viniere de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria. ¿Qué inexactitud? ¿no establece el artículo 32, la inoponibilidad del titular del derecho no inscrito?. ¿se refiere a la nulidad?, para ello ya se promulgó el artículo 33 ("*la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes"*).

Tampoco concuerda la oponibilidad del artículo 32 con la regulación de la usucapión que hace la Ley Hipotecaria en los artículos 35 y 36. Así:

a) Artículo 35 de la Ley Hipotecaria

El artículo 35 señala que a los efectos de la prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito, será justo título la inscripción presumiéndose que reúne todos los requisitos exigidos por la legislación civil para aquélla. ¿A qué supuestos puede referirse?, indudablemente a aquéllos en los que el titular registral no es propietario, porque si lo fuera, es obvio que no sería necesario adquirir el dominio por usucapión.

No cabe hablar de usucapión y por tanto quedarán fuera del ámbito de aplicación del artículo 35, aquellos titulares registrales que reuniendo los requisitos del artículo 34, adquieran de buena fe a título oneroso, porque la norma ya establece que se les mantendrá en la propiedad.

En los demás supuestos, se entenderá que los titulares registrales a los que se refiere el precepto, poseen con justo título, pública, pacífica e ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento. Así, por ejemplo, es un titular registral del artícu-lo 35, el que adquiera de buena fe a título gratuito de quién no es dueño, pero ¿por qué ha de adquirir por usucapión si su posición es oponible a todo aquél que se crea con mejor derecho según artículo 32 Ley Hipotecaria?

b) Artículo 36 de la Ley Hipotecaria

El artículo 36 regula aquellas situaciones en las que el titular registral y el poseedor que ha adquirido por usucapión o está usucapiendo son distintas personas. El precepto distingue el titular registral que es 3.º hipotecario del que no lo es. El primero vence en la usucapión ya consumada o que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición (aunque en este caso no sería propiamente 3.º hipotecario), mientras que el segundo se somete a las normas del Código Civil: "…*en cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil"*.

La norma distingue dos clases de titulares, el titular-tercero hipotecario y los demás titulares, y en consonancia con el artículo 34 ley Hipotecaria, solo mantiene en la propiedad al primero.

Pero ¿por qué el artículo 32 Ley Hipotecaria en caso de conflicto de derechos no acude al Código civil y por el contrario si lo hace el artículo 36? ¿por qué solo se le concede oponibilidad al titular registral si es tercero hipotecario y no a cualquier titular registral como parece predicar el artículo 32?

c) Función del artículo 32 en la doble venta

El legislador de 1861 se inspiró para el artículo 32 en el sistema de oponibilidad del Proyecto de García Goyena, según el cual el que inscribe su derecho está a salvo de que le opongan ventas anterio-

res no inscritas. Sin embargo, en el resto de los preceptos, artículos 34 y siguientes, apostó por el sistema germánico de protección a la apariencia registral, que de alguna manera también se descubría en el Proyecto de 1851.

Así las cosas, no es de extrañar que haya sido ardua la tarea de la doctrina intentando combinar y componer la tutela que respectivamente otorgan el artículo 32 y artículos 34 y siguientes de la Ley Hipotecaria al adquirente que inscribió su derecho en el Registro.

Con acierto señala LACRUZ que los legisladores podían haber enunciado en un solo precepto lo que es el punto de partida y base de la legislación hipotecaria española. Debería recoger, dice el autor, la doble presunción de que todas las titularidades que el Registro manifiesta corresponde con la realidad y que no hay otra fuera de ellas y que esta doble presunción *iuris tantum* a favor del titular inscrito se convierte en *iuris et de iure* para el tercero adquirente de los bienes, que contrata sobre la base de una inscripción anterior, y en virtud del principio de la fe pública registral (24).

Entiendo que LACRUZ hace referencia: a) a la protección que otorga el principio de legitimación de los artículos 38 y ss. de la Ley Hipotecaria a todo titular registral y; b) a la protección que otorga el principio de fe pública registral del artículo 34 de la Ley al titular registral-tercero hipotecario.

¿Podría entenderse el artículo 32 aplicable solamente a la doble venta? Su redacción no parece considerarlo, enuncia una regla con carácter general, la oponibilidad de lo inscrito frente a lo no inscrito, al igual que el artículo 1858 del Proyecto de GARCÍA GOYENA del que procede. ¿Es la doble venta una aplicación concreta del artículo 32?, sin lugar a dudas, como lo era según las explicaciones de GARCÍA GOYENA el artículo 1859 del Proyecto regulador de la citada institución.

Respecto al primer punto y según lo ya dicho, la regla de la oponibilidad absoluta de lo inscrito frenta a lo no inscrito no tiene cabida en nuestro ordenamiento. Pero ¿cabe esta posibilidad en la doble venta?, es decir, ¿es factible la oponibilidad absoluta de lo inscrito frente a lo no inscrito en el supuesto de la doble venta?, o dicho de otra forma, ¿ la inscripción a la que se refiere el artículo 1473,2 del Código civil, tiene eficacia absoluta frente a terceros?, ya hemos comentado que la inscripción no afecta a la institución de doble venta;

(24) *Derecho Inmobiliario Registral… op. cit.,* pp. 164, 165.

el comprador que inscribe ya era propietario antes de la misma, al haberse otorgado previamente la venta en escritura pública (artículo 1462 Código Civil).

En consecuencia, no cabe afirmar en sentido estricto que en la doble venta la propiedad corresponde al primero que inscribe, pues corresponde al primero que instrumentalizó la venta en escritura pública y… luego inscribió, porque si hubiera sido el primer comprador, que no inscribió, el que adquirió la propiedad según lo establecido en nuestro ordenamiento, estaríamos ante un supuesto de venta de cosa ajena.

Pero, ¿qué derechos tendrá en la doble venta el comprador que primero inscribió? Tendrá los que otorga el principio de legitimación registral, como: las presunciones *iuris tantum* de exactitud, veracidad de la inscripción, posesión en concepto de dueño durante el tiempo de vigencia del asiento; la legitimación activa y pasiva procesal; la facultad de ejercitar la acción real procedente del derecho inscrito en procedimiento sumario regulado por la Ley de Enjuiciamiento civil contra quien sin título inscrito se opone al ejercicio de su derecho…

La supresión del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, como hizo la reforma de 1944, resolvería las interferencias de los preceptos hipotecarios. Pero, mientras se mantenga, su interpretación ha de hacerse sistemáticamente en función del resto del ordenamiento. Así las cosas, podría entenderse que el tercero al que se refiere el artículo 32 es cualquier titular registral y que la oponibilidad a la que se refiere el precepto son las presunciones iuris tantum que otorga el principio de legitimación de los artículos 38 y ss de la Ley Hipotecaria.

2. La venta de cosa ajena

En la venta de cosa ajena, el vendedor vende una cosa que no le pertenece. El supuesto más similar aunque diferente a la doble venta es la del vendedor que realiza una venta transmitiendo la propiedad al comprador y con posterioridad, vuelve a vender la misma a otro diferente y éste inscribe su compra en el Registro de la Propiedad.

El vendedor, en la segunda venta no está legitimado para realizarla porque ya no es dueño y por tanto no puede transmitir la propie-

dad; pero si el segundo comprador ignora la primera venta, confía en la legitimidad del vendedor como titular registral e inscribe su propiedad en el Registro de la Propiedad se le mantendrá en la misma por ser el tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

El Registro de la Propiedad ha sido instituido para dar seguridad al adquirente de un derecho real inmobiliario que lo inscriba, y en ciertos casos la protección registral supone privar al titular verdadero de un derecho no inscrito en beneficio de otra persona, así si el adquirente en la venta de cosa ajena, ha confiado en la titularidad del vendedor y ha inscrito en el Registro se le mantendrá en la propiedad

En la venta de cosa ajena, es especialmente relevante la inscripción registral en concurso con los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pero si el segundo comprador no es tercero hipotecario, su posición no es irreivindicable pero tendrá a su favor todas las presunciones que le otorga el artículo 38 y el procedimiento del artículo 41 de la Ley. En este supuesto ¿qué derechos tendrá el primer comprador frente al segundo?. Por ser el verdadero dueño del inmueble podrá recuperar la propiedad mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, estando obligado el vendedor a sanear de evicción al segundo comprador que fue privado de la propiedad de la cosa vendida (artículo 1478 CC), independientemente de la responsabilidad penal que en su caso pueda imputársele. Estariamos ante un supuesto en el que el que inscribió tiene medios para oponerse a las reclamaciones de su derecho inscrito, aunque su posición no es irreivindicable salvo que haya adquirido la propiedad por usucapión.

F) DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, (CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL 13-5-2013)

No sorprende la confusa doctrina jurisprudencial del artículo 1473,2 CC, regulador de la doble venta de bienes inmuebles, y su homólogo hipotecario artículo 32, por sus interferencias con el resto de los preceptos del sistema jurídico civil español Pueden distinguirse tres fases o etapas:

1. En la primera etapa se incluye la venta de cosa ajena en la doble venta, exigiendo la buena fe del comprador que inscribió (STS 4 de marzo de 1988, 12-julio-1996).

2. En la segunda etapa, se excluye la venta de cosa ajena de la doble venta, pero con el curioso argumento de que si hay coetaneidad cronológica, hay doble venta, resolviéndose el conflicto aplicando el artículo 1473,2 del Código Civil; y en caso contrario, la venta será de cosa ajena, excluida del ámbito de aplicación del citado artículo.

Además, cuando la venta sea de cosa ajena, el Alto Tribunal llegó a considerar la venta nula o inexistente por falta de objeto o por falta de poder de disposición, siendo de aplicación el artículo 33 Ley Hipotecaria que no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (STS 16 junio 2003, 2 de mayo 2006).

3. En la fase actual, la Sentencia del Tribunal Supremo del 20 de marzo de 2007, siendo ponente el magistrado Ocallaghan Muñoz, sentó doctrina sobre la venta de cosa ajena, señalando que no es nula ni inexistente por falta de objeto y que puede llegar a ser eficaz, manteniendo en la propiedad al segundo comprador que inscribió, si tratándose de una adquisición a *non domino*, reúne los requisitos exigidos por el artículo 34 Ley Hipotecaria (en el mismo sentido, el mismo ponente, en la Sentencia de 5 de mayo 2008).

La doctrina establecida por la Sentencia de 2007 se abordó con poca fortuna tanto doctrinal como jurisprudencialmente:

a) Sentencias del Tribunal Supremo de 7 septiembre de 2007, 11 de febrero de 2011, 27 de junio de 2012

La STS de 7 septiembre de 2007 consideró que la del 20 de marzo del mismo año establecía que la venta de cosa ajena era un supuesto de doble venta del artículo 1473,2 Código Civil, no exigiéndose necesariamente el requisito de una cierta coetaneidad cronológica. En concreto, la referida Sentencia entiende que en el supuesto enjuiciado no se aplica el artículo 1473,2 del Código Civil, no porque se trate de venta de cosa ajena, sino porque el segundo comprador no actuó de buena fe, no siendo aplicable por tanto el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Se confunde la doble venta y la venta de cosa ajena y correlativamente la aplicación y sentido del artículo 32 y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Siguieron la misma línea doctrinal, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2011 que niega la aplicación del artículo 1473, 2, porque el segundo comprador no actuó de buena fe, siendo

indiferente si la venta es o no de cosa ajena; y la Sentencia del 27 de junio de 2012 que ratifica la Sentencia de 7 de septiembre de 2007 al afirmar que la doble venta y la venta de cosa ajena son figuras complementarias y no excluyentes que entran bajo el ámbito de aplicación del artículo 1473.

b) Sentencia del Tribunal Supremo 13-5-2013

Fue nuevamente el magistrado O'Callaghan, ponente en la Sentencia de 13-5-2013 quien aclaró acertadamente la confusión existente. El supuesto de hecho enjuiciado se trata de una venta de cosa ajena. El vendedor, D. Tomás, titular registral, vendió en documento privado la finca al comprador, D. Carlos, que tomó posesión material de la misma desde la firma de este contrato, haciendo obras en ella como el derribo de una casa.

El vendedor, D. Tomás, se negó a otorgar escritura pública al comprador, D. Carlos, por lo que éste inició proceso ante el Juzgado de 1.º instancia que ordenó el otorgamiento de aquélla, lo que se llevó a efecto de oficio. El vendedor, D. Tomás, vendió otra vez la misma finca a un segundo comprador, D. Apolonio que a su vez la vendió en escritura pública a un entramado de sociedades que inscribieron en el Registro de la Propiedad, quedando como hecho probado el conocimiento de la situación, es decir la posesión en su día por D. Carlos y la realidad de procesos civiles y penales en que éste reclamaba la propiedad de la finca.

La Sentencia entendió que la propiedad le pertenecía al primer comprador y no al segundo que inscribió, no siendo de aplicación el artículo 1473,2 del Código Civil, al tratarse de una venta de cosa ajena, ni tampoco el artículo 34 de la Ley Hipotecaria al no cumplirse el requisito de la buena fe que exige el precepto. En concreto señala. *"El caso presente no es doble venta y no se aplica el artículo 1473, porque cuando el Sr. Tomás vendió en escritura pública la finca no era de su propiedad, por más que siguiera siendo titular registral (porque se había negado a otorgar escritura pública al primer comprador). No era de su propiedad porque ya la había vendido a Don Carlos en documento privado (título) y éste había tomado posesión material de la finca (modo). Es decir, en conclusión, vendió algo que no era de su propiedad y los sucesivos adquirentes no estaban protegidos por la fe pública registral (artículo 34 LH) al carecer del presupuesto de la buena fe"*.

Es decir, en la primera venta se transmite la propiedad, por lo que la segunda venta hecha por el mismo vendedor, será venta de cosa ajena y no doble venta. Al ser venta de cosa ajena no será aplicable el artículo 1473, 2 y la posición del segundo comprador que inscribe será irreivindicable en el supuesto de que se cumpla los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Así las cosas, la Sentencia distingue con acierto la doble venta de la venta de cosa ajena, así como el ámbito de aplicación del artículo 32 y del 34 Ley Hipotecaria.

G) REFLEXIONES FINALES

1. La procedencia del artículo 1473, 2 del Código Civil y del artículo 32 de la Ley Hipotecaria explica su carácter controvertido y la consideración de elementos superfluos en el ordenamiento español.

2. Para que la aplicación de los artículos 1473, 2 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria no contradiga los principios del título y el modo y el carácter declarativo y voluntario de la inscripción registral se mantendrán las siguientes afirmaciones:

a) La venta de cosa ajena no es un supuesto incluible en el artículo 1473 del Código civil que regula la doble venta.

b) Cuando hay dos títulos en conflicto por razón de doble venta de bienes inmuebles tendrá preferencia el que primero posea de buena fe.

c) El valor que se le dé a la inscripción registral en el caso de la doble venta es el otorgado por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, salvo que la segunda venta sea nula o anulable cuyo efecto es el determinado por el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

d) La oponibilidad a la que se refiere el artículo 32 de la ley Hipotecaria no puede ser absoluta ya que cuando se excluye la oponibilidad extraregistral en términos absolutos, la inscripción sería constitutiva de la situación jurídica, lo que no ocurre en derecho español.

e) La protección registral del artículo 32 de la Ley Hipotecaria en la doble venta supone otorgar al segundo comprador las preferencias que concede la Ley Hipotecaria a todo titular registral según el principio de legitimación de los artículos 38 y ss de la citada Ley.

e) Cuando hay dos títulos en conflicto por razón de venta de cosa ajena tendrá preferencia el primer comprador, salvo que el segundo reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La protección registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en la venta de cosa ajena supone el mantenimiento de la propiedad al segundo comprador que inscribió frente al verdadero dueño o primer comprador que no lo hizo.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, Manuel: *Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Derecho de Obligaciones*, Barcelona 1960, p. 771-774.

Badenes Gasset, Ramón: *El contrato de compraventa*, tomo I, Barcelona 1979.

Betegón, Carmen: "Fijación de doctrina sobre artículo 34 de la Ley Hipotecaria y 1473 del Código Civil", *Comentarios de Sentencias Nulidad de los actos jurídicos,* documentphp?id0541.

Castán Tobeñas, José: "Derecho Civil Español, Común y foral", tomo IV, *Derecho de obligaciones,* Novena Edición, Madrid 1961.

Díez Picazo, Luis, y Gullón, Antonio: *Sistema de derecho Civil*, volumen II, tomo 2, Madrid 2012.

García García, José Manuel: *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Tomo I, sexta edición, Thomson Reuters, 2009.

García Goyena, Florencio: *Concordancias, Motivos y comentarios del Código Civil Español,* Zaragoza 1974.

Lacruz Berdejo, José Luis*:* "Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones", volumen Segundo, *Contratos y Cuasi Contratos*, Dikinson, Madrid, 2005.

Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís: *Derecho Inmobiliario Registral,* Barcelona 1984.

Lalaguna Domínguez, Enrique: *El Código Civil y sus reformas*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, 1995.

Ragel Sánchez, Luis Felipe: "La inoponibilidad, principal", *Estudios sobre invalidez e ineficacia Nulidad de los actos jurídicos,* document.php?!d=401.

Rivas Martínez, Juan José: *La doble venta a la luz de las nuevas sentencias*, http//www.registradoresdemadrid.org/revista/27/Comentario…

LEY 4/2013 DE REFORMA DE LA LAU. BREVE ANÁLISIS DE SUS OBJETIVOS Y RENUNCIA AL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

Alfonso Ventoso Escribano
Doctor en Derecho
Notario excedente
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. PUNTO DE PARTIDA DE LA LEY

III. OBJETIVO DE LA REFORMA Y CRITERIOS DE ACTUACIÓN
- A) Libertad de pactos
- B) Duración del arrendamiento. Recuperación y desistimiento
- C) Seguridad del tráfico jurídico. Registro
  - a) Arrendamiento inscrito
  - b) Arrendamiento no inscrito
  - c) Finca no inmatriculada
  - d) Resolución registral del arrendamiento inscrito

IV. RENUNCIA AL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

I. INTRODUCCIÓN

El art. 47 de la Constitución Española señala que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una "vivienda digna y adecuada".

El cauce legal a través del cual se satisface esa necesidad, que podemos considerar de primer orden en una sociedad desarrollada, se canaliza por quienes tienen vida independiente a través de la propiedad, en general en régimen de propiedad horizontal, o a través del contrato de arrendamiento. Ciertamente cabe la propiedad aislada (v.gr. chalet independiente, etc.) u otras fórmulas pero la PH y el arrendamiento son los cauces habituales.

A finales de 2012 y 2013 el Gobierno ha pretendido impulsar una nueva política en materia de vivienda que ha tenido tres ejes fundamentales en palabras de la Ministra de Fomento, Ana Pastor: en primer lugar, fomentar el mercado del alquiler de viviendas; en segundo lugar, concentrar las ayudas al alquiler entre los grupos sociales más vulnerables; y, en tercer lugar, impulsar la rehabilitación residencial, la regeneración y la renovación urbana (1). En definitiva se van a modificar esos dos cauces normativos, la LAU de 1994 por la Ley 4/2013, y la LPH de 1960 por la compleja y variopinta Ley 8/2013.

Nosotros vamos a hacer algunas breves consideraciones de carácter general sobre la Ley 4/2013 con alguna valoración acerca de la fomentada inscripción y de la nueva renuncia al derecho de adquisición preferente referido todo ello en general a la vivienda en cuyo régimen se producen casi todas las modificaciones.

II. PUNTO DE PARTIDA DE LA LEY

La Ley 4/2013 parte de la idea, según su Preámbulo, de un mercado inmobiliario español caracterizado por una alta tasa de propiedad y un débil mercado del alquiler; en concreto de un porcentaje de vivienda en alquiler que se encuentra apenas en el 17 %, frente a la media de la Unión Europea que está muy próximo al 30 %.

(1) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión plenaria núm. 80, de 20 de diciembre de 2012, p. 46.

De esta característica el Preámbulo y la Memoria de Análisis de impacto normativo (MAIN) que acompañaba al Anteproyecto deducen una serie de implicaciones negativas.

Una de ellas afecta a la movilidad de los trabajadores (2); otra, el elevado número de viviendas vacías en España, que la MAIN cifraba según algunos estudios entre 2 y 3 millones; otra, que ello genera escasez de oferta y esta, a su vez, carestía; otra, que el mercado de alquiler es ineficiente y está poco profesionalizado y los particulares prefieren muchas veces tener vacías las viviendas antes que arrendarlas y obtener alguna renta.

Debemos reconocer que el diagnóstico en buena medida es acertado si bien nos parece oportuno hacer alguna observación (3).

En España hay una amplia cultura de propiedad en parte introducida "a fuego" ante la escasez de viviendas en alquiler dado que una legislación muy protectora (fundamentalmente hasta 1985 en que se elimina la prórroga forzosa por RDLey 2/1995) significaba que el arrendamiento suponía una salida patrimonial de muy larga duración. Al hilo de ello quizá se fue creando la idea de que arrendar era "tirar el dinero", alimentada a su vez por facilidades crediticias o estímulos fiscales.

Es natural que si hay viviendas vacías ello adelgaza la oferta y en consecuencia encarece la vivienda, pero creemos que si las rentas son elevadas ello será en buena medida por causa de que la vivienda en propiedad es cara. Si esta es cara lo será el arrendamiento ya que en definitiva con este se pretende obtener una renta, rentabili-

(2) Es claro que el alto porcentaje de propiedad afecta a una eventual movilidad laboral. La inmensa mayoría accede a ese mercado a través de una compra financiada con un préstamo hipotecario a amortizar a lo largo de 20, 30 o 40 años. Esa inmensa mayoría cohabita, pues, con su hipoteca y supone un freno para su movilidad pues siguen encadenados a su hipoteca y hay que tener en cuenta que el mercado inmobiliario no goza de gran liquidez. El arrendamiento permite "liberarse" del contrato con mayor facilidad, más aún hoy por el nuevo art. 11 LAU, y cambiar la residencia al nuevo 'hogar laboral'.

(3) La vivienda en propiedad tiene un efecto positivo en España y en esta época. Es un hecho que una gran parte de la población es dueña de su vivienda cuando llega a una edad avanzada y de ordinario la tiene pagada lo que les permite vivir con cierta tranquilidad económica con la pensión de jubilación que muchas veces sería insuficiente si tuvieran que pagar un alquiler.

zar, pues, la inversión o coste de la propiedad. Es razonable pensar que la cuantía del alquiler vive paralela al precio de venta.

Una de las indicadas implicaciones negativas del Preámbulo nos debería hacer meditar. Nos referimos a que estamos lejos de un verdadero mercado profesionalizado de alquiler. Si ello es así, y parece punto común de encuentro, es que el mercado está trufado de escollos o inconvenientes que alejan al "profesional" (4).

Otra idea que nos parece interesante para buscar alguna explicación es la recogida en la citada Memoria (MAIN) de que muchos propietarios prefieren mantener su vivienda desocupada y renunciar por ello a la obtención de una renta. De ser así no tiene ningún sentido desde un punto de vista económico y es obligado buscar alguna causa.

Quizá podamos encontrarla si atendemos a los intereses, en parte contrapuestos, del arrendador y del arrendatario.

¿Cuáles son las pretensiones del arrendador? Sustancialmente podemos concretarlas en las siguientes:

1. Rentabilizar la inversión pactando la mayor renta posible.
2. Resolver el arrendamiento si necesita la vivienda.
3. Cobrar la renta.
4. Si no cobra la renta disponer de un procedimiento ágil de cobro y, en todo caso, recuperar la finca en buen estado.

¿Cuáles son las pretensiones del arrendatario? De igual modo, sustancialmente, podemos concretarlas en las siguientes:

1. Pactar la menor renta posible.
2. Tener estabilidad en el arrendamiento pero a la vez poder desistir de él sin gran coste, especialmente en caso de cambio de circunstancias como un traslado laboral, etc.

(4) Muchas veces los arrendadores son particulares que han invertido sus ahorros en una segunda vivienda en lugar de en otros activos –o la han heredado– y completan sus ingresos, o una poco abundante pensión, con la renta del alquiler; en definitiva, un escenario poco profesional a cuyos actores, muchas veces de economía ajustada, un impago les supone un quebranto notable en varios aspectos.

La pretensión núm. 1 de ambas partes las fijará el mercado sin perjuicio de que la Administración Pública pueda alterarlo en especial en beneficio de quienes carecen de recursos y articule beneficios para subvenir esa necesidad (5) o intervenga incluso como arrendador a través de entidades de naturaleza pública o con gran componente de esa naturaleza.

La pretensión 2.ª debe conciliarse hasta lograr un adecuado equilibrio. La reforma ha pretendido incidir en ello mediante una modificación del art. 9,3 y del art. 11 LAU. Creemos que la idea puede ser buena aunque su articulación podría mejorarse, sin perjuicio de que todo criterio cuantitativo como es un plazo puede discutirse si es corto o largo y, de otra parte, podría debatirse algún aspecto, dado que estamos ante un contrato de general corta duración. Quizá se podría haber introducido mayor autonomía de voluntad en el desistimiento del arrendatario, por ej. permitir algún plazo de obligado cumplimiento cohabitando con un posible desistimiento causalizado, un preaviso mayor, etc.

El problema, a nuestro juicio, son las pretensiones 3 y 4 del arrendador. O se dota de un procedimiento ágil y se generaliza algún mecanismo que permita cobrar y recuperar la finca en buen estado o será difícil profesionalizar y dinamizar el mercado de alquiler.

La Ley 4/2013 también modifica algunos artículos de la LEC y habrá que esperar a los resultados pero ya va siendo un mal endémico la lentitud de la Justicia (6). A veces proveer, trasladar o notificar

---

(5) Las ayudas públicas a través de sucesivos planes de vivienda desde 1981 han apostado por la propiedad. El RD 233/2013, de 5 de abril, por el que regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, pone especial énfasis –según su propio Preámbulo– en el fomento del alquiler con criterios más equitativos que otros programas anteriores sin excluir *a priori* por su edad u otra circunstancia a nadie que necesite la ayuda del Estado.

(6) Frente a esa lentitud puede ser interesante saber que la Comunidad de Madrid aprobó en enero de 2008 (Orden 1/2008, de 15 de enero) el denominado Plan Alquila para dinamizar el mercado de alquiler de viviendas estableciendo una serie de medidas, entre ellas un seguro de impago y daños, asesoramiento y la posibilidad de acudir a arbitraje. A consecuencia de ello por Orden 61/2008, de 4 de marzo, se crea el Consejo Arbitral para el alquiler de la Comunidad de Madrid; posteriormente, por Orden 730/2012, de 15 de marzo se amplía y generaliza el ámbito de actuación del Consejo a quienes suscriban la cláusula de sometimiento al sistema arbitral estable-

un escrito consume un tiempo difícil de explicar y asumir por un ciudadano (7).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la vivienda dentro de una sociedad civilizada es un bien de primera necesidad y supone en muchos casos un coste personal y social el lanzamiento de una familia de una vivienda (8).

---

cido por ese Consejo Arbitral para el Alquiler en la Comunidad de Madrid, y se está estudiando la posibilidad de ampliarlo a los locales.

El Consejo ha articulado un procedimiento específico (Normas de Funcionamiento de 5 de febrero de 2009) y ha suscrito convenios con diversas instituciones en las que se integran los árbitros; un impulso a ese sistema ha sido la creación en 2010 de un juzgado especializado en ejecución de laudos, concretamente el Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid.

De la Memoria del Consejo de 2013 pueden extraerse algunos datos significativos.

— 117 demandas.

— Plazo medio de resolución: 41 días.

— Inmediación garantizada con la celebración de una vista.

— Coste del proceso: una mensualidad y precio público de 60 €.

— No se conoce ninguna presentación de acción de nulidad contra ninguno de los laudos dictados por este Sistema Arbitral.

— El número de demandas crece cada año.

— Casi la mitad de las demandas corresponden a viviendas de Madrid capital y la otra mitad a viviendas del resto de los municipios de la Comunidad.

— En más de la mitad de los casos (66 %) hay entrega de llaves y recuperación de la posesión, sin necesidad de lanzamiento judicial.

(7) La STC 54/2014, de 10 de abril de 2014, recurso de amparo 4107-2009, otorga amparo a una persona que presenta un recurso contencioso-administrativo y se prevé la vista con una espera de más de dos años. Al ciudadano le resulta difícil de entender que ello se diga por el Tribunal Constitucional que otorga el amparo por ese motivo y ese mismo Tribunal tarde cerca de cinco años desde que se presenta tal recurso de amparo (ciertamente hubo retrasos en la correcta formalización de la demanda de amparo pero parece poco comprensible).

(8) Aunque es en el marco de las ejecuciones hipotecarias, en la actualidad se vive en una época en la que se pretende la paralización de los 'desahucios' (mal llamados así) derivados de ejecuciones hipotecarias; por ello, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, alude a la paradoja que resulta en algunos casos paralizar los lanzamientos derivados de ejecuciones hipotecarias y al mismo agilizar los desahucios en la LAU ("El eco de la campanada", *Westlaw, BIB* 2012\3455). No obstante, debemos insistir que es una

Creemos, y ya vamos a anticipar nuestra visión de la reforma, que en general las modificaciones de la LAU y en especial la inscripción de los arrendamientos, no van a alterar el panorama de modo sustancial en la dinamización del mercado de alquiler. Serán otras las causas, en su caso.

III. OBJETIVO DE LA REFORMA Y CRITERIOS DE ACTUACIÓN

El objetivo de la Ley 4/2013 según su propio Preámbulo es flexibilizar el mercado del alquiler para lograr la necesaria dinamización del mismo lo cual, según dicho Preámbulo, supone actuar sobre algunos aspectos fundamentales como son:

— El régimen jurídico aplicable reforzando la libertad de pactos.

— La duración del arrendamiento reduciendo las prórrogas.

— La recuperación de la vivienda por el arrendador cuando la necesite.

— La posibilidad de desistir del contrato por el arrendatario.

— Abogar por la seguridad del tráfico jurídico mediante la inscripción de los arrendamientos.

— Intentar excluir el intrusismo y la competencia desleal en la oferta turística.

— Abordar modificaciones 'puntuales' (según expresión del Preámbulo) en la LEC (9).

---

paradoja formal por el inadecuado uso del término desahucio en las ejecuciones hipotecarias; son supuestos distintos y por causas muy diferentes.

(9) La modificación fundamental en el ámbito de la LEC se centra en la reforma de su artículo 440; Cordón Moreno, Faustino: "La reforma del juicio de desahucio en la Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado de Alquiler de Viviendas", *www.uclm.es/centro/cesco*. Crítica con la reforma se muestra Achon Bruñén, M.ª José: "Estudio crítico de la reforma del juicio de desahucio por falta de pago por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler". *La Ley*, 19 de junio de 2013, versión digital.

No es cuestión procesal pero en cierto modo tiene relación con la pretensión de resolver cuestiones litigiosas si bien con carácter preventivo; nos referimos al art. 3 Ley 4/2013 que crea un Registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler delegando en un real decreto su organización y funcionamiento. El Registro se extiende también a los arbitrajes. Parece

Vamos a realizar unas breves consideraciones sobre los cuatro primeros aspectos con la mira puesta en si suponen un avance para alcanzar una mayor tasa de alquiler en el mercado inmobiliario. Serán consideraciones muy breves con ese único objetivo pues un análisis en profundidad de cada uno nos llevaría a consumir las líneas que nos hemos propuesto para su conjunto.

Sí hay que precisar que conforme a la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley 4/2013 los contratos celebrados con anterioridad a esta Ley continuarán rigiéndose por el régimen jurídico que les era de aplicación.

Ello significa que hay un nuevo régimen jurídico para los arrendamientos urbanos que se suma a los existentes, de modo que unos se regirán por la LAU de 1964, otros por esta Ley con la importante reforma del RDLey 2/1985 (en ambos, con las transitorias de la LAU de 1994), otros por la LAU de 1994 y otros con esta Ley y la importante reforma de que hablamos.

A) Libertad de pactos

La Ley 4/2013 de reforma de la LAU refuerza, en términos de su Preámbulo, la libertad de pactos dando prioridad a la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II de la Ley.

A tal fin modifica el art. 4,2 de la LAU estableciendo que "los arrendamientos de vivienda se regirán por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil".

---

lógico que haya interés en conocer esos antecedentes de morosidad pero lo cierto es que aún no hay desarrollo y que habrá que cumplir la normativa de protección de datos. Por otro lado no siempre se resuelve por sentencia firme (González Carrasco, Carmen: "El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler", Centro de Estudios de Consumo, *www.uclm.es/centro/cesco*) o arbitraje, un impago. Sobre esta referencia al arbitraje se ha mostrado crítico Merino Merchán, José Fernando: "¿Quiebra de la confidencialidad arbitral en la nueva ley de alquileres de vivienda?", El *Notario del Siglo xxi*, noviembre-diciembre, 2013, núm. 52, *www.elnotario.es*.

Habrá que esperar al desarrollo reglamentario para conocer los detalles y ver cómo se puede acceder, qué propuesta de contrato debe existir, etc.

Alguna consideración nos merece ese proclamado reforzamiento de la libertad contractual.

— La primera de ellas es que en el art. 4,1 se declaran imperativos los títulos I y IV. Este último regula especialmente la denominada fianza. Pues bien, independientemente de que el término no es el más acorde con su regulación, si se quiere introducir libertad contractual lo procedente sería eliminar la obligatoriedad de la fianza. El legislador quiere dotar de mayor autonomía de voluntad al arrendamiento pero no está dispuesto a renunciar a un dinero aunque sea descosiendo las costuras de esa relación jurídica.

El interés económico está paladinamente declarado en el Preámbulo de la Ley 29/1994 (LAU) cuando en su apartado 4 dice: "los rendimientos generados por estos fondos se han revelado como una importante fuente de financiación de las políticas autonómicas de vivienda, que se considera debe de mantenerse" y ello, añadimos, por la razón de que esas fianzas no quedan en poder del arrendador sino que con base en la disposición adicional 3.ª de la LAU las Comunidades Autónomas establecen la obligación de su depósito manejando el dinero de la fianza de los arrendatarios.

— La segunda es que con esa modificación se deroga la especialidad que había en cuanto a las denominadas viviendas suntuarias (superficie superior a 300 metros cuadrados o renta inicial superior en cómputo anual a 5,5 veces el salario mínimo interprofesional) que planteaba múltiples dudas en especial con el parámetro de la superficie. De otro lado, con esa modificación se produce un acercamiento, no igualdad, al régimen de los arrendamientos de uso distinto a vivienda.

— La tercera es que, a nuestro juicio, estamos ante una modificación interesante pero tampoco es un cambio revolucionario pues hay que atender al art. 6 LAU de modo que no cabe libertad de pactos en perjuicio de los derechos del arrendatario reconocidos en el título II salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice. Es decir, en muchos casos es en este título II donde se amplía el marco de la autonomía de la voluntad al reducir los derechos del arrendatario o admitir expresamente el pacto. Por ejemplo, hoy cabe actualizar la renta sin ajustarse al IPC, ello no solo por la liber-

tad de pactos de art. 4,2 LAU sino por causa de que el actual art. 18 LAU lo permite. Con todo tiene su importancia ese reconocimiento de libertad contractual como principio inspirador.

B) Duración del arrendamiento. Recuperación y Desistimiento

La Ley 4/2013 reduce la duración de las prórrogas obligatorias de cinco años a tres y la prórroga tácita de tres años a uno (arts. 9 y 10 LAU).

Se trata de una decisión legislativa justificada en el Preámbulo para dinamizar el mercado. "De esta forma, arrendadores y arrendatarios podrán adaptarse con mayor facilidad a eventuales cambios en sus circunstancias personales".

La duración del contrato de arrendamiento es un elemento esencial (art. 1543 CC) que plantea varias cuestiones pero aquí, como hemos apuntado, solo lo tratamos en cuanto sirve o no para esa pretendida dinamización del mercado de alquiler. Desde esta perspectiva creemos que va ser una medida muy poco efectiva máxime cuando se articulan dos novedades. Una de ellas, la posibilidad concedida al arrendador de recuperar la vivienda (art. 9,3 LAU); la otra, la posibilidad de desistir por el arrendatario (art. 11, LAU).

Desde esta perspectiva de la dinamización del mercado de alquiler nos tememos que poca influencia va a tener; el arrendador que quiere arrendar lo que desea es tener un arrendatario que pague y durante muchos años, salvo que lo necesite y para eso está el nuevo art. 9,3 LAU (10). En cuanto el arrendatario ya cabía establecer cláusulas que posibilitaran un desistimiento al amparo de la autonomía de la voluntad admitida también antes de la reforma siempre que el pacto beneficiara al arrendatario y siempre que aquella cláusula de eventual desistimiento se articulara de forma correcta (11).

(10) En la práctica es frecuente que el arrendador pacte una duración mínima o de obligado cumplimiento en los contratos de uso distinto a vivienda pues lo normal es que un arrendador no vaya a necesitar el local –distinto podría ser una vivienda– y prefiera tener un arrendatario de cierta duración. En la vivienda puede ser distinto y, en todo caso, hoy está el art. 9,3 LAU.

(11) Había que tener presente para una correcta redacción el principio *pacta sunt servanda* que en nuestro derecho encuentra acomodo en el art. 1256 CC el cual establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y que el anterior

Así pues, la elección legislativa en favor de una menor duración no creemos que tenga significativa incidencia en esa dinamización del mercado de alquiler en especial por esas indicadas dos novedades que pueden ser interesantes para dar acogida a esos eventuales cambios de circunstancias a que alude el Preámbulo (12), sin entrar en aspectos concretos de su regulación (plazo, gastos que supone un desalojo, indemnización, ausencia de un plazo mínimo de permanencia por parte del "necesitado de vivienda", etc.).

Creemos que cabe el pacto de excluir ese derecho de denegación de prórroga o endurecerlo para el arrendador (*v. gr.* denegación de prórroga a partir del segundo año, mayor preaviso, indemnización, etc.). Sin embargo, no creemos que se pueda excluir el derecho a desistir del arrendatario de vivienda o agravarlo (v.gr. ampliar el plazo de los seis meses para desistir, aumentar la indemnización, etc.) por cuanto entraría en la prohibición del art. 6 LAU (13). Si el derecho a desistir, una de las pocas novedades beneficiosas para el arrendatario en la reforma, se ha pretendido como contrapeso al derecho a denegar la prórroga, lo cierto es que el régimen es diferente como hemos dicho.

---

art. 11 LAU solo preveía el desistimiento en contratos de duración pactada superior a los cinco años. Señala LÓPEZ FRÍAS, Ana, que el pacto por el que se concede a alguna de las partes una facultad de desistimiento unilateral es el «tema estrella» de la jurisprudencia en relación con el art. 1256 CC ("*Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*", dir. PASQUAU LIAÑO, Miguel, Comares, 2.ª edic., Tomo II, 2009, p. 2274).

(12) CARRASCO PERERA, Ángel, las comenta críticamente de modo rotundo ("*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 383 y ss.). Tiene razón por cuanto el arrendamiento es un contrato vocacionalmente de cierta duración, pero también son ciertas las nuevas situaciones de la realidad: traslados laborales, conflictos matrimoniales que multiplican la necesidad de vivienda, etc.

(13) MAGRO SERVET, Vicente, entiende que la indemnización solo cabe pactarla en contratos de duración superior al año ("Aspectos relevantes de la reciente reforma de la LAU por Ley 4/2013, de 4 de junio", *Rev. Aranzadi Doctrinal* núm. 4/203); a nuestro juicio, es dudosa esta tesis y probablemente se pueda aplicar incluso en el primer año y pactar la indemnización que proporcionalmente corresponda. En este sentido véase CARRASCO PERERA, "*Comentarios…*", cit., pp. 391 y ss.

Lógicamente la reducción del plazo de cinco a tres años ha obligado a coordinar otros artículos; así, por ejemplo, el art. 16,4; 19,1; 20,2 o 36 LAU.

C) Seguridad del tráfico jurídico. Registro

Una de las fundamentales reformas de la LAU ha sido la salvaguarda de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario que en este ámbito se traduce en un fomento de la inscripción.

Hasta ahora el arrendamiento urbano ha vivido ajeno a los libros del Registro de la Propiedad.

Una razón relevante ha sido su inutilidad a efectos de protección del arrendatario generándose una cultura de vida extra-registral dado que el arrendatario quedaba plenamente protegido en caso de transmisión, estuviera o no inscrito el arrendamiento (art. 57 LAU 1964).

Esa ausencia de inscripción ha ido acompañada de ausencia de documentación pública de manera que en muchos casos el arrendamiento ha estado huérfano de un mínimo asesoramiento jurídico y se han concertado contratos de arrendamiento copiando uno anterior o de otra persona aunque mediara un cambio normativo. Ha sido, pues, un campo donde frecuentemente se ven cláusulas contractuales que suponen un atentado a la más elemental ortodoxia jurídica.

Con la reforma de 1994 y su nueva Ley, el panorama legal cambia pero la realidad de la ausencia registral continuó. La tradición era muy intensa y además algunos artículos seguían propiciando la defensa del arrendatario en especial de vivienda (art. 13 o 14; si no es de vivienda sino de uso distinto, el adquirente queda subrogado salvo que reúna los requisitos del art. 34 LH, según el art. 29 LAU).

Salvo supuestos especiales la regla general es que se compran los pisos vacíos para ocuparlos o para arrendar, y se compran arrendados como inversión ("en rentabilidad" según la terminología usual).

Entender que un arrendamiento no inscrito era una carga oculta (o conocida) tenía sentido bajo la LAU de 1964 dado el proteccionismo, excesivo, de esa norma (14).

(14) La Prensa se hace eco de la expiración el 31 de diciembre de 2014 de la prórroga transitoria por la LAU de 1994 del arrendamiento de varios

Hoy en día con un régimen más liberal y con menos encorsetamiento legal puede considerarse que el arrendamiento cobra otra dimensión. Salvo en esos casos específicos como sucede cuando se arrienda *ad hoc* para dificultar una ejecución, lo normal es lo indicado y cuando se compra un inmueble arrendado con un arrendatario cumplidor, como señala GUILARTE GUTIÉRREZ, en lugar de una carga es "una bendición… y un inquilino cumplidor no es una carga sino un beneficio" (15).

La reforma pretende cambiar el panorama normativo. El Preámbulo de la Ley 4/2013 señala que es necesario someter el arrendamiento de viviendas "al régimen general establecido por nuestro sistema de seguridad de tráfico jurídico inmobiliario y, en consecuencia, en primer lugar, que los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no puedan surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho y, en segundo lugar, que el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito. Todo ello, sin menguar alguno de los derechos ni del arrendador, ni del arrendatario".

Esta declaración se traduce en el articulado, entre otros, en el nuevo art. 7,2 y en el art. 14,1 LAU, y quizá se pueda ver en ellos el principio de inoponibilidad y el de fe pública registral, sin entrar ahora en mayor precisión.

Este anclaje en la inscripción para obtener seguridad se explica en la citada Memoria de Análisis de impacto normativo por cuanto la situación existente antes de la reforma era que el arrendamiento se impone "incluso a terceros de buena fe sin necesidad de inscripción, lo que perturba la seguridad del tráfico jurídico y facilita la comisión de numerosos fraudes, no sólo en el caso de adquisición de viviendas o locales, sino también en el de ejecución hipotecaria, lo que entorpece el tráfico jurídico y es un factor de encarecimiento del crédito hipotecario porque disminuye el valor de adjudicación de la vivienda en caso de impago, en perjuicio tanto del deudor como del

locales de persona jurídica algunos de ellos en zona *prime* con rentas 10 o 20 veces inferior a las de mercado (Expansión de 23 de agosto de 2014).

(15) GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", dir. CRESPO ALLUÉ, Fernando y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, Thomson Reuters Lex Nova, 2014, p. 131.

acreedor hipotecarios, como, en general, de todos los potenciales solicitantes del crédito hipotecario" (16).

La ministra de Fomento, Ana Pastor, en la presentación del Proyecto de Ley también se refirió a esta modificación señalando que la inscripción del arrendamiento es voluntaria y que si el contrato de arrendamiento no está inscrito "el comprador de buena fe no estará obligado a respetar el arrendamiento concertado por el anterior propietario y el arrendatario perderá ese derecho. Este criterio modifica la situación actual en la que los compradores de una vivienda arrendada permitían la continuidad del arrendamiento al menos hasta el período de cinco años" (17).

Estas declaraciones programáticas son halagadoras para quien durante su vida profesional ha venido ejerciendo la función notarial y registral. Pasada esa primera sensación, en estas líneas pretendemos hacer una valoración científica y no partidista y desde esta posición creemos que no arriesgamos si decimos que si el ideólogo de esta medida ha pretendido con ella dinamizar el mercado de alquiler debemos cambiar de ideólogo. A nuestro juicio, ni la falta de inscripción contaminaba de modo relevante el tráfico inmobiliario ni la inscripción, con la legislación actual, será la solución (18).

---

(16) Memoria de análisis de impacto normativo sobre el Anteproyecto de Ley (MAIN) que acompañaba al Anteproyecto de Ley.

(17) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión plenaria nº 80 de 20 de diciembre de 2012, p. 48.

(18) Es obvio que es deseo generalizado vivir bajo un sistema donde impere el principio de seguridad, propiciado incluso por la Constitución, pero no solo se busca una seguridad jurídica material y registral sino también que vaya acompañada de una legislación y, sobre todo, práctica judicial, que garantice esa seguridad en un plazo razonable (esta crítica es generalizada en la doctrina, por todos ROMÁN GARCÍA, Antonio M.: "Las tendencias legislativas modernas en materia de arrendamientos urbanos y la dinamización del mercado inmobiliario en España", *Libro homenaje al Profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 1086 y ss.). Seguramente cabe decir que la regulación del desahucio no ha gozado de una buena normativa; así se puede explicar que antes de la LEC de 2000 se hablara de "caos legislativo" en materia del proceso de desahucio ("*Procesos civiles especiales*", CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor, Colex, 1996, p. 73; o que ADAN DOMÉNECH, Federico, diga que "una de las materias que ha experimentado una mayor modificación legislativa en los últimos años ha estado en los procesos de desahucio", sufriendo hasta cinco modificaciones desde la inicial redacción la LEC de

El futuro es incierto; el pasado es un hecho. Veremos dentro de unos años cuántos arrendamientos de vivienda se inscriben, si no hay otras modificaciones, y podremos observar qué incidencia ha tenido la inscripción en la dinamización del mercado hipotecario(19). Creemos que va ser mínima (20).

Queremos dejar clara nuestra posición. Nadie, a nuestro juicio, puede negar la transparencia que supondría la inscripción de los arrendamientos si se articula bien, correcta articulación que se debe pedir no solo para la inscripción sino también para la cancelación, que no es fácil, es más, seguramente más complicada; de ese modo se eliminarían esas supuestas "cargas" ocultas sin entrar en si el coste/beneficio es favorable o no.

2000 ("La reforma legislativa de los juicios de desahucio", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 60, diciembre 2013, p. 93).

Quizá, en el fondo, no se aprecie como una necesidad urgente o, incluso, que se entienda es de mayor interés una cierta parsimonia, pues no puede olvidarse que es tradicional entender que la posición del arrendador es de mayor fortaleza que la del arrendatario. En el propio informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la reforma se aludía al "desequilibrio natural en la posición negociadora que ostenta cada uno de los contratantes. Esta asimetría de fuerzas negociadoras es un postulado tradicional en la materia…". Ya hemos apuntado que estamos en un mercado poco profesionalizado y que muchas personas completan con una renta arrendaticia una poco abundante pensión.

A veces la lentitud es un efecto en exceso frecuente. Se detecta un problema, se articula una ley, se prevén desarrollos pero no se hace seguimiento de estos ni de aquella. En el caso de la Ley 4/2013 que nos ocupa, su art. 3 crea un Registro cuyo desarrollo aún está por ver la luz; su disposición final 2.ª alude a una adaptación en plazo de seis meses, hoy incumplido.

(19) Un dato: cuando se redactan estas líneas, poco más de un año de entrar en vigor la reforma, el número de contratos de arrendamientos presentados después de la reforma en la demarcación del Registro de la Propiedad del que es titular el autor de estas líneas es cero.

(20) No olvidemos que muchos arrendamientos de vivienda no son muy duraderos pero, además, el arrendatario habitualmente se siente protegido con la posesión (y hasta la reforma expresamente por la Ley) y que el arrendador tampoco tiene mucho interés en la inscripción, especialmente por los problemas que le puedan surgir para la cancelación.

Lo que decimos es que en la inscripción no está la clave para la dinamización del mercado de alquiler ni su ausencia ha generado muchos y preocupantes fraudes (21).

Esto último contradice lo antes indicado por la Memoria de análisis de impacto normativo sobre el Anteproyecto cuando dice que "facilita la comisión de numerosos fraudes" según hemos recogido.

Creemos que es una pura manifestación sin constatación ni prueba, si bien por el contexto en que se inserta parece que se refiere al caso de las ejecuciones hipotecarias de modo que el ejecutante o adjudicatario en la subasta ve obstaculizado o deteriorado su derecho por la concertación de un contrato de arrendamiento a veces por una renta escasa. En definitiva, el resultado de la aplicación del antiguo art. 13,1 LAU: en caso de enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial el arrendatario tenía derecho, "en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años". Es decir, un arrendamiento posterior a la hipoteca subsistía "en todo caso" hasta cinco años y era indiferente que se inscribiera o no. Ello significa que el eventual fraude no

(21) Coincidimos con LOSCERTALES cuando expresa que la realidad social muestra que no se han inscrito apenas arrendamientos en el Registro "y la verdad es que ello no ha dado problemas de ningún tipo a las partes" (LOSCERTALES FUERTES, Daniel: "El registro de la propiedad en los arrendamientos urbanos, una mala decisión", *El País*, Economía, de 27 de noviembre de 2013). Este autor tiene a su favor que es un relevante jurista que a su condición técnica le une el estar apegado a la realidad dada su dilatada dedicación a la materia arrendaticia. Este autor se ha caracterizado también por ser muy crítico con la inscripción registral que, dice, fue una imposición del Ministerio de Justicia sin posibilidad de discutir en la Comisión especial creada en el Ministerio de Fomento para la reforma de la LAU, de la que formaba parte –no extraña esa imposición dada la falta de cintura, a nuestro juicio, del Ministerio de Justicia en muchas cuestiones en los proyectos iniciados, no así en alguno programado electoralmente–. Junto a su libro "*Arrendamientos Urbanos. Legislación y Comentarios*", SEPIN, 2013, en la propia nota de autor y en el comentario de los diferentes artículos que aluden al Registro –7,2; 10,2; 13, 14 o 27,4–, puede verse su crítica opinión en la prensa o revistas científicas; por ej. "La reforma de la ley de alquiler", *El País*, Economía, de 10 de junio de 2013; "Las malas consecuencias de la inscripción de los arrendamientos urbanos en el registro de la propiedad", *El País*, Economía, de 2 de enero de 2014; "El registro de la propiedad y los arrendamientos urbanos", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 53, enero-febrero de 2014. Salvo, lógicamente, el citado libro, todos en internet.

estaba en la ausencia de inscripción sino en la decisión del legislador de mantener el arrendamiento posterior a la hipoteca, sin entrar en si esa decisión era acertada o no ni en el análisis jurisprudencial que en ocasiones se inclinaba por la resolución del arrendamiento basándose en que el contrato era manifiestamente perjudicial o en fraude (22).

Es decir, el supuesto fraude estaba generado por esa decisión legislativa y no en la ausencia de inscripción. Fuera de esos casos, muchas veces inspirados en ánimo de perjudicar, la regla era el

(22) Uno de los temas más debatidos en materia arrendaticia ha sido el efecto que sobre el arrendamiento producía la ejecución de una hipoteca constituida con anterioridad al arrendamiento.

Resulta obvio que la constitución de una hipoteca no cercena la facultad dispositiva del propietario sin perjuicio del efecto extintivo que puede provocar la ejecución de esa hipoteca.

Tema clásico de debate doctrinal y jurisprudencial, con soluciones no unánimes ni invariables, ha sido decidir si esa ejecución hipotecaria arrastraba al arrendamiento.

Muchas posiciones doctrinales y jurisprudenciales se inclinaban por la subsistencia.

La Ley 29/1994 vino a pronunciarse a favor del arrendatario de vivienda pero solo durante los cinco primeros años. Ello provocó también problemas prácticos pues a veces se formalizaba un arrendamiento para 'entorpecer' la ejecución lo que a su vez provocaba que en ocasiones los Tribunales se inclinaran por la resolución del arrendamiento con base en fraude.

De cualquier modo, reiteramos, de considerar que había fraudes estos derivaban más de esa norma de mantener el arrendamiento que de la falta de inscripción.

Dejamos fuera de comentario en este momento –luego volveremos sobre ello– la idea sugerida por algún sector favorable al mantenimiento del arriendo en caso de ejecución hipotecaria (obviamente excluyendo el fraude) basándose en que en la actualidad muchas viviendas están hipotecadas y quedarían fuera del mercado arrendaticio por un impago del que no es culpable el arrendatario.

Puede verse sobre esta cuestión Colás Escandón, Ana M.ª, en "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2013, pp. 443 y sigs; Poveda Bernal, Margarita Isabel: "Ejecución hipotecaria y extinción de arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas", *Rev. Crít. Der. Inmobiliario*, núm. 652, mayo-junio de 1999, pp. 897 a 950 de modo rotundo se pronunciaba en contra de la subsistencia del arrendamiento considerando insostenible tal regulación; montero aroca: "*Ejecución de la hipoteca Inmobiliaria*", Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1089 y ss.

respeto del arrendamiento. Incluso, a veces, constituye un aliciente para el comprador que estén arrendados y en portales inmobiliarios se anuncian tales inmuebles como "en rentabilidad".

La medida de propiciar la inscripción ha sido objeto, en general, de una valoración negativa de su regulación; en muchos casos con una valoración negativa por sus costes y en algún caso con algún exceso aludiendo a presiones corporativistas (23).

Desconocemos la existencia de éstas pero de haberlas desde luego al igual que hemos propugnado por un cambio de ideólogo aconsejamos a la corporación que se insinúa que cambie de grupo de influencia (24).

---

(23) Carrasco Perera, Ángel: "La reforma del arrendamiento vivienda: comentario y valoración", Otrosí, *Rev. del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 13, enero-marzo 2013, pp. 18 y ss. También es crítica con la regulación registral de la reforma, que la considera de difícil interpretación, González Carrasco, Carmen: "*El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda…*", cit.; Colás Escandón, Ana María: "*Comentarios…*", cit., pp. 234 y ss.; Pérez Conesa, Carmen: "*Arrendamientos de Vivienda y Desahucios: Su Reforma. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio*", Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 52 y ss. Como indicamos en el texto la regulación es deficiente y tenemos pocas dudas de que el Registro no es la clave para dinamizar el alquiler; sin embargo, creemos observar en alguna posición crítica algún exceso negativo frente a la intervención notarial y registral y, en algún punto, haber calado cierta desviación demagógica. También el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley se apunta al carro de la crítica por el coste económico sin valorar en profundidad su armonía o no con el sistema, si bien reconoce, como veremos, que la no inscripción no deja en todos los casos desarmados a los arrendamientos no inscritos.

(24) Las normas son elaboradas por el Parlamento, o por quien tiene el poder normativo según el rango de aquellas, pero debe admitirse que se elaboran pensando en el bien general y no en el de un grupo. Si nos preguntáramos *cui prodest* es posible que grandes beneficiados serán quienes ejecuten hipotecas que ya no tendrán que admitir arrendamientos concertados con posterioridad durante cinco años –sin entrar en si es lo correcto o no– o quienes ante la dificultad de vender han puesto las viviendas en arrendamientos y, previendo que la crisis tendrá un final, prefieren acortar la prórroga a tres años (*vide* González Carrasco: *op. cit.*) También puede ser de interés para la Hacienda Pública pues expulsa la economía sumergida aunque es conocido que es preocupación de esa Hacienda, loable, atajar esa economía, pero deseosa de recaudar mantiene un impuesto en ocasiones contra la escritura a través del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

En cuanto a los mayores costes estos vendrán de la intervención profesional. El arrendamiento viene siendo, como hemos dicho antes, un campo propicio al "intrusismo"; los contratos de arrendamiento en especial los de renta media o baja, se redactan "copiando" otro aunque haya mediado un cambio legislativo y, en general, tales contratos son de escasa calidad jurídica. Cualquiera que tenga una mínima experiencia en este campo lo ha comprobado y de ahí que después de tener lugar la importante reforma de la LAU de 1964 por el RDLey 2/1985 se redactaron varias decenas de miles de contrato con prórroga forzosa por "copiar" de otro y desconocer la reforma. Desde esta perspectiva es un hecho que la actuación notarial compite perfectamente con la de cualquier profesional jurídico. Hay que tener en cuenta que articular un buen contrato de arrendamiento no es sencillo y ahora menos. Somos de la opinión que a mayor autonomía de la voluntad se complica la redacción. En 1960 formalizar un arrendamiento no debía ser difícil pues estaba encorsetado con poco margen. Hoy con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad hay que concertar más aspectos, y más aún en los de uso distinto a vivienda donde esa autonomía es mayor (25).

Partimos de la base de la documentación notarial para la inscripción (26) por cuanto así resulta del art. 3 Ley Hipotecaria y RD 297/1996 sin que la disposición final 2.ª de la Ley 4/2013 contemple

(25) No podemos estar de acuerdo con Blanco Carrasco, Marta, cuando señala que con la reforma el arrendatario sufrirá las consecuencias de la ocultación por no inscribir pues verá muy probablemente su contrato de arrendamiento terminado si no ha tenido la diligencia y prudencia de inscribir y por ello lamenta que no se haya acompañado de un régimen que facilite en extremo la inscripción de los arrendamientos en el Registro de la Propiedad "eliminando formalismos y, claro está, de forma gratuita o prácticamente gratuita" esperando que el desarrollo legal "haga de la inscripción un acto sencillo y accesible" ("La reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos a través de la Ley 4/2013, de 4 de junio", R.G.L.yJ., 2013, núm. 4, p. 622). Como venimos manteniendo el futuro no será tan oscuro como se dibuja, pero parece que es bueno que se eleve el nivel jurídico de los contratos de arrendamientos y en los Colegios de Abogados, Facultades de Derecho, etc. no suele haber departamentos que asesoren y redacten sin coste al ciudadano o a los presupuestos públicos.

(26) Poco inclinado a esa documentación notarial se muestra Guilarte Gutiérrez ("*Comentarios…*", cit., pp. 137-138). Conocida es esa inclinación, en ocasiones con excesivo ardor.

un cambio en este extremo pues la adaptación prevista en nada se refiere a la documentación (27).

Hechas estas consideraciones previas, creemos que vamos a asistir a un repunte del mercado de alquiler. Quizá podamos decir que por desgracia vamos a asistir a ese repunte.

Decimos esto porque esa mejora del arrendamiento no va a ser consecuencia de la propia reforma sino por la razón de estar inmersos en una grave situación de crisis económica. Cuando la financiación es escasa, el paro alcanza cotas inasumibles, la seguridad laboral disminuye, se temporaliza la contratación laboral, los empleos se localizan fuera de la ciudad habitual, se produce un cóctel que no anima a comprar y se decide por el arrendamiento (28).

Es posible que por esa coyuntura económica desfavorable se incrementen los arrendamientos de vivienda y se genere una cultura arrendaticia que vaya calando y fomente el arrendamiento en un futuro.

Es habitual relacionar el arrendamiento de vivienda (no el de uso distinto) con las clases más desfavorecidas económicamente. En la actualidad parece que se decantan por la opción arrendaticia nuevos grupos de mejor nivel económico. Por un lado, la movilidad geográfica hace que trabajadores de cierto nivel sean trasladados temporalmente para acometer trabajos en otro lugar al habitual; por otro lado, muchas personas, en especial jóvenes, no quieren vincularse

(27) Diferente era la redacción de la disposición adicional segunda del Proyecto de Ley (BOCG, Congreso de los Diputados, 7 de septiembre de 2012) que dejaba a una reglamentación futura "lo concerniente a los documentos hábiles para la inscripción", frase suprimida ya en el informe de la Ponencia (disposición final primera bis) (BOCG, Congreso de los Diputados, 27 de febrero de 2013). Véanse las enmiendas 34 (del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia) 75 (Grupo Parlamentario Catalán, Convergencia i Unió) y 123 (Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados de 12 de febrero de 2013).

(28) Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, señala que la grave crisis económica, el difícil acceso al crédito, unido a la reforma laboral determinan que "el mercado del alquiler se convierte ya no solo en una alternativa a la propiedad, sino la única forma de poder acceder a una vivienda" ("Análisis de la Ley 4/2013 de 4 de junio, de medidas de flexibilización del mercado del alquiler de viviendas", *Actualidad Civil*, núm. 78, 1 de julio a 31 de agosto 2013. Versión digital p. 7). En la Prensa-Expansión del 23 de agosto de 2014 puede leerse que el mercado de alquiler ha comenzado a despegar citando como primer motivo la crisis económica.

a la compra de una vivienda, esto es a la hipoteca para su compra.

Si esto va acompañado por una mayor profesionalización del mercado de alquiler y entran en él entidades dedicadas al mismo puede que todo potencie para que se vaya a un incremento del arrendamiento. Las SOCIMI aún tienen poca vida para ver su resultado (29).

Aunque el incremento se deba a esa desfavorable coyuntura económica ese dato puede generar un cambio de cultura que en definitiva será relevante.

Es frecuente que ciertas ayudas públicas o beneficios se concentren a favor del arrendamiento. Creemos que si a través de ellos se palían difíciles situaciones de grupos vulnerables deben recibirse favorablemente (antes hacíamos referencia al RD 233/2013).

Sin embargo, creemos que las ayudas públicas o beneficios deben ser neutros con la propiedad y con el arrendamiento pues de otro modo podemos alimentar un mercado cautivo. Parece mejor una neutralidad y fomentar una cultura de plena alternativa entre propiedad y arrendamiento. Ambos tienen sus ventajas e inconvenientes y lo procedente, a nuestro juicio, es que se decida libre-

(29) La Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI) pretende articular un instrumento de inversión para potenciar el mercado de alquiler en España. Según su Preámbulo tiene como objetivos "el impulso del mercado de alquiler, elevando su profesionalización, facilitar el acceso de los ciudadanos a la propiedad inmobiliaria, incrementar la competitividad en los mercados de valores españoles y dinamizar el mercado inmobiliario, obteniendo el inversor una rentabilidad estable de la inversión en el capital de estas sociedades a través de la distribución obligatoria de los beneficios a sus accionistas".

Ideas esenciales es la inversión de estas sociedades fundamentalmente en inmuebles urbanos, el objeto es el arrendamiento, se articula un especial régimen fiscal y hay una obligada distribución de resultados. Obviamente son trazos muy simples y generales que necesitan desarrollo y matización pero puede decirse que el objetivo principal es fomentar y profesionalizar el mercado de alquiler de inmuebles.

Esta Ley tiene aún corta vida y aún es pronto para ver si se cumple el objetivo aunque alguno ha mostrado su pesimismo (ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: "Las nuevas «SOCIMI» ante el fracaso de los instrumentos de estímulo de la vivienda en alquiler en España (¿el final del mercado artesanal de arrendamientos de viviendas, la panacea de la crisis inmobiliaria o simple vehículo de inversión?)", *Rev. Der. Bancario y Bursátil*, núm. 119, julio-septiembre 2010, pp. 109 y ss.

mente en cada caso atendiendo a las circunstancias sin que fuerzas externas alimenten o coarten la elección; para ello, parece lógico alumbrar un mercado con cierta profesionalidad. Obviamente con la excepción de paliar situaciones de vulnerabilidad.

Independientemente de cualquier valoración acerca de la oportunidad de la inscripción o de su incidencia en la dinamización del mercado de alquiler es claro que debe cuidarse la redacción de los textos legales.

Como decíamos antes parece que la articulación del Preámbulo al referirse a la inoponibilidad de los arrendamientos no inscritos y a que el tercero del art. 34 LH no puede resultar perjudicado por un arrendamiento no inscrito se realiza en el art. 7,2 y en el art. 14 LAU pero hay otros artículos modificados con tal fin: art. 9,4; 10,2; 13 y 27,4.

Cuando se habla de inoponibilidad y de fe pública (el tercero del art. 34 LH) de inmediato surge el clásico debate de la tesis monista y dualista del tercero hipotecario. Para esta el principio de inoponibilidad se emparenta con el sistema latino de protección basado en la sanción por la negligencia del titular que no inscribe o demora la inscripción; la tesis monista entiende que se recoge el sistema de protección germánico basado en la confianza que el adquirente presta a los postulados registrales.

La lista de los autores que militan en una u otra tesis es abrumadora tanto por su cantidad como por su autoridad científica por lo que no procede entrar en el debate. Baste decir que la diferencia fundamental estriba en los requisitos que deben acompañar a ese tercero hipotecario.

Para los monistas ese tercero debe reunir los requisitos del art. 34 LH (carácter oneroso, buena fe, previa inscripción e inscripción).

Los dualistas consideran que el tercero del art. 32 LH es diferente y no necesita reunir todos los citados requisitos del art. 34. Dentro de esta tesis hay ciertas diferencias pues muchos entienden que también debe mediar buena fe; algunos igualmente exigen la onerosidad y donde se concreta un general punto de encuentro es en la falta de previa inscripción siendo posible que sea tercero hipotecario el inmatriculante (30).

(30) Algunos autores han considerado que la Ley confunde entre inoponibilidad y fe pública registral. Véase Quicios Molina, Susana: "La refor-

Como decimos, no procede un análisis de este debate. Baste decir que nosotros entendemos que toda protección debe venir adornada de buena fe y que la LAU articula alguna especialidad para el caso de finca no inmatriculada.

De cualquier modo, parece razonable que si una norma aboga por la inscripción debe procurar la máxima precisión y quizá no queden claros algunos extremos.

Podemos adelantar alguna idea general. La primera de ellas es que el arrendamiento inscrito es oponible a todo tercero y este debe respetar el arrendamiento en sus propios términos.

---

ma de los arrendamientos urbanos, según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas de 31 de agosto de 2012", *Rev. Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2012, Westlaw, BIB 2012\3404; PÉREZ CONESA, Carmen: "*Arrendamientos…*" cit., pp. 55 y 67-68, GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: "*El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda…*", cit.

Como es sabido, el concepto de inoponibilidad recogido en el art. 32 LH y en el 606 CC en su referencia con el principio de fe pública registral es base para la distinción en la doctrina de monistas y dualistas. Puede verse el distinto enfoque que del art. 606 CC tienen AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: "*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*", dir. Albaladejo, Tomo VII-2.º, EDERSA, 1978, pp. 280 y ss., y PAU PEDRÓN, Antonio: "*Comentarios al Código Civil*", dir. Paz-Ares y otros, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1532 y ss.

Como se dice en el texto, la relación de autores adscritos a una u otra tesis, algunos con matizaciones, sería interminable. Por todos, en la línea monista, además del citado PAU PEDRÓN, ROCA SASTRE, Ramón María: "*Derecho hipotecario*", Bosch, 1968; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: "*Derechos reales. Derecho hipotecario*", Centro de Estudios Registrales, 1999. En la tesis dualista, además del citado AMORÓS, LACRUZ BERDEJO, José Luis (junto con SANCHO REBULLIDA, Francisco): "*Derecho inmobiliario registral*", Bosch, 1984; GARCÍA GARCÍA, José Manuel: "*Derecho Inmobiliario registral o hipotecario*", Civitas, varios años, en concreto el Tomo II, 1993.

La tesis monista y dualista no solo es tratada en obras generales sino también en monografías, algunas muy específicas relativas a los arts. 32 y 34 LH o los principios de inoponibilidad y fe pública, y también en varias monografías aunque el tema central sea otro por cuanto tales artículos y principios son eje central del derecho inmobiliario registral. Por todos citaremos JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: "*El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*", Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles, monografía de más de seiscientas páginas, entre ellas, más de cuatro con la bibliografía de los adscritos a una u otra tesis (pp. 142 y ss.), lo que da idea de la dimensión del debate.

La segunda de ellas es que si el arrendamiento no está inscrito no se le puede oponer al tercero si bien, como dijimos antes, no concebimos la protección de un tercero que no tenga buena fe y, además, la situación arrendaticia debe expresarse en un contrato de compraventa (arts. 25 y 31 LAU).

Finalmente, como dijimos, hay alguna norma especial para caso de finca no inmatriculada.

a) Arrendamiento inscrito

Como hemos dicho, ese arrendamiento inscrito será oponible a todo tercero, inscriba o no inscriba, reúna o no los requisitos del art. 34 LH.

Lo indicado en el párrafo anterior puede considerarse como principio general deducido de nuestra legislación hipotecaria. Esta se considera como una 'ley de terceros' y estos resultan afectados por el contenido del Registro.

La reforma quiere recoger en varios artículos ese principio general.

El primero de ellos, el art. 7,2: "En todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad".

Da la impresión de que el legislador no está muy seguro de lograr su objetivo y por ello quiere introducir una expresión que implique una cierta fortaleza, de ahí el "en todo caso" con que comienza la norma. Por otro lado, parece obsesionarse con el arrendamiento de vivienda de modo que lo incluye dentro del Título II –de los arrendamientos de vivienda– cambiando el criterio del Anteproyecto de Ley que lo recogía en un nuevo párrafo del artículo 1 (en el título de "ámbito de la Ley"). Quizá el título de la Ley referente al mercado del alquiler de viviendas le ha condicionado, si bien al aludir a los arrendamientos "concertados sobre fincas urbanas" por copia del Anteproyecto, su ámbito, por virtud del art. 1 LAU, podría ser con destino a vivienda o a uso distinto del de vivienda (31). Pero para estos últimos está el art. 29.

(31) Cabe recordar que, en efecto, el Anteproyecto lo recogía en un nuevo párrafo 2 del art. 1 y que en el Preámbulo al justificar la inscripción decía que quería evitar –tal como recoge el Preámbulo de la reforma– que el tercer adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por

El art. 7,2 LAU indica que surte "efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho". Cabe hacer una matización evidente: surte efecto frente a terceros hayan o no inscrito su derecho; surte efecto frente a terceros 'aunque' hayan inscrito su derecho.

Antes de seguir queremos resaltar una falta de armonía. Como hemos dicho, los principios de inoponibilidad y de fe pública registral han sido punto de atención para la tesis monista y la dualista.

Aquí, en este art. 7,2 parece que se quiere dar acogida al principio de inoponibilidad y se alude al tercero que inscribe sin, en teoría, mayores requisitos; sin embargo, de ser así, se produce una falta de coordinación con el art. 29 LAU que solo frena el arrendamiento de uso distinto frente al tercero adornado de los requisitos del art. 34. Es decir, el arrendamiento de vivienda, que siempre ha sido objeto de mayor protección que el de uso distinto a vivienda, en caso de no estar inscrito está menos protegido según el tenor literal lo que obligará a hacer una interpretación sistemática; por otro lado, los arts. 10,2 y 14 LAU frenan la protección cuando son terceros del art. 34 LH.

Como hemos dicho el arrendamiento inscrito, pues, surtirá efecto frente a todo tercero y ese efecto alcanzará al contenido contractual inscrito.

Quizá proceda hacer un breve paréntesis desarrollando esta idea.

A nuestro juicio, como hemos indicado, se podrá oponer el arrendamiento con su contenido contractual inscrito. Ello supone una modalización del habitual reflejo registral.

Como es sabido, al Registro de la Propiedad acceden, como regla, el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 1,1 LH) y se excluyen las obligaciones y los contenidos obligacionales de los contratos.

Sin embargo, aquí se puede inscribir el arrendamiento (art. 2,5 LH) y su contenido obligacional como la duración, renta, revalorización de esta, destino, etc., en definitiva las obligaciones de ambas partes, que al amparo de la autonomía de la voluntad –art. 4 LAU– pueden atender a supuestos muy variados (animales domésticos,

---

el articulado 34 de la Ley Hipotecaria no puede resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito, y añadía: "tal y como sucede hoy en el caso de arrendamiento de locales". La incorrección de esta frase, al menos desde el tenor de la Ley, quizá provocase el cambio de ubicación.

instrumentos musicales, taladros, etc.) y configurarlos como causa de resolución, lo que puede hacer complicada la calificación en caso de alguna cláusula de contenido dudosamente válido pues no siempre nos encontraremos con cláusulas claramente válidas o no, como la última que hemos tenido ocasión profesional de examinar (antes de la Ley 4/2013) en que se pactaba por personas físicas un arrendamiento de vivienda por cien años y con previsión de prórrogas.

Por ello tenemos que matizar a quienes propician (para abaratar) inscripciones sencillas. La inscripción puede ser sencilla, distinto es la calificación del documento (32).

Concluido el paréntesis pero recogiendo su idea podríamos sostener que realmente poco añade el art. 10,2 LAU y probablemente no sea correcto, cuando señala: "Una vez inscrito el contrato de arrendamiento, el derecho de prórroga establecido en el art. 9, así como la prórroga de un año a la que se refiere el apartado anterior, se impondrán en relación a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del art. 34 de la Ley Hipotecaria" (realmente se impondrá reúna o no tales condiciones).

Creemos que añade poco pues, como hemos dicho, se impondrá el contenido contractual y por ello el arrendatario podrá hacer uso o no de las prórrogas del art. 9 y 10, pero probablemente no sea correcto pues si se pacta una duración por ejemplo de cinco años, la duración no será ni habrá las prórrogas del art. 9 sino que será de cinco años sin perjuicio de la del art. 10; además, como venimos sosteniendo, el contenido contractual del arrendamiento inscrito se podrá oponer al tercero lo mismo que al arrendador pero no más. Por ello no parece exacto decir que "el derecho de prórroga" del art. 9 y "la prórroga" de un año del art. 10 se "impondrán" al tercero, pues el derecho de prórroga del art. 9 se impondrá al tercero

(32) Como decimos en el texto la inscripción puede ser relativamente sencilla pero lo que no lo será en general es la calificación pues un buen contrato de arrendamiento no es sencillo. Basta leer los modelos incorporados como apéndice de la obra "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, para percibirlo y ver distintas versiones ante los diferentes supuestos fácticos. Es más, a buen seguro, alguno podría plantear alguna variante o contemplar algún interesante caso no contemplado en el modelo, por cuanto el contenido obligacional responderá a los variados intereses –u ocurrencias de la imaginación– de los contratantes.

pero la prórroga del art. 10 solo se hará efectiva para el arrendatario si el arrendador no notifica la voluntad de no renovar con el preaviso previsto legalmente.

El párrafo 2 del art. 13,1 LAU tampoco está muy alejado de esta apreciación. Realmente añade poco a la norma general, esto es, el arrendamiento inscrito afecta al tercero esté o no inscrito, sea o no un tercero del art. 34 LH.

Sin embargo, en este caso tiene mucho interés el cambio normativo producido. En efecto, el art. 13 LAU antes de la reforma, en esos casos contemplados en el párrafo 1, determinaba que aunque el arrendamiento de vivienda fuera concertado después de esos supuestos tal arrendamiento no se resolvía sino que podía continuar hasta que se cumplieran cinco años; si la duración pactada era superior a cinco años entonces sí quedaba resuelto el contrato pasados esos cinco años salvo inscripción en el Registro con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho de arrendador en cuyo caso continuaría el arrendamiento por la duración pactada y con el régimen jurídico derivado del contrato inscrito (prórroga art. 10, etc.).

Como se puede observar, esta salvedad es la que con la reforma se convierte en regla general.

Es decir, se protegía al arrendatario de vivienda aunque se resolviera el derecho del concedente.

Esto suponía una alteración de los principios hipotecarios por cuanto en teoría constituía una 'carga' oculta.

No procede en este momento hacer una valoración de si tenía o no justificación la especial protección del arrendatario de vivienda (33). Tampoco procede un análisis más extenso de este art. 13,1 dado el ámbito que nos hemos impuesto y la posibilidad de trasladar

(33) Loscertales se ha mostrado muy crítico, en los trabajos antes citados, con el efecto de extinción del arrendamiento de vivienda en caso de ejecución de una hipoteca anterior: ¿qué culpa –se pregunta– tiene el arrendatario de que, por ejemplo, el arrendador y propietario no paguen la hipoteca? teniendo en cuenta la general existencia de hipotecas y que según reconocen los propios jueces el fraude (arrendamiento para dificultar o deteriorar la ejecución) no llega al 1 %.

A nuestro juicio, con respeto a cualquier otra opinión, nos parece que esa tesis solo se puede fundar en una especial decisión legislativa que adopte ese criterio. La aplicación de los principios hipotecarios, y de las puras

buena parte de la doctrina anterior en cuanto a supuestos, *numerus clausus* o no, etc.

Solamente nos vamos a referir a una cuestión: quién celebra el contrato de arrendamiento.

Si el presupuesto es que durante la duración del contrato el derecho del 'arrendador' queda resuelto parece que el arrendador será un comprador sujeto a retracto convencional, un heredero fiduciario, un propietario que ha hipotecado o un concedente de una opción de compra (quizá con la anterior redacción alguien tendría que haber explicado por qué un arrendamiento concertado por un heredero fiduciario subsistía y no el concertado por un usufructuario sin que ello suponga desconocer que son diferentes).

En pura teoría lógica, sin atender a ninguna otra consideración, resulta consecuente con el principio *resoluto iure dantis resolvitur ius concessum*. Queda 'extinguido' el arrendamiento, resultado diferente del comprador de finca arrendada en cuya caso el adquirente 'puede pedir' la extinción del arriendo (arg. art. 1571 CC), sin perjuicio de la valoración de las circunstancias, entre ellas la buena fe, como venimos sosteniendo.

Hemos planteado la cuestión por la excepción que recoge el párrafo 2 del art. 13,1 de acceso al Registro del contrato de arrendamiento al derecho determinante de la resolución por cuanto en algún caso es difícil. En efecto, en el comprador sujeto a retracto convencional o en el fiduciario no cabe inscribir antes el arriendo

---

normas civiles sustantivas, es que despojado el propietario de ciertas facultades no puede actuar como si las tuviera.

Si nosotros mantenemos que un criterio para defender al arrendatario es que el propietario arrendador cuando vende no tiene, y por tanto no puede transmitir, la posesión inmediata (sin perjuicio de un eventual y raro tercero del 34 LH), por coherencia debemos mantener que un propietario con titularidad resoluble no puede arrendar sin tacha de eventual resolución.

No parece razonable que ejercitado un retracto convencional recuperemos la finca pero arrendada, que hagamos uso de una opción de compra de una finca libre y la adquiramos arrendada, etc. (LOSCERTALES en el caso de la opción entiende que la Ley tiene más justificación, "*Arrendamientos Urbanos…*", cit., p. 171).

En definitiva, a nuestro juicio, la regla general es la que es y sobre esa que se establezcan las excepciones que el legislador quiera pero serán excepciones y ya sabemos que éstas para algunos se quedarán cortas y para otros serán excesivas.

que la compra o la sucesión; en los otros casos sí cabe que acceda al Registro antes el arrendamiento que la hipoteca o la concesión de una opción aunque difícil, en especial en la hipoteca, dada la previsible presentación telemática de las escrituras de constitución de hipoteca.

Si resulta que el contrato se otorgó por el vendedor antes de la venta con pacto de retro o el causante antes del fallecimiento estaríamos fuera del presupuesto del párrafo 1 de ese art. 13,1 y estaríamos en un supuesto de normativa general.

Como decíamos, no vamos a hacer una valoración de si tenía o no justificación la especial protección del arrendatario de vivienda en el art. 13 por ser decisión legislativa más que jurídica; no obstante, quizá sea oportuno traer aquí la tesis mantenida por VALPUESTA FERNÁNDEZ cuando señala que en la actualidad se está pasando de un Derecho de la uniformidad típico del Estado liberal, a un *Derecho de la diversidad* que repara en distintos sujetos que se encuentran en situación de debilidad o desventaja social colocando al Estado en una obligación de corregir o al menos mitigar las situaciones de desigualdad de modo que surgen sujetos diferenciados del Estado social y en ese contexto coloca como sujeto diferenciado al arrendatario de vivienda a quien la norma protege incluso frente al tercer hipotecario (34).

Es interesante la tesis, que nos inclina en todo caso a proteger la buena fe y prestar mucha atención a la situación posesoria aunque en algún caso ese antiguo art. 13,1 ha servido para alimentar un fraude que debe combatirse. Nos estamos refiriendo en especial al caso de ejecución de una hipoteca de la que a veces resultaba un arrendamiento poco ventajoso para el acreedor ejecutante que ha motivado que en varias ocasiones los Tribunales hayan resuelto el arrendamiento por tal circunstancia fraudulenta.

Estas eventuales situaciones de fraudes, como hemos dicho, fueron denunciadas en la Memoria de Análisis de impacto normativo pero, también como hemos dicho, el fraude no era tanto por la ausencia de Registro cuanto a que subsistía el arrendamiento en todo caso.

(34) VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: "Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social", *Anuario de Derecho Civil*, 2005-IV, pp. 1560 y ss.

El cambio de criterio también anida en el art. 14. Como es sabido, antes de la reforma de 2013 el adquirente de una vivienda arrendada debía 'soportar' el arrendamiento durante la duración pactada incluso aunque el adquirente fue un tercero adornado de los requisitos del art. 34 LH, si bien en este caso solo durante los cinco primeros años de vigencia del contrato.

Con la reforma se aplica la norma general de afectar lo inscrito al adquirente (35).

La redacción no resulta muy precisa pues realmente en caso de arrendamiento inscrito el adquirente quedará subrogado (siguiendo la terminología de la ley sin entrar en si el término es exacto o no) 'aunque' reúna los requisitos del art. 34 LH; es decir, se impone a todo tercero, al del art. 34 u otro (por ej. adquirente a título gratuito).

Probablemente esta norma se deba más a resaltar el cambio de criterio que a tener verdadero contenido sustantivo. En efecto, si está inscrito el adquirente que inscribe del art. 34 se ve afectado por el contenido registral, no solo los arrendamientos sino las anotaciones de embargo, hipotecas, etc. previamente inscritas.

Como hemos dicho ya, creemos que la experiencia no ha sido tan traumática como parece dar a entender el legislador ni la supuesta inscripción va a ser la panacea. A nuestro juicio, las inscripciones de arrendamientos de vivienda van a ser escasas o casi inexistentes en especial en las situaciones de normalidad.

Entendemos que la situación posesoria del arrendatario y la manifestación de estar arrendada por virtud del art. 25 LAU constituyen mecanismos normativos que casi imposibilitan que un adquirente desconozca si la vivienda está o no arrendada, esté o no inscrito el arrendamiento. Es más, a veces, en el mercado inmobiliario se cotiza la existencia de un buen arrendamiento.

De ser así resulta que el tercero conoce la situación; conjugada esa publicidad posesoria con la exigencia siempre de buena fe debe provocar algún efecto, a nuestro juicio, de protección del arrendatario.

Por ello los casos conflictivos frecuentemente se residencian en caso de ejecución. Ya hemos dicho que antes el problema surgía por

(35) Curiosamente el texto es diferente en el art. 14 y en el art. 29 a pesar de la identidad sustancial de sus respectivas rúbricas.

el mantenimiento del arrendamiento de vivienda aun concertado después de la hipoteca. Hoy esta situación ha cambiado y es inusual que se otorgue una hipoteca sin valorar la situación posesoria. Hay que recordar que son residuales los supuestos en que no hay previa tasación, necesaria para en su caso ejercitar la acción directa contra bienes hipotecados o la venta extrajudicial (art. 682 LEC y 129 LH); es difícil concebir una tasación ajena a la situación posesoria, es más sin conocer qué tipo de arrendamiento es el concertado. Alguna matización habría que hacer en caso de ejecución derivado de un embargo si bien también hay que recordar que lo embargable son los bienes y derechos del embargado y no los ajenos (36).

b) Arrendamiento no inscrito

Dejando de lado ese comienzo enfático del art. 7,2 LAU ("en todo caso") parece que si el arrendamiento inscrito perjudica a tercero, una lectura *a sensu contrario* podría significar que el arrendamiento no inscrito no perjudica a tercero.

Las lecturas a contrario no siempre son adecuadas pero puede ser pertinente preguntarnos si con la reforma se quiere volver a lo

(36) La cuestión relativa a la posible aplicación al rematante del principio de fe pública registral ha sido objeto de debate en la doctrina científica y de los Tribunales.

En ese constituye hito importante la famosa STS de 5 de marzo de 2007, ponente Francisco Marín Castán, de especial relevancia al ser dictada por el Pleno de la Sala Civil del TS, en la que como es sabido admite que un rematante pueda ser un tercero protegido por la fe pública.

Con todo, hay que recordar que el art. 34 LH establece como uno de sus requisitos la buena fe del adquirente, circunstancia que está presente en esa sentencia y en la doctrina sin perjuicio de ciertas diferencias en su valoración. Probablemente habría que atender a las circunstancias pues una cierta diligencia y un cierto riesgo cabría en quien adquiere un bien por un precio sustancialmente más bajo que el de su valoración (arg. art. 670 LEC).

Por todos, Gordillo Cañas, Antonio: "Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007, CCJC, núm. 77, 2008, pp. 553 y ss.; Espejo Lerdo de Tejada, Manuel: "La buena fe requerida por el adquirente en remate a debitore non domino. Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007", *Rev. Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2007-2, núm. 19, pp. 403 y ss.; Álvarez Caperochipi, José A.: "Los límites a la eficacia de la inscripción del remate (Crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007)", *Rev. Crítica Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 2010, núm. 721, pp. 2045 y ss.

dispuesto en los arts. 1549 y 1571 CC. El primero de ellos señala que "[c]on relación a terceros, no surtirán efectos los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad".

Por su parte, el art. 1571 CC prescribe que "[e]l comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

"Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen" (37).

De lo expuesto parece que cabe deducir que el tercero inscrito puede dar por finalizado el arrendamiento de la vivienda.

Esa normativa del Código Civil viene a recoger la tradición romanista (38).

---

(37) Sobre el art. 1571 pueden verse distintos comentarios. Manresa y Navarro, José M.ª: "*Comentarios al Código Civil español*", Imprenta de la Revista de Legislación, Tomo X, 2.ª edic., 1908, pp. 432 y ss. (estudio introductor) y pp. 636 y ss. (utilizado de la Biblioteca digital de la Universidad de Sevilla –Pixelegis–) recordemos que este autor se mostraba crítico con el art 1571: "la doctrina nos parece injusta" pues se trata de un propietario que tiene cedido temporalmente el uso o disfrute de sus fincas al arrendatario, y durante el período en que ese uso o disfrute no es suyo lo cede con beneplácito de la ley a un tercero que se supone ser, no obstante, el legítimo adquirente; se trata, dice, de un contratante en cuyas manos y a cuya voluntad se deja el cumplimiento o incumplimiento de un contrato, que puede eludir sin más que vender o simular que vende a un tercero la finca arrendada, (p. 646); Lucas Fernández, Francisco: "*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*", dir. Albaladejo, Manuel, Edit. Edersa, Tomo XX, vol. 1.º, 1980, pp. 487 y ss.; también mismo autor en "*Comentario al Código Civil*", dir. Paz-Ares, Cándido y otros, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1138 y ss.; Cobacho Gómez, José Antonio: "*Código Civil Comentado*", dir. Cañizares, Ana y otros, Civitas, Thomson Reuters, vol. IV, 2011, pp. 429 y ss.; por su valoración jurisprudencial, no excesiva, puede verse González Poveda, Pedro: "*Comentario del Código Civil*", Bosch, Tomo 7, 2000, pp. 590 y ss.; Navarro Fernández, José Antonio: "*Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*", dir. Pasquau Liaño, Miguel, Comares, 2.ª edic., Tomo III, 2009, pp. 3187 y ss.

(38) Carrasco Perera, Ángel, se muestra crítico con la reiterada referencia al art. 1571 CC en la reforma. El título de su epígrafe final es significativo

No procede hacer una análisis detallado, simplemente constatar que ha sido tradicional el debate sintetizado en las expresiones *emptio tollit locatum* –venta quita renta– o bien *emptio non tollit locatum* –venta no quita renta–. En definitiva, se trata de decidir ante un conflicto de intereses.

Por una parte, el del arrendatario de mantenerse en el uso de la cosa; el del arrendador en poder disponer libremente; el del nuevo propietario, el de ser pleno propietario y tener el uso de la cosa.

En principio, el aforismo venta quita renta está más acorde con la regla de los contratos *res inter alios acta* y su acogida por el art. 1571 está en consonancia con "la dirección ultraliberal" del Código Civil en esta materia. Sin embargo, tal solución no fue la recogida por algún derecho extranjero ni siquiera, según algún sector doctrinal, en el Proyecto del Código Civil de 1851 cuyo art. 1502 señalaba: "Aunque se enagene la finca, subsistirá el arrendamiento durante el plazo convenido, siempre que conste por escritura pública, ó que su fecha sea legalmente cierta, á no ser que se hubiese estipulado lo contrario".

Sin embargo el párrafo segundo de ese artículo 1502 matiza esa declaración:

"Lo dispuesto en este artículo se entiende con sujeción á lo que se determina en el título XX de este libro" (39).

El título XX se refiere al Registro y en su preámbulo destaca que el principio de publicidad que en el título anterior (el XIX) se había consagrado para las hipotecas (también el de especialidad) quería extenderse a todos los actos traslativos de la propiedad territorial para dotar a la transmisión de una completa seguridad. En ese título XX encontramos dos artículos de interés a estos efectos; en primer lugar, el art. 1831 en que se refiere a la inscripción de los arrendamientos por seis o más años; en segundo término, el art. 1858: "Ninguno de los títulos sujetos á inscripcion, segun lo dispuesto en

"¡Qué absurdo, recuperar el art. 1571 CC!" y sostiene que en lugar de haber derogado el art. 1571 CC que era lo procedente, la reforma lo revigoriza; por diversas razones el art. 1571 CC contiene una norma que expresa una inadecuada concepción del arrendamiento de nuestro tiempo ("*La reforma del arrendamiento de vivienda…*", cit., p. 23).

(39) El texto se toma de reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, 1974.

el capítulo II de este título [dentro del cual está el citado art. 1831], surte efecto contra el tercero, sino desde que ha sido inscrito en el registro público" (40).

Parece claro que estos artículos matizan mucho ese artículo 1502 y quizá se deba a que en los títulos XIX y XX interviene de modo relevante LUZURIAGA según se reconoce en el propio Proyecto de Código Civil de 1851.

El Código se decanta, según ese sector doctrinal, por otra respuesta (41), pero hay que recordar que en ese art. 1571 la venta (no se refiere a otros contrato aunque habría en algunos identidad de razón) no extingue el arrendamiento sino que da derecho a pedir la terminación del mismo articulando además dos excepciones; una, la de pacto en contrario; la otra, lo dispuesto en la LH.

Hechas estas consideraciones debemos de nuevo preguntarnos si cabe deducir que el comprador que inscribe puede dar por finalizado el arrendamiento de vivienda.

A nuestro juicio, esta deducción no se presenta tan clara en la realidad cuando tenemos en cuenta algunas consideraciones.

La primera de ellas es que conforme al art. 7,2 LAU y art. 32 LH podrá entenderse que el arrendamiento no surte efecto "frente a tercero" o "no perjudica a tercero" y una cuestión relevante es saber quien es ese tercero y qué requisitos deben adornarle. Parece claro que el adquirente es tercero con relación al arrendamiento, pero habrá que examinar los requisitos que debe reunir.

Como es sabido, y hemos apuntado antes, los arts. 32 y 34 LH condensan la polémica acerca de si nuestra legislación hipotecaria acoge un sistema monista (solo hay un tercero: el del art. 34 LH y el art. 32 es un complemento) o un sistema dualista donde hay dos terceros, uno reflejado en el art. 32 LH y otro en el art. 34 LH; de modo muy simplista resulta que aquel precisa de la inscripción, pero

(40) Véase PAU PEDRÓN, Antonio: "*El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*", dir. PAU PEDRÓN, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996, p. 124.

(41) DÍEZ-PICAZO, Luis, señala que el Código alteró la solución del Proyecto sin que se puedan conocer fácilmente las razones que indujeron a ese cambio, ya que el texto vigente no se encontraba en el Anteproyecto de 1888, por lo que su introducción debió hacerse a última hora ("*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*", Edit. Civitas-Thomson Reuters, Tomo IV, 2010, p. 274).

el del art. 34, además, debe adquirir a título oneroso, tener buena fe y adquirir de persona inscrita.

Sin embargo, la tesis dualista no es uniforme pues mayoritariamente se exige en todo caso buena fe y varios de sus partidarios también la onerosidad de modo que el extremo clave de la distinción se centra en la previa inscripción.

A nuestro juicio, no debe haber duda que se debe exigir buena fe y desde esta perspectiva no se puede olvidar que el arrendatario no inscrito carece de publicidad registral pero hay una relevante publicidad posesoria.

Es muy expresiva la posición de RAGEL SÁNCHEZ al indicar que es oponible el arrendamiento inscrito pero "también será oponible el arrendamiento no inscrito frente al tercero que no es de buena fe, porque conoce la realidad no publicada en el Registro o no ha empleado la diligencia necesaria en su actuación. Aunque los preceptos reformados por la Ley 4/2013, de 4 de junio, parecen hacer depender la oponibilidad del arrendamiento al único supuesto en que el derecho arrendaticio se haya inscrito en el Registro de la Propiedad, también el conocimiento efectivo del arrendamiento por parte del tercero y que sea anterior al momento en que éste adquiere su derecho, producirá los mismos efectos de oponibilidad que la inscripción" (42).

---

(42) RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 949 (también puede verse en "La resolución extrajudicial por falta de pago del arrendamiento urbano inscrito en el Registro de la Propiedad", *Westlaw BIB* 2013\1428; las citas serán a la indicada en primer lugar). En esa línea CARRASCO PERERA señala que la exigencia de una buena fe «ética» "hará poco menos que imposible que exista algún tercero que consiga satisfacer el estándar de buena fe exigible para disfrutar del privilegio de la inoponibilidad de lo no inscrito" ("*La reforma del arrendamiento...*", cit. p. 21), tesis que reproduce COLÁS ESCANDÓN, "*Comentarios...*", cit., p. 237; también alude a la difícil existencia de buena fe en un adquirente de vivienda arrendada GUILARTE GUTIÉRREZ ("*Comentarios...*", cit., pp. 134 y ss.). FUENTES LOJO, Alejandro, parece mantener otra posición y considerar que el tercero puede conocer extrarregistralmente la existencia del arrendamiento y poder pedir la conclusión del arrendamiento con base en la rotundidad del art. 7,2 ("en todo caso") que no exige ser tercero hipotecario de buena fe sino solo que inscriba y, además, el art. 14,2 LAU mantienen la extinción del arrendamiento incluso cuando la finca no está inscrita ("*Arrendamientos*

A esa publicidad posesoria se le añade una "publicidad verbal y documental" resultante del art. 25 LAU a los efectos de que el arrendatario pueda ejercitar el derecho de adquisición preferente.

Ciertamente hay que reconocer que tal derecho solo se da en caso de venta y que no existe en ciertos supuestos como en los del núm. 7 y hoy el del núm. 8 del art. 25 pero en definitiva es un elemento de publicidad añadida en tales casos.

En el caso de "venta judicial" derivada de una ejecución la LEC ha sentido la preocupación por la situación posesoria aunque, en la práctica, no se precisa como del tenor de la ley cabría esperar.

En efecto, como ha destacado la doctrina, los ocupantes de inmuebles son objeto de tratamiento en la nueva LEC. En primer lugar, procurando tener noticia de su existencia requiriendo al ejecutado para que declare bienes y "si están ocupados, por qué personas y con qué título" que puede acarrear multas y sanciones por desobediencia (art. 589); en segundo lugar, comunicando a los ocupantes, en su caso, la existencia de la ejecución y expresando en los anuncios de la subasta la situación posesoria, articulando un eventual incidente para determinar el derecho o no para la ocupación (art. 661); finalmente se regula la posesión judicial existiendo ocupantes (art. 675) (43).

También hay que reconocer que cabe que el vendedor manifieste que la finca no está arrendada cuando lo está pero la realidad enseña que es una hipótesis prácticamente desconocida. En tal caso de "falsedad" el art. 25,5 i.f. señala que el vendedor debe manifestar la ausencia de arrendamiento "bajo la pena de falsedad en documento público".

Sin pretender invadir el ámbito penal quizá esa "pena" sea discutible. Ciertamente tiene tradición de más de medio siglo y ya la encontramos en la Base 6.ª de la Ley de 22 de diciembre de 1955 de Bases para modificar la LAU de 1947 y en el art. 55 de su texto articulado de 13 de abril de 1956. Hoy debemos tener en cuenta que el tipo de falsedad del art. 390,1,4.º del Código Penal de 23 de noviembre de

urbanos. Derecho sustantivo y procesal. Adaptado a la Ley 4/2013, de 4 de junio", con la colaboración de Esther Rius Bachs y Bufete Fuentes Lojo", El Derecho, 2013, pp. 125-126).

(43) Por todos, PAZ RUBIO, José María, y otros: "*Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y con jurisprudencia*", La Ley, 2000, pp. 1034-1035.

1995 (falta a la verdad en la narración de los hechos) no lo cometen los particulares y que otro tipo como el del 251,2.º CP está dentro de las estafas y además plantea la cuestión de si el arrendamiento es carga o no. Por otro lado, cabría cuestionar si cabe que una ley, no orgánica, regule esta materia (art. 81 y ss. de la Constitución). Demasiadas dudas, a nuestro juicio, con los textos actuales.

Nos parece interesante en este punto lo que al respecto encontramos en el informe del Consejo General del Poder Judicial al señalar que nuestro sistema se encuentra bien pertrechado para prevenir posibles fraudes en el contexto de la compraventa de inmuebles arrendados, y resalta a tal fin la oponibilidad del derecho del inquilino asentado en la "publicidad, posesoria desprendida en este caso de la ocupación fáctica de la finca" así como lo dispuesto en el citado art. 25 LAU en caso de venta de vivienda arrendada.

Otra consideración que nos hace dudar acerca de esa resolución por el adquirente resulta de la interpretación de algunos textos legales.

En efecto, aunque el arrendador es el propietario es claro que no tiene la posesión inmediata.

Si ello es así tiene sentido que, como hemos dicho, el Proyecto de 1851 expresara que "aunque se enagene la finca, subsistirá el arrendamiento…" y la justificación de García Goyena de que es un principio de equidad y de jurisprudencia universal que nadie puede transmitir a otro más derecho del que él mismo tiene.

Pero, además, no solo no tiene esa posesión inmediata sino que por virtud del art. 1554,3 CC el arrendador está obligado "[a] mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato".

Por otro lado, hay que recordar que el art. 1571 CC no indica que la venta extinga i*pso iure* el arrendamiento sino que el comprador tiene derecho a pedir que termine el arriendo y con dos excepciones: el pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En caso de que el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen (44).

(44) La norma piensa en los arrendamientos rústicos (*vide* Berrocal: "*Análisis…*", cit. y Quicios: "*La reforma…*", cit.). También recuerda al art. 480 CC.

Sin entrar en alguna cuestión de compleja solución como cosechas de período superior al anual y centrándonos en la primera excepción, pacto en contrario, creemos que cabe adivinar la existencia de un pacto tácito entre vendedor y comprador de respetar el arrendamiento. Pacto que beneficia al arrendatario en cuanto le permite mantenerse en el arrendamiento, pero no solo a este sino también beneficia al propio transmitente pues evita incurrir en responsabilidad frente al arrendatario si el adquirente se decide por la conclusión del arrendamiento. Por lo tanto parece razonable entender que si se manifiesta la situación arrendaticia es que se está pensando en el mantenimiento del arrendamiento.

Teniendo en cuenta que el vendedor no tiene la posesión inmediata, que debe mantener en el uso pacífico de la finca, que "publicita" al comprador la existencia de un arrendamiento parece razonable pensar que hay un pacto tácito de mantener el arrendamiento para evitar la indemnización de daños y perjuicios.

Este mantenimiento de la situación arrendaticia esta más en consonancia con la consideración de la vivienda (y la actividad mercantil) como un bien necesario en el que el ultraliberalismo deba atemperarse dado que hoy la propiedad no es un derecho pleno ajeno a toda delimitación.

Nos parece interesante la idea traída a colación por MORALES MORENO acerca de la tutela aquiliana del derecho de crédito; es decir, dada la dominante tesis del carácter obligacional del derecho arrendaticio, este resulta para los terceros *res inter alios acta*; sin embargo, esta tesis está hoy modalizada y se abre paso la idea de que los terceros deben respetar ese derecho de crédito de modo que el tercero que lesiona un derecho ajeno puede incurrir en responsabilidad, que no sería contractual sino extracontractual o aquiliana que tiene acogida en nuestro derecho en una regla general y flexible en el art. 1902 CC.

Con esta perspectiva MORALES MORENO se pregunta si cabría aplicar esta doctrina al caso que nos ocupa. El art. 1571 CC parece ir en orientación contraria y entre los intereses en juego se inclina por el del comprador a diferencia de lo que ocurre en las leyes especiales (45).

(45) MORALES MORENO, Antonio Manuel: Prólogo en "*La venta de la cosa arrendada*" de Pilar BENAVENTE MOREDA, Centro de Estudios Registrales, 1998, pp. 19 y ss. Con carácter general, véase DÍEZ-PICAZO, Luis: "*Fundamen-*

En efecto, las leyes especiales se han decantando, a nuestro juicio quizá en exceso, a favor del arrendatario pero delimitándolo a sus justos términos creemos que una ponderación de los intereses en juego debe hacer valer la subsistencia del arrendamiento por lo argumentado. El tercero lo conoce por la situación posesoria, se le "publicita" en la venta, por lo que la lesión de esa relación arrendataria podría generarle responsabilidad al no estar amparada en la buena fe. Si se diera la hipótesis de un adquirente de buena fe habría que matizar la conclusión teniendo en cuenta la diligencia prestada por ese tercero.

No podemos olvidar que la publicidad de los derechos tiene varios cauces de expresión; uno de ellos es la derivada de la posesión; otra, más perfecta, la suministrada por los registros, pero, a nuestro juicio no anula aquella (46).

Cuando estas líneas estaban prácticamente concluidas el BOE publica el 25 de julio de 2014 la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

De ella destacan especialmente a nuestros efectos sus arts. 188 y sigs. relativos al contrato de arrendamiento de buque, y muy concretamente los arts. 190 y 196. Aquel señala: "Para que pueda ser opuesto a terceros de buena fe, el contrato de arrendamiento del buque deberá figurar inscrito en el Registro de Bienes Muebles". Su lectura, a pesar de la diferente redacción, nos recuerda al art. 7,2 LAU.

Sin embargo, no encontramos norma paralela a la invocación al art. 1571 CC. Lógicamente si así se hubiera hecho sería un claro error pues el art. 1571 CC se refiere a "finca arrendada" y el buque no es inmueble una vez superada la ficción del párrafo 2 del art. 1 de la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893.

Nos referimos a que no encontramos idea paralela a la que deriva de ese art. 1571 CC sino la que preconizamos de atender a la buena fe. En efecto, el art. 196 de esa Ley 14/2014 señala, para el caso de enajenación del buque, que el adquirente quedará subrogado en el contrato de arrendamiento existente, siempre que estuviese inscrito en el Registro de Bienes Muebles "o conociese efectivamente su

tos del Derecho Civil Patrimonial", Edit. Civitas-Thomson Reuters, Tomo II, 2009, pp. 740 y ss.

(46) Es de interés DÍEZ-PICAZO, Luis: "*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*", Edit. Civitas-Thomson Reuters, Tomo III, 2009, pp. 325 y ss.

existencia al tiempo de la compraventa"; en otro caso, sigue diciendo, quedará extinguido el contrato, con independencia del derecho del arrendatario a ser indemnizado por el arrendador. "En todo caso, el adquirente deberá respetar el viaje en curso de ejecución en el momento de la transmisión" (esto sí recuerda el derecho a recoger los frutos de la cosecha del citado art. 1571 CC).

Creemos muy interesante esa frase de 'subrogación' en el contrato si se "conociese efectivamente su existencia al tiempo de la compraventa" y supone, a nuestro juicio, un importante apoyo a la tesis mantenida por nosotros en este sentido. Si la vivienda es un bien de especial valoración y protección se entiende mal la diferente redacción en una y otra ley lo que, creemos, obliga a una interpretación que supere la que inicialmente resulta del tenor literal de la LAU y del art. 1571 CC.

Parece que el legislador de la Ley 4/2013 de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas y el de la Ley 14/2014 de Navegación Marítima fueran distintos, lo que pone de manifiesto una vez más, a nuestro juicio, la falta de armonía del Poder Legislativo y el notable margen de mejoría que tiene y cabe esperar de él.

c) Finca no inmatriculada

En caso de finca no inmatriculada, y por tanto arrendamiento no inscrito, la reforma introduce algunas normas de no fácil interpretación.

Una de ellas es el art. 9,4 y para una mayor claridad lo vamos a descomponer en tres incisos.

El primero de ellos dice: "Tratándose de finca no inscrita, también durarán tres años los arrendamientos de vivienda que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que parezca ser propietaria en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el apartado 1 de este artículo".

Este inciso nos recuerda el texto del antiguo art. 13,3 que se refería al mismo supuesto –y también al propietario aparente inscrito- por lo que en cierto modo cabe trasladar aquí la doctrina que sobre aquel había (47).

(47) No entramos en el caso de concertar un arrendamiento con

La norma parte de cuatro presupuestos: finca no inmatriculada, arrendatario de buena fe, un estado de cosas que propicia que el arrendador parezca *verus dominus* sin serlo, que ese estado de cosas sea imputable al *verus dominus*.

De esos cuatro presupuestos hay alguno que no presenta especial dificultad.

En efecto, la circunstancia de no estar inscrita es un puro hecho que existirá o no. Hemos dicho finca no inscrita aunque como sabemos y hemos apuntado el término técnico de una finca no inscrita es finca no inmatriculada (48).

Tampoco debe presentar especial cuestión la exigencia de buena fe en el arrendatario. La existencia o no de buena fe puede ser objeto de conflicto en algún caso pero si se trata de proteger al arrendatario es lógico exigir buena fe, y más lógico cuando en este estudio se está considerando la buena fe como principio básico de nuestro ordenamiento.

El problema de delimitación se centra en los otros requisitos ligados entre sí; es decir, la apariencia del arrendador como propietario y ello en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario.

La similitud del supuesto con uno de los previstos en el antiguo art. 13,3 LAU de 1994 hace que se pueda tener en cuenta la doc-

---

propietario aparente pero inscrito, regulación hoy suprimida y a aplicar la normativa general.

(48) Recogemos aquí la opinión generalizada de la doctrina de finca no inscrita como finca no inmatriculada.

Sin embargo, el panorama puede ser más abierto si interpretamos finca no inscrita en el sentido de no estar inscrita a nombre del arrendador aunque pueda estar inmatriculada; por ejemplo, finca segregada de otra anterior inmatriculada, interrupción del tracto sucesivo, etc.

CARRASCO apunta la idea cuando dice: "Impropiamente hablan de «finca no inscrita» los arts. 9.4 y 14.2 cuando deberían haber dicho «finca no inmatriculada». A pesar de la torpeza del lenguaje legal, nosotros vamos a incluir en este nicho los casos de finca no inmatriculada y de finca matriculada, pero en cuyo folio no se inscribe el derecho de arrendamiento ni ningún derecho anterior o posterior en conflicto con el arrendamiento" ("*La reforma del arrendamiento…*", cit., pp. 18-19).

Baste esta observación en orden a una interpretación más abierta de finca no inscrita que la de finca no inmatriculada sin entrar en un análisis más detallado que escaparía de los límites propuestos.

trina que sobre él había. Por esta razón no parece procedente entrar en un detallado análisis. Simplemente nos parece que será una cuestión de hecho valorando las circunstancias y que esa situación puede producirse tanto por una conducta activa del *verus dominus* que genere ese estado de cosas como por una actitud pasiva. A nuestro juicio, lo concluyente es el resultado producido.

No creemos que sea un supuesto frecuente si bien hay uno en que puede existir una apariencia legitimadora para un arrendamiento y que dada la falta de tecnicismo en los contratos de arrendamiento podría generar la creencia de buena fe por el arrendatario de estar concertando un arrendamiento con el propietario. Nos referimos al caso de un usufructuario (más raro será el propietario-superficiario), pero estamos en otro supuesto.

El usufructuario aparece como el arrendador y en un estado fáctico 'semejante' al propietario; ¿cuántos contratos se han celebrado con el cónyuge supérstite, mero usufructuario?

Sin embargo, el cauce legal para este caso no sería este art. 9,4 sino el art. 13,2.

En tal caso el art. 9,4 aplica la duración ordinaria de los tres años y creemos igualmente la prórroga del art. 10 LAU y, como regla *inter partes*, el régimen general, por cuanto si el propietario aparente cree ser el *verus dominus* se debe aplicar ese régimen general, y si conoce que no es tal no parece que esa situación anómala conocida por él vaya a perjudicar al arrendatario.

El segundo inciso tampoco es de fácil interpretación: "Si el arrendador enajenase la vivienda arrendada, se estará a lo dispuesto en el art. 1571 del Código Civil". Recordemos que el arrendador enajenante no es el *verus dominus*; si lo fuera sería de aplicación el art. 14,2.

Al no estar inmatriculada no cabe invocar el art. 34 LH ni se producirá una adquisición *a non domino*. Sin embargo, aquí puede desembarcar el debate de la tesis monista o dualista del tercero hipotecario antes apuntada por cuanto precisamente en la exigencia del requisito de la previa inscripción o no estaba la principal diferencia.

De cualquier modo, sea cual sea la tesis que se adopte, lo que anteriormente reflexionábamos acerca del art. 1571 CC, de la exigencia en todo caso de buena fe y de la publicidad posesoria del arrendamiento, igualmente tiene, incluso con mayor razón, cabida aquí. Es más si el adquirente conociera esa apariencia dominical

como algún autor (49) apunta, nos parece de mejor condición el arrendatario que, recordemos, tiene buena fe.

No obstante, sí debe destacarse la poca armonía entre el art. 9,4 y el 14,2 ambos procedentes de la reforma pues el adquirente del propietario aparente puede aplicar, al menos en teoría, el art. 1571 CC mientras que el adquirente del propietario real puede aplicar el art. 1571 CC pero permitiendo que el arrendatario continúe en la vivienda durante tres meses y además pueden pedir al vendedor indemnización de daños y perjuicios.

No parece muy coherente. Sin embargo, sí cabe hacer una observación.

Aunque al adquirente, en teoría, le resulta más beneficioso el art. 1571 CC pues no tiene que conceder ese margen trimestral (50) no creemos que la eventual aplicación del art. 1571 se realice a consecuencia del 9,4 y será más bien por el del art. 14,2. Será difícil que conociendo que adquiere de un *falsus dominus* entable la acción, salvo que ese conocimiento le venga a posteriori, si bien en este caso tendrá en la cabeza mayores problemas que la eventual aplicación del art. 1571 pues se dará cuenta que no ha adquirido del *verus dominus*.

Quizá la omisión de la eventual indemnización de daños y perjuicios no sea definitiva pues hay que tener en cuenta la general responsabilidad en nuestro derecho por daños y perjuicios bien contractual bien extracontractual, además de la referencia explícita en el propio art. 1571 CC.

Igualmente el tercer inciso tampoco es de fácil interpretación: "Si fuere vencido en juicio por el verdadero propietario, se estará a lo dispuesto en el citado art. 1571 del Código Civil, además de que corresponda indemnizar los daños y perjuicios causados".

(49) Carrasco Perera, Ángel: "*La reforma del arrendamiento de vivienda…*", cit., p. 19, le sigue Colás Escandón: *op. cit.* p. 358.

(50) Guilarte Gutiérrez, Vicente, considera que los supuestos del art. 9,4 y 14,2 son idénticos y ello debería llevar a la extensión analógica de los efectos complementarios del art. 14 y en concreto le parece lógico que la facultad de recoger los frutos de la cosecha del año agrícola del art. 1571 se sustituya en todo caso por la posibilidad de permanecer tres meses en el uso de la vivienda ("*Comentarios a la Ley…*", cit., p. 242).

La redacción ya es dudosa pues aquí se está refiriendo al 'verdadero propietario' y el 1571 CC al 'comprador'. Hay cierta obsesión en la reforma por este artículo 1571.

Una cuestión a ventilar es quién es el vencido.

Carrasco señala que "se supone que es el inquilino el que resulta vencido en juicio" pero, dice, sería absurdo que se le produzca la evicción antes de llegar a los tres años cuando el arrendamiento dura precisamente tres años, y si "el «vencido» es el espurio arrendador, tampoco ocurrirá que antes de tres años pueda el verdadero dueño entrar en la posesión como si se tratase de un adquirente del art. 1571 CC" (51).

Colás considera que si el verdadero propietario reclama judicialmente al arrendador y vence, en este caso se aplica el art. 1571 CC y el arrendatario deberá desalojar si así lo solicita el verdadero propietario pero tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, que deberá ser abonado por el falso propietario-arrendador, pero, añade, debe hacerse una interpretación conjunta y congruente y si el arrendatario es de buena fe y la apariencia de que el arrendador originario era el propietario es imputable al verdadero propietario que finalmente ha vencido en juicio este propietario podrá desalojar al arrendatario pero solo una vez que haya transcurrido el plazo de tres años no operando ya la prórroga del art. 10 LAU (52).

Creemos que la interpretación no es fácil (53) porque ese estado de cosas imputable al verdadero propietario admite varias situaciones desde una creación activa o bien una pasividad que genera ese estado de cosas; hay, además y en todo caso, que valorar la buena fe de todos los intervinientes; en todo caso nos parece que excluir solo la prórroga resulta poco sustantivo pues esta depende de la voluntad de ambas partes.

Hay que reconocer que lo dicho resulta poco preciso pero entendemos que ese estado de cosas cuya 'creación' sea 'imputable' al verdadero propietario puede ser debido a diversas circunstancias y podría darse el caso de una situación fiduciaria en la que cabría,

(51) Carrasco Perera: "*La reforma del arrendamiento…*", cit. p. 19.

(52) Colás Escandón: "*Comentarios…*", cit. p. 359.

(53) Quicios Molina señala que "no es fácil desentrañar el ámbito de aplicación de este último inciso…", *op. cit.*

a nuestro juicio, mantener que el arrendatario seguirá como tal y que la indemnización de daños y perjuicios fuera una pretensión del *verus dominus* frente al aparente a modo de lo que puede ocurrir cuando un apoderado realiza un acto excediéndose de las instrucciones por el poderdante. De cualquier modo parece lógico entender que esta norma no impide demandar a quien perturbe un derecho.

Parece pertinente traer aquí la crítica de GUILARTE GUTIÉRREZ. La norma, dice, es absurda, injusta, asistemática y prescindible y señala que el supuesto es un vencimiento en juicio del *verus dominus* sobre el titular aparente y al ser un proceso entre ambos la indemnización solo puede referirse a esas partes (o de enriquecimiento injusto por las rentas cobradas) pero, a su juicio, no tiene sentido que la LAU contemple una eventual indemnización entre propietarios; cuestión distinta sería legitimar una acción del arrendatario planteando dudas su destinatario, el aparente por concertar un arrendamiento sin capacidad para ello o el *verus dominus* por crear la situación generadora del error (54).

Otro artículo que también contempla el supuesto de finca no inmatriculada es el art. 13,1, tercer párrafo. Sin perjuicio de alguna hipótesis difícil de contemplar, como es el caso de resolución por enajenación forzosa derivada de ejecución hipotecaria dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, de ese precepto resulta una remisión en cuanto a la duración al art. 9,4, esto es tres años. Parece, pues, que en caso de arrendamiento por quien tiene una titularidad resoluble de finca no inmatriculada durará tres años aunque antes se resuelva su titularidad puesto que la remisión es a "la duración". Muy crítico se muestra GUILARTE GUTIÉRREZ que entiende que este art. 13,1, párrafo 3.º es "tan inútil por inaplicable como sistemáticamente incomprensible" (55).

Finalmente, otra norma que contempla el caso de finca no inmatriculada es el art. 14,2 LAU. En el hay una remisión al art. 1571 CC respecto del que ya hemos hecho alguna referencia. Resulta que si transmite el *verus dominus* se aplica el art. 14,2, si es el de *falsus dominus* se aplica el art. 9,4. Ya antes destacamos la falta de armonía.

---

(54) GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "*Comentarios a la Ley…*", cit., pp. 242 y ss.

(55) GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "*Comentarios a la Ley…*", cit., p. 330.

En caso de venta de finca arrendada cuyo comprador inscribe hemos hecho alguna consideración resaltando diversos aspectos como la buena fe y publicidad posesoria; esas consideraciones cabe trasladarlas aquí.

d) Resolución registral del arrendamiento inscrito

Es probable que el legislador al querer fomentar la inscripción haya pensado que iba a tener éxito (que, como venimos diciendo, creemos muy dudoso) y por ello ha pensado en prever un mecanismo de resolución extrajudicial del arrendamiento inscrito y a tal fin dedica el art. 27,4 LAU.

Es un artículo cuyo análisis detallado excedería del ámbito que nos hemos marcado por lo que solo plantearemos alguna cuestión para un examen en otro momento, en su caso.

Está incluido dentro del título relativo a la vivienda aunque la redacción es genérica referida a finca urbana (56).

La cuestión de su extensión al arrendamiento de uso distinto a vivienda es discutible y ha sido acogida de modo diferente en la doctrina. Por todos, puede citarse a QUICIOS MOLINA en la línea estricta entendiendo que la norma que nos ocupa "no sería aplicable a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, ya que el artículo 35 LAU, a pesar de ser reformado, no se remite a ella" (57).

Sin embargo, GUILARTE GUTIÉRREZ extiende el precepto al arrendamiento de vivienda o de uso distinto "pues la aplicación a estos del nuevo procedimiento parece venir propiciada por el artículo 35 de la LAU ante la identidad de razón, aunque no lo diga expresamente" (58).

Hay que convenir que la redacción no ayuda a una posición indubitada y que el legislador no ha hecho mucho caso a la observación del informe del Consejo General del Poder Judicial en el sentido de que se debía prestar alguna atención a la cancelación.

A nuestro juicio, aunque la primera posición puede contar con mayor apoyo normativo, se debería intentar acoger una interpretación flexible teniendo en cuenta que estamos cerca de una causa de resolución y de cancelación que debería ser bien vista con base a la autonomía de la voluntad y que en ningún caso se está en

(56) Al arrendamiento de vivienda lo limita QUICIOS: *op. cit.*, p. 33-57.
(57) QUICIOS MOLINA: "*La reforma de los arrendamiento…*", cit., p. 64.
(58) GUILARTE GUTIÉRREZ: "*Comentarios a la Ley…*", cit., p. 717.

materia procesal o de recuperación física de la posesión. Es una mera cancelación registral a cuyo cauce se presta especial consentimiento.

— Se refiere a los arrendamientos inscritos por lo que es cuestionable su extensión a los no inscritos (59).

— Solo cabe para el caso de resolución por falta de pago de la renta, de ahí que resulte dudosa la aplicación a otros supuestos como pueden ser los gastos de comunidad que se repercutan conforme al contrato (art. 20 LAU) o aquellos gastos que siendo del arrendatario se pagan por el propietario a través de la comunidad (*v. gr.* agua) o tasa municipal (60).

— La falta de pago de la renta es causa de resolución del contrato (art. 27,2,a). Sin embargo, parece debe haber alguna cláusula específica en este sentido; cláusula específica pero no rituaria.

Quizá recuerde al art. 1124 y al 1504 ambos del Código Civil.

— Debe mediar un requerimiento judicial o notarial instando al pago o cumplimiento –que será de pago– (61).

La vía judicial será más compleja pero a partir de ese párrafo la Ley se olvida de ella y el párrafo 2 alude a la copia del "acta de requerimiento" y el párrafo 3 se refiere a la consignación ante el mismo notario.

— El requerimiento debe ser en el domicilio designado al efecto en la inscripción lo que genera una cuestión novedosa si conforme al nuevo art. 4,6 LAU se ha señalado una dirección electrónica. En cualquier caso lo fundamental es que haya llegado efectivamente a

(59) RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: "*Comentarios a la Ley …*", cit., p. 939.

(60) GUILARTE GUTIÉRREZ no lo limita solo al impago de la renta, *op. cit.,* pp. 718-719.

(61) GUILARTE critica la alternativa de la vía notarial y la judicial y entiende que es absurdo mantener la judicial a la vista del nuevo 440,3 LEC con el que se solapa (op. cit. p. 720); LOSCERTALES señala que la LEC no tiene previsto un requerimiento judicial como tal ("*Arrendamientos urbanos…*", cit., p. 246).

conocimiento del arrendatario, si se hiciera en otro lugar, y conste de modo indubitado.

— Se exige que el arrendatario no conteste en diez días hábiles o conteste aceptando la resolución. Obviamente puede contestar pagando pues el requerimiento es instando al pago. Si contestara no aceptando la resolución creemos que queda cercenado el procedimiento cancelatorio.

— Cuando el párrafo segundo se refiere al título aportado al procedimiento parece que será el título público que provocó la inscripción.

— Con esa titulación cabe practicar la cancelación del arrendamiento pero en muchos casos ello no producirá el efecto deseado por el arrendador que es recuperar la posesión (62).

Por otra parte, señala RAGEL que la finalidad del art. 27,4, pár. 2 es obtener la cancelación sin que se pueda identificar la resolución extrajudicial del arrendamiento inscrito con la cancelación. Es posible que se haya resuelto por requerimiento por burofax o documento privado y no sirva para cancelar; de igual modo cabría cancelar sin acta de requerimiento si hay escritura de mutuo disenso (63).

— En caso de haber cargas posteriores hay que consignar la fianza. Como las Comunidades Autónomas articulan un sistema de depósito de ellas resulta que el arrendador tendrá que anticipar esa cantidad y consignarla. Además hay que tener en cuenta que la fianza, dentro de su naturaleza poco acorde con el nombre, debe responder de los impagos, desperfectos, etc. de modo que el primer acreedor es el arrendador, en su caso; de ahí que el art. 36,4 diga que se devolverá el "saldo" de la fianza "que deba ser restituido".

(62) *Vide* BLANCO CARRASCO, Marta: "*La reforma…*", cit., p. 635; QUICIOS: *op. cit.* pp. 18-19; GUILARTE, *op. cit.,* pp. 720-721.

(63) RAGEL SÁNCHEZ: *op. cit.,* pp. 944-945.

— La hipótesis de "cargas" que recaigan "sobre" el arrendamiento no resulta de indiscutible entendimiento (64).

No obstante, caso de existir debe ser notificado el titular de esa carga. Resaltemos que, en línea con habitual terminología en arrendamientos urbanos, la notificación en el domicilio que obre en el Registro debe ser fehaciente lo que a nuestro juicio de ordinario precisará de intervención notarial.

IV. RENUNCIA AL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

La Ley 4/2013 modifica el art. 25 en su último apartado, el 8, dándole nueva redacción:

"No obstante lo establecido en los apartados anteriores, las partes podrán pactar la renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente.

En los casos en los se haya pactado dicha renuncia, el arrendador deberá comunicar al arrendatario su intención de vender la vivienda con una antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato de compraventa".

El derecho de adquisición preferente arrendaticio o, como se conoce, tanteo y retracto (65), viene regulado en el art. 25. Un análisis en profundidad excede de nuestra pretensión y, de otra parte, se encuentra estudiado por abundante doctrina (66). Nos vamos a

(64) Ragel Sánchez: *op. cit.,* pp. 945 y ss.; Guilarte: *op. cit.,* pp. 722-723.

(65) Sabido es que se pone en juicio crítico esta terminología y se considera más ajustada la apuntada por roca sastre de tanteo preadquisitivo y otro postadquisitivo. (Roca Sastre, Ramón M.ª: "*Derecho hipotecario*", II, 1968, p. 646). Nosotros utilizaremos tanteo y retracto con el sentido poco técnico pero tradicional.

(66) Por todos, Coca Payeras, Miguel y Munar Bernat, Pedro A.: "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994 de 24 de noviembre*", coord. Lasarte Álvarez, Carlos, Tecnos, 1996, pp. 668 y ss.; Lete del Río, José Manuel: "*Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*", dir. O´Callaghan, Xavier, Edersa, 1995, pp. 310 y ss.; Rodríguez Morata, Federico A.: "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2013, pp. 809 y ss. (además es autor de una monografía sobre la materia: "*De-*

centrar en los dos párrafos transcritos y someramente su evolución para poner de manifiesto la diferente percepción desde su alumbramiento a nuestros días.

La Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946 (BOE 1 de enero de 1947), en su Base VI, recoge el derecho de tanteo en caso de venta de la vivienda o local pero, además, cumulativamente con el retracto en el sentido de que si no ejercitaba el tanteo el arrendatario tenía una segunda oportunidad de ejercitar el retracto "si no hubiere utilizado el tanteo", extendiéndose también al caso de dación o adjudicación en pago de deudas.

Por Orden de 21 de marzo de 1947 (BOE 31 de marzo y 3 de abril de 1947) se aprueba el texto articulado de la LAU de 31 de diciembre de 1946 y se recoge esos derechos en los arts. 63 y ss.

Además, el arrendatario podía impugnar el precio de la transmisión si lo consideraba excesivo (se presumía si excedía de una capitalización de la renta) y podía instar la anulación del contrato transmisorio (art. 67).

Se justificaba por el pretendido carácter social de la Ley y para facilitar el acceso a la vivienda o local y además para evitar que la transmisión se hiciera a persona que pudiera denegar la prórroga (67).

Por Decreto-Ley de 8 de febrero de 1952 (BOE 14 de febrero) se extiende esos derechos para las viviendas en caso de adjudicación a consecuencia de división de cosa común.

La Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955 (BOE de 23 de diciembre), para modificar la LAU de 1946-1947, articulada por Decreto de 13 de abril de 1956 sigue con esos mismos derechos aunque ya no cumulativamente; el retracto solo nace cuando no se hubieran practicado las notificaciones para el tanteo o se hubieran cambiado las condiciones y se reduce el efecto de la acción de impugnación ya que de prosperar el adquiriente no podía denegar la prórroga por necesidad..

La Ley 40/1964, de 11 de junio, de Reforma de Arrendamientos Urbanos (BOE 12 de junio) no altera sustancialmente la materia y el

recho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994", Aranzadi, 1996).

(67) Se critica, en general por la doctrina, haber querido desplazar sobre los particulares el coste de una política de fomento de viviendas; por todos Rodríguez Morata: "*Comentarios…*", cit., pp. 811 y ss.

Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, aprueba el Texto Refundido que en parte y transitoriamente sigue vigente por la actual LAU de 1994 la cual recoge más limitadamente los derechos de tanteo y retracto y omite la referencia a la acción de impugnación.

La línea evolutiva, pues, ha sido tendente a rebajar la intensidad de esos derechos de preferente adquisición (68). Como hemos visto la LAU de 1994 permite la renuncia en caso de uso distinto a vivienda y en vivienda en contratos de duración pactada superior a cinco años (69).

Si en cierto modo la razón de esos derechos está en una eventual *affectio* a la vivienda parece más lógico entender que a mayor duración haya mayor *affectio* y por tanto mayor interés por esos derechos de preferencia; sin embargo, ya vemos que esa no es la idea.

Quizá lo más pertinente fuera que en lugar de permitir la renuncia se admitiera su existencia convencional aunque ciertamente habría que reconocer que para ello bastaría la autonomía de voluntad, pero su referencia podría ser comprensible como un tributo a su tradición en la normativa arrendaticia (70).

De cualquier modo, lo que nos interesa es la novedad de la reforma.

El injerto de esa renuncia en el art. 25 determinará que habrá que armonizarlo con el núm. 5 del mismo, igual que ya se hacía con otros párrafos; esto es, para inscribir "títulos de venta de viviendas arrendadas" habrá de justificarse que han tenido lugar las notificaciones previstas en el artículo cuando exista un derecho de preferente adquisición, no si estamos en el caso del núm. 7 y, hoy, cuando medie renuncia.

---

(68) Es de interesante lectura en este sentido RODRÍGUEZ MORATA y conocer la línea jurisprudencial ("*Comentarios…*", cit., pp. 812 y ss.) así como si tales derechos se extienden hoy a la dación en pago (pp. 827 y ss.)

(69) Excede de nuestro análisis el estudio de la renuncia en el marco de la LAU 64 (art. 6) así como la cuestión surgida del texto precedente al permitir la renuncia en contratos de duración pactada superior a cinco años en el sentido de que la renuncia actuaba en todo momento o solo cuando el tanteo o retracto surgía tras esos cinco años, o si cabía pactar la renuncia en caso de arrendamiento de duración pactada inferior a cinco años para el caso de sobrepasar esa duración tras las prórrogas de los antiguos arts. 9 y 10 LAU94.

(70) Buena parte de la doctrina se muestra contraria a la subsistencia de ese derecho de adquisición preferente. Por todos, QUICIOS MOLINA: *op. cit.*

No parece que haya cuestión al respecto. Sí la hay con relación al segundo párrafo de ese número 8. Probablemente haya que hacer esfuerzos para articular una norma más equívoca y confusa y da idea de que a veces se legisla con base en ocurrencias.

El Preámbulo de la Ley 4/2013 no dedica ningún comentario a esta modificación de la renuncia y probablemente no fuera preciso pues en definitiva es una de las derivaciones de la mayor libertad de pactos a la que sí se refiere.

Sin embargo, la admisión de la renuncia con carácter general puede permitir, dada la admisión de la autonomía de la voluntad, una regulación diferente de la renuncia. Si cabe renunciar parece admisible articular un derecho de preferencia de menor calado que el regulado por la Ley. Lo único que habrá de tener en cuenta es que la única norma imperativa en caso de renuncia es la comunicación del párrafo 2, del núm. 8, sin perjuicio de ser una extraña norma, como veremos. Cabrá, pues, prever más casos de exclusión de tanteo y retracto, distintos plazos y formalidades, etc. (71).

El Proyecto de Ley tan solo contempla el primer párrafo del nuevo número 8 del art. 25 LAU (72).

El origen del segundo párrafo lo encontramos en la enmienda núm. 113 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, grupo mayoritario y de apoyo al Gobierno (73).

---

(71) *Vide* BERROCAL LANZAROT: *op. cit.*, p. 30-31/57; QUICIOS MOLINA: *op. cit.*

(72) Número 15 del artículo primero de ese Proyecto de Ley (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, de 7 de septiembre de 2012).

(73) Otras enmiendas no triunfaron. Así la 15 (Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La izquierda Plural) de supresión de la modificación de la renuncia para fortalecer los derechos de los arrendatarios; 32 (Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia) proponía modificar el 25,5 para excluir de notificaciones cuando mediara la renuncia; 146 (Grupo Parlamentario Socialista) mantenía la redacción rebajando para la renuncia la duración del contrato de cinco a cuatro años (BOCG, Congreso de los Diputados, de 12 de febrero de 2013). La Ponencia aceptó la enmienda 113 (BOCG, Congreso de los Diputados de 27 de febrero de 2013). En el Senado se presentan varias enmiendas pero no se alteró el texto; las enmiendas 8 y 43 reproducen la citada 15 del Congreso de los Diputados; la 125 reproduce la citada 146.

No es preciso transcribir el texto de la enmienda por ser coincidente con el definitivo pero sí nos parece de interés su justificación: "Al regular la posibilidad de que se pacte la renuncia al derecho de adquisición preferente y, como consecuencia de no existir la obligación por parte del arrendador de comunicar la venta al inquilino prevista en los derechos de tanteo y retracto regulados en el artículo 25, nos podríamos encontrar en la situación de que el arrendatario se enterase de la venta del inmueble cuando esta ya se hubiere producido, sin tener un plazo mínimo para buscar una nueva vivienda o realizar las gestiones que estime oportunas. Esta situación sería especialmente grave para el inquilino si el contrato no está inscrito en el Registro y, por tanto, el comprador de la vivienda decide no respetarlo".

Difícil de entender.

En primer lugar, si el arrendamiento está inscrito la venta le es indiferente al arrendatario.

En segundo término, parte de un dato más que discutible, como hemos intentado demostrar, y es que el comprador conocedor de la existencia del arrendamiento pueda dar por finalizado el arrendamiento, pero admitiendo a efectos dialécticos esas tesis creemos que aunque el Congreso de los Diputados está en una céntrica calle de Madrid ese Grupo Parlamentario desconoce lo que se denomina "la calle": ¿algún diputado de ese Grupo Parlamentario cree que un comprador va a desalojar en treinta días a un arrendatario?

Los problemas interpretativos de ese segundo párrafo son varios y variados. Se pueden señalar algunos.

1. Es habitual entender que el derecho de preferente adquisición también se da en los casos de venta forzosa.

Sin entrar en un eventual debate por cuanto hay diversidad de posiciones tanto en la doctrina científica como jurisprudencial, entendida esta en sentido amplio, lo cierto es que en la práctica registral es habitual entender la existencia de tal derecho de preferencia. Conocida es la tesis de la DGRN en sus famosas resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987 en el sentido de que ya que el arrendador no cumple con la habitual declaración de inexistencia de arrendamientos y dado que lo exige la norma se admite que sea el adquirente quien haga tal declaración pues no hay habitual trámite procesal para tal cometido.

En su día ya nos pronunciamos críticamente (74) pues el único que puede conocer si hay arrendamiento o no es el antiguo propietario y si no dice la verdad comete 'falsedad en documento público' respecto de lo que ya hicimos alguna referencia; el rematante o adquirente conocerá si hay situación posesoria de alguien dentro de la vivienda pero puede desconocer el título (arrendatario, precarista, etc.) o conocerá que está vacío pero es posible que el arrendatario esté ausente en ese momento y haya arrendamiento.

Sin duda, pues no se puede pedir imposibles, será el rematante o adquirente en una subasta judicial quien comunicará la venta a los efectos de la norma que nos ocupa con una agravante. Es usual que el anterior no colabore y no se conozca el contrato de arrendamiento por lo que no se sabrá si la 'comunicación' es a los efectos del retracto o, por haber renuncia, es a los efectos del párrafo 2 del nº 8 del art. 25 sin entrar ahora si el arrendatario tiene derecho de retracto al no estar inscrito el arrendamiento pues es otro punto a discutir (imaginemos una escritura de hipoteca en cuya situación posesoria se expresa que está arrendada a X; ejecutada la hipoteca ¿este señor X tiene derecho a retracto?; la cuestión nos parece dudosa).

2. El arrendador debe comunicar al arrendatario su intención de vender la vivienda con una antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato de compraventa.

Dejando de lado el problema que pueda surgir en un momento determinado ante una coyuntural dificultad de comunicación con el arrendatario, lo cierto es que hay una gran diferencia con relación a la notificación a los efectos del derecho de tanteo.

En efecto, para esta debe ser fehaciente, lo que a nuestro juicio propicia como idónea la vía notarial, pero, además de notificar la decisión de vender, debe notificarse el precio y demás condiciones esenciales de la transmisión y los efectos de esa notificación caducan a los ciento ochenta días.

(74) VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: "El artículo 55,2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en las ventas judiciales", *Libro homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, IV, 1989, Consejo General del Notariado, pp. 861 y ss.

En el caso que nos ocupa solo se precisa comunicar la intención de vender con una antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato.

Ello nos lleva a hacernos la siguiente pregunta: ¿cabe en el propio contrato de arrendamiento?

La primera impresión es de choque, pero pasada la misma lo cierto es que se cumple el tenor del precepto aunque esa "intención de vender" pueda ser más o menos vaga en función del precio. Cierto es que la interpretación literal no siempre es definitiva y hay que averiguar la *ratio*.

Si estamos ante una norma que pretende extender una cierta protección sobre el arrendatario nada mejor que conocer esa "intención" desde el primer momento. Si el arrendatario quiere blindar su derecho, sin entrar en el debate de si el comprador puede extinguir el arrendamiento si tiene conocimiento del mismo, puede hacerlo mediante la inscripción del contrato, independientemente además de poder pactar indemnizaciones.

3. Nos parece claro que la cuestión estrella es responder a la siguiente pregunta: ¿qué sucede si no se comunicó o no se ha comunicado con la antelación requerida?

Quizá sea pertinente recordar alguna posición doctrinal.

Loscertales considera positiva esta renuncia sin limitarla a contratos de cierta duración pues "estaba permitido en una ley tan defensora de los derechos del arrendatario como el Texto Refundido de 1964" y, continúa: "Lo que no tiene mucha justificación es el segundo párrafo de este precepto, pues la comunicación de la venta al arrendatario tiene sentido y eficacia si ello le permite tener preferencia en la transmisión, pero no cuando carece de tal facultad, con lo que es un trámite innecesario y sin finalidad"; y llega a apuntar que "parece que se trata de un error del legislador" (75).

Fuentes Lojo considera que no es requisito ni para el otorgamiento de la escritura pública ni para la inscripción de la compraventa y que el incumplimiento solamente puede tener una de las dos consecuencias que cita. Una sería convertir "en ineficaz la renuncia estipulada en el contrato, de tal forma que esta comunicación opera como una

(75) Loscertales Fuertes, Daniel: "*Arrendamientos Urbanos...*", cit., p. 234.

condición. De no efectuarse el arrendatario podrá ejercitar el derecho de retracto". Otra sería generar una "posible indemnización de daños y perjuicios a satisfacer por el arrendador vendedor en el caso de que el adquirente resuelva el arrendamiento al amparo de art. 1571 del CC y lo que establece el artículo 7 de esta Ley" (76).

Rodríguez Morata señala que el incumplimiento de esa obligación de comunicar la intención de vender tiene un distinto alcance según que el contrato de arrendamiento esté o no inscrito en el Registro de la Propiedad. Si lo está "el principio de oponibilidad registral" del arrendamiento frente al nuevo dueño explica que este sea el máximo interesado en esa comunicación a los efectos del cobro de la renta pero su incumplimiento "ningún perjuicio o perturbación se causará al arrendatario en el uso pacífico del inmueble arrendado". El problema, dice, será cuando no está inscrito pues puede provocar en el arrendatario graves perjuicios teniendo "que buscar una nueva vivienda sin tener un plazo mínimo razonable para realizar las gestiones que estime oportunas, por lo que la conducta del arrendador causará una grave perturbación en el uso de la vivienda en el arrendatario"; en este caso, continúa, nos hallamos ante un incumplimiento por el arrendador de la obligación del art. 25,8 par. 2.º LAU "que dará lugar a una grave perturbación en el uso de la vivienda por el arrendatario, por lo que éste podrá promover frente a aquél, en su caso, la acción resolutoria prevista en el artículo 27,2, letra b, de la LAU [debe referirse al núm. 1 o al 3, b], con indemnización de los daños y perjuicios causados conforme a lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil (cfr. art. 27,1 LAU)" (77). Esta tesis es reproducida por Mateo Sanz (78).

Creemos que estamos ante un artículo con poca reflexión pero necesariamente debemos pronunciarnos.

En primer lugar debemos decir que coincidimos con lo antes indicado por Fuentes Lojo en el sentido de que en caso de ausencia

(76) Fuentes Lojo, Alejandro: *op. cit.,* p. 240.

(77) Rodríguez Morata, Federico: "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 855-856.

(78) Mateo Sanz, Jacobo B.: "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", dir. Crespo Allué, Fernando y Guilarte Gutiérrez, Vicente, Thomson Reuters Lex Nova, 2014, p. 631.

de comunicación no debe impedir la autorización de la escritura de venta ni la inscripción en el Registro de la Propiedad. El único caso en que ésta está impedida es cuando hay lugar a tanteo o retracto según se desprende del art. 25,5 LAU.

Quizá no sea improcedente expresar nuestra opinión relativa a que no se precisa notificación al arrendatario y cabe la inscripción de la venta de un inmueble arrendado pero con pacto de renuncia al derecho de preferente adquisición. No se desconoce que en ocasiones, en la práctica, se ha cuestionado la inscripción cuando, como es habitual, el contrato de arrendamiento está formalizado en documento privado (hacemos referencia a esa ocasional práctica dado que aunque aun no ha transcurrido mucho tiempo desde la Ley 4/2013, de 4 de junio, de reforma de la LAU, y por tanto poca experiencia hay de venta de viviendas arrendadas con tal pacto de renuncia, este pacto de renuncia es habitual en arrendamientos de uso distinto a vivienda cuyo pacto era perfectamente válido con base en los arts. 4,3 y 31 LAU). Ese impedimento para la inscripción se basaba en ocasiones en la falta de autenticidad o eventual falta de veracidad.

Creemos que no hay tal impedimento. Si en la esfera de la pura manifestación del vendedor está la declaración de haber un arrendatario, en esa esfera todos los datos del mismo que se quieran dar (fecha –importante para conocer su régimen jurídico–, identidad del arrendatario, etc.) no se nos alcanza por qué no admitir esa declaración de renuncia al derecho de preferencia.

Si para la inscripción se exige al vendedor que notifique, la pregunta es ¿para qué?; se debe notificar cuando hay derecho a tanteo y retracto.

Como gráficamente dice Madridejos Fernández si el vendedor dijera que está arrendado a Don X y comparece ningún obstáculo registral encontraría la escritura (por el motivo que nos ocupa) aunque no fuera correcto que el arrendatario fuera Don X (79).

Hay que reconocer que el Registro de la Propiedad procura la seguridad del tráfico y no debe inscribir documentos que cercenen derechos de terceros, en este caso un eventual arrendatario. Pero

(79) Madridejos Fernández, Alfonso: "Compraventa de local arrendado con exclusión del derecho de adquisición preferente", Rev. *El Notario del Siglo xxi*, septiembre-octubre, 2012, núm. 45, www.elnotario.es.

igualmente hay que reconocer que al Registro de la Propiedad acceden multitud de manifestaciones que se aceptan como tales; lo que debe excluirse es un perjuicio de un tercero.

Pues bien en el supuesto improbable que se manifieste haber esa renuncia al derecho de preferente adquisición ¿a quién perjudica? Al adquirente por lo que éste velará por comprobar esa declaración. El arrendatario seguirá teniendo derecho de retracto por cuanto aun no ha transcurrido el plazo al no mediar notificación. Por eso, el art. 25,5 LAU en caso de inexistencia de arrendamiento responde por falsedad en documento público y añadiríamos frente al comprador (sin centrar en si es correcta esa tipificación penal) (80).

Volviendo a la cuestión de los efectos que se pueden derivar del incumplimiento de la comunicación del párrafo 2 del art. 25,8, aunque la *mens legislatoris* en este extremo es claramente mejorable, algún sentido debe darse partiendo de la base de que esa comunicación está pensada en beneficio del arrendatario o, al menos, que en caso de incumplimiento se atenúen los perjuicios.

Creemos, en primer lugar, que si el arrendamiento está inscrito el trámite es absolutamente inútil pues ningún perjuicio le depara al arrendatario la venta por su mero otorgamiento y ya se cuidará el comprador de la comunicación para cobrar la renta.

---

(80) No queremos dejar de plantear una cuestión que puede darse si es que, frente a nuestro augurio de poco éxito de la inscripción, se generaliza el acceso al Registro, y que es un paso más que el del arrendamiento en documento privado.

Se trataría de un contrato de arrendamiento inscrito; por la razón que sea el arrendatario 'deja' la vivienda y entrega las llaves que recoge el arrendador y, todo lo más, firman un documento con esa entrega de llaves.

Poco después el propietario quiere vender la vivienda, registralmente arrendada y extra-registralmente libre de arrendamiento.

Se produce un conflicto pues el art. 25,5 LAU permitiría la inscripción, pero la publicidad registral sería un obstáculo por cuanto se presume la veracidad del asiento registral.

Lo normal será que se produzca una calificación negativa del registrador pues parece difícil con esos mimbres cancelar el arrendamiento. Habrá que esperar a ver si se resuelve en la adaptación del RD 297/1996, comprometida e incumplida hasta hoy, por virtud de la Disposición Final 2.ª de la Ley 4/2013.

Lo que es claro es que este es un motivo para el arrendador para no desear la inscripción.

Lógicamente mientras el arrendatario no reciba la comunicación de venta los abonos de renta que haga al anterior propietario estarán bien realizados.

Así pues, debemos reducir el alcance al caso de arrendamiento no inscrito.

No creemos haya punto de apoyo para interpretar que decae el pacto de renuncia y surge un derecho de retracto. Para un efecto de esa naturaleza el texto debe ser suficientemente claro.

Tampoco nos parece viable, como alguna opinión antes recogida apuntaba, que el arrendatario pueda instar la resolución del contrato con la correspondiente indemnización. Si lo que pretende la norma es impedir un "rápido" desalojo no parece que el arrendatario sea el que inste la resolución.

En definitiva, si en un caso concreto el comprador (no el vendedor que por ello incumple el precepto) manda una comunicación al arrendatario diciéndole que ha comprado la vivienda, que a partir de ese momento la renta le debe ser pagada a él (cuenta corriente, domicilio, etc.), le da sus datos a efectos de eventuales comunicaciones, y "que desea que la relación sea cordial y agradable hasta la conclusión del contrato", ¿qué cuestión deriva del incumplimiento del vendedor de esa comunicación?.

A lo largo de las líneas precedentes hemos mantenido la tesis que aun en caso de arrendamiento no inscrito el arrendatario no queda totalmente desprotegido y que el tercero debe tener buena fe; conectando esta con la publicidad posesoria y el art. 25 LAU parece difícil que el comprador logre resolver el contrato de arrendamiento antes de su conclusión.

De cualquier modo, si la tesis mantenida aquí no prospera y sí la de una aplicación rigurosa del art. 1571 CC o bien en un caso concreto (raro) hay tercero de buena fe y el incumplimiento genera algún daño se podrá pedir la indemnización de daños que se demuestren aunque éstos serán difíciles de acreditar si el comprador le da ese margen de treinta días para encontrar nueva vivienda evitando de este modo el desalojo en estos treinta días que al parecer según la enmienda se podría dar.

Por buscar un efecto negativo ante ese incumplimiento se nos ocurre pensar en ese supuesto hipotético de que un comprador pueda resolver el contrato (por ser tercero hipotecario, o por la razón que sea); aunque dilate el planteamiento judicial treinta días ¿cabe

ver algún perjuicio? ¿cabe ver alguna privación de algún derecho al arrendatario?.

Quizá se puede plantear la privación de algún derecho. Si el arrendatario recibe esa comunicación puede solicitar la inscripción del arrendamiento y de ese modo blindarse frente a un adquirente; si el contrato no está documentado convenientemente podrá instar su pertinente formalización y en caso de negativa del arrendador éste podrá ser responsable.

En definitiva, pues, a nuestro juicio, el incumplimiento de esa comunicación en modo alguno va a suponer que el arrendatario "se encuentre en la calle" en treinta días, lo que le va a permitir es gestionar el blindaje de una inscripción en el supuesto hipotético de que quiera precaverse de una aplicación rigurosa de la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito, que, según venimos manteniendo, no será lo normal, pero no creemos que ello afecte a la inscripción de la venta; en definitiva queda en el ámbito de la responsabilidad del vendedor que en la mayoría de los casos no se dará en la realidad por cuanto será normal que el arrendamiento continúe hasta su normal conclusión.

4. Con carácter general, no solo relativo al segundo párrafo del art. 25,8 LAU, queremos plantear una cuestión que no parece encajar en el marco normativo.

En caso de arrendamiento de vivienda con pacto de renuncia al derecho de preferente adquisición podemos encontrarnos con dos situaciones. Una de ellas es que esté inscrito en cuyo caso la comunicación de ese segundo párrafo es inútil para los derechos del arrendatario sin perjuicio de la conveniencia para el arrendador para el cobro de futuras rentas.

La segunda sería que no está inscrito y se tendrá que realizar esa comunicación a la que hemos dedicado alguna atención.

Otro supuesto sería un arrendamiento de vivienda sin pacto de renuncia; igualmente nos podemos encontrar ante dos situaciones. Una de ellas sería que estuviera inscrito. Se deben practicar las notificaciones fehacientes para el ejercicio del tanteo o retracto y en otro caso no cabría inscribir la venta (art. 25,5). El arrendatario podrá ejercitar esos derechos si le interesa y si no fuera así podría continuar con el arrendamiento.

La cuestión se plantearía si no está inscrito pero el vendedor ha manifestado que está arrendado. Varias preguntas se encadenan

¿se podría inscribir? (dudamos de ello) ¿habría que acreditar las notificaciones del art. 25? si se responde positivamente (si fuera la respuesta negativa es que cabría inscribir sin ellas de lo que hemos dudado) ¿para qué? ¿para ejercitar el tanteo o retracto? ¿no ha dicho la ley que un arrendamiento no inscrito no surte efecto frente a tercero?

Creemos que de nuevo debemos poner en vanguardia la buena fe del adquirente y en este caso este sabe de la existencia de un derecho de preferente adquisición, no obstante lo dicho en el art. 7,2 LAU.

Donde se producirá un verdadero conflicto será cuando no esté inscrito, el vendedor manifiesta que no está arrendado y el comprador es efectivamente un tercero del art. 34 LH. El supuesto será ciertamente raro en la realidad pues debe coincidir una mala fe del vendedor y una situación posesoria especial. Aquí se producirá el choque entre los arts. 34 y 37 LH pues este excepciona a aquél. Probablemente en tal caso sea insuficiente esa discutible "pena de falsedad en documento público" del art. 25,5 LAU y haya que dar efectividad al art. 34 LH. El retracto legal se justifica por la publicidad que le da la Ley; si no hay dato ni circunstancia alguna de ese eventual retracto legal debemos proteger al tercero adornado de los requisitos del art. 34 LH.

BIBLIOGRAFÍA

Achon Bruñén, M.ª José: "Estudio crítico de la reforma del juicio de desahucio por falta de pago por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler". *La Ley*, 19 de junio de 2013, versión digital.

Adan Doménech, Federico: "La reforma legislativa de los juicios de desahucio", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 60, diciembre 2013.

Álvarez Caperochipi, José A.: "Los límites a la eficacia de la inscripción del remate (Crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007)", *Rev. Crítica Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 2010, núm. 721.

Amorós Guardiola, Manuel: "*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*", dir. Albaladejo, Tomo VII-2.º, EDERSA, 1978.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo: "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Thomson Reuters Aranzadi.

— "El eco de la campanada", *Westlaw, BIB* 2012\3455.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: "Análisis de la Ley 4/2013 de 4 de junio, de medidas de flexibilización del mercado del alquiler de viviendas", *Actualidad Civil*, núm. 78, 1 de julio a 31 de agosto 2013.

BLANCO CARRASCO, Marta: "La reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos a través de la Ley 4/2013, de 4 de junio", RGLyJ, 2013, núm. 4.

CARRASCO PERERA, Ángel: "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

— "La reforma del arrendamiento vivienda: comentario y valoración", OTROSÍ, *Rev. del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 13, enero-marzo 2013.

COBACHO GÓMEZ, José Antonio: "*Código Civil Comentado*", dir. CAÑIZARES, Ana y otros, Civitas, Thomson Reuters, vol. IV, 2011.

COCA PAYERAS, Miguel y MUNAR BERNAT, Pedro A.: "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994 de 24 de noviembre*", coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, Tecnos, 1996.

COLÁS ESCANDÓN, Ana M.ª, en "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, 2013.

CORDÓN MORENO, Faustino: "La reforma del juicio de desahucio en la Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado de Alquiler de Viviendas", *www.uclm.es/centro/cesco*.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor: "*Procesos civiles especiales*", Colex, 1996.

DÍEZ-PICAZO, Luis: "*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*", Edit. Civitas-Thomson Reuters, Tomo II, 2009.

— "*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*", Edit. Civitas-Thomson Reuters, Tomo III, 2009.

— "*Fundamentos del derecho civil patrimonial*", Edit. Civitas-Thomson Reuters, Tomo IV, 2010.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: "La buena fe requerida por el adquirente en remate a debitore non domino. Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007", *Rev. Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2007-2, núm. 19.

FUENTES LOJO, Alejandro: "*Arrendamientos urbanos. Derecho sustantivo y procesal. Adaptado a la Ley 4/2013, de 4 de junio*", con la colaboración de Esther RIUS BACHS y BUFETE FUENTES LOJO", El Derecho, 2013.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: "*Derecho Inmobiliario registral o hipotecario*", Civitas, Tomo II, 1993.

GARCÍA GOYENA, Florencio: "*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*", reimpresión edición 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974.

GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: "El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler", Centro de Estudios de Consumo, *www.uclm.es/centro/cesco*.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro: "*Comentario del Código Civil*", Bosch, Tomo 7, 2000.

GORDILLO CAÑAS, Antonio: "Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007, *CCJC*, núm. 77, 2008.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", dir. CRESPO ALLUÉ, Fernando y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, Thomson Reuters Lex Nova, 2014.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: "*El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*", Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles.

LACRUZ BERDEJO, José Luis (junto con SANCHO REBULLIDA, Francisco): "*Derecho inmobiliario registral*", Bosch, 1984.

LETE DEL RÍO, José Manuel: "*Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*", dir. O´CALLAGHAN, Xavier, Edersa, 1995.

LÓPEZ FRÍAS, Ana: "*Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*", dir. PASQUAU LIAÑO, Miguel, Comares, 2.ª edic., Tomo II, 2009.

LOSCERTALES FUERTES, Daniel: "*Arrendamientos Urbanos. Legislación y Comentarios*", SEPIN, 2013.

— "El registro de la propiedad en los arrendamientos urbanos, una mala decisión", *El País*, Economía, de 27 de noviembre de 2013.

— "El registro de la propiedad y los arrendamientos urbanos", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 53, enero-febrero de 2014.

— "La reforma de la ley de alquiler", *El País*, Economía, de 10 de junio de 2013.

— "Las malas consecuencias de la inscripción de los arrendamientos urbanos en el registro de la propiedad", *El País*, Economía, de 2 de enero de 2014.

LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: "*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*", dir. Albaladejo, Manuel, Edit. Edersa, Tomo XX, vol. 1.º, 1980.

— "*Comentario al Código Civil*", dir. PAZ-ARES, Cándido y otros, Ministerio de Justicia, 1991.

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso: "Compraventa de local arrendado con exclusión del derecho de adquisición preferente", *Rev. El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre, 2012, núm. 45, www.elnotario.es.

MAGRO SERVET, Vicente: "Aspectos relevantes de la reciente reforma de la LAU por Ley 4/2013, de 4 de junio", *Rev. Aranzadi Doctrinal* núm. 4/203.

MANRESA Y NAVARRO, José M.ª: "*Comentarios al Código Civil español*", Imprenta de la Revista de Legislación, Tomo X, 2.ª edic., 1908. Biblioteca digital de la Universidad de Sevilla –Pixelegis–).

MATEO SANZ, Jacobo B.: "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", dir. CRESPO ALLUÉ, Fernando y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, Thomson Reuters Lex Nova, 2014.

MERINO MERCHÁN, José Fernando: "¿Quiebra de la confidencialidad arbitral en la nueva ley de alquileres de vivienda?", *El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre, 2013, núm. 52, *www.elnotario.es*.

MONTERO AROCA: "*Ejecución de la hipoteca Inmobiliaria*", Tirant lo Blanch, 2012.

MORALES MORENO, Antonio Manuel: "*La venta de la cosa arrendada*" de Pilar Benavente Moreda, prólogo, Centro de Estudios Registrales, 1998.

NAVARRO FERNÁNDEZ, José Antonio: "*Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*", dir. Pasquau Liaño, Miguel, Comares, 2.ª edic., Tomo III, 2009.

PAU PEDRÓN, Antonio: "*Comentarios al Código Civil*", dir. PAZ-ARES y otros, Ministerio de Justicia, 1991.

— "*El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*", dir. PAU PEDRÓN, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996.

PAZ RUBIO, José María, y otros: "*Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y con jurisprudencia*", *La Ley,* 2000.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: "*Derechos reales. Derecho hipotecario*", Centro de Estudios Registrales, 1999.

PÉREZ CONESA, Carmen: "*Arrendamientos de Vivienda y Desahucios: Su Reforma. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio*", Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

POVEDA BERNAL, Margarita Isabel: "Ejecución hipotecaria y extinción de arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas", *Rev. Crít. Der. Inmobiliario*, núm. 652, mayo-junio de 1999.

QUICIOS MOLINA, Susana: "La reforma de los arrendamientos urbanos, según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas de 31 de agosto de 2012", Rev. Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 8/2012, *Westlaw, BIB* 2012\3404.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

— "La resolución extrajudicial por falta de pago del arrendamiento urbano inscrito en el Registro de la Propiedad", *Westlaw BIB* 2013\1428.

ROCA SASTRE, Ramón M.ª: "*Derecho hipotecario*", 1968.

RODRÍGUEZ MORATA, Federico A.: "*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*", coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

— "*Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*", Aranzadi, 1996.

ROMÁN GARCÍA, Antonio M.: "Las tendencias legislativas modernas en materia de arrendamientos urbanos y la dinamización del mercado inmobiliario en España", *Libro homenaje al Profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: "Las nuevas «SOCIMI» ante el fracaso de los instrumentos de estímulo de la vivienda en alquiler en España (¿el final del mercado artesanal de arrendamientos de viviendas, la panacea de la crisis inmobiliaria o simple vehículo de inversión?)", *Rev. Der. Bancario y Bursátil*, núm. 119, julio-septiembre 2010.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: "Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social", *Anuario de Derecho Civil*, 2005-IV.

VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: "El artículo 55,2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en las ventas judiciales", *Libro homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, IV, 1989, Consejo General del Notariado.

LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER Y SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA

Aurelia María Romero Coloma
Doctora en Derecho
Abogada. Profesora de la Asociación Española de Abogados de Familia

Resumen: La institución jurídica de la indignidad para suceder se configura, hoy en día, en nuestro país, como una figura jurídica que supone o implica exclusión de herencia. Las causales de indignidad han de ser estudiadas y analizadas a la luz de esta figura en cuanto que conllevan una a modo de sanción para la persona que se encuentre incursa en las mismas, en relación con conductas reprochables del heredero, o ligadas a las denominadas incapacidades absolutas e incapacidades relativas.

Las causales contenidas en nuestro Código Civil de indignidad sucesoria son numerosas, pero concretas y, si bien la doctrina no se ha puesto de acuerdo en relación a si nos encontramos, en el ámbito de nuestro Código Civil, con un elenco de causales numerus clausus o bien se trata de numerus apertus, la realidad es que pueden existir –y, de hecho, en la práctica forense, existen– conductas que, si bien no aparecen enunciadas en el marco de las causales de indignidad sucesoria, sí lo son efectivamente, especialmente debido a su gravedad.

Abstact: The legal institution of indignity for inherit is, actually, a legal institution that supposes exclussion of inherit. The legal reasons por this exclussion must be analyzed and studied like a sanction to the heir, because of reproval behavour, or combined with absolute or relative incapacities.

The reasons for the exclussion of an heir are various, but concrete, although doctrine is not unanimous to consider this reasons numerus clausus or numerus apertus. In fact, there may be serious behavours out of Civil Spanish Code, which should be specially valued because of ist importance.

Palabras clave: indignidad; desheredación; privación; legítima.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

El artículo 744 de nuestro Código Civil establece que "podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley".

Suceder implica, ni más ni menos, que colocarse en la posición jurídica del causante. Pero, además, es necesario que el sucesor reúna los requisitos de capacidad que la Ley establece. En este sentido, es interesante subrayar que no pueden suceder, en el ámbito de nuestro Ordenamiento Jurídico, las criaturas abortivas, ni las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley, según el artículo 745 del Código Civil.

Cuando el llamado a suceder es una persona física, no es preciso que posea la capacidad de obrar, sino que es suficiente con que nazca con las condiciones señaladas en el artículo 30 del citado corpus legislativo, e, incluso aunque no haya nacido, puede ser designado sucesor.

En el marco de la doctrina española, se ha discutido mucho acerca de si la indignidad para suceder es una forma de incapacidad relativa, o bien se trata, en realidad, de una institución que supone exclusión de la herencia. Nuestro Código Civil parece aceptar la primera de estas acepciones, al señalar, en su artículo 756, que "son incapaces para suceder por causa de indignidad…"

No obstante, estimo que la incapacidad en sentido estricto, de un lado, y, del otro, la indignidad para suceder, son dos conceptos diferentes, ya que la incapacidad se establece por razones generales independientes del mérito o demérito de la persona, al paso que la indignidad se pronuncia –y tiene su verdadero sentido y alcance– a título de pena, o sanción, en razón a causas graves o a faltas cometidas contra el causante de la herencia o su memoria. Hay que resaltar que la indignidad para suceder opera tanto en el marco de la sucesión testada, como en el de la intestada o abintestato.

Tradicionalmente, ha existido siempre una cercanía entre las figuras jurídicas de la indignidad para suceder y la desheredación, lo que conlleva el inevitable estudio y análisis de sus diferencias y de sus similitudes, siendo esta proximidad palpable en determinadas circunstancias.

II. INDIGNIDAD Y DESHEREDACIÓN

En primer lugar, hay que resaltar que ambas figuras jurídicas tienen su origen en el Derecho Romano, teniendo, asimismo, en el Derecho Histórico patrio un tratamiento bastante cercano en los textos legales de dicha época. También hay que aludir, en el mismo sentido, a razones de Derecho Comparado.

La primera diferencia que hay que resaltar entre ambas figuras jurídicas es que, en la desheredación, el testador conoce la causa por la que deshereda a un legitimario y así lo manifiesta formalmente en testamento, excluyéndole de la herencia. Por el contrario, en la indignidad para suceder, el testador no conoce la causa de la indignidad, porque, si la conociera, tendría la posibilidad de desheredar al legitimario. Por lo general, esta acción nace mortis causa, una vez que el testador ha fallecido.

La legitimación activa, en el ámbito de la desheredación, corresponde al desheredado legitimario, al paso que, en el ámbito de la indignidad para suceder, corresponde a cualquier heredero contra el posible indigno.

También cabe aludir a razones sistemáticas por afinidad entre ambas figuras jurídicas, por la existencia de causas legales comunes de indignidad y desheredación, así como la privación de la legítima como consecuencia jurídica de las dos figuras de que se trata.

La indignidad para suceder puede ser considerada como una tacha con la que la Ley civil sanciona a las personas que han cometido determinados actos especialmente reprensibles o reprochables y, en su virtud, su autor queda inhabilitado para suceder al causante que los padeció, a menos, por supuesto, que el propio causante le rehabilite.

Ya he aludido anteriormente a las diferencias entre indignidad para suceder e incapacidad para suceder, pero parece oportuno recalcar que, en el ámbito de la indignidad, el indigno tiene aptitud general para ser nombrado heredero o legatario, pero, en relación con el causante, se halla afectado por una circunstancia prevista en la Ley y que le hace indigno para sucederle. Ya Royo Martínez, haciendo hincapié en las diferencias entre ambas figuras o instituciones jurídicas, afirmaba que la incapacidad del indigno no depende de que resulte inexistente o dudosa su condición de sujeto de derecho (1),

(1) Royo Martínez, M: *Derecho sucesorio mortis causa,* 1951, Sevilla.

porque la regulación legal de la indignidad no tiene en cuenta consideraciones o razones generales de incapacidad e independientes de la aptitud de la persona, sino que la idea dominante es la de un acto concreto, ilícito, reprobable, reprochable, censurable, al que la Ley civil sanciona con la pérdida o exclusión del derecho a la herencia.

En consecuencia, las causas de indignidad tienen su fundamento en el hecho de que el causante hubiese excluido de la sucesión al indigno si hubiese tenido conocimiento del hecho constitutivo de la indignidad. Como gráficamente expresa Lacruz Berdejo (2), la indignidad constituye una sanción civil que tiene de común con la penal su falta de función satisfactoria del derecho violado, ya que no tiende a reintegrarlo, y que se diferencia de ésta por la clase de pena y por no estar tipificados, como delito o falta, los hechos que la producen, tal como declaró la Sentencia, antiquísima, de 11 de febrero de 1946.

Otra diferencia fundamental es que la indignidad afecta tanto a la sucesión testada como a la intestada. Así lo afirmó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de enero de 1944, en el sentido de estimar que la voluntad, expresa o tácita, del testador es la Ley suprema de la sucesión, siempre que se respeten las normas de ius cogens. Cuando, en el artículo 756 del Código Civil, se hace una referencia al "testador", hay que entenderlo referido al causante. Roca Sastre, sin embargo (3), mantenía una postura contraria a esta tesis, al estimar que, cuando el Código Civil habla de "testador", es porque no cabe dicha causa en la sucesión intestada. Este jurista se decantaba por una interpretación literal del citado precepto.

En sede sucesoria, rige el principio, general, de la capacidad y, por tanto, de la dignidad para suceder. La excepción a este principio o regla general, constituida por la indignidad, se ha de interpretar restrictivamente, resolviéndose a favor del indigno todos aquellos casos en que existan dudas acerca de la certeza de la causa de indignidad, tal como declaró la Sentencia, ya citada, de 11 de febrero de 1946.

---

(2) Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, Francisco de Asís: *Elementos de derecho civil. Derecho de sucesiones*, editorial Bosch, 1982, Barcelona.

(3) Roca Sastre, L.: *Estudios sobre sucesiones*, 1981, Madrid.

Una Sentencia, muy interesante, de 8 de marzo de 1980, aclaró las diferencias entre indignidad y desheredación, al afirmar que, mientras la desheredación puede basarse, y venir referida, a una de las causas de indignidad, en función del artículo 852 del Código Civil, la indignidad, por el contrario, constituye, por sí misma, un motivo de incapacidad relativa para suceder, siempre y cuando no haya mediado remisión –tal como prevé el artículo 757 del citado corpus legislativo civil–, y ello independientemente de que haya habido, o no, desheredación.

Cuando el Código Civil se refiere a causas de desheredación, se está haciendo referencia a unos actos considerados por la Ley como especialmente merecedores de castigo, de sanción. Se trata de actos que, además, son el fundamento de la indignidad para suceder. De ahí que no sea extraño que coincidan causas de indignidad con causas de desheredación, y la ventaja de esta coincidencia radica en que, en caso de que la causa de indignidad del heredero existiera al tiempo de otorgar testamento, el recurso de la desheredación impide que el silencio del testador se tome como remisión tácita, o que, en caso de falta de prueba de dicha causa de indignidad, el silencio del testador respecto de un heredero se tome como preterición, tal como pusieron de relieve, con agudeza, Méndez y Vilalta (4).

El artículo 758 del Código Civil establece que se atenderá al tiempo de la muerte del causante a efectos de calificar la indignidad. No obstante, el precepto citado añade que, en los supuestos 2.º y 3.º del mencionado precepto civil –es decir, condena en juicio por atentar contra el testador o su familia, y acusación calumniosa–, habrá que esperar a las Sentencias firmes que condenen al indigno, a menos que ésta hubiese recaído antes de la muerte del causante, y, por lo que respecta a la causa 4.º del mismo artículo –"el heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio"–, habrá que dejar transcurrir el mes señalado para la denuncia.

(4) Méndez, R. M. y Vilalta: *Acción declarativa de indignidad para suceder,* 1988,Madrid.

Según Albaladejo (5), el hecho de tener que esperar, como regla general, a la muerte del causante para apreciar la indignidad, era absolutamente superficial, por lo que estimaba que, en la práctica, habría que distinguir dos supuestos:

1.º el supuesto de que la indignidad se produjera como consecuencia de una conducta llevada a cabo por el sujeto y sin necesidad de Sentencia condenatoria firme. La indignidad, en este supuesto, se produciría, y sería invocable, desde el momento en que se realiza la conducta; y

2.º el supuesto de que la indignidad la constituya un acto que ha sido objeto de condena penal en Sentencia firme. La indignidad, en este supuesto, se produciría desde que recae la Sentencia firme.

En consecuencia, a la vista de estos dos planteamientos, Albaladejo estimaba que había que pronunciarse sobre la indignidad del sujeto atendiendo a que haya incurrido, o no, en causa de indignidad, y que éste ha sido, o no, rehabilitado, pero no tomando como referencia el fallecimiento del causante, ya que su muerte es irrelevante a estos efectos, y lo que, en realidad, ha de importar es que el sujeto sea digno, o no lo sea, cuando tenga lugar la apertura de la sucesión de que se trate.

Estimo que la tesis de Albaladejo es muy lúcida e interesante, porque de lo que se trata, en definitiva, es de sancionar a la persona que se demuestra que es efectivamente indigna de suceder a otra persona, en función de sus actos, de su conducta, y ello con independencia de que así lo declare una Sentencia judicial firme.

Con respecto a la prueba de la indignidad sucesoria, hay que destacar que, con respecto a la desheredación, y siguiendo la pauta de las diferencias que existen entre ambas figuras o instituciones jurídicas –indignidad y desheredación–, el desheredado que accione judicialmente deberá probar lo siguiente:

1.º que la desheredación no se ha hecho en testamento;
2º que se ha llevado a cabo sin expresión de causa;

(5) Albaladejo, M.: C*ompendio de derecho sucesorio,* 1989, Madrid.

3º que, habiéndose expresado la causa, su certeza no se ha probado fehacientemente, al haber sido contradicha por otra prueba fehaciente;

4º que la causa de desheredación alegada es incierta; y

5º que ha habido reconciliación posterior a la ofensa.

En cambio, la persona que acciona, con respecto a la indignidad, deberá probar lo siguiente:

1º la causa de la indignidad;

2º que el testador no conocía la causa de indignidad al tiempo del testamento, o bien que esa causa apareció con posterioridad al testamento y el testador la remitió en documento público; y

3º que se pruebe que la incapacidad del indigno lo es al tiempo de la muerte del causante.

El plazo para accionar es también diferente en una y otra institución jurídica. Así, el plazo, por lo que respecta a la desheredación, es discutido por la doctrina, siendo de destacar que la polémica sigue viva y que no existe uniformidad de criterios doctrinales a este respecto. Depende, en cualquier caso, de que se la considere una acción personal o una acción real. En cambio, con respecto a la acción por indignidad, el plazo comienza desde que se conozca, y, como máximo, cinco años desde que el indigno esté en la posesión de la herencia o del legado.

En cuanto a los efectos de la indignidad, hay que resaltar que será nula la disposición testamentaria y, además, si el indigno hubiese entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado a restituirlos con sus accesorios, frutos y rentas que haya percibido. Asimismo, si el indigno fuese hijo, o descendiente, del testador, y tuviera, a su vez, hijos o descendientes, adquieren éstos su derecho a la legítima.

En contraste, por lo que respecta a los efectos de la desheredación, se anula la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado. La invalidación de la desheredación afectará, en principio, a todos los herederos. La cuota del desheredado deberá calcularse del conjunto del caudal relicto líquido y lo donado. Los hijos, y descendientes en general, del desheredado ocuparán el lugar de éste y conservarán los derechos de los herederos forzosos respecto a la legítima.

Otra distinción que hay que hacer entre ambas figuras jurídicas es que la indignidad se extingue por el perdón expreso del testador, y, en cambio, la desheredación por el silencio de éste, o por la reconciliación posterior entre ofensor y ofendido, sin estar sometida a forma determinada.

También hay que concretar que las causas de indignidad y desheredación actúan con independencia unas de otras, y, aunque algunas coincidan, esa coincidencia no es absoluta.

En el mismo sentido, la indignidad, respecto a los descendientes, les priva de todo derecho a la herencia, pero la desheredación sólo priva de la legítima, si bien esta afirmación ha suscitado polémica y el debate sigue abierto al día de hoy.

Y, por último, con respecto a las diferencias entre indignidad y desheredación, cabe resaltar que, para su eficacia excluyente, la indignidad ha de ser siempre objeto de prueba y declaración judicial correspondiente, en tanto que no hace falta probar la certeza de la justa causa de desheredación expresada, sino en el caso de que fuere contradicha, que, por lo general, en la práctica forense, vemos que suele suceder, es decir, que el desheredado impugna la causa de desheredación que le afecta. La indignidad, además, se aplica a toda clase de herederos, al paso que la desheredación se refiere sólo a los herederos forzosos o legitimarios.

III. INDIGNIDAD PARA SUCEDER E INCAPACIDADES RELATIVAS

La indignidad, a la vista de estas primeras consideraciones, y de su diferenciación, evidente, con otras instituciones o figuras jurídicas, es una cualidad relativa a la conducta del indigno con relación al causante, basada en razones morales y éticas, tiene la consideración de pena privada, no limita la libertad del testador para favorecer al indigno o perdonarle expresamente, y puede derivar de causas sobrevenidas tras la apertura o, incluso, la aceptación de la herencia, mientras que la incapacidad relativa deriva de hechos o situaciones siempre anteriores a la apertura de la sucesión, fundando una presunción independiente de la conducta del sucesor, no constituye pena y limita la libertad del testador, que no puede dispensar de ella, ni burlar la prohibición legal a través de persona interpuesta.

Otra diferencia entre indignidad para suceder e incapacidad relativa viene dada porque la indignidad se aplica a cualquier clase de sucesión, mientras que las incapacidades relativas son propias de la sucesión testamentaria.

En este punto, conviene detenerse en la incapacidad relativa, ya que, efectivamente, el Código Civil, al lado de la indignidad, regula, en sus artículos 752 a 754, tres supuestos de impedimentos para suceder, al suponer una posible captación de voluntad y que el causante no puede ni dispensar, ni evitar. Conforme al artículo 752, "no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto."

Este precepto civil se ha quedado, al día de hoy, obsoleto y bastante estrecho de miras y ha merecido la crítica, acertada, de Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (6), al presuponer el corpus legal que hay sacramento de la confesión, pero no sólo otros auxilios espirituales, y que la disposición testamentaria a favor del confesor se otorgue con posterioridad a la confesión, tal como declaró la Sentencia de 6 de abril de 1954, y que confesión y testamento tengan lugar en el curso de una enfermedad de la que muere el causante, aunque no es indispensable que ello ocurra en momento de peligro mortal y, desde luego, cabe que la enfermedad sea muy larga, con tal que sea la misma, extremo éste que nuestra doctrina jurisprudencial ha entendido de un modo fluctuante, porque los presupuestos del artículo 752 del Código Civil han de ser probados, y la Sentencia de 25 de octubre de 1928 declaró que la prohibición de este precepto, que, como todas las incapacidades que disminuyen la eficacia del albedrío libérrimo del disponente, debe ser interpretada con criterios restrictivos y únicamente cuando concurran todas las condiciones requeridas, supone que el sacerdote favorecido con la disposición del testador le haya confesado en la última enfermedad, sin que pueda estimarse que ha habido confesión por el hecho de estar el

(6) Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, Francisco de Asís: obra citada en nota 1.

Manresa y Navarro, R.: *Comentarios al código civil español,* 1973, Madrid; Valverde y Valverde: *Tratado de derecho civil español. Derecho de sucesiones,* 1939, Madrid. De Diego, F. C.: *Instituciones de derecho civil,* 1989, Madrid.

sacerdote sólo en la alcoba con el moribundo en los postreros días de su vida y ser lógico pensar que le invitara a confesarse, en el cumplimiento de los deberes de su sagrado ministerio.

El planteamiento del precepto citado pone de manifiesto, efectivamente, una restricción a la libertad testamentaria, a la autonomía del testador, lo cual no merece, en cualquier caso, una crítica positiva desde mi punto de vista.

De otro lado, el artículo 754 del Código Civil establece, asimismo, que "el testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia a favor del Notario que autorice su testamento, o de la esposa, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el artículo 682 (relativo a legados de escasa importancia). Esta disposición será aplicable a los testigos del testamento abierto, otorgado con o sin notario. Las disposiciones de este artículo son también aplicables a los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales."

En relación con las incapacidades que son objeto de análisis por su distinción con la figura jurídica de la indignidad para suceder, cabe hacer notar que el artículo 92 de la Ley de Seguros estableció que "la muerte del asegurado, causada dolosamente por el beneficiario, privará a éste del derecho a la prestación establecida en el contrato."

Se ha polemizado en relación con el artículo 754 del Código Civil, especulando si es aplicable sólo al testamento abierto, o también a las otras clases de testamento. A mi juicio, esta norma civil es aplicable a cualquier tipo de testamento, sea éste abierto o cerrado, interpretando, para llegar a esta conclusión, el concepto de "autorizar", que está referido tanto a uno como a otro tipo o clase de testamento.

Otra diferencia entre incapacidad e indignidad es que, en el ámbito del Derecho común, el indigno es heredero, adquiere la herencia, aunque, más tarde, se vea privado de ésta, al paso que el incapaz no puede ser heredero en ningún momento. No obstante, hay autores, en el marco de la doctrina española más autorizada, que consideran que tanto la indignidad como la incapacidad privan de todo acceso a la condición de heredero (7). Una postura intermedia

(7) Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, Francisco de Asís: obra citada en nota 2.

mantienen Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (8), al estimar que, en ambos supuestos, indignidad e incapacidad, se adquiere el derecho a la herencia, si bien quedando sujeto a posible resolución.

No obstante, Hernández Gil ponía de relieve que, si la indignidad la consideramos como incapacidad, privará absolutamente de la capacidad para suceder a una determinada persona; si como causa de exclusión de la herencia, permitirá, en cambio, la delación y la aceptación (9). Pero, si se mantiene que la indignidad constituye una incapacidad para suceder, no podrá afirmarse, en consecuencia, que tenga lugar la delación, puesta que ésta presupone, para su existencia, la capacidad o aptitud de que carece aquella figura. Por contraste, si la indignidad para suceder se concibe, no como una figura de incapacidad sucesoria, sino de exclusión de la herencia de un heredero que, siendo capaz, es privado de aquélla por su conducta con respecto al causante, en este supuesto no existiría impedimento legal alguno para mantener que, existiendo capacidad, pueda tener lugar la delación, aunque, lógicamente, su eficacia pueda verse posteriormente frustrada, e incluso habría que admitir que adquiriera la cualidad de heredero.

Cuando se examina con detenimiento el encuadre sistemático de la indignidad para suceder, se observa que el texto legal presupone, de alguna forma, que el indigno tiene capacidad suficiente para suceder. En este sentido, tal como ha resaltado María José Mena-Bernal Escobar (10), el estudio del artículo 762 del Código Civil presupone la capacidad para suceder del indigno, al establecer que "no puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz está en posesión de la herencia o legado." Aquí, se está constituyendo una situación jurídica inatacable, por lo que, intrínsecamente, se le está reconociendo capacidad suficiente para ello.

Cabe afirmar, en consecuencia, que la indignidad sucesoria puede ser calificada como incapacidad para suceder, y, de ahí, el encuadramiento sistemático legal, pero, no obstante lo anterior, el propio Có-

(8) Hernández Gil: "La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos", en *Revista de Derecho privado,* 1961, Madrid.

(9) De la Cámara Álvarez, M. de: "Comentario a los artículos 108-111 del Código Civil", en el *Código Civil y las compilaciones forales*, dirigida por Albaladejo, 1983, Madrid.

(10) Hernández Gil: obra citada en nota 8.

digo Civil contiene preceptos que presuponen la capacidad sucesoria del indigno. En cualquier caso, a la vista de estos planteamientos, cabe subrayar que la indignidad no supone una incapacidad absoluta, ya que la misma persona que es indigna para suceder en una determinada sucesión, puede ser plenamente capaz y adquirir válidamente la herencia de otro causante, siempre que, para ello, no exista impedimento legal alguno. De ahí que habría que concluir que la indignidad tiene carácter relativo, siendo, al menos, este extremo unánimemente reconocido por la doctrina.

IV. CAUSAS DE INDIGNIDAD

El artículo 756 del Código Civil establece las causas de indignidad para suceder, que analizo a continuación.

La primera causa es la siguiente: "los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos."

Esta causa de indignidad, obviamente, tiene su fundamento en el incumplimiento, grave, o gravísimo, de los deberes a los que están los progenitores obligados en virtud de la función que implica la titularidad y ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores de edad. En este sentido, cabe recordar el contenido del artículo 154 de nuestro Código Civil, al establecer que "la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos…" Esta función tuitiva comprende, en consecuencia, una serie de deberes, como lo son el velar por los hijos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como, en el aspecto puramente patrimonial, representarlos y administrar sus bienes. En consecuencia, un progenitor que abandona a sus hijos, o que los prostituye, o corrompe mediante órdenes, consejos o sugerencias corruptoras, obviamente está infringiendo, de forma grave, los deberes legales a los que está obligado en el seno de la familia y de cara a su prole. De ahí que nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil reaccione de modo contundente ante esta violación de deberes paternofiliales, sancionando dichas reprobables conductas con la indignidad sucesoria.

La segunda causa de indignidad es la siguiente: "el que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima."

De este texto se desprende, sin duda alguna, y sin excepción, la pérdida por el indigno de su legítima, que, de otro modo, no podría pasar a manos de sus hijos o descendientes, tal como el precepto civil se encarga de concretar.

El artículo 761 de nuestro Código Civil establece que "si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima." Este precepto se encuentra en armonía directa con el artículo 857 del citado corpus legislativo civil, al establecer éste que "los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima."

María José Mena-Bernal Escobar se planteaba una cuestión interesante y que abordo a continuación:¿está el artículo 761 del Código Civil refiriéndose sólo al caso en que el indigno es hijo o descendiente del causante, cuando, a su vez, aquél tiene hijos o descendientes, o bien se puede aplicar extensivamente a los demás casos en que el indigno sea legitimario o heredero forzoso, aunque no sean hijos o descendientes, y tenga, a su vez, herederos forzosos, aunque igualmente no sean hijos o descendientes? O bien, en otro supuesto, siguiendo otra interpretación, ¿sólo sería el caso al que se refiere cuando el indigno pierde la legítima al pasar ésta a los indicados legitimarios, o es perdida siempre por el indigno a causa de su indignidad, pase a quien pase tal legítima? En este sentido, cabría preguntarse si el artículo 761 del Código Civil hace referencia a un caso concreto, careciendo, por ende, del carácter general que pretende dársele.

Estas cuestiones, aunque, en teoría puedan parecer baladíes, no lo son en realidad de cara a la práctica forense. Lo que sí es cierto, en relación con la cuestión planteada es que, sea el indigno descendiente o ascendiente del causante, tenga, a su vez, descendientes o ascendientes, el hecho cierto que refleja el precepto es que pierde su legítima si era heredero forzoso del causante, puesto que, si se dice que tal legítima pasa a otros, es obviamente porque la pierde él mismo, ya que, en otro caso, no tendría ningún sentido el precepto ni la articulación de su contenido.

Otra cuestión es que, si el indigno es descendiente del causante, la legítima pase, o no, a, a sus descendientes, si los tuviere, o, en otro caso, pase, o no, a sus, hijos o colegitimarios; y, si es ascen-

diente del causante, la legítima pase, o no, a los descendientes de igual grado que sean dignos, puesto que es cuestión distinta a la que se está tratando.

El artículo 761 de nuestro Código Civil, en consecuencia, hace referencia tácita –no expresa– a la pérdida de la legítima por el indigno, lo sea ésta por la causa que sea, aunque expresamente se haga referencia, desde el punto de vista sistemático, a que el indigno sea hijo o descendiente del causante y tenga, a su vez, hijos o descendientes, al constituir ello un tema diferente.

Al señalar el precepto civil citado que los hijos y descendientes del indigno adquirirán su derecho a la legítima, implícitamente está indicando la pérdida de tal derecho por aquél, y, en consecuencia, en pura lógica, si la legítima es adquirida por sus herederos forzosos, es porque él ha sido privado de ella.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1947, declaró, con respecto a esta tema debatido, "que las causas de indignidad… privan a quien en ellas incurre, del derecho a suceder al agraviado, aunque sea heredero forzoso, porque la incapacidad, si es relativa con relación al 'de cuius', es absoluta por lo que afecta a su patrimonio, no sólo porque así cabe inferirlo de su naturaleza y fundamento, dada la trascendencia social de los hechos que la origina, sino también del contenido del artículo 761 del Código y aún del mismo principio de la inviolabilidad de la legítima, que no puede prevalecer, por inconciliable con la sucesión, cuando el heredero se halla incurso en tan graves motivos de indignidad…"

Esta Sentencia, carismática por lo que al tema analizado concierne, deja bien claro el sentido y la interpretación del artículo 761, al señalar que de este precepto se deduce la pérdida de la legítima por el heredero forzoso que haya incurrido en causa de indignidad, sin la referencia –tal como queda bien evidente– a ninguna causa especial o concreta de indignidad, sino que engloba, en la práctica, a todas ellas, y todas las causas están incluidas, aunque otra cosa pudiera concluirse a la vista del segundo párrafo del artículo 756 del Código Civil, habiendo dado lugar a polémica y a repetidas confusiones y erróneas interpretaciones.

La tercera causa de indignidad es la siguiente: "el que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señala pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa."

Lo primero que salta a la vista, a la luz de esta causa de indignidad, es que las penas denominadas de "presidio" o "prisión" mayor han desaparecido, en cuanto tal terminología, del ámbito de nuestro Código Penal. En consecuencia, las penas de prisión (o presidio) hay que entenderlas referidas a las que sean superiores al tiempo de seis años.

La cuarta causa viene referida a "el heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiere procedido de oficio y en los casos en que según la ley no se exima la obligación de acusar." Esta prohibición cesa en aquellos supuestos en que, según la ley, no hay obligación de acusar. A este respecto, hay que aludir a los artículos 259 a 261 y 263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Hay que resaltar que esta causal de indignidad es contradictoria, en cierta medida, con lo preceptuado en dichos artículos de la Ley Adjetiva Penal, ya que, de un lado, el artículo 259 de dicha Ley Rituaria establece que el que presenciare la perpetración de un delito público está obligado a ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción, o del funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, estableciendo incluso una multa en caso de no hacerlo. Por su parte, el artículo 260 pone de relieve que la obligación anteriormente descrita no comprende a los impúberes, ni a los que no gozaren del pleno uso de su razón. El siguiente precepto, artículo 261, dispone que hay personas que no están obligadas a denunciar. No lo están, efectivamente, el cónyuge del delincuente, los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines de éste y tampoco sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive. Tampoco lo están los hijos extramatrimoniales respecto de su madre, y tampoco respecto de su progenitor cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos.

La quinta causa de indignidad viene referida a "el que, con amenaza, fraude o violencia obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo."

Esta causal de indignidad está en íntima conexión con el contenido del artículo 674 de nuestro Código Civil, que establece que "el que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona de quien sea heredero abintestato otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido." Asimismo, el artículo

anterior, el 673 del citado corpus legislativo civil, dispone que "será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude."

La violencia significa, e implica, falta absoluta de voluntad en el testador. Intimidación supone, en cambio, una cierta coacción intimidatoria que puede determinar la nulidad del testamento, siempre que sea de tal naturaleza que infunda racionalmente temor grave al testador, causándole inhibición de su libertad, según las Sentencias de 22 de febrero de 1934 y 17 de abril de 1959.

Para apreciar la existencia de intimidación, deben ser tomadas en cuenta todas las condiciones que concurran al caso y, por tanto, no sólo los hechos coactivos, sino, además, las circunstancias que se den tanto en la persona que ejerció la coacción, como en la que fue objeto de ésta, tal como aclaró, con agudeza, la interesante Sentencia de 20 de junio de 1944. No es lo mismo coaccionar a un hombre joven que a uno anciano, o a una persona quebrantada en su salud. No es lo mismo coaccionar a una persona valiente que a una apocada. En cualquier caso, son condiciones a tener en cuenta, pero la causal de indignidad es la misma y su resultado es privar de la herencia a la persona que ejerce violencia o intimidación en la otra, que es la testadora.

El dolo y el fraude revisten dos posibles aspectos: a) actuar en el sentido de determinar al causante a otorgar un testamento, y

b) impedir al causante la libre testamentifacción activa.

El dolo, en cualquier caso, priva al agente activo de la herencia, al ser sufrido por el testador y constituir una causal de indignidad sucesoria.

Habría que plantear si dolo y fraude son sinónimos. Los artículos 673 y 674 de nuestro Código Civil se refieren a ambos conceptos, si bien el artículo 756 se refiere solamente al fraude. En realidad, el concepto de fraude va ligado íntimamente al de engaño, al paso que el dolo implica artificios y maniobras que llegan a anular la voluntad por completo, sustituyendo la libre determinación del testador por la voluntad del agente causante del dolo. En este concepto, entrarían, en consecuencia, la captación de voluntad y la sugestión. Para explicar el dolo, y entenderlo con claridad, se acude al artículo 1.269 del Código Civil, que lo describe en relación con los contratos: "hay dolo cuando, con palabras y maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ella no hubiera hecho."

Hay que entender que hay dolo, en sede testamentaria, cuando se induce a una persona a otorgar un testamento en un sentido diferente del que hubiera otorgado si no hubieran mediado tales interferencias. También cuando estas interferencias tienen por finalidad que el otorgante revoque el testamento anteriormente otorgado, o cuando una persona trata de impedir a otra, de la que es heredero intestado, que otorgue libremente su última voluntad. *El dolo* debe ser grave, por lo que no es suficiente con la existencia de dolus bonus, es decir, las atenciones, los mimos o los especiales cuidados que una persona dispensa a otra para que ésta dirija a su favor una disposición testamentaria patrimonial. Debe existir, asimismo, una total y absoluta relación de causalidad entre la maquinación y la disposición testamentaria patrimonial, de manera que, si el testador tenía el propósito de ordenar su sucesión en la dirección en que su testamento lo hizo, no habrá vicio de voluntad.

El dolo no se presume, sino que debe ser probado por quien lo alegue, según tiene declarada la doctrina jurisprudencial en nuestro país. Una Sentencia, carismática en este sentido, es la dictada el 7 de enero de 1975.

La existencia de dolo puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, es decir, mediante documentos, testimonios o incluso fundamentarse en meras presunciones.

La sexta causal de indignidad para suceder viene referida a "el que por iguales medios –se refiere a la violencia, fraude o amenaza– impidiere a otro hacer testamento o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior."

Hasta aquí las causales de indignidad, pero hay que tener en cuenta que el elenco de causas de indignidad para suceder no termina aquí, ya que existen autores, en nuestra doctrina, que estiman hay que añadir a las citadas causales las contempladas en el artículo 713 del Código Civil: "El que, con dolo, deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el párrafo asegundo del artículo anterior –diez días–, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho a la herencia si lo tuviere como heredero abintestato o como heredero o legatario por testamento."

"En esta misma pena incurrirá el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona lo que lo tenga en guarda o depósito, y el que oculte, rompa o inuti-

lice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda."

La ubicación de este último precepto citado se encuentra en sede distinta a la regulación de la indignidad para suceder, ya que este precepto se halla encuadrado, de modo sistemático, en la Sección sexta "Del testamento cerrado", del Capítulo Primero ("De los testamentos") del Título III ("De las Sucesiones") del Libro III del texto legal. Por lo tanto, en Capítulo diferente a donde se encuentran recogidas las anteriores causales citadas y analizadas.

También hay que señalar que la pena contenida en el artículo 713 del corpus civil legislativo no es calificada de indignidad por las legislaciones en ningún momento, por lo que parece que no fue intención de legislador constituirla en causal de indignidad sucesoria.

Además, el precepto citado no alude, literalmente, a la pérdida de legítima, sino a la pérdida de todo derecho a la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato o como heredero o legatario por testamento.

Ello ha provocado, como es lógico, ciertos reparos a la hora de poder afirmar con rotundidad la calificación de tales hechos como de indudable indignidad. En cualquier caso, la ratio legis es, evidentemente, la misma, por lo que, de nuevo, caba abogar por la existencia de causas genéricas de indignidad cuya gravedad es indiscutible y que merezcan la eficacia jurídica que la Ley les otorga, aunque no aparezcan contenidas expresamente en el artículo 756 de nuestro Código Civil. En realidad, en puridad jurídica, habría que estimar, como causal de indignidad sucesoria, cualquier hecho que obstaculice deliberadamente la libre voluntad del testador, lo cual constituiría, sin duda alguna, una causal de indignidad y, por ende, de exclusión de la herencia de aquel que, de forma ilegal, produzca estos hechos, frente a la libertad del causante de disponer de su herencia de forma voluntaria.

Hay que resaltar que no sólo se contempla, en la doctrina, el artículo 713 del Código Civil como probable causa de indignidad, sino también, para algunos autores, habría que valorar el artículo 111 del citado corpus legislativo civil. Dicho precepto excluye al progenitor, entre otros derechos que ostente por ministerio de la ley, de la herencia de su hijo o descendiente: 1.º cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme; y

2.º cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición."

La ubicación de este precepto en el texto legal civil es un obstáculo, evidente, a la inclusión del mismo como causal de indignidad sucesoria, además de la falta de consideración expresa del legislador de tal hecho como indignidad, lo cual dificulta, obviamente, dicha calificación jurídica del mismo.

También, a esta dificultad hay que añadir otra, cual es la distinta eficacia jurídica que se otorga a dicha exclusión respecto a la causada por indignidad. La literalidad del artículo 111 demuestra esto. En dicho precepto, se habla de exclusión de herencia que pudiera corresponder por ministerio de la ley, o sea, se excluye de la legítima y de la herencia en sucesión abintestato, pero dicha exclusión no se extiende, no se amplía a la sucesión testamentaria, por lo que surgen evidentes obstáculos para considerar esta disposición civil del artículo 111 como causal de indignidad para suceder. Ya De la Cámara Álvarez señalaba que las restricciones a que se refiere el artículo 111 no son sólo de índole sucesoria (11), y que las relativas a los derechos hereditarios del progenitor afectado no pueden calificarse en sentido estricto como una verdadera incapacidad sucesoria, aunque se aproximan bastanta a ella. La equiparación a la incapacidad sucesoria propiamente dicha, según estima este jurista citado, no es total, porque aquélla, según resulta del artículo 756 en relación con el artículo 744 del Código Civil ambos, afecta también a la sucesión testamentaria, lo que no acontece en nuestro caso, pues el artículo 111 sólo alude a los derechos que el progenitor acredite en la herencia del hijo por ministerio de la ley.

(11) Mena Bernal Escobar, M. J.: *La indignidad para suceder,* 1995, ediciones Tirant lo Blanch, 1995, Valencia.

LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER Y SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA

Aurelia María Romero Coloma
Doctora en Derecho
Abogada. Profesora

Resumen: La institución jurídica de la indignidad para suceder se configura, hoy en día, en nuestro país, como una figura jurídica que supone o implica exclusión de herencia. Las causales de indignidad han de ser estudiadas y analizadas a la luz de esta figura en cuanto que conllevan una a modo de sanción para la persona que se encuentre incursa en las mismas, en relación con conductas reprochables del heredero, o ligadas a las denominadas incapacidades absolutas e incapacidades relativas.

Las causales contenidas en nuestro Código Civil de indignidad sucesoria son numerosas, pero concretas y, si bien la doctrina no se ha puesto de acuerdo en relación a si nos encontramos, en el ámbito de nuestro Código Civil, con un elenco de causales numerus clausus o bien se trata de numerus apertus, la realidad es que pueden existir –y, de hecho, en la práctica forense, existen– conductas que, si bien no aparecen enunciadas en el marco de las causales de indignidad sucesoria, sí lo son efectivamente, especialmente debido a su gravedad.

Abstact: The legal institution of indignity for inherit is, actually, a legal institution that supposes exclussion of inherit. The legal reasons por this exclussion must be analyzed and studied like a sanction to the heir, because of reproval behavour, or combined with absolute or relative incapacities.

The reasons for the exclussion of an heir are various, but concrete, although doctrine is not unanimous to consider this reasons numerus clausus or numerus apertus. In fact, there may be serious behavours out of Civil Spanish Code, which should be specially valued because of ist importance.

Palabras clave: indignidad; desheredación; privación; legítima.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

El artículo 744 de nuestro Código Civil establece que "podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley".

Suceder implica, ni más ni menos, que colocarse en la posición jurídica del causante. Pero, además, es necesario que el sucesor reúna los requisitos de capacidad que la Ley establece. En este sentido, es interesante subrayar que no pueden suceder, en el ámbito de nuestro Ordenamiento Jurídico, las criaturas abortivas, ni las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley, según el artículo 745 del Código Civil.

Cuando el llamado a suceder es una persona física, no es preciso que posea la capacidad de obrar, sino que es suficiente con que nazca con las condiciones señaladas en el artículo 30 del citado corpus legislativo, e, incluso aunque no haya nacido, puede ser designado sucesor.

En el marco de la doctrina española, se ha discutido mucho acerca de si la indignidad para suceder es una forma de incapacidad relativa, o bien se trata, en realidad, de una institución que supone exclusión de la herencia. Nuestro Código Civil parece aceptar la primera de estas acepciones, al señalar, en su artículo 756, que "son incapaces para suceder por causa de indignidad…"

No obstante, estimo que la incapacidad en sentido estricto, de un lado, y, del otro, la indignidad para suceder, son dos conceptos diferentes, ya que la incapacidad se establece por razones generales independientes del mérito o demérito de la persona, al paso que la indignidad se pronuncia –y tiene su verdadero sentido y alcance– a título de pena, o sanción, en razón a causas graves o a faltas cometidas contra el causante de la herencia o su memoria. Hay que resaltar que la indignidad para suceder opera tanto en el marco de la sucesión testada, como en el de la intestada o abintestato.

Tradicionalmente, ha existido siempre una cercanía entre las figuras jurídicas de la indignidad para suceder y la desheredación, lo que conlleva el inevitable estudio y análisis de sus diferencias y de sus similitudes, siendo esta proximidad palpable en determinadas circunstancias.

II. INDIGNIDAD Y DESHEREDACIÓN

En primer lugar, hay que resaltar que ambas figuras jurídicas tienen su origen en el Derecho Romano, teniendo, asimismo, en el Derecho Histórico patrio un tratamiento bastante cercano en los textos legales de dicha época. También hay que aludir, en el mismo sentido, a razones de Derecho Comparado.

La primera diferencia que hay que resaltar entre ambas figuras jurídicas es que, en la desheredación, el testador conoce la causa por la que deshereda a un legitimario y así lo manifiesta formalmente en testamento, excluyéndole de la herencia. Por el contrario, en la indignidad para suceder, el testador no conoce la causa de la indignidad, porque, si la conociera, tendría la posibilidad de desheredar al legitimario. Por lo general, esta acción nace mortis causa, una vez que el testador ha fallecido.

La legitimación activa, en el ámbito de la desheredación, corresponde al desheredado legitimario, al paso que, en el ámbito de la indignidad para suceder, corresponde a cualquier heredero contra el posible indigno.

También cabe aludir a razones sistemáticas por afinidad entre ambas figuras jurídicas, por la existencia de causas legales comunes de indignidad y desheredación, así como la privación de la legítima como consecuencia jurídica de las dos figuras de que se trata.

La indignidad para suceder puede ser considerada como una tacha con la que la Ley civil sanciona a las personas que han cometido determinados actos especialmente reprensibles o reprochables y, en su virtud, su autor queda inhabilitado para suceder al causante que los padeció, a menos, por supuesto, que el propio causante le rehabilite.

Ya he aludido anteriormente a las diferencias entre indignidad para suceder e incapacidad para suceder, pero parece oportuno recalcar que, en el ámbito de la indignidad, el indigno tiene aptitud general para ser nombrado heredero o legatario, pero, en relación con el causante, se halla afectado por una circunstancia prevista en la Ley y que le hace indigno para sucederle. Ya Royo Martínez, haciendo hincapié en las diferencias entre ambas figuras o instituciones jurídicas, afirmaba que la incapacidad del indigno no depende de que resulte inexistente o dudosa su condición de sujeto de derecho (1),

(1) Royo Martínez, M: *Derecho sucesorio mortis causa*, 1951, Sevilla.

porque la regulación legal de la indignidad no tiene en cuenta consideraciones o razones generales de incapacidad e independientes de la aptitud de la persona, sino que la idea dominante es la de un acto concreto, ilícito, reprobable, reprochable, censurable, al que la Ley civil sanciona con la pérdida o exclusión del derecho a la herencia.

En consecuencia, las causas de indignidad tienen su fundamento en el hecho de que el causante hubiese excluido de la sucesión al indigno si hubiese tenido conocimiento del hecho constitutivo de la indignidad. Como gráficamente expresa Lacruz Berdejo (2), la indignidad constituye una sanción civil que tiene de común con la penal su falta de función satisfactoria del derecho violado, ya que no tiende a reintegrarlo, y que se diferencia de ésta por la clase de pena y por no estar tipificados, como delito o falta, los hechos que la producen, tal como declaró la Sentencia, antiquísima, de 11 de febrero de 1946.

Otra diferencia fundamental es que la indignidad afecta tanto a la sucesión testada como a la intestada. Así lo afirmó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de enero de 1944, en el sentido de estimar que la voluntad, expresa o tácita, del testador es la Ley suprema de la sucesión, siempre que se respeten las normas de ius cogens. Cuando, en el artículo 756 del Código Civil, se hace una referencia al "testador", hay que entenderlo referido al causante. Roca Sastre, sin embargo (3), mantenía una postura contraria a esta tesis, al estimar que, cuando el Código Civil habla de "testador", es porque no cabe dicha causa en la sucesión intestada. Este jurista se decantaba por una interpretación literal del citado precepto.

En sede sucesoria, rige el principio, general, de la capacidad y, por tanto, de la dignidad para suceder. La excepción a este principio o regla general, constituida por la indignidad, se ha de interpretar restrictivamente, resolviéndose a favor del indigno todos aquellos casos en que existan dudas acerca de la certeza de la causa de indignidad, tal como declaró la Sentencia, ya citada, de 11 de febrero de 1946.

---

(2) Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, Francisco de Asís: *Elementos de derecho civil. Derecho de sucesiones*, editorial Bosch, 1982, Barcelona.

(3) Roca Sastre, L.: *Estudios sobre sucesiones*, 1981, Madrid.

Una Sentencia, muy interesante, de 8 de marzo de 1980, aclaró las diferencias entre indignidad y desheredación, al afirmar que, mientras la desheredación puede basarse, y venir referida, a una de las causas de indignidad, en función del artículo 852 del Código Civil, la indignidad, por el contrario, constituye, por sí misma, un motivo de incapacidad relativa para suceder, siempre y cuando no haya mediado remisión –tal como prevé el artículo 757 del citado corpus legislativo civil–, y ello independientemente de que haya habido, o no, desheredación.

Cuando el Código Civil se refiere a causas de desheredación, se está haciendo referencia a unos actos considerados por la Ley como especialmente merecedores de castigo, de sanción. Se trata de actos que, además, son el fundamento de la indignidad para suceder. De ahí que no sea extraño que coincidan causas de indignidad con causas de desheredación, y la ventaja de esta coincidencia radica en que, en caso de que la causa de indignidad del heredero existiera al tiempo de otorgar testamento, el recurso de la desheredación impide que el silencio del testador se tome como remisión tácita, o que, en caso de falta de prueba de dicha causa de indignidad, el silencio del testador respecto de un heredero se tome como preterición, tal como pusieron de relieve, con agudeza, Méndez y Vilalta (4).

El artículo 758 del Código Civil establece que se atenderá al tiempo de la muerte del causante a efectos de calificar la indignidad. No obstante, el precepto citado añade que, en los supuestos 2.º y 3.º del mencionado precepto civil –es decir, condena en juicio por atentar contra el testador o su familia, y acusación calumniosa–, habrá que esperar a las Sentencias firmes que condenen al indigno, a menos que ésta hubiese recaído antes de la muerte del causante, y, por lo que respecta a la causa 4.º del mismo artículo –"el heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio"–, habrá que dejar transcurrir el mes señalado para la denuncia.

(4) Méndez, R. M. y Vilalta: *Acción declarativa de indignidad para suceder,* 1988,Madrid.

Según Albaladejo (5), el hecho de tener que esperar, como regla general, a la muerte del causante para apreciar la indignidad, era absolutamente superficial, por lo que estimaba que, en la práctica, habría que distinguir dos supuestos:

1.º el supuesto de que la indignidad se produjera como consecuencia de una conducta llevada a cabo por el sujeto y sin necesidad de Sentencia condenatoria firme. La indignidad, en este supuesto, se produciría, y sería invocable, desde el momento en que se realiza la conducta; y

2.º el supuesto de que la indignidad la constituya un acto que ha sido objeto de condena penal en Sentencia firme. La indignidad, en este supuesto, se produciría desde que recae la Sentencia firme.

En consecuencia, a la vista de estos dos planteamientos, Albaladejo estimaba que había que pronunciarse sobre la indignidad del sujeto atendiendo a que haya incurrido, o no, en causa de indignidad, y que éste ha sido, o no, rehabilitado, pero no tomando como referencia el fallecimiento del causante, ya que su muerte es irrelevante a estos efectos, y lo que, en realidad, ha de importar es que el sujeto sea digno, o no lo sea, cuando tenga lugar la apertura de la sucesión de que se trate.

Estimo que la tesis de Albaladejo es muy lúcida e interesante, porque de lo que se trata, en definitiva, es de sancionar a la persona que se demuestra que es efectivamente indigna de suceder a otra persona, en función de sus actos, de su conducta, y ello con independencia de que así lo declare una Sentencia judicial firme.

Con respecto a la prueba de la indignidad sucesoria, hay que destacar que, con respecto a la desheredación, y siguiendo la pauta de las diferencias que existen entre ambas figuras o instituciones jurídicas –indignidad y desheredación–, el desheredado que accione judicialmente deberá probar lo siguiente:

1.º que la desheredación no se ha hecho en testamento;
2º que se ha llevado a cabo sin expresión de causa;

(5) Albaladejo, M.: C*ompendio de derecho sucesorio,* 1989, Madrid.

3º que, habiéndose expresado la causa, su certeza no se ha probado fehacientemente, al haber sido contradicha por otra prueba fehaciente;

4º que la causa de desheredación alegada es incierta; y

5º que ha habido reconciliación posterior a la ofensa.

En cambio, la persona que acciona, con respecto a la indignidad, deberá probar lo siguiente:

1º la causa de la indignidad;

2º que el testador no conocía la causa de indignidad al tiempo del testamento, o bien que esa causa apareció con posterioridad al testamento y el testador la remitió en documento público; y

3º que se pruebe que la incapacidad del indigno lo es al tiempo de la muerte del causante.

El plazo para accionar es también diferente en una y otra institución jurídica. Así, el plazo, por lo que respecta a la desheredación, es discutido por la doctrina, siendo de destacar que la polémica sigue viva y que no existe uniformidad de criterios doctrinales a este respecto. Depende, en cualquier caso, de que se la considere una acción personal o una acción real. En cambio, con respecto a la acción por indignidad, el plazo comienza desde que se conozca, y, como máximo, cinco años desde que el indigno esté en la posesión de la herencia o del legado.

En cuanto a los efectos de la indignidad, hay que resaltar que será nula la disposición testamentaria y, además, si el indigno hubiese entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado a restituirlos con sus accesorios, frutos y rentas que haya percibido. Asimismo, si el indigno fuese hijo, o descendiente, del testador, y tuviera, a su vez, hijos o descendientes, adquieren éstos su derecho a la legítima.

En contraste, por lo que respecta a los efectos de la desheredación, se anula la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado. La invalidación de la desheredación afectará, en principio, a todos los herederos. La cuota del desheredado deberá calcularse del conjunto del caudal relicto líquido y lo donado. Los hijos, y descendientes en general, del desheredado ocuparán el lugar de éste y conservarán los derechos de los herederos forzosos respecto a la legítima.

Otra distinción que hay que hacer entre ambas figuras jurídicas es que la indignidad se extingue por el perdón expreso del testador, y, en cambio, la desheredación por el silencio de éste, o por la reconciliación posterior entre ofensor y ofendido, sin estar sometida a forma determinada.

También hay que concretar que las causas de indignidad y desheredación actúan con independencia unas de otras, y, aunque algunas coincidan, esa coincidencia no es absoluta.

En el mismo sentido, la indignidad, respecto a los descendientes, les priva de todo derecho a la herencia, pero la desheredación sólo priva de la legítima, si bien esta afirmación ha suscitado polémica y el debate sigue abierto al día de hoy.

Y, por último, con respecto a las diferencias entre indignidad y desheredación, cabe resaltar que, para su eficacia excluyente, la indignidad ha de ser siempre objeto de prueba y declaración judicial correspondiente, en tanto que no hace falta probar la certeza de la justa causa de desheredación expresada, sino en el caso de que fuere contradicha, que, por lo general, en la práctica forense, vemos que suele suceder, es decir, que el desheredado impugna la causa de desheredación que le afecta. La indignidad, además, se aplica a toda clase de herederos, al paso que la desheredación se refiere sólo a los herederos forzosos o legitimarios.

III. INDIGNIDAD PARA SUCEDER E INCAPACIDADES RELATIVAS

La indignidad, a la vista de estas primeras consideraciones, y de su diferenciación, evidente, con otras instituciones o figuras jurídicas, es una cualidad relativa a la conducta del indigno con relación al causante, basada en razones morales y éticas, tiene la consideración de pena privada, no limita la libertad del testador para favorecer al indigno o perdonarle expresamente, y puede derivar de causas sobrevenidas tras la apertura o, incluso, la aceptación de la herencia, mientras que la incapacidad relativa deriva de hechos o situaciones siempre anteriores a la apertura de la sucesión, fundando una presunción independiente de la conducta del sucesor, no constituye pena y limita la libertad del testador, que no puede dispensar de ella, ni burlar la prohibición legal a través de persona interpuesta.

Otra diferencia entre indignidad para suceder e incapacidad relativa viene dada porque la indignidad se aplica a cualquier clase de sucesión, mientras que las incapacidades relativas son propias de la sucesión testamentaria.

En este punto, conviene detenerse en la incapacidad relativa, ya que, efectivamente, el Código Civil, al lado de la indignidad, regula, en sus artículos 752 a 754, tres supuestos de impedimentos para suceder, al suponer una posible captación de voluntad y que el causante no puede ni dispensar, ni evitar. Conforme al artículo 752, "no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto."

Este precepto civil se ha quedado, al día de hoy, obsoleto y bastante estrecho de miras y ha merecido la crítica, acertada, de Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (6), al presuponer el corpus legal que hay sacramento de la confesión, pero no sólo otros auxilios espirituales, y que la disposición testamentaria a favor del confesor se otorgue con posterioridad a la confesión, tal como declaró la Sentencia de 6 de abril de 1954, y que confesión y testamento tengan lugar en el curso de una enfermedad de la que muere el causante, aunque no es indispensable que ello ocurra en momento de peligro mortal y, desde luego, cabe que la enfermedad sea muy larga, con tal que sea la misma, extremo éste que nuestra doctrina jurisprudencial ha entendido de un modo fluctuante, porque los presupuestos del artículo 752 del Código Civil han de ser probados, y la Sentencia de 25 de octubre de 1928 declaró que la prohibición de este precepto, que, como todas las incapacidades que disminuyen la eficacia del albedrío libérrimo del disponente, debe ser interpretada con criterios restrictivos y únicamente cuando concurran todas las condiciones requeridas, supone que el sacerdote favorecido con la disposición del testador le haya confesado en la última enfermedad, sin que pueda estimarse que ha habido confesión por el hecho de estar el

(6) Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, Francisco de Asís: obra citada en nota 1.

Manresa y Navarro, R.: *Comentarios al código civil español,* 1973, Madrid; Valverde y Valverde: *Tratado de derecho civil español. Derecho de sucesiones,* 1939, Madrid. De Diego, F. C.: *Instituciones de derecho civil,* 1989, Madrid.

sacerdote sólo en la alcoba con el moribundo en los postreros días de su vida y ser lógico pensar que le invitara a confesarse, en el cumplimiento de los deberes de su sagrado ministerio.

El planteamiento del precepto citado pone de manifiesto, efectivamente, una restricción a la libertad testamentaria, a la autonomía del testador, lo cual no merece, en cualquier caso, una crítica positiva desde mi punto de vista.

De otro lado, el artículo 754 del Código Civil establece, asimismo, que "el testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia a favor del Notario que autorice su testamento, o de la esposa, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el artículo 682 (relativo a legados de escasa importancia). Esta disposición será aplicable a los testigos del testamento abierto, otorgado con o sin notario. Las disposiciones de este artículo son también aplicables a los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales."

En relación con las incapacidades que son objeto de análisis por su distinción con la figura jurídica de la indignidad para suceder, cabe hacer notar que el artículo 92 de la Ley de Seguros estableció que "la muerte del asegurado, causada dolosamente por el beneficiario, privará a éste del derecho a la prestación establecida en el contrato."

Se ha polemizado en relación con el artículo 754 del Código Civil, especulando si es aplicable sólo al testamento abierto, o también a las otras clases de testamento. A mi juicio, esta norma civil es aplicable a cualquier tipo de testamento, sea éste abierto o cerrado, interpretando, para llegar a esta conclusión, el concepto de "autorizar", que está referido tanto a uno como a otro tipo o clase de testamento.

Otra diferencia entre incapacidad e indignidad es que, en el ámbito del Derecho común, el indigno es heredero, adquiere la herencia, aunque, más tarde, se vea privado de ésta, al paso que el incapaz no puede ser heredero en ningún momento. No obstante, hay autores, en el marco de la doctrina española más autorizada, que

consideran que tanto la indignidad como la incapacidad privan de todo acceso a la condición de heredero (7). Una postura intermedia mantienen Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (8), al estimar que, en ambos supuestos, indignidad e incapacidad, se adquiere el derecho a la herencia, si bien quedando sujeto a posible resolución.

No obstante, Hernández Gil ponía de relieve que, si la indignidad la consideramos como incapacidad, privará absolutamente de la capacidad para suceder a una determinada persona; si como causa de exclusión de la herencia, permitirá, en cambio, la delación y la aceptación (9). Pero, si se mantiene que la indignidad constituye una incapacidad para suceder, no podrá afirmarse, en consecuencia, que tenga lugar la delación, puesta que ésta presupone, para su existencia, la capacidad o aptitud de que carece aquella figura. Por contraste, si la indignidad para suceder se concibe, no como una figura de incapacidad sucesoria, sino de exclusión de la herencia de un heredero que, siendo capaz, es privado de aquélla por su conducta con respecto al causante, en este supuesto no existiría impedimento legal alguno para mantener que, existiendo capacidad, pueda tener lugar la delación, aunque, lógicamente, su eficacia pueda verse posteriormente frustrada, e incluso habría que admitir que adquiriera la cualidad de heredero.

Cuando se examina con detenimiento el encuadre sistemático de la indignidad para suceder, se observa que el texto legal presupone, de alguna forma, que el indigno tiene capacidad suficiente para suceder. En este sentido, tal como ha resaltado María José Mena-Bernal Escobar (10), el estudio del artículo 762 del Código Civil presupone la capacidad para suceder del indigno, al establecer que "no puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz está en posesión de la herencia o legado." Aquí, se está constituyendo una situación jurídica inatacable, por lo que, intrínsecamente, se le está reconociendo capacidad suficiente para ello.

---

(7) Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, Francisco de Asís: obra citada en nota 2.

(8) Hernández Gil: "La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos", en *Revista de Derecho privado,* 1961, Madrid.

(9) De la Cámara Álvarez, M. de: "Comentario a los artículos 108-111 del Código Civil", en el *Código Civil y las compilaciones forales*, dirigida por Albaladejo, 1983, Madrid.

(10) Hernández Gil: obra citada en nota 8.

Cabe afirmar, en consecuencia, que la indignidad sucesoria puede ser calificada como incapacidad para suceder, y, de ahí, el encuadramiento sistemático legal, pero, no obstante lo anterior, el propio Código Civil contiene preceptos que presuponen la capacidad sucesoria del indigno. En cualquier caso, a la vista de estos planteamientos, cabe subrayar que la indignidad no supone una incapacidad absoluta, ya que la misma persona que es indigna para suceder en una determinada sucesión, puede ser plenamente capaz y adquirir válidamente la herencia de otro causante, siempre que, para ello, no exista impedimento legal alguno. De ahí que habría que concluir que la indignidad tiene carácter relativo, siendo, al menos, este extremo unánimemente reconocido por la doctrina.

IV. CAUSAS DE INDIGNIDAD

El artículo 756 del Código Civil establece las causas de indignidad para suceder, que analizo a continuación.

La primera causa es la siguiente: "los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos."

Esta causa de indignidad, obviamente, tiene su fundamento en el incumplimiento, grave, o gravísimo, de los deberes a los que están los progenitores obligados en virtud de la función que implica la titularidad y ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores de edad. En este sentido, cabe recordar el contenido del artículo 154 de nuestro Código Civil, al establecer que "la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos…" Esta función tuitiva comprende, en consecuencia, una serie de deberes, como lo son el velar por los hijos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como, en el aspecto puramente patrimonial, representarlos y administrar sus bienes. En consecuencia, un progenitor que abandona a sus hijos, o que los prostituye, o corrompe mediante órdenes, consejos o sugerencias corruptoras, obviamente está infringiendo, de forma grave, los deberes legales a los que está obligado en el seno de la familia y de cara a su prole. De ahí que nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil reaccione de modo contundente ante esta violación de deberes paternofiliales, sancionando dichas reprobables conductas con la indignidad sucesoria.

La segunda causa de indignidad es la siguiente: "el que fuere

condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima."

De este texto se desprende, sin duda alguna, y sin excepción, la pérdida por el indigno de su legítima, que, de otro modo, no podría pasar a manos de sus hijos o descendientes, tal como el precepto civil se encarga de concretar.

El artículo 761 de nuestro Código Civil establece que "si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima." Este precepto se encuentra en armonía directa con el artículo 857 del citado corpus legislativo civil, al establecer éste que "los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima."

María José Mena-Bernal Escobar se planteaba una cuestión interesante y que abordo a continuación:¿está el artículo 761 del Código Civil refiriéndose sólo al caso en que el indigno es hijo o descendiente del causante, cuando, a su vez, aquél tiene hijos o descendientes, o bien se puede aplicar extensivamente a los demás casos en que el indigno sea legitimario o heredero forzoso, aunque no sean hijos o descendientes, y tenga, a su vez, herederos forzosos, aunque igualmente no sean hijos o descendientes? O bien, en otro supuesto, siguiendo otra interpretación, ¿sólo sería el caso al que se refiere cuando el indigno pierde la legítima al pasar ésta a los indicados legitimarios, o es perdida siempre por el indigno a causa de su indignidad, pase a quien pase tal legítima? En este sentido, cabría preguntarse si el artículo 761 del Código Civil hace referencia a un caso concreto, careciendo, por ende, del carácter general que pretende dársele.

Estas cuestiones, aunque, en teoría puedan parecer baladíes, no lo son en realidad de cara a la práctica forense. Lo que sí es cierto, en relación con la cuestión planteada es que, sea el indigno descendiente o ascendiente del causante, tenga, a su vez, descendientes o ascendientes, el hecho cierto que refleja el precepto es que pierde su legítima si era heredero forzoso del causante, puesto que, si se dice que tal legítima pasa a otros, es obviamente porque la pierde él mismo, ya que, en otro caso, no tendría ningún sentido el precepto ni la articulación de su contenido.

Otra cuestión es que, si el indigno es descendiente del causante, la legítima pase, o no, a, a sus descendientes, si los tuviere, o, en otro caso, pase, o no, a sus, hijos o colegitimarios; y, si es ascendiente del causante, la legítima pase, o no, a los descendientes de igual grado que sean dignos, puesto que es cuestión distinta a la que se está tratando.

El artículo 761 de nuestro Código Civil, en consecuencia, hace referencia tácita –no expresa– a la pérdida de la legítima por el indigno, lo sea ésta por la causa que sea, aunque expresamente se haga referencia, desde el punto de vista sistemático, a que el indigno sea hijo o descendiente del causante y tenga, a su vez, hijos o descendientes, al constituir ello un tema diferente.

Al señalar el precepto civil citado que los hijos y descendientes del indigno adquirirán su derecho a la legítima, implícitamente está indicando la pérdida de tal derecho por aquél, y, en consecuencia, en pura lógica, si la legítima es adquirida por sus herederos forzosos, es porque él ha sido privado de ella.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1947, declaró, con respecto a esta tema debatido, "que las causas de indignidad… privan a quien en ellas incurre, del derecho a suceder al agraviado, aunque sea heredero forzoso, porque la incapacidad, si es relativa con relación al 'de cuius', es absoluta por lo que afecta a su patrimonio, no sólo porque así cabe inferirlo de su naturaleza y fundamento, dada la trascendencia social de los hechos que la origina, sino también del contenido del artículo 761 del Código y aún del mismo principio de la inviolabilidad de la legítima, que no puede prevalecer, por inconciliable con la sucesión, cuando el heredero se halla incurso en tan graves motivos de indignidad…"

Esta Sentencia, carismática por lo que al tema analizado concierne, deja bien claro el sentido y la interpretación del artículo 761, al señalar que de este precepto se deduce la pérdida de la legítima por el heredero forzoso que haya incurrido en causa de indignidad, sin la referencia –tal como queda bien evidente– a ninguna causa especial o concreta de indignidad, sino que engloba, en la práctica, a todas ellas, y todas las causas están incluidas, aunque otra cosa pudiera concluirse a la vista del segundo párrafo del artículo 756 del Código Civil, habiendo dado lugar a polémica y a repetidas confusiones y erróneas interpretaciones.

La tercera causa de indignidad es la siguiente: "el que hubiese

acusado al testador de delito al que la ley señala pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa."

Lo primero que salta a la vista, a la luz de esta causa de indignidad, es que las penas denominadas de "presidio" o "prisión" mayor han desaparecido, en cuanto tal terminología, del ámbito de nuestro Código Penal. En consecuencia, las penas de prisión (o presidio) hay que entenderlas referidas a las que sean superiores al tiempo de seis años.

La cuarta causa viene referida a "el heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiere procedido de oficio y en los casos en que según la ley no se exima la obligación de acusar." Esta prohibición cesa en aquellos supuestos en que, según la ley, no hay obligación de acusar. A este respecto, hay que aludir a los artículos 259 a 261 y 263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Hay que resaltar que esta causal de indignidad es contradictoria, en cierta medida, con lo preceptuado en dichos artículos de la Ley Adjetiva Penal, ya que, de un lado, el artículo 259 de dicha Ley Rituaria establece que el que presenciare la perpetración de un delito público está obligado a ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción, o del funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, estableciendo incluso una multa en caso de no hacerlo. Por su parte, el artículo 260 pone de relieve que la obligación anteriormente descrita no comprende a los impúberes, ni a los que no gozaren del pleno uso de su razón. El siguiente precepto, artículo 261, dispone que hay personas que no están obligadas a denunciar. No lo están, efectivamente, el cónyuge del delincuente, los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines de éste y tampoco sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive. Tampoco lo están los hijos extramatrimoniales respecto de su madre, y tampoco respecto de su progenitor cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos.

La quinta causa de indignidad viene referida a "el que, con amenaza, fraude o violencia obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo."

Esta causal de indignidad está en íntima conexión con el contenido del artículo 674 de nuestro Código Civil, que establece que "el que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona de quien

sea heredero abintestato otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido." Asimismo, el artículo anterior, el 673 del citado corpus legislativo civil, dispone que "será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude."

La violencia significa, e implica, falta absoluta de voluntad en el testador. Intimidación supone, en cambio, una cierta coacción intimidatoria que puede determinar la nulidad del testamento, siempre que sea de tal naturaleza que infunda racionalmente temor grave al testador, causándole inhibición de su libertad, según las Sentencias de 22 de febrero de 1934 y 17 de abril de 1959.

Para apreciar la existencia de intimidación, deben ser tomadas en cuenta todas las condiciones que concurran al caso y, por tanto, no sólo los hechos coactivos, sino, además, las circunstancias que se den tanto en la persona que ejerció la coacción, como en la que fue objeto de ésta, tal como aclaró, con agudeza, la interesante Sentencia de 20 de junio de 1944. No es lo mismo coaccionar a un hombre joven que a uno anciano, o a una persona quebrantada en su salud. No es lo mismo coaccionar a una persona valiente que a una apocada. En cualquier caso, son condiciones a tener en cuenta, pero la causal de indignidad es la misma y su resultado es privar de la herencia a la persona que ejerce violencia o intimidación en la otra, que es la testadora.

El dolo y el fraude revisten dos posibles aspectos: a) actuar en el sentido de determinar al causante a otorgar un testamento, y

b) impedir al causante la libre testamentifacción activa.

El dolo, en cualquier caso, priva al agente activo de la herencia, al ser sufrido por el testador y constituir una causal de indignidad sucesoria.

Habría que plantear si dolo y fraude son sinónimos. Los artículos 673 y 674 de nuestro Código Civil se refieren a ambos conceptos, si bien el artículo 756 se refiere solamente al fraude. En realidad, el concepto de fraude va ligado íntimamente al de engaño, al paso que el dolo implica artificios y maniobras que llegan a anular la voluntad por completo, sustituyendo la libre determinación del testador por la voluntad del agente causante del dolo. En este concepto, entrarían, en consecuencia, la captación de voluntad y la sugestión. Para explicar el dolo, y entenderlo con claridad, se acude al artículo 1.269 del Código Civil, que lo describe en relación con los contratos: "hay

dolo cuando, con palabras y maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ella no hubiera hecho."

Hay que entender que hay dolo, en sede testamentaria, cuando se induce a una persona a otorgar un testamento en un sentido diferente del que hubiera otorgado si no hubieran mediado tales interferencias. También cuando estas interferencias tienen por finalidad que el otorgante revoque el testamento anteriormente otorgado, o cuando una persona trata de impedir a otra, de la que es heredero intestado, que otorgue libremente su última voluntad. *El dolo* debe ser grave, por lo que no es suficiente con la existencia de dolus bonus, es decir, las atenciones, los mimos o los especiales cuidados que una persona dispensa a otra para que ésta dirija a su favor una disposición testamentaria patrimonial. Debe existir, asimismo, una total y absoluta relación de causalidad entre la maquinación y la disposición testamentaria patrimonial, de manera que, si el testador tenía el propósito de ordenar su sucesión en la dirección en que su testamento lo hizo, no habrá vicio de voluntad.

El dolo no se presume, sino que debe ser probado por quien lo alegue, según tiene declarada la doctrina jurisprudencial en nuestro país. Una Sentencia, carismática en este sentido, es la dictada el 7 de enero de 1975.

La existencia de dolo puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, es decir, mediante documentos, testimonios o incluso fundamentarse en meras presunciones.

La sexta causal de indignidad para suceder viene referida a "el que por iguales medios –se refiere a la violencia, fraude o amenaza– impidiere a otro hacer testamento o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior."

Hasta aquí las causales de indignidad, pero hay que tener en cuenta que el elenco de causas de indignidad para suceder no termina aquí, ya que existen autores, en nuestra doctrina, que estiman hay que añadir a las citadas causales las contempladas en el artículo 713 del Código Civil: "El que, con dolo, deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el párrafo asegundo del artículo anterior –diez días–, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho a la herencia si lo tuviere como heredero abintestato o como heredero o legatario por testamento."

"En esta misma pena incurrirá el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona lo que lo tenga en guarda o depósito, y el que oculte, rompa o inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda."

La ubicación de este último precepto citado se encuentra en sede distinta a la regulación de la indignidad para suceder, ya que este precepto se halla encuadrado, de modo sistemático, en la Sección sexta "Del testamento cerrado", del Capítulo Primero ("De los testamentos") del Título III ("De las Sucesiones") del Libro III del texto legal. Por lo tanto, en Capítulo diferente a donde se encuentran recogidas las anteriores causales citadas y analizadas.

También hay que señalar que la pena contenida en el artículo 713 del corpus civil legislativo no es calificada de indignidad por las legislaciones en ningún momento, por lo que parece que no fue intención de legislador constituirla en causal de indignidad sucesoria.

Además, el precepto citado no alude, literalmente, a la pérdida de legítima, sino a la pérdida de todo derecho a la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato o como heredero o legatario por testamento.

Ello ha provocado, como es lógico, ciertos reparos a la hora de poder afirmar con rotundidad la calificación de tales hechos como de indudable indignidad. En cualquier caso, la ratio legis es, evidentemente, la misma, por lo que, de nuevo, caba abogar por la existencia de causas genéricas de indignidad cuya gravedad es indiscutible y que merezcan la eficacia jurídica que la Ley les otorga, aunque no aparezcan contenidas expresamente en el artículo 756 de nuestro Código Civil. En realidad, en puridad jurídica, habría que estimar, como causal de indignidad sucesoria, cualquier hecho que obstaculice deliberadamente la libre voluntad del testador, lo cual constituiría, sin duda alguna, una causal de indignidad y, por ende, de exclusión de la herencia de aquel que, de forma ilegal, produzca estos hechos, frente a la libertad del causante de disponer de su herencia de forma voluntaria.

Hay que resaltar que no sólo se contempla, en la doctrina, el artículo 713 del Código Civil como probable causa de indignidad, sino también, para algunos autores, habría que valorar el artículo 111 del citado corpus legislativo civil. Dicho precepto excluye al progenitor, entre otros derechos que ostente por ministerio de la ley, de

la herencia de su hijo o descendiente: 1.º cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme; y

2.º cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición."

La ubicación de este precepto en el texto legal civil es un obstáculo, evidente, a la inclusión del mismo como causal de indignidad sucesoria, además de la falta de consideración expresa del legislador de tal hecho como indignidad, lo cual dificulta, obviamente, dicha calificación jurídica del mismo.

También, a esta dificultad hay que añadir otra, cual es la distinta eficacia jurídica que se otorga a dicha exclusión respecto a la causada por indignidad. La literalidad del artículo 111 demuestra esto. En dicho precepto, se habla de exclusión de herencia que pudiera corresponder por ministerio de la ley, o sea, se excluye de la legítima y de la herencia en sucesión abintestato, pero dicha exclusión no se extiende, no se amplía a la sucesión testamentaria, por lo que surgen evidentes obstáculos para considerar esta disposición civil del artículo 111 como causal de indignidad para suceder. Ya De la Cámara Álvarez señalaba que las restricciones a que se refiere el artículo 111 no son sólo de índole sucesoria (11), y que las relativas a los derechos hereditarios del progenitor afectado no pueden calificarse en sentido estricto como una verdadera incapacidad sucesoria, aunque se aproximan bastanta a ella. La equiparación a la incapacidad sucesoria propiamente dicha, según estima este jurista citado, no es total, porque aquélla, según resulta del artículo 756 en relación con el artículo 744 del Código Civil ambos, afecta también a la sucesión testamentaria, lo que no acontece en nuestro caso, pues el artículo 111 sólo alude a los derechos que el progenitor acredite en la herencia del hijo por ministerio de la ley.

(11) Mena Bernal Escobar, M. J.: *La indignidad para suceder,* 1995, ediciones Tirant lo Blanch, 1995, Valencia.

LA ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA (1)

Miguel Ángel Cuevas de Aldasoro
Notario

A Doña Caridad María de los Ángeles Cuevas Deltell
y a Don Víctor Jaime Amengual Manchón

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA
1. CONCEPTO
2. NATURALEZA JURÍDICA

III. RÉGIMEN NORMATIVO.

IV. LOS REQUISITOS DE LA ESCRITURA DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN LOS DISTINTOS SUPUESTOS: PLANTEAMIENTO

V. REQUISITOS GENERALES DE LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

VI. LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA TERMINADA

VII. LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN CONSTRUCCIÓN

(1) El presente trabajo fue ofrecido como conferencia en la sede del Ilustre Colegio Notarial de Murcia en tres partes durante el año dos mil trece. Con motivo de su preparación para publicar, lo he completado con las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado publicadas hasta el 6 de octubre de 2014. Debe tenerse en cuenta, como se indica en el texto, que las referencias al Derecho Civil se hacen al común, y el Derecho Urbanístico que se estudia es el propio de la Región de Murcia.

VIII. DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA SIN LICENCIA O DE OBRA NUEVA DE CONSTRUCCIÓN ANTIGUA

IX. LOS EFECTOS DE LA ESCRITURA DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

X. ESCRITURA DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN LA QUE NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS LEGALMENTE EXIGIDOS

I. INTRODUCCIÓN

Yo veraneo desde niño en Los Urrutias, un pueblecito junto al Mar Menor del término municipal de Cartagena. Hace muchos años, mi padre autorizó la escritura de declaración de obra nueva de un gran hotel ubicado en dicho poblado, casi en primera línea de playa. Precisamente, la obra estaba declarada sobre un gran solar que mis amigos y yo utilizábamos como campo de fútbol. El hotel nunca se construyó y la finca siguió siendo terreno raso y cancha de fútbol de facto durante diez o doce años. Yo, que mientras tanto fui pasando por los estadios de estudiante de Bachillerato, estudiante de Derecho y opositor a Notarías, cada vez entendía menos cómo era posible que el lugar donde jugábamos casi a diario a la pelota era, según una sacrosanta escritura pública y toda una inscripción en el Registro de la Propiedad, un establecimiento turístico de primerísimo nivel, con sus habitaciones y sus suites, sus hermosos y marmóreos salones, sus enormes y prístinas piscinas y todos los adelantos y maravillas habidos y por haber (2).

(2) Mucho tiempo después volví a uno de esos campos ya como Notario, requerido para levantar no sé qué acta por un señor alemán que hablaba perfectamente el español. Reconocí al primer golpe de vista, bajo algún chalet y varias viviendas pareadas, el contorno inconfundible del terreno de juego, y la mente se me llenó al momento de recuerdos de goles, paradas y paradones. No me pude reprimir y espeté al guiri: "Yo, aquí mismo, he tenido grandes tardes de gloria".

El requirente abrió mucho los ojos, poniendo cara de sorpresa extrema. Inmediatamente pensé que, no conociendo mi interlocutor el destino

Centrándonos ya en el tema, cabe afirmar que el de la escritura de declaración de obra nueva es un tema de permanente actualidad en los ámbitos jurídicos, sobre todo notariales y registrales, y lo es, a mi modo de ver, por dos razones fundamentales: por un lado, existe una necesidad social, jurídica y económica cada vez mayor en la constatación exacta y pública de la realidad de los bienes inmuebles; por otro, las diferentes normas jurídicas que regulan la cuestión y la reforma continua de las mismas nos obligan a una actitud de permanente puesta al día.

En la exposición que sigue voy a empezar refiriéndome al concepto de la escritura de declaración de obra nueva, a su naturaleza y a su régimen jurídico. La parte de más importancia práctica y más extensa de la exposición será la siguiente, relativa a los requisitos que se exigen para la autorización de la escritura en los distintos supuestos. Distinguiré entre requisitos generales y requisitos según las tres clases de declaración de obra nueva: terminada, en construcción y de obra antigua. Seguiré exponiendo los efectos de la escritura de declaración de obra nueva y terminaré con las escrituras de declaración de obra nueva que se pueden llamar imperfectas por no cumplir los requisitos que las leyes exigen y con la posibilidad de que el Notario pueda autorizar escrituras en las que no se cumplan todos los requisitos que la Ley exige.

El estudio se va a centrar en el Derecho Civil común y en la normativa aplicable en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.-

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

1. Concepto

La escritura pública de declaración de obra nueva puede definirse como aquélla que otorga el propietario o los copropietarios de una

anterior de los solares, quizá creía que le estaba confesando algún secreto íntimo, por lo que rápidamente aclaré: "Yo jugaba de guardameta".

Y añadí, soñador: "¡Quién sabe! Si yo hubiera medido un palmo más de estatura, tal vez Andoni Zubizarreta no habría jugado tantos partidos con la selección".

finca, o bien el superficiario o superficiarios o el titular o titulares del derecho de sobre o subedificación, y que tiene por objeto constatar frente a todos que sobre dicha finca se ha realizado una construcción propiedad del declarante, terminada o no, y ajustada en todo caso a la legalidad, con el fin, normalmente, de obtener su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La obra nueva puede consistir tanto en la construcción ex novo de una edificación completa sobre un solar o sobre un suelo rural como en la ampliación de una obra ya existente.

Cabe descomponer este concepto en los siguientes elementos:

1.º Por definición se trata de una escritura pública, a la que es aplicable la legislación notarial y que debe cumplir los requisitos y produce los efectos que la misma establece.

2.º Debe ser otorgada por el propietario o por todos los copropietarios de la finca, pues a ellos corresponde el derecho a edificar y a ellos corresponde lo edificado por efecto del principio de accesión, como veremos más adelante. También puede ser declarada por el superficiario, ya que el derecho de superficie le permite construir a él sobre el predio gravado, y al titular del derecho de sobre o subedificación, por la misma razón. Más adelante, al tratar de los elementos personales en la declaración de obra nueva, volveré sobre estos conceptos.

3.º El objeto de la escritura es constatar frente a todos la realización sobre la finca de una obra que no estaba anteriormente declarada, ya terminada, ya en construcción, para que conste en documento público. La declaración de obra nueva conlleva necesariamente la declaración de propiedad sobre la obra que se declara, propiedad de la obra que se adquiere por accesión. Como declaración de propiedad, es una declaración frente a todos, y así lo confirma su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad.

4.º La obra que se declara debe ajustarse a la realidad y a la legalidad, y así se impone expresamente, como veremos, por las distintas normas reguladoras, que establecen la forma mediante la cual se justificará en la escritura la existencia real de la obra y el cumplimiento de los distintos requisitos necesarios para que efecti-

vamente esté ajustada a la Ley.

5º. Lo más habitual y natural es que la escritura de declaración de obra nueva se otorgue para su inscripción en el Registro de la Propiedad, para obtener los efectos propios de la inscripción y para que ésta sirva de base a otros negocios jurídicos, como la división horizontal, la enajenación o la hipoteca. Pero la escritura de declaración de obra nueva tiene una sustantividad propia que le reconoce la Ley y es perfectamente posible que se otorgue con otras finalidades distintas de la inscripción, como puede ser la de constatar en escritura pública la existencia de una obra nueva en una finca no inmatriculada (3).

2. Naturalez jurídica

La naturaleza jurídica de la declaración de obra nueva se concreta en los siguientes caracteres:

1.º Es un negocio jurídico. Puede discutirse si se trata de una mera declaración de ciencia o si es un verdadero negocio jurídico. Es evidente que la declaración de obra nueva contiene una declaración de ciencia, como es la constatación de la existencia real de la obra que se declara; pero también cosiste en una declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos. En efecto, la declaración de obra nueva conlleva la voluntad de afirmar frente a todos la existencia de la obra y que ésta ha sido adquirida por el declarante, y produce los efectos jurídicos a los que me referiré más adelante (4).

2.º Es también una declaración de ciencia, de manera que no

(3) En mi primera Notaría, Puertollano, que serví entre 1984 y 1986, y en la de Almodóvar del Campo, que sustituí en 1985, era relativamente frecuente otorgar escrituras de declaración de obra nueva sobre fincas no inmatriculadas. Con ellas los declarantes conseguían una especie de sucedáneo de título de propiedad (era "la escritura de la casa") con mucho menor coste que un expediente de dominio o un acta de notoriedad.

(4) En contra de esta tesis que defiendo se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979, que ha afirmado que la declaración de obra nueva no comporta acto o negocio alguno ni, por tanto,

depende la declaración de obra nueva únicamente de la manifestación de voluntad del declarante, sino que es necesario acreditar conforme a Derecho que la obra existe, terminada o en construcción, y que se ajusta a lo dispuesto por la Ley.

3.º Es un acto jurídico unilateral, aunque pueda ser pluripersonal, esto es, que sean dos o más los copropietarios que declaren la obra. En estos casos, la posición de todos los declarantes es coincidente y la eficacia práctica de la declaración opera en un sólo sentido, afectando a todos ellos de la misma manera.

4.º Es un acto que deben realizar, en caso de cotitularidad, todos los copropietarios o todos los cotitulares del derecho que permite construir, porque a todos corresponde el derecho sobre la obra que se declara.

5.º A mi modo de ver, no es una acto de riguroso dominio en los términos del artículo 1713 del Código Civil. Si entendemos el acto de riguroso dominio como aquél que entraña facultades dominicales (5), también la realización de los actos de administración, que el

---

una verdadera expresión de voluntad con tal alcance, sino una simple manifestación fáctica.

Sin embargo, considero que esta doctrina queda contradicha por la gran cantidad de sentencias del mismo Tribunal Supremo que declaran la nulidad de la declaración de obra nueva realizada por el promotor que ha enajenado ya alguno de los pisos o locales del edificio. Entiendo que la nulidad puede predicarse de un negocio jurídico, no de una mera manifestación fáctica.

La doctrina está dividida entre quienes consideran que la declaración de obra nueva es negocio jurídico y quienes consideran que no. Dado el carácter práctico de este trabajo, remito al resumen que hace Rodríguez Otero, Lino, en "Elementos de Derecho Hipotecario", tomo I, tercera edición, Madrid, 2006, pp. 439 y 440; o el de Roca Sastre, Ramón María, y Roca Sastre Muncunill, Luis, "Derecho Hipotecario", tomo V, octava edición, Barcelona, 1997, pp. 10 a 19.

Roca Sastre Muncunill reconoce que el carácter jurídico negocial de la declaración de obra nueva se vio robustecido a partir de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 1990, que es la primera Ley que introduce la necesidad de justificar que la obra nueva declarada existe y es acorde con la ordenación urbanística: obra citada, p. 12.

(5) León Alonso, José R.: en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXI, volumen 2.º, Ma-

propio artículo 1713 contrapone a los de riguroso dominio, es facultad del propietario. Y si consideramos que esos actos de riguroso dominio son aquellos que sobrepasan la administración, hay que distinguir entre la realización de la obra y su declaración. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1960 ha declarado que las obras que conllevan la modificación de la forma y estructura de un local no son acto de mera administración, sino de riguroso dominio. Lo mismo cabe pensar de la construcción de una obra nueva en un solar. Pero no ocurre lo mismo con la declaración de la obra, pues, como ha quedado expuesto, ésta parte de la existencia real y legal de la obra, y supone la constatación en título público de su existencia, para obtener los efectos legales propios de tal declaración, lo que es un acto ordenado a la conservación y mejora de la cosa, esto es, un acto de administración.

En contra de la tesis que sostengo, las recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 y 29 de noviembre de 2013 afirman que la declaración de obra nueva es acto de riguroso dominio.

6.º Es un acto de administración. Son actos de administración los dirigidos a la conservación, explotación y mejora de los bienes. Se contraponen habitualmente en Derecho a los actos de disposición, que conllevan la enajenación, gravamen o alteración esencial del bien. La actual redacción de los artículos 93.4 y 94.2 del Reglamento Hipotecario, relativos a la inscripción de bienes gananciales, permiten afirmar que la declaración de obra nueva es acto de administración pues admiten, a efectos de la inscripción, que la escritura sea otorgada sólo por el cónyuge titular registral, en concordancia con el artículo 1384 del Código Civil, que permite la realización de actos de administración sobre los bienes al cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren.

---

drid, 1986, p. 117. El mismo autor afirma que "el Código Civil viene a identificar sustancialmente los actos de riguroso dominio con los de disposición" en León Alonso, José, "Comentario del Código Civil" dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, p.1535.

7.º Es un acto declarativo, no constitutivo de derechos. La adquisición de la obra por el dueño de la finca es consecuencia de la accesión, no de la declaración escrituraria de la misma. La escritura se limita o formular la declaración frente a todos, y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad.

8.º Es un acto profusamente reglado. A diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, la autorización de una escritura de declaración de obra nueva exige la comprobación y la incorporación al instrumento de la justificación del cumplimiento de una serie de requisitos legales, como iremos viendo a lo largo de la presente exposición.

III. RÉGIMEN NORMATIVO

La normativa aplicable a las escrituras de declaración de obra nueva puede exponerse sobre la base de la determinación de un íter histórico a través del cual se ponen de manifiesto las distintas Leyes y Reglamentos que las regulan. Este íter viene determinado por el Código Civil, la legislación hipotecaria, la legislación urbanística y la legislación sobre ordenación de la edificación:

1. El Código Civil

El Código Civil no regula la escritura de declaración de obra nueva, sino únicamente el derecho de uso del propietario como fundamento del derecho privado a edificar y la accesión como modo de adquirir la propiedad de la obra por el dueño del suelo. De esta manera, la normativa básica del Código Civil está en el artículo 349, que dice en su párrafo primero que "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por la ley", y a ello añade el artículo 350 que "El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convenga, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de Policía". En materia de accesión el artículo 353 dispone que "La propiedad de

los bienes da derecho por accesión de todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente".

Junto a estas normas, otros muchos preceptos sustantivos del Código Civil o de otras Leyes se refieren directa o indirectamente a la cuestión que estudiamos. Los iremos viendo a lo largo de la exposición.

2. La legislación hipotecaria

Puede decirse que la escritura de declaración de obra nueva es una creación de la práctica notarial. Aún en la práctica anterior a la primera Ley Hipotecaria, la obra nueva accede a la escritura pública en la práctica a través de dos clases de negocios jurídicos: los de enajenación o disposición de la finca, en cuyas escrituras se hace constar la nueva construcción realizada en la misma, y en los contratos de obra, con motivo de los cuales se describe la finca tal y como quedará una vez finalizada. La escritura dirigida únicamente a declarar la obra nueva aparece muy posiblemente, o por lo menos se generaliza, como consecuencia de la creación del Registro de la Propiedad y como medio de constatar las nuevas edificaciones cumpliendo el principio de tracto sucesivo.

La legislación hipotecaria no reguló en un primer momento la declaración de obra nueva, que se impuso en la práctica y no conoció otro régimen jurídico que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La normativa vigente en materia de declaración de obra nueva ha aparecido en dos momentos diferenciados:

El primer momento es la reforma de 1944-46, que introduce el artículo 208 en la Ley Hipotecaria, y el Reglamento Hipotecario de 1947, que regula la declaración de obra nueva en su artículo 308. Recogiendo la práctica anterior, los preceptos legal y reglamentario admiten como vehículos para el ingreso de la declaración de obra nueva en el Registro de la Propiedad dos medios: por un lado, los propios títulos referentes al inmueble por los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales; y por otro, la escritura pública descriptiva de la obra nueva, en la que el contratista manifieste que ha sido reintegrado del importe de la misma o a la que se acompañe certificado de Arquitecto

director de la obra o del Arquitecto municipal acreditativo de que la construcción está comenzada o concluida. El Reglamento añade un tercer medio: el título por el que se haga constar solamente la edificación.

El segundo momento está determinado por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, al que llamaremos en adelante, como es corriente en la práctica, Reglamento Hipotecario Urbanístico. Esta norma es posterior a la Ley sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que establecieron la necesidad de incorporar a la escritura de declaración de obra nueva la licencia de obra y la certificación técnica relativa a la existencia y legalidad de la obra. El Reglamento Hipotecario Urbanístico regula la declaración de obra nueva en sus artículos 45 a 55.

3. Normas de Derecho Urbanístico

La primera Ley del Suelo, la Ley 9/1956, de 12 de mayo, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana generaliza la necesidad de licencia para la realización de obras de construcción o edificación (artículo 165). Sin embargo, no exigía que se acreditase la licencia para otorgar la escritura de declaración de obra nueva ni para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Y en la práctica, la normativa urbanística funcionó durante años como una legislación paralela a la de Derecho Privado, sin apenas encontrarse con ella y de manera que las infracciones a aquélla se sancionaban dentro de su propio ámbito y sin alcanzar el ámbito escriturario ni el registral (6).

Como dije hace un momento, la primera Ley que exige para el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y para su

(6) No es de extrañar, por eso, que yo jugara al fútbol en lo que según escritura y Registro era una sólida edificación hotelera y que algunos edificios escriturados e inscritos fueran posteriormente demolidos por ser contrarios a ordenación y no constar el expediente administrativo en el Registro, y ello con gran sorpresa y desolación de sus terceros adquirentes.

inscripción en el Registro la licencia de obra y la certificación técnica correspondiente es la Ley sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo. Y este criterio se ha mantenido en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, en la ley del Suelo de 1998, en la de 2007 y en la normativa vigente.

Esta normativa vigente está constituida, a nivel estatal, por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo. Regula esta norma la escritura de declaración de obra nueva y la inscripción en el Registro de la Propiedad en su artículo 20, que fue nuevamente redactado por el artículo 24 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa, y que debe su actual redacción a la disposición final duodécima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas.

También es aplicable a la declaración de obra nueva, en parte, el artículo 23 de este Real Decreto-Ley, artículo este que tiene pendientes en la actualidad dos recursos de inconstitucionalidad.-

Y, por exigencia del nuevo artículo 20 reformado de la Ley del Suelo, asimismo es de aplicación el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, que ha sustituido al Real Decreto 47/2007, de 19 de enero.

Junto a la normativa del Estado está la normativa autonómica, debido a las competencias transferidas en materia de urbanismo. En la Región de Murcia, la norma fundamental en vigor es el Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia. Este texto legal se refiere en varios artículos a las cuestiones objeto del presente trabajo. Me iré refiriendo a ellos a lo largo de la exposición.

4. Normas reguladoras de la actividad constructiva

Por último, sobre la base de la consideración de que la construcción es una actividad de interés general por la importancia de las edificaciones para la vida y para la actividad humana y por su gran

duración en el tiempo, se han dictado normas reguladoras de la actividad constructiva que también han repercutido en la escritura de declaración de obra nueva y en su inscripción.

Estas normas que afectan a la declaración de obra nueva constan actualmente en los artículos 7, 19 y 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y en su disposición adicional segunda, redactada por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Estas normas han sido interpretadas y desarrolladas por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de septiembre de 2000 y por la Resolución Circular del mismo Centro Directivo de 3 de diciembre de 2003.

5. Valoración crítica de la normativa vigente

En cuanto al contenido de la normativa aplicable a la declaración de obra nueva, creo que la valoración debe ser, en general, positiva. Esencialmente, vincula el otorgamiento de la escritura y la inscripción registral a la justificación de la existencia de la obra tal y como se declara y a su legalidad de acuerdo con la normativa urbanística. Por otro lado, también vincula tales otorgamiento e inscripción al cumplimiento de determinados requisitos que tienden a garantizar la protección de los futuros adquirentes de la propiedad.

Además, las Leyes del Suelo, desde 1990, afirman, al imponer las condiciones para la autorización de la escritura pública de declaración de obra nueva, la sustantividad de dicha escritura en relación con la inscripción, y reconocen, como ocurre en la práctica, la completa formación del negocio jurídico en la escritura y antes de su acceso al Registro.

Mas, si la valoración del contenido ha de ser positivo, no ocurre lo mismo con el aspecto formal de la normativa, respecto del cual es necesario denunciar los siguientes graves defectos:

1.º La excesiva dispersión normativa, según acabo de exponer. Esta dispersión normativa se agrava, como en tantas materias, por la voracidad competencial y la hiperactividad normativa de las Comunidades Autónomas. Por ejemplo: a raíz de la introducción en 2011 por la normativa del Estado del requisito de la justificación de

la eficiencia energética, las Comunidades Autónomas ya están dictando disposiciones que lo regulan y lo desarrollan. Y, por supuesto, cada una por su lado.

2.º Los excesivos cambios normativos en el tiempo. Como también ha quedado expuesto, las Leyes, los Textos Refundidos, los Reglamentos y sus respectivas modificaciones se suceden con una velocidad pasmosa, dando lugar en muchos casos a complejos problemas de Derecho Intertemporal.

3.º Las excesivas deficiencias sistemáticas. Estas deficiencias son muchas veces consecuencia de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia urbanística, de suerte que la Ley estatal tiene que introducir conceptos muy abiertos para que encajen los propios de las diferentes normas autonómicas. Y a veces son tan abiertos que es preciso hacer un gran esfuerzo para encontrar la norma autonómica aplicable. Pero, además, las propias Leyes estatales parecen a veces desconocer la propia normativa estatal a la que remiten. Así ha ocurrido y ocurre en materia de certificación de la eficiencia energética, en la cual las reformas de la Ley estatal del Suelo de 2011 y 2013 por un lado y los sucesivos Reales Decretos de 2007 y 2013 no están demasiado coordinados, exigiendo el correspondiente esfuerzo interpretativo.

4.º Las excesivas deficiencias de técnica legislativa. Es curioso que esta floja técnica legislativa afecte precisamente a la normativa más reciente. Además de los conceptos abiertos e imprecisos hay que subrayar la remisión injustificada de la Ley del Suelo estatal a la Ley de Ordenación de la Edificación, rompiendo la sistemática legal; la remisión del artículo 20 de aquélla a una de sus disposiciones adicionales, que regula cuestiones sustantivas objeto de la propia Ley; y, en general, el fuego graneado de requisitos de los cuáles algunos en unos casos sí y en otros casos no, dando lugar a un panorama excepcionalmente complejo.

No se escapa de esta crítica tampoco la normativa autonómica murciana, cuyo Texto Refundido de la Ley del Suelo no es claro en materia de prescripción de las infracciones urbanísticas y del derecho a la restitución de la legalidad urbanística infringida; declara fuera de ordenación sin más toda obra sin licencia; regula en su

articulado cuestiones de Derecho Transitorio; y ofrece, dentro del mismo texto legal, una normativa bastante dispersa.

En conclusión, la ingente normativa existente en la materia ofrece un vastísimo teatro de operaciones para la interpretación, la duda y la controversia, por lo que no es de extrañar la gran cantidad de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado a las que la compleja práctica ha dado lugar.

IV. LOS REQUISITOS DE LA ESCRITURA DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN LOS DISTINTOS SUPUESTOS: PLANTEAMIENTO

La complejidad de la normativa en la materia, que contiene una gran variedad de situaciones y de excepciones, exige la adopción de una determinada sistemática doctrinal para la adecuada exposición de los requisitos legales de la escritura de declaración de obra nueva.

Por ello, voy a distinguir a continuación entre unos requisitos generales, aplicables a toda declaración de obra nueva y, como supuestos específicos, abordaré a continuación y por separado la declaración de obra nueva terminada y la declaración de obra nueva en construcción, acabando, como supuesto especial respecto del régimen general, con la declaración de obra nueva sin licencia pero consolidada por la prescripción de la acción de demolición, esto es, las denominadas comúnmente en la práctica con las paradójicas denominaciones de declaración de obra nueva vieja o declaración de obra nueva antigua.

V. REQUISITOS GENERALES DE LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

Estos que llamo requisitos generales son los que se aplican a toda declaración de obra nueva y vienen establecidos en las legislaciones civil, notarial y registral. No voy a entrar a exponer la legislación notarial porque no hay absolutamente ninguna especialidad en la misma que afecte a la escritura de declaración de obra nueva. Me remito, pues, a la regulación del instrumento público en dicha legislación.

Por lo que atañe a la legislación civil y registral, la exposición de los requisitos generales de la declaración de obra nueva puede

hacerse sobre la base de la distinción entre elementos personales, reales y formales. Paso a su estudio.

1. Elementos personales

La exposición de los elementos personales voy a hacerla refiriéndome por separado a las personas que pueden otorgar la escritura de declaración de obra nueva, a la capacidad necesaria para otorgarla y a las facultades representativas que son precisas para el mismo otorgamiento.

1.1. Personas que pueden otorgar la escritura de declaración de obra nueva

En primer lugar, puede otorgar la escritura de declaración de obra nueva el propietario de la finca. Pueden otorgarla asimismo los titulares de determinados derechos reales. Es necesario tratar también los diferentes supuestos de comunidad en el dominio o en los derechos reales que conllevan la facultad de declarar la obra nueva. Y por último, se considerarán los casos de dominio gravado por determinados derechos o en situaciones especiales.

1.1.1. El propietario de la finca

La facultad de declarar la obra nueva corresponde al propietario. En tal sentido, los artículo 348 del Código Civil y el 8 de la Ley del Suelo estatal atribuyen al propietario el derecho a construir, y el artículo 353 del mismo Código establece que "la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente". Y los artículos 358 a 365 regulan los diferentes supuestos de construcción, pero siempre sobre la base de que el dueño del suelo lo es también de lo construido.

Sobre esta base, la declaración de obra nueva corresponde realizarla al dueño de la finca y supone la afirmación frente a todos de su propiedad sobre la obra construida en su predio. Sólo el propietario adquiere la obra por accesión y sólo a él interesa su declaración en título público, y, a efectos del Registro de la Propiedad, sólo el propietario inscrito puede declarar la obra nueva para que ésta se inscriba, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y del principio de tracto sucesivo que dicho precepto acoge.

Como apoyo de este criterio pueden citarse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de febrero de 1986, 14 de marzo de 2001 y 23 de marzo de 2002. La citada de 14 de marzo de 2001 subraya que la declaración de obra nueva, como constatación de las circunstancias físicas de la finca, precisa para su inscripción que sea formalizada por quien en ese momento sea su titular en el Registro, y así se infiere del principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y de la presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito en la forma que resulta del asiento pertinente, conforme al artículo 38 de la misma Ley.

El nuevo propietario queda legitimado para declarar la obra que no construyó por los artículos 348, 356 y siguientes y 1097 del Código Civil, para hacer valer donde proceda las verdades y completas características físicas de la finca.

Como consecuencia de lo dicho, no podrá inscribirse la escritura de declaración de obra nueva otorgada por un titular registral anterior de la finca, sin perjuicio de que el actual titular pueda otorgar escritura de ratificación de aquélla, con base en la aplicación analógica del artículo 1259 del Código Civil, o de declaración de la obra con remisión al contenido de dicha escritura anterior.

Por excepción, el propietario no puede declarar la obra nueva cuando corresponde a otra persona el derecho a construir sobre la finca y hacer suyo, temporal o definitivamente, lo construido. Son los supuestos a los que paso inmediatamente a referirme.-

1.1.2. Derechos que atribuyen la facultad de construir y de declarar la obra nueva

Además del dominio, hay otros derechos reales que dan derecho a su titular a construir y a hacer suya la construcción, y, en consecuencia, a otorgar la correspondiente declaración de obra nueva. Son los siguientes: el derecho de superficie, el derecho de vuelo o de sobreedificación y el de sub-edificación y determinadas concesiones administrativas. Por otro lado, la servidumbre de apoyo y la construcción superpuesta, a caballo, empotrada o engalabernada permiten a la propiedad de una finca construir apoyando o de manera superpuesta a una finca vecina. Me refiero seguidamente a todos estos supuestos.

1.1.2.1. El derecho de superficie

El derecho de superficie está regulado en los artículos 40 y 41 de la

Ley del Suelo y 16.1 del Reglamento Hipotecario. El número 1 del artículo 40 atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas, y señala que también puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al propietario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo. El artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario reconoce la posibilidad de constituir también el derecho de superficie sobre construcciones ya existentes.

Hay que recordar que la inscripción en el Registro de la Propiedad es requisito constitutivo para la existencia del derecho de superficie, pues el número 2 del propio artículo 40 determina que para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad.

La resolución de 2 de octubre de 2013 ha declarado expresamente que, para inscribir una declaración de obra nueva con base en un derecho de superficie, éste debe constar inscrito.

1.1.2.2. El derecho de vuelo o sobre-edificación y de sub-edificación

El derecho de vuelo o sobre-edificación y de sub-edificación está recogido en el número 2 del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, con base en el principio de libertad de pacto de los artículo 1255 del Código Civil y 2.2.º de la Ley Hipotecaria, en la Ley de Propiedad Horizontal y en los número 3.º, 4.º y 5.º del artículo 8 de la propia Ley Hipotecaria.

Previene el número 2 del artículo 16 del Reglamento Hipotecario que "el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3.º del artículo 8 de la Ley y sus concordantes", y añade los requisitos para su inscripción.

La resolución de la Dirección General de 28 de marzo de 2008 ha tenido que decir expresamente que el titular del derecho de vuelo

(o sobre-edificación) puede por sí solo declarar la obra nueva y modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal conforme al contenido del Registro.

1.1.2.3. Las concesiones administrativas

En lo que atañe a las concesiones administrativas que atribuyen el derecho a construir, hay que traer a colación lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Este precepto se dicta, con arreglo a la disposición final segunda de la propia Ley, al amparo del artículo 149.1.8.ª de la Constitución, como norma de aplicación general, y, conforme al artículo 149.1.18.ª, como norma de carácter básico. Dispone dicho artículo 97 en su número 1 que "el titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión". Añade el número 2 que este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites que establece la propia Ley de Patrimonio, los derechos y obligaciones del propietario.

1.1.2.4. La servidumbre de apoyo de edificio

Al amparo del principio de autonomía de la voluntad en materia de constitución de servidumbres que sienta el artículo 536 del Código Civil, es relativamente frecuente en la práctica la servidumbre de apoyo de edificio, sobre todo en poblaciones rurales y de montaña. Esta servidumbre permite al titular del predio dominante construir una edificación apoyándola en parte sobre elementos constructivos existentes en el predio sirviente. Como es obvio, no puede ser la base total y única de la construcción.

No es necesario, en principio, hacer constar en la escritura de declaración de obra nueva que se haya hecho uso de una servidumbre de apoyo de edificio, pues ninguna norma lo exige. Ahora bien, puede ser conveniente hacerla constar en aquellos casos en que la superficie construida de alguna de las plantas sea superior a la superficie del solar sobre el que se declara la obra y ello como consecuencia del apoyo da la obra construida, con base en la servidumbre, en el edificio vecino.

Si en la escritura de declaración de obra nueva consta el ejercicio de la servidumbre de apoyo sobre edificio contiguo, la inscripción

registral de la obra requerirá la previa inscripción de la servidumbre, por aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

1.1.2.5. La construcción superpuesta, a caballo, empotrada o engalabernada

Se puede definir esta modalidad de construcción como aquélla que ocupa el solar que le corresponde y además, en una o más de las plantas superiores a la primera, el vuelo de la finca o construcción colindante. El engalaberno puede darse también de forma recíproca entre dos fincas colindantes.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de septiembre de 2009 ha tratado en profundidad este tipo de construcción. Según dicha resolución, el engalaberno puede constituirse jurídicamente de tres maneras diferentes:

1.º Quedando la parte de la construcción que ocupa el vuelo de la finca vecina integrado en la propiedad horizontal de ésta. Ello, sin perjuicio de que siga formando parte de la primera finca al mismo tiempo, según permiten tanto la doctrina como la jurisprudencia y las resoluciones de la propia Dirección General.

2.º Por medio de una medianería horizontal, admitida por las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1943, 28 de abril de 1972, 28 de diciembre de 2001 y 14 de abril de 2005.

3.º Como una comunidad sui generis, según admiten la sentencia citada de 28 de diciembre de 2001 y la resolución de 20 de julio de 1998.

La resolución de 15 de septiembre de 2009, que trata de un supuesto en el que estaba constituida en régimen de propiedad horizontal la finca sobre parte de cuyo vuelo se extendía la construcción de la finca vecina cuya obra nueva se declaraba, afirma que es imprescindible el acuerdo unánime de la comunidad de propietarios de aquélla finca, por aplicación de los artículos 5, 12 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, salvo que estuviera válidamente constituido un derecho de sobre-edificación en los términos del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario. No bastará, por tanto, el consentimiento del elemento privativo sobre cuyo vuelo se extiende la finca vecina

ni una autorización sine die o sin cumplir los requisitos de dicho artículo del reglamento Hipotecario.

Hay que entender que, cuando la finca sobre cuyo vuelo se extienda el engalaberno no esté constituida en régimen de propiedad horizontal, será necesario el consentimiento de su propietario o de todos sus condóminos, o bien que esté constituido previamente un derecho de vuelo o sobre-edificación conforme al tan repetido artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario.

1.1.2.6. Otros posibles derechos reales y personales

No creo que existan otros derecho que atribuyan a su titular el derecho a construir y, en consecuencia, la facultad de declarar la obra nueva. Todo derecho privado que se tratara de constituir al amparo del principio de numerus apertus que rige en materia de derechos reales y que conllevara el derecho a construir y a hacer propio lo construido, sería reconducible a un derecho de superficie o de sobre o sub-edificación.

Por lo que atañe a los derecho personales, por ejemplo, el arrendamiento de un solar con la facultad de construir en él y de usar la construcción, en modo alguno pueden dar derecho al titular a hacer propio lo construido, pues no atribuyen un poder directo sobre la cosa y no están contemplados legalmente como excepciones al principio de accesión. En consecuencia, mientras estemos ante derechos personales, la facultad de declarar la obra nueva, como la titularidad de lo construido, sólo será del dueño de la finca.

1.1.3. Los supuestos de comunidad

Como tales voy a referirme al condominio ordinario, a la sociedad de gananciales, a la comunidad post-ganancial, a la herencia indivisa y a la propiedad horizontal.

1.1.3.1. La comunidad ordinaria o romana

En cuanto al condominio ordinario, dice el artículo 399 del Código Civil que todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte, y el 397 que ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos. El principio de accesión del artículo 353 del Código se da en todos los comuneros en proporción a su cuota y son todos, en consecuencia los que deben concurrir al

otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva. La falta de concurrencia de alguno de los condóminos provoca la nulidad de la escritura, como ha reconocido con gran reiteración la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El Tribunal Supremo ha declarado que es nula la declaración de obra nueva que hace por sí solo el promotor de un edificio o de un complejo residencial cuando ya ha transmitido la propiedad de alguno o de algunos de los elementos que lo integran. Pueden citarse, entre muchas otras, las sentencias de 30 de marzo de 1999, 23 y 25 de marzo de 2004, 22 de septiembre de 2005, 16 de junio de 2008, 2 de diciembre de 2010 y 16 de febrero de 2012.

La Dirección General viene afirmando con claridad el mismo criterio desde las resoluciones de 20 y 21 de febrero de 1969, que se apoyan en el artículo 397 del Código Civil, en que la construcción de un edificio puede acarrear alteraciones sustantivas en la titularidad dominical del local sobre el que aquél se asienta, como ocurre en el supuesto previsto en el artículo 1361 del Código Civil, y en la consideración de que, de no haber podido concurrir todos los comuneros a satisfacer los gastos de la edificación en proporción a su cuota, pudieran haber decidido alterar su participación en el edificio ya construido.

La obra nueva tienen que declararla todos los comuneros y para todos ellos, de acuerdo con su respectiva cuota. No pueden declararla uno o más de los comuneros como declarantes formales o para sí con el mero consentimiento a ese modo de declaración por parte de los demás. Así lo ha recogido la resolución de la Dirección General de 11 de diciembre de 2012, que ha negado la inscripción de una declaración de obra nueva otorgada por uno de los condóminos declarando que la edificación declarada es para sí, y ello aun cuando, posteriormente, los demás condóminos otorgaron escritura pública consintiendo aquella declaración de la obra.

1.1.3.2. La sociedad de gananciales

Por lo que se refiere a la sociedad de gananciales, la cuestión está expresamente regulada por los artículo 93 y 94 del Reglamento Hipotecario. Caben los siguientes supuestos:

En primer lugar, el de bienes gananciales adquiridos por ambos cónyuges, respecto de los cuales la declaración de obra nueva habrá

de ser realizada por los dos esposos o por uno de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria, según se desprende del número 2 del artículo 94.

En segundo lugar, respecto de los bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales, la obra nueva podrá ser declarada por el cónyuges adquirente, que es el único titular registral, y así lo permite expresamente el número 4 del artículo 93.

Por último, cuando se trate de bienes adquiridos a título oneroso sólo por un cónyuge y sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, bienes que habrán sido inscritos como presuntivamente gananciales, bastará asimismo con que la escritura sea otorgada solamente por el cónyuge titular, como expresamente establece el número 2 del artículo 94.

Sin entrar en más consideraciones, esos mismos criterios son aplicables, por resultar así de las correspondientes normas forales sustantivas, al régimen consorcial aragonés y al de conquistas navarro. También se aplicarán los mismos preceptos a los regímenes extranjeros de comunidad restringida y de comunidad universal, y ello con sujeción a lo dispuesto en los números 2 y 3 del artículo 9 del Código Civil y al Derecho sustantivo extranjero. Tal ocurrirá, por ejemplo, con los regímenes legales de comunidad restringida portugués, francés, italiano o belga, y con la comunidad universal holandesa, que es régimen legal supletorio, o portuguesa, que es régimen opcional expresamente regulado por el Código Civil de ese país.

1.1.3.3. La aplicabilidad del viejo artículo 1404 del Código Civil

En los supuestos de declaraciones de obra nueva en los que se acompañe justificación de la antigüedad de la construcción conforme al número 4 del artículo 20 de la vigente Ley del Suelo estatal debe tenerse en cuenta, si se trata de fincas privativas de un cónyuge casado en régimen de gananciales, lo dispuesto en el viejo artículo 1404 del Código Civil.

Decía este artículo en la versión original del Código lo siguiente: "Las expensas útiles, hechas peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales. Lo serán también los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los

cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca".

Esta redacción fue derogada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial. Esta Ley se publicó en el Boletín Oficial del Estado del día 19 de mayo de 1981 y entró en vigor, al no disponer nada al respecto, a los veinte día de su publicación.

1.1.3.4. La comunidad post-ganancial

La comunidad post-ganancial o comunidad post-matrimonial indivisa es la situación que se produce entre los cónyuges o sus herederos sobre el patrimonio ganancial una vez disuelta la sociedad de gananciales y mientras no se liquida ésta. Dice el artículo 1396 del Código Civil que, "disuelta la sociedad de gananciales, se procederá a su liquidación", por lo que la situación que estudiamos es provisional y no puede perpetuarse, sino que ha de tender sólo a su definitiva extinción mediante la culminación del proceso de liquidación. Por eso, parece que sólo podrán inscribirse actos que se dirijan a la extinción de las mismas, como pueden ser los actos de liquidación o de enajenación de bienes; pero no podrían inscribirse actos que tiendan a la perpetuación de la situación, como puede ser el de constitución de un derecho real de hipoteca. La declaración de obra nueva sería uno de estos actos que tenderían a mantener la situación de indivisión en contraposición al mandato legal de liquidación.

Ahora bien, el hecho de que la escritura de declaración de obra nueva otorgada por los condóminos no sea inscribible no significa, a mi modo de ver, que el Notario no pueda autorizarla. Así, la declaración de obra nueva puede constar en la propia escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, como acto previo a las adjudicaciones, o, incluso, puede figurar en una escritura aparte, otorgada con vistas a una escritura posterior de liquidación. En este último caso el Notario debe advertir expresamente a las partes, conforme a lo previsto en el artículo 194 del Reglamento Notarial, que la escritura de declaración de obra nueva no podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad hasta que se formalice la adjudicación de la finca en la liquidación total o parcial de la sociedad de gananciales.-

Como en toda comunidad, la declaración de obra nueva debe ser otorgada por todos los comuneros de la comunidad, con independencia de que sólo uno de los cónyuges o ex-cónyuges sea el titular

registral, pues, disuelta la sociedad de gananciales, no son de aplicación las reglas especiales de los artículos 93.4 y 94.2 del Reglamento Hipotecario, y sí la regla general aplicable a toda comunidad.-

Llegando aun más lejos que la posición que acabo de sostener, la resolución de 11 de diciembre de 1998 ha considerado inscribible la escritura de declaración de obra nueva otorgada por el cónyuge viudo y los herederos del titular registral casado en gananciales, determinándose las cuotas de los comuneros según su participación en la comunidad post-ganancial, y siendo inscribibles asimismo las normas de gestión y administración que los otorgantes hayan acordado.

1.1.3.5. La comunidad hereditaria

Por aplicación de los dos primeros párrafos del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de la obra nueva requiere la previa inscripción de la finca o del derecho a favor del declarante, lo que por definición no puede ocurrir en los supuestos de comunidad hereditaria. Ahora bien, como en el caso anterior, considero que todos los coherederos pueden conjuntamente declarar la obra nueva realizada por el causante, bien en la misma escritura de partición como acto previo a la adjudicación de la finca, bien incluso en escritura previa, debiendo el Notario advertir en este último caso que la escritura no se inscribirá en el Registro sin la adjudicación de la herencia, conforme a las exigencias del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

La declaración de obra nueva habrán de otorgarla la totalidad de los herederos y, en su caso, también los legatarios de parte alícuota y los legitimarios, como partícipes todos en la comunidad hereditaria.

El albacea puede estar facultado por el testador para declarar obras nuevas, conforme al artículo 901 del Código Civil, sin que sea necesaria la constancia en el Registro de su cargo, como expresamente dispone el párrafo cuarto del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Cuando la finca sobre la que se ha construido haya sido objeto de legado, creo que el albacea facultado para entregar el legado también lo está para declarar la obra. Así lo entiendo con base en los artículos 208 de la ley y 308 del Reglamento Hipotecario, en cuanto admiten que se haga la declaración de la obra en el mismo título por el que se transmita la finca.

Por su parte, el contador-partidor puede, por razón de su cargo, declarar la obra nueva y constituir la finca en régimen de propiedad

horizontal cuando sea necesario para la partición de la herencia, estando facultado para ello por lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 401 del Código Civil. Y también parece que puede declarar la obra nueva, sin necesidad de división horizontal, como acto coetáneo a la partición, para que se ajuste la propia partición a la realidad física de las fincas y para adjudicar éstas a cada heredero tal y como son, así como para contemplar el valor de la obra declarada en las cuentas de la partición. La declaración de la obra sería un acto necesario para la plena eficacia de la partición, que exigiría el reflejo escriturario y registral de lo adjudicado tal y como es. Los artículos 208 de la ley y 308 del Reglamento Hipotecario también son argumentos a favor de esta tesis.

La resolución de 16 de mayo de 2003 admite la inscripción de una escritura en la que, sin hacer la partición, todos los coherederos declaran la obra nueva, la dividen horizontalmente y entregan las fincas resultantes a los respectivos legatarios. Considera en ella el Centro Directivo que puede hacerse la inscripción de la obra nueva a favor de la comunidad hereditaria y sin asignación de participaciones proindiviso a cada heredero, y ello sobre la base de la libertad que tienen los herederos para primero entregar los legados y después partir la herencia.

1.1.3.6. La propiedad horizontal

Por lo que se refiere a la propiedad horizontal, debemos distinguir según la obra nueva que pretenda declararse se haya realizado en elementos comunes o en elementos privativos.

Si se ha hecho en elementos comunes, la obra también será elemento común. Al ser asunto que atañe a la comunidad, parece que operará el ámbito de representación del presidente de la misma. Este ámbito viene determinado por el número 3 del artículo 13 de la Ley 49 /1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, redactado por la Ley 8/1999, de 6 de abril, el cual dispone que "el presidente ostentará la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten". Podrá, por tanto, otorgar el presidente la escritura de declaración de obra nueva por sí solo en representación de la comunidad.

El presidente deberá justificar mediante la correspondiente certificación, la cual se incorporará a la escritura, que la junta general de propietarios ha adoptado válidamente el acuerdo de realizar la

obra que se declara o el acuerdo de declararla. En tal sentido dice el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la reforma operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, que "la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo". Añade que "el acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de las modificaciones, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos". Las mayorías necesarias para adoptar el acuerdo dependen de la naturaleza de la obra de que se trate y aparecen reguladas en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuyo texto vigente se debe a la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas.

Aunque no es necesario, la obra nueva puede ser también declarada por la totalidad de los comuneros compareciendo personalmente ante Notario, en cuyo caso, obviamente, no será necesario el acuerdo de la junta.

Para las obras nuevas en elementos privativos hay que tener en cuenta que cada propietario puede realizar determinadas obras en su elemento privativo sin necesidad del consentimiento de la junta de propietarios. Son las previstas en el número 1 del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, también redactado por la tan repetida Ley de reforma de 1999, y que establece que "el propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad".

Dentro de esos estrechos límites, el propietario puede declarar las obras que haya realizado, pero siempre y cuando ello no suponga variación del título constitutivo, ya que ello requeriría acuerdo unánime de la junta de propietarios, por aplicación del artículo 5, párrafo cuarto, y del número 6 del artículo 17, ambos de la Ley de Propiedad Horizontal. En la práctica, sólo podría declarar por sí solo el propietario obras que supusieran alteración del número de habitaciones o instalación o supresión de servicios.-

Fuera de los casos dichos del número 1 del artículo 7 de la Ley, el propietario requerirá para declarar una obra nueva sobre su propiedad privativa el acuerdo unánime de la junta de propietarios, pues hay modificación del título constitutivo (por ejemplo, ampliación de la superficie construida del elemento privativo y, por ende, del inmueble en su conjunto), y no se da ninguna de las excepciones al principio de unanimidad que establece el artículo 17. En este sentido, la resolución de la Dirección general de 27 de noviembre de 2012 exige el consentimiento unánime de los comuneros para ampliar el desván y convertirlo en vivienda. Sin embargo, la de 30 de enero de 2013 considera que, para la modificación de la superficie construida y útil de determinados elementos privativos, bastará con que la escritura sea otorgada sólo por los titulares de los elementos objeto de dicha modificación, siempre que la misma no afecte a los demás elementos privativos ni comunes, y que se justifique mediante certificación de técnico competente la medición real y que ésta es conforme con el proyecto con base en el que se concedió la licencia de edificación.

En los supuestos de modificación del título constitutivo no basta con que comparezca en la escritura el propietario con certificación de la junta de propietarios, sino que debe comparecer también el presidente, con base en la representación legal que ejerce de la comunidad al amparo del artículo 13.3 de la Ley. También es posible, naturalmente, que comparezcan en la escritura todos los comuneros del inmueble para prestar su consentimiento, en cuyo caso tampoco será necesario aportar la certificación del acuerdo de la junta de propietarios.

Podemos preguntarnos si es posible que el propietario esté previamente habilitado, por los estatutos o normas de comunidad, o bien por alguna reserva o constitución de derechos, para declarar por sí solo la obra nueva. Yo distinguiría a este respecto tres supuestos:

El primero es aquél en el que forma parte del elemento privativo, en propiedad, no en uso, una superficie descubierta y se autoriza por vía de estatutos o normas de comunidad al propietario a cubrirlo y a efectuar por sí solo la declaración de obra nueva, variando, en cuanto se refiere a la superficie construida del inmueble, el título constitutivo. No encuentro que haya inconveniente para afirmar la validez y eficacia de esta norma y de la escritura de declaración de

obra nueva que en tal caso otorgue solo el propietario, y ello con base en el contenido y efectos que para las normas de comunidad atribuye el párrafo tercero del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal.

El segundo supuesto es el de constitución o reserva, por vía estatutaria o fuera de ella, del derecho de sobre o sub-edificación dentro del propio edificio haciendo suyas el titular las nuevas construcciones. Estaríamos ante el supuesto del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, al que ya he hecho referencia anteriormente.

Y en tercer lugar cabe plantear el caso en que los elementos privativos, bien de una propiedad horizontal tumbada o bien de un complejo inmobiliario privado del artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, sean parcelas susceptibles de edificación, en cuyo caso, dada la finalidad de los propios solares y de la comunidad, es también perfectamente admisible que por vía de estatutos o normas de comunidad se autorice a los propietarios y por mientras dure la propiedad horizontal o el complejo inmobiliario a construir y a declarar por sí solos las obras nuevas (7).

1.1.4. La concurrencia de otros derechos reales o situaciones jurídicas

Nos planteamos ahora la situación del propietario de cara al otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva según la concurrencia de determinados derechos reales o situaciones jurídicas especiales. Paso a referirme a ellos por separado.

1.1.4.1. Derechos de usufructo, uso y habitación

Cuado el dominio está gravado con un derecho de usufructo, puede el propietario declarar la obra nueva por sí solo, pues el negocio jurídico de declaración de obra nueva tiene por base una situación de hecho, la existencia real de la obra, que se acredita en la forma

(7) Hay que tener en cuenta que, después de la reforma de la Ley de propiedad Horizontal operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, no es posible que los solares edificables formen parte como elementos privativos de una propiedad horizontal, como se desprende de los artículos 1, 3 y 5 de la Ley reformada. En cuanto a los solares así configurados antes de la entrada en vigor de dicha Ley de reforma, considero que el propietario podrá declarar la obra nueva por sí solo.

que veremos más adelante, y no supone por sí solo que se conculque el derecho que tiene el usufructuario para disfrutar la finca usufructuada conforme al artículo 467 del Código Civil, y sin perjuicio de que, si se conculcase o se hubiese conculcado, el usufructuario pueda ejercitar las acciones que le competan. La resolución de la Dirección General de 21 de noviembre de 2002 ha admitido expresamente la inscripción de la escritura de declaración de obra nueva otorgada solamente por el propietario de la finca gravada con un derecho de usufructo.

Los mismos argumentos son aplicables en los supuestos de dominio gravado con derechos de uso o habitación.

1.1.4.2. Servidumbres

Respecto de la propiedad gravada con servidumbres, no hace falta tampoco el concurso del dueño del predio dominante o del titular de la servidumbre personal en la escritura de declaración de obra nueva. Sí será necesario que la obra que se declara no sea incompatible con el contenido de la servidumbre y su ubicación, pues en este caso el otorgamiento de la escritura y su inscripción requerirán la previa o simultánea modificación o extinción de la servidumbre.

Conviene hacer especial mención a las servidumbres de uso público general. Del hecho de que estas servidumbres no sean mencionadas en los tres primeros números del texto Refundido de la Ley del Suelo estatal cabe deducir que ni el Notario ni el Registrador de la Propiedad tienen que comprobar su posible existencia cuando se trata de obras nuevas declaradas con la correspondiente licencia. Será el Ayuntamiento a quien corresponda realizar ese control con motivo del otorgamiento de dicha licencia. Sin embargo, el número 4 del mismo artículo 20 exige para la inscripción de las obras nuevas sin licencia que el Registrador compruebe que el suelo sobre el que se declara la obra no está afectado por tales servidumbres. Al tratar esta modalidad de declaración de obra nueva me referiré específicamente a este requisito de la inscripción.

1.1.4.3. Censos

En las fincas gravadas con censo, el censatario o dueño útil es quien tiene derecho a construir y a declarar la obra nueva. Así puede desprenderse de los artículos 1605, 1606 y 1607 del Código Civil, y,

específicamente para el censo enfitéutico, del artículo 1632, según el cual el enfiteuta hace suyas las accesiones de la finca.-

1.1.4.4. Hipoteca y anticrisis

En cuanto a las fincas hipotecadas, cabría distinguir según se trate de la declaración de obra nueva sobre la que se extienda la hipoteca necesariamente, de obra nueva sobre las que no se extienda la hipoteca o de obra sobre la que no se pueda saber a priori si se extiende la hipoteca o no.

Conforme al número 1º del artículo 110 de la Ley Hipotecaria, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que pertenezcan al propietario, "las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural, o en nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiere". En consecuencia, toda obra nueva hecha por el propietario hipotecante, excepto la construcción de edificios donde no los haya, se entiende incluida en la hipoteca. Las nuevas construcciones donde no las haya no se entenderán hipotecadas salvo que se pacte expresamente que la hipoteca se extiende a ellas.-

Por su parte, el artículo 112 de la propia Ley Hipotecaria determina que, cuando la finca hipotecada pasare a un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que se hayan costeado por el nuevo dueño.

La consecuencia de que la obra nueva realizada no esté incluida en la hipoteca viene determinada por el artículo 113 de la propia Ley. Dice que el dueño de las accesiones o mejoras que no se entiendan hipotecadas y que no puedan separarse sin menoscabo de la finca cobrará su importe en el proceso de ejecución de la garantía, aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario.

Por efecto de todo lo dicho, considero que, en los supuestos en los que con arreglo a los artículos 110 y 112 la hipoteca se extienda necesariamente a la obra declarada, el propietario titular registral podrá por sí solo declarar la obra nueva sin necesidad del concurso del acreedor hipotecario. Así lo pienso porque el propietario, no

obstante el gravamen, es titular del derecho de propiedad mientras no sea privado de él como consecuencia de la ejecución; porque, como he dicho antes en relación con el usufructo, la declaración del propietario va acompañada de la justificación en forma legal de la existencia real y lícita de la obra; y porque, en todo caso, si la construcción realizada ha podido perjudicar el derecho del acreedor hipotecario, éste siempre podrá ejercitar la acción de devastación regulada en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, cuando conforme a los artículos 110 y 112 resulte que la hipoteca no se extiende a la obra nueva declarada o no pueda determinarse si se extiende o no, entiendo que sí deberá consentir en escritura pública el acreedor hipotecario o anticrético, porque la declaración de obra nueva que realiza dicho tercer poseedor altera sustancialmente el derecho de hipoteca que publica el Registro, en el sentido de que parte de la finca no está afectada por la hipoteca y da derecho al tercer poseedor para cobrar con preferencia sobre el propio acreedor hipotecario.

Lo dicho para la hipoteca vale en los mismos términos para el derecho real de anticresis.

1.1.4.5. Propiedad sujeta a condición resolutoria explícita o pacto comisorio

Es el supuesto del artículo 1504 del Código Civil y 11 de la ley Hipotecaria. No hay inconveniente en admitir que el propietario de la finca puede por sí solo declarar la obra nueva, precisamente porque es propietario. Si, una vez declarada la obra, se ejercita el pacto comisorio o tiene lugar la resolución de la venta o permuta, el vendedor o permutante recuperará la propiedad con la obra declarada, tal y como ha reconocido la resolución de la Dirección General de 14 de septiembre de 2000.

1.1.4.6. Tanteo y retracto, venta con pato de retro y derecho de opción

Cuando existan derechos reales de tanteo y retracto, parece claro que el propietario es quien puede declarar la obra nueva por sí solo con arreglo a las normas generales antes expuestas y sin perjuicio de que, si se ejercitan dichos derechos de adquisición preferente, la propiedad que adquiere quien el ejercita el tanteo o el retrayente comprenderá la obra nueva declarada. Igual criterio cabe aplicar

en los supuestos de venta con pacto de retro y de derecho real de opción.

En la venta con pacto de retro debe tenerse en cuenta que el vendedor no podrá retraer sin abonar al comprador los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, conforme al artículo 1518 del Código Civil. El mismo criterio parece aplicable por analogía a los supuestos de tanteo, retracto y opción, salvo que se haya pactado válidamente otra cosa.

1.1.4.7. Sustitución fideicomisaria

Un supuesto especial es el del predio comprendido en una herencia o un legado sujetos a sustitución fideicomisaria. En estos casos, el fiduciario, como propietario que es de acuerdo con los artículos 781 y 789 del Código Civil, puede declarar por sí solo la obra nueva, sin perjuicio de que ésta pase junto con la finca en su momento al fideicomisario.

1.1.4.8. Reservas hereditarias

Lo mismo ocurre en las reservas hereditarias, tanto en la ordinaria de los artículos 968 y siguientes del Código Civil, como en la lineal del artículo 811. El reservista, como propietario de la finca, puede construir en ella y declarar la obra nueva, sin perjuicio de que a su fallecimiento la reserva despliegue su eficacia sobre la propia finca y sus accesiones.

1.1.4.9. Declararación de fallecimiento

Por último, el sucesor, como heredero o legatario, del declarado fallecido, es propietario de los bienes y pude construir en ellos y declarar la pertinente obra nueva, sin perjuicio de que, si aparece el fallecido, éste recobre sus bienes "en el estado en que se encuentren", según reza el artículo 197 del Código Civil.

1.2. La capacidad necesaria para declarar la obra nueva

Para exponer la capacidad de obrar necesaria para la declaración de obra nueva voy a referirme a la menor edad, al menor emancipado, a los incapacitados y a los concursados.

1.2.1. El menor de edad

Entrando ya en los supuestos concretos de capacidad e incapaci-

dad para declarar la obra nueva, el menor de edad no emancipado no tiene capacidad para ello. Conforme al artículo 322 del Código Civil, el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas por la Ley. En consecuencia, el menor de edad no tiene esa capacidad, sin perjuicio de lo dispuesto para determinados actos, para los que la Ley sí permite obrar al menor de edad no emancipado. Pero entre esos actos permitidos al menor por la Ley no está el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva.

1.2.2. El menor emancipado

Por lo que atañe al menor emancipado o habilitado de edad, dice el artículo 323 del propio Código que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, sin perjuicio de que no pueda realizar por sí solo los actos que el propio precepto enuncia, y entre los cuales no se encuentra la declaración de obra nueva. Por tanto, el emancipado puede otorgar escritura de declaración de obra nueva sin limitación.

1.2.3. Los incapacitados

Los incapacitados sujetos a tutela no pueden declarar obras nuevas, salvo que la sentencia de incapacitación expresamente se lo permita. Así se desprende del artículo 267 del Código Civil. En cuanto a los incapacitados sujetos a curatela y a los declarados pródigos, su capacidad para declarar por sí la obra nueva dependerá de los dispuesto en la sentencia en que se haya declarado tal situación, según resulta de los artículos 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 287 del Código Civil. Tanto en los supuestos de incapacitación como en los de prodigalidad sostengo que, si el incapacitado o pródigo puede según la sentencia realizar por sí actos de administración, puede también otorgar declaraciones de obra nueva, salvo que de la propia sentencia resulte otra cosa, por ejemplo cuando la sentencia requiera la intervención del curador o la representación del tutor para realizar actos inscribibles en el Registro de la Propiedad.

1.2.4. El concursado

Por lo que respecta al concurso de acreedores, el concursado en caso de concurso voluntario necesita para declarar obras nuevas la autorización o conformidad de los administradores concursales,

conforme a lo dispuesto en el número 1 del artículo 40 de la Ley Concursal, 22/2003, de 9 de julio. En caso de concurso necesario, dice el número 2 del mismo artículo 40 que se suspende el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, por lo que tampoco podrá escriturar la declaración de obra nueva. Los números 3 y 4 del artículo 40 prescriben que el Juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario, y que, a solicitud de la administración concursal y oído el concursado, podrá mediante Auto acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención y de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio.

En caso de aprobación del convenio, el número 2 del artículo 133 de la Ley Concursal determina que "desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso". Por tanto, cesarán las restricciones impuestas al concursado en orden a la administración de sus bienes. El artículo 137 añade que el convenio podrá establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor, con el alcance que determina el propio precepto. Por último, la conclusión del concurso también supone la cesación de las limitaciones de las facultades de administración y disposición del concursado, en los términos del artículo 178.1 de la Ley Concursal.

1.3. La representación en la declaración de obra nueva

Voy a referirme por separado a la representación legal, orgánica y voluntaria.

1.3.1. Representación legal

1.3.1.1. Patria potestad

Los padres puede declarar obras nuevas en nombre y representación de sus hijos menores de edad no emancipados, al amparo de la facultad general de representación que les corresponde según el artículo 162 del Código Civil. Los artículos siguientes a éste no imponen a los padres ninguna restricción a sus facultades representativas en relación con las declaraciones de obra nueva.

1.3.1.2. Tutela

El tutor o el tutor de los bienes, en su caso, representa al tutelado en la declaración de obra nueva por su carácter de representante y de administrador que establecen los artículos 267 y 270 del Código Civil. Los artículos 271 y 272 siguientes no exigen la autorización ni la aprobación judicial para el otorgamiento de la obra nueva.

1.3.1.3. El defensor del desaparecido

El defensor del desaparecido, conforme al artículo 181 del Código Civil, sólo representa al desaparecido en juicio y "en los negocios que no admitan demoras sin perjuicio grave". No parece que este sea el caso de la declaración de obra nueva, pues se trata de un negocio jurídico declarativo, salvo que pueda acreditarse que la falta de otorgamiento de la escritura de manera inmediata produzca un perjuicio grave. Puede ser el caso, por ejemplo, de un contrato previo que obligue a declarar la obra en un determinado plazo bajo pena convencional.

1.3.1.4. El representante del ausente

El representante del declarado ausente puede declarar la obra nueva sin mayores requisitos, pues ostenta su representación conforme al artículo 184 del Código Civil y la declaración de obra nueva no se encuentra entre los actos, todos de disposición, para los que el párrafo tercero del artículo 186 exige la autorización judicial.

1.3.1.5. La administración concursal

En materia de concurso de acreedores, cuando el concursado haya sido suspendido en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, será sustituido por los administradores concursales, según prevé el número 2 del artículo 40 de la Ley Concursal. En estos casos, la administración concursal representa al deudor y puede otorgar la escritura de declaración de obra, sin perjuicio de las facultades de supervisión de su actividad que corresponden al Juez conforme al número 4 del artículo 35 de la Ley.

1.3.2. Representación orgánica

1.3.2.1. Sociedades colectivas y comanditarias

Cuando se trate de sociedades colectivas, la declaración de obra

nueva corresponde otorgarla al gerente o gerentes estatutarios o a todos los socios colectivos solidariamente, actuando de consuno todos los que estén presentes. Así se desprende del artículo 129 del Código de Comercio, que establece que "si la administración de las compañías colectivas no se hubiere limitado por un acto especial a alguno de los socios, todos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes, los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad".

La misma regla es aplicable, pero sólo respecto de los socios colectivos, en las sociedades comanditarias, de acuerdo con lo dispuesto en los párrafos segundo y cuarto del artículo 148 del propio Código de Comercio.

1.3.2.2. Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada

Por lo que se refiere a las sociedades anónimas y limitadas, el órgano de administración está facultado para declarar obras nuevas porque ostenta la representación de la sociedad (artículo 233.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), y la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos (artículo 234.1). Actos comprendidos dentro del objeto social no son sólo los que encajan exactamente dentro de su literalidad, sino todos aquellos que son o pueden ser necesarios o convenientes para el desarrollo de tal objeto y no son claramente contrarios a él. Por ello, la declaración de obra nueva está amparada por todo objeto social.

El órgano de administración vendrá determinado por los estatutos de conformidad con el artículo 233 y concordantes de la Ley de Sociedades de Capital.

En cuanto a las sociedades en liquidación, el número 2 del artículo 379 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que "la representación de los liquidadores se extiende a todas aquellas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad". La declaración de obra nueva, en cuanto supone la constatación de la realidad de una finca propia de la sociedad, puede considerarse como acto necesario para la liquidación, tanto si se enajena dentro de la fase de liquidación como si es adjudicada a los socios en pago de su cuota de liquidación.

1.3.2.3. Sociedades civiles

Para que una sociedad civil pueda declarar una obra nueva se requiere que sea propietaria de la finca sobre la que se declara o que tenga un derecho real que la habilite para construir y declarar la obra, y ello a su vez requiere que tenga personalidad jurídica, lo que deberá acreditarse para que pueda autorizarse la escritura. La representación corresponderá al socio o a los socios a quienes se haya atribuido, o bien a todos, conforme a los artículos 1692 a 1695 del Código Civil.

Por otro lado, para poder declarar obras nuevas, la sociedad civil deberá constar en escritura pública, de acuerdo con el artículo 1667 del Código Civil, y las facultades representativas de quienes otorguen la escritura deben constar también en escritura pública, por aplicación del número 5.º del artículo 1280 del Código Civil. Téngase en cuenta a estos efectos, que para el Código los gestores de la sociedad siguen siendo mandatarios de los socios.

1.3.2.4. Sociedades cooperativas

La Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, prevé en el número 1 de su artículo 32 que corresponde al Consejo Rector la representación de la Cooperativa, y que la representación se extiende al objeto social. El número 2 añade que el Presidente es el representante legal de la cooperativa, dentro de las facultades que le confieran los Estatutos y los acuerdos de la Asamblea General y del Consejo Rector. El número 1 prevé también para las cooperativas de menos de diez socios que puedan designar un Administrador Único, que habrá de ser socio.

Por lo que se refiere a la Ley de Cooperativas de la Región de Murcia, 8/2006, de 16 de noviembre, su artículo 48 determina que el Consejo Rector es el órgano colegiado de gobierno al que corresponde la representación de la sociedad. No obstante, en aquellas cooperativas cuyo número de socios sea inferior a cinco, los Estatutos sociales podrán establecer que uno de ellos sea Administrador Único, que asumirá las competencias y funciones previstas en la Ley para el Consejo Rector, su Presidente y Secretario. El poder de representación corresponde al Administrador Único; y, en caso de Consejo Rector, su Presidente y, en su caso, su Vicepresidente, ostentarán la representación legal de la entidad dentro del ámbito de facultades que les atribuyan los Estatutos sociales, y las concre-

tas que para su ejecución resulten de los acuerdos de la Asamblea General o del Consejo Rector. No obstante, los Estatutos sociales podrán atribuir el poder de representación al propio Consejo Rector, que actuará colegiadamente, o a uno o varios miembros del mismo a título individual o conjunto. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos sociales, así como a aquellos actos relativos al desarrollo de la cooperativa. Cualquier limitación de las facultades representativas de los miembros del Consejo Rector o del Administrador, aunque se halle inscrita en el Registro, será ineficaz frente a terceros.

Conforme a lo dicho para las sociedades mercantiles, la declaración de obra nueva queda dentro del objeto social, y puede ser llevada a efecto por el Presidente o Vicepresidente con acuerdo del Consejo Rector o por el Administrador Único.

1.3.2.5. Comunidades de bienes con fines comerciales, industriales o profesionales

Estas comunidades no tienen una regulación propia fuera de la general de la comunidad de bienes y de lo válidamente pactado. No tienen personalidad jurídica y tampoco establece la Ley, ni pueden establecer los comuneros, un régimen de representación orgánica. Como consecuencia de todo ello, la comunidad propiamente dicha no puede declarar obras nuevas, y habrían de declararlas la totalidad de los comuneros, por sí o por apoderado con poder bastante que conste en escritura pública, conforme a las reglas generales del Código Civil en materia de comunidad de bienes.

1.3.2.6. Asociaciones

La Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, determina en su artículo 11.4 que existirá un órgano de representación, integrado por asociados, que gestione y represente los intereses de la asociación. El artículo 12.a) añade que las facultades de este órgano de representación se extenderán a todos los actos propios de las finalidades de la asociación, siempre que no requieran conforme a los Estatutos autorización expresa de la Junta General.

Este órgano de representación, llamado habitualmente Junta Directiva, tendrá, por tanto, facultades para declarar obras nuevas, salvo disposición en contrario de los Estatutos. Siendo órgano co-

legiado, actuará por ella su Presidente o miembro especialmente delegado justificando el correspondiente acuerdo de la misma.

1.3.2.7. Fundaciones

Rige en esta materia la Ley del Estado 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. De acuerdo con su artículo 14.2, corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación. El artículo 16.1 prevé la delegación por el Patronato de facultades en uno o varios de sus miembros, excluyendo, entre otras, las que precisan aprobación del Protectorado. Con arreglo al artículo 19.2, la administración y disposición de los bienes corresponde al Patronato, pero, conforme al 21.1, se requiere la aprobación del Protectorado para enajenar o gravar los bienes y derechos que formen parte de la dotación fundacional o que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales.

No siendo necesaria por tanto la aprobación del Protectorado para la declaración de obra nueva, la escritura podrá ser otorgada por el Patronato o su miembro o miembros delegados. Por el patronato podrá actuar su Presidente o miembro específicamente delegado, justificando el correspondiente acuerdo.

1.3.2.8. Propiedad horizontal

Otro supuesto de representación orgánica es la que ostenta el Presidente de la comunidad de propietarios en los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal. Pero las especialidades de esta comunidad ya las he abordado anteriormente, por lo que me remito a lo antes dicho.

1.3.2.9. La Iglesia católica y los entes eclesiásticos

Con base en el artículo 1 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979 se pueden distinguir tres categorías de personas jurídicas eclesiásticas:-

1.º Las personas morales integradas en la jerarquía ordinaria de la Iglesia, que son la Santa Sede, las Diócesis, las Parroquias y las demás circunscripciones territoriales. El precepto citado dispone que la Iglesia puede crear, modificar o suprimir diócesis, parroquias y otras circunscripciones territoriales, que gozarán de personalidad

jurídica civil en cuanto la tengan canónica y ésta sea notificada a los órganos competentes del Estado.

La representación de la Santa Sede corresponde al Romano Pontífice, que ostenta la potestad ordinaria suprema, plena, inmediata y universal (canon 331 del Código de Derecho Canónico), y a las Sagradas Congregaciones, según su competencia establecida por ley particular (canon 360). La representación de la Diócesis corresponde al Obispo diocesano (canon 393); cuando éste esté ausente o impedido, podrá ser sustituido por el Obispo Coadjutor o el Obispo auxiliar dotado de facultades especiales (canon 405); vacante la sede, la representación corresponde al Administrador diocesano (canon 427) y, mientras no es designado, al Obispo auxiliar más antiguo (canon 419). La representación de la Parroquia corresponde al Párroco (canon 532). Por aplicación analógica del artículo 168.tercera del Reglamento Notarial, dichos representantes no precisarán presentar al Notario documentos que justifiquen su cargo cuando al Notario le conste por notoriedad.

2.º La Conferencia Episcopal Española, a la cual el Estado reconoce personalidad jurídica de conformidad con los Estatutos aprobados por la Santa Sede.

3.º Las Ordenes, Congregaciones religiosas y otros Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas y de las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas, a las que se reconoce personalidad jurídica una vez inscritas en el Registro de Entidades Religiosas. En este Registro constarán, entre otras circunstancias, los órganos representativos, régimen de funcionamiento y facultades de dichos órganos. En materia de fundaciones, debe tenerse en cuenta además lo dispuesto en el Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero de Fundaciones Religiosas de la Iglesia Católica.-

Siendo la declaración de obra nueva, como ya se ha expuesto, acto de administración, no se aplicará a la misma el régimen de autorizaciones del superior jerárquico que para los actos de enajenación establece el canon 1291 del Código de Derecho Canónico.

1.3.2.10. Las entidades religiosas no católicas

Se rigen por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Conforme al artículo 5 de la misma, las Iglesias, Con-

fesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia. En este Registro constarán, entre otras circunstancias, su régimen de funcionamiento y órganos representativos, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación. En consecuencia, la justificación de la personalidad jurídica y de las facultades de los representantes tendrá lugar mediante certificación de dicho Registro.

1.3.2.11. Las personas jurídicas de Derecho Público

Aunque el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público pueden declarar las obras en escritura pública, también pueden hacerlo mediante documento administrativo, y este es el cauce habitual que utilizan. Por eso no conviene realizar ahora un completo desarrollo de la representación de estas entidades y me voy a limitar a enunciar la normativa por la que se rige en los diferentes supuestos. Para ello voy a distinguir entre las siguientes:

1. El Estado. Como normas fundamentales, la representación del Estado se rige por la Constitución; por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno; y por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado.

2. Las Comunidades Autónomas. Su representación se rige por los respectivos Estatutos de Autonomía y por las correspondientes leyes autonómicas reguladoras de su régimen jurídico.

3. La provincia, el municipio y las demás entidades locales. Su representación se rige por la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local y, en su caso, por la correspondiente legislación autonómica.

4. Las demás personas jurídicas de Derecho Público. Los organismos públicos (que pueden ser organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales) se rigen con carácter

general por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, normativa autonómica y la Ley de Bases de Régimen Local, según su naturaleza. Los Colegios profesionales se rigen por la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los mismos. Y las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, están sujetas a la Ley 3/1993, de 22 de marzo, y a la correspondiente legislación autonómica.

1.3.3. Representación voluntaria

Es la que se lleva a cabo por medio del negocio jurídico de poder o apoderamiento. El poder debe constar en escritura pública, conforme a lo dispuesto en el número 5.º del artículo 1280 del Código Civil, y debe atribuir al apoderado facultades representativas suficientes para el otorgamiento.

No se plantea ningún problema cuando el poder comprende expresamente la facultad de declarar obras nuevas. Sí pueden plantearse cuando en el poder no figura esa facultad expresa. Facultades genéricas como la de disponer de inmuebles o alterarlos, realizar actos de riguroso dominio u otras semejantes parece que conllevan la de realizar obras y, en consecuencia, la de declararlas.

Pero la cuestión está en determinar si la mera facultad de administrar bienes permite al apoderado declarar obras nuevas. Y ello depende, a mi modo de ver, de la interpretación que se dé a los dos primeros párrafos del artículo 1713 del Código Civil, que establecen lo siguiente: "El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso".

No he encontrado jurisprudencia del Tribunal Supremo que se pronuncie sobre si la declaración de obra nueva es o no acto de riguroso dominio. Únicamente la sentencia de 24 de marzo de 1960 considera que el apoderado para administrar no tiene facultades para realizar unas reparaciones de tal envergadura que alteran sustancialmente el objeto administrado. Si tal reparación excede el acto de mera administración, habrá que entender que, según ese criterio, el apoderado con la mera facultad de administrar no puede construir obras nuevas amparado en su poder.

Ahora bien, una cosa es la construcción y otra la declaración de obra nueva, con la cual sólo se pretende (y se prueba en los

términos que exige la Ley) constatar frente a todos, documental y registralmente, la presencia en la finca de una obra que existe en la realidad. Y ello conlleva además una mayor protección del patrimonio del poderdante, pues la obra nueva gozará de la protección registral, y la correspondencia de la situación escrituraria y registral de la finca con la realidad. Por tanto, no parece que haya inconveniente en que el apoderado declare obras nuevas realizadas u ordenadas personalmente por el propietario poderdante o por anteriores propietarios de los que traiga causa. Y tampoco creo que lo haya cuando se trate de obras ejecutadas por el propio apoderado, sin perjuicio de que pueda el poderdante en este caso impugnar el contrato o los contratos de obra, exigir la reposición de la finca a su estado primitivo y reclamar los daños y perjuicios causados, incluidos los gastos e impuestos ocasionados por la declaración de obra nueva, y ello al amparo de los artículos 1714, 1259 y 1101 del Código Civil.

Por otro lado, los artículo 93.4 y 94.2 del Reglamento Hipotecario, en relación con el 1384 del Código Civil, aunque de rango reglamentario y referidos a otra cuestión cual es la inscripción de los bienes gananciales, abonan la tesis que mantengo de que la declaración de obra nueva como tal es acto de administración comprendido en la facultad genérica de administrar bienes.

En contraposición a la tesis que acabo de defender, las resoluciones del Centro Directivo de 28 y 29 de noviembre de 2013 consideran que la declaración de obra nueva es acto de riguroso dominio. Llevando esta posición hasta sus últimas consecuencias, el artículo 1713 del Código Civil exigiría mandato expreso para la simple declaración de obra nueva y no sería bastante el poder para administrar bienes.

Otra cuestión a examinar es la de si el apoderado facultado para vender, para donar o para enajenar de cualquier otro modo está facultado para declarar obras nuevas sobre las fincas objeto de su poder. Yo considero que sí. Me baso para ello en lo dispuesto en los artículos 208 de la Ley y 308 del Reglamento Hipotecario, que permiten declarar la obra nueva dentro de la escritura de enajenación de la finca y como contenido propio de la misma. Es más: considero que incluso pueden declarar la obra nueva en escritura previa y separada, por cuanto la adaptación de la descripción formal y registral de la finca a la realidad parece una actividad adecuada para la

realización de la enajenación y necesariamente complementaria de la misma; téngase en cuenta una vez más, que la existencia y legalidad de la obra han de venir justificadas en la escritura de acuerdo con lo previsto en la Ley.

No entro a examinar los supuestos de declaración de obra nueva sin poder o con poder insuficiente, ni a la figura del mandatario verbal, pues son cuestiones generales del Derecho Civil y del Derecho Notarial que no presentan ninguna especialidad en la materia objeto de nuestro estudio.

2. Elementos reales

Voy a tratar, como elementos reales de la escritura de declaración de obra nueva, la finca objeto de la misma, la obra declarada y la necesaria coherencia de la obra con la finca y con el derecho con base en el cual se declara.

2.1. La finca sobre la que se declara la obra

Por definición la obra nueva debe declararse sobre una finca preexistente a la propia obra. La finca puede estar inscrita o no. No hay inconveniente en declarar una obra nueva sobre finca no inscrita en el Registro de la Propiedad. Lo que ocurre es que la obra no se podrá inscribir hasta que no se inmatricule la finca a favor del declarante. En estos casos es conveniente basarse en la certificación catastral de la finca, pues la inmatriculación de la finca exige en todo caso la coincidencia de la misma con su descripción catastral. También es posible declarar la obra sobre finca que tampoco esté catastrada, sin perjuicio de que la inmatriculación requiera el previo acceso de la finca al Catastro. En estos casos, para evitar su posible responsabilidad, es conveniente que el Notario advierta expresamente que la escritura no accederá al Registro de la Propiedad sin que se cumplan los requisitos dichos.

También es posible declarar la obra nueva sobre finca que no esté inscrita a nombre del declarante. Esta obra nueva no se inscribirá hasta que la finca lo esté a nombre de dicho declarante, por aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Téngase en cuenta que, si el declarante no es propietario de la finca al tiempo del otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva, tal declaración será nula, por lo que, en el caso de que el declarante adquiera

con posterioridad a la declaración la propiedad de la finca, deberá prestar un nuevo consentimiento a la declaración de obra nueva. También es conveniente que el Notario formule las correspondientes advertencias.

La descripción de la finca sobre la que se declara la obra se hará en todo caso con los elementos descriptivos que exigen los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, a los que además remite el artículo 170 del Reglamento Notarial.

2.2. La obra declarada

Ni el artículo 208 de la Ley Hipotecaria, ni el artículo 308 de su Reglamento determinan los elementos mínimos que debe contener la descripción de la obra declarada. Ha sido el llamado Reglamento Hipotecario Urbanístico (o Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística) el que ha regulado tal descripción.

Conforme al artículo 45 del mismo, deberán constar en la escritura y en la inscripción "al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados, y, si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente".

La expresión "al menos " del precepto, permite que puedan constar muchas otras características de la construcción declarada además de las enunciadas, que tienen el carácter de mínimas para obtener la inscripción y mínimas también para constatar en la escritura por la remisión que a la legislación hipotecaria hace el artículo 170 del Reglamento Notarial.

La resolución de la Dirección General de 14 de enero de 2013 ha tenido que declarar expresamente que, para la inscripción de la obra nueva de una vivienda unifamiliar, debe constar el número de plantas y la superficie construida total, sin que sea necesario constatar la superficie construida por planta.

2.3. La coherencia con la finca y con el derecho

La descripción de la obra nueva debe responder a una idea de coherencia física y a otra de coherencia jurídica. La primera hace

alusión a que la obra que se declara debe ser compatible con la realidad física de la finca sobre la que se declara. Así, la obra nueva no podrá ocupar en planta una superficie superior a la de la propia finca, ni reflejar unas dimensiones contradictorias con las del solar, como ocurrirá si se constata el frente de la edificación y es superior al frente constatado para el solar. El propio artículo 20 de la Ley Hipotecaria y los artículos 170 y siguientes del Reglamento Notarial justifican esta idea. Por otro lado, hay que tener en cuenta la posibilidad de existencia de fincas en talud y escalonadas, que dan lugar a veces a supuestos curiosos, como que la finca tenga mucha más superficie en las plantas altas que en la planta baja (8).

La coherencia jurídica alude, por un lado, a que no haya derechos que limiten el dominio de forma que hagan imposible la obra nueva que se declara, y, por otro, a que cuando se declara la obra con base en un derecho distinto del dominio, aquél legitime al declarante para declarar la obra tal y como lo hace. Esta coherencia jurídica la imponen los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria y los artículos 170 y 172 del Reglamento Notarial.

El primero de los aspectos citados impide la declaración de la obra nueva de manera que alcance a zonas de la finca afectadas por servidumbres. Por otro lado, en cuanto al segundo aspecto, la declaración de obra nueva con base en alguno de los derechos reales que la permiten exige que la obra se corresponda en todos sus aspectos constructivos y también en la dimensión temporal con el derecho que le sirve de base.

3. Elementos formales

3.1. La escritura pública

Como el presente trabajo tiene por objeto precisamente la escritura de declaración de obra nueva, no me corresponde aquí sino

(8) En el conocido y literario Paseo de la Muralla de Cartagena, prácticamente colgados del Monte de la Concepción, hay edificios cuyas plantas altas tienen mayor superficie que la planta baja, debido a la excavación escalonada de la ladera. Del propio modo mi hermana María Jesús recuerda de su etapa como oficial de la Notaría de un pueblo de montaña el estupor que le causó la descripción de una casa de varias plantas, de la cuales precisamente la tercera estaba destinada a cuadra.

remitirme a las reglas generales de la legislación notarial y, como requisitos específicos y a la forma de hacerlos constar en el instrumento, a los que establece la legislación en los distintos supuestos de obra terminada, de obra en construcción y posterior declaración de terminación de la misma, y de obra nueva antigua, cuyos requisitos voy a tratar seguidamente.

Cabe recordar de todos modos que la escritura pública viene exigida como forma para la declaración de obra nueva por el número 1.º del artículo 1280 del Código Civil.

La declaración de obra nueva es un negocio jurídico unilateral distinto del contrato de obra y de los contratos de suministro de materiales y dirección técnica que dan lugar a la construcción. Por eso en la declaración de obra nueva propiamente dicha no hay contraprestación y no habrá que justificar los medios de pago en los términos del artículo 24 de la Ley del Notariado.

3.2. El documento administrativo

El párrafo segundo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria dispone que "mediante certificación administrativa, librada en los términos indicados en el párrafo anterior y con los demás requisitos en cada caso establecidos, podrán inscribirse la declaración de obra nueva, mejoras y división horizontal de fincas urbanas, y, siempre que no afecten a terceros, las operaciones de agrupación, división, agregación y segregación de fincas del Estado y de los demás entes públicos estatales certificantes".

Las Comunidades Autónomas y las entidades locales también podrán declarar la obra nueva por vía de certificación administrativa. El párrafo segundo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria no las menciona, lo mismo que el artículo 37.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, aplicable con carácter general a todas las Administraciones en los términos del número 2 de su disposición final segunda, no menciona expresamente dentro del régimen de certificación administrativa la declaración de obra nueva. Pero la remisión genérica que hace al artículo 206 de la Ley Hipotecaria abarca también su párrafo segundo, por lo que de esa manera un tanto compleja establece la aplicación de la certificación administrativa.

La expresión "podrán inscribirse" del artículo 206 de la Ley Hipotecaria ha de llevarnos a concluir que, aunque el Estado y sus entes

pueden recurrir a la certificación administrativa, pueden también declarar la obra nueva válidamente en escritura pública.

Y por último, aunque la redacción literal del precepto no es suficientemente clara al respecto, cuando el Estado o sus entes concurran a la declaración de obra nueva con terceras personas por hallarse en situación de comunidad sobre la finca objeto de la obra nueva, también será necesaria la escritura pública y no podrá constar la declaración de obra nueva en certificación administrativa.

3.3. El documento judicial

El documento judicial no parece que pueda ser vehículo adecuado para la declaración de obra nueva ni para su acceso al Registro de la Propiedad. Aunque una sentencia declare la existencia de la obra nueva, su declaración formal sigue siendo un acto voluntario que exigirá el otorgamiento de la correspondiente escritura para su acceso al Registro. Por su parte, los expedientes de dominio tienen una finalidad específica de inmatricular, reanudar el tracto sucesivo interrumpido o constatar el exceso de cabida.

No obstante, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 1991 admitió como título hábil para la inscripción de una obra nueva el auto por el que se declaraba el dominio en un expediente de dominio para la reanudación del tracto.

Por último, es doctrina reiterada de la Dirección General que la inmatriculación de fincas que contengan edificaciones, comprendiéndose expresamente la inmatriculación en virtud de expediente de dominio, requiere, para la inscripción de dichas edificaciones, el cumplimiento de los requisitos legal y reglamentariamente exigidos para la declaración de obra nueva. Así se pronuncian entre otras las resoluciones de 17 de febrero y 6 de julio de 2005, 4 de mayo de 2006 y 10 de junio de 2007.

3.4. El documento privado

Cabe en la práctica un documento privado de declaración de obra nueva, el cual sólo hará prueba contra el que lo haya escrito, según el artículo 1228 del Código Civil, y no tendrá por sí solo fecha fehaciente, conforme al 1227. Al no tratarse de un contrato, nadie puede compeler al firmante del documento, sobre la base del mero documento privado, a llenar la forma pública conforme al artículo 1279.

El documento privado de declaración de obra nueva no puede tener acceso al Registro de la Propiedad de acuerdo con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, y podría acceder únicamente al Catastro cumpliendo los requisitos exigidos por la normativa reguladora de éste.-

VI. LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA TERMINADA

Los requisitos de la obra nueva terminada están contenidos en el número 1 del artículo 20 de la Ley del Suelo, redactado por el artículo 24 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (9). Y están también en los artículos 7, 19 y 20 y en la disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, redactada la disposición adicional segunda por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

De acuerdo con esa normativa, los requisitos que debe cumplir e incorporar la escritura de declaración de obra nueva terminada son los siguientes:

1.º El acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa.

2.º El certificado de técnico competente acreditativo de que la obra está terminada y lo ha sido conforme al proyecto aprobado.

3.º La justificación del cumplimiento de los requisitos legales para la entrega y las autorizaciones administrativas necesarias para su destino al uso previsto.

(9) Aunque la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, ha dado nueva redacción al artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal, no ha tocado su número 1, que mantiene la redacción de 2011.

4.º El cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética.

5.º La entrega del libro del edificio.-

6.º La contratación y vigencia de los seguros de la construcción.

Paso a desarrollar estos requisitos por separado.

1. El acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa

El número 1 del artículo 20 de la Ley del Suelo en sus dos primeros párrafos establece que para autorizar escrituras de declaración de obra nueva terminada "los Notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística". En este mismo sentido, el número 1 del artículo 46 del Reglamento Hipotecario Urbanístico exige para la inscripción de la obra nueva "que se acredite la obtención de la licencia correspondiente, salvo que legalmente no fuere exigible".

Para el estudio de este requisito voy a tratar del ámbito de aplicación temporal en relación con el cual es exigible, al contenido de la licencia y al modo de hacerla constar en la escritura de declaración de obra nueva.

1.1. Fundamento

La exigencia de la licencia de obra es consecuencia de la necesidad de que no consten en escritura pública ni accedan al Registro de la Propiedad obras nuevas contrarias a la legalidad por haberse construido sin cumplir un requisito exigido por la Ley como es el de la obtención de la correspondiente licencia, requisito que viene impuesto por el ordenamiento jurídico desde muchos años antes de que se estableciera la necesidad de constatar su cumplimiento en la escritura y en la inscripción.

1.2. Ámbito temporal de aplicación

El precepto del número 1 del artículo 20 de la Ley del Suelo es claro al exigir al Notario comprobar e incorporar a la escritura la licencia de obra. Podemos preguntarnos si existe algún régimen

transitorio en relación con otras anteriores a la entrada en vigor de esta Ley o a la entrada en vigor de leyes anteriores que impusieron la necesidad de la licencia de obra.

La primera Ley que impone al Notario la obligación de incorporar la licencia de obra a la escritura de declaración de obra nueva es la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoración del suelo, en su artículo 25.2. Este precepto prohíbe al Notario autorizar la escritura de declaración de obra nueva sin que se aporte la licencia, y al Registrador de la Propiedad inscribir sin que se acredite dicho requisito.

La disposición transitoria novena de la Ley 8/1990, que luego pasó a la disposición transitoria quinta del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y la Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y declarada constitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, establece que las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular.

Yendo, a mi modo de ver, un poco más allá de lo que la disposición transitoria expresada dice, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado reiteradamente en relación con la inscripción de construcciones realizadas durante la vigencia de la legislación anterior a la Ley 8/1990 sobre reforma del régimen urbanístico, que esta nueva normativa no se puede imponer a situaciones ya existentes antes de su entrada en vigor, por lo que pueden inscribirse y, por supuesto, escriturarse obras nuevas que se hubieran terminado materialmente antes de la entrada en vigor de dicha Ley 8/1990, porque del examen del articulado de esta Ley se desprende que dicha norma se refiere a las edificaciones construidas después de su entrada en vigor. En este sentido se han pronunciado las resoluciones de 4 de febrero de 1992, 4 de marzo de 1996, 22 de julio de 1998 y 4 de febrero de 2002. Con ello, se está aplicando analógicamente la disposición transitoria primera del Código Civil en cuanto establece que "se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca".

Pero dichas resoluciones exigen para la inscripción de estas obras nuevas terminadas con arreglo al Derecho anterior a 1990 que se acredite mediante documento oficial o certificación administrativa que la obra se ha realizado antes de la entrada en vigor de la Ley citada y cumpliendo con lo dispuesto en la normativa en esos momentos aplicable. Las mismas resoluciones reconocen que en estos casos cabe recurrir a esta certificación administrativa para inscribir con arreglo a la legislación anterior a 1990, o bien declarar la obra y pedir la inscripción como obra nueva antigua o sin licencia al amparo del número 4 del artículo 20 de la actual Ley del Suelo.

Debe tenerse en cuenta que para la inscripción al amparo del Derecho anterior a la Ley 8/1990 no basta con certificación de técnico competente, del Catastro o acta notarial, que sí bastaría para la inscripción al amparo del número 4 del artículo 20 de la actual Ley del Suelo. Será necesario un documento oficial o una certificación administrativa, y no parece necesario que este acto administrativo deba incorporar una certificación, un informe ni un juicio técnico.

1.3. El contenido del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa

Tenemos que preguntarnos ahora qué debemos entender por lo que llama el número 1 del artículo 20 de la Ley del Suelo estatal "acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística".

Como las Comunidades Autónomas han asumido, al amparo del artículo 148.1.3.º de la Constitución la competencia en materia de "ordenación del territorio, urbanismo y vivienda", hemos de recurrir en esta materia a la legislación de nuestra Comunidad Autónoma. Y la norma fundamental es el Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia.

El artículo 207 de del Texto Refundido determina que la legitimidad de los actos de construcción y edificación presupone la obtención de licencia, orden de ejecución o autorización administrativa del correspondiente proyecto técnico cuando sea exigible. Paso a examinar estos tres conceptos de licencia, orden de ejecución y autorización administrativa.

1.3.1. La licencia

1.3.1.1. Régimen general de la licencia de obra

Por lo que se refiere a la licencia, el artículo 214 establece que dentro de las licencias municipales se distinguen las siguientes modalidades: licencia urbanística, licencia de actividad y licencia de primera ocupación. Ahora toca tratar sólo de la licencia urbanística, sin perjuicio de que un poco más adelante haya que aludir a las otras dos. En relación con aquella, el apartado a) del artículo 214 dice que la licencia urbanística "se exigirá para todo acto de construcción, reforma o demolición de edificios o instalaciones que se realicen en el suelo o en el subsuelo, conforme a lo previsto en esta Ley y en los planes urbanísticos".

El artículo 221 del Texto Refundido regional determina qué actos están sujetos a licencia, y lo están todos los de edificación, construcción y demolición. El número 4 del artículo 216 prescribe que cuando los actos de edificación y uso del suelo se realicen en terrenos de dominio público o en sus zonas de afección también se requerirá licencia; y el número 1 del artículo 223, que los actos promovidos por administraciones públicas distintas de la municipal o por entidades de Derecho Público estarán sujetas a licencia, salvo en los supuestos exceptuados en el apartado siguiente o por la legislación sectorial aplicable. El número 2 exceptúa de licencia las obras promovidas por la Administración Regional o por entes públicos que administren bienes de aquélla, siempre que tengan por objeto la construcción o acondicionamiento de infraestructuras básicas de uso y dominio público, tales como carreteras, puertos u obras hidráulicas y de transportes.

El número 5 del artículo 216 determina que se podrán otorgar licencias parciales para las distintas fases de una construcción que resulten técnica y funcionalmente independientes.

Por su parte el artículo 215 distingue a efectos de licencia entre obras mayores y menores. Las declaraciones de obra nueva, incluidas aquellas en que la obra que se declara es sólo ampliación de otra, requerirán, salvo en muy contadas ocasiones, licencia de obra mayor. Sólo bastaría licencia de obra menor si se aumentara o disminuyera el número de habitaciones de una vivienda o de un local como consecuencia de la demolición o construcción de tabiques, y téngase en cuenta que, aunque la expresión en la descripción de la

obra del número de habitaciones es frecuente en la práctica, no la exige el artículo 45 del Reglamento Hipotecario Urbanístico.

Las resoluciones de la Dirección General de 4 de febrero y 14 de diciembre de 1992 consideran que es obra nueva y está sujeta a licencia la creación de una nueva planta por división de la planta baja. Así resulta también del artículo 45 del Reglamento Hipotecario Urbanístico de 1997. La resolución de 27 de febrero de 2008 considera que una licencia para realizar varias viviendas habilita para declarar menos viviendas de las que son objeto de la licencia.

Dice el artículo 217 del Texto Refundido regional en su número 1 que la competencia para otorgar las licencias corresponderá a los órganos competentes de la Administración Local, de acuerdo con su legislación aplicable. Por tanto, la licencia debe haber sido expedida por el órgano competente del Ayuntamiento, conforme a la legislación de régimen local y a las delegaciones que, en su caso, se hayan producido.

La licencia debe describir la finca a que se refiere de manera suficiente para identificarla y para concluir que es la misma a la que se refiere la escritura, descrita esta según exige la legislación notarial e hipotecaria. No es necesario que la licencia contenga la descripción completa, ni la referencia catastral, ni los datos de inscripción registral de la finca a la que se refiere. Debe, por último describir, al menos someramente, la obra cuya realización se autoriza.

Cabe plantear también si la licencia debe estar expedida a nombre de quien la declara o bien puede estarlo a nombre de otras personas, por ejemplo, a nombre de un titular anterior de la finca. Son argumentos a favor de considerar que no es necesario que la licencia se haya otorgado al declarante de la obra el hecho de que el requisito de la licencia y del mantenimiento de la legalidad urbanística va ligado a la finca y a la obra, y la norma del número 2 del artículo 216 del Texto Refundido regional, que dispone que "las licencias se otorgarán dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero". Sin embargo, creo que es necesario que la licencia esté a nombre del declarante. Así cabe desprenderlo del número 1 del artículo 216 del texto Refundido regional, en cuanto dice que "los interesados habrán de solicitar licencia urbanística", y de la consideración de que el derecho a construir corresponde únicamente al propietario o a la persona habilitada por determinado derecho real, según quedó expuesto más arriba. Si cambia el titular de la finca

una vez obtenida la licencia, será necesario solicitar la modificación de la misma en cuanto al cambio de titular. Sin embargo, esta aseveración admite las siguientes excepciones:

1.º A los herederos les vale la licencia obtenida por su causante con base en el artículo 661 del Código Civil.

2.º Los comuneros, los coherederos y los cónyuges en régimen de gananciales u otro equivalente pueden utilizar la licencia obtenida sólo por uno o por algunos de ellos, por cuanto los actos realizados por uno de los comuneros beneficia a la comunidad.

3.º En los supuestos sociedad de gananciales liquidada, creo que el cónyuge adjudicatario de la finca podrá declarar la obra nueva con base en la licencia obtenida durante el régimen de gananciales por el otro consorte; sin perjuicio del efecto retroactivo del acto particional a la fecha de la adquisición, conforme a los artículos 1068 y 1410 del Código Civil, los actos de administración realizados por el cónyuge titular surten efectos para ambos conforme al artículo 1384.

4.º Del mismo modo, la licencia obtenida por un comunero o coheredero durante la indivisión puede servir al adjudicatario final, sobre la base del mismo principio de que todo comunero y coheredero puede hacer válidamente los actos que beneficien a la comunidad.

En aquellos supuestos en que consta en el antetítulo o en el Registro de la Propiedad la existencia de una construcción anterior sobre la finca, cabe preguntar si, para declarar una nueva obra nueva, es necesario justificar la licencia de demolición de aquella obra anterior. Debemos recordar que el artículo 221 del Texto Refundido murciano considera sujeta a licencia la demolición de edificaciones, a lo que añade el número 2 del artículo 230 que, en los supuestos de demolición indebida, la restauración de la legalidad urbanística consistirá en la reconstrucción de lo demolido.

No considero que sea necesario acreditar en la escritura de declaración de obra nueva la licencia de demolición de la obra anterior que conste escriturada o inscrita, por cuanto ni el artículo 20 de la Ley del Suelo estatal ni ningún otro precepto estatal o autonómi-

co, exige tal requisito para el otorgamiento de la escritura o para la inscripción. Téngase en cuenta que, como consecuencia de las competencias estatales exclusivas en esas materias, el artículo 209 del Texto Refundido de la Ley del Suelo murciana establece que "la autorización notarial y la inscripción registral de los actos de naturaleza urbanística se sujetarán a las previsiones de la legislación notarial, hipotecaria y urbanística estatal". Por otro lado, el otorgamiento de una licencia de obra incompatible con la construcción anterior parece que conlleva la de demolición de dicha construcción incompatible.

Otra cuestión que puede plantear la licencia es que venga condicionada. La resolución de la Dirección General de 14 de julio de 2009, en un caso en que la licencia se condicionaba a la cesión de una parte de la finca para viales, ha afirmado que, cuando la licencia se otorga con sujeción a la condición especificada, si dicha condición no se cumple, la licencia ha de entenderse denegada. Rafael Arnaiz Ramos critica esta resolución y considera que esa licencia condicionada no impide la inscripción de la obra nueva y que el deber a cuyo cumplimiento viene condicionada debe acceder al Registro por medio de la nota marginal del artículo 74 del Reglamento Hipotecario Urbanístico (10).

Por su parte, la resolución de 6 de febrero de 2013, con base en una licencia de obra condicionada a que el sótano no se destinara a vivienda, cuya condición accede al Registro al amparo del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal, considera que la obra posterior que implica el destino de dicho sótano a vivienda no puede inscribirse al amparo del artículo 20.4 de la misma Ley, por cuanto la licencia sigue vigente y está publicada por el Registro.

1.3.1.2. Modificación de la licencia y licencia obtenida a *posteriori*

La licencia puede ser modificada y puede también otorgarse a posteriori, esto es, una vez iniciada la construcción e incluso una vez terminada. El artículo 228 del Texto Refundido regional se refiere a las actuaciones concluidas sin licencia o incumpliendo sus deter-

(10) Arnaiz Ramos, Rafael: "La inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva", Hospitalet de Llobregat, 2013, pp. 96 y ss.

minaciones, y establece en su número 1 que en estos supuestos se incoará el correspondiente expediente sancionador con la pieza separada de restablecimiento del orden infringido.

Dispone el número 2 del mismo artículo que, en el plazo de dos meses desde la notificación de la incoación del expediente, el interesado deberá ajustar las obras a la licencia, o solicitar la concesión de la oportuna licencia o su modificación. Añade que el mismo requerimiento se efectuará cuando no hubiesen transcurrido más de cuatro años desde la total terminación de las obras realizadas sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones.

Aunque no lo diga el precepto de manera expresa, está fuera de toda duda, y así lo subrayan López Pellicer, Pérez Alcaraz y López Cánovas, que el interesado podrá pedir la licencia o la modificación de la que ya tenía por propia iniciativa y sin necesidad de requerimiento (11).

Por otro lado, dado que el párrafo tercero del número 2 del artículo 228 previene que el transcurso del plazo de cuatro años no conllevará la legalización de las obras, que quedarán sujetas al régimen de fuera de ordenación, habrá que entender que el interesado, aún después de transcurridos los cuatro años desde la terminación, podrá pedir la licencia o la modificación de la licencia infringida, a los solos efectos de conseguir la declaración de la obra como dentro de ordenación.

Estas licencias obtenidas a posteriori, llamadas habitualmente licencias de legalización, y la licencia inicial junto con la de modificación o las de modificación cumplen el requisito que estamos estudiando de que la obra declarada cuente con la correspondiente licencia urbanística.

1.3.1.3. Licencia obtenida por silencio administrativo

En la actualidad no es posible obtener la licencia de obra por silencio administrativo, por así establecerlo el artículo 23 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con

(11) López Pellicer, José Antonio, Pérez Alcaraz, Salvador, y López Cánovas, Ángeles: "La Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia. Comentarios a la Ley del Suelo de la Región de Murcia", Murcia, 2009, pp. 522 y 523.

empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. Conforme al número 1 de este artículo 23, los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo que señala requerirán del acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptiva según la legislación de ordenación territorial y urbanística. Entre tales actos recoge "las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta" (apartado b) y "la ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes" (apartado c).

En las materias contempladas en este artículo no cabe, pues, el silencio administrativo positivo, de manera que el efecto de dicho silencio administrativo será siempre negativo. En este sentido, el número 2 del artículo 23 dispone que el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa legitimará al interesado que hubiere deducido la solicitud para entenderla desestimada por silencia administrativo.

El artículo 23 del Real Decreto-Ley 8/2011 entró en vigor, conforme a su disposición final tercera, el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, lo que tuvo lugar el día 7 de julio de 2011.

En consecuencia, no son posibles las licencias de obra obtenidas por silencio administrativo positivo a partir de dicho día 7 de julio de 2011. Pero sí cabe alegar y justificar, según veremos un poco más adelante, las conseguidas con anterioridad a dicha fecha.

Por último, hay que tener en cuenta que el artículo 23 de este Real Decreto-Ley ha sido objeto de dos recursos de inconstitucionalidad, admitidos ambos a trámite por sendas providencias del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 8 de mayo de 2012. Las providencias no han suspendido la aplicación de la norma impugnada, por lo que mantiene su vigor.

Por su parte, el artículo 9, puntos 7 y 8 de la Ley del Suelo estatal, en la redacción dada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, también dispone que todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística. Las obras de edificación habrán de ser autorizados por medio de actos expresos, con silencio administrativo negativo.

1.3.2. La orden de ejecución

El artículo 225 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia establece en su número 1 que "los Ayuntamientos y, en su caso, los demás organismos competentes, ordenarán, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en exigencia de los deberes señalados en el artículo 92 de esta Ley, la ejecución de las obras necesarias para mantener las condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos, con indicación del plazo de realización". Agrega el número 2 del mismo artículo que "los Ayuntamientos podrán también ordenar, por motivos de interés público, la ejecución de obras de conservación y de reforma en fachadas o espacios visibles desde la vía pública, sin que estén previamente incluidas en ningún plan de ordenación".

En diferentes preceptos de la Ley se da a la orden de ejecución el mismo trato que a la licencia, de la que se diferencia esencialmente por el hecho de no ser solicitada por el titular del derecho a quien corresponde realizar la obra y por ser la ejecución de la obra obligatoria para él.

En los supuestos en que las obras realizadas en cumplimiento de una orden de ejecución den lugar a una escritura de declaración de obra nueva, nos vale para la orden de ejecución, mutatis mutandis, lo dicho en relación con la licencia de obra.

1.3.3. La autorización administrativa

En cuanto a la autorización administrativa, el número 1 del artículo 222 del Texto Refundido regional establece que "corresponde al Consejero competente en materia de urbanismo autorizar los usos excepcionales en suelos no urbanizables y urbanizables sin sectorizar, en los supuestos previstos en esta Ley".

Esta norma plantea la cuestión de si el Notario al autorizar la escritura y el Registrador de la Propiedad al inscribirla deben comprobar la existencia de esta autorización de la Administración autonómica además de comprobar la de la licencia urbanística. Podrían llevarnos a esta conclusión la norma del artículo 20, número 1, de la Ley del Suelo estatal que habla de acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa sin distinguir más, y la del propio artículo 222, número 1, del Texto Refundido regional que acabo de exponer.

Sin embargo, considero que no es necesario que el Notario y el Registrador de la Propiedad comprueben la existencia de esa au-

torización. Me baso para ello en que tanto el artículo 77 del Texto Refundido de la Región de Murcia en sus números 1 y 2, para el suelo no urbanizable, como el artículo 83, número 3, para el suelo urbanizable no sectorizado, insisten en que se podrán autorizar determinadas construcciones "mediante licencia municipal". Por su parte, el número 4 del artículo 83, también relativo al suelo urbanizable no sectorizado, empieza diciendo que "excepcionalmente, podrán admitirse, previa autorización del órgano autonómico competente, actuaciones específicas de interés público" en las condiciones que sigue diciendo. La interpretación sistemática del precepto me lleva a concluir que corresponde al Ayuntamiento admitir la obra mediante la correspondiente licencia, de la cual será requisito previo la obtención de la autorización previa del Consejero competente en materia de urbanismo, sin la cual el Ayuntamiento no podrá emitir la licencia. En consecuencia, en los supuestos en que se requiere la autorización del Consejero conforme al artículo 222, número 1, bastará con acreditar al Notario la obtención de la oportuna licencia municipal de obra.

1.4. Incorporación a la escritura de la licencia o de la orden de ejecución

El artículo 20, número 1, de la Ley del Suelo estatal prescribe que los Notarios exigirán, "para su testimonio", la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra. El número 1 del artículo 48 del Reglamento Hipotecario Urbanístico concreta que "en las escrituras de declaración de obra nueva habrá de testimoniarse literalmente la licencia concedida".

Por ello, el Notario podrá, al amparo del párrafo primero del artículo 251 del Reglamento Notarial, transcribir en la escritura testimoniando bajo su fe la totalidad del documento en que conste la licencia o la orden de ejecución, o bien testimoniar la reproducción gráfica de todo el mismo, protocolizando dicha reproducción con la escritura.

Por lo que se refiere a las licencias que se hubieren obtenido por silencio administrativo positivo, aparecen reguladas e el número 2 del artículo 48 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, que exige que se presente la certificación administrativa del acto presunto o bien que se justifique que se ha obtenido la licencia por silencio

positivo en la forma que dicha norma establece. Pero esta segunda posibilidad no es aplicable con arreglo a la doctrina legal sentada por la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, resolviendo un recurso de casación en interés de Ley. Dice esta sentencia que, con arreglo al artículo 8.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo Estatal y al artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, todas ellas con rango de leyes básicas estatales, "no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial urbanística".

De esta manera, dice la doctrina sentada a raíz de esta sentencia por la Dirección General de los Registros y del Notariado, puede darse una situación de inexistencia o nulidad radical del pretendido acto administrativo presunto sin necesidad de que la Administración deba iniciar un expediente de revisión del acto producido por silencio, con lo que, a falta de una manifestación expresa del Ayuntamiento relativa al hecho de que las facultades adquiridas no son contrarias a la ordenación urbanística, se podría generar una situación jurídica claudicante en la que no se puede entender acreditada la existencia y validez de un acto de autorización de la obra declarada, por lo que no puede admitirse su acceso al Registro. En este sentido se han pronunciado las resoluciones de 15 de septiembre de 2009 y 11 de mayo de 2011, y, después del Real Decreto-Ley 8/2011, las de 19 de mayo y 12 de noviembre de 2012.

Esta doctrina será aplicable a licencias obtenidas por este procedimiento antes del día 7 de julio de 2011 y, si el Tribunal Constitucional declarase, en un futuro, inconstitucional el artículo 23 del Real Decreto-Ley 8/2011, también a las obtenidas con posterioridad a dicha fecha. Téngase en cuenta asimismo que el artículo 9.8 de la Ley del Suelo estatal, después de la reforma operada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, que se publicó en el B.O.E. del día 27 de junio de 2013 y entró en vigor el día siguiente (disposición final vigésima), también establece que serán expresos, con silencia administrativo negativo, los actos que autoricen las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta y la ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares.

2. El certificado de técnico competente acreditativo de que la obra está terminada y lo ha sido conforme al proyecto aprobado

Integrando los dos párrafos del número 1 del artículo 20 de la vigente Ley del Suelo estatal, resulta que, para autorizar escrituras de declaración de obra nueva terminada, los Notarios exigirán también, para su testimonio, la certificación expedida por el técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto del acto administrativo que se incorpora y de la finalización de la obra conforme a la descripción del proyecto.

Por su parte, el artículo 46 del llamado Reglamento Hipotecario Urbanístico también exige en sus números 2 y 3 para inscribir la obra nueva que se acredite por técnico a que se refiere el artículo 50 que la descripción de la obra nueva, en cuanto a los extremos comprendidos en el artículo 45 de la misma norma, se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia, y que la obra ha finalizado y se ajusta, en cuanto a dichos extremos, al proyecto correspondiente.

2.1. Fundamento

El requisito que ahora estudiamos es consecuencia necesaria de la exigencia de la licencia, aprobación o autorización administrativa para otorgar la escritura de declaración de obra nueva, pues la certificación técnica es el elemento que liga a satisfacción del legislador el proyecto de obra aprobado, la obra tal y como ha sido ejecutada y la declaración de la misma en la escritura pública, y, posteriormente, su descripción en el Registro de la Propiedad.

El fundamento de este requisito radica en dos ideas: la primera consiste en que la licencia, como ya hemos visto, se concede al proyecto, y parece que es el técnico la persona más adecuada para certificar que efectivamente la licencia se corresponde con el proyecto de obra que se ha ejecutado. La segunda es el hecho de que el Notario no tiene por qué tener conocimientos técnicos suficientes para poder juzgar que la obra realizada se ajusta efectivamente al proyecto aprobado, y por eso el legislador ha considerado oportuno recurrir a una persona con la cualificación profesional adecuada para tal fin.

2.2. Ámbito temporal de aplicación

El requisito de la certificación técnica va necesariamente unido a la incorporación de la licencia de obra a la escritura, y aparece,

con ella, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoración del suelo, en su artículo 25.2. Siempre que haya que justificar la existencia de la licencia de obra habrá que acompañar esta certificación técnica.

2.3. Contenido de la certificación técnica

La primera cuestión que plantea el contenido de la certificación es quién es el técnico competente. La resuelve el artículo 49 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, con arreglo al cual, "a los efectos de lo dispuesto en este capítulo, se tendrá por técnico competente:

1. El que por sí solo o en unión de otros técnicos hubiere firmado el proyecto para el que se concedió la licencia de edificación.

2. El que por sí solo o en unión de otros tuviere encomendada la dirección de la obra.

3. Cualquier otro técnico, que mediante certificación de su colegio profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes.

4. El técnico municipal del Ayuntamiento competente que tenga encomendada dicha función".

La cualificación profesional del técnico es una cuestión que no está claramente regulada por nuestra legislación. Las atribuciones de los técnicos resultan de la Ley de Ordenación de la Edificación, del Real Decreto 4/1994, de 14 de enero, por el que se establece el título universitario oficial de Arquitecto y las directrices generales de los planes de estudios conducentes de su obtención y de los Reales Decretos que establezcan los respectivos títulos para los Ingenieros, Ingenieros Técnicos y Arquitectos Técnicos. Para los Ingenieros Técnicos y Arquitectos Técnicos será también de aplicación la Ley 12/1986, de primero de abril, que regula sus atribuciones profesionales.

La dispersión normativa y su especificidad hacen que sea loable la norma del artículo 50 del Reglamento Hipotecario Urbanístico que remite la acreditación de la competencia profesional del técnico a la oportuna certificación de su Colegio profesional.

Se ha planteado en la práctica si es o no necesario que la certificación del técnico venga visada por el Colegio profesional. Rafael Arnaiz Ramos entiende que en todo caso la certificación técnica del final de la obra debe estar visada por el Colegio profesional, por lo que no cabrá que conste por comparecencia del técnico ante el Notario. Se basa para ello en lo dispuesto en el artículo 2.b) del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, según el cual es obligatorio obtener el visado colegial en los certificados de final de obra de edificaciones. Añade que, a estos efectos, se entenderá por edificación lo previsto en el artículo 2.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, y que la obligación de visado alcanza a aquellas obras que requieran proyecto de acuerdo con el artículo 2.2 de dicha Ley (12).

Yo me permito discrepar de dicha opinión. Una cosa es el certificado de final de obra que como obligación legal deben expedir el director de obra y el director de la ejecución de la obra conforme a los artículos 12.3.e), 13.2.e) y 17.7 de la Ley de Ordenación de la Edificación, que habrá de incorporar la documentación a que se refiere el artículo 2.b) del Real Decreto 1000/2010. Y otra cosa es la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de la obra a que se refiere el artículo 20.1, párrafo segundo de la Ley estatal del Suelo o la "acreditación" de tales extremos por el técnico a que alude el artículo 46.2 y 3 del Reglamento Hipotecario Urbanístico. Esto es: a mi modo de ver, esta certificación se refiere a la escritura y es complemento, esencial pero complemento, de la escritura de declaración de obra nueva, y no es el certificado oficial de fin de obra que con carácter general regula la Ley de Ordenación de la Edificación. Vale por tanto la doctrina sentada en relación con la necesidad o no de visado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 1000/2010.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, antes de la entrada en vigor de dicho Real Decreto, ha afirmado que el visado colegial puede ser útil para acreditar la cualificación profesional de quien firma la certificación, pero no acredita que haya sido efectivamente firmada por el técnico que aparece en ella como certificante, de tal manera que la firma habrá de venir además legitimada notarialmente. Así se desprende de las resoluciones de 23 de octubre de 2000, 22 de marzo de 2003 y 11 de marzo de 2009. La de 9 de febre-

(12) Arnaiz Ramos, Rafael, obra citada, pp. 123 y 124.

ro de 1994 manifestó expresamente que no es necesario el visado, y ello resulta además de la posibilidad, admitida por el artículo 49 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, de que la certificación se expida por comparecencia del técnico ante el Notario.

La propia Dirección General ha sentado también la doctrina de que la certificación técnica puede ser sustituida por cualquier documento administrativo que lleve implícita o presuponga la misma aseveración por técnico especializado, máxime cuando se expide por organismo competente en materia urbanística como ocurre con los Ayuntamientos. Así lo han dicho las resoluciones de 10 de abril de 1995, 16 de febrero de 2012 y 7 de marzo de 2012. Aunque la de 26 de febrero de 1996 admitió la certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento, las resoluciones posteriores han exigido, a mi modo de ver con buen criterio, que esa certificación debe incorporar además la aseveración o certificación del técnico competente.

A falta de visado colegial o de certificación administrativa que afirme la cualidad profesional del técnico certificante, creo que tal cualificación profesional puede acreditarse mediante exhibición del título académico o de testimonio del mismo o, a mi modo de ver, también por declaración de notoriedad del Notario. Creo que es admisible la declaración de notoriedad con base en el artículo 1, párrafo primero, de la Ley Notarial, y en el artículo 209 del Reglamento Notarial.

En cuanto a la competencia del técnico, en los casos del número 3 del artículo 49 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, podrá acreditarse por certificación del colegio oficial respectivo, como dice dicho precepto, pero también puede resultar de la norma que regule tal competencia profesional. Estas normas son la Ley 12/1986, de primero de abril, y los Reales Decretos por los que se establecen los respectivos títulos universitarios oficiales y sus planes de estudios. Para la profesión de Arquitecto es el Real Decreto 4/1994, de 14 de enero. No obstante, dado el gran tecnicismo de estos Reales Decretos al describir las materias objeto de los planes de estudio, salvo en los casos muy claros, parece aconsejable recurrir a la certificación del colegio oficial.

El hecho de que el técnico esté jubilado no me parece que impida al técnico certificar, dado que su facultad certificante se basa en su cualificación profesional y académica.

El contenido esencial de la certificación, conforme al artículo 20, número 1, de la Ley del Suelo estatal y al artículo 46, número 2 y 3, del Reglamento Hipotecario Urbanístico, presenta dos aspectos: el primero es que la descripción de la obra nueva, en cuanto a los extremos mínimos de la misma, que son los determinados en el artículo 45 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia. Y el segundo, que la obra ha finalizado y que se ajusta, en cuanto a dichos extremos, al proyecto correspondiente.

Obviamente, cuando la certificación conste en documento separado de la escritura propiamente dicha, habrá de tener una referencia a la finca sobre la cual se declara la obra nueva, cuya referencia no tiene por qué ser completa en los términos exigidos por la legislación hipotecaria o la reguladora del Catastro, sino que bastará con que quede suficientemente identificada.

Conforme a la normativa expuesta, no es necesario que la certificación del técnico indique la identidad de la persona o de las personas a cuya solicitud se ha redactado el proyecto o se ha expedido la propia certificación. Ahora bien, si lo indica, esa persona debe coincidir con el declarante o declarantes o con las personas a cuyo nombre puede estar expedida la licencia según lo expuesto en este trabajo al tratar de la licencia de obra. Si la certificación técnica indicara persona distinta, el problema puede resolverse con una rectificación de la certificación o con una declaración de la persona a cuyo nombre está el proyecto o la certificación en el sentido de que obró por cuenta de la propiedad. Esta declaración puede hacerse en la propia escritura, en otra, en acta o en documento privado con firma legitimada notarialmente.

2.4. Incorporación a la escritura de la certificación técnica

Esta cuestión aparece regulada en el artículo 49 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, con arreglo al cual, "la justificación por técnico competente de los extremos a que se refieren los artículos anteriores podrá hacerse:

1. Por comparecencia del técnico en el mismo acto del otorgamiento de la escritura...

2. Por incorporación a la matriz de la escritura o del acta de

previa certificación del técnico, con firma legitimada notarialmente, que contenga la descripción de la obra nueva, coincidente con la del propio título en cuanto a los extremos que deben acreditarse.

3. Por la presentación de la certificación del técnico, con el carácter de documento complementario del título inscribible. En este caso, la firma del certificado debe ser objeto de legitimación notarial, y en su contenido deberá hacer expresa referencia a la descripción de la obra nueva... finalizada objeto de la escritura..., así como el nombre del Notario autorizante, fecha del documento y número de protocolo.

En relación con el número 1 y por aplicación de la legislación notarial, cabe decir que el técnico puede comparecer también ante el Notario autorizante de la escritura por medio de diligencia a la misma o mediante otra escritura o acta de manifestaciones aparte, haciendo constar en este caso la referencia a la escritura de declaración de obra nueva con indicación de Notario autorizante, fecha y número de protocolo. Arnáiz Ramos, al exigir el visado colegial, considera que la certificación mediante comparecencia del técnico ante el Notario no es posible desde la entrada en vigor del Real Decreto 1000/2010, según ya ha quedado expuesto (13).

Y por lo que atañe al número 3, no obsta que la certificación del técnico con la firma legitimada quede protocolizada con la escritura de declaración de obra nueva e incluso con una diligencia a la misma o una escritura o acta posterior. Y dejarla protocolizada parece lo más aconsejable desde le punto de vista de la buena técnica notarial, en cuanto queda así completa la escritura y acredita por sí misma el cumplimiento de todos los requisitos legales para su plena eficacia.

(13) Ver nota anterior.

3. La justificación del cumplimiento de los requisitos legales para la entrega y las autorizaciones administrativas necesarias para su destino al uso previsto

El artículo 20 de la Ley del Suelo estatal impone al Notario, en el párrafo segundo de su número 1, que exija para autorizar las escrituras de declaración de obra nueva terminada "los documentos que acrediten los siguientes extremos:

a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios

b) y el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente".

Este requisito ha sido introducido por la reforma operada en la Ley del Suelo por el artículo 24 del Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, que, como ya he expuesto, entró el vigor el día 7 de julio de 2011, día de su publicación en el BOE:

Puede esta exigencia legal desglosarse en tres. Son las siguientes:

1.ª La del cumplimiento de los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación ya estaba en el texto del artículo 20 anterior a la reforma, y no añade nada a lo dispuesto por la Ley de Ordenación de la Edificación: son los requisitos que examinaremos más adelante bajo los números 5 y 6, esto es, la entrega del Libro del Edificio y la contratación y vigencia de los seguros a la construcción.

2.ª El otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable. En este punto sí hay un cambio en relación con el texto anterior del número 1 del artículo 20, que exigía sólo la acreditación del "otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las au-

torizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística". Esta expresión de carácter tan genérico y el hecho de estar regulándose la declaración de obra nueva hizo que se considerase que este requisito no añadía nada a la necesidad de justificar la licencia de obra o la orden de ejecución.

El tenor actual del precepto plantea la cuestión de determinar cuáles son esas autorizaciones administrativas necesarias para garantizar el adecuado uso de la edificación. La referencia a la ordenación urbanística aplicable nos ha de llevar otra vez a la legislación autonómica, y, dentro de ella, al artículo 214 del Texto Refundido de la Ley del Suelo regional. Ya quedó expuesto más arriba que dicho artículo distingue, dentro de las licencias municipales, las tres siguientes: licencia urbanística, de la que ya se ha tratado con motivo del primero de los requisitos de la declaración de obra nueva, licencia de actividad y licencia de primera ocupación.

Respecto de la licencia de actividad, dice el apartado b) del artículo 214 que "se exigirá para cualquier actividad mercantil o industrial que se pretenda desarrollar, tanto en el interior de edificaciones como en espacios libres. También se exigirá para cualquier modificación que se pretenda realizar de los usos existentes, así como para los usos de carácter provisional".

Esta licencia tiene por objeto, según el texto legal, autorizar la actividad mercantil o industrial a realizar, y no se refiere, como exige la Ley estatal, al cumplimiento de las condiciones adecuadas para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable. Por tanto, la licencia de actividad no es la que se exige por la Ley para autorizar la escritura de declaración de obra nueva.

En lo que afecta a la licencia de primera ocupación, el apartado c) del artículo 214 de la Ley del Suelo murciana dice de ella que "se exigirá para el uso de las edificaciones una vez terminada su construcción, rehabilitación o reforma". Añade el propio apartado c) tras un punto seguido que "habrá de acreditarse para su otorgamiento que la obra realizada se ajusta a la licencia urbanística concedida, así como que reúne las condiciones técnicas de seguridad, salubridad y accesibilidad y que puede habilitarse para el uso a que se destina y, en su caso, que el constructor ha cumplido el compromiso de realización simultánea de la urbanización". Ésta licencia de primera ocupación sí es aquella a que se refiere el precepto que examinamos del artículo 20 de la Ley del Suelo estatal.

3.ª Los requisitos de eficiencia energética de la edificación. Este elemento he preferido, por razones sistemáticas, tratarlo por separado y lo haré a continuación del presente bajo el número 4.

3.1. Fundamento

El fundamento de que se exija la licencia de primera ocupación para el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva terminada es doble. Por un lado, asegura que se obtenga dicha licencia, por ser necesaria para el acceso de la obra a la escritura pública y al Registro de la Propiedad. Por otro, garantiza a los futuros adquirentes y usuarios que la construcción goza de dicha licencia y que, por tanto, reúne los requisitos que la emisión de dicha licencia comporta. Por otro lado, según establece el artículo 220 del Texto Refundido regional, las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas y telecomunicaciones exigirán para la contratación definitiva de los respectivos servicios la acreditación de la licencia de primera ocupación.

3.2. Ámbito temporal de aplicación

El requisito que estudiamos no es un requisito necesario para la construcción como lo es la licencia de obra: no se puede construir legalmente sin licencia de obra; sí se puede construir sin licencia de primera ocupación, por cuanto éste es un requisito necesariamente posterior a la terminación de la construcción. De esta manera, el hecho de que la legislación urbanística imponga su constatación en la escritura no tiene el carácter de requisito esencial para la realización de la propia obra, sino que es un añadido para garantizar a la Administración, a los futuros adquirentes y a la sociedad en general el cumplimiento de unas condiciones técnicas por la edificación.

De esa manera, parece que el Notario deberá incorporar la licencia de primera ocupación a las escrituras que autorice después de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio (7 de julio de 2011), sea cual sea la fecha de la licencia y de la terminación de la obra.

No obstante, la Dirección General ha sentado que, cuando resulta de los documentos presentados que la finalización de la obra se ha producido en fecha determinada y ésta es anterior al plazo establecido para que la Administración ejerza su acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, no procede exigir aquellas otras

licencias o autorizaciones impuestas por la legislación sectorial. En tal sentido se han pronunciado las resoluciones de 14 de abril y 4 de mayo de 2011 y de 17 de enero y primero de marzo de 2012. Por su parte, la resolución de 5 de julio de 2012 ha afirmado que no es necesario exigir en concreto la licencia de primera ocupación ni la certificación de eficiencia energética cuando el técnico certifica la terminación de la obra en fecha concreta anterior a la prescripción de las acciones dirigidas al restablecimiento de la legalidad urbanística. El fundamento de esta doctrina está en que no se exige el cumplimiento de estos requisitos, que no lo son de la construcción, sino del otorgamiento de la escritura y de la inscripción, cuando se ha construido sin licencia y ha transcurrido el plazo de prescripción de dichas acciones (artículo 20.4 de la Ley del Suelo estatal), y esa misma regla debe aplicarse por analogía cuando se ha construido al amparo de la licencia.

En todo caso serán inscribibles las escrituras otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2011 que no incorporen la licencia de primera ocupación, por cuanto la escritura tiene sustantividad propia, tiene fecha fehaciente y no ha tenido por qué cumplir requisitos que ha impuesto la ley con posterioridad a su otorgamiento. En este sentido puede invocarse la doctrina sentada por las resoluciones de 24 de julio de 2001, 24 de marzo de 2011, 14 de abril de 2011 y 19 de mayo de 2012.

3.3. Ámbito material de aplicación

Aunque la normativa autonómica no es muy clara, parece que el requisito de la licencia de primera ocupación es aplicable sólo respecto de los edificios destinados a viviendas, no respecto de los destinados a actividades industriales y mercantiles.

Ello es así porque los locales comerciales o naves suelen quedar terminados a efectos constructivos de tal manera que admitan la realización en ellos de diversas actividades mercantiles o industriales. De esa manera, no cabe propiamente en ellos, una vez terminados, la obtención de una licencia de primera ocupación, pues no reunirían las condiciones técnicas adecuadas de seguridad, salubridad y accesibilidad. El cumplimiento de estas condiciones se justificará mediante la licencia de actividad regulada en la letra b) del artículo 214 del Texto Refundido regional, que va dirigida a la realización de una actuación industrial o mercantil concreta. Y esta licencia de ac-

tividad, según ha quedado expuesto, no es necesaria para otorgar la escritura de declaración de obra nueva ni para su inscripción.

López Pellicer, Pérez Alcaraz y López Cánovas también parecen entender que los edificios e instalaciones destinados a actividades industriales o mercantiles no requieren licencia de primera ocupación (14).

En cuanto a las viviendas, la resolución de la Dirección General de 15 de octubre de 2013 ha considerado exigible la licencia de primera ocupación en un supuesto de modificación de vivienda con ampliación de la misma mediante la agrupación con dos trasteros existentes en el edificio.

3.4. Contenido de la licencia de primera ocupación

Nada más dice de esta licencia el artículo 20 de la Ley del Suelo estatal, poco más el Texto Refundido autonómico y nada tampoco el Reglamento Hipotecario Urbanístico, que es anterior a la reforma legislativa que estableció este requisito para la escritura de declaración de obra nueva.

En cuanto a la competencia para otorgar la licencia, con arreglo al artículo 217, número 1, del Texto Refundido regional, expuesto anteriormente en relación con la licencia de obra, corresponderá a los órganos competentes de la Administración Local, de acuerdo con su legislación aplicable.

La licencia de primera ocupación puede tener por objeto una o varias fincas. Cuando se trate de bloques de viviendas, es especialmente aconsejable, de cara a la simplificación de la escritura y de la operativa registral, que el Ayuntamiento expida una sola licencia para todo el edificio, sin perjuicio de que las emita también por separado para las distintas viviendas. Lo mismo que la licencia de obra, la licencia de primera ocupación debe contener la descripción de la finca a que se refiere, aunque sea somera, pero siempre suficiente para identificarla.

No siendo esta licencia esencial para la realización de la obra, parece que puede expedirse sin necesidad de hacer constar quién sea el titular de la obra, bastando la adecuada identificación de la finca. Si se expide a favor de persona determinada, podrá serlo a nombre del promotor, del propietario actual e incluso de la comunidad de

(14) López Pellicer, José Antonio, Pérez Alcaraz, Salvador, y López Cánovas, Ángeles, obra citada, p. 481.

propietarios. Incluso parece que puede admitirse la expedida, por error, a nombre de terceras personas, en cuyo caso, bien descrita la finca, también la considero admisible, salvo que la equivocación en el nombre del titular induzca a error o confusión en la identificación de la propia finca.

3.5. Incorporación a la escritura de la licencia de primera ocupación

Es aplicable en esta materia, por analogía con la licencia de obra, el artículo 48, número 1, del Reglamento Hipotecario Urbanístico, esto es, en la escritura de declaración de obra nueva terminada habrá de testimoniarse literalmente la licencia concedida. Este testimonio podrá realizarse mediante trascripción de la licencia en el cuerpo de la escritura o tomando testimonio por exhibición de la misma que se incorpora en la escritura como documento unido.

No constando con motivo del otorgamiento de la escritura, podrá también incorporarse el testimonio de la licencia en diligencia a la propia escritura o en escritura o acta separada.

4. El cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética

Ya hemos visto cómo el apartado b) del párrafo segundo del número 1 del artículo 20 de la Ley del Suelo estatal, tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 8/2011, exige la constatación en la escritura de declaración de obra nueva del "otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar... los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente".

La única normativa vigente a la que se podía referir la norma trascrita era el Real Decreto 47/2007, de 19 de enero, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción, que ha sido derogado y sustituido por el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios.

La diferencia más importante entre la regulación nueva y la derogada radica en que el Real Decreto de 2007 se refería a los edificios de nueva construcción, mientras que el Real Decreto de 2013 se refiere a todos los edificios, incluyendo los ya existentes.

4.1. Fundamento

El fundamento de esta exigencia puede estar en la importancia que se le da en la actualidad a la eficiencia energética en todas las construcciones, instalaciones o actividades. Mas, a mi juicio, el Real Decreto-Ley en este caso ha ido más allá de lo necesario o ha legislado de cara a la galería. En efecto, la eficiencia energética del edificio es importantísima, pero también lo es que la estructura de la construcción sea adecuada o que se hayan respetado las alineaciones, las rasantes y el volumen de edificabilidad, sin que se requiera legalmente la constancia específica en la escritura de obra nueva y en la inscripción registral de estos extremos.

4.2. Ámbito temporal de aplicación

Como ocurre con el requisito anterior, la certificación de eficiencia energética no es necesaria para la realización de la obra, sino que es necesariamente posterior a su terminación. Por otro lado, la sustitución de una normativa reglamentaria por otra en 2013 ha complicado la cuestión de la aplicación en el tiempo de las diferentes normativas. La situación puede resumirse así:

1.º Escrituras de obra nueva terminada otorgadas ante de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2011: Como la escritura de declaración de obra nueva tiene sustantividad propia y no pudieron tenerse en cuenta normas y requisitos que no estaban en vigor al tiempo de su otorgamiento, considero que las escrituras otorgadas antes de la entrada en vigor de la reforma de la Ley del Suelo estatal, esto es, antes de 7 de julio de 2011, pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad sin contener el certificado referente a la eficiencia energética de la edificación. Vale a tal efecto lo dicho más arriba en relación con la licencia de primera ocupación.

2.º Escrituras de obra nueva terminada otorgadas después de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2011 y mientras estuvo vigente el Real Decreto 47/2007, esto es, entre 7 de julio de 2011 y 13 de abril de 2013: en este caso hay que distinguir dos posibles situaciones:

Por un lado, no será exigible este requisito para aquellas construcciones a las que no se aplique el Real Decreto 47/2007, de 19 de enero. En tal sentido, la disposición transitoria primera de dicho

Real Decreto de 2007 establece que "no será de aplicación este Real Decreto:

a) A los edificios que a la entrada en vigor e este Real Decreto estén en construcción, ni a los proyectos que tengan solicitada licencia de obras.

b) A los proyectos supervisados y aprobados por las Administraciones públicas competentes o visados por colegios profesionales antes de la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto, siempre que la licencia legalmente exigible se solicite en el plazo de un año a partir de la referida fecha de entrada en vigor".

Por su parte, la disposición final tercera del Real Decreto determinó su entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Tal publicación tuvo lugar el 31 de enero de 2007, por lo que entró en vigor el 30 de abril del mismo año.

La forma de probar la supervisión, aprobación, visado o solicitud será la correspondiente certificación administrativa o colegial, que debió incorporarse en original o por testimonio a la escritura de declaración de obra nueva y que, en caso de que no lo hayan sido, puede unirse a otro instrumento o presentarse como documento complementario. La terminación de la obra anterior al periodo de aplicación del Real Decreto se acredita mediante certificación técnica, como reconoce la resolución de 5 de julio de 2012, o mediante los demás medios que prevé los artículo 20.4 de la Ley estatal del Suelo y 52.a) del Reglamento Hipotecario Urbanístico, aplicables por analogía, y que son las certificaciones catastral o del Ayuntamiento y el acta notarial.

3.º Escrituras de obra nueva terminada autorizadas a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, esto es, a partir de 14 de abril de 2013 (disposición final cuarta, habiéndose publicado en el B.O.E. el día 13 de abril de 2013): El artículo único, número 2, de esta Real Decreto establece que "cuando se construyan, vendan o alquilen edificios o unidades de éstos, el certificado de eficiencia energética o una copia de éste se deberá mostrar al comprador o nuevo arrendatario potencial y se entregará al comprador o nuevo arrendatario en los términos que se establecen

en el Procedimiento básico". Exige el certificado de eficiencia energética para las construcciones, ventas y arrendamientos, no para las declaraciones de obra nueva. Ahora bien, al ser aplicable "cuando se construyan", comprenderá todas las construcciones que no estuvieran terminadas el día de su entrada en vigor, les hubiera sido o no aplicable el Real Decreto de 2007.

Por otro lado, el artículo 7.1 del Procedimiento Básico determina que la certificación de eficiencia energética de un edificio de nueva construcción constará de dos fases: la certificación del proyecto y la del edificio terminado. La distinción de estas dos fases refuerza la idea de que, aunque no se haya realizado la certificación del proyecto por haber quedado el edificio fuera del ámbito de aplicación del Real Decreto de 2007, habrá de realizarse la certificación de eficiencia energética del edificio terminado si la terminación de la obra ha tenido lugar durante la vigencia del Real Decreto de 2013.

Por último, si la obra se terminó antes de la entrada en vigor del Real Decreto de 2013 y tampoco le es aplicable, según lo antes visto, el Real Decreto de 2007, no será necesario justificar con la obra nueva el certificado de eficiencia energética. La terminación en fecha determinada anterior a la entrada en vigor podrá acreditarse mediante certificación del Catastro o del Ayuntamiento, certificación técnica o acta notarial, por aplicación analógica de los artículos 20.4 de la ley del Suelo del Estado y 52.a) del Reglamento Hipotecario Urbanístico.

4.3. Ámbito material de aplicación

La remisión del artículo 20.1 de la Ley estatal del Suelo a la "normativa vigente" da lugar a que la determinación del ámbito material de aplicación del requisito que ahora estudiamos sea la que realiza el propio Real Decreto 235/2013, de 5 de abril.

El apartado a) del número 1 del artículo 2 del Procedimiento Básico determina que será de aplicación a los edificios de nueva construcción. Ya he argumentado que dentro de estos edificios de nueva construcción están incluidos los edificios comenzados y no terminados a la entrada en vigor del Real Decreto. Los apartados b) y c) de la misma norma prevén los supuestos de aplicación del Procedimiento a edificios o partes de los mismos ya existentes.

El número 2 del mismo artículo 2 señala los supuestos de exclusión del ámbito de aplicación. Son los siguientes:

a) "Edificios y monumentos protegidos oficialmente por ser parte de un entorno declarado o en razón de su particular valor arquitectónico o histórico". Para no incluir la certificación de eficiencia energética en la escritura será preciso justificar y testimoniar la declaración oficial de protección o la certificación administrativa que la asevere.

b) "Edificios o partes de edificios utilizados exclusivamente como lugares de culto y para actividades religiosas". Este destino se podrá justificar en la escritura de declaración de obra nueva mediante la licencia de obra, la certificación técnica o, en última instancia la manifestación del declarante, que habrá de ser una entidad religiosa o pública.

c) "Construcciones provisionales con un plazo previsto de utilización igual o inferior a dos años". Entiendo que el carácter provisional de la construcción debe acreditarse mediante la licencia de obra o documento administrativo complementario a la misma.

d) "Edificios industriales, de la defensa y agrícolas o partes de los mismos, en la parte destinada a talleres, procesos industriales, de la defensa y agrícolas no residenciales". El destino podrá acreditarse por medio de la licencia de obra y la certificación técnica de las que resulte tal destino, o bien por medio de certificación técnica emitida a este solo efecto.

e) "Edificios o partes de edificios aislados con una superficie útil total inferior a cincuenta metros cuadrados". En estos casos, cuando la superficie construida sea de cincuenta metros cuadrados o superior, habrá que incluir la superficie útil en la descripción de la finca, aunque no lo exija el artículo 45 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, y tal superficie útil vendrá refrendada por la certificación técnica de final de obra.

Los apartados f) y g) de la norma se refieren a edificios existentes, por lo que no afectan a los requisitos de la escritura de declaración de obra nueva.

4.4. Contenido

El texto del artículo 20.1 de la Ley del Suelo estatal denota en

el punto que examinamos una cierta descoordinación con el resto del ordenamiento jurídico. Efectivamente, se refiere, literalmente, al "otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne... los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente". El precepto legal alude claramente a que el cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética debe estar garantizado por una autorización administrativa. Sin embargo, la única norma existente en la materia a su entrada en vigor ara el Real Decreto de 2007 a que estoy aludiendo, y, según él, la eficiencia energética no es comprobada por la Administración, sino que tal comprobación es competencia de la dirección de obra. Ahora bien, no obstante la descoordinación normativa, parece que queda claro que el artículo 20 de la Ley del Suelo remitía al Real Decreto 47/2007.

Sustituido el Real Decreto de 2007 por el de 5 de abril de 2013, éste sigue atribuyendo la competencia de certificar a los técnicos que determina, y no a ninguna de las Administraciones públicas, sin perjuicio de las funciones, de control, inspección y registro de éstas. Conforme al artículo 1.3.p) del Procedimiento Básico, es técnico competente el "técnico que esté en posesión de cualquiera de los titulaciones académicas y profesionales habilitadas para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación o para la realización de proyectos de sus instalaciones térmicas, según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la Edificación, o para la suscripción de certificados de eficiencia energética, o haya acreditado la cualificación profesional necesaria para suscribir certificados de eficiencia energética según lo que se establezca mediante la orden prevista en la disposición adicional cuarta".

La disposición adicional cuarta del Real Decreto establece que, mediante orden conjunta de los titulares de los Ministerios de Industria, Energía y Turismo y de Fomento, se determinarán las cualificaciones profesionales requeridas para suscribir los certificados de eficiencia energética, así como los medios de acreditación.

Sobre la base de lo expuesto, el cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética habrá de acreditarse mediante certificado de eficiencia energética, que define el apartado f) del artículo 1.3 del Procedimiento Básico, con arreglo al cual el certificado de eficiencia energética de edificio terminado es la "documentación sus-

crita por la dirección facultativa del edificio por la que se verifica la conformidad de las características energéticas y la calificación de eficiencia energética obtenida por el proyecto de ejecución con la del edificio terminado".

Según regula el número 2 del artículo 5 del Procedimiento Básico, el certificado de eficiencia energética puede ser único para todo el edificio o comprender sólo uno o varios locales comerciales o viviendas. El contenido del certificado viene determinado por el artículo 6 del Procedimiento Básico, complementado, para los edificios de nueva construcción, por el artículo 7.

De cara al otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva, no parece que lo que haya que incorporar en la misma deba ser ese certificado de eficiencia energética propiamente dicho con todas las especificaciones expresadas en el Procedimiento Básico. En efecto, el artículo 20 de la Ley del Suelo estatal se refiere sólo a los "documentos que acrediten" el otorgamiento de las autorizaciones. Bastará, por tanto, que el técnico competente certifique la existencia del certificado de eficiencia energética en los términos que exige el Real Decreto 235/2013. También deberá describir, aunque sólo sea someramente, pero siempre de manera suficiente para identificarlo sin duda, el edificio a que se refiere.

La certificación técnica que se una a la escritura para justificar el cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética puede estar comprendida en la certificación técnica de terminación de la obra.

4.5. Constatación en la escritura pública

La certificación de eficiencia energética puede constar de cualquiera de las formas previstas para la certificación de final de obra en el artículo 49 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, esto es, por comparecencia del técnico en la escritura, por incorporación a ésta de copia de la escritura o acta previa en que hubiera comparecido, por la certificación expedida por el técnico con firma legitimada notarialmente que se une a la matriz o por esa misma certificación con firma legitimada que simplemente se acompaña a la escritura de declaración de obra nueva.

5. La entrega del libro del edificio

El artículo 7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordena-

ción de la Edificación, establece que "una vez finalizada la obra, el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, será facilitado al promotor por el director de obra para la formalización de los correspondientes trámites administrativos". Añade su párrafo segundo que "a dicha documentación se adjuntará, al menos, el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como la relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que le sea aplicable". El párrafo tercero cierra el artículo diciendo que "toda la documentación a que hace referencia los apartados anteriores, que constituirá el Libro del Edificio, será entregada a los usuarios finales del edificio".

La Ley de Ordenación de la Edificación no prevé que el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo último del artículo 7 sea requisito para la autorización de la escritura de declaración de obra nueva terminada. Sí lo ha determinado así el artículo 19 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, que pasó al artículo 20 del Texto Refundido y que, en cuanto a lo que ahora nos interesa, ha sido mantenido tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 8/2011. Decía el artículo 19 de aquella y dice el 20 del Texto Refundido, como ha quedado expuesto, que, tratándose de escrituras de obra nueva terminada, los Notarios exigirán los documentos que acrediten el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios. Y ahí es donde entra como requisito el de la entrega del Libro del Edificio a los usuarios finales del mismo.

5.1. Fundamento

El fundamento de la exigencia de este requisito está en la necesidad de proteger a los usuarios finales del edificio, a quienes se garantiza la entrega, como mínimo, de los elementos definidos por el artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación. Ahora bien, el deber de entrega por el promotor a los usuarios del Libro del Edificio, tal y como está definido en dicho precepto, no se ha configurado de una manera especialmente clara, sobre todo si tenemos en cuenta que parece lógico que la declaración de obra terminada o del final de la obra sea necesariamente anterior a la transmisión de los pisos y locales y a la puesta en uso del inmueble. Por ello, la oscuridad y

la falta de precisión del precepto han tenido que ser remediadas por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica.

5.2. Ámbito temporal de aplicación

El ámbito temporal de aplicación de este requisito hay que ponerlo en relación con la entrada en vigor de dos Leyes:

La primera de ellas es la Ley de Ordenación de la Edificación, por cuanto establece en su disposición final cuarta su entrada en vigor, salvo determinadas excepciones en las que no está la materia que tratamos, para seis meses después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Tal publicación tuvo lugar el día 6 de noviembre de 1999, por lo que la norma que estudiamos entró en vigor el 6 de mayo de 2000. Por su parte, la disposición transitoria primera de la Ley dispone que lo dispuesto en ella, salvo en materia de expropiación forzosa, "será de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor".

Por lo tanto, no se puede exigir la justificación de la entrega del Libro del Edificio para declarar obras nuevas para las que se haya solicitado licencia antes del día 6 de mayo de 2000. Ello podrá justificarse mediante la correspondiente certificación administrativa, la cual podrá también ir embebida en el texto de la propia licencia.

La segunda norma cuya entrada en vigor nos interesa es la Ley estatal 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, pues es la que, como vimos, establece por primera vez la incorporación de este requisito a la escritura de declaración de obra nueva. Esta Ley establece su entrada en vigor para el día primero de julio de 2007 (disposición final cuarta). Dado que la entrega del Libro del Edificio no es requisito legal esencial para la realización de la obra, sino una obligación que se impone al promotor después de su terminación, y dado que la escritura de declaración de obra nueva tiene sustantividad propia y la eficacia que corresponde a todo instrumento público, no será de aplicación el requisito que estudiamos a las escrituras ya otorgadas antes de primero de julio de 2007.

5.3. Ámbito material de aplicación

El requisito que estudiamos se aplica a toda obra que conlleve

edificación en los términos del artículo 2.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, reformado por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas. Tal concepto de edificación da lugar a que sea exigible este requisito en toda declaración de obra nueva. No obstante, existen dos excepciones en las que no cabe exigir la entrega del Libro del Edificio. Son las siguientes:

En primer lugar, "aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta". Así se desprende del apartado a) del número 2 del artículo 2 de la Ley, cuyo tenor literal ha sido mantenido por la reforma hecha por la Ley 8/2013. Según esta norma, no tendrán la consideración de edificaciones a los efectos de lo dispuesto en la Ley las construcciones expresadas. La justificación de estos caracteres de la edificación habrán de acreditarse en la escritura por medio de la licencia de obra o de certificación del técnico, incluida o no en la certificación de final de obra.

En segundo lugar, las construcciones que realice el promotor para uso propio. La muy reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado afirma que la interpretación literal, lógica, sistemática y finalista del artículo 20.1 de la Ley del Suelo y del artículo 7 y la disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación lleva a concluir que no se pretende tutelar el interés del promotor, sino el de los ulteriores usuarios de la edificación, por lo que no cabe imponer esta obligación cuando la vivienda se destina a uso propio del promotor. Así se han pronunciado las resoluciones de 10, 12, 13, 15 y 17 de diciembre de 2008 y 9 y 14 de enero y 25 de mayo de 2009. Sin embargo, la de 15 de enero de 2011, sobre una obra en la comunidad autónoma de Andalucía sí exigió el Libro del Edificio en un caso de vivienda para uso propio por así exigirlo la legislación autonómica andaluza.

Para justificar el destino de la edificación bastará la manifestación del declarante de la obra, y este destino no habrá de ser contradicho por las características de la edificación que se declara ni por el contenido del Registro.

5.4. Contenido

La primera cuestión que se plantea es cuál sea el contenido del

Libro de la Edificación. Organizando la poco sistemática exposición del artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación podemos concluir que el Libro de la Edificación ha de contener, como mínimo, los siguientes extremos: el proyecto con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, el acta de recepción de la obra, la relación identificativa de los agentes que han intervenido en el proceso de edificación y las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que les sea aplicable.

Muchas Comunidades Autónomas han dictado normas en materia de Libro del Edificio. La de Murcia lo ha hecho por medio del Decreto 80/2001, de 2 de noviembre, por el que se regula el Libro del Edificio en la Región de Murcia. Sin perjuicio de que estas normas sean aplicables conforme a su propio contenido, a los efectos del otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y de su inscripción registral bastará con que el Libro cumpla con lo dispuesto en la Ley de Ordenación de la Edificación. Obviamente, ésta permite que el Libro del Edificio contenga contenidos adicionales, entre ellos, naturalmente, los exigidos por la normativa autonómica.

Conforme al tan reiterado artículo 7, el Libro del Edificio será facilitado al promotor por el director de obra y será entregado a los usuarios finales del edificio. En consecuencia, la formación del Libro del Edificio corresponde al director de la obra, y será suya la responsabilidad en relación a que contenga todos los documentos exigidos por la Ley y a que éstos se refieran efectivamente al edificio.

También podemos preguntarnos quién formará el Libro del Edificio en los supuestos en que el director de la obra no pueda o no quiera hacerlo. Parece que el Libro podrá ser formado y entregado también por otro profesional técnico con la cualificación adecuada para asumir la dirección de la obra de construcción del edificio.-

El Libro del Edificio puede estar extendido en papel o en cualquier soporte electrónico, pues nada distingue al respecto el artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

5.5. Constatación en la escritura pública

Como hemos visto, las Leyes aplicables no expresan cómo constatar en la escritura el cumplimiento de este requisito, y tampoco lo hace el Reglamento Hipotecario Urbanístico, que es de fecha anterior a las dos citadas Leyes.

Exige el párrafo tercero del artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación, al que remite el artículo 20 de la Ley del Suelo estatal, que el Libro del Edificio sea entregado a los usuarios finales del mismo. Sobre esa base, el cumplimiento de este requisito puede constar cumpliendo alguna de las tres formas siguientes.

1.ª Haciendo constar en escritura pública o en acta la entrega del Libro a cada uno de los adquirentes o usuarios del edificio. A tal efecto deberían comparecer en la escritura o el acta el director de la obra o quien le sustituya a estos efectos, para certificar que lo que se entrega es efectivamente el Libro del Edificio de que se trata, el promotor, como obligado a la entrega, y, en una o en varias comparecencias, los distintos adquirentes o usuarios.

Esta posibilidad, desde luego, es posible, pero plantea muchos problemas. Así, habría que incorporar las escrituras de transmisión de los distintos elementos en que se divida el local o habría que acreditar de manera fehaciente los contratos de arrendamiento o los derechos de uso. El problema se multiplica exponencialmente cuando se trata de grandes edificios de viviendas. Por otro lado, también es posible que el usuario o los usuarios se nieguen a recibir el Libro del Edificio, con lo que impedirían al promotor obtener la declaración de la obra nueva o de su finalización.

2.ª Mediante acta notarial de depósito en la que comparecen el director de la obra o quien le haya sustituido, para certificar que lo que se entrega, en papel o en soporte electrónico, es el libro del edificio, y el promotor, que es quien deposita ante el Notario el Libro para que el Notario lo entregue al usuario o, en caso de edificio en régimen de propiedad horizontal, a la comunidad de propietarios.

Con el cumplimiento de este solo requisito queda suficientemente justificada la entrega del Libro del Edificio a los efectos del artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación y 20 de la Ley del Suelo.-

En el futuro, podrá retirar el Libro de la Notaría el usuario o, en caso de propiedad horizontal, el Presidente de la comunidad de propietarios, por aplicación del artículo 14.2 de la Ley 2/1999, de 17 de marzo, de Medidas para la Calidad de la Edificación, y el 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal. Considero que, a pesar de no mencionarlo la Ley de Medidas para la Calidad de la Edificación, también puede retirar el Libro del Edificio el Administrador de la comunidad

de propietarios, que estaría legitimado para ello por el artículo 20 de la Ley de Propiedad Horizontal. La retirada del Libro del Edificio podrá hacerse constar por diligencia al acta de depósito o por otra acta separada, en cuyos documentos el usuario o el Presidente o el Administrador de la comunidad de propietarios declararán que han recibido del Notario el Libro que se depositó en su poder.

6. La contratación y vigencia de los seguros de la construcción

El número 1 del artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación prescribe que "no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite o testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19".

La constitución de estas garantías viene también exigida por el artículo 20, número 1, párrafo segundo, letra b) de la Ley del Suelo estatal, al que ya me he referido varias veces, en cuanto exige para el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva terminada "el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios".

Por su parte, el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación establece que el régimen de garantías para las obras de edificación tendrá como referentes las tres garantías que describe a continuación precedidas de las letras a), b) y c). Ahora sólo nos interesa tratar de la contenida en la letra c), que dice como sigue: "seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio".

Este seguro, al garantizar la responsabilidad decenal del promotor es también llamado habitualmente seguro decenal.

6.1. Fundamento

El fundamento de la obligatoriedad de este seguro decenal está en la protección del futuro adquirente de la construcción frente a

una posible responsabilidad futura del promotor y la también posible insolvencia del mismo. Ocurre que, además de establecerse la obligatoriedad de su contratación, la Ley exige su justificación en forma como requisito para el otorgamiento y la inscripción de la escritura de declaración de obra nueva, en cuanto dicho otorgamiento e inscripción interesan al promotor para poder empezar a vender o transmitir los distintos elementos del inmueble.

Por esa misma razón, como veremos, no se exige este requisito en los supuestos de autopromoción, ya que el único interesado en este caso es el autopromotor.

6.2. Ámbito temporal de aplicación

Como ya hemos visto, la Ley de Ordenación de la Edificación establece en su disposición final cuarta su entrada en vigor, salvo en ciertas materias que no son del caso, a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, lo que tuvo lugar el día 6 de noviembre de 1999, por lo que la norma que estudiamos entró en vigor el 6 de mayo de 2000. Por su parte, como también vimos en el número 5.2 anterior, la disposición transitoria primera de la Ley dispone que lo dispuesto en ella, salvo en materia de expropiación forzosa, "será de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor".

Por otro lado, como hemos visto, el seguro tiene por objeto garantizar los extremos contemplados en el apartado c) del artículo 19.1 "durante diez años", por lo que, si la obra nueva terminada se declara después de transcurridos diez años desde la recepción de la obra por el promotor, el seguro ya no será exigible. El cómputo del plazo desde la recepción viene establecido por el número 5 del artículo 6 y por el número 1 del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación. El número 4 del artículo 6 determina que, salvo pacto en contrario, la recepción tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes a la fecha de terminación de la obra acreditada mediante el certificado final de obra, y que la recepción se entiende tácitamente producida si, transcurridos treinta días desde la fecha indicada, el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito.

La forma de acreditar la antigüedad de la terminación de la obra será mediante el propio certificado final de obra del edificio y, a falta del mismo, la forma podrá ser cualquiera de las previstas en el ar-

tículo 20, número 4, apartado a) de la Ley del Suelo estatal y en el 52 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, que son aplicables por analogía. Estas son "certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título". Trataré más adelante de estas cuatro formas de acreditar la antigüedad de la construcción, en concreto, con motivo de la exposición de la declaración de obras nuevas antiguas sin licencia, en el epígrafe VIII de este trabajo.

El seguro decenal deberá acreditarse aun cuando al tiempo del otorgamiento de la escritura de obra nueva terminada haya transcurrido el plazo de prescripción de la acción de la Administración tendente al restablecimiento de la legalidad urbanística, pues es un requisito que exige para dicha escritura el artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación, por lo que es de aplicación a las obras nuevas declaradas tanto al amparo del número 1 como del número 4, ambos del artículo 20 de la Ley del Suelo estatal.

6.3. Ámbito material de aplicación

El número 1 del artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación ya remite a su disposición adicional segunda para determinar la obligatoriedad del régimen de garantías sobre la base del referente de garantías que establece. Pues bien, la disposición adicional segunda señala en su número uno los supuestos de aplicación material de la garantía en el presente, mientras el número dos prevé la aplicación a otros supuestos en un futuro.

6.3.1. Supuestos de aplicación

El párrafo primero del número uno, que era el único párrafo de dicho número en su versión inicial, establece que "la garantía contra daños materiales a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda". Por tanto, el requisito que examinamos sólo se aplica a edificios cuyo destino principal sea de vivienda, y no a edificios que no cumplan esta condición. Y sólo es exigible el seguro decenal, esto es, la garantía del apartado c) del número 1 del artículo 19, no las recogidas en los apartados a) y b) de dicho artículo.

6.3.2. Excepciones

A su vez, esta regla general tiene dos excepciones, recogidas en los párrafos segundo y tercero de ese número uno, introducidos ambos por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que entró en vigor el día primero de enero de 2003. Estas excepciones son las siguientes:

1.ª "El supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio", recogido en el párrafo segundo del número uno. Este párrafo sigue regulando la transmisión de estas viviendas cuando no se haya constituido el seguro decenal, pero a esta cuestión me referiré un poco más adelante, bajo el epígrafe 6.6. Por lo que atañe a la excepción propiamente dicha, el precepto que examinamos exige que se cumplan cuatro condiciones cumulativas (las resoluciones que inmediatamente se enuncian hablan de dos, pero que se pueden reconducir a las cuatro expresadas):

a) Que se trate de autopromotor individual. La Dirección General ha reiterado que el concepto de autopromotor individual no debe ser objeto de interpretaciones rigoristas o restrictivas, sino que debe interpretarse de forma amplia y en contraposición al promotor colectivo que contempla la Ley de Ordenación de la Edificación (resoluciones de 9 de julio de 2003, 5 de abril de 2005, 22 y 23 de julio y 11 de noviembre de 2010, 26 de agosto de 2011, 3 de julio y 13 de diciembre de 2012). La Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, recogida por las resoluciones enunciadas, ha incluido en el concepto de autopromotor individual la comúnmente llamada "comunidad valenciana" para la construcción de edificios, pero únicamente cuando las circunstancias arquitectónicas de la edificación así lo permitan y sólo respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se ha constituido la comunidad.

Por la referencia que hace la norma a "vivienda unifamiliar", parece que también pueden declarar la obra nueva sin el seguro decenal como autopromotores los dos cónyuges, sea cual sea su régimen económico matrimonial. Por la misma razón, considero que también estaría incluido el supuesto de declaración de obra nueva por dos personas convivientes de hecho, que deberían hacer constar en la

escritura dicha convivencia. Y entiendo que también estaría incluida la comunidad hereditaria constituida por el cónyuge viudo y los hijos del promotor inicial. Sostengo que no cumplen el requisito las promociones realizadas por dos o más hermanos ni por progenitor e hijo o hijos fuera del supuesto enunciado de cónyuge viudo e hijos del promotor inicial; sin embargo, la resolución de 16 de mayo de 2014 no ha considerado necesario el seguro decenal en la declaración de la obra de una vivienda unifamiliar realizada por tres hermanos. Sí es autopromotor individual el único nudo propietario de la finca gravada con usufructo a favor de sus padres o de cualquier otra persona.

b) Una única vivienda. Este requisito excluye, por un lado, que de la propia escritura de declaración de obra nueva resulte que el promotor declarante de la obra tenga otra vivienda unifamiliar de uso propio, y también excluye que el Notario autorice segundas o ulteriores escrituras en las que el mismo autopromotor declare más de una vivienda para uso propio eximiéndose de la justificación del seguro decenal. El fundamento de esta aseveración está en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley del Notariado, en cuanto establece que los Notarios deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos de autorice.

Desde el punto de vista registral, la constatación en el Registro de otra u otras viviendas unifamiliares a nombre del mismo autopromotor respecto de las cuales se haya eximido de la justificación del seguro decenal impediría, con base en las normas que examinamos de la Ley del Suelo y de la Ley de Ordenación de la Edificación, la inscripción registral.

Entiendo que es posible que la misma persona, con carácter sucesivo, construya y declare más de una vivienda para uso propio, siempre que haga constar que la anterior vivienda ya no es la vivienda de uso habitual y que no resulte otra cosa de la propia escritura o, de cara a la inscripción, del Registro de la Propiedad.

No estoy de acuerdo con la resolución de 11 de noviembre de 2008, la cual afirma que el hecho de que la finca se divida horizontalmente en dos viviendas no es contradictorio con el uso propio de ambas, sin perjuicio de que cuando en el futuro se produzca la enajenación de una de ellas sí haya que exigir en ese momento la constitución de la garantía. Según mi criterio, la división horizontal

simultánea en dos viviendas contradice el requisito legal de que se trate de "una única vivienda". De alguna manera, la resolución de 29 de abril de 2014 rectifica el criterio de la anterior al sentar que precisa la justificación del seguro decenal la declaración de obra de un edificio destinado a dos viviendas unifamiliares unidas entre sí por la planta de sótano. Por otro lado, si con posterioridad a la declaración de obra nueva terminada de una vivienda unifamiliar, ésta se divide horizontalmente o es objeto de división material o segregación, no por ese solo hecho será exigible la constitución del seguro decenal, sino que habrá que esperar a la enajenación de una de las viviendas resultantes.

c) Una vivienda unifamiliar. Sea cual sea su superficie, mucha o poca. Tan vivienda unifamiliar puede ser la mansión de un futbolista o de un actor famoso como la llamada solución habitacional de treinta metros cuadrados. Respecto de las viviendas muy grandes, habrán de ser una única finca registral y de su propia descripción no puede resultar que puedan destinarse a ser habitadas por más de una familia, lo que ocurrirá, por ejemplo, si se hace constar que contiene varios núcleos independientes con todos los elementos y servicios necesarios, cada uno de ellos, para la habitación de una familia.

d) Una vivienda para uso propio. Como reconocen las resoluciones citadas de la Dirección General, el uso propio, como hecho futuro que es, habrá de constar por declaración del promotor en la propia escritura de declaración de obra nueva, y no podrá contradecir otra situación que resulte de la propia escritura o de otras escrituras autorizadas por el mismo Notario o del Registro de la Propiedad. La declaración del promotor queda desvirtuada si, al mismo tiempo que el promotor formaliza la manifestación de ser para uso propio, enajena la vivienda, como expresamente ha tenido que decir la resolución de 13 de diciembre de 2012. No parece que sea requisito imprescindible para la autorización de la escritura y su inscripción el hecho de que el promotor figure empadronado como domiciliado en la propia vivienda.

2.ª La segunda excepción es la de los "supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos

proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley".

La Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003 ha interpretado esta norma en el sentido de que debe exigirse la justificación del seguro decenal cuando la licencia de obra autorice una obra autónoma de reforma, ampliación o modificación del edificio no simultánea a una rehabilitación. Por eso, la resolución de 23 de julio de 2010 ha exigido el seguro decenal en el caso de una obra cuya licencia, posterior a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, independientemente de la inicialmente otorgada, autoriza la modificación del proyecto inicial de la obra.

6.3.3. Previsión de extensión de la norma en el futuro

El número dos de la misma disposición adicional segunda previene que mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir las garantías previstas en los apartados 1.a) y 1.b) del citado artículo 19, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. Añade que, asimismo, mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir cualquiera de las garantías previstas en el artículo 19, para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda.

Prevé por tanto, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, una entrada en vigor escalonada de la obligatoriedad de las garantías del artículo 19. Por el momento, no ha sido promulgado ninguno de los dos Reales Decretos previstos, por lo que seguimos en el primer escalón.

6.4. Contenido

Conviene tratar por separado el contenido propio del seguro exigido por la Ley y el modo de justificar su existencia de cara al otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva.

6.4.1. El contenido del seguro

Los daños asegurados por el seguro de daños o por el seguro de caución son los definidos en el apartado c) del número 1 del artículo 19 de la Ley, que he trascrito un poco más arriba.

El número 2 del propio artículo 19 regula el seguro de daños, y determina lo siguiente:

a) El tomador del seguro que estudiamos será el promotor, y serán asegurados el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o partes del mismo. Añade el apartado a) que el promotor podrá pactar expresamente con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél.

b) La prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. No obstante, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en periodos siguientes a la fecha de recepción, si se debe hacer efectiva la garantía, la falta de pago de las siguientes fracciones de prima no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación.

c) No será de aplicación la normativa reguladora de la cobertura de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes contenida en la Ley 21/1990, de 19 de diciembre.

El número 3 del artículo 19 regula los seguros de caución. Determina lo siguiente:

a) Se aplicará lo previsto para los seguros de daños en cuanto se refiere al tomador y la prima, conforme a los apartados a) y b) del número 2 del mismo artículo, que acabo de exponer. Los asegurados serán siempre los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo.

b) El asegurador asumirá el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento.

c) El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro.

El número 4 del artículo 19 prevé que, una vez tomen efecto las coberturas del seguro, no podrá rescindirse ni resolverse el contrato de mutuo acuerdo antes del transcurso del plazo de diez años a contar desde la entrega de la edificación.

El número 5.c) establece que el importe mínimo del capital asegurado será el ciento por ciento del coste de la ejecución ma-

terial de la obra, incluidos los honorarios profesionales. Por su parte, el número 8, párrafo segundo, añade que, en el caso de que se establezca una franquicia, ésta no podrá exceder del uno por ciento del capital asegurado de cada finca registral. Y el número 9 determina los daños que no cubrirá el seguro, salvo pacto en contrario.

6.4.2. La justificación de la existencia del seguro

Esta cuestión ha sido tratada por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de septiembre de 2000, ante la Consulta formulada por la Dirección General de Seguros sobre la forma de acreditar ante Notario y Registrador de la Propiedad la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 20.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Prevé la Instrucción tres medios para acreditar la existencia del seguro:

1.ª "La propia póliza del contrato, completada con el documento que acredite su entrada en vigor".

2.ª "Un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato".

3.ª "El suplemento de entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato".

Añade la Instrucción que, en todo caso, deberán expresarse al menos las siguientes circunstancias, que trascribo literalmente:

a) Relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación:

1. Su localización o emplazamiento, de forma expresa o por remisión al acta de recepción o al acta de finalización de obras.

2. Referencia catastral del solar o edificio en su conjunto, o manifestación expresa de que carece de ella.

3. Datos registrales si la finca estuviera inscrita.

4. Plano de situación del solar o edificio en su conjunto.

b) Relativas al seguro:

1. Calificación y modalidad del seguro, esto es, si se trata de un seguro de daños o de caución, con expresa mención de su carácter de seguro obligatorio de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y que se rige por lo dispuesto en la citada Ley y en lo no previsto en ella, en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

2. Garantías cubiertas, que deben ser al menos las señaladas en el artículo 19 de la Ley 38/1999, sin exclusión, con expresión de la fecha en que han entrado en vigor.

3. Capital asegurado, como mínimo igual al coste final de ejecución.

4. Plazo de vigencia, que será al menos de diez años a contar desde la fecha de recepción de la obra, con expresión de esta fecha.

5. El importe y forma de pago de la prima, expresando en su caso, el fraccionamiento estipulado y que se ha pagado la primera prima, o al menos, una fracción de la misma.

6. La franquicia convenida, con un máximo del uno por ciento del capital asegurado por unidad registral.

7. Identificación del tomador del seguro, que será el promotor o el constructor de la edificación.

8. Expresión de que el asegurado es el promotor o constructor y los sucesivos adquirentes, con identificación de los primeros.

c) Relativas a la entidad aseguradora:

1. Identificación de la compañía o entidad aseguradora.

2. Autorización para operar en España.

3. Nombre y apellidos de quien firma la póliza, certificado o suplemento y concepto en el que interviene. La firma estará legitimada, pudiendo hacerse la legitimación en la escritura de obra nueva o acta de finalización de obras, incorporándose el documento a la matriz.

6.5. Constatación en la escritua pública

Como ha quedado expuesto, el documento, con la firma legitimada, deberá ser protocolizado. La legitimación puede venir hecha por el Notario autorizante de la escritura de declaración de obra nueva o por otro, y puede constar mediante testimonio en el propio documento o puede figurar en el cuerpo de la propia escritura o en acta separada. El documento, con su testimonio, en su caso, habrá de protocolizarse con la escritura de declaración de obra nueva. Si no se hubiere hecho así, nada impide que se incorpore al protocolo a posteriori mediante diligencia, otra escritura o acta. La diligencia o acta podría ser la de subsanación prevista en el artículo 153 del Reglamento Notarial, pues se trata de constatar un requisito que no altera la declaración de voluntad contenida en la escritura de obra nueva.

La Instrucción no requiere que, junto con la legitimación de la firma del representante de la entidad aseguradora se testimonien las facultades representativas que le correspondan y que le habiliten para firmar el documento en nombre de dicha entidad.

6.6. Régimen de la transmisión de viviendas autopromovidas y sin seguro decenal

En el anterior epígrafe 6.3.2. hemos visto cómo la constitución del seguro decenal no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Así lo establece el párrafo segundo del número 1 de la disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación, introducido por el artículo 105 de la ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Ahora bien, dicho párrafo segundo sigue diciendo lo siguiente: "Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión inter vivos dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos,

no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión inter vivos sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma".

La transmisión inter vivos puede ser a título oneroso o gratuito, pues la norma legal no distingue. En este sentido, la resolución de la Dirección General de 10 de febrero de 2014 ha afirmado que dicha expresión abarca la donación.

Desde el punto de vista sustantivo, en caso de enajenación inter vivos de la vivienda autopromovida, sólo se puede eludir la constitución del seguro por el tiempo que quede para que transcurran los diez años desde la entrega de la obra si la vivienda ha sido efectivamente usada por el autopromotor y si se pacta expresamente la exención de dicha obligación de constituir el seguro. Y en este caso, el autopromotor transmitente quedará obligado a responder personalmente frente al adquirente en los mismos casos y por los mismos importes que lo estaría la entidad aseguradora si se hubiera constituido el seguro, y ello por aplicación del número 7 del artículo 19 de la propia Ley de Ordenación de la Edificación.

Y desde el punto de vista de la autorización de la escritura de enajenación y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, si no se acredita y testimonia la constitución del seguro en los términos que anteriormente he expuesto, sólo es posible que se autorice la escritura y que se inscriba en el Registro si se cumplen los siguientes requisitos:

1.º Que se justifique que el autopromotor ha utilizado la vivienda. No dice el precepto legal la manera de justificarlo, por lo que caben diversas posibilidades. Puede, por ejemplo, acreditarse mediante acta notarial de presencia o de notoriedad, mediante certificado técnico acreditativo de que existen muestras de uso en la vivienda, o mediante recibos de suministros a nombre del autopromotor. La prueba deberá estar protocolizada con la escritura o en escritura o acta separada. Si se prueba por acta notarial, al ser ésta documento protocolar, bastará con acompañar su copia autorizada, sin que sea necesario protocolizar dicha copia con la escritura.

2.º Que el adquirente exonere expresamente al transmitente de constituir la garantía. Tal exoneración debe constar en la escritura de enajenación de la vivienda y, si no constara en ella, en otra escritura complementaria o subsanatoria que deberá otorgar el adquirente. No cabe el acta de subsanación por mí y ante mí del artículo 153 del Reglamento Notarial, pues la exoneración supone manifestación de voluntad por parte del adquirente.

3.º El párrafo segundo del número 1 de la disposición adicional segunda no exige que se haga constar en la escritura la asunción expresa por el transmitente de las obligaciones y responsabilidades que establece el número 7 del artículo 19, aunque parece adecuado hacerlo constar en la escritura a los efectos de que quede clara la posición jurídica del transmitente.

Otra cuestión que se puede plantear y que no está expresamente prevista en la Ley es la relativa a la segunda transmisión de la vivienda sin seguro decenal antes de que hayan transcurridos los diez años desde la entrega de la obra. Está claro que no se requiere ningún requisito adicional cuando la transmisión sea mortis causa, por cuanto el heredero sucede al causante en todas sus posiciones jurídicas, conforme al artículo 661 del Código Civil.

Cuando se trate de transmisiones inter vivos, podemos plantearnos si será de aplicación o no lo dispuesto por el párrafo segundo del número 1 de la disposición adicional segunda para la primera transmisión o no. A favor de la aplicación de la norma a las segundas y ulteriores transmisiones podría argüirse la analogía y el hecho de que la normativa sobre la exigencia de seguro decenal trata de proteger a los adquirentes sucesivos de la vivienda.

Pero considero, sin embargo, que en las segundas y ulteriores transmisiones no es exigible la constitución del seguro decenal, y ello por los siguientes argumentos:

1.º Porque el texto de la norma que estudiamos dispone que quien está obligado a la constitución del seguro es precisamente el promotor, y éste ya no es parte en la segunda transmisión.-

2.º Porque, efectivamente, el tomador del seguro, como ya vimos al exponer los números 2 y 3 del artículo 19 de la Ley de Or-

denación de la Edificación, ha de ser el promotor o el constructor, y ninguno de ellos son parte en la segunda transmisión, por lo que el seguro que podría exigirse al segundo transmitente ya no sería el seguro del artículo 19.1.c) de la citada Ley.

3.º Porque no parece justo que el segundo transmitente asuma por el hecho de la transmisión obligaciones y responsabilidades que la Ley de Ordenación de la Edificación no establece para él.

4.º Porque el adquirente está debidamente informado por la escritura previa que constituye el antetítulo y por la inscripción registral de su transmitente que la vivienda no tiene seguro decenal. Sobre esa base, el adquirente deberá valorar si le conviene o no le conviene comprar o adquirir la finca.

5.º Porque el segundo o ulterior adquirente no queda completamente desprotegido: aunque no tenga detrás una entidad de seguros, se mantendría la responsabilidad que para el autopromotor establece el número 7 del artículo 19 de la Ley; y el segundo transmitente, si ha transmitido a título oneroso, responderá del saneamiento por vicios ocultos conforme a los artículo 1484 y siguientes del Código Civil, durando la acción, a tenor del artículo 1490, seis meses a contar desde la entrega de la finca.

6.º Y porque hay otros posibles usuarios de la vivienda no adquirentes, como ocurre con los inquilinos, para los que en caso de arrendamiento de la vivienda inicialmente construida para uso propio no existiría tampoco la garantía del seguro decenal.

Sin embargo, la resolución de 11 de septiembre de 2014 ha sentado la doctrina contraria, y afirma que en una segunda transmisión de la vivienda, siempre dentro de los diez años siguientes a la finalización de la construcción, es necesario justificar el seguro decenal o cumplir los requisitos que establece la norma que estudiamos, es decir, el de acreditar la utilización de la vivienda por el promotor y el de que el nuevo adquirente le exonere de la constitución del seguro. No obstante, parece que, si la utilización de la vivienda por el promotor consta en el Registro con motivo de la primera transmisión, no será necesario volverla a acreditar en la segunda.

VII. LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN CONSTRUCCIÓN

Voy a referirme por separado a la declaración de obra nueva en construcción propiamente dicha y a la constatación de la terminación de la obra.

1. La escritura de declaración de obra nueva en construcción

Viene regulada en el párrafo primero del número 1 del artículo 20 de la Ley del Suelo estatal. Dice lo siguiente: "Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los Notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo". Como ya vimos, el número 2 del propio artículo 20 previene que "para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los Registradores exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior".

Vamos a estudiar por separado los dos requisitos, esto es, el acto administrativo y la certificación técnica.-

1.2. El acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra

Se trata exactamente del mismo requisito exigido para la declaración de obra nueva terminada, por lo que me remito a lo dicho en relación con ésta. Habrá que aportar, por tanto, la licencia de obra o la orden de ejecución, y se harán constar en la escritura de declaración de obra nueva en construcción de la misma manera estudiada para la de declaración de obra nueva terminada.

Sólo cabe decir respecto de las escrituras públicas de declaración de obra nueva en construcción autorizadas antes de la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, que, sin perjuicio de su valor como escrituras públicas, no serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, salvo que se justifique la obtención de la correspondiente licencia y se acompañe la certificación técnica correspondiente. Aunque podría alegarse en favor de su inscribibilidad la disposición transitoria segunda del Código Civil, hay que oponer en sentido con-

trario que en la legislación anterior a 1990 no se regulaba la declaración de obra nueva en construcción, sino solamente, en la legislación hipotecaria, la declaración de obra nueva sin más, por lo que la disposición transitoria segunda del Código tan solo favorecería el acto jurídico completo, que es la declaración de obra nueva terminada, y no una declaración en la que el propio declarante reconoce que no ha terminado el proceso constructivo.

Del mismo modo, a partir de la entrada en vigor de la Ley de 1990 no será posible declarar ni inscribir una obra nueva en construcción sin cumplir los requisitos de la licencia y de la certificación técnica, y ello aun cuado se hubiera comenzado la construcción antes de la entrada en vigor de dicha Ley, toda vez que su supuesto de hecho se refiere específicamente a todas las obras en construcción, y ello en contraposición con las obras nuevas terminadas antes de dicha entrada en vigor, a las que, como ha quedado expuesto, sí se les aplicaría el régimen jurídico anterior por haberse concluido antes de la entrada en vigor de la nueva norma.

Como es natural, las inscripciones de obra nueva en construcción practicadas en virtud de asientos de presentación realizados antes de la entrada en vigor de la Ley de 1990 surtirán todos los efectos que les son propios, conforme a los artículos 1, párrafo tercero, y 24 de la Ley Hipotecaria.

2.2. La certificación técnica

También vale respecto de la certificación técnica lo dicho en relación con la declaración de obra nueva terminada. La única diferencia está en que esta certificación técnica lo es solamente del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya obtenido el acto administrativo. Y, en este sentido, el número 2 del artículo 46 del Reglamento Hipotecario Urbanístico exige para la inscripción registral, "si el edificio estuviere en construcción, que se acredite por el técnico a que se refiere el artículo 50 que la descripción de la obra nueva, en cuanto a los extremos comprendidos en el artículo anterior, se ajusta al proyecto para el que, en su caso, se obtuvo la licencia".

2. La constatación de la terminación de la obra

Trataré por separado el título por medio del cual se constata la terminación de la obra y los requisitos que tal título debe reunir.-

2.1. El título

En relación con el título por medio del cual se constata la terminación de la obra nueva declarada en construcción, voy a considerar en primer lugar la naturaleza jurídica de este acto, para aludir seguidamente a la regulación de dicho título, distinguiendo según se trate de la simple constatación del final de la obra tal y como fue declarada o de la terminación de la obra con modificaciones respecto de la declarada en construcción.

2.1.1. Naturaleza jurídica

La declaración de la terminación de la obra no es un negocio jurídico, y no lo es porque no conlleva una declaración de propiedad sobre la obra nueva construida ni la afirmación frente a todos de esa propiedad tal y como se describe, pues dicha declaración consta ya en la escritura de declaración de obra nueva en construcción. La declaración de terminación de la obra es la simple constatación de ese hecho.

De esta manera, el documento que la formaliza es necesariamente complementario de la declaración de obra nueva, es acta notarial y, si se regulan las personas que están legitimadas para promover esa acta, es únicamente con base en el principio de rogación de la función notarial (artículos 2 de la Ley del Notariado y 3 del Reglamento Notarial) y del Registro de la Propiedad (artículo 6 de la Ley Hipotecaria).

Ahora bien, en los supuestos en que la obra haya variado durante la ejecución en relación con la declaración inicialmente formulada, la terminación de la obra conlleva además una nueva declaración de obra nueva, la cual, como toda declaración de obra nueva, es una negocio jurídico, según he defendido al principio de este trabajo, por lo que requiere el otorgamiento de nueva escritura pública.

2.1.2. El título en la terminación de la obra tal y como fue declarada

Puede parecer que el artículo 20.1 de la Ley del Suelo estatal exigiera el otorgamiento de una segunda escritura pública para la constatación de la terminación de la obra nueva declarada en construcción, pues no contiene ninguna referencia al acta notarial y empieza el párrafo segundo con la expresión "tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada..."

Sin embargo el texto legal no exige una nueva escritura pública para la constatación de la terminación de la obra, toda vez que los dos párrafos de dicho artículo 20.1 regulan, por separado, la escritura de declaración de obra nueva en construcción y la escritura de declaración de obra nueva terminada, sin pronunciarse sobre el título por medio del cual deba constatarse la conclusión de una obra nueva declarada en construcción.

Será, por tanto, de aplicación el Reglamento Hipotecario Urbanístico de 4 de julio de 1997, cuyo artículo 47 establece en el número 1 que la finalización deberá hacerse constar por nota al margen de la inscripción. Añade que "dicha nota se practicará en virtud de acta notarial en la que cualquiera de los legitimados, conforme a lo dispuesto en este artículo, acrediten dicha finalización mediante incorporación de la certificación referida en el apartado 3 del artículo anterior".

No hay ningún inconveniente en que la constatación de la terminación de la obra se haga en escritura pública, ya recoja ésta algún negocio jurídico independiente de la declaración de obra nueva, ya se dirija exclusivamente a constatar el final de la obra. En este último caso, aunque se haya calificado el instrumento como escritura pública, será en realidad, conforme a los artículos 17, párrafo octavo, de la Ley Notarial y 144, párrafo cuarto, de su Reglamento, un acta que recoja el hecho de haberse cumplido los requisitos legalmente exigidos para la constatación de la terminación de la obra. La naturaleza verdadera del acto prevalece en todo caso sobre la calificación dada al mismo.

El número 2 del artículo 47 del Reglamento Hipotecario Urbanístico establece que "será inscribible el acta a que se refiere el párrafo anterior cuando hubiese sido requerido su otorgamiento por el titular registral o por las siguientes personas:

a) Aquella que hubiere declarado la obra nueva en construcción, aun cuando hubiese transmitido el dominio en todo o en parte.

b) Si la finca perteneciese a varios titulares en pro indiviso, los que reúnan la mayoría necesaria para realizar actos de administración.

c) El presidente de la junta de propietarios, si el edificio se hubiese constituido en régimen de propiedad horizontal.

d) Cualquiera de los cónyuges, si el inmueble estuviese atribuido a su sociedad conyugal".

Llama la atención de este precepto el hecho de que para la comunidad ordinaria exija la mayoría necesaria para realizar actos de administración, mientras que para los regímenes económico-matrimoniales de comunidad legitima para el requerimiento a cualquiera de los cónyuges, de manera que puede instar el acta el cónyuge que no sea titular registral, a quien no corresponde la administración del bien de acuerdo con el artículo 1384 del Código Civil. Cabe concluir que ésta es una norma especial que se limita a regular, a los solos efectos de cumplir el principio de rogación, la cuestión de a quién corresponde requerir en el acta notarial que tiene por mero objeto el hecho de la finalización de la obra.

Por otro lado, es posible que la escritura de declaración de obra nueva en construcción contenga un apoderamiento a favor de personas determinadas facultándoles para requerir la autorización del acta notarial de declaración de fin de obra. Y aún más: considero también posible que la escritura de declaración de obra nueva en construcción contenga un requerimiento dirigido al Notario autorizante para que, una vez se le aporten los documentos necesarios a tal efecto, autorice por sí y ante sí el acta, a la que incorporará dichos justificantes. En tal caso, la declaración del fin de obra estaría en la propia escritura de declaración de la obra nueva en construcción, pero condicionada a que el Notario levantara el acta con los documentos exigidos por la Ley.

2.1.2. El título en los supuestos de modificación de la obra

Cuando sí es imprescindible la escritura pública para la constatación del final de la obra es en aquellos supuestos en los que, una vez se haya escriturado la obra nueva en construcción, haya sido modificado el proyecto y, en consecuencia, la licencia de obra, de manera que la descripción final de la obra sea diferente a la que consta declarada en construcción en la escritura de obra nueva y, en su caso, en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad.

Para estos supuestos, determina el número 3 del artículo 20 de la Ley del Suelo estatal que "en aquellos casos en los que la descripción de la obra terminada no coincida con la que conste en el

Registro, por haberse producido modificaciones en el proyecto, la constancia registral de la terminación de la obra se producirá mediante un asiento de inscripción, cuya extensión quedará sujeta a lo previsto en el apartado 1 en relación con los requisitos para la inscripción de las obras nuevas terminadas".

La remisión a los requisitos de la inscripción de las obras nuevas terminadas ya conlleva la exigencia de la escritura pública. Pero además, la modificación de la obra respecto de la inicialmente declarada, supone modificación del negocio jurídico inicial y, como tal, manifestación de voluntad y negocio jurídico, por lo que, conforme al párrafo segundo del artículo 17 de la Ley Notarial, es contenido propio de la escritura pública.

Esta escritura modificativa y de constatación de la terminación de la obra no es ya el acta regulada por el artículo 47 del Reglamento Hipotecario Urbanístico. De esta manera, la escritura no podrá ser otorgada por las personas a que alude el número 2 de dicho artículo 47, sino por la persona o personas que estén legitimadas para el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva.

Por último, obviamente, es posible la modificación de la escritura de declaración de obra nueva en construcción y de su inscripción registral antes de la terminación de la misma obra. Se requerirá para ello escritura pública que deberá cumplir otra vez los requisitos de la declaración de obra nueva en construcción, fundamentalmente, la incorporación de la licencia de modificación y la nueva certificación técnica acreditativa de que la obra tal y como se declara se ajusta al proyecto para el que se ha obtenido la licencia y su modificación, y ello por aplicación del párrafo primero del número 1 del artículo 20 de la Ley del Suelo estatal.

2.2. Los requisitos que debe acreditar el título

Cabe distinguir entre los supuestos en que no se ha modificado el proyecto ni la licencia y aquellos otros en que sí ha tenido lugar tal modificación.

2.2.1. Supuestos en los que no se ha modificado el proyecto ni la licencia

El acta en que se constate el final de la obra deberá reunir los siguientes requisitos: certificación técnica de terminación de la obra, licencia de primera ocupación, certificado de eficiencia energética,

acreditación de la entrega del libro del edificio y justificación de la contratación del seguro decenal. Paso a su estudio por separado.-

2.2.1.1. Certificación técnica de terminación de la obra

La exige el párrafo segundo del número 1 del artículo 20 de la Ley del Suelo estatal y también el número 1 del artículo 47 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, que remite al requisito 3.º del artículo 46, el cual requiere a su vez que el certificado técnico acredite que la obra ha finalizado y que se ajusta en cuanto a los extremos determinados en el artículo 45 al proyecto correspondiente. Por lo tanto, la certificación técnica debe determinar que la obra está terminada, que se corresponde con la obra inscrita en los extremos mínimos que exige el artículo 45 y que es conforme al proyecto aprobado.

Es posible que, durante la ejecución de la obra, se hayan producido pequeñas modificaciones en relación con el proyecto inicial. La resolución de 11 de febrero de 2009 ha declarado que la acreditación de si se trata o no de una reforma no esencial o meramente parcial que no altera la volumetría ni la configuración estructural del edificio queda en el ámbito de competencias y responsabilidades del Arquitecto director de la obra, al certificar la terminación de la obra conforme a la licencia a efectos de la inscripción, sin que sus afirmaciones puedan ser desvirtuadas ni por el Registrador ni por la Dirección General, salvo que se trate de casos evidentes.

Por su parte, la de 13 de noviembre de 2012 reconoce que el final de obra puede ser parcial, por fases e incluso por pisos, si bien debe comprender la terminación de los elementos comunes correspondientes a las unidades de obra cuya terminación se declara. Es también admisible la escritura por la que se declare una obra en parte ya terminada y en parte en construcción.

Por lo demás, no hay nada más que añadir a lo dicho para la certificación técnica en relación con la declaración de obra nueva terminada, y a ello me remito.

2.2.1.2. La licencia de primera ocupación

El artículo 20, número 1, párrafo segundo, apartado b) de la Ley del Suelo estatal exige la justificación del otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable.

Se trata de la licencia de primera ocupación, tal y como quedó expuesto más arriba con motivo de la exposición de la declaración de obra nueva terminada, a cuyo contenido me remito.

Como ya indiqué con motivo de dicha exposición, este requisito ha venido impuesto por la reforma operada en la Ley del Suelo estatal por el Real Decreto-Ley 8/2011, por lo que hemos de plantearnos qué pasará con las obras declaradas en construcción que se hayan terminado antes de la entrada en vigor de dicho Real Decreto-Ley y con las actas de fin de obra de fecha anterior a dicha entrada en vigor.

Sobre la base de que, por su naturaleza, la licencia de primera ocupación no es requisito para la construcción ni para la legítima adquisición de lo construido, sino una obligación impuesta por la Ley al propietario una vez terminada la construcción, debe entenderse que se trata de un requisito exigido por la Ley que impide el acto formal del otorgamiento de la escritura y cierra el Registro de la Propiedad mientras no se acredite su cumplimiento. Por ello, aun cuando se acredite que la terminación de la obra tuvo lugar efectivamente antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2011, el Notario deberá exigir la licencia de primera ocupación para autorizar el acta de finalización de la obra.

Esta cuestión lleva a plantearnos qué pasará con las actas de fin de obra autorizadas antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2011 que se presenten después de su entrada en vigor. Parece que deberán ser inscritas conforme al Derecho anterior a dicha norma, y en este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resoluciones de 24 de marzo y 14 de abril de 2011 y 19 de mayo de 2012 ha afirmado que serán aplicables las normas vigentes en el momento del otorgamiento de los documentos correspondientes, aunque las obras se hubiesen ejecutado en un momento anterior, de manera que son aplicables los textos legales vigentes en el momento del otorgamiento de la escritura, en este caso del acta, ya que el objeto de las disposiciones no es regular los requisitos administrativos, sino el de que se cumplan los requisitos necesarios para su documentación pública e inscripción registral.-

Sin embargo, la resolución de 7 de marzo de 2012, obiter dicta y sin mucha relación con el objeto debatido, ha dejado caer que el texto del artículo 20 de la Ley del Suelo es el correspondiente a la fecha de la presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad.

No acreditándose la licencia de primera ocupación, puede obtenerse la inscripción de la terminación de obra por dos vías distintas:-

a) Al amparo del artículo 20.4 de la Ley del Suelo estatal. Constando ya escriturada e inscrita la declaración de obra nueva en construcción, creo que sería necesaria una nueva escritura pública en la que el declarante o sus causahabientes ratificaran la declaración de obra nueva al amparo de dicho artículo 20.4 y justificaran la antigüedad de su terminación según la propia norma establece.-

b) Con base en la doctrina sentada por la Dirección General según la cual, cuando resulta de la documentación presentada que la terminación de la obra se ha producido en fecha determinada y ésta es anterior al plazo establecido para que la Administración ejerza su derecho al restablecimiento a la legalidad urbanística, no procede exigir aquellas otras licencias o autorizaciones exigidas por la legislación sectorial. Así se ha pronunciado la resolución de primero de marzo de 2012, que se refiere a una acta de final de obra posterior a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2011 y que recoge la doctrina previamente sentada por las resoluciones de 14 de abril y 4 de mayo de 2011 y 17 de enero de 2012. En consecuencia, si la fecha de terminación certificada es tal que habrían prescrito las acciones tendentes al restablecimiento de la legalidad urbanística, no sería necesario justificar los requisitos que exige el 20.1 y no exige el 20.4 de la Ley del Suelo, esto es, la licencia de primera ocupación, el certificado de eficiencia energética y la entrega del libro del edificio.

2.2.1.3. La justificación de la eficiencia energética

El artículo 20, número 1, párrafo segundo, apartado b) de la Ley del Suelo estatal exige también el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente. No obstante la claridad de la norma, la resolución de 2 de abril de 2013 ha tenido que decir expresamente que la constatación de la terminación de la obra precisa la justificación del certificado de eficiencia energética.

Por lo demás, también me remito a lo dicho con motivo de la declaración de obra nueva terminada. En relación con el régimen tran-

sitorio expuesto en esa sede, deberemos sustituir las referencias a la escritura de declaración de obra nueva terminada por el acta de finalización de la obra.

Como hace muy poco he expuesto, según ha sentado la doctrina de la Dirección General, no será necesario justificar el certificado de eficiencia energética si, desde la fecha cierta de terminación de la obra, ha transcurrido el plazo de prescripción de las acciones de restablecimiento de la legalidad urbanística.

2.2.1.4. La entrega del libro del edificio

Viene exigida por el artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación, a la que remite el artículo 20, número 1, párrafo segundo, apartado a) de la Ley del Suelo estatal. Vale también para este requisito lo dicho con motivo de la declaración de obra nueva terminada, refiriendo lo expresado en relación con la escritura de declaración de obra nueva terminada al acta de final de obra. Y vale también lo que he expuesto en cuanto al carácter inscribible de las actas autorizadas sin justificar el cumplimiento de este requisito antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2011 o en las que se justifique una fecha de terminación tal que hayan prescrito las acciones de la Administración para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

2.2.1.5. La contratación del seguro decenal

Viene impuesto este requisito por el artículo 20, número 1, párrafo segundo, apartado a) de la Ley del Suelo estatal y por el artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación, que remite al artículo 19 y a la disposición adicional segunda de la misma Ley. También remito a lo expuesto en relación con la declaración de obra nueva terminada.

Cabe recordar que, a diferencia de los tres requisitos anteriores, éste viene impuesto, además de por el artículo 20.1 de la Ley del Suelo, por el artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación, por lo que también se aplica en los supuestos del artículo 20.4 de la Ley del Suelo y en los de aplicación analógica del mismo.

Se puede dar en la práctica el caso de que un edificio "cuyo destino principal sea el de vivienda", como dice el número uno de la disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación, se haya declarado en construcción y se pretenda ahora de-

clarar la finalización de la obra pero sólo respecto de elementos del mismo no destinados a vivienda. A mi modo de ver, es posible en este caso declarar el fin de obra sin necesidad de acreditar el otorgamiento del seguro decenal. El momento de justificar el seguro es el de la terminación de la obra, conforme al artículo 20.1 de la Ley del Suelo estatal, y en el supuesto planteado no se declara terminado un edificio destinado principalmente a vivienda, sino un edificio que se declara terminado exclusivamente para otros usos.

Si en este caso contemplado la declaración parcial de fin de obra afectase también a viviendas, aunque fuera sólo a una, sí habría que justificar la constitución del seguro decenal, pues, tal y como está concebido en la situación legislativa actual, el requisito de la justificación del seguro decenal tiene por objeto proteger la situación jurídica de los propietarios de las viviendas, y el hecho de que se anticipe la terminación de una en relación con las demás no puede dejar sin protección a los futuros titulares de esa vivienda. Sí sería posible, creo, en los casos de anticipación de la terminación de una sola de las viviendas, que el declarante hiciera constar que es para uso propio, en cuyo caso la constatación del final de obra para esa única vivienda y para los elementos no destinados a viviendas del edificio, tampoco requeriría la justificación de la constitución del seguro decenal.

No es necesario justificar la contratación del seguro decenal cuando la licencia de obra es anterior a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación (5 de mayo de 2000) o cuando se acredita la terminación de las obras en fecha determinada anterior en diez años a la fecha que ha de corresponder a la inscripción. En este sentido de ha pronunciado la resolución de 3 de julio de 2012.

2.2.2. Supuestos de modificación del proyecto y la licencia

Cuando durante la construcción se ha modificado el proyecto y la licencia y, en consecuencia, la obra terminada no se corresponde en los extremos que exige para la descripción de la misma el artículo 45 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, estamos en realidad ante una auténtica declaración de obra nueva terminada, por lo que será de aplicación todo lo referido en este trabajo en relación con dicha obra nueva terminada, a cuyo exposición una vez más me remito.

VIII. DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA SIN LICENCIA O DE OBRA NUEVA DE CONSTRUCCIÓN ANTIGUA

La construcción sin licencia constituye una infracción urbanística, pero una infracción urbanística que puede prescribir, de tal manera que la Administración no pueda exigir la demolición de lo construido, con lo que el propietario del suelo adquiere el derecho a integrar en su patrimonio la obra. Es por eso que la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valores del Suelo, que fue la primera en introducir la necesidad de constatar la licencia de obra para autorizar la escritura de declaración de obra nueva y para inscribirla, también previera la inscripción de las obras nuevas consolidadas por el transcurso del tiempo necesario para la prescripción de la acción urbanística dirigida a la demolición de las obras construidas sin licencia. Estas obras son las denominadas en la práctica con la paradójica expresión de obras nuevas antiguas u obras nuevas viejas.

En tal sentido, el número 4 de la Ley del Suelo estatal, reformado por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, y, nuevamente, por la Ley 8/2013, de 26 de junio, dice que "no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, la constancia registral de la terminación de la obra se regirá" por el procedimiento que el propio número 4 regula.

Con arreglo a la normativa en vigor, los requisitos para el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y su inscripción en el Registro de la Propiedad son los siguientes:

1.º La prescripción de la infracción urbanística.
2.º La justificación de la antigüedad de la obra.
3.º La inexistencia de expediente de disciplina urbanística.
4.º Que el suelo sobre el que se declare la obra no tenga carácter de demanial ni esté afectado por servidumbre de uso público general.
5.º El seguro decenal.

Por el contrario, no son exigibles para la autorización de la escritura de declaración de obra nueva, ni para su inscripción, los de-

más requisitos del número 1 del artículo 20 de la Ley del Suelo, en cuanto ésta y la del número 4 son normas diferentes que se refieren a supuestos de hecho distintos. Tampoco es necesaria para el otorgamiento de la escritura ni para su inscripción la resolución administrativa que declare o no el carácter de fuera de ordenación de la edificación.

Seguidamente paso a estudiar por separado los requisitos necesarios para la declaración de obra nueva. Y también me referiré a los que no son necesarios, para justificar por qué no lo son y por la relevancia que pueden tener en cuanto a los efectos de la obra nueva declarada. Por último, me referiré al régimen jurídico de las edificaciones realizadas sin licencia.

1. La prescripción de la infracción urbanística

Exige el párrafo inicial del número 4 del artículo 20 de la Ley del Suelo estatal que "ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes".

Voy a estudiar este requisito refiriéndome por separado al derecho de la Administración al restablecimiento de la legalidad urbanística, al plazo de prescripción de la acción de la Administración tendente dicho restablecimiento de la legalidad urbanística y a la caducidad de los procedimientos iniciados y no concluidos.

1.1. El restablecimiento de la legalidad urbanística infringida

Volvemos al Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, que establece en el número 1 de su artículo 228 que "cuando los actos de edificación o uso del suelo se hubiesen efectuado sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en la misma, el Ayuntamiento o, en su caso, el Director General competente en materia de urbanismo, dispondrá la incoación del correspondiente expediente sancionador, con la pieza separada de restablecimiento del orden infringido".

En cuanto al modo de restablecerse el orden infringido, previene el número 1 del artículo 230 del mismo Texto Refundido que "en caso de obras de edificación ilegales las operaciones de restauración consistirán en la demolición de las edificaciones realizadas ilegal-

mente". Añade que, "simultáneamente a la orden de ejecución de la demolición, se dictará otra a las compañías suministradoras de servicios para que los retiren definitivamente".

1.2. El plazo de prescripción

Con arreglo al Texto Refundido murciano, cabe distinguir tres plazos distintos de prescripción: uno que podemos considerar general de cuatro años y otros dos, excepcionales, de ocho y de quince años. La realización de obras que comprendan o afecten a los elementos determinados en el artículo 45 del Reglamento Hipotecario Urbanístico no puede ser infracción leve, para las que el artículo 246.1 establece un plazo de prescripción de un año.

Procedo a estudiar por separado esos tres plazos que pueden ser de aplicación.

1.2.1. El plazo general de cuatro años

Dice el número 2 del artículo 228 del Texto Refundido regional en sus dos primeros párrafos que, "en el plazo de dos meses, contados desde la notificación de la incoación del expediente, el interesado deberá ajustar las obras a la licencia u orden de ejecución preexistente, o solicitar la oportuna licencia o su modificación"; y que "el mismo requerimiento se efectuará cuando no hubiesen transcurrido más de cuatro años desde la total terminación de las obras o uso del suelo realizados sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a sus condiciones".

Con independencia de que la notificación del expediente necesite un requerimiento que la complemente o simplemente suponga dicho requerimiento, lo cierto es que el precepto establece un plazo de prescripción de cuatro años a contar desde la terminación de la obra, más allá del cual y siempre que no se haya notificado la incoación del mismo, no es posible obtener el restablecimiento de la legalidad urbanística.

De la misma manera, el número 1 del artículo 246 de la Ley del Suelo murciana establece que las infracciones urbanísticas muy graves y graves prescribirán a los cuatro años, y el número 6 del mismo artículo que, a efectos de prescripción de infracciones relativas a obras de edificación, el plazo comenzará a computarse desde que las obras estuvieran dispuestas para su destino. Entiendo que esto ocurre precisamente cuando termina la construcción, por lo que no

veo que haya discrepancia en relación con el comienzo del cómputo del plazo de prescripción entre los artículos 228.2 y 246.6.

1.2.2. El plazo de ocho años

El artículo 246.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia dispone que "las infracciones que afecten a sistemas generales, zonas verdes, espacios libres, viales, equipamientos y espacios naturales especialmente protegidos por instrumentos de ordenación prescribirán a los ocho años, sin perjuicio de la imprescriptibilidad de las facultades de la Administración para exigir la restauración de la legalidad urbanística infringida y de la acción penal que pudiera ejercitarse".

A los efectos prácticos que nos interesan, esta norma puede entenderse de tres maneras distintas:

1.ª Como la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística es imprescriptible, en toda declaración de obra nueva realizada al amparo del artículo 20.4 de la Ley del Suelo estatal habría que acreditar que el suelo sobre el que se declara no es constitutivo de sistemas generales, zonas verdes, espacios libres, viales, equipamientos o espacios naturales especialmente protegidos por instrumentos de ordenación. Esta prueba habría que hacerla por medio de certificación administrativa, la cual sería imprescindible para toda inscripción al amparo del artículo 20.4 de la Ley del Suelo estatal.

2.ª Como la imprescriptibilidad afecta sólo a las obras hechas en suelos que tengan las calificaciones expresadas y el plazo de prescripción de ocho años es aplicable sólo a la acción para imponer la correspondiente sanción, el plazo de prescripción aplicable para toda obra nueva sería el de cuatro años conforme al artículo 246.1 de la Ley del Suelo murciana, sin perjuicio del derecho de la Administración a promover en cualquier momento la acción de restablecimiento si la obra afectare a tales terrenos especialmente protegidos.

3.ª Como el artículo 228.1 de la ley del Suelo de la Región de Murcia dispone la incoación del correspondiente expediente sancionador con la pieza separada de restablecimiento del orden infringido, tal expediente sancionador va necesariamente unido al de

restablecimiento de la legalidad urbanística. De esta manera, cabría defender que, cuando las obras pudieran afectar "a sistemas generales, zonas verdes, espacios libres, viales, equipamientos y espacios naturales especialmente protegidos por instrumentos de ordenación" el plazo de prescripción que permitirá declarar la obra nueva como antigua será el de los ocho años, y ello sin perjuicio de la imprescriptibilidad de las acciones tendentes al restablecimiento de la legalidad urbanística, que podrían ejercerse en cualquier tiempo, aun cuando la obra esté declarada e inscrita en el Registro de la Propiedad.

De este modo, cuando del antetítulo y del Registro resulte la calificación urbanística de la finca como sistema general, espacio verde, espacio libre, vial, equipamiento o espacio natural protegido, no se podrá en ningún caso declarar la obra nueva ni inscribir ésta. Cuando la parcela sobre la que se declara la obra sea suelo urbano edificable, se aplicará el plazo de prescripción general de los cuatro años. Y, cuando se trate de suelo urbanizable (del artículo 66 del Texto Refundido de la Ley del Suelo regional) o no urbanizable (del artículo 65), el plazo de prescripción será el de los ocho años, para prevenir un posible caso de invasión de alguno de los suelos aludidos en el artículo 246.2.

De los tres criterios el más seguro, para mí, es el primero, esto es, el entender que son cuatro años el plazo de prescripción y exigir en todo caso certificación administrativa de que el suelo sobre el que se declara la obra no tiene ninguna de las cualidades previstas en el artículo 246.2. El segundo criterio es el más permisivo, pero también daría lugar a más inseguridad.

En la práctica se está utilizando el tercer criterio, que es un criterio intermedio y sin duda mucho más práctico que los otros dos, pues permite prescindir de la certificación administrativa y es más seguro que el primero por los ocho años de inacción de la Administración ante una construcción de un particular sobre suelo de propiedad pública o especialmente protegido.

1.2.3. El plazo de quince años

Resulta del artículo 246.8 del propio Texto Refundido regional. Dispone que "La Administración deberá proceder a la ejecución de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística en el plazo de quince años desde que sea firme el acto que las ordena".

Como afirman José Antonio López Pellicer y Salvador Pérez Alcaraz, se trata de un auténtico plazo de prescripción, pues con este precepto se recoge una reiterada doctrina del Tribunal Supremo según la cual la prescripción de una orden administrativa de derribo firme tiene lugar por el plazo de quince años que establece el artículo 1964 del Código Civil (15).

Cabe subrayar que, si en los supuestos poco antes examinados de prescripción por el plazo de cuatro y de ocho años el término se cuenta desde la finalización de la obra, en este supuesto el cómputo comienza desde la firmeza de la resolución administrativa que ordene la demolición de la obra o parte de ella. Pero también habrá que justificar la antigüedad de la obra para comprobar que es la misma respecto de la cual se tramitó el correspondiente expediente de disciplina urbanística.

El Registrador no podrá inscribir una obra nueva respecto de la cual haya inscrita una resolución por la que se ordene su demolición. A estos efectos, el artículo 51.1.h) y el 53.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal establecen que será objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad "cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo de los instrumentos de ordenación o ejecución urbanísticos modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas".

Transcurrido el plazo de los quince años desde la firmeza de la resolución, el Registrador deberá practicar la inscripción de la obra nueva por aplicación del artículo 20.4 que examinamos del Texto Refundido de la Ley del Suelo, y ello aun cuando la escritura se hubiera otorgado antes del transcurso de dicho plazo.

Por último, es posible que la resolución que ordenó la demolición se haya llevado a efecto y que, antes de transcurrir los quince años desde su firmeza, se haya construido otra obra de características semejantes, desde cuya terminación hayan pasado ya los cuatro o los ocho años de prescripción. En este caso cabría la inscripción, siempre que se justifique que la obra declarada es distinta de la que se ordenó demoler y efectivamente se demolió. La forma de acreditar este extremo podrá ser cualquiera de las cuatro previstas para

(15) López Pellicer, José Antonio, y Pérez Alcaraz, Salvador: "Derecho Urbanístico de la Región de Murcia", Murcia, 2006, pp. 233 y 234.

justificar la antigüedad. También se podría acreditar la demolición mediante certificación administrativa o acta notarial de presencia.

1.3. Interrupción de la prescripción

El artículo 247 del Texto Refundido murciano regula la caducidad del procedimiento sancionador iniciado. Dice su número 1 que "el plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa del procedimiento sancionador será de un año contado desde la fecha del acuerdo de iniciación, ampliable, como máximo, por tres meses, mediante acuerdo del órgano que inició el procedimiento. Contra este acuerdo de ampliación no cabrá recurso alguno". Añade el número 2 que "transcurridos los citados plazos, en sus respectivos casos, sin que se haya producido la notificación de la resolución, se producirá la caducidad del procedimiento".

La regulación de la caducidad puede plantear si el expediente caducado interrumpe la prescripción del derecho de la Administración para reponer la legalidad urbanística. El número 1 del artículo 228 del Texto Refundido murciano considera, como ya ha quedado expuesto, que el restablecimiento de la legalidad urbanística es objeto de pieza separada del mismo procedimiento sancionador, por lo que forma parte de él. Y el número 2 del mismo artículo determina que no es posible actuar por medio de procedimiento sancionador una vez transcurridos cuatro años desde la terminación de la construcción. Con base en tales reglas, podría entenderse que la normativa autonómica no admite la interrupción de la prescripción, de tal manera que el expediente caducado no puede tampoco interrumpirla.-

Sin embargo, considero, siguiendo a José Antonio López Pellicer y Salvador Pérez Alcaraz, que la prescripción se interrumpe conforme a la regla general del artículo 132.2, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (16). Establece esta norma que "Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable".

(16) López Pellicer, José Antonio, y Pérez Alcaraz, Salvador: obra citada, p. 235.

Las resoluciones de 5 de marzo y 5 de agosto de 2013 han declarado que el artículo 20.4 de la Ley del Suelo estatal no exige que se acredite la prescripción de la acción de la Administración, sino que la fecha acreditada de terminación de la obra sea anterior al plazo previsto para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante.

No obstante esta doctrina del Centro Directivo, el Notario deberá tomar en consideración la interrupción del plazo de prescripción si resulta del Registro y tiene información procedente del mismo, si consta en los documentos que se le presentan para preparar la escritura o si tiene conocimiento de ella por cualquier otro medio. El Registrador la tendrá en cuenta cuando resulte de los documentos presentados o de los asientos del Registro, conforme a la norma del artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

2. La justificación de la antigüedad de la obra

El apartado a) del número 4 del artículo 20 de la Ley del Suelo estatal exige que las escrituras "se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en la que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título". En análogos términos se pronuncia el apartado a) del artículo 52 del Reglamento Hipotecario Urbanístico. Es obvio que la fecha determinada de terminación de la obra ha de conllevar necesariamente que hayan transcurrido los plazos de prescripción correspondientes.

2.1. Elementos mínimos a justificar

Los medios de justificación de la antigüedad de la obra deben contener por lo menos tres elementos: la identificación de la finca sobre la que se ha construido, la descripción de la obra construida y la determinación de la fecha de finalización de la obra.

En cuanto a la finca sobre la que se ha construido la obra, no es necesario que se describa con todas las circunstancias que exige la legislación hipotecaria para la descripción de las fincas inscritas, bastando con que resulte suficientemente identificada. Tampoco será preciso, como ocurre en los supuestos de inmatriculación y de exceso de cabida, que las características físicas de la finca expresa-

das en el certificado técnico, catastral o municipal o en el acta notarial se correspondan exactamente con las publicadas por el título de propiedad o por el Registro de la Propiedad, sino que será suficiente con que pueda identificarse la finca sin duda razonable. En este sentido se han pronunciado, en relación las cuatro con la certificación catastral, aunque no creo que haya inconveniente en aplicar el mismo criterio a los otros tres medios de prueba, las resoluciones de la Dirección General de 25 de agosto de 2008, 15 de septiembre de 2009 y 3 de marzo de 2012.

Por lo que atañe a la descripción de la obra, habrá de contener por lo menos las circunstancias que exige el artículo 45 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, como contenido mínimo para determinar la obra, sin perjuicio de que pueda contener además otras circunstancias descriptivas. Entiendo que la escritura y la inscripción podrán contener además otras características de la edificación no contenidas en la certificación, siempre que no sean de las impuestas por el citado artículo 45 y que no sean contradictoras con las que consten en la certificación. Por ejemplo: aunque la certificación no dé la superficie útil de la obra, puede ponerse en la escritura la que indique el declarante, siempre que no sea superior a la superficie construida.

Si la certificación técnica o municipal o el acta notarial fueran posteriores a la escritura de declaración de obra nueva, pueden identificar la finca y describir la obra por referencia a la escritura ya autorizada.

Por lo que atañe a la exigencia de la fecha determinada en que se haya terminado la obra, no hace falta que se precise día, mes y año en que se produjo el final de la obra. Basta con que se exprese inequívocamente que se concluyó en un momento tal que desde él haya pasado el plazo legal de prescripción de la acción de la Administración para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida. De esta manera, bastará con que se exprese el año concreto en que terminaron las obras o que han transcurrido más de tantos años desde que la conclusión de la obra tuvo lugar, siempre sobre la base de que ello suponga necesariamente el transcurso del plazo de prescripción de la citada acción.

La resolución de la Dirección General de 4 de diciembre de 2009 afirma además que la descripción de la edificación coincidente con el título y la antigüedad de la misma se pueden probar por medios de

prueba diferentes de entre los comprendidos en el artículo 20.4 de la Ley del Suelo y 52 del Reglamento Hipotecario urbanístico, siempre que no exista duda fundada de que uno y otro medio se refieren a la misma edificación. La resolución de 5 de agosto de 2013 admite una segunda certificación de técnico unida a acta de subsanación en la que se determina más exactamente el tiempo de terminación de la obra.

A continuación paso a estudiar por separado los cuatro medios que se establecen en la norma legal y reglamentaria para la determinación de la fecha de terminación de la obra.

2.2. Certificación expedida por el Ayuntamiento

Esta certificación debe ser expedida por el Secretario del Ayuntamiento, como fedatario general del mismo, o por quien haga sus veces, o bien por cargo o funcionario que tenga funciones certificantes en la materia. Como subraya Arnaiz Ramos, no exige la Ley ni el Reglamento en relación con la certificación del Ayuntamiento la intervención de personal técnico para la expedición de la certificación, por lo que no será necesario su informe ni su certificación (17).

2.3. Certificación expedida por técnico competente

El artículo 20.4 de la Ley del Suelo habla de certificación expedida por técnico competente, mientras que el artículo 52.a) del Reglamento Hipotecario Urbanístico se refiere simplemente a certificación técnica. Ni esta ni otra norma exigen visado colegial para esta certificación. El visado puede servir para acreditar la competencia del técnico certificante; pero tal competencia puede resultar también de la aplicación de las normas vigentes reguladoras de los títulos respectivos y de la exhibición del título profesional al Notario o de la certificación expedida por el colegio profesional respectivo, que encuentra, esta última certificación, apoyo en la aplicación analógica del artículo 50.3 del Reglamento Hipotecario Urbanístico. También puede constar la titulación al Notario por notoriedad y hacerlo constar así en la escritura.

(17) Arnaiz Ramos, Rafael, obra citada, pp. 214 y 215.

2.4. Acta notarial descriptiva de la finca

Ni la Ley ni el Reglamento dicen qué clase de acta notarial ha de ser. A mi modo de ver no puede tratarse de una acta de presencia pura. El párrafo primero del artículo 199 del Reglamento Notarial establece que "las actas notariales de presencia acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización", y el párrafo segundo del artículo primero que la fe pública notarial tiene y ampara como contenido, "en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos". De esta manera, como el Notario no puede percibir por sus sentidos un hecho pasado, no cabe el acta de presencia propiamente tal. Sí cabría un acta de presencia en el que se incorporara la certificación de un técnico competente, pero en este caso el medio probatorio no sería el acta, que tendría un carácter meramente formal o vehicular, sino la propia certificación técnica.

El acta notarial de que se trata ha de ser necesariamente acta mixta de presencia y de notoriedad. De presencia porque es necesario acreditar la situación de presente de la edificación construida; y de notoriedad, para justificar que efectivamente la edificación está terminada desde una fecha determinada tal que ha transcurrido el plazo de prescripción de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

En cuanto a la fase de acta de presencia, el Notario tiene que comprobar personalmente y dar fe en el acta de la identidad de la finca sobre la que se encuentra la obra y de la existencia actual y características de esta obra, con el contenido mínimo que exige el artículo 45 del Reglamento Hipotecario Urbanístico.

En la fase de acta de notoriedad el Notario deber afirmar la notoriedad del hecho de tal antigüedad. No habiendo normas específicas para esta acta de notoriedad, será de aplicación la regulación general del artículo 209 del Reglamento Notarial, que ofrece una gran libertad al Notario para exigir pruebas y apreciarlas. A título de ejemplo, para acreditar la antigüedad de la construcción, el Notario podría basarse en el aspecto del edificio, en las declaraciones de testigos y en aplicaciones informáticas que ofrecen orto-fotografías del terreno correspondientes a distintos años. Obviamente, el acta puede incluir un informe técnico, pero ese informe haría superflua la propia acta.

La resolución de 25 de febrero de 2013 reconoce que la antigüedad puede declararla el Notario por notoriedad, y que tal decla-

ración, siempre cumpliendo los requisitos exigidos al efecto por el Reglamento Notarial, puede constar en la misma escritura de declaración de obra nueva.

2.5. Certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca

Esta certificación catastral siempre debe acompañar a la escritura de declaración de obra nueva, toda vez que el artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley del Catastro establece que la certificación catastral descriptiva y gráfica obtenida preferentemente por medios telemáticos se incorporará en los documentos públicos que contengan hechos, actos o negocios susceptibles de generar una incorporación en el Catastro Inmobiliario.

En los supuestos en que se pretenda declarar una obra nueva antigua sobre la base de cualquiera de los otros tres medios de prueba, cabe la posibilidad de que la certificación catastral no se corresponda con la obra nueva tal y como se quiere declarar. En estos casos habrá que dar preferencia al contenido de la certificación municipal o técnica o al acta notarial, pues, con arreglo al artículo 20.4 de la Ley del Suelo y al 52 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, el otorgante es libre para basar la declaración de la obra en cualquiera de los cuatro medios, sin perjuicio del carácter obligatorio de la aportación en todo caso de la certificación catastral y de las consecuencias legales que se puedan producir por el hecho de que el Catastro no coincida con el Registro o con lo declarado.

3. La inexistencia de expediente de disciplina urbanística

Establece el apartado a) del artículo 20.4 de la Ley estatal del Suelo que, a efectos de practicar la inscripción, "el Registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate...". En términos muy parecidos, el apartado c) del artículo 52 del Reglamento Hipotecario Urbanístico exige para la inscripción "que no conste en el Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación".

Como se desprende del tenor literal de la norma, la obligación de comprobar la inexistencia de expediente sancionador compete

solamente al Registrador de la Propiedad, no al Notario, y es consecuencia de la regla del artículo 18 de la Ley Hipotecaria con arreglo a la cual la calificación registral se fundará en los documentos presentados y en los asientos del Registro.

El Notario no está obligado a comprobar la inexistencia del expediente. No tiene obligación de solicitar información registral sobre la situación de la finca objeto de la declaración de obra nueva, pues el número 1 del artículo 175 del Reglamento Notarial sólo le impone esta obligación cuando se trata de "adquisición de bienes inmuebles o adquisición de derecho real sobre ellos". Naturalmente, nada obsta a que se acompañe en la escritura pública de declaración de obra nueva la correspondiente información registral, y lo que sí parece aconsejable es hacer constar en la escritura una cláusula por la que el otorgante manifieste expresamente que no tiene conocimiento de la existencia de expediente administrativo de disciplina urbanística que pueda dar lugar a que se decrete la demolición de la obra declarada u otra de contenido semejante.

Hay que tener en cuenta que, en caso de existir el expediente de disciplina urbanística no anotado, ni el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva ni su inscripción en el Registro de la Propiedad privan a la Administración de sus acciones ni la eximen de sus obligaciones, por lo que, si se da el caso, podrá decretarse la demolición de la obra declarada e inscrita. Ello sin perjuicio de que, como dice el artículo 51.2 de la Ley del Suelo estatal, la omisión de la práctica por la Administración de la anotación preventiva de incoación del expediente de disciplina urbanística dará lugar a "la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente". Añade el precepto que "en tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados".

El apartado b) del artículo 20.4 de la ley del Suelo estatal establece que "los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación".-

Por lo que se refiere a la caducidad del expediente sancionador, ya he aludido, con motivo del estudio de la interrupción de la prescripción de la acción para el restablecimiento de la legalidad urba-

nística, a lo dispuesto al respecto por el artículo 247 de la Ley del Suelo murciana. Debe tenerse en cuenta que dicho precepto se refiere expresamente al procedimiento sancionador, y no al que tiene por objeto el restablecimiento de la legalidad. Aunque hay alguna discrepancia doctrinal, entiendo con López Pellicer, Pérez Alcaraz y López Cánovas que lo dispuesto en dicho precepto es aplicable a ambos, por cuanto han de resolverse en expediente único conforme al artículo 226 de la Ley del Suelo regional (18).

La caducidad del expediente determina su total ineficacia, sin perjuicio de los efectos más arriba estudiados en cuanto a la interrupción de la prescripción. La caducidad se produce ope legis, sin perjuicio de que haya de ser declarada por la Administración por medio de la oportuna resolución, como se induce del artículo 44.2 de la Ley estatal de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Como el artículo 20.4 de la Ley del Suelo prohíbe al Registrador inscribir la obra nueva mientras conste anotado el procedimiento, será necesario para la inscripción de la misma la cancelación de la anotación preventiva como consecuencia de la declaración administrativa de caducidad del expediente o bien que se haya producido la caducidad de la propia anotación preventiva. Según el artículo 53.2 de la Ley estatal del Suelo, la anotación caducará a los cuatro años y podrá ser prorrogada a instancia del órgano urbanístico actuante.-

4. La cualidad del suelo como no demanial ni afectado por servidumbre de uso público general

El propio apartado a) del artículo 20.4 de la ley del Suelo establece que el Registrador comprobará "que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbre de uso público general".-

Tampoco en este caso impone la Ley ninguna obligación al respecto al Notario. No obstante, el Notario no podrá autorizar la escritura cuando de los documentos que tenga la vista como antetítulos o como documentos complementarios que se deban incorporar a la escritura resulte que el suelo sobre el que se ha construido la obra tiene aquellos caracteres. El Notario negará la autorización con arre-

(18) López Pellicer, José Antonio, Pérez Alcaraz, Salvador, y López Cánovas, Ángeles, obra citada, p. 562.

glo a los artículos 17 bis y 24 de la Ley del Notariado y 43.dos de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre.

Los documentos que el Notario debe tener en cuenta para apreciar si el suelo objeto de la declaración de obra es o no demanial o está o no afectado por servidumbres de uso público general son los siguientes: los títulos de propiedad del declarante, la información registral, la certificación catastral descriptiva y gráfica que debe unirse a la matriz y el documento que sirva como medio para justificar la antigüedad de la construcción. Si el Notario hubiera tenido conocimiento por otros medios de la condición demanial o de servidumbre pública del suelo, también deberá abstenerse de otorgar la escritura.

En lo que atañe a la calificación registral, la expresión "comprobará" del apartado a) del artículo 20.4 de la Ley del Suelo no parece que imponga al Registrador una labor de investigar más allá de los documentos presentados y los asientos del Registro, como establece el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de las obligaciones que establecen las leyes de notificar a las diferentes Administraciones.

En este sentido, las resoluciones de la Dirección General de 15 de abril, 4, 11 y 21 de junio de 2013 afirman que el Registrador, para denegar la inscripción de la obra por esta causa debe basarse en el historial de la finca y en el título calificado. Las tres últimas matizan además que deberá comprobar las bases gráficas del Registro a que se refiere el artículo 9.1 de la Ley Hipotecaria y la colindancia o no de la finca con bienes de dominio público. Hay que subrayar en este punto que el Notario, al autorizar la escritura, no tiene acceso a las bases gráficas del Registro, al contrario de lo que ocurre con la cartografía catastral.

Por último, según la doctrina sentada por las tres resoluciones citadas de junio de 2013, cuando de la comprobación del Registrador resulte que la finca sobre la que se declara la obra nueva puede ser suelo demanial o suelo afectado por servidumbre de uso público general, para practicar la inscripción será precisa la correspondiente autorización administrativa o la certificación también administrativa de la innecesariedad de dicha autorización para la realización o la inscripción de la obra.

La resolución de 27 de febrero de 2014 añade que las servidumbres legales pueden ser advertidas por el Registrador como consecuencia de la colindancia de la finca con el dominio público, lo que

ocurre cuando la finca linda con un río. Por ello concluye que, en ese supuesto, será necesario justificar la autorización administrativa de la obra o su innecesariedad por medio de certificación del organismo de cuenca competente.

5. La constitución del seguro decenal

Si de la documentación presentada no resulta haber transcurrido el plazo de diez años desde la entrega de la obra terminada, no podrá autorizarse la escritura de declaración de obra nueva antigua ni inscribirse en el Registro de la Propiedad, y ello no por imponerlo el artículo 20.1 de la Ley del Suelo, que no es aplicable, ni el artículo 20.4, que no exige este requisito, sino los artículos 19 y 20 y disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación. En cuanto a estos preceptos, remito a lo dicho con motivo de la declaración de obra nueva terminada.

Para acreditar que la construcción tiene una antigüedad superior a los diez años, servirá el mismo medio de prueba que se haya utilizado para justificar la antigüedad de las obra, y ello por aplicación analógica del artículo 20.4 de la Ley del Suelo y 52.a) del Reglamento Hipotecario Urbanístico. Si ese medio de prueba se limita a señalar una antigüedad superior a tantos años que sean menos de los diez, podrá recurrirse a otro medio para justificar que la antigüedad supera los diez años; y podrá ser cualquiera de los cuatro medios previstos en el artículo 20.4 de la Ley del Suelo y en el 52.a) del Reglamento Hipotecario Urbanístico para fijar la antigüedad de la construcción.

6. Los requisitos no exigidos para la autorización de la escritura

Voy a tratar brevemente y por separado los tres requisitos que exige el artículo 20.1 de la Ley del Suelo y no exige el 20.4, esto es, la licencia de primera ocupación, el certificado de eficiencia energética y la entrega del Libro del Edificio. Por último, aludiré al acto administrativo por el que se declare la situación de fuera de ordenación.

6.1. La licencia de primera ocupación

El artículo 20.4 de la ley del Suelo estatal, al contrario de lo que hace el 20.1, no dice nada acerca del otorgamiento de las autoriza-

ciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable. No hace falta, por tanto, para el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva vieja ni para su inscripción aportar la licencia de primera ocupación.

Como ya ha quedado expuesto en este trabajo, la licencia de primera ocupación es obligatoria con arreglo al artículo 214-c) del Texto Refundido de la Ley del Suelo Regional, y, conforme al artículo 220 del mismo texto legal, será necesario acreditarla para la contratación de los suministros de energía eléctrica, agua, gas y telecomunicaciones.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, siempre en resoluciones relativas a territorios distintos de la Región de Murcia, ha afirmado que no es necesario acreditar la licencia de primera ocupación para la inscripción de declaración de obras antiguas, por cuanto no se exige este requisito en la Ley del Suelo estatal. En este sentido cabe citar las resoluciones de 18 de octubre, 21 de noviembre y 3 de diciembre de 2012 y 15 de abril y 5 de agosto de 2013. Hay que recordar que, si bien la competencia exclusiva en materia de urbanismo corresponde a las Comunidades Autónomas, la competencia en materia de inscripción registral corresponde al Estado, y la normativa estatal no exige en este caso la justificación del cumplimiento de este requisito.

6.2. El certificado de eficiencia energética

Tampoco exigen el certificado de eficiencia energética ni el artículo 20.4 de la Ley estatal del Suelo, ni el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, para el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva ni para su inscripción, por lo que no será necesario justificar el cumplimiento de este requisito.

Ello, naturalmente, sin perjuicio de la obligatoriedad de la obtención del certificado en los supuestos previsto por el citado Real Decreto.

6.3. La entrega del libro del edificio

Tampoco la exige el artículo 20.4 de la ley del Suelo en los casos que ahora estudiamos, sin perjuicio de su obligatoriedad o no conforme a la regulación contenida en el artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación. La resolución de 16 de mayo de 2013

ha declarado que la justificación de la entrega del libro del edificio es innecesaria para obtener las inscripciones que ahora estudiamos.

6.4. El acto administrativo por el que se declare la situación de fuera de ordenación

El apartado b) del artículo 20.4 de la Ley estatal del Suelo, introducido por el Real Decreto-Ley 8/2011, dio lugar a que se planteara la cuestión de si era necesario o no para practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad la aportación de un "acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido". Esta cuestión quedó resuelta en la práctica y en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el sentido de que no era necesario tal acto para que se pudiera inscribir la obra nueva. En este sentido se pronunciaron las resoluciones de 4 de marzo, 15 de abril, 6 y 11 de mayo de 2013. La de 11 de mayo de 2013 señala además que no es susceptible de indicación en el Registro de la Propiedad la expresión de que la construcción sólo puede destinarse a almacén-cochera, cuya expresión figura en certificación municipal acreditativa de la antigüedad de la construcción y del hecho de estar ésta fuera de ordenación.

En la actualidad, el texto del apartado c) del artículo 20.4 de la Ley del Suelo estatal introducido por la Ley 8/2013 es absolutamente claro y determina que no es necesario aportar acto administrativo para la inscripción de la obra nueva y el modo de proceder por el Registrador.

Establece que el Ayuntamiento, una vez recibida del Registrador de la Propiedad la información relativa a que se ha producido la inscripción (apartado b antes estudiado), estará obligado a dictar la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la declaración de obra nueva, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario. La omisión de esta resolución dará lugar a la responsabilidad del Ayuntamiento en caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente; en tal caso, dicha Administración indemnizará al adquirente de los daños y perjuicios causados.

Desde el punto de vista de la práctica notarial debemos tener en cuenta que, aun cuando el Registro de la Propiedad no publique

el carácter de fuera de ordenación de la obra nueva declarada al amparo del artículo 20.4 de la Ley del Suelo estatal, el Notario, al autorizar una escritura relativa a la finca, deberá advertirlo a los otorgantes cuando la inscripción al amparo de dicho precepto resulte del antetítulo o de la nota informativa recibida del Registro de la Propiedad, o cuando el Notario tenga noticia de tal circunstancia por cualquier otro medio. Esta advertencia tiene su base en el artículo 194 del Reglamento Notarial y debe comprender la instrucción sobre el régimen de las construcciones fuera de ordenación.

7. Régimen de las obras declaradas sin licencia

La obra declarada sin licencia al amparo del artículo 20.4 de la Ley del Suelo estatal supone el reconocimiento por parte del declarante de que ha construido sin el amparo (por no existir o por sobrepasarla) de una licencia de obra, y esa declaración hace prueba frente a él conforme al párrafo segundo del artículo 1218 del Código Civil. Además, si la escritura se ha inscrito en el Registro de la Propiedad, se presume, conforme al artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que el derecho inscrito existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.

En consecuencia, aun cuando haya habido licencia de obra que se haya extraviado o que no se haya aportado por cualquier causa, el régimen legal que se aplicará a estas obras nuevas es el propio de las obras realizadas sin licencia. Y el tercer párrafo del número 2 del artículo 228 del Texto Refundido regional dice que "el mero transcurso del plazo de cuatro años señalado anteriormente no conllevará la legalización de las obras realizadas, que quedarán sujetas al régimen de fuera de ordenación previsto en el artículo 94.3 de esta Ley".

Parece evidente que una obra construida sin licencia puede cumplir perfectamente las previsiones de la ordenación urbana y puede también no cumplirlas. Sin embargo, lo que establece el precepto que acabo de exponer es que toda obra hecha sin licencia o con infracción de la licencia obtenida está, por ese solo hecho, fuera de ordenación, y se le aplica el régimen de las edificaciones realizadas fuera de ordenación, regulado en el artículo 94.3 del miso Texto Refundido.

La norma del párrafo tercero del artículo 228.3 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia procede, en

su misma literalidad, del párrafo tercero del artículo 228.2 de la Ley 1/2001 de la Región de Murcia, de 24 de abril, que entró en vigor el día 16 de junio de 2001 (a los treinta días desde su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia, según establece su disposición adicional primera). No existiendo antes de esta norma otra, estatal o regional, que dispusiera que una obra quedara fuera de ordenación por el hecho de realizarse sin licencia o en contravención de la licencia obtenida, cabe concluir lo siguiente:

a) Cuando la obra se haya terminado antes del 16 de junio de 2001, el hecho de que la obra esté dentro o fuera de ordenación depende de si se ajusta o no al planeamiento urbanístico aplicable. Ni la escritura de declaración de obra nueva ni su inscripción en el Registro publican que la obra esté dentro o fuera de ordenación, y la justificación de este extremo, incluso de cara a la escritura y al Registro de la Propiedad, habrá de hacerse mediante el acto administrativo a que se refiere el actual apartado c) del artículo 20.4 de la Ley del Suelo estatal.

b) Cuando la obra se haya terminado a partir de 16 de junio de 2001, si se ha construido sin licencia o en contravención de la obtenida, la obra necesariamente está fuera de ordenación, y así resultará de la escritura pública que la declare y lo publicará, en su caso, el Registro de la Propiedad, con los efectos del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. La resolución administrativa que se emita habrá de declarar fatalmente la obra fuera de ordenación. De esa forma, para hacer constar que la obra está dentro de ordenación será necesario recurrir a la licencia de legalización, prevista en el artículo 228.2 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo murciana y que, como he defendido anteriormente en este mismo trabajo, puede solicitarse y obtenerse incluso una vez prescritas las infracciones urbanísticas.

El hecho de que la obra nueva declarada esté fuera de ordenación da lugar a las siguientes consecuencias:

1.º Establece el artículo 94.3 del Texto Refundido regional para las edificaciones fuera de ordenación que "no podrán realizarse en ellas obras de consolidación, aumento de volumen, modernización

o que supongan un incremento de su valor de expropiación, aunque sí las reparaciones requeridas para el mantenimiento de la actividad legítimamente establecida, con independencia de la obligación genérica que se impone en el artículo 92 de esta Ley".

Por tanto, el propietario no puede hacer obras de ampliación ni, cuando el edificio devenga en ruina, reconstruirlo sin cumplir la normativa urbanística aplicable. Ahora bien, si, no obstante la prohibición, se realizan obras, de ampliación o de nueva planta, susceptibles de declaración, la escritura correspondiente podrá autorizarse e inscribirse cumpliendo los mismos requisitos del artículo 20.4 de la Ley estatal del Suelo.

2.º Las edificaciones construidas sin licencia no podrá obtener licencia de primera ocupación. Así resulta del apartado c) del artículo 214 del Texto Refundido de la Ley del Suelo regional, según el cual, para el otorgamiento de la licencia de primera ocupación, habrá de acreditarse que la obra realizada "se ajusta a la licencia urbanística concedida".

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el artículo 220 del mismo Texto Refundido dispone que las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas y telecomunicaciones exigirán para la contratación definitiva de los respectivos servicios la acreditación de la licencia de primera ocupación y de actividad, en su caso, para la prestación del servicio. Añade que, para la contratación provisional, se exigirá la acreditación de la licencia urbanística. De ello se colige lo siguiente:

a) Si la construcción no tiene contratados de antes esos servicios, no los podrá contratar sin acreditar licencia urbanística de obra.

b) Si la obra nueva es mera ampliación de otra anterior, la ampliación podrá beneficiarse de los servicios ya contratados para la edificación principal.

3.º La Ley 8/2013, de 26 de junio, ha introducido en la Ley del Suelo estatal una reforma que agrava un poco más la situación de las obras declaradas sin licencia. Me refiero al nuevo número 6 del artículo 17 de dicha Ley del Suelo. Al no haber o no constar licencia,

conforme a dicho precepto, toda constitución de conjunto inmobiliario o de propiedad horizontal sobre la finca objeto de la declaración de obra vieja requerirá autorización de la Administración competente. En este sentido pueden invocarse las resoluciones de 20 de marzo y 28 de mayo de 2014. Habrá que pensar que, estando la obra fuera de ordenación, no será fácil que el Ayuntamiento conceda licencia para dividir la propiedad en dos o más elementos independientes.

4.º Por último, con arreglo a los números 2 y 3 del artículo 19 del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal, en las enajenaciones de terrenos debe hacerse constar la situación urbanística de los terrenos cuando cuenten con edificaciones fuera de ordenación, y la infracción de esta disposición faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil. Parece claro que esta norma es aplicable al caso de enajenación de elementos de la propiedad horizontal de edificios fuera de ordenación.

Para terminar este epígrafe cabe recordar que, si se contaba con licencia y se declaró la obra nueva sin ella, puede aportarse esta licencia a posteriori, subsanando la inicial declaración de obra nueva y cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 20.1 de la Ley estatal del Suelo. Y es asimismo posible, si lo permite la legislación y el planeamiento, obtener, también a posteriori y para el mismo fin, la que hemos llamado licencia de legalización.

IX. LOS EFECTOS DE LA ESCRITURA DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

Voy a referirme por separado a los efectos propios de la escritura pública, a los efectos de la inscripción de la obra nueva en el Registro de la Propiedad y a los efectos de la constatación de la obra en el Catastro; haré una referencia a los efectos fiscales; y, para terminar, me referiré a las escrituras de rectificación de obra nueva y a las menciones de la existencia de construcciones hechas en escritura pública.

1. Efectos propios de la escritura pública

Son los siguientes:

1.º Como toda escritura pública, hace prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, conforme al artículo 1218 del Código Civil. Como la escritura que cumple lo previsto en el artículo 20 de la Ley del Suelo estatal reúne todos los requisitos que exige la Ley para justificar la existencia y legalidad (legalidad siempre; dentro de ordenación no necesariamente, como ocurre en los casos del artículo 20.4) de la obra nueva, hay que concluir que la escritura de declaración de obra nueva autorizada conforme a la Ley hace prueba de la existencia y legalidad de la obra declarada.

Si la finca sobre la que se declara la obra no está inmatriculada, la escritura de declaración de obra nueva puede servir como título de legitimación de efectos limitados y como antetítulo para el caso de transmisión posterior de la finca. Al no ser título atributivo de dominio, no vale en ningún caso como título adquisitivo fehaciente que pueda fundamentar la inmatriculación por título público traslativo al amparo del artículo 199, apartado b), de la Ley Hipotecaria y del 298.1.1.º de su Reglamento.

2.º La escritura pública de declaración de obra nueva es vehículo de acceso de la obra al Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 3 y 208 de la ley Hipotecaria y al 308 de su Reglamento.

3.º La escritura puede ser asimismo medio de acceso de la obra nueva al Catastro. Dice el artículo 11.1 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, 5 de marzo, que "La incorporación de los bienes inmuebles en el Catastro Inmobiliario, así como de las alteraciones de sus características, que conllevará, en su caso, la asignación de valor catastral, es obligatoria y podrá extenderse a la modificación de cuantos datos sean necesarios para que la descripción catastral de los inmuebles afectados concuerde con la realidad".

El artículo 13.2 establece que los titulares de los derechos están sujetos a la obligación de formalizar las declaraciones conducentes a la incorporación en el Catastro Inmobiliario de los inmuebles y de sus alteraciones. Y el artículo 14 se refiere a la obligación de Notarios y Registradores de comunicar al Catastro, conforme al artículo 36 del mismo Texto Refundido, la información relativa

a los documentos autorizados e inscritos cuyo contenido suponga la adquisición o consolidación de la propiedad de la totalidad del inmueble.

2. Los efectos de la escritura inscrita

Los efectos de la inscripción de la obra nueva son los siguientes:

1.º El efecto de constatar en el Registro de la Propiedad la existencia de la edificación, con lo que se hace concordar el Registro con la realidad extra-registral. Este efecto justifica que el artículo 208 de la Ley Hipotecaria se halle en el título VI de la misma.

2.º Aunque en este punto no es pacífica la doctrina, la inscripción de la obra nueva también supone el acceso al Registro de un derecho o, al menos, de la modificación de un derecho en lo que se refiere a su objeto. El derecho es la propiedad sobre la obra nueva, a la que se extiende como consecuencia del principio de accesión.

3.º En relación con el efecto anterior, la inscripción de la obra nueva publica la posición jurídica del propietario en relación con la obra nueva declarada. Como hemos visto, no es lo mismo que haya construido en virtud de licencia, cuya licencia también consta en el Registro, que sin licencia y con inscripción en los términos del artículo 20.4 de la Ley del Suelo estatal.

4.º La inscripción de la obra en los términos en que lo haya sido otorga al titular registral los efectos de las presunciones del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

5.º Según se desprende del artículo 8.4º de la Ley Hipotecaria, la inscripción de la declaración de obra nueva es base necesaria y condicionante de la inscripción de la división horizontal y del complejo inmobiliario. Por aplicación del artículo 17, también lo es de las inscripciones de derechos cuyo objeto presuponga la constatación de la edificación; de esta manera, no podrá inscribirse, por ejemplo, un derecho de habitación sobre el piso alto si la casa según Registro sólo tiene planta baja.

3. Los efectos de la constatación catastral de la obra nueva

Los determina el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, con arreglo al cual, "Salvo prueba en contrario y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen ciertos".

4. Referencia a los efectos tributarios de la escritura de declaración de obra nueva

Corresponde hacer referencia a los efectos de la declaración de obra nueva en relación con dos impuestos: el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y el Impuesto sobre el Valor Añadido.

En relación con el de Actos Jurídicos Documentados, la declaración de obra nueva está sujeta a este impuesto conforme a los artículos 28 y 31 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, y, con referencia expresa a la declaración de obra nueva, conforme al artículo 70 del Reglamento de dicha Ley, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

La base imponible está constituida por el valor real de coste de la obra nueva, según determina el citado artículo 70 del Reglamento. El tipo impositivo es del uno y medio por ciento, conforme al artículo 7.1 del Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en la Región de Murcia en materia de Tributos Cedidos, reformado por la Ley regional 6/2013, de 8 de julio, de Medidas en Materia Tributaria, del Sector Público, de Política Social y otras Medidas Administrativas. No obstante, el tipo será del cero con diez por ciento cuando la obra nueva declarada se refiera a inmuebles derruidos o demolidos como consecuencia de los terremotos de Lorca y a los construidos en su sustitución. Así lo establece el 10.4 de la Ley 5/2011 de la Región de Murcia, de 26 de diciembre, sobre Medidas Fiscales Extraordinarias para el Municipio de Lorca como consecuencia del terremoto del 11 de mayo de 2011.

Por lo que se refiere al Impuesto sobre el Valor Añadido, la construcción de una obra tiene relevancia para dicho Impuesto en cuanto a dos cuestiones: por una lado, la realización de la construcción se

considera actividad empresarial, conforme al artículo 5.uno.d) de la Ley del mismo, 37/1992, de 28 de diciembre.

Por otro lado, el hecho de que la obra no esté terminada o lo esté determina la aplicación de distinto tipo impositivo. Así, el artículo 91.1.7º establece la aplicación del tipo del diez por ciento a las entregas de "edificios o partes de los mismos aptos para su utilización como viviendas, incluidas las plazas de garaje, con un máximo de dos unidades y anexos en ellos situados que se transmitan conjuntamente". Sigue la norma excluyendo de dicha regla los locales de negocio y los edificios destinados a su demolición. Por no ser todavía aptos para su utilización como viviendas, las transmisiones de edificios en construcción, sean o no viviendas, estarán sujetas al tipo general del veintiuno por ciento que establece el artículo 90.

A efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, la escritura de declaración de obra nueva y el acta de terminación serán pruebas especialmente útiles para acreditar la situación de la finca. Pero nada impide que a efectos de este impuesto la construcción y su terminación puedan ser probadas por cualesquiera otros medios admitidos en Derecho.

5. La escritura de rectificación y la mención de la obra en la escritura

Distinta de la escritura de declaración de obra nueva, con sus requisitos y sus efectos, son estos dos supuestos, que merecen ser estudiados por su presencia en la práctica y por los efectos que les son propios.

5.1. La escritura de rectificación de obra

Es aquélla que tiene por objeto corregir la descripción de una obra previamente declarada en escritura pública, esté inscrita o no en el Registro de la Propiedad. Es esencial para la rectificación o subsanación una obra previamente declarada. En este sentido, la resolución de 2 de octubre de 2013 ha afirmado que la declaración de obra nueva no puede acceder al Registro de la Propiedad como una mera rectificación de la descripción de la finca, sino que debe cumplir los requisitos sustantivos y urbanísticos que establece la legislación.

Se pueden distinguir dos modalidades de rectificación o subsanación notarial:

1.ª La primera es la que tiene por objeto modificar la descripción para corregir errores u omisiones en la descripción anterior. Esta modalidad conlleva la modificación de los requisitos que para la descripción de la obra exige el artículo 45 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, y puede ser consecuencia de una calificación desfavorable del Registrador o puede tener por objeto simplemente ajustar la descripción de la finca a la realidad en la escritura y en el Registro.

Esta rectificación se puede hacer en escritura pública que otorguen quienes otorgaron la escritura de obra nueva rectificada o sus causahabientes. Cuando se cumplan los requisitos que exige el artículo 153 del Reglamento Notarial, también podrá hacerse en virtud de la diligencia o del acta de subsanación reguladas por dicho precepto, y en las que no es precisa la intervención de los otorgantes.

2.ª La segunda modalidad de rectificación es la que, sobre la base de la declaración de obra nueva previa que cumple con todos los requisitos descriptivos del artículo 45 del Reglamento Hipotecario Urbanístico, los otorgantes sólo pretenden aclarar o concretar, sin variar, dichas circunstancias. La resolución de 6 de julio de 2013 ha sentado que cabe la concreción de la superficie construida en cada una de las plantas del edificio, que no constaba en la inscripción por no exigirlo el artículo 45 citado, justificándola por cualquiera de los medios previstos en el artículo 52 del propio Reglamento Hipotecario Urbanístico; en la escritura objeto del caso estudiado, se justificaba dicha superficie mediante la certificación catastral.

5.2. Mención de la obra en escritura

Es posible también la simple mención de la edificación en una escritura por la que se transmita el dominio o se constituyan derechos reales sobre bienes inmuebles. Esta mención es una mera manifestación referente a hechos y tiene una finalidad solamente contractual o negocial, entre las partes y sus causahabientes, y sin acceso posible al Registro de la Propiedad. Al no ser una declaración de la obra nueva en sentido propio, no tiene por qué cumplir los requisitos previstos en el artículo 20 de la Ley del Suelo estatal y concordantes del Reglamento Hipotecario Urbanístico.

Como ha quedado ya expuesto, el artículo 19.2 de la Ley del Suelo estatal previene que en el título en que se formalicen ena-

jenaciones de terrenos deberán hacerse constar las edificaciones existentes en los mismos que estén fuera de ordenación. Como las edificaciones fuera de ordenación no siempre pueden ser objeto de declaración de obra nueva conforme al artículo 20 y dicha declaración no es obligatoria, el artículo 19.2 obliga a hacer la simple mención de la obra en la escritura pública siempre que no haya habido declaración formal de la obra nueva.

La mención de la obra no produce los efectos de la declaración de obra nueva, no obstante lo cual puede producir tres efectos, que son los siguientes:

1.º Hace prueba contra los otorgantes y sus causahabientes de la manifestación realizada en la escritura, conforme al artículo 1218 del Código Civil.

2.º En el supuesto del artículo 19.2 de la Ley del Suelo estatal, dice el número 3 del mismo artículo que la omisión de la constatación de la obra en el título "faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil".

3.º La mención de la obra existente pero no declarada en una escritura de enajenación de una finca hipotecada puede servir para impedir que el adquirente pueda pretender que ha construido la obra a su propia costa a efectos de ejercitar el derecho de predetracción previsto en los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria.

La resolución de 6 de febrero de 1986 declaró inscribible una escritura de constitución de hipoteca en la que se mencionaba la existencia en la finca de una edificación cuya obra nueva no constaba en el Registro de la propiedad. La Dirección General consideró conveniente la mención a los efectos de lo dispuesto en el artículo 110, 112 y 113 de la Ley Hipotecaria, y entendió que no se vulneraba el principio de especialidad, porque estaba identificada la finca, ni el de tracto, pues la finca estaba inscrita a nombre del hipotecante. Por su parte, la resolución de 21 de marzo de 1997 también considera inscribible una escritura en la que simplemente se menciona la terminación de una obra que en el Registro aparece en construcción.

X. ESCRITURA DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN LA QUE NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS LEGALMENTE EXIGIDOS

Voy a referirme a continuación a la escritura de declaración de obra nueva ineficaz y a la posibilidad de que el Notario autorice una escritura de declaración de obra nueva sin que se reúnan todos los requisitos exigidos por la Ley al efecto.

1. Ineficacia de la escritura de declaración de obra nueva

La declaración de obra nueva puede ser ineficaz por nulidad radical o anulabilidad ejercitada del negocio jurídico o por nulidad de la propia escritura. La consideración de estas cuestiones excede el contenido del presente trabajo, sin perjuicio de que ya se haya tratado la legitimación y la capacidad necesarias para declarar la obra nueva al considerar los elementos personales de la misma.

Corresponde tratar ahora las consecuencias del incumplimiento de los requisitos que exige para la escritura el artículo 20 de la Ley del Suelo estatal. Para ello, es necesario distinguir los supuestos de construcción con licencia de aquellos otros, previstos en el artículo 20.4, en que se ha construido sin licencia o contrariando la licencia obtenida y se ha extinguido la acción de la Administración tendente a restablecer la legalidad urbanística.

Por lo que atañe al primer supuesto, de los requisitos previstos en el artículo 20.1 como necesarios para el otorgamiento de la escritura o del acta de fin de obra, el único que condiciona la legalidad de la construcción y el derecho del constructor a la misma es la licencia de obra, esto es, lo que el propio precepto denomina "acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística". Dicha necesidad resulta de dos preceptos:

a) El artículo 7.2 de la Ley del Suelo estatal, en cuanto establece que "La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística".

b) Y el artículo 214.a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo regional, en cuanto establece que la licencia urbanística "se exigirá para todo acto de construcción, reforma o demolición de edificios o instalaciones que se realicen en el suelo o en el subsuelo, conforme a lo previsto en esta Ley y en los planes urbanísticos". Por su parte, el artículo 166.1 prevé que "En suelo urbano consolidado y donde no proceda la delimitación de una Unidad de Actuación, podrá edificarse directamente, sin más requisito que la obtención de la licencia urbanística correspondiente..."

Como el artículo 20.1 y el 20.3 de la Ley estatal pretenden la declaración formal sólo de obras nuevas existentes y adaptadas a la legalidad, la existencia de la licencia de obra es requisito necesario para la validez de la declaración de obra nueva.

En cuanto a los demás requisitos establecidos por el artículo 20.1, la certificación técnica es, como hemos vistos, requisito complementario a la propia licencia, y los demás han de llenarse necesariamente después de realizada la obra. De esta manera, todos ellos son requisitos necesarios, no para la validez de la declaración de obra nueva, sino para que la escritura se autorice con arreglo Derecho, y su falta de acreditación es defecto que cierra el Registro a la inscripción de la obra nueva, como se desprende del artículo 20.2.

Se puede concluir de todo ello que los requisitos exigidos por el artículo 20.1 pueden acreditarse con posterioridad al otorgamiento de la escritura, si bien han de constar en instrumento público, escritura, acta o acta de subsanación del artículo 153 del Reglamento Notarial, por exigirlo así el artículo 20.1, que establece que tales requisitos, según los casos, consten en escritura o en acta notarial.

Ahora bien, si al tiempo de otorgarse la escritura no se había obtenido licencia urbanística, la declaración de obra nueva es nula, conforme al artículo 6.3 del Código Civil. De esa forma, la validez de la obra nueva y su inscripción precisarán el otorgamiento de una nueva escritura pública en la que se vuelva a declarar la obra, o en la que, al menos, se ratifique el consentimiento prestado a la primera escritura. Si simplemente no se ha acompañado la licencia, sin perjuicio de la posible responsabilidad del Notario, la declaración de obra nueva será válida, pero no estará completa y no podrá acceder al Registro mientras la licencia y los demás documentos a que

se refiere el artículo 20.1 de la Ley del Suelo no se incorporen a la escritura o a otra escritura o acta.

Además, según la doctrina de la Dirección General que ha quedado anteriormente expuesta, una vez hayan transcurrido los plazos exigidos por la legislación regional para la prescripción de las acciones urbanísticas de la Administración, podrá autorizarse e inscribirse la escritura sin acreditar la licencia de primera ocupación, el certificado de eficiencia energética y la entrega del libro del edificio.-

Por lo que se refiere a las obras nuevas de construcción antigua o vieja, el artículo 20.4 sólo exige la incorporación a la escritura del documento que acredite la descripción de la construcción y su antigüedad, y que ésta sea suficiente para que haya prescrito la acción de la Administración para obtener el restablecimiento de la legalidad urbanística.

Si la escritura se ha otorgado sin el documento acreditativo de la descripción y la antigüedad de la obra, será preciso autorizar una segunda escritura o una acta, incluso del artículo 153 del Reglamento Notarial, que incorpore dicha justificación. Considero que aun cuando la escritura se haya otorgado antes de cumplirse el periodo de prescripción de la acción urbanística, la escritura es válida, pues contiene la voluntad del declarante dirigida a la declaración de la obra y su reconocimiento de que no se ha ajustado a la legalidad urbanística por medio de la obtención de la licencia. Una vez transcurrido el plazo de prescripción de la acción urbanística desde su terminación, ya conste ésta justificada en la misma escritura o en otra o en acta posterior, la declaración de obra nueva será inscribible.

Por último, debemos plantear si una escritura de declaración de obra nueva otorgada al amparo del artículo 20.1 puede ser inscrita posteriormente al amparo del artículo 20.4. Yo creo que no porque el régimen de unas y otras es totalmente distinto, tal y como hemos estudiado, de manera que será necesario que el declarante otorgue otra escritura de rectificación de la anterior en el sentido de que la obra se ha construido y se pretende inscribir en los términos regulados por el artículo 20.4.

2. Autorización de la escritura sin cumplir los requisitos legales

La posibilidad de que el Notario autorice lícitamente la escritura sin que se cumplan los requisitos del artículo 20 de la Ley del Suelo

estatal plantea como cuestión previa la de si el Notario está o no obligado a controlar la legalidad de los instrumentos que autoriza. Como sabemos, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 anuló todos los artículos del Reglamento Notarial que se referían a dicho control de legalidad, fundamentalmente casi todo el artículo 145, sobre la base de que tales preceptos reglamentarios carecían de base legal. Pues bien, no obstante la eficacia de dicha sentencia, existen los siguientes preceptos de rango legal en que puede basarse la obligación del Notario de controlar la legalidad del negocio formalizado:

1.º El artículo 17 bis.2.a) de la Ley del Notariado, en cuanto establece para los documentos públicos electrónicos, y lo mismo cabe decir por analogía de los autorizados en soporte papel, que el Notario deberá dar fe "de que el otorgamiento se adecua a la legalidad".

2.º El párrafo segundo del artículo 24 de la misma Ley, en cuanto establece que "Los Notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan".

3.º El artículo 43.dos.2.c) de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden Social. Dicho precepto, al regular el régimen disciplinario del Cuerpo Único de Notarios, tipifica como infracción muy grave "La autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes o sus reglamentos, sus formas y reglas esenciales siempre que se deriven perjuicios graves para clientes, para terceros o para la Administración". Y el punto 2.e) del mismo precepto define como infracción grave "El incumplimiento grave y reiterado de cualesquiera deberes impuestos por la legislación notarial".

Sobre la base de estas normas legales parece que el Notario no podrá autorizar escrituras de declaración de obra nueva en las que no se reúnan todos los requisitos exigidos en los diferentes casos por el artículo 20 de la Ley estatal del Suelo. No obstante, cabe entender que los otorgantes puedan tener interés legítimo en que se otorgue la escritura antes de acreditar los extremos requeridos o sin aportar los documentos exigidos por la ley del Suelo. Ese interés

podría estar justificado por un cambio legislativo inmediato en la tributación de la declaración de obra nueva, como viene ocurriendo últimamente con cierta frecuencia, en un traslado del otorgante sin tener persona de su confianza a la que dar poder, o en la necesidad de tener otorgada la escritura en una determinada fecha para que se produzcan determinados efectos de un préstamo hipotecario.

Para amparar estos supuestos de interés legítimo, considero que es posible recurrir a la aplicación analógica del artículo 164 del Reglamento Notarial, que regula la comparecencia en nombre de otro sin acreditar suficientemente a juicio del Notario la representación. Con base en este precepto, el Notario podría autorizar la escritura a falta de alguno de los requisitos del artículo 20 de la Ley del Suelo cumpliendo los siguientes requisitos:

1.º Que todos los comparecientes hagan constar expresamente su solicitud de que se autorice el instrumento con la correspondiente salvedad. Aunque no lo exija el artículo 164, parece aconsejable hacer constar la razón por la cual los otorgantes desean que el documento se autorice.

2.º El Notario deberá advertir en el cuerpo de la escritura sobre los requisitos que es necesario acreditar y la forma de hacerlo.

3.º Cuando se le acrediten al Notario, éste podrá hacerlos constar por diligencia a la propia escritura. No obstante, como ya ha quedado expuesto, también podrán justificarse mediante la incorporación de los correspondientes documentos a otra escritura o a acta, incluso autorizadas por distinto fedatario.

4.º En todas las copias que se expidan con anterioridad a dicha diligencia el Notario hará constar claramente que no se han cumplido todos los requisitos que establece la Ley para la declaración de obra nueva.

El recurso a la aplicación analógica del artículo 164 del Reglamento Notarial parece chocar contra el artículo 20.1 de la ley del Suelo, que impone de manera imperativa a los Notarios que exijan la acreditación de los extremos a que se refiere para la autorización de la escritura. De todos modos, el artículo 20.1 establece el deber

del Notario y no impone una sanción para el caso de incumplimiento, lo mismo que hacen los artículos 17 bis y 24 de la Ley Notarial.

La sanción consiste en la responsabilidad disciplinaria del Notario, conforme al artículo 43.dos de la Ley 14/2000, y en la responsabilidad civil del mismo, con base en el artículo 1101 del Código Civil respecto de los otorgantes y sus causahabientes, y en el 1902 del mismo cuerpo legal respecto de terceros. En ambos supuestos de responsabilidad es necesario, para que el Notario sea responsable, que, como consecuencia de su actuación, se produzcan perjuicios para los clientes, los terceros o las Administraciones públicas. Creo que, si el Notario obra con estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 164 del Reglamento Notarial, debidamente adaptado al caso, no incurrirá en responsabilidad. Primero, porque actúa bajo el amparo de una norma jurídica, aunque sea reglamentaria y aplicada por analogía; y segundo, porque con todas las advertencias y consentimientos incluidos en el instrumento parece que el perjuicio que se sufriera sería únicamente por culpa del otorgante o del tercero que obrara no obstante dichas advertencias.

Para terminar, en lo que atañe a los supuestos del artículo 20.4 de la Ley del Suelo estatal, este precepto no regula directamente la escritura de declaración de obra nueva, sino solamente la inscripción, y, cuando se refiere a la escritura, lo hace para indicar que se inscribirá cuando se acompañe de los correspondientes documentos complementarios. No establece en ningún caso una obligación concreta para el Notario de incorporar a la escritura tales documentos. De todos modos, lo dispuesto en los artículos 17 bis y 24 de la Ley Notarial y la regulación de la responsabilidad civil del Notario nos han de llevar a concluir que el Notario no podrá autorizar la escritura sin las precauciones más arriba expuestas y basadas en la aplicación analógica del artículo 164 del Reglamento Notarial.

AUGE Y CAÍDA DEL DERECHO REGISTRAL EXTREMISTA EN LA EXPERIENCIA PERUANA

Gunther Hernán Gonzales Barrón
Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima
Ha sido Notario de Lima. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de San Martín de Porres, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Universidad ESAN

Resumen: El registro es una institución de la modernidad liberal, que nace para dotar de seguridad a los actos de transmisión y adquisición de tierras mediante el instrumento técnico de la publicidad. Sin embargo, el sistema que pretende encerrar la realidad jurídica en unos libros estatales se ha revelado insuficiente, pues la posmodernidad abandona el formalismo a efectos de considerar diversos intereses dignos de protección, como los que se encuentran representados por la posesión, la usucapión, la buena fe, la titulación inmemorial, el derecho a la vivienda, los pueblos indígenas, entre otros. El Derecho se ha enriquecido con la protección de los derechos humanos, con la vinculación a la moral, con la perspectiva dinámica que da entrada a la teoría de la argumentación y la ponderación. En suma, el Derecho registral debe refundarse, bajo la perspectiva de un sistema realista, que elimine las ideas caducas de verdad oficial, registro constitutivo o fe pública registral exagerada; y, por el contrario, se reconozca otros criterios o valores ético-jurídicos de protección constitucional. En suma, el registro sirve para reflejar la realidad jurídica, tal como es, y no para crear ficciones o despojar injustamente a los titulares.

Palabras claves: Derecho registral. Formalismo. Extremismo. Realismo. Ideología liberal. Modernidad. Posmodernidad. Conflicto de principios.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN

2. BASES TEÓRICAS DEL DERECHO REGISTRAL EXTREMISTA

3. DERRUMBAMIENTO DE LAS BASES TEÓRICAS DEL DERECHO REGISTRAL EXTREMISTA

4. BASES TEÓRICAS DEL DERECHO REGISTRAL REALISTA

5. CASO PERUANO: AUGE Y CAÍDA DEL DERECHO REGISTRAL EXTREMISTA

6. LA EMBLEMÁTICA DERROTA DEL DERECHO REGISTRAL EXTREMISTA: EL CASO DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL Y LAS FALSIFICACIONES
   - 6.1. Los derechos constitucionales de libertad individual y libertad contractual
   - 6.2. El derecho constitucional de propiedad
   - 6.3. La fe pública registral no ampara las falsificaciones, ni siquiera tratándose de tercero de buena fe
   - 6.4. La jurisprudencia del más alto nivel ratifica que la fe pública registral no ampara las falsificaciones
   - 6.5. ¿En qué casos la fe pública registral protege a los terceros de buena fe?

7. EL PROBLEMA SOCIAL DE LAS FALSIFICACIONES TERMINÓ POR LIQUIDAR EL DERECHO REGISTRAL EXTREMISTA

8. UNA MIRADA AL FUTURO: PROPUESTA DE MEJORAS TÉCNICAS EN ALGUNAS NORMAS PROTECTORAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD
   - 8.1. Ordenación sistemática de los principios registrales de inscripción declarativa y fe pública registral
   - 8.2. Mejorar la funcionalidad de la tercería de propiedad y evitar los fraudes contra los acreedores. Conclusiones

1. El presente artículo tiene como finalidad esbozar algunos apuntes respecto al mundo de las ideas que se han sucedido en un ámbito jurídico acotado, como el de la publicidad registral dentro de las últimas tres décadas, y si bien el espacio temporal de treinta años, desde una perspectiva histórica, es breve, empero, en el ámbito de las ideas jurídicas parece no haberlo sido, pues desde el año 1984, cuando se aprobó nuestro Código Civil, se han sucedido cambios dramáticos en torno a determinadas parcelas del ordenamiento de derecho privado, lo que se vincula con las diversas modificaciones sociales, técnicas y económicas que enfrenta la sociedad contemporánea.

En tal sentido, el Código ha conservado su texto normativo, por lo menos en sustancia, pero ello no fue obstáculo para que las ideologías hayan trabajado en forma activa, y si bien los teóricos utilizaron la misma sustancia, sin embargo, lograron productos dispares.

2. La modernidad se inaugura en el siglo XVII con DESCARTES y su fe en la razón del hombre como medio para conocer la verdad, alcanzar el conocimiento y lograr el progreso. Se plantea, así, la clara diferencia entre sujeto que conoce y el objeto de conocimiento. En tal perspectiva, el hombre es el amo y señor del universo que puede, a través de la razón, alcanzar todas las metas. Esta idea se conecta con la otra referida al progreso del hombre, que puede dominar sus impulsos, la técnica y la naturaleza. El racionalismo origina una nueva forma de entender la ciencia, cuyas características son la observación, experimentación y causalidad. Por el contrario, la ciencia aristotélica, de fines, de trascendencias, de pura especulación, queda enterrada definitivamente (1). Por ejemplo, la derrota de Galileo en el Tribunal de la Inquisición, en el siglo XVI, fue en realidad el adelanto de un triunfo definitivo de la nueva ciencia.

El Derecho quedó influenciado rápidamente por esta nueva concepción filosófica de la vida y del mundo. El racionalismo jurídico nace con su fe en la razón del hombre para dotarse de reglas de convivencia, universales y eternas, por cuya virtud se vence el tiempo y el espacio, y si bien en un primer momento estas nuevas

(1) GOÑI, Carlos: *Breve historia de la filosofía,* Ediciones Palabra, Madrid 2010, p. 138.

ideas se vincularon con el jus-naturalismo de carácter religioso, por su carácter de verdad absoluta, empero, pronto ambas corrientes terminaron distanciándose de tal presupuesto dogmático, en cuanto resulta incompatible con la razón. Precisamente, a partir del siglo XVII, surgen los representantes de esta nueva corriente, como Hugo GROCIO y Samuel PUFFENDORF, así como el civilista Jean DOMAT; y en el XVIII, Robert Joseph POTHIER (2).

El Derecho romano, por ejemplo, es considerado un triunfo de la razón en el mundo antiguo, por lo que sus reglas son rescatadas para la modernidad, pero se elimina aquello que solo fue contingente o histórico, y que ya no tenía actualidad. Toda Europa fue romanizada precisamente en esa época, incluso las naciones que no tenían precedentes en tal sentido, como las germánicas o naciones del Norte. Por tanto, no es de extrañar que en el siglo XIX, SAVIGNY escriba la obra: "Sistema de derecho romano actual" (3), con lo cual se conectaba el pasado y el presente, pero a través de un conjunto de reglas que se consideraban eternas, pues se fundaban en una especie de razón natural.

El racionalismo, además, toma como punto de partida el hombre, el individuo, su poder como ser racional. La famosa frase *ergo cogito sum* (pienso, luego existo) es una buena muestra del lugar central del hombre. En consecuencia, el Derecho de la modernidad otorga una fuerza irresistible a la voluntad como elemento fundacional de los derechos subjetivos, del Derecho objetivo y del propio Estado. En efecto, el contrato nace por efecto de la sola voluntad; la propiedad es el respeto a la voluntad del hombre sobre una cosa; la transferencia de la propiedad opera por la voluntad del señor de la cosa; la ley nace de la voluntad del Soberano o del Parlamento; y, finalmente, el Estado surge del contrato social, es decir, de la voluntad de los hombres.

(2) FRIEDRICH, Carl Joachim: *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México 1997, sin indicación de traductor, pp. 101-102.

(3) Este es uno de los puntos débiles de la teoría de Savigny, pues si el Derecho nace del espíritu del pueblo, lo que por definición es irracional, sin embargo, no se entiende la búsqueda de un derecho romano depurado, que supera el tiempo por su racionalidad intrínseca, y que proviene de un pueblo desaparecido.

El Derecho moderno es netamente individualista, voluntarista; y eso no es casualidad, pues se debe a las bases teóricas que lo justifican.

El individualismo se relaciona con el capitalismo económico, cuya idea subyacente es, precisamente, confiar en la voluntad del hombre, en su libertad, en sus decisiones particulares que sumadas llevan a la prosperidad general. Por el contrario, el Estado se considera anti-natural, una organización corporativista que solo puede sustentarse por necesidad, en cuanto se le requiere para garantizar la libertad. En tal sentido, cada persona decide qué producir, en qué invertir, cuánto pagar y con quién contratar. El mercado es una suma de individualidades que actúan en su propio beneficio, lo que conlleva un beneficio colectivo. De esta forma, se logrará la "riqueza de las naciones" (Adam Smith), la prosperidad y el progreso. Sin embargo, el libre desarrollo de las fuerzas productivas necesita un Derecho instrumental para sus fines, por tanto, que asegure la propiedad privada y las inversiones, que dote de instrumentos legales a la iniciativa privada y que respete los contratos. No basta el individualismo como trasfondo de las normas, pues se requiere seguridad jurídica; y, para ello, se hace imprescindible un cuerpo legal que condense todo el derecho de la propiedad, de los contratos y la herencia. En ese texto jurídico, casi sagrado, se encontrará la solución de todos los problemas con su simple consulta. La codificación, por tanto, se convierte en la técnica legislativa propia de la modernidad, pues aspira a contener normas que son universales (todos los hombres son iguales, por lo que no hay diferencias corporativas), completas (todas las soluciones se encuentran en el código, y las normas anteriores quedan derogadas), coherentes (orden racional de las normas) y seguras (normas técnicamente bien redactadas, por escrito –se descarta los usos–, públicas, no retroactivas).

Los Códigos dotan a los individuos de libertad de comercio e industria (eliminación de los antiguos gremios), libertad de intercambios (autonomía de la voluntad) y libertad de propiedad (dominio sin límites). No obstante, la centralidad del sistema se encuentra claramente en la protección de los propietarios, quienes en ejercicio de tal derecho, podrán intercambiar, comerciar o producir libremente en ese nuevo orden económico. Por tanto, los códigos liberales son el instrumento jurídico para asegurar la propiedad. En efecto, los Códigos liberales comparten una idea en común: el poder de la vo-

luntad individual es el protagonista del Derecho, pues en un mundo de libertad e igualdad (formal), las particulares, a través de sus decisiones voluntarias, podrán sacar a flote todas sus potencialidades físicas y técnicas para inventar, producir y comerciar en forma más eficiente, por lo cual, a través de la "mano invisible" del mercado (lugar espontáneo en donde todos los ciudadanos pueden intercambiar bienes y servicios, sin intervención estatal). En este contexto, la suma de voluntades individuales, no coordinadas, en la que cada una busca su bienestar individual, lleva al bienestar general.

Por su parte, si la ley prevé todas las hipótesis en un cuerpo legal completo, entonces el juez se convierte en un autómata que subsume hechos en las normas, por lo cual se limita a reconocer soluciones que ya están previstas en la ley. En caso de lagunas, el juez deberá aplicar la analogía, es decir, las propias normas codificadas. En el momento de mayor extremismo, se establece que los vacíos legales deben colmarse por el propio Parlamento mediante recursos dirigidos a tal instancia. En este contexto, los jueces no pasan de ser funcionarios burocratizados que realizan un trabajo rutinario consistente en repetir las normas en la solución de casos concretos.

Si bien todos los Códigos se fundan en la idea de proteger al propietario, sin embargo, no todos parten de la misma perspectiva. En efecto, los códigos como el francés y sus derivados toman en cuenta la propiedad inmemorial del terrateniente, por lo que se privilegia la defensa del titular (reivindicación amplia, lesión para inmuebles, etc.); mientras que otros códigos como el prusiano y sus derivados piensan en la circulación de la riqueza del capitalista, por lo que se privilegia la tutela del intercambio en sí (protección de la apariencia, sea por posesión, título documental o registro) (4).

Por supuesto que en muchos casos la libertad económica no va aparejada de libertad política, pues las nuevas leyes se dictan en sociedades profundamente oligárquicas, anti-democráticas y sin atribución general de ciudadanía (5). En tal contexto, la libertad

(4) Aquí nace la distinción entre "seguridad estática" (la primera) y "seguridad dinámica" (la segunda), pero que resulta una falacia cuando se pretende imponerla como principio general del sistema jurídico.

(5) Los países que sancionan códigos no conceden ciudadanía política sino a los que tributaban al erario público, lo que fundamentalmente se originaba en la propiedad territorial, que era la mayor fortuna de la época.

para hacer negocios se mezcla con el autoritarismo estatal. En efecto, el extremismo registral tiene como base la idea de un Estado todopoderoso que se arroga la potestad de fundar y reconocer la propiedad en orígenes ciertos que se materializan en libros formales y públicos que contienen la voluntad de los propietarios expresada a través de declaraciones tipificadas, con lo cual se pretende corregir los problemas de la incertidumbre de la propiedad con la expulsión de los elementos supuestamente irracionales del sistema, como la posesión, o de las subjetividades, como la buena fe, o de los hechos desconocidos, como las nulidades no patentes.

La concepción del registro extremista o "auto-suficiente" (no hay nada fuera de él) nace de la mano con el positivismo dogmático del siglo XIX, que construye una teoría jurídica conceptual y sistemática, basada en la libertad individual y en la voluntad del hombre, pero que se desvía con el tutelaje del Estado para originar la propiedad y sancionar las transmisiones. La propiedad queda incorporada en libros públicos que hacen fe por sí mismos, en consecuencia, se crea una "realidad" interpuesta y meramente formal que se impone a cualquier otro hecho de la vida o interés sustancial, por razones de seguridad.

Para el modernismo jurídico, las bases teóricas se encuentran en el sueño dogmático de las leyes seguras, inmutables, neutras (códigos), y que defienden la voluntad del propietario capitalista; lo que está ideológicamente vinculado con el liberalismo que pretendía amparar a las clases burguesas y financieras en su camino de apropiarse de la tierra, muchas veces en desmedro de los cultivadores directos o poseedores inmemoriales, a quienes se les tilda de ineficientes o atrasados (6), por lo que tal aseguramiento se vincula con

---

No obstante, por lo menos le concedían ciudadanía civil, pues formalmente regía el principio de libertad e igualdad –banderas de la revolución francesa–. No obstante, uno de esos códigos supuestamente "liberales" tuvo la ignominia de reconocer la esclavitud, como es el caso del Código Civil Peruano de 1852, lo que constituía una contradicción absoluta: libertad a las personas para comprar y vender, pero solo para un grupo de personas, pues no todas ellas eran libres.

(6) "En el ámbito social, el proceso codificador cristalizaba los valores de la burguesía, de allí que esta lo postulara como modelo de legislación y se reconociera ideológicamente en él. La expresión tan socorrida que alude al Código de Napoleón como el código de la burguesía no resulta, pues,

una institución pública que en forma vertical (autoritarismo) señala quién es el propietario, con qué títulos y desde cuándo.

3. La postmodernidad nace en la segunda mitad del siglo XX como reacción frente a los problemas del hombre que no se han solucionado por la racionalidad. En efecto, los avances del conocimiento, de la técnica y de la ciencia, que tanto han contribuido al crecimiento de la riqueza, al desarrollo tecnológico, a las inmensas fortunas, a la globalización, sin embargo, no ha logrado la felicidad privada, amenazada por el consumismo y la angustia; ni la honestidad pública, aquejada por la corrupción; ni la libertad política, sojuzgada por las fallas notorias de la democracia; ni tampoco se ha logrado la igualdad entre los hombres, socavada por las diferencias entre la clase dominante, que sigue siendo minúscula frente a la masa de desposeídos, pues la pobreza se mantiene frente a una escandalosa riqueza.

La época presente marca el punto de mayor prosperidad en la historia del hombre, de mayor conocimiento, el de la sociedad global por la rapidez de las comunicaciones; pero al mismo tiempo representa el momento de las guerras más sangrientas, de los totalitarismos más feroces, de las mayores perversiones, del ocaso espiritual y moral. Estas contradicciones, tan marcadas, hacen que el hombre dude y abandone el proyecto del modernismo; por tanto, queda de lado la idea del progreso imparable, de la unificación de las diferentes sociedades bajo parámetros y éticas comunes, o la absorción de los países satélites por la fuerza expansiva del mundo occidental.

En buena cuenta, los ideales de la modernidad no se han cumplido. La unidad social se disuelve en las minorías, cada vez más importantes y con agenda propia; la ética de las naciones occidentales ya no es la única que se tiene en cuenta, y, por el contrario, se critica hoy la falta de los mismos valores que permitieron la construcción de esas sociedades; la transparencia e información de los

casual. Los códigos y la clase social que los sostienen alentaban la implementación de una *pax* burguesa, indispensable para el funcionamiento de la formación económica capitalista que poco a poco se entronizaba, de manera que el código puede ser visto como la regla de juego que la sociedad burguesa requería": Ramos Núñez, Carlos: *Codificación, Tecnología y Postmodernidad*, PUCP, Lima 2005, p. 38.

medios, que si bien transmiten los hechos en tiempo real, empero, se desvanece con la banalización de los contenidos, con la multiplicidad de versiones; y, por último, la realidad, única y objetiva, parece no existir, y solo quedan los subjetivismos.

La idea clave del progreso incesante e imparable, dominado por la razón, no se ha concretado. En cambio, se constata que la historia no es una línea ideal que avanza desde el primitivismo hasta la conciencia absoluta, sino, más bien, es el conjunto de historias diversas, no ensambladas, ni lineales. La supuesta historia del progreso no es otra que la contada por los vencedores occidentales, ideologizada, reducida a grandes sucesos que importan a las clases dominantes; es claro, pues, que los vencidos no forman parte de la historia (7).

La postmodernidad plantea "de-construir" el edificio conceptual de la razón, en palabra de Jacques Derrida. Si antes había totalitarismo de la ética, en el presente hay relativismo; si antes había mundo occidental dirigente, en el presente hay muchos mundos; si antes había historia lineal, en el presente hay multitud de historias que no conducen necesariamente al progreso; si antes había la pretendida seguridad para la vida, en el presente hay debate, diálogo problemático, difícil consenso.

El Derecho no ha sido inmune a la postmodernidad

El cuestionamiento de la racionalidad conlleva que suceda lo propio con los conceptos jurídicos basados en ella, tales como la codificación, el positivismo, el individualismo, la libertad absoluta, la solución única y correcta en las controversias jurídicas, la seguridad jurídica como valor prevaleciente. Por tanto, el nuevo modo de ser del Derecho se construye sobre la base de los derechos humanos, que son valores de alto contenido ético, pero que sufren de gran indeterminación. En tal contexto, la codificación, el normativismo y la seguridad jurídica liberal pierden sentido. También sufren las ideas de soberanía y democracia parlamentaria como medios para construir la voluntad estatal, pues, hoy, tales absolutos se derrumban frente a las Constituciones o los tribunales internacionales.

(7) Vattimo, Gianni: "Posmodernidad: ¿una sociedad transparente?". En VVAA, *En torno a la posmodernidad,* Anthropos Editorial, Barcelona 2011, pp. 10-11.

La codificación es, precisamente, una técnica legislativa nacida durante el liberalismo, que se caracteriza por regular una determinada parcela de la vida social con la pretensión de integridad, claridad, orden, sistemática y **seguridad jurídica**; por tanto, cualquier conflicto jurídico puede resolverse mediante la simple consulta de ese libro sagrado, en el cual se deberían encontrar todas las respuestas a los problemas jurídicos. Los Códigos se basan en las ideas de generalidad (medio) y seguridad (fin); pero su trasfondo filosófico no es otro que el positivismo y el formalismo. En efecto, todo se resuelve con la ley en la mano, y no existe nada más que buscar.

Sin embargo, el neo-constitucionalismo, los derechos humanos y las modernas concepciones filosóficas del derecho han producido el estallido de la codificación, pues al superarse el positivismo que se concentra en normas simples cuyo fin es la certeza, entonces produce el fenómeno denominado de "indeterminación del derecho", por lo que hoy no se sabe a ciencia cierta cuál será la solución de alguno de los llamados "casos difíciles", pues no solo entra en juego una norma del Código, sino también uno o más principios elásticos contenidos en la Constitución, una norma internacional de derechos humanos, la jurisprudencia de un Alto Tribunal o Corte, o incluso el informe de un relator temático del sistema universal de derechos humanos. A ello se suma que el juez no es más la boca de la ley, sino **el centro del sistema jurídico como último garante de los derechos fundamentales del hombre. La falta de certeza es una consecuencia directa de la aplicación de los derechos fundamentales en la solución de los conflictos civiles** (8).

Las fuentes del derecho se han expandido verticalmente (más normas y más decisiones jurisprudenciales; algunas de las veces superpuestas entre sí), pero también en sentido horizontal (el contenido de cada norma legal, que debe adecuarse a la Constitución o a un tratado de derechos humanos interpretado por una Corte Internacional, se ha vuelto indeterminado). Así pues, en el Estado Constitucional los casos jurídicos se vuelven complejos, pues en múltiples oportunidades se resuelven por virtud de principios jurídicos que requieren de la técnica de ponderación para dilucidar el conflicto entre derechos fundamentales; y ya no por la simple aplicación mecánica de reglas

(8) Hesse, Konrad: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid 2001, traducción de Ignacio Gutiérrez, pp. 59-60.

técnicas establecidas en un Código. El Derecho actuado por medio de principios abiertos y de difícil concreción, y no por reglas exactas y de aplicación incondicionada, es la negación misma del espíritu que animó en su momento el fenómeno de la codificación. Por tanto, no es que los Códigos estén en problemas o desfasados con relación a la tecnología moderna o a la nueva sociedad, sino que la idea misma de un código es la que se encuentra en profunda crisis, y por ahora parece ser una idea en declive, y tal vez ya superada.

En consecuencia, el Derecho se ha problematizado, y eso no cuadra con la concepción de reglas claras y sencillas que subyace en los códigos, y que sustenta, por ejemplo, el registralismo exagerado e ingenuo.

En buena cuenta, una mayor preocupación por la justicia, conlleva necesariamente una dosis creciente de incertidumbre, pues entran a tallar los principios, la argumentación, las distintas fuentes normativas, lo que produce inseguridad en la solución. Ya no se admite que una regla específica pueda responder a cada problema jurídico, sin mayor debate o carga argumentativa. En suma: a más justicia, menos seguridad; a más seguridad, menos justicia. El neoconstitucionalismo actual opta por lo primero; el positivismo optó decididamente por lo segundo.

4. El Estado organiza un sistema que dota a los propietarios de un título formal y público, que sirve de prueba, pero también asegura la titularidad frente a las vicisitudes o patologías que no sean conocidas por el adquirente. Ese sistema se basa en la publicidad de los títulos (esencia) para lograr la protección al comprador o acreedor hipotecario que confía en esa apariencia (finalidad).

La publicidad es necesaria para dar a conocer determinados hechos, actos, situaciones o eventos de la vida jurídica (9), por cuya virtud, los interesados tendrán acceso a información que les permita gozar de una prueba especialmente cualificada y valiosa, así como para erigirse en un mecanismo de solución de los conflictos entre títulos contrapuestos, con lo cual se tutelan derechos y se resguardan adquisiciones. En suma, hay un interés general en que determinadas

(9) Pugliatti, Salvatore: *La trascrizione. La pubblicità in generale,* Giuffrè Editore, Milán 1957, tomo I, p. 268.

situaciones sean cognoscibles por cualquiera, y por eso la ley organiza y regula su publicidad (10). En tal sentido, es común sostener que el registro es un instituto que otorga seguridad jurídica a los derechos, ya sea para defender la adquisición realizada, ya sea para consolidar las transmisiones por realizarse. La pregunta que surge es: ¿solo tiene relevancia la seguridad jurídica formalista? ¿El Registro no está incardinado con otro valor fundamental que inspira el ordenamiento?

La filosofía del derecho nuevamente se dirige hacia el problema del derecho justo, o de la justicia (11); empero, los enunciados normativos no tienen el mismo grado de precisión que los enunciados empíricos, por lo que deben utilizarse criterios para evidenciar y falsear, de experiencia y observación, de argumentación racional, de intersubjetividad y universalidad, que permitan llegar a "conocimientos correctos" o "más plausibles que otros", aunque difícilmente pueda admitirse la solución única, pues casi siempre estamos ante "respuestas defendibles". Asimismo, es necesario descartar que el derecho justo sea algo "objetivo", es decir, un bien ya dado que el hombre debe limitarse a descubrir. Esto se apoya en un esquema de sujeto, por un lado, y objeto por el otro; en donde el primero es ajeno al segundo. El jus-naturalismo buscó esa objetividad en la "naturaleza", mientras el positivismo en la "ley". Pero, en las ciencias del entendimiento orientadas al significado (a diferencia de las ciencias de la naturaleza, cuya explicación es causal), no se da valor al esquema sujeto-objeto; pues quien pretende buscar un determinado sentido, ya introduce su propio prejuicio en el mismo; y por tanto, ese entender nunca será objetivo. El Derecho, como "ser", no puede disociarse de la personalidad de quien intenta comprenderlo. Las ciencias jurídicas se basan en el acto humano y, por tal condición, no puede constituirse en objeto independiente al suje-

(10) Trimarchi, Pietro: *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè Editore, Milán 1998, p. 618.

La doctrina italiana considera que la "relación entre oponibilidad y cognoscibilidad" es uno de los principios fundamentales del sistema registral, y, por el cual, se exige que solo puedan ser opuestos los hechos que los terceros tengan la posibilidad de conocer por medio de la consulta respectiva: Ibba, Carlo: *La pubblicità delle imprese*, CEDAM, Padua 2006, p. 4.

(11) Kauffmann, Arthur: *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Editorial Temis, Bogotá 2007, traducción de Luis Villar Borda, pp. 29-30.

to (12). Hasta los filósofos analíticos admiten este presupuesto que subyace en las ciencias del hombre (13).

Este debate atraviesa todo el Derecho y se presenta en una serie de instituciones jurídicas.

El Derecho registral nacido durante el auge del liberalismo mantiene los dogmas de otra época, tales como "el registro es la verdad oficial", "la inscripción debe ser constitutiva", "la inscripción dota de oponibilidad", "el registro protege la seguridad del tráfico", "todos los conflictos se resuelven a favor de quien inscribe", "la inscripción prima sobre el negocio jurídico", "el registrador tiene un ámbito pleno de calificación", entre otras. Esta concepción pretende cerrarse en la inscripción, y con ello adopta una cuestionable postura ideológica, en pro de los Bancos, empresas financieras, trasnacionales y todos aquellos a quienes solo les interesa lucrar y recuperar su inversión en el menor tiempo posible. De allí nacen ideas, tales como que fuera del registro nada existe, no es válido o carece de relevancia jurídica. En cambio, "el que inscribe cuenta con una garantía absoluta de su derecho". Con este criterio el estudio del derecho debiera iniciarse y concluirse el mismo día, pues todos los conflictos de la vida debieran solucionarse con la frase: "primero en el registro, más poderoso en el derecho" (14).

En realidad, es difícil suponer que algún sistema jurídico del mundo haya pretendido que el registro pueda otorgar una garantía tan

---

(12) *Ibíd.*, pp. 39-43.

(13) Carvalho, Cristiano: *Ficciones jurídicas en el derecho tributario,* Pacífico Editores, Lima 2012, traducción de Carilin Lavado Herrera y Zain Cabrera Pepe, p. 63.

(14) Una de las excusas del extremismo es que el registro protege al diligente que inscribe y no al negligente que se mantiene en la clandestinidad. Pues bien, esa es una forma de ver las cosas, a veces interesada con el fin de proteger a cierto tipo de inversionistas. Pero existe otra perspectiva: ¡qué importa el diligente que inscribe, por ejemplo, si hace más de diez años no posee! En tal dilema, ¿qué es más relevante? Inscribir y guardar un título formal en el escritorio; o disfrutar de los bienes, producir, generar riqueza, mover la economía. Cómo dice un gran jurista español, se puede ser diligente en lo formal (registro) pero negligente en lo sustancial (usar y disfrutar de los bienes) (Vallet de Goytisolo, Juan. "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública". En Íd. *Estudio sobre Derecho de Cosas, Editorial Montecorvo,* Madrid 1985, Tomo I, p. 413). Por tanto, hay que descartar este argumento facilista.

absoluta e inconmovible, pues la realidad impone tomar en cuenta otras variables para llegar a una justa y armónica conciliación de intereses. Ese es el fundamento por el cual se reconocen múltiples limitaciones a la actuación del registro, es decir, aspectos sobre los cuales no juega rol alguno. Enumeremos algunos: mala fe del tercero, posesión contradictoria, usucapión, error en la medición de las superficies, dominio público natural o artificial, derechos reales patentes o notorios, elementos de hecho discordantes con la publicidad, adquisiciones originarias, restricciones legales de la propiedad, dobles matriculaciones, entre otros. En consecuencia, el registro solo puede otorgar una relativa seguridad, pues, quiérase o no, se trata de un formalismo, por lo cual tiene las ventajas de tal (certeza, seguridad), pero también tiene todos los inconvenientes de ceñirse a la etiqueta y abandonar el contenido (fraudes, engaños, pura apariencia, mala fe, injusticia, deformaciones de la realidad, ficciones).

Por el contrario, la posmodernidad el Derecho registral se vincula con el realismo, es decir, decide enfocarse en la complejidad del problema, asumiendo que el registro es un instrumento que otorga garantía de los actos de transmisión y adquisición de bienes, pero que puede ser sobrepasado por otros valores que el ordenamiento considera preferentes en el caso concreto (ponderación de derechos fundamentales). En tal sentido, la nueva época implica una pérdida de la seguridad formal, pero en contrapartida existe una más acentuada búsqueda de la justicia. En suma, la visión positivista del Derecho, encerrada en puras normas, sin contenido, sin moral, sin valores, que no centraliza al ser humano, y que se basa en el puro y más descarnado formalismo, es una propuesta que en la actualidad se encuentra agotada.

La protección de los terceros por efecto del registro (15), puede explicarse desde una visión **puramente dogmática** –construcción teórica que busca exclusivamente la coherencia y sistemática del sistema jurídico–, o desde una perspectiva **realista** –solución que

(15) El art. 2014 CC Peruano, inspirado en el art. 34 de la ley hipotecaria española, dice lo siguiente: "El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro".

excede la cuestión teórica para centrarse en la protección de los valores constitucionales y los derechos humanos–. Un ejemplo aclara los conceptos: A vende a B, luego B vende a C, y si bien el contrato entre A-B se declara nulo, sin embargo, C mantiene su adquisición, a pesar de la nulidad del título previo, por virtud del principio de fe pública registral, que se enmarca dentro de las hipótesis de "adquisición a *non domino*", es decir, el derecho se transmite a favor del adquirente, pese a que el enajenante no es el propietario.

Esta figura busca explicarse por las dos tesis citadas, pero con resultados diferentes.

La primera es una ficción dogmática (sueño de una noche de verano de un teórico): B no es propietario, por la nulidad previa del contrato con A, empero, por efecto de la "legitimación aparente" que le otorga la inscripción, por lo que se encuentra "legitimado para ejercer el poder de disposición", por lo que puede transferir eficazmente a C (16). Sin embargo, esta construcción es inaudita, pues lleva directamente a sostener que un falsario (que vende lo ajeno) "cuenta con poder de disposición", por tanto, no cometería acto ilícito, pues, contaría con la autorización del ordenamiento jurídico para la disposición, y, en consecuencia, hasta podría pensarse que el delito quedaría diluido.

Por otro lado, la segunda explicación, realista, dice algo muy diferente: B no es propietario, es decir, no tiene "legitimación aparente", ni poder de disposición, pero el tercero (C), por efecto de la buena fe, merece protección legal de carácter excepcional. El poder de disposición está referido normalmente al titular del derecho, salvo los casos excepcionales en que la ley atribuye tal poder a terceros, específicamente a administradores legales, por efecto de incapacidad u otras causas, sin embargo, en ningún caso un estafador que vende un bien que no es suyo, puede considerarse que tiene "legitimación", ni siquiera si finalmente la transferencia se produce por efecto de aplicar la figura de las adquisiciones *a non domino*.

En realidad, las adquisiciones *a non domino* **son reglas excepcionales que protegen solo al adquirente**, pero no al transmi-

(16) "En efecto (sic), aun cuando dentro del patrimonio de un sujeto no se encuentre derecho alguno sobre el cual ejercer su poder de disposición, este igualmente puede ser ejercido respecto de derechos pertenecientes a otros sujetos": Ninamancco Córdova, Fort: "Poderes de representación", *Gaceta Jurídica,* Lima 2013, p. 95.

tente, ni le dan "legitimación aparente", por lo que este sigue siendo un *non domino*. Lo contrario, "desplaza lo que solo es una protección del adquirente a la posición jurídica del transmitente" (17). Es más, por eso se le exige buena fe al adquirente, como criterio básico para sustentar su primacía frente al titular originario; por el contrario, si el transmitente fuese *verus dominus*, entonces, ¿qué importaría la condición subjetiva del adquirente? Por tanto, habría que preguntarle a los dogmáticos, desde una cuestión moral, ¿por qué dicha "teoría" pretende legalizar a un estafador?; y desde una perspectiva jurídica, ¿por qué el adquirente necesita de buena fe si el transmitente cuenta con "poder de disposición por legitimación aparente"? No es lo mismo decir que el vendedor –pese a todo– está "legitimado", como si fuese propietario; a sostener que el vendedor no es propietario, bajo ningún concepto, pero la protección se hace pensando exclusivamente en el comprador, por exigencia de la protección de la apariencia, pero con justicia.

Nótese la gran diferencia entre una y otra tesis: la primera sostiene que el enajenante está "legalizado" pues tiene "legitimación aparente", en cambio, la segunda considera que la doctrina de tutela de apariencia no crea una forzada legitimación, pues en realidad esta figura se concentra en proteger al único sujeto que lo merece: el tercer adquirente de buena fe.

Otro debate técnico en el mismo ejemplo: la protección registral exige, entre otros requisitos, que el tercero sea de buena fe y que el propietario primigenio sea culpable en haber creado la apariencia que engañó al tercero. El extremismo diría que este segundo elemento no es necesario pues el apego al formalismo, "sin valorar subjetividades", es suficiente para otorgar tutela. El realismo, por el contrario, requiere la actuación culposa del titular inicial, pues solo de esta forma se justifica que un propietario sea despojado. **La doctrina alemana conoce perfectamente el requisito de imputación para aplicar el principio de apariencia, pero lo reemplaza por la indemnización del Estado**, es decir, el sistema germano reconoce que el propietario inocente (sin culpa) no puede ser expoliado impunemente, para lo cual opta por una técnica de protección distinta, pues mientras en los ordenamientos latinos la

(17) Pau Pedrón, Antonio: "Esbozo de una teoría general de la oponibilidad". En Íd., *La Publicidad Registral,* CRPME, Madrid 2001, p. 329.

propiedad se conserva en el titular primigenio cuando este no tiene culpa, en cambio, en el ordenamiento alemán se impone al Estado el deber de indemnizar la pérdida (18). El problema de los extremistas registrales es que no se han dado cuenta del distinto fundamento del registro alemán, que asume el costo de las pérdidas cuando triunfa la apariencia en contra de un *verus dominus* despojado injustamente. Este error lo comete hasta un gran jurista (19) que descarta el fundamental requisito de la culpa del titular primigenio, con lo cual no se sabe por qué se le despoja, y además olvida que la "objetivación" de la apariencia, propio del mundo jurídico germano, se justifica porque el Estado asume el costo. Este es el problema de encerrarse en torres de marfil y olvidar los fundamentos filosóficos de las instituciones jurídicas. Mientras el sistema alemán se basa en la idea que el Estado reparte la propiedad (registro) (20), y si se equivoca asume el resarcimiento; en cambio, el sistema peruano,

(18) "El hecho de que no se tenga en cuenta el hecho (sic) de que al propietario no le es imputable la pérdida de la apariencia registral se basa en que este contará en todo caso con una pretensión de resarcimiento frente al Estado": Westermann, Harry; Westermann, Harm Peter; Gursky, Karl-Heinz y Eickmann, Dieter. *Derechos Reales*, 7.º edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 2007, traducción de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez-Rosado, tomo II, p. 1064.

(19) Falzea, Ángelo, "El principio jurídico de la apariencia". En *Revista Derecho. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, traducción de Leysser León, Lima 2006, p. 206: "No es necesario, en particular, que el error del tercero sea causado por dolo o culpa de otro, y, para ser más precisos, del titular del derecho subjetivo".

(20) Esta discutible proposición se refuta con los siguientes términos: "La acusación de que la propiedad privada de la tierra no podría existir, sino fuera por la protección del gobierno no puede resistir la fuerza de la evidencia. El papel del gobierno con respecto a la tierra ha sido agresivo en vez de protector. Se han arrebatado las tenencias privadas en manos de individuos o de grupos a los que el gobierno ha atacado, ya sea través de guerras o de decretos legales. Tanto en el Antiguo Egipto como en Asiria, y también en India, Grecia, y las provincias romanas, las tenencias privadas de tierra se respetaban y se mantenían seguras y sagradas mucho antes de que cualquier tipo de gobierno intentase defender la propiedad de la tierra": Lefevre, Robert: *La filosofía de la propiedad*, Unión Editorial, Madrid 2013, traducción de Juan Manuel González Otero, p. 111. El citado argumento proviene de un liberal, y los extremistas registrales, si bien son normalmente liberales, empero, adoptan en forma contradictoria la idea de la "verdad oficial del Estado".

e italiano, no reconoce indemnización efectiva, salvo en un perdido apartado del art. 3.º de la Ley 26366, pero que no tiene aplicación práctica. Esta situación conlleva trasplantar una institución jurídica, pero solo en parte, en tanto se acepta el beneficio (¿seguridad jurídica?) pero no el costo (indemnizar por el despojo producido por esa "seguridad jurídica"). Por ello no extraña que un sector doctrinal avisado haya denunciado la importación de un sistema de expoliación "jurídica", de dudosa base constitucional. Así: "El llamado principio de publicidad, entendido de modo absoluto, se enfrenta a inconsecuencias técnicas y jurídicas notorias: ¿por qué se priva a un dueño de su propiedad a favor del solo título registral? ¿no es una expropiación sin indemnización? ¿se puede privar al propietario real de su propiedad, al que ha poseído y trabajado la tierra quizás por generaciones y sigue poseyéndola ahora?" (21).

El registro no es "verdad oficial", ni crea realidades de puro papel, y por supuesto, tampoco inventa legitimaciones para quien no es propietario. En tal contexto, una adecuada concepción parte por considerar que **el registro busca reflejar la realidad** (22)**, mas no crearla**; por tanto, su función es pre-constituir un título público de propiedad con alto grado de certidumbre, y que en ciertas ocasiones, por virtud de una regla de ponderación, sirve para la protección de la apariencia por efecto de esa misma publicidad (23). De

(21) Álvarez Caperochipi, José Antonio: *Derecho inmobiliario registral*, 3.º edición, Ediciones Legales, Lima 2012, p. 566.

(22) La Corte Suprema ha acogido textualmente esta doctrina en la reciente ejecutoria emanada de la Casación Núm. 3350-2012-Lima, de 14/10/2013, publicada el 31/3/2014: "Décimo Primero: Por otro lado, la inscripción registral del derecho de propiedad dota de una incuestionable seguridad jurídica al ejercicio de ese derecho, sin embargo, la garantía que reviste el título inscrito será meramente aparente si no se crean las condiciones razonables y suficientes para que el procedimiento previo a la inscripción esté provisto también de la suficiente seguridad jurídica, pues de lo que se trata es que el registro sea fiel reflejo de la realidad jurídica extrarregistral".

(23) Los economicistas reconocen que un puro sistema registral de la propiedad no sería eficiente. Así: "Podemos imaginar dos sistemas de derecho de propiedad exactamente opuestos: la propiedad de acuerdo solo con un sistema de títulos de papel, y la propiedad solo por la posesión física. Ambos sistemas implicarían graves ineficiencias. Un sistema universal de títulos de papel supone que todo es ya propiedad de alguien y solo permite las transferencias por la transmisión formal (por ejemplo, la entrega de

esta forma, la mecánica de inscripción y publicidad solo se justifica dentro del contexto de un sistema patrimonial sano, honesto, justo, seguro; en donde la información registral permita conocer los hechos jurídicos, sin crearlos o sin deformar la realidad (24).

5. El Código Civil de 1984, en cuanto a la materia del registro, es una norma equilibrada, pues asume soluciones valorativas que se alejan de las exageraciones formalistas; lo que se aprecia en cuanto recusa la inscripción constitutiva, asume la buena fe, permite la usucapión *contra tabulas*, rechaza la clasificación de bienes registrados/no registrados, entre otras. No obstante, desde la entrada en vigencia del Código, la doctrina fue exageradamente crítica contra lo que en ese momento se llamó "tradicionalismo". Es el caso de uno de los codificadores (Avendaño Valdéz), cuya idea obviamente no fue acogida en el texto legal, y por ello, desde un primer momento, se propuso introducirla a través de adendas. Las principales propuestas, que han girado hasta hace poco en nuestra doctrina, son el registro constitutivo y la clasificación de los bienes.

Prontamente, el economicismo jurídico de cuño liberal, de inicios de la década de los noventas (Bullard, Cantuarias), en su afán de facilitar las inversiones y destrabar la economía, se adhirió con brazos abiertos a las ideas esenciales del extremismo, bajo la premisa que el registro otorga seguridad a las trasnacionales e inversionistas extranjeros pues les dispensa predictibilidad. La cosa no quedó allí, pues con el tiempo se sumaron nuevas "propuestas", tales como la

---

una escritura), de modo que es inútil buscar la adquisición de propiedades que no tengan dueño, ya sea porque nunca lo tuvieron o porque han sido abandonadas. Tal sistema dejaría también sin definición el estatus de los no propietarios que, sin embargo, tienen el uso exclusivo de la propiedad, como ocurre con los inquilinos. Y sería inevitable examinar los errores inevitables que causa un sistema de derechos de papel. (…) Por lo tanto, es probable que un régimen legal de la propiedad eficiente sea un sistema mixto, que combine los derechos de papel con los derechos posesorios": Posner, Richard: *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México 2013, traducción de Eduardo Suárez, p. 144.

(24) El Tribunal Constitucional ha señalado, en referencia a la unión de hecho, que la sentencia judicial y la inscripción registral se limitan a reconocer la situación jurídica, pero no la fundan (Exp. Núm. 04777-2006-PA/TC). **En efecto, el registro publica la realidad jurídica con fines de seguridad, pero no sirve para hacer ciencia ficción.**

eliminación de la usucapión contra el registro, la protección de terceros con "título gratuito", etc.

Por su parte, un grupo de nuevos partidarios del extremismo, que acogen el puro dogmatismo alemán o italiano (25), mezclándolo de mala manera con el economicismo neoliberal, dieron a la luz otro grupo de propuestas, francamente lamentables, tales como aceptar la inscripción "hueca" (primacía sobre el título), oponer el embargo inscrito como si fuese un hecho jurídico sustancial, y no procesal, postular teorías superadas sobre la "legitimación extraordinaria", etc.

Es curioso el retraso jurídico de cincuenta años, o más, que se vive en el Perú; por tanto, cuando el dogmatismo jurídico se encuentra desfasado y en trance de desaparición como visión reduccionista del derecho, empero, aquí empieza a obtener reconocimiento y difusión; o cuando los códigos liberales se derrumban frente a las Constituciones sociales, sin embargo, en nuestro medio se pone de moda el regreso al individualismo absoluto, por lo que se llega a sostener que "debe volverse al Código de 1936".

No obstante, las propuestas que van contra-corriente al mundo jurídico posmoderno, que se asientan en bases teóricas caducas o simplemente falsas, no podían durar mucho. Hoy en nuestro país nadie propugna la inscripción constitutiva (el propio Bullard abandonó su idea, señalando que el mejor sistema de transferencia de propiedad lo deben definir los propios contratantes), ni la usucapión *contra tabulas* (la Comisión Reformadora del Código ha renunciado a esta idea, según se aprecia en los últimos proyectos); e incluso algunos extremistas han abandonado la omnipresencia de la fe pública registral, en cuanto se pretendía tutelar las falsificaciones (el extremista Mendoza Del Maestro ahora dice que la norma exige "la existencia de un título"), y con ello, en forma implícita, también ha declinado de su posición a favor de la inscripción, pues bajo tal premisa resulta imposible que pueda sobreponerse a un negocio jurídico con el que no concuerda. Por último, los cantos de sirena

(25) La ensoñación o enamoramiento que este grupo muestra al dogmatismo jurídico se acredita con su metodología investigadora, basada en "solo citar alemanes o italianos" o "leer alemán", como si el Derecho o la Justicia fuese privativa de una nacionalidad. Esta premisa, falsa, olvida que el dogmatismo puro no responde, ya, al desarrollo actual del fenómeno jurídico, o tal vez se basa en una causa más pedestre, como el complejo de inferioridad.

referidos a una posible modificación parcial del Código Civil han fracasado rotundamente, pese a contar con aliados que le aseguran mayoría parlamentaria; y si ni aun así pudo aprobarse, entonces no parece que ello pueda revertirse en el futuro próximo (26).

---

(26) La Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, mediante sesión del 20 de marzo de 2012, aprobó el texto sustitutorio del Proyecto de Ley Núm. 582/2011-CR, que propone modificar 59 artículos del Código Civil, y luego de diversas vicisitudes en el trámite parlamentario, que incluye suspensión de debate y "cuarto intermedio" en el año 2013, se encuentra listo para ser debatido por el Pleno. Luego, se presentó un texto sustitutorio del Proyecto de Ley Núm. 582/2011-CR, **que pretende introducir reformas aún más peligrosas**, y que ingresó al debate del Pleno en el año 2014, pero nuevamente fue suspendido.

Por ejemplo, el proyecto de 2013 plantea modificar el art. 2014 para eliminar el requisito de "onerosidad" del tercero de buena fe, por lo que ahora merecerá protección un adquirente gratuito. **Esta solución es absolutamente errada**, máxime en nuestro contexto social. En efecto, hoy por hoy uno de los problemas sociales más graves contra la propiedad legítimamente adquirida es el de las falsificaciones en agravio de personas vivas, y hasta de fallecidas. Es conocido el caso de notarios de ciertos lugares que encabezan esta triste estadística. Pues bien, hasta el momento el sistema jurídico protege al tercero que compra un inmueble a título oneroso, en cuanto solo podría merecer tutela la persona honesta que invirtió en la adquisición, por lo que su confianza no podría ser defraudada (Otro tema es si la fe registral se aplica a los terceros sucesivos a las falsificaciones). No obstante, **la norma propuesta facilita la vida a las bandas de falsificadores**, pues ahora no tendrán que recurrir a un hipotético "comprador" para acceder a la tutela registral –lo que siempre es una piedra en el zapato para estos delincuentes, pues la venta puede anularse por simulación–, en cuanto ahora bastará regalar la casa mediante una donación, sin necesidad de simular precio o aparentar solvencia. Los falsificadores la tendrán más fácil. Por lo demás, si la Constitución establece en forma contundente que "la propiedad es inviolable" (art. 70), entonces no se entiende cómo una falsificación pueda desmoronar esa supuesta garantía de invulnerabilidad. En ningún país del mundo, un fraude de ese tipo puede originar derechos, salvo para algunos extremistas registrales. El Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas sentencias que la propiedad es inmune frente a los ataques fundados en causas ilegítimas o en el solo querer de terceros (Exp. Núm. 00043-2007-AA/TC, Exp. Núm. 5614-2007-AA/TC, Exp. Núm. 022-2007-AA/TC), y precisamente la falsificación representa el solo querer de un delincuente que pretende apropiarse de lo ajeno, por lo que constituye el grado máximo de ilegitimidad. En suma, mientras el Tribunal defiende la Constitución y el mandato de inviolabilidad de la propiedad, empero el Congreso pretende aprobar una ley que va a contracorriente, pues no solo omite legislar sobre el problema de las

En conclusión, el extremismo registral se encuentra agotado en nuestro país (27).

---

falsificaciones, sino que además lo facilita mediante la protección registral a adquirentes gratuitos.

Por su parte, en el proyecto de 2014 se persiguen variaciones en los artículos 2043, 2044 y 2045, que originan serias incoherencias e inexactitudes que producirán más conflictos en la práctica. En primer lugar, el proyectado artículo 2043.2 señala: *"A los bienes muebles registrados se les aplica el régimen de enajenación y publicidad registral de los inmuebles"*, lo que exige definir qué cosa es un "mueble registrado", pues en la propuesta de modificación del artículo 2 de la Ley 26366 (en el mismo proyecto) se define que la sección de muebles registrados está conformado por el "registro mobiliario de contratos", y en este se inscriben todos los muebles (artículo 2.° de la Ley 28677), lo que abarca desde un buque hasta un par de zapatillas y un teléfono móvil. Pues bien, al no definirse de manera previa qué es un mueble registrado, y utilizar la clasificación general antes indicada, la conclusión es que **todos los muebles son registrados**, por tanto, el proyecto llega al absurdo de proponer que a un celular o a una computadora portátil *"se les aplica el régimen de enajenación y publicidad registral de los inmuebles"*. En buena cuenta, con una definición tan amplia de "mueble registrado" entonces se comprende todos los muebles, por lo que el artículo 2043.2 termina modificando el régimen íntegro de estos bienes, igualándolo con los inmuebles, lo que definitivamente no es aceptable. Por tanto, una norma de este tipo exige definir primero, y con motivos justificados, qué muebles pasarán a regularse por el mismo régimen de transferencia que los bienes inmuebles, lo que no se hace. En segundo lugar, el artículo 2044 es un canto a la incoherencia, pues mientras el inciso 1) señala que la ley de creación del registro establecerá la *"forma de identificación del mueble registrado"*, empero el inciso 2. señala que puede hacerlo la SUNARP. Por lo demás, debe resaltarse que, en este caso, una institución meramente administrativa determinaría qué bien pasa a la condición de "mueble registrado" con el consiguiente sometimiento al régimen de los inmuebles, lo cual implica que la SUNARP tendría la desproporcionada atribución de cambiar el Código Civil, pues cada vez que a la tecno-burocracia de esa entidad se le ocurra trasladar un mueble a la condición de "mueble registrado" entonces las normas sustantivas de transferencia quedarían modificadas respecto de ese bien. Un Código Civil, con todo lo que significa para la vida personal y patrimonial de los ciudadanos, no puede quedar sujeto al vaivén de una entidad que decida en qué casos se aplica tal o cuál norma.

Mayores comentarios pueden verse en: Gonzales Barrón, Gunther. "El Congreso debe rechazar el proyecto de reformas del Código Civil". En *Revista Jurídica Thomson Reuters*, Lima, 26 de mayo de 2014, pp. 57-62, que además aparece colgado en el sitio web del autor: www.gunthergonzalesb.com

(27) El extremismo obtuvo un solo éxito legislativo: la Ley 28677, por la cual todos los bienes muebles tienen acceso generalizado a un registro

6. Las falsificaciones afectan principalmente los derechos constitucionales de libertad individual, y, con ello, a la libertad contractual, pues una voluntad falsa se pretende sobreponer al titular; asimismo, se vulnera el derecho de propiedad, pues los bienes no

---

con el fin de constituir garantías reales, por lo que se elimina la relevancia de la posesión en cuanto se le considera un mecanismo caduco e irracional. Esta norma se inspira ideológicamente, pero no tanto en la regulación concreta, por el art. 9.º de la *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos, que también ha tenido influencia en una ley uniforme patrocinada por la Organización de Estados Americanos, y que busca expandirse a todo el continente, conforme puede verse en: Brigido, Eveline Vieira: *Garantias Mobiliàrias*, Juruá Editora, Curitiba 2009, pp. 73 ss.

La eliminación de la prenda posesoria conlleva dos problemas. En primer lugar, la entrega, quiérase o no, constituye un mecanismo de efectividad del poder conferido al acreedor, pues, en caso contrario, la garantía podría devenir en una mera ilusión. Desde una perspectiva teórica, no hay mejor garantía que contar con la posesión del bien, en vista que de esa forma se tiene el bien a la mano para ejecutarlo en caso de impago del crédito. En segundo lugar, a veces la teoría debe ceder frente a las necesidades prácticas, pues en muchos casos el proceso de producción del deudor exige que este retenga los bienes dados en garantía, para lo cual se crearon las prendas sin desplazamiento (con registro). En efecto, un bien mueble puede ser de difícil individualización o susceptible de ocultación, y, en tal caso, ¿qué ejecutará el acreedor? ¿le bastará su certificado registral para ver satisfecha su acreencia, a pesar de que el bien no se ubica? ¿algún postor le entregará dinero al acreedor a cambio de un papel (certificado registral), sin que se conozca el paradero del bien? La respuesta es obvia: La mejor garantía, en estos casos, es la posesión, y el registro cumple una función en cierta medida sustitutiva, por lo menos parcialmente en cuanto a la disponibilidad de la cosa por el deudor. En tal sentido, "En la prenda, la desposesión, como ya se ha puesto de relieve, cumple una función diversa de aquella que tiene por objeto actuar una publicidad del derecho de prenda, puesto que con la tradición el deudor privado –en función de garantía– de la posibilidad de disponer del bien, y por tanto le está excluido el sustraerlo al poder del acreedor o constituir sobre el mismo otros derechos de garantía": Gabrielli, Enrico: "Las garantías reales mobiliarias en Europa". En Íd. y De Cores, Carlos. *El nuevo derecho de las garantías reales*, Editorial Reus, Zaragoza 2008, p. 352.

Sobre la norma peruana, puede verse nuestro artículo: Gonzales Barrón, Gunther. "Viejas y nuevas reflexiones sobre la Ley de Garantía Mobiliaria". En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, núm. 1, Lima, julio 2013, pp. 93-117, que también puede consultarse en: www.gunthergonzalesb.com

circulan por medio de actos emanados de sus propietarios, sino por intromisiones claramente ilegítimas.

6.1. El sistema jurídico reconoce el poder de los individuos para crear relaciones jurídicas sobre la base de su voluntad, siempre en concordancia con el bien común (art. 2.º, inciso 14, Constitución, que reconoce la libertad de contratación, pero con sujeción a los fines lícitos).

Pero esa voluntad solo puede protegerse cuando sea real, es decir, se haya producido en el mundo fenoménico; y, además, esa voluntad real debe ser sana (sin vicios), seria (para formar vínculo jurídico) y libre (exenta de amenazas, violencia y con el suficiente consentimiento informado). Por tanto, es imposible que el Derecho preste tutela a una voluntad inexistente, a la suplantación de la persona o a una burda falsificación, pues ello significa invadir la esfera de libertad del ser humano; entrometerse en su personalidad; abusar de su ser; ponerse una máscara ajena (28). No existe mayor tiranía ni más grave arbitrariedad que fingir la voluntad de otro, y que este fraude, además, itenga efectos jurídicos! En tal caso, la dignidad del hombre queda derrumbada, pues el perjudicado (falsificado) se convierte en un simple medio, se *cosifica*, pues los seres

(28) La doctrina dice: "La dignidad intrínseca del ser humano exige que cada persona, por sí y autónomamente, pueda determinar el fin de su propia existencia y elegir los medios para alcanzarlo, solo de esta forma el individuo se desarrolla libremente. La elección del fin, tanto como la de los medios, para que se considere libre ha de ser autónoma, y solo es autónoma cuando la elección no viene impuesta por fuerzas heterónomas, ejercidas por otras personas o por el grupo social. La persona no es libre solo porque tenga capacidad de elección, es libre porque tiene capacidad de autodeterminación, de decidir sobre sí, sobre su fin y destino; la persona, el hombre, es libre en la medida en que se autoposee. La autodeterminación exige, desde el punto de vista externo, ausencia de coacción y, desde el punto de vista interno, libertad de elección. La autodeterminación, como capacidad fundamental del hombre, presupone voluntariedad. No existe autodeterminación cuando se impone o se impide a una persona una conducta por medio de la fuerza, la violencia o el engaño. Tampoco existe autodeterminación cuando no es la persona la que decide, por sí o por medio de un representante, sino que es otro el que toma la decisión, sin tener en cuenta su voluntad": Cavallé Cruz, Alfonso: *El notario como garante de los derechos de la persona,* Jurista Editores, Lima 2012, p. 77.

humanos serían simples escalones para que otros (curiosamente, un falsificador) los pisen y logren sus ruines propósitos. El Derecho, en tal contexto, no tiene sentido, pues la falsificación es el ejemplo más evidente y notorio de la irregularidad absoluta.

Una suplantación o falsificación no puede "fabricar" la voluntad de una persona. El sistema constitucional, inspirado fundamentalmente en valores (bienes ético-jurídicos incondicionados), no puede tolerar que la voluntad inexistente, creada por falsarios, termine obligando y vinculando a la persona que nunca la declaró, que nunca comunicó ese querer (29). Nótese la absoluta arbitrariedad y la máxima dosis de injusticia que se produce si validamos la injerencia de un falsificador en la voluntad de otro; y que este otro deba aceptar que se trata de "su voluntad".

La doctrina del negocio jurídico, en su gran mayoría, ni siquiera se pone en el caso de las falsificaciones, ni estudia el tema, pues obviamente se trata del vacío, de la nada, de la inexistencia propiamente dicha, por lo que no merece tratamiento jurídico alguno(30), pues resulta obvio que tal grado de irregularidad no puede convalidarse ni "legalizarse" por ningún concepto, ni por el paso del tiempo; pues si fuera así, la nada no solo valdría como fenómeno real, sino como fenómeno reconocido y validado por el orden jurídico. En buena cuenta, "el ordenamiento no puede –por la contradicción,

(29) "Dado que tratar a una persona como un fin en sí mismo implica respetar los fines que se auto-impone, sus objetivos, fines, proyectos, el principio de dignidad humana exige el respeto de las elecciones humanas. No es moralmente posible prescindir de la libertad personal de los gobernados. Cuando tal no es el caso, cuando las leyes son impuestas sin el consentimiento de los gobernados, los ciudadanos son tratados simplemente como medios para los fines que los gobernantes persiguen": Garzón Valdéz, Ernesto: "¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?". En Id. *Tolerancia, Dignidad y Democracia,* UIGV, Lima 2006, p. 272.

(30) Por ejemplo, cuando se estudia la inexistencia del negocio jurídico se individualizan las siguientes hipótesis: representación teatral, enseñanza, broma, promesas a título de cortesía, falta de aceptación en el contrato, oferta divergente de la aceptación, ausencia de forma especialmente pública en algunos negocios como el matrimonio o testamento: Scognamiglio, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico,* Editora Jurídica Grijley, Lima 2004, traducción de Leysser León, pp. 439-441, sin embargo, ni siquiera se habla de las falsificaciones, pues resulta obvio que nada puede surgir o derivarse de tal situación extrema de falencia.

que no se lo permite– elevar a la condición de *fattispecie* jurídica el negocio inexistente, que equivale a la nada en el plano del Derecho" (31).

El régimen general de invalidez del Código Civil sirve para atacar tales vicios, por los que se sustenta en principios constitucionales, en la protección del sujeto, pues se fundan en el principio fundamental de libertad individual y autonomía privada (32).

(31) *Ibíd.,* p. 438.

(32) En puridad, la falsificación ni siquiera debe ser atacada con el remedio de nulidad, sino con el de inexistencia del negocio jurídico, por lo que el plazo de reacción es indefinido, sin caducidad ni prescripción extintiva. En efecto, la "nada" del mundo fenoménico, la irrelevancia o invalidez factual, no puede convertirse por arte de magia en un "ser" existente, vivo y real. El delito puede quedar impune por el correr del tiempo, pues se refiere únicamente al sujeto infractor y la sanción que le correspondería a él, pero el delito no puede originar actos jurídicos con perjuicio a terceros. Por ejemplo, si se falsifica un acta de asamblea general, y pasan 60 días, entonces, ¿ahora sí existe el negocio?, pero, ¿de dónde surgió?, ¿quién le dio vida? No es posible validarlo. En tal sentido, Scognamiglio dice: "la nulidad presupone, ni más ni menos, la existencia, la identificación jurídica del negocio. La proposición consiguiente, de que el negocio jurídico (por lo tanto, jurídicamente existente) puede ser nulo (o válido) no contiene, si es exactamente entendida, ninguna contradicción. Como anotábamos, el negocio existe en tanto y en cuanto se presenta su noción jurídica, tal cual ha sido hipotéticamente contemplada por el ordenamiento; y este último puede hacer, en determinados casos, que el negocio sea nulo, pero sin derogar el concepto que –según hemos visto– dicta de él. Por el contrario, si el negocio no existe, no es necesario, ni tampoco posible, disponer su nulidad: del mismo modo, el ordenamiento no puede –por la contradicción, que no se lo permite– elevar a la condición de *fattispecie* jurídica el negocio inexistente, que equivale a la nada en el plano del derecho (obviamente, como negocio)": *Ibíd.*, p. 438. Otra opinión en el mismo sentido: "Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli manifiestan que cuando se trata de hechos jurídicos en sentido estricto (…) tiende a reducirse a un simple juego sobre la relevancia (o, si se prefiere, sobre la existencia) jurídica del hecho o del acto, o sea sobre la correspondencia del esquema concreto con el modelo legal abstracto. Y la alternativa es bastante simple: se producen los efectos solo si se ha resuelto en sentido afirmativo el juicio sobre la relevancia jurídica del fenómeno examinado": Morales Hervias, Rómulo: "Inexistencia y nulidad virtual". En Id., *Estudios sobre teoría general del negocio jurídico,* ARA Editores, Lima 2002, p. 266. Con la misma idea se dice que una cosa es el "fenómeno" del contrato (hecho) y otra es la "esencia" del contrato (hecho válido). La falta de lo primero lleva a la inexistencia; mientras que la irregularidad de lo segundo trae consigo la nulidad: Pasquau Liaño,

6.2 La propiedad otorga las siguientes prerrogativas a su titular:

i) Libertades de uso y disfrute.

ii) Poder jurídico de disposición para modificar el derecho.

iii) Protección frente a la interferencia ajena (inmunidad)

El interés del propietario se centra en realizar actividades de aprovechamiento y explotación material sobre el bien, lo que en buena cuenta equivale a los clásicos atributos de uso y disfrute, aún hoy presentes en la definición civil de la propiedad (art. 923 del Código Civil). La propiedad tiene como finalidad natural el disfrute y el goce de los bienes (33). En el ámbito de la filosofía, dícese que el titular cuenta con una serie de **libertades** que se manifiesta en actos materiales (por ejemplo, usar la cosa, percibir sus frutos, edificar sobre el terreno, etc.), cuyo correlativo es el "no-derecho" de los demás a exigir al propietario que realice o se abstenga de realizar dichas conductas" (34).

Miguel: *La nulidad y anulabilidad del contrato,* Editorial Civitas, Madrid 1997, pp. 170-171.

En suma, la inexistencia es la nada para la ciencia, y la nada siempre será una negación; simplemente el no-ser; por tanto, el plazo para declararlo nunca se inicia, pues no existe en el mundo fenoménico; la nada impide el inicio del cómputo; por lo que se trata de una pretensión imprescriptible, pero, ¿si la ley no lo dice? ¿qué hacemos? En este caso, como en muchos otros, la regla se deduce, se obtiene desde los principios y la sistemática del derecho. Es muy fácil hacer la deducción: En primer lugar, si el acto jurídico se declara nulo, entonces el no-acto se declara inexistente, pues la nulidad presupone que siquiera existe el hecho fenoménico como tal. En segundo lugar, la nulidad del acto jurídico se puede declarar en el plazo de diez años desde que la pretensión puede ejercitarse, o sea, desde que el hecho ocurre en el mundo; en cambio, el no-acto es nada, no hay hecho, por lo que el inicio del cómputo es imposible, por tanto, el remedio es imprescriptible.

(33) "Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando estos habilitados para usar y disponer auto-determinativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia": STC Núm. 0008-2003-AI/TC, de 11/11/2003.

(34) Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid 2006, p. 48.

Sin embargo, el propietario no solo tiene facultades materiales de goce, pues también cuenta con **poderes jurídicos** para modificar la situación jurídica del bien; ya sea transfiriéndolo, constituyendo derechos reales limitados sobre ella, o estableciendo derechos personales de uso y goce. El "poder", en la dogmática, no es otra cosa que la atribución concedida a la persona para modificar un derecho, pero desde una perspectiva estrictamente jurídica –abstracta, y no material–, sea con un cambio subjetivo (del titular) u objetivo (del objeto).

En tal sentido, usar o gozar de un bien son libertades que se concretan en el ámbito material, y no modifican el derecho; por el contrario, la enajenación o la imposición de gravámenes representan el ejercicio de poderes sobre el bien, que se concretan en los llamados "actos de disposición".

Por último, el propietario está protegido frente a las interferencias anómalas de terceros o del propio Estado, por tanto, cuenta con una **inmunidad** que impide que el derecho se pierda por la actuación ilegítima de extraños. El titular es protegido por los remedios jurídicos de reconocimiento, recuperación y restitución de la situación jurídica, razón por la cual se dice que "la propiedad es inviolable" (art. 70 Constitución), es decir, no puede ser expoliada ilegítimamente en contra de la voluntad del titular. Por ejemplo, nadie puede ser privado de la condición de propietario, salvo que concurran las condiciones, el procedimiento y la indemnización en el caso de expropiación, entre otras causas legítimas previstas en la ley, pero con fundamento en la Constitución.

El Tribunal Constitucional Peruano ha establecido que la propiedad es un derecho irrevocable, con lo cual se alude a que el sistema jurídico le otorga un manto de protección o de especial aseguramiento frente a las intromisiones extrañas (35). Nótese que la pro-

(35) "7. En este orden de ideas este Tribunal destaca que el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: (…) b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política" (STC Núm. 5614-2007-AA/TC, de 20/3/2009; en el proceso de amparo seguido por Aspíllaga Anderson Hermanos SA contra Instituto Nacional de Desarrollo y Proyecto Especial Jequetepeque-Zaña).

tección del derecho no solo aplica a las intervenciones estatales a través de restricciones ilegítimas o expropiaciones de hecho, sino que también constituye un "escudo" (inmunidad) frente a las intromisiones de terceros producidas por causas extrañas. En efecto, de nada valdría el reconocimiento de la propiedad si es que el sistema podría ser perforado fácilmente por acción de los terceros, o por errores del sistema, que lograsen alterar, menoscabar o derogar el derecho ajeno, sin necesidad de la voluntad del titular.

Por tanto, las infracciones a la inmunidad de la propiedad se presentan, fundamentalmente, por medio de tres frentes:

i) Extinciones arbitrarias impuestas por el legislador o actuadas por la administración pública (expropiaciones de hecho, confiscaciones, reversiones arbitrarias, etc.)

ii) Interferencias ilegítimas realizadas por causa extraña, esto es, por errores de la administración que en algunos casos consuman despojos en contra del propietario por obra de una exagerada (*rectius*: errada) interpretación judicial o administrativa (36). Es el caso de las "adquisiciones a *non domino* que se pretenden consumar sin que el propietario original tenga culpa alguna de la pérdida, o que esta le pueda ser imputable de alguna manera. También se presenta con la discrepancia entre el negocio jurídico inscrito y la propia inscripción; pues resulta absurdo que la mala actuación de la administración pública genere un derecho a favor de tercero, cuando este se encuentra vinculado con el derecho transmitido, tal como es, y no como aparece publicado por obra de un funcionario público.

iii) Interferencias ilegítimas producidas por el solo querer de un tercero, ajeno al propietario, como ocurre con las falsificaciones, en la que la única voluntad (ilícita) es la del falsa-

(36) Esta causal no se identifica con la antes mencionada de "extinciones arbitrarias impuestas por el legislador o la administración", ya que en esta última existe actuación pública, ilegal, pero con una voluntad estatal destinada a extinguir el dominio; en cambio, en las "interferencias por causa extraña" hay un simple error que no se pretende como creador o generador de derechos.

rio; en el caso de las adquisiciones a *non domino* que no tengan sustento legal.

Es evidente que la falsificación de un acto jurídico no otorga derecho alguno a las supuestas partes contratantes, sin embargo, la duda surge cuando se celebran sucesivos contratos que dan origen a un tercero de buena fe, como ocurre en el siguiente ejemplo: A es propietario inscrito de un inmueble, no obstante, este sufre la falsificación de una venta que nunca realizó a favor de B; luego este transfiere el bien al tercero de buena fe C. Un sector de la doctrina considera que este tercero se encuentra protegido por el principio de fe pública registral (art. 2014 CC), por lo que C mantendría la adquisición, mientras que el propietario originario A, cuya único problema fue cruzarse con un falsificador, terminaría despojado y sin nada. La pregunta inmediata es: ¿un propietario inscrito en el registro público puede ser tan fácilmente expoliado como consecuencia de una falsificación por el solo hecho de enfrentarse con un tercero de buena fe?

En tal caso, algunos piensan que la situación preferente es, precisamente, la del tercero, por efecto de la seguridad jurídica dinámica, favorecedora de la circulación de la riqueza y del tráfico patrimonial, protectora de la creación de riqueza al movilizar los bienes (esto es, C); por el contrario, en el otro lado se encuentra el propietario estático que no produce (esto es, A), que simplemente se conformó con inscribir su derecho y mantenerse inactivo. Muchos autores se sienten tranquilos con esta explicación, por la cual aducen que el sistema patrimonial debe construirse a partir de la seguridad del tráfico o dinámica.

Sigamos con nuestro ejemplo. El señor C está maravillado con la perfección del sistema jurídico, pues jamás pensó que pese a que el bien inmueble fue transferido a su antecesor B mediante una escritura pública falsificada, sin embargo, su adquisición terminó siendo validada. Por su parte, A está decepcionado del sistema legal, pues de manera injustificada, y sin tener la culpa del fraude, resultó privado de su titularidad. Pues bien, hasta allí los teóricos de la "seguridad dinámica" se mostrarían conformes en asegurar las adquisiciones de los terceros que mueven la economía y crean riqueza. Empero, falta un pequeño detalle, pues, al día siguiente, C sufre una nueva falsificación a favor del señor D, quien seguidamen-

te vende el mismo bien a E, el cual es un nuevo tercer adquirente de buena fe (art. 2014 CC). Inmediatamente C, antes maravillado por el sistema legal peruano, invoca que la propiedad es inviolable y que nadie puede ser privado de su derecho por una falsificación. El antes entusiasta defensor del sistema, ahora se convierte en su principal detractor.

¿Cómo una persona puede ser favorecido y perjudicado por una misma norma legal con pocos días de diferencia? La razón es simple: el **antes adquirente**, beneficiado por la seguridad dinámica, resulta ser ahora un **propietario actual**, perjudicado por el concepto de seguridad estática, es decir, todos los terceros adquirentes se convierten inmediatamente en propietarios, y si en un primer momento la regla privilegia a los terceros, sin embargo, cuando se encuentran en un segundo momento, el mismo sujeto pasa a ser propietario y su derecho se vuelve débil y vulnerable frente a un futuro y potencial tercer adquirente. En consecuencia, **la seguridad dinámica favorece hoy al adquirente C, pero mañana fácilmente lo puede perjudicar pues inmediatamente se convierte en propietario de la seguridad estática**.

La seguridad dinámica y la estática simplemente no existen como conceptos separados, pues la protección del adquirente no acaba en ese momento temporal, sino que requiere protección estable y permanente en tanto se convierte en un propietario cuya situación jurídica es inviolable. En caso contrario, se trataría de dotar de seguridad para el acto de intercambio, pero al mismo tiempo se generaría zozobra e incertidumbre durante todo el tiempo que dure el dominio. Por tanto, el falso dilema se desmorona por sí solo, por lo que la doctrina más atenta hace tiempo se dio cuenta de la inexistente dualidad entre ambos "tipos" de seguridad jurídica, pues en realidad se trata de las dos caras de una misma moneda que se encuentran en íntima vinculación e interdependencia (37). En otras palabras, de nada sirve contar con seguridad dinámica si no se tiene seguridad estática (38).

(37) Bolás Alfonso, Juan: "La documentación como factor de certeza y protección de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil". En Íd. (Coord.). *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Editorial Civitas, Madrid 1993, p. 44.

(38) En suma, la seguridad dinámica no sirve para nada si no existe

El art. 70 de la Constitución establece la cláusula de inviolabilidad de la propiedad, es decir, que el derecho se mantiene en manos del titular, por lo que se rechazan las interferencias o intromisiones de carácter ilegítimo, entre las que se encuentran fundamentalmente las falsificaciones y las suplantaciones, pues sería inadmisible que mientras la Constitución consagra la inviolabilidad, empero una simple falsificación haga que el derecho sea "violable". Esa situación implica una abierta contradicción, insalvable, que agravia la propiedad, por lo cual se necesita restablecer la inmunidad y protección que le corresponde a un derecho fundamental.

6.3. La falsificación de títulos, aun cuando estén inscritos, no genera protección al tercero de buena fe, ni al cuarto, ni al quinto, por efecto de la inmunidad de la que goza el propietario, según el art. 70 de la Constitución. Este es el fundamento jurídico. Pero también hay un sustento de moralidad racional: si el propietario es inocente frente al fraude, y esa situación genera una indebida inscripción que engaña de buena fe a tercero, entonces tenemos dos víctimas que han actuado sin culpa alguna (el propietario falsificado y el tercero que confió en la falsificación). Si los dos sujetos se encuentran en la misma situación valorativa (inocencia), entonces ¿quién tiene la preferencia? En tal caso, la primacía se inclina decididamente a favor del propietario falsificado, pues se trata del sujeto que representa la realidad jurídica, mientras que el tercero representa la apariencia; y en igualdad de condiciones, la preferencia favorece a la realidad, pues lo contrario implicaría que la apariencia (falsa) es mejor que la realidad, lo cual es absurdo pues ningún sistema jurídico de mínima racionalidad puede asentarse en fraudes o engaños. Solo de esta forma se respeta la garantía constitucional de la propiedad, pues la norma fundamental la considera "inviolable", esto es, nadie puede

---

seguridad estática, pues resulta irracional que hoy se gane y mañana se pierda. Ningún tercer adquirente se conforma con la tutela que le sirve para imponerse sobre el propietario anterior; pues también necesita y requiere tener seguridad en su nueva posición jurídica de propietario, que ya obtuvo. Por tanto, el sistema jurídico exige seguridad dinámica y estática, ambas a la vez, en cuanto no basta preferir una frente a la otra, ya que en tal situación la seguridad del adquirente se convierte en inseguridad absoluta del propietario. Recuérdese que el adquirente de ayer es el propietario de hoy; por tanto, en ambas posiciones se requiere de seguridad y justicia.

perder el derecho en contra de su voluntad, salvo que ese mismo propietario haya propiciado el engaño a tercero, lo que claramente no ocurre en este caso. Por lo demás, sería ilógico que la inviolabilidad consagrada por la norma fundamental se pudiese destruir tan fácilmente, y de manera deshonesta o arbitraria, como ocurre con una falsificación o fraude (39).

En efecto, el propietario que sufre el fraude no es responsable de la falsa apariencia surgida por el hecho ilícito, y que engañó a un tercero de buena fe; por tanto, ¿cuál sería la razón para despojar a este propietario falsificado si él es tan víctima como el tercero que confía en la apariencia registral creada por la falsificación? En tal caso, estaríamos despojando a uno para terminar atribuyendo el inmueble a otro, casi por azar, sin racionalidad, sin que el titular originario haya contribuido de forma alguna con la apariencia que le perjudicó. ¿Puede admitirse una interpretación normativa que lleve al despojo arbitrario? ¿Esa es la función que se le confiere el sistema legal a las normas de protección de la apariencia? Las respuestas, en ambos casos, son negativas.

Por otro lado, también se alega, erróneamente, que el tercero deba tener preferencia por efecto de la inscripción; pero ello olvida que el propietario original también estuvo inscrito, sin embargo, el supuesto efecto protector del registro se desvanecería fácilmente con una nueva inscripción, basada en título falso. En tal caso, la inscripción tendría valor por "sucesión cronológica", pues la primera no protege frente a la segunda o tercera, aunque esta sea falsa. Esta forma de entender el Derecho es inaceptable, no solo desde la perspectiva moral porque la fe pública registral termina favoreciendo a los falsarios, sino desde la racionalidad, pues el tercero inscrito resulta protegido hoy, empero, mañana ya se ha convertido en un nuevo propietario inscrito que también puede ser despojado por obra de una nueva falsificación, sucesiva, es decir, la misma

(39) Un filósofo peruano, Francisco Miró-Quesada, ha señalado que el Derecho se basa en dos ideas fundamentales: equilibrio y no-arbitrariedad. Habría que preguntarse si existe algo más arbitrario que perder el esfuerzo de toda una vida (la vivienda) por una falsificación. Eso no puede ser Derecho. Por su parte, un gran filósofo del derecho ha acuñado la feliz frase: "La injusticia extrema no es Derecho": Radbruch, Gustav: *Filosofía del Derecho,* EDERSA, Madrid 1944, traducción de la Revista de Derecho Privado, p. 111.

norma que el día de ayer le aseguró el derecho, hace que lo pierda el día de mañana. El Derecho se convierte en un juego de azar, en un canto a la irracionalidad, en un simple juego de la rueda, pues hoy la persona puede encontrarse en el punto de protección (tercero inscrito), pero mañana la rueda gira y queda ubicado en el punto de desprotección (tercero inscrito, que ya se convirtió en titular registral común y corriente, frente a un sucesivo tercero inscrito)

La Constitución protege la propiedad ya adquirida (art. 70.º), así como la libertad contractual como mecanismo para que los bienes circulen en el tráfico (art. 2-14.º); por tanto, no puede aceptarse que un propietario pueda ser despojado o expoliado de manera impune cuando no existe un valor fundamental que justifique esa solución extraordinaria por la que un titular es privado del derecho en contra de su voluntad. Aquí se encuentra en juego la racionalidad misma del sistema patrimonial basado en intercambios voluntarios (40).

En suma, la fe pública registral no protege a los terceros que tienen como causa falsificaciones o suplantaciones.

6.4. El Tribunal Constitucional Peruano ha señalado con claridad que el contenido de la propiedad comprende necesariamente la protección del derecho contra las interferencias externas, a lo que denomina "garantía de indemnidad"; por tanto, las falsificaciones no pueden generar derechos, ni siquiera a favor de los terceros de buena fe:

> "El derecho de propiedad privada, reconocido por el artículo 2, inciso 17 de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección o contenido garantiza las facultades de uso, usufructo y la libre disposición del bien. Pero, la compren-

(40) En este ámbito, no es posible oponer el interés de la colectividad que favorezca al tercer adquirente, enfrentado al del propietario individual, pues también existe un interés colectivo en la conservación de la propiedad en manos de su titular. Y no se diga en forma demagógica que la defensa del propietario rentista es un simple rezago del individualismo; pues resulta evidente que las adquisiciones a *non domino jamás buscan socializar la propiedad, sino simplemente atribuírselos a otro sujeto*: Miquel González, José María: *La posesión de bienes muebles (estudio del artículo 464, 1 del Código Civil)*, Editorial Montecorvo, Madrid 1979, pp. 491-492.

sión constitucional de la propiedad es más amplia y, prima facie, comprende además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La "inviolabilidad" de la propiedad a la que se refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no solo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo" (Exp. Núm. 00043-2007-AA/TC, 6.º fundamento jurídico).

Otra sentencia del Tribunal apunta hacia el mismo criterio, esto es, la imposibilidad que actos extraños o anómalos extraigan la propiedad del ámbito de su titular:

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 70 de la Constitución, el derecho de propiedad garantiza que ninguna persona pueda ser privada de su propiedad y que tampoco pueda ser objeto de intromisión o afectación" (Sentencia del 03 de agosto de 2009; Exp. Núm. 022-2007-AA/TC; 5.º fundamento jurídico).

Una tercera sentencia es todavía más concluyente:

"Este Tribunal destaca que el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: (…) b) un derecho irrevocable en el sentido de reconocer que su existencia o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé la Constitución" (Sentencia de 20 de marzo de 2009; Exp. Núm. 5614-2007-AA/TC; 7.º fundamento jurídico).

Pero no solo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reaccionado para tutelar la posición jurídica de los propietarios que sufren las falsificaciones, pues los jueces superiores del país en Pleno Jurisdiccional Nacional Civil de 2012, luego de discutir este problema, resolvieron por amplia mayoría (55-28) adoptar el siguiente criterio: "La fe pública registral no protege a los terceros de buena fe cuando se trata de vicios radicales de nulidad, como es el caso de

la falsificación de los títulos, pues el artículo 70 de la Constitución dice que la propiedad es inviolable, lo que no es coherente si admitimos que un titular pueda ser despojado fácilmente a través de una falsificación. El artículo 2014 del Código Civil debe leerse desde la perspectiva constitucional de protección de la propiedad, evitando que los actos ilícitos consumen derechos" (41).

En buena cuenta, la propiedad es un derecho cuya subsistencia depende de la propia voluntad de su titular, por lo que nadie puede ser despojado por medio de una falsificación, en la cual, precisamente, falta tal voluntad. En tal contexto, el art. 2014 CC, por obra interpretativa del Tribunal Constitucional, no puede ser utilizado para convalidar nulidades radicales ni fundar derechos que se asientan en el fraude. Las propias sentencias señalan que las únicas excepciones a la invulnerabilidad de la propiedad deben estar contenidas en la propia Constitución (por ejemplo: usucapión o abandono), y es evidente que la hipótesis de falsificación no tiene amparo constitucional, ni siquiera legal, siempre que se interprete adecuadamente el principio de fe pública registral (42).

---

(41) Las actas de este Pleno pueden consultarse en: www.gunthergonzalesb.com

(42) La tutela de la apariencia es una figura de carácter excepcional, pues su generalización implicaría desproteger la seguridad del propietario; por tanto, solo puede protegerse al tercero de buena fe cuando se agrega la culpa del titular primigenio que ha originado la situación de apariencia que engaña al tercero; en caso contrario, si no hay culpa del propietario, entonces nada justifica el despojo del *verus dominus, por lo que en tal ámbito debe imponerse la realidad jurídica, esto es, la seguridad del propietario. En tal sentido,* "La protección a la buena fe va en detrimento de la seguridad jurídica: las adquisiciones de buena fe implican, para el verdadero titular, la pérdida de su derecho; el propietario, por ejemplo, pierde su derecho cuando otro, falsamente inscrito en el registro como tal, o el poseedor, si se trata de una cosa mueble, enajene la cosa de su pertenencia y la enajenación surte eficacia por la buena fe del adquirente": Von Thur, Andreas: *Parte General del Derecho Civil*, Editorial Comares, Granada 2006, traducción de Wenceslao Roces, p. 61.

Los principios registrales son hipótesis concretas de protección de la apariencia, de ámbito excepcional y de aplicación estricta, cuya finalidad es salvaguardar los actos de adquisición que se fundan en la confianza de uno, pero que se origina en la apariencia creada por culpa del otro. La Corte Suprema ha reconocido expresamente, a través de la Casación Núm. 695-99-Callao, de 22/7/2009, que los principios registrales –una ma-

Estas son las razones que justifican la reforma del art. 2014 CC para efecto de ponerlo a tono con la Constitución, de la doctrina de su Máximo Intérprete y del criterio adoptado por la jurisdicción

---

nifestación más de la apariencia– se interpretan en forma restrictiva: "Primero: Que, en autos ha quedado establecido que la accionante interpuso una demanda de retracto, dirigiéndola contra Margarita Checya Alata y Carlos Vargas Miranda, los cuales habían adquirido por compraventa el inmueble materia de autos de sus anteriores propietarios los señores Ginocchio León, de los que la accionante era inquilina; dicha demanda fue amparada por ambas instancias judiciales, ordenándose la subrogación de la accionante en el lugar de los compradores, y ante la rebeldía de los emplazados, el juzgado otorgó la correspondiente escritura pública de sustitución de compradores, la misma que obra a fojas dos y siguientes, y de esta forma la accionante adquirió la propiedad del inmueble sub litis. Segundo: Que, la demandada Honorata Quispe Mamani sostiene ser propietaria del referido bien por haberlo adquirido por compraventa de sus anteriores propietarios: doña Margarita Checya Alata y don Carlos Vargas Miranda, quienes registralmente aparecían con capacidad para transferirlo lo que en buena cuenta implica amparar su posición en el principio de buena fe registral. Tercero: Que, el artículo 2014 del Código Civil consagra el principio de buena fe registral, en el que para su aplicación deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos: a) Que el adquirente lo haga a título oneroso; b) Que el adquirente actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo, buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro, es decir, se trata de una presunción *iuris tantum; c) Que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se tratase; d) Que el adquirente inscriba su derecho; e) Que ni de los asientos registrales ni de los títulos inscritos resulten causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante. Cuarto: Que, el principio de buena fe registral persigue proteger al tercero, que ha adquirido un derecho de quien finalmente carecía de capacidad para otorgarlo, lo que implica buscar seguridad en el tráfico inmobiliario, sin embargo, la búsqueda de la seguridad en tal tráfico puede implicar un sacrificio de la seguridad del derecho, por ello es que para morigerar tal sacrificio el legislador ha dificultado el acceso al principio de buena fe registral, el que para ser alegado debe cumplir con los requisitos señalados en el considerando precedente, en consecuencia,* la norma que contiene el mencionado principio debe ser interpretada en forma restrictiva. Quinto: Que, como se ha indicado, uno de los requisitos que tiene que cumplir el que alega el principio de buena fe registral y que por lo tanto su derecho resulte oponible, es que del registro no aparezcan causales de nulidad, rescisión o resolución del derecho de quien se lo otorgó. Sexto: Que, siguiendo al tratadista Manuel

ordinaria; asimismo, en concordancia con la opinión generalizada que sostiene que la falsificación no puede generar derecho alguno, y si bien podría configurarse un tercero de buena fe perjudicado, empero, ese perjuicio debe ser resarcido por el causante del daño, en este caso el autor del fraude y la institución que lo permitió (notarios o registro), pero no por el propietario falsificado. En la actualidad, lo que se pretende es que el daño producido por el falsario y por la

---

De La Puente y Lavalle, el derecho de retracto debe considerarse como un derecho de subrogación, en virtud del cual el comprador es sustituido por un tercero, ajeno al contrato de compraventa que le da origen, quedando subsistente dicho contrato, subrogación que tiene su origen en la ley, aun cuando opere por impulso personal (el del retrayente), y cuya naturaleza es real en cuanto incide sobre un bien y corresponde a su titular frente a cualquiera (…). En consecuencia, al quedar intacto el contrato de compraventa que dio origen al retracto, este no lo anula, ni lo rescinde ni lo resuelve, en consecuencia, el derecho adquirido en virtud de la buena fe registral no puede oponerse al derecho nacido por vía de retracto, lo que se corrobora con la exposición de motivos oficial del Código Civil, cuando afirma que: 'el propio texto del artículo 2014 no establece que la adquisición por medio del registro enerva una acción de retracto, situación que sí extiende a un contrato que padece a una causal de nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución que no aparece en el registro' (exposición de motivos oficial del capítulo del derecho de retracto en el Código Civil, en el diario oficial El Peruano de fecha 19 de julio de 1987, página número 45); y tal posición se explica por cuanto tras el retracto existe un interés público, en la medida que este opera por un mandato de la ley y no por la voluntad privada. Séptimo: Que siendo preferente el derecho de la accionante, resulta amparable su pretensión reivindicatoria, siendo evidente que ha existido una interpretación errónea de la norma contenida en el art. 2014 del Código Civil. Octavo: Que, lo anteriormente vertido no trae como consecuencia que la pretensión de nulidad de escritura pública, que en el fondo es una pretensión de nulidad del acto jurídico que lo contiene, sea amparable, por cuanto tal nulidad se fundamenta en el argumento que Margarita Checya Alata y su cónyuge vendieron un bien que se hallaba en litigio, y que en consecuencia no se trataba de un objeto lícito; sin embargo, el inciso segundo del artículo 1409 del Código Civil señala claramente que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes ajenos o afectados en garantía o embargados sujetos a litigio por cualquier otra causal; y en lo concerniente a la pretensión indemnizatoria, determinar si en autos se ha acreditado o no la causación de daños, no es objeto del recurso de casación, porque habría que analizar el material probatorio" (Finalmente, la Corte declaró fundada la demanda de reivindicación, e infundada la de nulidad de acto jurídico e indemnización).

entidad pública que negligentemente permitió la inscripción del acto falso, empero, sea pagado por la víctima del fraude, quien sufre el despojo de lo suyo. Esa interpretación está fuera de lugar, y el legislador debe intervenir para descartarla, aunque como en muchas oportunidades, la jurisprudencia se haya adelantado.

6.5. La protección las falsificaciones hace que nadie pueda estar seguro, por más que haya inscrito en el registro. La tutela registral excesiva puede servir los terceros en el caso concreto, pero destruye el sistema, pues coloca a todos en evidente inseguridad; e, incluso, el propio tercero se encuentra en situación inestable, pues luego de beneficiarse con la regla protectora de las falsificaciones, que le sirvió para consolidar su adquisición, sin embargo, puede ser despojado luego con una nueva falsificación a favor de un tercero.

Por tanto, si la fe pública registral no protege las hipótesis de falsificaciones, entonces, ¿en qué casos se aplica?, ¿cuándo el tercero de buena fe goza de la tutela prevista en el art. 2014 del Código Civil?

La duda que surge es si las normas de adquisición a *non domino*, o protección de la apariencia, son compatibles con la Constitución, pues todas ellas terminan despojando al verdadero titular del derecho (arts. 194, 665, 948, 1135, 1136, 1372, 2014, 2022 CC, entre otras), por lo que, en buena cuenta, este tipo de normas protege la apariencia y desplaza la realidad jurídica, lo que solo puede justificarse excepcionalmente cuando la defensa del propietario (derecho fundamental) se encuentra sujeto a expresos límites constitucionales como la buena fe y el abuso del derecho (43), y en esa composición de intereses, la ponderación hace que en ciertos casos se proteja la apariencia.

Por tal razón, "el principio de la adquisición a non domino puede tener como toda norma jurídica un sentido social, si se mantiene

(43) La buena fe conecta con la ratio o lógica interna de los derechos, y de esta forma se convierte en criterio delimitador de su contenido, así como en criterio limitador del ejercicio en ejercicio de otros derechos o bienes constitucionales. Por su parte, el abuso de derecho se refiere a límites inmanentes del propio derecho que se deriva de la propia lógica. Véase con detalles: Naranjo de la Cruz, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002.

allí donde realmente se puede **justificar** la pérdida del derecho del propietario" (44). Por tanto, la circunstancia natural o normal es que se imponga la realidad jurídica, esto es, que se proteja al verdadero propietario, sin importar que exista un tercer adquirente de buena fe, cuya cadena de dominio se basa en un título nulo, por lo que en teoría su adquisición se debe desmoronar. Sin embargo, en determinadas circunstancias excepcionales se valora en forma preferente la posición del tercer adquirente, incluso sobreponiéndola a la del propietario, pues se produce el fenómeno denominado "protección de la apariencia", consistente en que cierto hecho, aparente, ha ocasionado un "error común", esto es, cualquier persona en tal situación hubiese creído que procedía conforme a derecho si actuaba conforme al hecho aparente, lo que obviamente, por los especiales efectos producidos, requiere el amparo de una norma legal. Por tanto, la premisa inicial es que las adquisiciones a non domino (o sea, cuando el enajenante no es el verdadero propietario) son excepcionales mecanismos de tránsito de la propiedad de una mano a otra, pues evidentemente el sistema jurídico se basa en transferencias regulares, de propietario a nuevo propietario.

En buena cuenta, nadie puede perder su derecho sin que de alguna manera le sea imputable tal consecuencia, sea porque originó, permitió o toleró la situación de apariencia que sirvió para engañar a un tercero que confió en ella. Es necesario que haya culpa del titular originario (imputabilidad), pues solo de esa forma se explica que la apariencia termine imponiéndose a la realidad. Caso contrario, no hay razón justificativa para que el Derecho renuncie a la verdad, ni para que se despoje a un titular cuyo derecho se encuentra protegido por mandato de la Constitución mediante la denominada "garantía de indemnidad" (art. 70 Constitución: "la propiedad es inviolable"). En efecto, **la indemnidad cede por efecto de la propia culpa del titular que permite la situación de apariencia, y que da origen a que un tercero incurra en error (común), creyendo que el hecho aparente es real. En tal contexto, la tutela del derecho cede por efecto de otra cláusula constitucional que prohíbe el abuso, pues, efectivamente, nadie puede aprovechar su propia culpa o dolo para perjudicar a tercero.**

(44) Miquel González, *La posesión…, op. cit.,* p. 493.

Los principios registrales son hipótesis concretas de protección de la apariencia (tesis realista-valorativa), de aplicación estricta (45), cuya finalidad es salvaguardar algunos actos de adquisición, que se fundan en la confianza que produce en el tercero de buena fe una apariencia socialmente significativa que ha sido creada por culpa del titular originario del derecho. Cuando ambos intereses se ponen en la balanza, entonces la inocencia y diligencia se valora en nivel superior frente a la negligencia de quien no cumple la carga legal de conservación del derecho.

Solo cuando las normas de protección de la apariencia se mantengan dentro del ámbito de su función y presupuestos (titular primigenio culpable frente al tercero de buena fe), podrán ser compatibles con la Constitución, pero cualquier exceso en su aplicación o interpretación, la hace devenir en inconstitucional. Por ejemplo, el art. 2014 del Código Civil es concordante con la norma fundamental, pero solo si se aplica a circunstancias de tutela del tercero de buena fe cuya conducta se origina en la culpa o negligencia del propietario que hizo surgir una apariencia engañosa.

Si bien la fe pública registral no opera en los casos de ausencia de culpa del titular primigenio (ejemplo: falsificaciones o suplantaciones), sin embargo, sí se justifica cuando este ocasionó la situación aparente:

Primer caso: A vende a B (inscribe), pero incurre en vicio de la voluntad, y luego B vende a C (inscribe). ¿Quién está en mejor posición? ¿A ó C? Si bien A declaró movido por error o por el dolo de la parte contraria (B), sin embargo, debe reconocerse que la declaración de voluntad fue suya, por lo que incurrió en culpa, mayor o menor, cuando comunicó algo que no representaba plenamente su voluntad, por tanto, debe responder por el hecho propio que originó

(45) La excepcionalidad queda patentizada en la siguiente cita: "como dice Rodrigo Tena, el artículo 34 LH (fe pública registral) no puede considerarse la clave del sistema de protección porque, o no entra nunca en juego, en cuyo caso es sobrero (como lo demuestra palpablemente el sistema francés), o si actúa mucho el sistema es una 'birria', porque significa que se está expoliando constantemente al *verus dominus*, que es lo que empieza a suceder en el sistema australiano": Brancós, Enric: "El proyecto de nuevo artículo 9 LH". En *El Notario del Siglo xxi, Revista del Colegio Notarial de Madrid,* núm. 52, Madrid, noviembre-diciembre 2013, p. 21.

la falsa apariencia de convertir a B en propietario, lo que a su vez propicia el engaño al tercero de buena fe C. Obviamente, la posición jurídica preferente es la de C, pues su buena fe se valora positivamente en relación con la culpa de A. Es más, bien podría decirse que sin la conducta descuidada de A, jamás se habría producido la compra de C, por lo que A es causante de C, en consecuencia, se le debe imputar las consecuencias negativas de su propia acción. La protección de C es racional, pues lo contrario significaría premiar al descuidado A que produce un engaño a la buena fe de C, y que a pesar de ello terminaría siendo tutelado por encima de la víctima que él mismo creó a través de su error. La fe pública registral, que protege al tercero, está plenamente justificada en este caso concreto.

Segundo caso: A vende a B (inscribe), pero sufre lesión contractual, y luego B vende a C (inscribe). ¿Quién está en mejor posición? ¿A ó C? Si bien A declaró movido por el estado de necesidad del que se aprovechó B, sin embargo, debe reconocerse que la declaración de voluntad fue suya, por lo que incurrió en culpa cuando comunicó algo que no representaba plenamente su voluntad, por tanto, debe responder por el hecho propio que originó la falsa apariencia de convertir a B en propietario, lo que a su vez propicia el engaño al tercero de buena fe C. La posición jurídica preferente es la de C, pues su buena fe se valora positivamente en relación con la culpa de A, quien por negligencia suya, dio origen a la apariencia que engaña a C.

Tercer caso: A vende a B (inscribe), con simulación absoluta, y luego B vende a C (no inscribe). ¿Quién está en mejor posición? ¿A ó C? A y B han celebrado un negocio simulado, por lo que ambos incurren en dolo cuando comunican algo que no representa su voluntad, por tanto, deben responder por el hecho propio que origina la falsa apariencia de convertir a B en propietario, lo que a su vez propicia el engaño al tercero de buena fe C. Obviamente, la posición jurídica preferente es la de C, pues su buena fe se valora positivamente frente al dolo de A. Aquí el caso es más grosero que en los dos casos anteriores, por tanto, la protección de C es racional, pues lo contrario significaría premiar al malicioso A. Sin embargo, la fe pública registral solo protege al tercero que inscribe; y en este caso C no inscribió. Parece un abuso que la víctima sea perjudicada fren-

te a la connivencia maliciosa de los que crearon el negocio simulado, y solo por el hecho de que C no haya inscrito. En efecto, esa situación representaría una injusticia notoria, por lo que el legislador ha establecido una norma especial de protección a los terceros para esta específica causal de nulidad, prevista en el art. 194 del Código Civil (46), por lo cual basta que el tercero sea de buena fe y a título oneroso para merecer tutela, sin necesidad de inscripción alguna. Esta norma también es una hipótesis de protección de la apariencia, pero ajena al registro, por lo que, bajo sus alcances, C también queda protegido.

Por tanto, **la buena fe del tercero, para imponerse, necesita la culpa (teórica) del titular originario**, pues esa culpa o imputabilidad hace que se justifique la tutela del tercero y la privación del propietario; pero no cuando el propietario original carece absolutamente de culpa, como ocurre con las falsificaciones, suplantaciones o nulidades por falta de manifestación de voluntad (47). Son los únicos casos en los que la fe pública registral quedaría excluida.

---

(46) Esta norma ha sido injustamente cuestionada, pues se sostiene que no reproduce fielmente su par italiano, en el cual se establecen los efectos de "oponibilidad" de la demanda de simulación frente a los terceros adquirentes o los acreedores: Morales Hervias, Rómulo: "Negocio jurídico y tutela jurídica sustancial". En *Revista de Derecho,* Universidad de Piura, núm. 5, 2004, p. 107. La crítica no se sostiene porque el art. 2014 CC completa la supuesta omisión, en tanto dicha norma establece que el tercer adquirente no resultará protegido si consta en el registro la causal de nulidad (demanda de simulación). Lo que pasa es que el Código Civil italiano carece del principio de fe pública registral en forma general, por ello necesita de normas particulares de protección que contengan la regulación íntegra.

(47) Los Tribunales Argentinos han entendido perfectamente la necesidad de culpa del propietario en todas estas hipótesis de tutela de la apariencia: "predomina en la doctrina la corriente de interpretación del art. 1051 CCiv, según la cual en las transmisiones de dominio de inmuebles realizadas por quien no es el titular de ese derecho real (*a non domino*) urdidas sobre la base de una falsificación de la firma del enajenante o de la presentación al notario de documentos falsos (…), la transferencia no puede surtir efectos ni siquiera respecto de terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe (por tanto) los principios de la apariencia jurídica, de la protección a los terceros de buena fe, y de la preferencia de la seguridad dinámica frente a la estática, deben ceder frente al interés del verdadero propietario que no tuvo ninguna autoría y participación –siquiera viciada– en el acto, y que

7. La falsificación de documentos se ha incrementado en el Perú por el ingreso de organizaciones criminales en esta ilícita actividad, cuya finalidad es apropiarse de bienes inmuebles (48), para lo cual se emplean diversas modalidades delictivas, pero en las que siempre existe cierto nivel de negligencia de algunos operadores jurídicos cuya función es, precisamente, autenticar contratos e impedir la inscripción de actos irregulares (49).

---

siendo ajeno a la maniobra es su principal víctima (Cámara Nacional Civil, Sala C, 26 marzo 1985)": Cit. De Reina Tartière, Gabriel. *La Posesión*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2010, p. 104, quien cita esta sentencia, aunque parece no estar de acuerdo con dicha doctrina, pues postula que la protección del tercero requiere, en tal caso, la buena fe de este último, así como la del transmitente. Esta posición resulta insostenible, pues no se entiende la razón por la cual tendría que ser perjudicado el propietario (inocente de este entuerto) por el solo hecho de que un transmitente sucesivo tenga buena fe. Lo relevante no esto último, sino que la apariencia no ha sido creada por el *verus dominus*, y en tal sentido no puede ser despojado.

(48) El problema viene desde antiguo, pues basta mencionar la memoria del entonces Decano del Colegio de Notarios de Lima Dr. Carlos Augusto Sotomayor Bernós, en enero de 1993, expresada al concluir su gestión de 1991-1992, en la cual menciona como uno de los mayores problemas del notariado la falsificación de sellos, firmas y documentos notariales. El texto puede verse en: *Notarius*, Revista del Colegio de Notarios de Lima, núm. 3, Lima 1992/1993, pp. 55-56.

(49) La prensa da cuenta de las diversas modalidades que utilizan los falsarios, una de las cuales se explica de la siguiente forma: "El robo de terrenos, que se hacía a través de invasiones violentas que dejaban muertos y heridos, quedó en el pasado. Existe una bien montada red de estafadores que se adueña de exclusivos terrenos en Surco, los inscribe en notarías de provincia y luego los vende a corredores inmobiliarios. Todo amparado en los vacíos de nuestra legislación. El Comercio pudo documentar 12 casos de estafa que obran en la fiscalía y en la Dirincri y que aparentemente involucran a distintos denunciados, pero en realidad están conectados a una misma banda que opera desde el 2001. Las víctimas son familias, personas que siguen pagando la hipoteca de su terreno, empresarios y hasta instituciones del Estado. (…) La modalidad que emplean es la siguiente: localizan terrenos cercados en Chacarilla, Monterrico y Casuarinas y, por medio de contactos en la Municipalidad de Surco, obtienen información predial de los dueños. Ya con el nombre de la víctima obtienen su ficha de Reniec y copias de la partida en registros públicos, pues ambos documentos son públicos. Su siguiente paso es captar a mujeres de bajos recursos para que, a cambio de S/. 1,500, aparezcan como compradoras en minutas de venta que los mismos estafadores redactan. Le agregan la huella del dueño, escaneada

La tendencia al alza de las falsificaciones se explica por la concurrencia de diversos factores:

i) Débil control del registrador respecto a la autenticidad de los instrumentos públicos, notariales o no, que pretenden la inscripción(50), pero en forma contradictoria, y al estilo español, este funcionario se concentra en revisar minucias o cuestiones intrascendentes;

ii) Falta de mecanismos de seguridad institucionalizados para autenticar los documentos (51);

---

de su ficha del Reniec, falsifican su firma y consiguen que algún abogado amigo avale con su rúbrica el documento. La minuta no tendría valor si un notario no la convierte en escritura pública, pero la banda ha encontrado tres fedatarios de provincia dispuestos a hacerlo": "Identifican red de notarios, abogados y estafadores en robo de terrenos en Surco". En *Diario El Comercio*, Lima, 28 de octubre de 2013, p. A-2.

(50) Este problema ha sido reconocido por la propia SUNARP en la parte considerativa de la Directiva Núm. 08-2013-SUNARP/SN. En tal sentido, y solo como ejemplo, puede citarse el reciente caso de la falsificación de una certificación municipal que permitió acoger una edificación a una ley de regularización que no le correspondía. La simple respuesta del registro es "nos engañaron". El hecho concreto es que una inmobiliaria construyó un edificio completo con documentos falsos, ante la negligencia grave del registro y la omisión de la municipalidad respectiva. Véase el artículo: "Sunarp avaló falsos permisos de inmobiliaria en San Isidro". En *Diario El Comercio*, Lima, 25 de mayo de 2014, p. A-12. Una nueva denuncia apareció publicada al día siguiente, en el mismo diario, y respecto a idéntica empresa, ante lo cual, la curiosa respuesta de un funcionario de la SUNARP fue: "Por dos casos no dirán que lo hacemos mal" ("Inmobiliaria también validó en Sunarp permisos falsos para construir en Surco". En *Diario El Comercio*, Lima, 26 de mayo de 2014, p. A-8). El problema es que todos los días aparecen nuevos fraudes causados por negligencia o directamente por sospechosa distracción de los registros públicos. Por lo demás, en el caso comentado, SUNARP no ha solicitado judicialmente la nulidad de la inscripción a pesar de la presunta falsedad material de un certificado municipal y de la falsedad ideológica del acto de regularización de fábrica, lo cual se advierte a simple vista con la contrastación de los antecedentes registrales. En tal sentido, resulta llamativa la inacción de la administración pública, cuando esta tiene el deber de denunciar actos ilícitos, bajo su responsabilidad. La misma crítica podría hacerse de las municipalidades implicadas (San Isidro y Santiago de Surco), pues en el reportaje se indica que no habían tomado acción alguna.

(51) Nuevamente lo admite la SUNARP cuando aprueba la Directiva Núm. 08-2013-SUNARP/SN, pues establece que solo cuando una partida

iii) Reacción extemporánea de la institución registral que no impide la falsificación, por lo que se limita, en algunos casos, a reaccionar mediante la anotación registral del fraude ya producido(52);

iv) Incentivos económicos derivados de la posibilidad de grandes ganancias por efecto del *boom* inmobiliario (53);

---

registral se encuentra inmovilizada, el registrador deberá verificar la autenticidad de los instrumentos.

(52) Es el caso de la anotación preventiva por presunta falsificación de documentos (Directiva Núm. 001-2012-SUNARP), y posteriormente la cuestión se repite con la anotación por presunta falsificación de instrumentos extra-protocolares y constancias de quórum (Directiva Núm. 003-2012-SUNARP), que nuevamente admite que las falsificaciones están a la orden del día, y como el registro no puede evitarlas, entonces opta por permitir la inscripción de los títulos falsos, pero con la posibilidad de reclamar después. Esta nueva directiva se concentra en algunos pocos problemas que sufre el registro de personas jurídicas, pero olvida los temas de fondo: i) Las inscripciones se realizan, hoy por hoy, en mérito a la copia certificada de un libro de actas, que nadie controla. El notario es poco cuidadoso en certificar el libro y en múltiples ocasiones se logra su apertura sin el consentimiento de los representantes de la entidad; ii) Una vez conseguida la certificación del libro, este puede llenarse con cualquier contenido, pues no se verifica la existencia de la asamblea, la participación de los socios, la firma o representatividad de los que suscriben, por lo que las actas pueden decir cualquier cosa; iii) Sin embargo, la inscripción requiere algo más que el acuerdo de asamblea en acta, pues se necesita acreditar la convocatoria (publicidad de la reunión) y quórum (número mínimo de asistentes para dotar de validez a la reunión); pues bien, en este tema, la SUNARP "inventó" el sistema de las declaraciones juradas para "facilitar" la inscripción, pero lo que ha logrado es facilitar las falsificaciones. La situación es tan clamorosa que el registrador observa la declaración jurada y el representante la rehace "a gusto del registrador", lo que obviamente implica una falsedad, pues sería bastante curioso que una convocatoria del pasado haya ocurrido "exactamente igual" a como lo pide el registrador en el presente; iv) Otro punto son las famosas "reaperturas de acta", que ahora permiten cambiar íntegramente la voluntad corporativa mediante el fácil agregado de un párrafo firmado.

(53) Según información divulgada por el sector construcción, los precios de los inmuebles se han **triplicado** en los últimos ocho años. Así, se indica que: "Un informe elaborado por el Banco Central de Reserva del Perú (BCR) revela que en los últimos años el precio por metro cuadrado de las viviendas en las áreas urbanas de Lima se ha elevado alrededor de 300 %.

v) Desmesurada aplicación del art. 2014 del Código Civil, lo que hace suponer a muchos que una falsificación genera derechos, como a la propia entidad oficial del Estado (SUNARP), que aprueba reglamentos en los cuales se pretende "interpretar" los principios registrales consagrados en el Código Civil, ampliando los alcances de la fe pública registral en forma excesiva hasta avalar la idea (errónea) que el registro protege a los terceros que se sustentan en títulos falsificados, lo que conlleva un incentivo perverso a los falsarios que finalmente utilizan el sistema para lograr un beneficio ilícito mediante el apoyo de reglamentos que no se fundan en la ley (54), ni en la jurisprudencia de los recientes plenos nacionales, ni en la doctrina del Tribunal Constitucional (55);

vi) Porcentaje elevado de impunidad en sede penal o de con-

Así, detalla que ha subido de US $ 521 el metro cuadrado, en el año 2006, a US $ 1,828 durante este año en promedio. Esto significa, agrega el ente emisor, un alza pronunciada anual. A pesar de ello, aclara que no se observa evidencia de un desalineamiento (sic) respecto de los fundamentos macroeconómicos, es decir, que no ve que los precios estén sobrevalorados": "Metro cuadrado en Lima ha subido 300 %". En *Diario Perú 21*, Lima, 27 de mayo de 2014, p. 10.

(54) El art. VIII del título preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución Núm. 126-2012-SUNARP/SN, establece que el principio de fe pública registral protege al tercero que contrata sobre la base del registro, siempre que la inexactitud no conste en los asientos registrales. Pues bien, es evidente que la falsificación nunca consta en los asientos, sino en el título material que le da origen (acto o contrato), por tanto, esa desafortunada norma permite interpretar que los actos derivados de las falsificaciones terminan protegidos. El problema es que dicho precepto reglamentario contraviene el art. 2014 del Código Civil, que habla del "registro", y no de los "asientos registrales", por lo cual la entidad pública es la que incentiva la actuación de los falsificadores generando la ilusión que aun en esos casos puede surgir un tercero con tutela registral.

(55) Esta perversión, originada por la misma SUNARP, ha originado que los delincuentes intenten aprovecharse indebidamente del art. 2014, como da cuenta el coronel Segundo Portocarrero, jefe de la división de investigaciones de estafas de la Dirincri, en cuanto esta modalidad ilícita se conoce como "fraude de la buena fe registral": "Mafias se apropian de viviendas con títulos falsos". En *Diario Perú 21* (página web), Lima, 31 de enero de 2013.

denas con penas reducidas, muchas veces simbólicas sin prisión efectiva, entre otras (56).

El resultado es que los delitos por esta causa se encuentran en aumento incesante, pues el análisis costo-beneficio que realizan los falsarios les hace concluir que la altísima rentabilidad de estos delitos no se neutraliza por el costo de una sanción reducida, muchas veces simbólica. El recientemente fallecido economista Gary Becker (1930-2014) ya había realizado estudios sobre el comportamiento económico de los criminales, en el sentido que la pena prevista por la ley, multiplicada por la posibilidad de detección constituyen elementos que se tienen en cuenta para infringir la ley. En el caso peruano, los falsificadores confían en la reducida (o ínfima) posibilidad de sanción, por lo que el delito se incrementa de manera geométrica.

La misma rentabilidad ha originado que la actuación de los falsarios se lleve a cabo en diversos niveles, por tanto, el delito se ha sofisticado en cuanto a los medios para lograr su propósito, tales como: suplantación de personas durante el otorgamiento de actos notariales, presentación de documentos falsos para obtener una declaración jurídica favorable (por ejemplo, en el trámite de prescripción adquisitiva o títulos supletorios), falsificación documental de contratos de transferencia de bienes, utilización de libros de actas de personas jurídicas que se legalizan sin verificación y el aprovechamiento de sistemas institucionales que no tienen control alguno para el caso de mala fe (ejemplo: arbitrajes que carecen de convenio arbitral), entre otros.

Incluso, la Policía Nacional habla de "bandas organizadas por algunos abogados, notarios y registradores" (57), cuya participación, en el caso de los dos últimos, se concentraría en facilitar la labor de los falsarios mediante una actuación funcional calculadamente ne-

(56) Las penas por delito de falsedad material e ideológica llegan a diez y seis años de privación de la libertad, respectivamente, pero en pocos casos (o tal vez, nunca) se aplica con tal rigor.

(57) Sobre el particular, véase la declaración del coronel Segundo Portocarrero, jefe de la división de investigación de estafas de la Dirincri: "Mafias se apropian de viviendas con títulos falsos". En *Diario Perú 21* (página web), Lima, 31 de enero de 2013.

gligente (58), o al borde de la legalidad, con el fin de permitir que el acto ilícito pueda inscribirse en el registro y de allí iniciar una cadena de transferencias que consiga la protección registral del "tercero de buena fe" (59).

La situación es tan grave que la propia Superintendencia Nacional de los Registros Públicos ha reconocido que en cierta medida se encuentra inerme frente a este problema por la "alta calidad de las falsificaciones" (curiosa frase que en encuentra en la Directiva Núm. 08-2013-SUNARP-SN, parte considerativa), lo que acentúa la preocupación por este tema, en cuanto la institución oficial del Estado declara que no puede distinguir lo auténtico de lo falso.

Esta situación, obviamente, pone en peligro todas las inversiones, nacionales y extranjeras.

Desde hace algunos años, el autor de estas líneas recusa el derecho registral extremista con fundamentos de corte filosófico y jurídico (60). En efecto, el extremismo no puede mantenerse porque

---

(58) Recientemente se denunció en un reportaje periodístico de Canal 2 (Programa Punto Final, 05 mayo 2014) un caso de falsificación de firma en escritura pública, con lo cual se busca apropiarse de inmueble ajeno, en el cual el notario involucrado responde que "no tiene copia del DNI de la persona que supuestamente firmó un instrumento, pues le basta verificar la RENIEC". El argumento del notario no es correcto, pues el ciudadano está obligado a identificarse en el momento con la presentación de su documento de identidad, y no basta verificarlo en la base de datos de la entidad oficial, salvo que el notario decida identificarlo a través de la "fe de conocimiento", pero si ello no consta en el instrumento, entonces ha cometido una irregularidad.

(59) El actual decano del Colegio de Abogados de Lima, Sr. Mario Amoretti Pachas, declaraba hace un tiempo sobre este tema: "con la actual ley a cualquiera le pueden quitar su casa", y agrega: "El Código Civil debe modificarse para proteger al verdadero dueño, pues no puede haber buena fe en ventas sucesivas en menos de tres meses y un precio muy por debajo del mercado. Es como que me quieran vender un celular moderno a 50 soles; todos sabremos que ha sido robado. La actual ley está diseñada para prevenir la falsificación de documentos, pero no la suplantación o concertación de una mafia": "Identifican a red de notarios, abogados y estafadores en robo de terrenos en Surco: esta es la banda de estafadores". En *Diario El Comercio*, Lima, 28 de octubre de 2013, p. A-2.

(60) Lamentablemente, algunos no tienen idea de lo que es el extremismo registral, como ocurre con Pasco Arauco, Alan: "La tercería de propiedad frente a la hipoteca y el embargo". En *Gaceta Civil & Procesal Civil*,

sus bases teóricas están destruidas: no rige el positivismo, no rige el culto a la ley y a los códigos, no rige el dogmatismo, no rige el voluntarismo, no rigen las meras libertades teóricas frente al Estado, no rige el legislador único, no rige el juez como boca de la ley, no rige la plena soberanía estatal, no rigen los principios absolutos e inmutables, etc. Las ideas subyacentes del extremismo están derrotadas, y este con aquellas (61). En tal sentido, "un civilista italiano del talento de Rodolfo Sacco está dispuesto a reconocer que la noción clásica de Código Civil ha muerto" (62).

Pero, también **la realidad terminó por darnos la razón en forma contundente**. En efecto, es noticia diaria que el crimen organizado ha venido despojando injustamente a los propietarios mediante la idea de una inscripción totalizadora (63), que arrasa

---

Núm. 8, Lima, febrero 2014, p. 93, quien considera erróneamente que el Derecho chileno es "extremista" por el solo hecho de que la inscripción transfiere la propiedad inmobiliaria, sin tener en cuenta que dicha inscripción, en realidad, solo tiene valor de "posesión", por lo que no sanea los títulos, no los legitima, ni produce fe pública registral. Por tanto, si el Derecho chileno fuese extremista, entonces el peruano sería hiper-extremista.

(61) Sobre el particular, hemos tenido la oportunidad de divulgar estas ideas en publicaciones peruanas, brasileñas, argentinas, españolas, y próximamente en cubanas, mexicanas e italianas. En tal sentido, remitimos al lector a nuestros siguientes artículos: "Constitución y Principios Registrales", en *Gaceta Constitucional, Gaceta Jurídica,* Núm. 36, Lima, diciembre 2010, pp. 385-400 (luego en *Revista Jurídica del Notariado, Consejo General del Notariado,* Núm. 78, Madrid, abril-junio 2011, pp. 297-325). También puede revisarse: "El derecho registral se debate entre el realismo y el extremismo". En *La Ley,* Tomo 2011-A, Buenos Aires 24 diciembre 2010, pp. 1-4. Posteriormente, en forma extensa y con más detalles: "La Constitución rechaza el derecho registral extremista", en *Gaceta Constitucional, Gaceta Jurídica,* Núm. 66, Lima, junio 2013, pp. 229-272 (luego apareció en Atitude. Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre, Año VII, Núm. 13, Porto Alegre, enero-junio 2013, pp. 139-173). Una versión resumida y actualizada acaba de ser publicada bajo el título de: "El futuro de la publicidad registral: ¿extremismo o realismo?". En *Revista Jurídica Thomson Reuters,* Núm. 67, Lima, 14 abril 2014, pp. 1-15, cuya traducción al italiano ha sido publicada en dicho país en la revista: *Le Corti Umbre. Quadrimestrale di giurisprudenza, dottrina e legislazione regionale,* Núm. 1/2014, pp. 61-84.

Muchos de estos artículos pueden consultarse en www.gunthergonzalesb.com

(62) Ramos Núñez, Carlos. *Codificación …, op. cit.,* p. 85.

(63) Para luchar contra este tipo de delincuencia, el autor de esta obra

incluso con la realidad y con los derechos legítimamente adquiridos. Estos delincuentes utilizaron el extremismo registral, mientras sus cultores creyeron hacer "doctrina", y sirvieron por lo menos indirectamente para ese fin. En cualquier caso, **el resultado práctico del extremismo ha terminado por liquidarlo** frente al desastre ocasionado al haberse dejado llevar por el dogmatismo y la ensoñación de una perspectiva del derecho (formalista, positivista y puramente teórica) que hace tiempo está superada.

8. El presente artículo no solo quiere describir el estado de la cuestión, sino también proponer mejoras legislativas concretas.

8.1. El registro se encuentra exactamente en medio del fenómeno económico de circulación de la riqueza, por ello se reconocen diversos **principios registrales sustantivos**, cuya función es dirimir la preferencia de títulos que se encuentran en conflicto (64).

El primer principio es el de la inscripción declarativa, por cuya virtud, y en líneas generales, cuando un transmitente ha realizado dos actos de disposición sobre un mismo bien inmueble, entonces se prefiere al sujeto adquirente que inscribe frente a aquel que no inscribió (art. 1135 del Código Civil). El fundamento de esta regla es evitar el riesgo de la doble venta, pues la falta de publicidad haría que un comprador siempre se encuentre en la incertidumbre de ser o no el primero, con la indeseable falta de seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

El segundo principio es el de la fe pública registral, que protege a un tercero de buena fe que inscribe su título adquisitivo oneroso, aunque después se anule, rescinda o resuelva el título previo al suyo (art. 2014 del Código Civil). El fundamento de esta regla

---

ha preparado un "Proyecto de Ley de protección jurídica del derecho de propiedad y de la vivienda", que busca ser presentado al

Congreso mediante iniciativa popular legislativa. Pueden verse más detalles en: www.gunthergonzalesb.com

(64) A diferencia de los principios registrales formales, propios de la actividad del registrador, y que constituyen requisitos para una inscripción correcta y regular. Es el caso de los principios de rogación, titulación auténtica, especialidad, calificación y tracto sucesivo.

es evitar el riesgo consistente en que la nulidad o ineficacia de actos jurídicos pretéritos pueda afectar a los adquirentes sucesivos.

Nótese que los principios registrales sustantivos sirven para oponer o posponer derechos, mediante reglas técnicas cuya función es resolver algunas controversias sobre la atribución de la propiedad u otros derechos sobre bienes.

La inscripción declarativa resuelve el problema originado por la doble disposición de bienes, para lo cual utiliza el criterio del registro, pues el ordenamiento jurídico dispensa seguridad jurídica al sujeto con título inscrito, pues no le perjudican los títulos no inscritos, aunque sean anteriores. Por el contrario, el principio de fe pública registral tiene la función de asegurar la adquisición frente a la nulidad o ineficacia de un título previo, con lo cual se otorga seguridad a las cadenas de transmisiones.

Ambos principios son expresión de la doctrina jurídica de protección de la apariencia, sobre lo que es menester profundizar en ese tema.

Los modos derivados de adquisición de la propiedad tienen como premisa que el derecho de propiedad se traslada de un sujeto a otro en relación de causa-efecto, por tanto, solo cuando el primero es titular del derecho entonces logra transferirlo eficazmente al segundo, en caso contrario, nada transmite. En ambos casos, se aplica la regla general *nemo plus iuris*, esto es "nadie da más derecho del que tiene", nacida de la pura lógica y de la ordenación con justicia del sistema patrimonial. No obstante, en algunos casos el transferente no es propietario del bien, empero la apariencia hace suponer que se trata del verdadero titular, lo cual engaña a un tercero de buena fe (65), que finalmente resultará protegido.

---

(65) El profesor italiano D'amelio lo expresa de la siguiente forma: "En el mundo jurídico el estado de hecho no siempre corresponde al estado de derecho; pero el estado de hecho, muchas veces y por consideraciones de orden diverso, merece el mismo respeto que el estado de derecho y, en ciertas condiciones y con relación a ciertas personas, produce consecuencias no diferentes de las que derivarían del correspondiente estado de derecho. Uno de estos casos es la apariencia del derecho. Existen, en efecto, situaciones generales por las cuales quien ha confiado razonablemente en una manifestación jurídica dada, y se ha comportado de acuerdo con tal manifestación tiene derecho a contar con ella, aunque la manifestación no corresponda a la realidad": Cit. Jordano Barea, Juan: "La teoría del heredero

Un ejemplo sirve para aclarar la hipótesis: A vende un inmueble a B, pero el primero sufre un vicio de la voluntad, por lo cual el acto se anula judicialmente, empero, el titular aparente B vende al tercero de buena fe C. Se produce, así, un claro conflicto entre la verdad y la apariencia, que a veces se resuelve a favor de esta última, como consecuencia de la especial valoración que el legislador hace del sujeto de buena fe (66). Si bien es injusto despojar al verdadero domino A, no obstante también parece dramático defraudar la buena fe de C. El art. 2014 del Código Civil resuelve la cuestión con una solución matizada, sin extremismos, valorando ambas posiciones jurídicas. En efecto, para hallar una solución armoniosa es necesario pensar en las razones de ambos contradictores, y no dejarse seducir por una solución facilista en aras de la simple seguridad jurídica formalista. Si bien existe un "interés del adquirente" (tercero) por consolidar la transmisión, empero, también existe un legítimo "interés del propietario" para conservar el derecho. En tal situación se produce un conflicto entre el verdadero titular y el tercero de buena fe.

El triunfo del tercero C conlleva la primacía de la apariencia, cuyos requisitos específicos son los siguientes:

i) Discordancia entre la realidad y la apariencia: Nótese que el ejemplo anterior, un sujeto es titular real de un bien, pero la apariencia indica que el propietario es otra persona (67), pues A y B celebraron un contrato con vicio de la voluntad –que es nulo–, por lo cual el verdadero titular es A, pero la inscripción del contrato hace que el titular aparente sea B.

---

aparente y la protección de los terceros". En *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 3, Fascículo 2, Madrid, julio-septiembre 1950, pp. 668-669.

(66) Gordillo Cañas, Antonio. *La representación aparente*, Universidad de Sevilla, Sevilla 1978, p. 470.

(67) Canaris señala los siguientes elementos: a) El supuesto base de la confianza (*Vertrauenstatbestand*) que constituye un hecho notorio que sirve de base objetiva a la apariencia; b) el tercero debe contar con buena fe, ya sea falta de conocimiento de la verdadera situación jurídica, o exigir, además, la diligencia en la comprobación; c) la confianza debe dar lugar a un acto de tráfico (oneroso); d) imputabilidad al titular de causar el supuesto base de la confianza: De Eizaguirre, José María: *Derecho Mercantil*, Editorial Civitas, Madrid 1999, pp. 231-232.

ii) Discordancia imputable al sujeto investido de la realidad (propietario inicial): La única justificación para que este titular sea despojado por el tercero es que el primero haya ocasionado la situación de apariencia. En el caso estudiado, el contrato vicioso genera un titular aparente B, que engaña al tercero C, empero tal entuerto es causado por A, quien con su errónea declaración de voluntad (culpa) desencadena una apariencia significativa (68).

iii) La apariencia es la causa que ocasiona la confianza de un tercero: Con el mismo ejemplo del acápite anterior, el titular aparente B transfiere al tercero C, quien actúa bajo la confianza que el derecho le corresponde a B, es decir, la adquisición de C toma como base la apariencia, sea el registro, la posesión u otro elemento (69).

iv) El tercero necesita actuar con buena fe: El tercero C debe actuar con buena fe, esto es, con desconocimiento del hecho jurídico contradictorio a pesar de haber sido diligente.

v) El tercero necesita el título oneroso: El tercero C debe contar con un título oneroso, pues solo se protege al que ha realizado un sacrificio patrimonial, y no a quien solo pretende asegurar un mero lucro a través de acto gratuito.

---

(68) "que no se tenga en cuenta el hecho de que al propietario no le es absoluto imputable la pérdida de la apariencia registral se basa en que este contará en todo caso con una pretensión de resarcimiento frente al Estado": Westermann, Harry, *Derechos Reales*, *op. cit.,* Tomo II, p. 1064. La doctrina alemana conoce perfectamente el requisito de imputación para aplicar el principio de apariencia, pero lo reemplaza por la indemnización del Estado, es decir, el sistema germano reconoce que el propietario inocente (sin culpa) no puede ser despojado impunemente del derecho, para lo cual opta por una técnica de protección distinta, pues mientras en los ordenamientos latinos la propiedad se conserva en el titular primigenio cuando este no tiene culpa, en cambio, en el ordenamiento alemán se impone al Estado el deber de indemnizar la pérdida.

(69) "La confianza tutelada por la norma es aquella que induce al confiante (*sic*) a realizar un acto correspondiente a la apariencia suscitada, calificado de «acto de disposición» o «inversión de confianza»": De Eizaguirre, *Derecho Mercantil*, *op. cit.,* p. 238.

En buena cuenta, nadie puede perder su derecho sin que de alguna manera le sea imputable tal consecuencia, sea porque originó, permitió o toleró la situación de apariencia que sirvió para engañar a un tercero que confió en ella. Es necesario que haya culpa del titular originario (imputabilidad), pues solo de esa forma se explica que la apariencia termine imponiéndose a la realidad. Caso contrario, y conforme ya se explicó, no hay razón justificativa para que el Derecho renuncie a la verdad, ni para que se despoje a un titular cuyo derecho se encuentra protegido por mandato de la Constitución mediante la denominada "garantía de indemnidad" (art. 70: "la propiedad es inviolable").

No obstante, la regulación jurídica de los principios registrales, según el Código Civil Peruano, carece de sistemática, pues mientras la fe pública registral exige el título oneroso (art. 2014 del Código Civil), la inscripción declarativa, no (art. 1135 del Código Civil), no obstante hay dos poderosas razones para considerarlo un requisito imprescindible: i) la notoria injusticia que supone expoliar a un comprador no inscrito, pero que invirtió por la adquisición, y, sin embargo, premiar a un donatario por el solo hecho de inscribir, pero que nada sacrificó; en tal caso, debe aplicarse el viejo aforismo: "es preferible evitar un daño que asegurar un lucro"; ii) la coherencia del sistema patrimonial exige el título oneroso, pues en caso contrario el sujeto con título gratuito, aun inscrito, no podría sobreponerse al sujeto no inscrito con título oneroso, pues la adquisición de aquel puede ser declarada ineficaz por virtud de la acción pauliana (art. 195 CC), en cuanto el comprador defraudado, pero no inscrito, tendría un crédito insatisfecho por efecto del acto gratuito.

Por su parte, el requisito de la buena fe, previsto en el art. 1135, sin embargo, no aparece en el 2022, a pesar de que ambas normas consagran el mismo principio (inscripción declarativa). Este problema también se advierte en el art. 926, que no exige título oneroso ni buena fe, pese a la identidad conceptual con el art. 2022, con la única diferencia que en esta última colisionan dos derechos reales derivados del mismo causante, mientras que en aquel lo hace una restricción voluntaria de la propiedad con un derecho real.

Es necesario poner orden con la finalidad que los principios registrales contenidos en los artículos 848, 926 1135, 1584, 2.° párrafo, 1591, 2014 y 2022 cumplan idénticos requisitos para la protección de los terceros; pues, con lo cual se logra el respeto de valores fun-

damentales de todo ordenamiento jurídico, tales como la coherencia e igualdad. Los requisitos son los siguientes:

i) Tercero con título oneroso.

ii) Tercero de buena fe.

iii) Tercero que adquiere de quien aparece con facultades para otorgar el derecho según el registro.

iv) Tercero que adquiere un derecho sin que en el registro aparezcan causales de contradicción (nulidad o ineficacia).

v) Tercero que inscribe su derecho.

La propuesta logra una adecuada coherencia entre los principios registrales, tanto por cuestiones de forma (redacción que sigue un mismo patrón) y por cuestiones de fondo (idénticos requisitos técnicos para que el tercero goce de protección). En tal sentido, los artículos 2014 y 2022 han sido reformulados en esta línea de coherencia sistemática, que tanto se aprecia para el logro de los fines de justicia material (igualdad de tratamiento) y predictibilidad en las decisiones (redacción cuidada y congruente):

> ***Artículo 2014.– FE PÚBLICA REGISTRAL****: La inscripción no convalida la nulidad, empero, cuando el titular inscrito ha otorgado algún derecho real a un tercer adquirente oneroso y de buena fe, que a su vez se inscribe, entonces mantendrá su adquisición, aunque se declare la nulidad o ineficacia del acto jurídico anterior al suyo, siempre que se tratase de vicios que no constan en el registro.*
>
> *La buena fe se presume.*
>
> *La protección del tercer adquirente no aplica cuando los actos jurídicos anteriores, y con mayor razón el suyo propio, son falsificados o adolecen de nulidad por ausencia total de manifestación de voluntad o voluntad suplantada.*

> ***Artículo 2022.– INSCRIPCIÓN DECLARATIVA****: Cuando un mismo titular inscrito de bien inmueble ha otorgado actos jurídi-*

cos que constituyan derechos reales total o parcialmente incompatibles entre sí, a favor de personas diferentes, será preferido el adquirente oneroso y de buena fe que inscriba primero, frente al que no inscriba, aunque el título de aquel sea de fecha posterior.

La misma solución se aplicará cuando el conflicto se produzca con una restricción voluntaria de la propiedad, como los pactos de reversión, reserva de propiedad, retroventa, indivisión o cualquier otro que sea oponible a terceros.

Paralelamente, los artículos 848, 926, 1135, 1584, 2.° párrafo y 1591 del Código pierden sentido, pues si bien todos ellos consagran el principio de inscripción declarativa, sea para ámbitos generales o específicos, empero, devienen en innecesarios, pues su contenido se encuentra ya subsumido en el 2022, cuyo primer párrafo se refiere a la colisión de dos derechos reales originados por el mismo transmitente; y el segundo trata de la colisión de dos restricciones voluntarias de la propiedad (ejemplo: cláusula de indivisión, pacto de reserva de propiedad, pacto de retroventa) o de una restricción voluntaria contra un derecho real (70). Por tanto, se propone la derogatoria de todas aquellas normas que devienen en reiterativas.

8.2. El derecho de propiedad, protegido por la Constitución, necesita mecanismos concretos de defensa que lo hagan operativo, como la tercería de propiedad.

No obstante, el propietario puede afrontar deudas que justifican la intervención sobre sus bienes. En tal sentido, el proceso ejecutivo habilita al acreedor para satisfacer su crédito mediante actos procesales que se materializan en la actividad de sujetar bienes (embargo) para la enajenación (remate) y el consiguiente cumplimiento del mandato (pago). La acción del deudor, incumplida, es sustituida por la actividad del juez para llevar a cabo el mismo propósito. En

(70) En general, se considera que el principio de inscripción declarativa se aplica no solo al conflicto de derechos reales, sino a las restricciones o prohibiciones. Por ejemplo: "La prohibición de disponer no inscrita no surte efectos en perjuicio de tercero que ha inscrito, que es un tercero del artículo 32 LH. Aunque la prohibición de disponer no constituya un título de dominio o de derecho real, es equiparable a los mismos efectos del artículo 32 LH": García García, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Editorial Civitas, Madrid 1993, tomo II, p. 208.

tal contexto, el objeto de la ejecución es la realización efectiva de la prestación dineraria, aunque para lograrlo se necesita, cuando exista resistencia del obligado, medidas de ejecución, especialmente el embargo, que puede definirse como: "aquella actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a la ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados, y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes" (71).

Por tanto, el proceso ejecutivo exige la realización de **bienes de propiedad del deudor**, con el fin de satisfacer el derecho del acreedor, para cuyo efecto el juez deberá afectarlos y rematarlos para obtener el valor económico que permita el pago de las obligaciones pendientes, pero, el juez de la ejecución, que carece de tutela declarativa por los estrechos márgenes del proceso ejecutivo, no puede comprobar o declarar la propiedad de los bienes del deudor en cada caso concreto, por lo que se limita a ordenar el embargo cuando presuma, por apariencias, inferencias o suposiciones, que los bienes le pertenecen al deudor, por lo cual el análisis no es profundo, pues la certeza sobre el derecho propiedad no puede dilucidarse en este tipo de proceso (ejecutivo), sino a uno plenario. En tal contexto, es frecuente que el juez incurra en la equivocación de afectar bienes que en realidad no pertenecen al obligado, sino a un tercero, en cuyo caso este puede interponer la "tercería de propiedad" –de ahí el nombre, pues lo hace un tercero ajeno al proceso de ejecución– con la finalidad de solicitar el levantamiento o alzamiento de un embargo trabado en forma errónea (72).

El juez de ejecución no tiene la seguridad de que el bien embargado sea de propiedad del deudor (73), a pesar de lo cual dicta

(71) Montero Aroca, Juan: "El proceso de ejecución". En *Íd.*, Gómez Colomer, Juan Luis; Montón Redondo, Alberto y Barona Vilar, Silvia. *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil,* 16.º edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008, Tomo II, pp. 597-598.

(72) Mondéjar Peña, María Isabel: "El sistema español de oponibilidad a un embargo indebido de bienes inmuebles". En VVAA, *Temas actuales de Derecho Civil,* Normas Legales, Trujillo 2006, p. 733.

(73) "A pesar de la importancia que la pertenencia al ejecutado tiene

la medida a solicitud del acreedor, sin contradictorio, y con la mira pensada en hacer efectiva la ejecución, lo cual exige celeridad, y asumir cierto riesgo en la toma de decisiones. Bajo tal premisa, el embargo judicial dictado en forma provisoria, por sola versión unilateral del acreedor, no puede originar un derecho definitivo que derogue, mediatice o grave la propiedad ajena, pues resulta evidente que una medida decidida con mínimos elementos de juicio no puede expoliar al verdadero titular; por tanto, así como el acreedor hace trabar el embargo con meras apariencias, lo que aumenta la posibilidad de error (74), entonces el perjudicado debe contar con una medida que permita al juez enmendar dicho error, y esa no es otra que la tercería de propiedad.

El embargo sobre un bien ajeno constituye una hipótesis de ejecución ilegítima (art. 642 del Código Procesal Civil, contrario sensu) que puede ser remediada a través de la tercería de propiedad (art. 533 del Código Procesal Civil), cuya finalidad es levantar la medida judicial por virtud de la acreditación prima facie del dominio (art. 535 del Código Procesal Civil). El propio Tribunal Constitucional ha reconocido esta importante función: "2. En principio, conviene enfatizar que la tercería es la acción que le compete a quien no es parte en juicio, para defender sus derechos frente a quienes están litigando por los suyos, situación que generalmente se presenta en los procesos ejecutivos –como ocurre en el caso *sub examine*– cuando se traba embargo a bienes que no son propiedad del ejecutado, sino del tercerista, esto es, del tercero afectado" (Exp. Núm. 2561-2002-AA/TC, de 18/12/2003).

---

para la plena eficacia del embargo, el ejecutor español carece a la hora de practicarlo de una plena seguridad sobre esa circunstancia, pues aunque en el registro conste inscrita a su nombre la titularidad del bien que se pretende embargar, dicha inscripción solo le proporcionará una mera legitimación para actuar sobre la base de la presunción iuris tantum de pertenencia": *Ibíd.,* p. 721.

(74) Reconocido en todas las épocas: "si bien es claro que no se debía realizar un *pignus in causa iudicati captum* sobre un bien que no era del ejecutado, cabía siempre la posibilidad de que esto se realizase por error o negligencia del *exsecutor*": Díaz-Bautista Cremades, Adolfo: *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano. Pignus in causa iudicati captum*, Marcial Pons, Madrid 2013, p. 146.

La tercería de propiedad es uno de esos mecanismos de tutela de la propiedad que otorgan la calidad de "inmune" al derecho (o "invulnerable", según el art. 70 de la Const.), por tanto, su finalidad es excluir bienes embargados en el proceso judicial de carácter ejecutivo, bajo la premisa básica y fundamental de que la responsabilidad patrimonial se ejerce contra los bienes del deudor, y no de terceros (art. 642 del Código Procesal Civil). En efecto, "resulta demasiado frecuente que los indicios, o la apariencia jurídica que justificaron el embargo, no coincidan con la realidad material, siendo posible y muy probable (…) que se embarguen bienes no pertenecientes al ejecutado. En estos casos, el ordenamiento jurídico (…) da prevalencia a la realidad material sobre los distintos signos aparenciales que hayan podido dar lugar a errores en el momento de realización de la traba" (75); por tanto, es evidente que una medida judicial como el embargo, dictada con elementos de juicio superficiales, a pedido del acreedor, sin contradictorio, ni declaración de certeza sobre la titularidad de los bienes afectados, debe permitir que el juez corrija su propio error, originado por el apresuramiento y la urgencia, a través del proceso de tercería. Esta es la razón, de carácter estrictamente procesal, por la cual el embargo no tiene carácter definitivo en agravio de la propiedad ajena.

En tal sentido, el Código Civil no regula, ni debe regular, los efectos de una medida judicial, por lo que el proyectado art. 2022 elimina el segundo párrafo de la redacción actual de la norma, lo que ha originado debates inútiles. Este es el motivo de la propuesta contenida en el art. 533 del Código Procesal Civil.

Por otro lado, debe recordarse que el proceso de tercería enfrenta, por un lado, al demandante (tercerista) que invoca ser propietario del bien embargado, y, por otro, a los demandados (deudor y acreedor en el proceso ejecutivo). En la práctica, el deudor no tiene interés en la tercería, pues si el bien mueble o inmueble es suyo, y encontrándose ya afectado, entonces tendrá que sufrir el embargo; y si el bien le pertenece a un tercero, entonces el perjuicio no es suyo. Por tanto, el interés prevaleciente en la defensa del embargo recae en el acreedor. En tal sentido, si el acreedor contesta la demanda, los motivos de objeción se centran en la falta de título de

(75) Mondéjar Peña, María Isabel: "El sistema español de oponibilidad …", *op. cit.,* p. 720.

propiedad del actor, o en la fecha (posterior) del título en relación con el embargo. No obstante, el acreedor también podría cuestionar la validez o ineficacia del acto de disposición, especialmente cuando se considere que el contrato es simulado o fraudulento, para lo cual se requiere de una excepción (argumento) de fondo que deba resolverse en la sentencia, lo que se encuentra a tono con la potestad judicial de apreciar la nulidad de oficio (art. 220 del Código Civil). En efecto, una revisión del catálogo jurisprudencial en nuestro país confirma el uso recurrente de transferencias gratuitas para evadir los embargos, en cuyo caso el demandante no debería triunfar, pues si el acto de disposición es gratuito entonces se presume que perjudica el crédito (art. 195 del Código Civil), por lo que la tercería sería infundada; no obstante, las sentencias de la Corte Suprema de 08/04/2002 (76) y 01/7/2002 (77) se limitan a disponer el alzamiento del embargo sin tomar en cuenta la defensa del demandado frente al fraude o connivencia del tercerista. Lo mismo ocurre con las simulaciones.

Empero, puede citarse un caso paradigmático resuelto por la Casación Núm. 1553-99-Ica, de 07/9/2001, publicada el 31/7/2002, en el que se declaró infundada la demanda de tercería por mala fe del propietario, pues los deudores –originarios titulares del bien– lo transfirieron a su hijo, quien pidió la desafectación inmediata del inmueble, lo que fue rechazado; luego, el hijo lo vendió a un sucesivo adquirente, cuyo pedido nuevamente fue rechazado, pero se advierte que todos estos terceros eran patrocinados por el mismo

(76) Casación Núm. 2472-2001-Lima, de 08/4/2002 y publicada el 01/7/2002: "Sexto: los terceristas son propietarios del inmueble con anterioridad a la medida de embargo, por la fecha de la escritura de anticipo de legítima, admitida por la sentencia de vista. Séptimo: Que, la inscripción en los registros públicos no es constitutiva de derechos en nuestro Código Civil, porque no se exige dicha inscripción para que la transferencia quede perfeccionada".

(77) Casación Núm. 2971-2006-Arequipa, de 17/5/2007 y publicada el 31/8/2007: "Décimo: Que, habiéndose acreditado el derecho de propiedad del tercerista con la escritura pública de anticipo de legítima de fecha anterior a la medida cautelar de embargo y siendo los derechos que se discuten de distinta naturaleza, el de propiedad que reclama el tercerista que es un derecho real, en tanto que el del acreedor es personal".

abogado que los deudores, por lo que el juez llega a la convicción de que son actos dispositivos fraudulentos. Esta sentencia tiene gran importancia para tutelar la justicia material a través de incorporar el debate sobre la legalidad y corrección de los actos de transferencia, no obstante, se le considera un caso aislado, pues no ha tenido acogida posterior en la jurisprudencia.

Por tanto, es menester la intervención del legislador, pues la idea es equilibrar a las partes del proceso, y evitar los fraudes entre el deudor y el tercerista con el fin de perturbar el derecho del acreedor y burlarse de la autoridad jurisdiccional en el proceso ejecutivo. Por tanto, si bien el propietario tiene derecho a plantear la tercería para alzar el embargo, empero, las imputaciones de fraude que se hace en contra de los terceristas –muchas veces adquirentes gratuitos o vinculados con el deudor– deben ser objeto de debate en el mismo proceso de tercería a través de una oportuna reconvención. En tal contexto, el juez deberá resolver si el título de propiedad del demandante está afectado de fraude, simulación o cualquier otra causa de nulidad o ineficacia, en cuyo caso, un acto viciado no transfiere la propiedad, por lo que la demanda de tercería deberá ser desestimada, y con ello el embargo queda ratificado. De esta forma se corrigen los problemas ocasionados por la malicia de los deudores que actúan en connivencia con el tercerista, pues el acreedor tendrá la opción de probar la nulidad o ineficacia del título del demandante. Esta es una de las más importantes innovaciones del nuevo art. 533 del Código Procesal Civil, así como la imposición de costas y costos duplicados en caso que la demanda de tercería sea infundada, salvo que el juez considere que hay razones justificativas para la exoneración.

La norma propuesta quedará redactada de la siguiente forma:

> ***Artículo 533.– TERCERÍA DE PROPIEDAD****: La tercería de propiedad es el proceso destinado a levantar medidas cautelares o de ejecución que se hayan trabado en forma indebida contra bienes muebles o inmuebles que sean propiedad de persona ajena al deudor u obligado.*
>
> *El demandante o tercerista deberá acreditar la propiedad del bien mueble o inmueble con título de dominio de fecha anterior a la medida judicial, sea inscrito o no, siempre que tenga la calidad de fehaciente.*

La estimación de la tercería conlleva que se levante definitivamente la medida judicial; mientras que la desestimación la confirma, y en tal caso se impone al demandante las costas y costos duplicados del proceso, salvo causa justificativa de exoneración.

Los demandados, que son las partes del proceso en el cual se trabó la medida judicial, podrán reconvenir la nulidad y/o la ineficacia del acto jurídico que constituye el título de dominio del demandante, por cualquiera de las causales que establezca la legislación sustantiva. La estimación de la reconvención hace que la demanda de tercería sea infundada.

Por lo demás, si el art. 533 contiene una nueva regulación detallada de la tercería de propiedad, entonces se requiere un precepto diferente para definir los alcances de la tercería preferente de pago, con lo cual se gana en claridad y sistemática:

> ***Artículo 533-A.– TERCERÍA PREFERENTE****: La tercería preferente es el proceso destinado a ejercer el derecho del acreedor con preferencia legal o convencional para ser pagado antes que los otros acreedores con el monto recaudado por la ejecución del deudor común.*

SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS CONTRATANTES EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (1)

M.ª Paz Sánchez González
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

Resumen: La Propuesta de Reglamento de Normativa Común de Compraventa Europea representa la última tentativa de unificación del Derecho contractual europeo, idea que, a lo largo de los años, ha ido perdiendo intensidad. Dentro de esta propuesta se articula un sistema de remedios susceptibles de ser utilizados por cada una de las partes contratantes en caso de incumplimiento de la contraria. La suspensión del cumplimiento de las propias obligaciones se presenta como un remedio utilizable tanto frente a la certeza del incumplimiento como, con una eficacia preventiva, ante el temor fundado de que ese incumplimiento se va producir. De otra parte, la regulación de esta medida permite una suspensión de las propias obligaciones de modo parcial o total, teniendo siempre un carácter temporal.

Palabras claves: contrato, compraventa internacional, suspensión del cumplimiento, remedios.

Abstract: The proposal of Regulation on a Common European Sales Law represent the last attempt on unification of the European Contract Law, over the years, has lost intensity. Inside this proposal, a system of remedies has been established and capable of being used by each contracting party in case of breach by the another party. The suspension of the performance of the own obligations constitutes a useable remedy for

(1) El presente trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación DER2012-37898-C02-01.

the certainty of the breach as well as, with a preventive effectiveness, the justified fear of the breach taking place. On the other hand, the regulation of this measure allows a suspension of the own obligations both partially or totally, always having a temporary feature.

Key words: Contract, international sale, suspension of the performance, remedies.

SUMARIO

I. EL CESL COMO ÚLTIMO HITO DEL PROCESO DE UNIFICACIÓN CONTRACTUAL EUROPEO

II. LA SUSPENSIÓN DE LAS PROPIAS OBLIGACIONES COMO PARTE DE UN SISTEMA DE REMEDIOS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO

III. SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL COMPRADOR
1. Formulación y antecedentes
2. Naturaleza del incumplimiento que permite el ejercicio de la facultad de suspensión
3. ¿Notificación al vendedor?
4. Ámbito material de aplicación: incumplimiento cierto e incumplimiento previsible
5. Suspensión parcial
6. Duración de la facultad de suspensión

IV. SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

I. EL CESL COMO ÚLTIMO HITO DEL PROCESO DE UNIFICACIÓN CONTRACTUAL EUROPEO

La idea de establecer unas reglas comunes en sede contractual que facilitasen las transacciones económicas entre los ciudadanos y las empresas en la Unión Europea constituye un objetivo perseguido (hasta ahora, con escaso éxito) durante décadas. En algún trabajo

previo publicado en esta misma revista ya nos hicimos eco de los intentos fallidos de elaboración de un código europeo regulador de los contratos, y de las distintas iniciativas, procedentes de diversos ámbitos, herederas de aquel proyecto inicial (2). A fin de evitar reiteraciones innecesarias, retomamos aquí el desarrollo de la cuestión en el lugar en que entonces lo dejamos. En efecto, como ya señalamos entonces, la idea de conseguir una cierta uniformidad de las normas reguladoras del Derecho contractual europeo cuenta con décadas de antigüedad (3), si bien, las dificultades detectadas en el proceso hicieron patente el carácter excesivamente ambicioso de los objetivos iniciales, optándose por su sustitución por otros más modestos. De este modo, de un código contractual europeo directamente vinculante se pasó a la idea de un instrumento de uso opcional circunscrito a lo que debían ser los principios y la terminología común del Derecho contractual europeo y la específica regulación

(2) "El régimen de los riesgos en el contrato de compraventa: una aproximación a su tratamiento en el DCFR", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 80, octubre-diciembre 2011, pp. 285 a 334 y, más específicamente, el apartado I del mismo ("Previo: el DCFR y su estado actual").

(3) Así, en 1989 se dictó la Resolución del Parlamento Europeo sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros (*DOCE* C 158, 26.6.1989, p. 400). Posteriormente, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembros, de 6 de mayo de 1994 (*DOCE* C 205, 25.7.1994, p. 518), incluyó un llamamiento a los Estados para que "manifiesten, después de las elaboraciones correspondientes, si desean participar en la unificación propuesta como objetivo". A dicho llamamiento le siguieron la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, COM (2001) 398 final, de 11 de julio de 2001 (*DOCE* C 255, 13.9.2001, p. 1), la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "Un Derecho contractual europeo más coherente-Plan de acción", COM (2003) 68 final, de 12 de febrero de 2003 (*DOCE* C 63, 15.3.2003, p. 1) y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro", COM (2004) 651, de 11.10.2004. Resultan igualmente de particular interés, entre otros, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo", de 17 de julio de 2002 (*DOCE* C 241, 7.10.2002, p. 1) y la Resolución del Consejo sobre "Un derecho contractual europeo más coherente" (*DOCE* C 246, 14.10.2003, p. 1).

de, tan sólo, algunas figuras contractuales. Con este contenido, el *Proyecto de Marco Común de Referencia* (DCFR) vio la luz en el año 2009 (4).

Con posterioridad al DCFR, en el año 2010, se publicó el *Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas* (5), en el que se preveía la creación de grupo de expertos con la finalidad de estudiar "la viabilidad de un instrumento de Derecho contractual europeo de fácil utilización que pueda beneficiar a consumidores y empresas". En cumplimiento de este mandato, se adoptó la Decisión de la Comisión, de 26 de abril de 2010 (6), publicándose, en mayo de 2011, los resultados del trabajo del grupo de expertos (7), que sirvió de base a la *Propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea* (CESL).

La finalidad, alcance y significado de este texto aparecen claramente definidos en el apartado 9 de la Propuesta: establecer una normativa común de compraventa europea que armonice los Derechos contractuales de los Estados miembros, no imponiendo modificaciones a las regulaciones contractuales nacionales vigentes, "sino creando dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros un segundo régimen de Derecho contractual para los contratos que entren dentro de su ámbito de aplicación. Este segundo régimen debe ser idéntico en toda la Unión y coexistir con las normas del Derecho contractual nacional en vigor. La normativa común de compraventa europea debe aplicarse a los contratos transfronterizos sobre una base voluntaria, previo acuerdo expreso de las partes". Evidentemente, semejante efecto sólo resultaría posible en cuanto el contenido del mismo no se opusiese a normas de

(4) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, Sellier, Munich, 2009.

(5) COM (2010) 348 final, 1.7.2010.

(6) DOCE L 105, 27.4.2010, p. 109.

(7) *Commission Expert Group on European Contract Law Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*, 3 May 2011http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory_note_results_feasibility_study_05_2011_en.pdf.

Derecho interno de carácter imperativo, por lo que el examen del grado de compatibilidad con los distintos Derechos internos resultaba una cuestión ineludible.

Tras su publicación, ya en febrero del año 2014, el Parlamento Europeo propuso una serie de modificaciones del CESL (8). Tales enmiendas, en mayo de 2014, fueron examinadas por la Comisión, que rechazó expresamente algunas de las propuestas (9).

El presente trabajo se centra en la regulación del tema central del mismo, la suspensión del cumplimiento, en el estado en que se encuentra en el momento de redacción de las presentes líneas. En efecto, en la redacción originaria del CESL, el derecho a suspender el cumplimiento de las obligaciones del comprador aparece en el artículo 113 (10); en tanto que el análogo derecho del vendedor se regula en el artículo 133 (11). En relación con el primero de ellos, el

(8) *Resolución legislativa del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea,* de 26 de febrero de 2014. COM(2011)0635-C7-0329/2011-2011/0284(COD)

(9) *Posición de la Comisión sobre enmiendas del Parlamento Europeo*, 1.ª lectura, de 20 de mayo de 2014.

(10) A cuyo tenor, "1. El comprador que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que el vendedor, o después de éste, tendrá derecho a dejar en suspenso la ejecución de la prestación hasta que el vendedor haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente.

2. El comprador que deba cumplir su obligación antes que el vendedor y crea razonablemente que el vendedor no cumplirá su obligación cuando ésta venza, podrá suspender el cumplimiento de la obligación mientras, razonablemente, siga creyéndolo.

3. En virtud del presente artículo, podrá suspenderse la totalidad o parte del cumplimiento en la medida justificada por el incumplimiento. Cuando las obligaciones del vendedor deban cumplirse por partes o sean divisibles de otro modo, el comprador sólo podrá suspender el cumplimiento en relación con la parte que no se haya cumplido, a menos que el incumplimiento del vendedor sea tal que justifique la suspensión total del cumplimiento del comprador".

(11) "1. El vendedor que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que el comprador, o después de éste, tendrá derecho a dejar en suspenso la ejecución de su prestación hasta que el comprador haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente.

2. El vendedor que deba cumplir su obligación antes que el comprador y crea razonablemente que el comprador no cumplirá su obligación cuando ésta venza, puede suspender el cumplimiento de la obligación mientras, razonablemente, siga creyéndolo. Sin embargo, el derecho a suspender el

Parlamento, en la Resolución antes citada, propuso la adición de un párrafo 3 bis por cuya virtud expresamente se vino a establecer que "En un contrato entre un comerciante y un consumidor, podrá suspenderse el cumplimiento en su totalidad salvo que la suspensión del cumplimiento en su totalidad sea desproporcionada en relación con el incumplimiento" (12). En tanto que en relación con el artículo 133 no presentó enmienda alguna.

II. LA SUSPENSIÓN DE LAS PROPIAS OBLIGACIONES COMO PARTE DE UN SISTEMA DE REMEDIOS

En la estructura del CESL, es la Parte IV del mismo la que se ocupa de la regulación de las obligaciones y los remedios de las partes en un contrato de compraventa (13), distinguiendo, de una parte, las obligaciones del vendedor y los remedios que puede emplear el comprador en caso de inadecuado cumplimiento de aquéllas (capítulo 11); y de otra, las obligaciones del comprador y los remedios que, correlativamente, puede emplear el vendedor insatisfecho (capítulo 13).

Tanto en un caso como en otro, la suspensión del cumplimiento de las propias obligaciones no es más que una de las posibilidades puestas a disposición del contratante que –al menos, en un primer momento– ha visto defraudadas sus legítimas expectativas. En este

---

cumplimiento se pierde si el comprador garantiza debidamente que cumplirá su obligación u ofrece una garantía apropiada.

3. En virtud del presente artículo, podrá suspenderse la totalidad o parte del cumplimiento en la medida justificada por el incumplimiento. Cuando las obligaciones del comprador deban cumplirse por partes o sean divisibles de otro modo, el vendedor sólo podrá suspender el cumplimiento en relación con la parte que no se haya cumplido, a menos que el incumplimiento del comprador sea tal que justifique la suspensión total del cumplimiento del vendedor".

(12) Enmienda 200 a la *Propuesta de Reglamento*.

(13) O de suministros digitales, modalidad contractual que entraría, también, dentro del ámbito de aplicación del CESL. En efecto, de acuerdo con el artículo 1 del Reglamento, "… estas normas pueden utilizarse para regular las transacciones transfronterizas de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados cuando así lo acuerden las partes contratantes."

sentido, prevé el CESL lo que la doctrina ha calificado como "sistema de remedios", esto es, un conjunto articulado de "medidas de protección que ofrece el ordenamiento jurídico a un sujeto en una determinada situación, frente a la lesión de un interés" (14). Semejante esquema de articulación de las opciones del contratante perjudicado no es nueva, encontrándose precedentes de la misma en textos normativos (y propuestas legislativas) previos. De este modo, ya en la *Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías* (en adelante, CISG) (15) se aglutinaban en una específica sección los derechos y acciones que podía utilizar el comprador en caso de incumplimiento del contrato por la contraparte (Sección III, Capítulo II, Arts. 45 a 52). Y al mismo esquema respondían, también, los *Principles of European Law. Sales,* que dedicaban la sección 2 de su capítulo 4 a la regulación de los remedios del comprador frente a la falta de conformidad (Arts. 4:201 a 4:207). En cambio, en el DCFR, frente a la falta de conformidad en el contrato de compraventa, al margen de ciertas peculiaridades aplicables en sede de consumo, el Art. IV.A.-4:101 lo que hacía era remitirse al cuadro genérico de remedios por incumplimiento previstos en el Capítulo 3, del Libro III (16).

---

(14) A. M. Morales Moreno, "¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho Europeo", *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España,* dirigidos por K. J. Albiez, Barcelona, 2011, pp. 400-422, pp. 402 y 403. Como "system of remedies" califica también Fryderyk Zoll, el cuadro diseñado por los Arts. 106 y siguientes: "The buyer's remedies", en Reine Schulze, *Common European Sales Law (CESL), –Comentary–*, Munich, Oxford, Badem Badem, 2012, pp. 490-532, p. 491.

(15) Convención de las Naciones Unidas de 11 de abril 1980, a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio 1990, (BOE de 30 de enero).

(16) De acuerdo con el mencionado precepto, "en los contratos de compraventa de bienes de consumo, no son vinculantes para el consumidor las condiciones contractuales ni los acuerdos celebrados con el vendedor con anterioridad a que le sea notificada una falta de conformidad, que excluyan o restrinjan directa o indirectamente los remedios a los que podría recurrir el comprador en caso de falta de conformidad previstos en el Capítulo 3 (Recursos para casos de incumplimiento) del Libro III, modificadas por el presente capítulo". En cuanto a los PECL (*Principios de Derecho Contractual Europeo*, elaborados por la comisión presidida por L. Lando y H. Beale, edición española a cargo de P. Barres, J. M. Embrid, F. Martínez, Cole-

Por su parte, con un ámbito de aplicación circunscrito a las ventas de bienes de consumo (17), el artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE, de 25 mayo, establecía el cuadro de acciones utilizables por el comprador-consumidor en caso de producirse una falta de conformidad del producto recibido, en relación con el adquirido. Dentro de nuestro Derecho interno, en este mismo campo del Derecho de consumo, *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (TRLGDCU) (18), en su Título V, bajo la genérica denominación de *Garantías y servicios posventa*, establece cuándo cabe apreciar falta de conformidad entre los productos comprados y los efectivamente recibidos y cómo puede accionar el comprador ante las hipótesis de falta de conformidad (19).

Fuera de este ámbito, es bien sabido que no existe dentro del Código civil un sistema de remedios análogo al anteriormente descrito. En efecto, dentro del texto codificado, la normativa específica sobre saneamiento permite al comprador accionar frente a la evic-

---

gios Notariales de España, Madrid, 2003), los recursos utilizables en caso de incumplimiento se regulaban en su capítulo 9 (Arts. 9:101 a 9:508). Por su parte, en los *Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, los remedios que podían utilizarse en caso de incumplimiento aparecían dentro de su Capítulo 7 y, esencialmente, en sus arts. 7.1.3 (suspensión del cumplimiento), 7.1.4 (subsanación del incumplimiento), 7.2.1 y 7.2.2 (reclamación de exacto cumplimiento); 7.2.3 (reparación y reemplazo de la prestación defectuosa), 7.2.5 (cambio de remedio), 7.3.1 (derecho a resolver el contrato) y 7.4.1 (resarcimiento).

(17) Bienes muebles corpóreos, con las excepciones indicadas en la propia Directiva (Art. 1, 2, b).

(18) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE de 30 de noviembre).

(19) Esencialmente, artículos 114 a 124. Por su parte, la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre (DOL 22 noviembre 2011, núm. 304), en su artículo 18, disciplina al obligación de entrega, estableciendo un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato, de tal modo que si el comerciante no cumple en el plazo acordado con el consumidor o en el anteriormente reseñado, se le concederá otro adicional, cuyo incumplimiento acarreará como consecuencia la facultad del consumidor de resolver el contrato, además de poder recurrir "a otras soluciones contempladas en la legislación nacional". Dicha Directiva ha sido incorporada al Derecho interno mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de modificación del TRLGDCU y otras leyes complementarias. Más concretamente, la norma relativa al plazo máximo de entrega aparece en el nuevo artículo 66 bis TRLGDCU.

ción y a la existencia de vicios o defectos ocultos de la cosa (20), normas que se complementan con otras codiciales que inciden sobre otros posibles supuestos de falta de conformidad constatada entre la cosa adquirida y la recibida, como pueden ser las que regulan los remedios susceptibles de ser utilizados en caso de exceso o defecto de cabida o de calidad (21) y, en general, las disposiciones que disciplinan la obligación de entrega. Junto a ellas, los artículos 1101 y siguientes establecen el régimen genérico de responsabilidad contractual, disponiendo concretas reglas que, en ausencia de otras análogas más específica, son también susceptibles de invocación. Esta dispersa regulación es consecuencia de la inexistencia en nuestro Código civil, a diferencia de lo que sucede en el CESL, de una específica definición de la falta de conformidad como hipótesis de incumplimiento contractual (22).

La *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, elaborada por la Comisión General de Codificación (23), proporciona un giro radical a la regulación de esta materia, de modo que, además de introducir el concepto de falta de conformidad en el texto codificado (24), arbitra un sistema de remedios análogo al del CESL, ya que, de acuerdo con el texto propuesto para el artículo

(20) Arts. 1474 y siguientes.

(21) Arts. 1469 y siguientes.

(22) En el CESL, previene el párrafo primero del artículo 87 que "constituye incumplimiento de una obligación cualquier falta de ejecución de dicha obligación, sea o no por causa justificada, en particular:

a) la no entrega de los bienes o los retrasos en su entrega;

b) el no suministro de los contenidos digitales o los retrasos en su suministro;

c) la entrega de bienes que no sean conformes con el contrato;

d) el suministro de contenidos digitales que no sean conformes con el contrato;

e) el impago o la demora en el pago del precio; y

f) cualquier otro presunto cumplimiento que no sea conforme al contrato".

(23) Sección de Derecho civil, editada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

(24) De acuerdo con la redacción propuesta para el artículo 1474, "La cosa entregada deberá ser conforme con el contrato en cantidad, calidad, tipo y deberá estar embalada o envasada en la forma que resulte del contrato. La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad".

1482, "en caso de falta de conformidad, el comprador podrá por su sola declaración dirigida al vendedor exigirle el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato. En cualquiera de estos supuestos podrá exigir, además, la indemnización de los daños y perjuicios, si procediere". Obsérvese que en este cuadro de remedios no se menciona expresamente a la facultad de suspensión, lo que en modo alguno significa que en esta propuesta normativa se haya preterido esta posibilidad. Así, la facultad de suspensión en las obligaciones de carácter sinalagmático aparece expresamente contemplada con carácter general en su artículo 1191, de acuerdo con el cual, "en las obligaciones sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento".

En cualquier caso, cabría plantearse si los remedios constitutivos del sistema del CESL se encuentran o no jerarquizados de modo que, de estarlos, la opción del contratante perjudicado no sería por completo libre. A este respecto, cabe señalar que, teniendo en cuenta la regulación específica de cada uno de los remedios contenida en el CESL, el comprador inicialmente insatisfecho, si es un consumidor, frente a una falta de conformidad que no sea insignificante podrá optar por la resolución, por la reducción proporcional del precio o por la reclamación de exacto cumplimiento. En relación con ésta última, no existe absoluta libertad para seleccionar la modalidad de subsanación (reparación o sustitución) (25). Además, dependiendo de la opción elegida, podrá suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones y obtener una indemnización de daños y perjuicios, si resulta procedente. Por su parte, en el CESL, para que el comprador empresario pueda contar con las mismas opciones concedidas al consumidor, debe haberse producido un incumplimiento

(25) Sobre este particular, véase mi trabajo "La reclamación de exacto cumplimiento de la prestación a cargo del vendedor en la Propuesta de Reglamento de Normativa Común de Compraventa Europea", en *Libro Homenaje al Profesor Manuel García Amigo,* Madrid, 2015, pp. 334 a 354.

esencial (26) no subsanado por el vendedor tras la correspondiente notificación.

Por su parte, en lo que se refiere a los remedios susceptibles de empleo por parte del vendedor, podrá exigir el cumplimiento, dejar en suspenso el cumplimiento de sus propias obligaciones, reclamar intereses sobre el precio o indemnización por daños y perjuicios (27) y, además, si el incumplimiento en que hubiese incurrido el comprador fuese esencial, podrá optar por la resolución del contrato, posibilidad que también tendrá cuando, pese a no haberse producido un incumplimiento de carácter esencial, si después de concedido un plazo adicional para el cumplimiento, el comprador no lo hace dentro del mismo (28).

Tanto comprador como vendedor podrán acumular los remedios que no resulten incompatibles.

III. LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

1. Formulación y antecedentes

Como consecuencia del carácter sinalagmático que tiene la compraventa (también en el CESL) resultaría contrario a la buena fe y al mantenimiento del equilibrio de las prestaciones de las partes permitir que quien no ha cumplido con sus específicas obligaciones, quede facultado para exigir de la otra parte el exacto cumplimiento de las suyas. Trasladando semejante argumentación al plano de

(26) Y lo es, de acuerdo con el artículo 87.2 CESL si:

"a) priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado; o

b) sea de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte incumplidora".

(27) Artículo 131 CESL. En relación con este precepto, el Parlamento europeo, en su resolución de 26 de febrero de 2014, formuló una enmienda al párrafo segundo del mismo (enmienda núm. 208) que fue expresamente rechazada por la Comisión, en mayo del pasado año.

(28) Artículos 134 y 135 CESL.

los remedios utilizables por parte del comprador, el inicial incumplimiento por el vendedor debe facultar a la contraparte –al margen del uso de otro tipo de medidas– para suspender el cumplimiento de las propias obligaciones. Utilizamos este último término en plural dado que no es sólo el pago del precio la única obligación que pesa sobre el comprador; por el contrario, junto a ella se sitúa la relativa a la recepción de los bienes o contenidos digitales, así como de los documentos representativos de unos y otros tal como lo requiera el contrato (29). No obstante, al regular semejante facultad, el CESL utiliza el término en singular para circunscribir la facultad de suspensión, muy posiblemente, a la relativa al pago del precio, como principal obligación que pesa sobre el comprador.

Se trata de una disposición que cuenta con claros antecedentes en la práctica totalidad de las normas con vocación internacional que han precedido a la propuesta normativa ahora analizada. En efecto, con un ámbito subjetivo de aplicación extensivo a ambos contratantes, el artículo 71.1.º de la CISG facultaba a comprador y vendedor para diferir el cumplimiento de sus respectivas obligaciones si, después de celebrado el contrato, resultaba manifiesto que la otra parte no cumpliría una parte sustancial de las propias. La misma regla con alcance bilateral se recogió en los *Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional* (30). Por su parte, el artículo 4:201 (1) (b) de los *Principles of European Law. Sales*, frente a la falta de conformidad de los bienes recibidos con los previstos en el contrato, legitimaba al comprador para "suspender el cumplimiento de acuerdo con el Capítulo 9, Sección 2 de los Principios de Derecho

(29) Art. 123.1 CESL.

(30) "(1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación.

(2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido" (artículo 7.1.3). Como señala la doctrina especializada, se trata del principio propio de la tradición romanista que se expresa en el aforismo *exceptio non adimpleti contractus.* Entre otros, véase *Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, Thomson-Aranzadi, Roma, 2004, pp. 202 y 203; también, D. Morán, "Incumplimiento", en *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, pp. 323-384, pp. 327 y 328.

Europeo de Contratos". Pues bien, a estos efectos, era el artículo 9:201 de este último texto el que regulaba la *exceptio non adimpleti contractus* (31), con la finalidad fundamental de proteger a la parte que suspende el cumplimiento (en cuanto no adelanta crédito al que incumple), al propio tiempo que incita al inicialmente incumplidor a verificar correctamente su prestación (en tanto que la recepción de aquello a lo que tiene derecho queda condicionada al cumplimiento de la obligación propia). Dicha regla también se encontraba presente en el DCFR (32).

A nivel interno, en el Código civil la *exceptio non adimpleti contractus* cuenta con manifestaciones en distintos preceptos. Así, en sede de mora (33), en relación con los efectos de nulidad (34) o

(31) Y lo hacía en los siguientes términos: "(1) Una parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender el ejercicio de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente. La primera parte puede suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación, según lo que resulte razonable conforme a las circunstancias.

(2) Igualmente, una parte podrá suspender el cumplimiento de su obligación tan pronto como resulte claro que la otra parte no cumplirá su recíproca obligación llegado el vencimiento de la misma"

(32) De acuerdo con su Art. III.-3:401, "(1) El acreedor que deba cumplir una obligación recíproca al mismo tiempo que el deudor o después tiene derecho a suspender el cumplimiento de la misma hasta que el deudor se haya ofrecido a cumplir su obligación o la haya cumplido realmente.

(2) Un acreedor que deba cumplir una obligación recíproca antes que el deudor y que crea razonablemente que el deudor no cumplirá su obligación cuando ésta venza, puede suspender el cumplimiento de la obligación recíproca mientras, razonablemente, siga creyendo esto. Sin embargo, el derecho a suspender el cumplimiento se pierde si el deudor garantiza debidamente que cumplirá su obligación.

(3) Un acreedor que suspenda el cumplimiento de una obligación en las circunstancias que se explican en el apartado (2) tiene el deber de notificar este hecho al deudor tan pronto como sea razonablemente posible y será responsable de las pérdidas que el incumplimiento de este deber ocasiones al deudor.

(4) En virtud del presente artículo, podrá suspenderse la totalidad o parte del cumplimiento, según sea razonable en las circunstancias dadas".

(33) "En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe" (art. 1100, párrafo tercero).

(34) "Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de

con respecto al pago del precio en este mismo contrato (35). No obstante, esta última facultad de suspender el pago del precio se concede al comprador frente a supuestos que pueden desencadenar la evicción, pero no para los supuestos de vicios ocultos que, conceptualmente, constituirían la hipótesis más próxima a la falta de conformidad, habiéndose mostrado nuestra jurisprudencia muy restrictiva en la aplicación de la norma dictada para la evicción a otros supuestos distintos de los expresamente contemplados en la misma (36). Ahora bien, siendo el régimen general del saneamiento ele-

---

aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba". Según B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual,* Madrid, 2013, p. 93, si en este precepto se alude expresamente a la *exceptio* es porque, teniendo su ámbito de aplicación en sede contractual, su invocación fuera de la misma exige de la existencia de un precepto que expresamente lo prevea.

(35) Artículo 1502 CC. En relación con este precepto, existen algunos pronunciamientos jurisprudenciales que disienten de la afirmación contenida en el texto. Así se ha afirmado que "Si bien, en términos muy generales, puede establecerse una cierta conexión entre la facultad de suspensión del artículo 1502 y la *exceptio non adimpleti contractus*, como si de una modalidad de esta última se tratara, lo cierto es que, con mayor rigor técnico, esta relación sólo se produce si el referido riesgo de la perturbación queda configurado expresamente en el contenido obligacional del programa de la prestación debida, como una obligación esencial y no meramente accesoria o complementaria. Fuera de esta previsión contractual, su contraste resulta improcedente a los efectos de la excepción de cumplimiento que centra su valoración, precisamente, en la adecuación o exactitud del cumplimiento realizado respecto del programa de prestación acordado. De ahí que, en estos casos, el fundamento de la facultad de suspender el pago del precio, como garantía o medida de protección legalmente prevista, responda más bien al carácter sinalagmático del contrato de compraventa y a la interdependencia o reciprocidad de las prestaciones debidas en la medida en que la perturbación sufrida, o el riesgo fundado de padecerla, cuestiona el cumplimiento satisfactorio de la contraparte y, con ello, el juego normal de la reciprocidad resultante, que puede quedar en suspenso; caso similar al previsto en el artículo 1467 del Código Civil que permite al vendedor retener la cosa vendida, si con posterioridad a la venta, descubre o tiene conocimiento fundado del riesgo de insolvencia del comprador, SSTS 23 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2544), 21 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9193) y 11 de mayo de 2004 (RJ 2004, 2733)": STS 8.1.2012 (RJ 3681).

(36) Así, en su Sentencia 20.9.2004, (RJ 5689), el TS señaló que "la obligación fundamental del comprador es el pago del precio conforme al art. 1500 CC, dado el carácter sinalagmático del contrato de compraven-

mento natural del contrato de compraventa y no esencial del mismo, el pacto modificativo del referido régimen –que, en definitiva, es lo que supondría el sometimiento al CESL (37)– no parece que encuentre serios obstáculos que impidiesen su validez entre nosotros. Así pues, en línea de principio, la aprobación del CESL no plantearía ningún problema de compatibilidad con la normativa española, en lo que a la concreta materia estudiada se refiere.

---

ta; sólo, como garantía o seguridad del comprador, se concede a éste un derecho de retención cuando es perturbado o tiene fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, medida precautoria que es en realidad una aplicación de la "exceptio non adimpleti contractus", como señala la sentencia del TS de 18-10-1994 (RJ 1994, 7486), pues, también es obligación principal del vendedor, proporcionar una posesión pacífica al comprador de lo vendido. Ahora bien, toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, han interpretado el precepto del art. 1502 del CC (LEG 1889, 27), de una manera restrictiva, siendo ello así de manera constante (por citar, entre otras, la del TS de 20-12-1898, 3-6-1986 [RJ 1986, 3288], 28-4-1989 [RJ 1989, 3275], 4-11-1989 [RJ 1989, 7850], 4-6-1992, 30-1-1992, 15 y 20-7-1991, 4-11-1997, 21-12-1996 [RJ 1996, 9193] ... etc.) no pudiendo aplicarse a casos distintos no comprendidos en el texto legal...". La interpretación restrictiva del artículo 1502 CC constituye una práctica jurisprudencial muy consolidada: entre otras, STS 25.6.1964 (RJ 3685); STS 20.9.2004, (RJ 5689); STS 19.11.2008 (RJ 6056). Más específicamente, en la STS 2.6.2001 (RJ 5530), expresamente se denegó semejante posibilidad ante una posible hipótesis de vicios ocultos.

No obstante lo anterior, la SAP Cantabria 15.7.2009, AC 1873, se alejó de esta interpretación genéricamente aceptada, al declarar que "la excepción de cumplimiento inadecuado o de contrato no cumplido regularmente (*excepcio non rite adimpleti contractus*) constituye, una variante de la excepción general de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*), con idéntica apoyatura legal, por lo que, cuando el demandante sólo ha cumplido la prestación a su cargo parcialmente o de manera defectuosa, el demandado puede rehusar su propia prestación hasta que la primera haya sido cumplida totalmente o ejecutada de forma rigurosa, rectificando de modo pertinente los defectos que la prestación presentaba". Sobre la distinción entre ambas excepciones y las especialidades de la excepción por cumplimiento defectuoso frente a la que tienen su origen en el incumplimiento contractual. Véase B. Rodríguez-Rosado, *Resolución y sinalagma contractual,* pp. 107-113.

(37) "… Estas normas pueden utilizarse para regular las transacciones transfronterizas de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados cuando así lo acuerden las partes contratantes" (Art. 1 de la *Propuesta de Reglamento*).

En la *Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, la facultad de suspensión en las obligaciones de carácter sinalagmático aparece expresamente contemplada con carácter general en su artículo 1191, de acuerdo con el cual, "en las obligaciones sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento". Esta propuesta normativa, en buena medida, recuerda a la contenida en el Art. 113 CESL. En tal sentido, al igual que en este último, la *Propuesta* admite la posibilidad de modulación de la suspensión (total o parcial) de la correspondiente prestación, así como la utilización de semejante facultad tanto frente a obligaciones de cumplimiento simultáneo como sucesivo. No obstante, frente al CESL, ofrece la ventaja de despejar dudas acerca del tipo de incumplimiento de la contraparte (esencial o no) que permitiría la adopción de esta medida; pero deja, también, sin resolver de modo expreso, la cuestión relativa al plazo de duración de la misma, extremos todos estos a los que nos referiremos más adelante.

En el TRLGDCU no se enuncia de modo directo la facultad de suspensión como derecho específicamente reconocido a consumidores y usuarios. No obstante, en el referido texto legal, en sede de condiciones generales, se considera como cláusula contractual abusiva por falta de reciprocidad –y, por tanto, nula–, "la imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos" (38). *A contrario sensu*, cabría entender que sí sería lícito que, frente al incumplimiento del empresario-vendedor de sus obligaciones, el comprador-consumidor suspendiera el cumplimiento de los propios.

De otro lado, también en la *Propuesta de nuevo Código Mercantil* (39) se reconoce a ambas partes contratantes la posibilidad de suspender el cumplimiento de sus propias prestaciones si tienen temor

(38) Artículo 87.1.º TRLGDCU.

(39) Publicada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid. 2013.

fundado que de que la otra no va a cumplir o si el incumplimiento de la contraparte ya se ha producido (40).

Dentro ya del Derecho comparado, la *exceptio non adimpleti contractus* cuenta con regulación específica en un buen número de textos codificados. A título meramente ejemplificativo podemos citar el parágrafo 320 BGB (41), los artículos 1612 y 1613 *Code* (42) o el artículo 1460 del Código civil italiano (43).

(40) "Cuando una de las partes contratantes tenga razones fundadas para creer que se va producir un incumplimiento esencial del contrato, podrá exigir garantía adecuada de su cumplimiento, suspendiendo mientras tanto su propia prestación…" (art. 417-1). Por su parte, habiéndose constatado ya un incumplimiento o cumplimiento defectuoso, "la parte perjudicada por el incumplimiento podrá suspender el cumplimiento de su prestación mientras que la subsanación no sea efectiva, y conservará el derecho a la indemnización de daños y perjuicios que la subsanación no pueda evitar" (art. 417-2, párrafo tercero).

(41) "(1) Quien está obligado por un contrato bilateral puede denegar el cumplimiento de la prestación que le incumbe hasta la ejecución de la contraprestación, a no ser que esté obligado a prestar anticipadamente. Si la prestación es a favor de varios, puede denegarse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación. La disposición del § 273, apartado 3, no es aplicable.

(2) Si una parte ha cumplido parcialmente la prestación, no puede por ello denegarse la contraprestación, si la denegación, de acuerdo con las circunstancias, especialmente por la relativamente poca entidad de la parte restante, fuera contraria a la buena fe".

(42) "El vendedor no estará obligado a entregar la cosa, si el comprador no pagara el precio, en caso de que el vendedor no le hubiera concedido un plazo para el pago" (art. 1612). Por su parte, prevé el art. 1613 que "no estará tampoco obligado a la entrega, incluso aunque le hubiera concedido un plazo para el pago, si, desde la venta, el comprador fuera declarado en estado de quiebra o sufriera descalabro, de manera que el vendedor se encontrara en peligro inminente de perder el precio; a menos que el comprador le constituya garantía de pagar en plazo".

(43) "Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto.

Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede".

2. Naturaleza del incumplimiento que permite el ejercicio de la facultad de suspensión

El artículo 113 CESL, al establecer el régimen del derecho a suspender el cumplimiento de las obligaciones del comprador, no delimita expresamente qué tipo de incumplimiento del vendedor es el que le facultaría a la contraparte para acudir a este remedio. Recuérdese que, tal como se ha indicado con anterioridad, en el CESL tienen cabida tanto el incumplimiento (a secas, sin adjetivos), como el incumplimiento esencial (ambos definidos en el artículo 87, ya citado).

En los comentarios oficiales del precedente más directo de la regla comentada –art. 9:201 de los *Principios de Derecho Europeo de Contratos*– expresamente se indicaba que, tratándose de prestaciones simultáneas, el incumplimiento de una de las partes no requería la calificación de esencial para que la otra tuviese derecho a suspender el cumplimiento de la propia prestación (44), lo que plantea la duda acerca de si sería lícita la extrapolación de semejante afirmación para aplicarla, también, al ámbito del CESL; en otros términos, el incumplimiento del vendedor que permitiría al comprador la invocación de su derecho a suspender el pago, ¿puede ser un incumplimiento de carácter no esencial? Ciertamente, cuando el artículo 113 CESL regula esta facultad, nada dice sobre el carácter o gravedad del incumplimiento que podría desencadenar la aplicación de la medida. De otra parte, a estos concretos efectos, el recurso a los precedentes normativos, *a priori*, resulta de escasa utilidad,

(44) En efecto, de modo textual, en los referidos comentarios se especifica que "En otros sistemas existe mayor flexibilidad y se permite utilizar la suspensión del cumplimiento de la obligación como medio de presionar para que la parte que ha incumplido, cumpla, incluso en casos de incumplimiento de escasa importancia, siempre que el importe de la obligación cuyo cumplimiento se suspende no sea desproporcionado respecto de la obligación que no se ha cumplido y que la parte que suspende su obligación actúe de buena fe. Tal es el enfoque de este precepto…": *Principios de Derecho Contractual Europeo,* Partes I y II, p. 596. Por su parte, T.W. Dornis, "Particular Remedies for Non-performance", p, 472, plantea la cuestión –a su juicio, poco clara en este texto normativo– de si la regla sería aplicable frente a obligaciones secundarias, ya que, según este autor, mientras las obligaciones primarias (o principales) están normalmente interconectadas, no sucede lo mismo con las obligaciones secundarias.

en tanto que el criterio mantenido sobre el concreto extremo ahora analizado no parece que haya sido constantemente mantenido. Así, frente a la orientación recién expuesta sustentada en los PECL, en la CISG se condicionaba el ejercicio de la facultad de suspensión por una de las partes al incumplimiento por la otra de "una parte sustancial de sus obligaciones". No obstante el tenor literal de la norma, la doctrina interpretaba la exigencia contenida en el artículo 71 CISG de un modo un tanto laxo, en el sentido de atribuir a ese incumplimiento de "parte sustancial" un significado diverso del "incumplimiento esencial" pero, al propio tiempo, encontrándose también alejado del "incumplimiento de escasa entidad" (45). De este modo, parece que en la CISG, a estos concretos efectos, cabría configurar tres categorías distintas de incumplimiento en función de su gravedad, excluyéndose la facultad de suspensión sólo ante incumplimientos de escasa entidad. En nuestra opinión, esta misma línea interpretativa es susceptible de aplicación al CESL, con base en los siguientes argumentos:

— Cuando el artículo 114.1.º CESL regula la facultad de resolución por incumplimiento, expresamente exige que ese incumplimiento sea esencial (46); sin embargo, en el artículo 113, en sede de suspensión, no se alude en ningún momento al carácter esencial del mismo, de donde podría colegirse que, para este último, tal grado de incumplimiento no es imprescindible que se dé para que quepa la suspensión.

(45) Según A. L. Calvo Caravaca, "Comentario al artículo 71", en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena,* dirigidos por L. Díez-Picazo, cit., pp. 560-568, p. 563, "… ese incumplimiento, aunque no sea esencial (art. 25 de la Convención) –caso en el que podría caber incluso la declaración de resolución de contrato (art. 72 CV)…–, debe revestir una cierta importancia: el artículo 71, por su carácter excepcional, debe ser interpretado restrictivamente y no cubrir en modo alguno incumplimientos de escasa entidad". Véase, también, la cita que acompaña en el texto original al fragmento reproducido.

(46) "Un comprador podrá resolver el contrato a tenor del artículo 8 si el incumplimiento en que hubiere incurrido el vendedor en virtud del contrato es esencial a tenor del artículo 87, apartado 2".

— El artículo 114.2.º CESL permite resolver la compraventa de consumo "salvo que la falta de conformidad sea insignificante" (47). Si, de acuerdo con el viejo aforismo, *quien puede lo más, puede lo menos*, habría que entender que quien esté facultado para resolver el contrato frente a una falta de conformidad que no sea insignificante, también estará facultado para suspender el cumplimiento de su propia obligación ante las mismas circunstancias.

— El artículo 113.3º CESL permite suspender la totalidad o parte del cumplimiento "en la medida justificada por el incumplimiento", lo que puede interpretarse como el establecimiento de una gradación de la suspensión correlativa al grado de incumplimiento. Evidentemente, ello implica la tácita aceptación, a los presentes efectos, de distintos grados de incumplimiento.

A partir de las consideraciones previas, podemos concluir que, en nuestra opinión, el incumplimiento del vendedor que permitiría al comprador suspender el cumplimiento propio no ha de ser, necesariamente, un incumplimiento esencial; pero ha de tener la suficiente entidad como para justificar la medida adoptada por el comprador, lo que dejaría fuera de la órbita de la lícita suspensión los supuestos de falta de conformidad de escasa trascendencia. Es obvio que con semejante afirmación estamos introduciendo un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación práctica no estará exenta de dificultades. En cualquier caso, debe tenerse en consideración que el CESL establece, dentro de los criterios que debe presidir su aplicación, una definición de lo que debe estimarse por "condición razonable" (48)

(47) "En un contrato de compraventa de bienes de consumo o de suministros de contenidos digitales entre un comerciante y un consumidor, cuando el incumplimiento se deba a que los bienes no son conformes con el contrato, el consumidor podrá resolver el contrato, salvo que la falta de conformidad sea insignificante".

(48) En efecto, de acuerdo con su artículo 5, "1. Aquello que es *razonable* deberá ser objetivamente determinado teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las actividades comerciales o profesionales de que se trate.

2. Cualquier referencia a lo que se pueda esperar de una persona o una persona pueda esperar, o a lo que pueda esperarse en una situación concreta, se entenderá hecha a lo que razonablemente pueda esperarse".

que, en alguna medida, puede proporcionar aquí adecuadas pautas interpretativas.

3. ¿Notificación al vendedor?

La cuestión relativa al tipo de incumplimiento que legitimaría al comprador para el ejercicio de su derecho a suspender el cumplimiento de su obligación no es la única duda interpretativa que, en relación con la implementación de la facultad estudiada, plantea su régimen normativo en el CESL. De este modo, en su artículo 113, a diferencia de lo que acontecía con textos normativos previos, nada se dice acerca de la posible exigencia de una notificación al vendedor comunicándole el ejercicio de la facultad de suspensión. Dicha notificación se encontraba expresamente prevista en el DCFR para el supuesto en el que la prestación del acreedor debiera verificarse antes que la del deudor y aquél creyese razonablemente que la contraparte no cumpliría con su prestación cuando tuviera lugar su vencimiento, siendo responsable "de las pérdidas que el incumplimiento de este deber (de notificar) ocasiones al deudor" (49). Y en términos aún más amplios establecía esta obligación la CISG, al prever que "la parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte…" (50).

Contrariamente a lo previsto en estos textos, en el CESL nada se señala sobre este concreto extremo en el propio artículo 113, lo que, no obstante, no es óbice para poder efectuar una interpretación sistemática del precepto, a fin de precisar si cabe afirmar la existencia de ese deber de notificar a partir de otras normas también integradas dentro del sistema de remedios puestos a disposición del comprador. Y aquí, en línea de principio, parece que debe traerse

---

La referencia a este criterio de la "razonabilidad" aparecía expresamente contemplado en el Art III.-3:401 (4) DCFR al regular el derecho a suspender una obligación recíproca. En efecto, conforme al citado precepto, "en virtud del presente artículo, podrá suspenderse la totalidad o parte del cumplimiento, según sea razonable en las circunstancias dadas".

(49) Art. III.- 3:401 (3).

(50) Art. 71.3.º CISG.

a colación la existencia de un doble régimen en el CESL según que el contrato en el que haya de ejercitarse la facultad de suspensión tenga o no el carácter de una venta de consumo. En efecto, la regulación contenida en el CESL resultaría aplicable en relación con las modalidades contractuales que entran dentro de su ámbito de aplicación tanto si ligan a un empresario con un consumidor (51), cuanto si la relación se establece entre dos empresarios. No obstante, ello no significa que el régimen legal de ambos tipos de transacciones sea idéntico. Por el contrato, en el CESL (al igual que sucedía con propuestas normativas previas) se establecen algunas diferencias entre ellas.

Así, para el comprador en el que concurre la condición de comerciante, "los derechos del comprador a invocar la falta de conformidad estarán sujetos a los requisitos de examen y notificación…", según precisa su artículo 106.2 (b). No obstante, si analizamos con detalle esa notificación a la que se refiere la norma invocada, podremos comprobar que la legalmente exigida en el contexto indicado es la que tiene por objeto hacer partícipe al vendedor de la falta de conformidad de la prestación recibida en relación con la proyectada (52); y no la activación por parte del comprador de una concreta de las facultades que, como remedio, se le atribuye por parte de la norma.

Ahora bien, que no quede condicionada legalmente a la exigencia de notificación la licitud del ejercicio de la facultad de suspensión no significa que no sea práctica verificarla con el fin de no retrasar uno de los efectos esenciales de la misma, como es el de compeler al vendedor al exacto cumplimiento, al tener la certeza de que, mientras no cumpla adecuadamente, nada recibirá. No lo es, en efecto, para acordar la suspensión, pero si en el horizonte del comprador se vislumbra la posibilidad de resolver el contrato por retraso no esencial, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 115, debería notificar al vendedor la fijación de un plazo adicional de duración razonable para que proceda al cumplimiento (53), en cuyo caso, lo

(51) De acuerdo con el apartado (l) del artículo 2, contrato de compraventa de bienes de consumo es "un contrato de compraventa, en el que el vendedor es un comerciante y el comprador es un consumidor".

(52) Art. 122 CESL.

(53) Según este precepto, "El comprador podrá resolver el contrato en

más práctico sería la utilización de la referida notificación para comunicar, también, el ejercicio de la facultad de suspensión.

4. Ámbito material de aplicación: incumplimiento cierto e incumplimiento previsible

Regula el artículo 113 CESL el derecho que asiste al comprador para suspender el cumplimiento, como específica medida de protección a la que puede recurrir en caso de incumplimiento por parte del vendedor, distinguiendo según que las prestaciones de las partes hayan de ejecutarse o no de modo simultáneo.

En efecto, en el marco normativo del CESL, el pago del precio ha de efectuarse, en línea de principio, contra la entrega del bien adquirido (54), lo que no excluye la posibilidad de que las partes, en uso de su libertad contractual, puedan diferir en el tiempo la ejecución de sus respectivas prestaciones. A los efectos aquí analizados, el elemento esencial que permite deslindar entre los distintos supuestos es el momento de la constatación, por parte del comprador, de la inexistencia de efectivo cumplimiento de la prestación que pesa sobre el vendedor; esto es, si, llegado el momento de efectuar el cumplimiento de su respectiva obligación, el comprador sabe o sólo intuye que el vendedor no va a cumplir adecuadamente con la suya.

El primer supuesto (certeza sobre el incumplimiento de la contraparte) se daría en todos los casos de cumplimiento simultáneo y en los que, no siéndolo, es el comprador quien habrá de cumplir con posterioridad al vendedor. Lo decisivo aquí es que el comprador tiene la constancia, antes o en el mismo instante en que debería pagar el precio, que el vendedor no ha cumplido (o no ofrece cumplir) con su prestación, de modo que, al suspender el comprador el pago, esta medida despliega toda su eficacia protectora.

Distintos perfiles presenta la cuestión cuando lo que se ha diferido respecto del pago del precio es la entrega de la cosa. En tales casos, el comprador, en el momento en que debe efectuar el

---

caso de retraso en la entrega no esencial en sí mismo si notifica la fijación de un plazo adicional de duración razonable para que se proceda al cumplimiento y el vendedor no cumple su obligación en dicho plazo".

(54) "El pago del precio se efectuará en el momento de la entrega" (artículo 126.1).

pago, no tiene certeza acerca de si, llegado el momento oportuno, el vendedor va a cumplir adecuadamente con su prestación esencial. No obstante, el CESL permite atribuir a la suspensión del pago del precio una especie de eficacia defensiva, en cuanto que la creencia razonable de que el vendedor no cumplirá con su obligación cuando venza, permite la activación de aquella medida. Hablamos, pues, del ejercicio de la facultad de suspensión frente a un incumplimiento previsible.

Ni que decir tiene que, aquí, el principal problema interpretativo radica en la determinación del exacto significado de esa "creencia razonable" que legitimaría la suspensión por parte del comprador. A estos efectos, el recurso a los precedentes normativos y a la doctrina exegética de los mismos puede contribuir a clarificar la cuestión. Así, en el artículo 71 CISG, al fundamentar el ejercicio de la facultad de diferir el cumplimiento de las obligaciones respectivas se aludía a la concurrencia en la contraparte de "un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su insolvencia" (55), lo que ha sido interpretado por la doctrina especializada como incapacidad de cumplimiento del contrato que podría inferirse de, entre otros supuestos, "la venta o demolición de la fábrica, de la interrupción del suministro de materias primas o de un cumplimiento o incumplimiento defectuosos de contratos semejantes concluidos con terceros… o (la apertura) de un procedimiento concursal…" (56). Por su parte, los

(55) "1. Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de:

— un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o

— su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato" (Art. 71.1.º CISG).

(56) A. L. Calvo Caravaca, "Comentario al artículo 71", p. 564. Como precisa J. San Juan Crucelaegui, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías,* Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 216-217, "el requisito esencial para el ejercicio de tal potestad dilatoria estriba en que la amenaza o la probabilidad de incumplimiento sea manifiesta no bastando el simple temor o sospecha de incumplimiento, sino que debe producirse la concurrencia de circunstancias objetivas que revelen manifiestamente la probabilidad de incumplimiento". B. Audit, *La compraventa internacional de mercaderías,* Buenos Aires, 1994, p. 186, ejemplifica el supuesto del siguiente modo:

Principios Unidroit resultan aquí de escasa utilidad, por cuanto no contemplaban la posibilidad de esa suspensión preventiva a la que nos venimos refiriendo (57). En cambio, en el DCFR, siguiendo aquí a los PECL (58), sí prevé la posibilidad de suspensión por incumplimiento previsible, que puede mantener el acreedor mientras razonablemente siga creyendo que el deudor no cumplirá su obligación cuando ésta venza. No obstante, según la norma en cuestión, "el derecho a suspender el cumplimiento se pierde si el deudor garantiza debidamente que cumplirá su obligación" (59). Comentando el citado precepto, se ha señalado que, frente a la suspensión preventiva unilateralmente decidida por el comprador, el vendedor aparece en la norma protegido de un doble modo: de una parte, pudiendo alegar que la creencia del comprador en que no habrá cumplimiento por su parte, atendiendo a las circunstancias objetivas, no resulta razonable; de otra, dando al comprador garantías del cumplimiento debido (60). Esta última previsión, relativa a la pérdida del derecho a la suspensión frente a un incumplimiento previsible, ha desaparecido del tenor literal del artículo 113 CESL (61), pero ello no significa que no pueda tener aplicación bajo la cobertura normativa del mismo. Entendemos que ello es así en cuanto el precepto mencionado en último lugar alude al mantenimiento de la suspensión "mientras, razonablemente, siga creyéndolo"; esto es, mientras, dadas las concretas circunstancias que rodean al supuesto fáctico, pueda el com-

"una insuficiencia de la capacidad de cumplimiento surgirá, por ejemplo, de demoras repetidas del vendedor, que hagan presumir que no respetará los plazos de remisión… o del hecho de que otras remisiones efectuadas por él demuestren que no tienen la destreza técnica necesaria. O aun una interrupción forzada de su actividad –por causa de huelga, accidente, falta de materias primas– hacen inevitables esos retardos para el futuro…"

(57) Conforme a su artículo 7.1.3 (2), "Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido".

(58) Art. 9:201 (2).

(59) Art. III.- 3:401 (2) DCFR.

(60) *Principles, Definitions and Model Rules of Euroean Private Law,* vol. I, Séller, p. 845.

(61) Sin embargo, sí se sigue manteniendo en el artículo 133, que regula la facultad de suspensión de las obligaciones del vendedor, diferencia ésta sobre el que incidiremos más adelante.

prador seguir pensando que, llegado el momento del vencimiento, el vendedor no va a cumplir, lo que no parece que pueda admitirse si este sujeto contractual proporciona las adecuadas garantías. En este caso, la suspensión de la obligación comprador, entedemos, ya no sería razonable y perdería su razón de ser.

De otra parte, merece ser destacado el hecho de que ninguna de las disposiciones aludidas que contemplan la referida facultad exige el carácter doloso, la intencionalidad, de ese futuro incumplimiento. De este modo, en línea de principio, serán circunstancias fácticas, de carácter objetivo, las que doten del necesario fundamento a esa creencia en el incumplimiento por parte del comprador que legitima el ejercicio preventivo de su facultad de suspensión, sin que, por otra parte, la ausencia de garantías, si más, pueda proporcionar suficiente base a la misma. No obstante, si tales garantías se dan, la suspensión, como ya ha quedado indicado, perdería su razón de ser. En cuanto a la naturaleza de las mismas, entendemos que resultarían válidas todas aquéllas que, con independencia de su concreta modalidad, proporcionen suficiente cobertura a la obligación que pesa sobre el vendedor.

La fórmula de la suspensión preventiva del pago del precio aparece también en nuestro Código civil, si bien, circunscrita a los supuestos que pueden dar lugar a la evicción. En tal sentido, el artículo 1502 CC habla de "temor fundado de serlo –perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida– por una acción reivindicatoria o hipotecaria", motivos de perturbación que, como ya se ha indicado, han sido interpretados mayoritariamente de forma estricta por parte de la jurisprudencia de nuestros tribunales y que alejan el supuesto patrio de la hipótesis normativa contemplada en el CESL (62).

(62) Los bienes a los que se puede aplicar la normativa contenida en esta propuesta internacional han de tener carácter mobiliario (*ex art*. 2, h) y aún cuando la acción reivindicatoria puede referirse a los mismos, lo cierto es que el examen de la jurisprudencia española atinente al artículo 1502 CC arroja como resultado la admisión de ese "temor fundado" a la perturbación o privación de la posesión o propiedad mayoritariamente en relación con adquisiciones inmobiliarias.

5. Suspensión parcial

Junto con la suspensión preventiva o por incumplimiento previsible, la normativa a estos efectos propuesta en el CESL contempla, también, la posibilidad de que quepa suspensión frente a un incumplimiento de prestaciones fraccionadas correspondientes a ambas partes contratantes (63). En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 3.º del tantas veces mencionado artículo 113, la suspensión puede tener un alcance total o parcial. Esto es, "cuando las obligaciones del vendedor deban cumplirse por partes o sean divisibles de otro modo, el comprador sólo podrá suspender el cumplimiento en relación con la parte que no se haya cumplido, a menos que el incumplimiento del vendedor sea tal que justifique la suspensión total del incumplimiento del comprador".

---

(63) Posibilidad también prevista en DCFR: "En virtud del presente artículo, podrá suspenderse la totalidad o parte del cumplimiento según sea razonable en las circunstancias dadas" (Art. III.-3:401). En el mismo sentido, Art. 9:201 (1) PECL. En cambio, en la órbita de los Derechos internos, el BGB no parece admitir semejante posibilidad, por cuanto, de acuerdo con su parágrafo 320.2.º, "Si una parte ha cumplido parcialmente la prestación, no puede por ello denegarse la contraprestación, si la denegación, de acuerdo con las circunstancias, especialmente por la relativamente poca entidad de la parte restante, fuera contraria a la buena fe". Del tenor literal de la norma parece inferirse que lo que condiciona la buena fe es la admisión o rechazo de la suspensión de la íntegra prestación, pero no una suspensión parcial. Por su parte, en la *Propuesta de la Academia de Pavía (Código Europeo de Contratos*. Libro I, Libro II, Título I, Bogotá, México DF, Madrid, Buenos Aires, 2009), en su artículo 108, si bien tampoco se prevé la posibilidad de una suspensión parcial, sí se contienen específicas indicaciones acerca de cuándo la suspensión implica un rechazo que puede ser considerado contrario a la buena fe. En efecto, dispone el citado precepto que "1. En los contratos sinalagmáticos, si una parte no cumple o no se ofrece a cumplir su obligación, cualquiera que sea la gravedad del incumplimiento, el acreedor tiene la facultad de suspender la prestación por él debida simultánea o sucesivamente, a menos que tal rechazo sea contrario a la buena fe.

2. Se considera contrario a la buena fe el rechazo:

a) que conlleva consecuencias excesivamente gravosas para la otra parte;

b) que determina la extinción de la obligación del acreedor cuando el incumplimiento, ya verificado, sea de escasa entidad;

c) que perjudica un derecho fundamental de la persona".

A juicio de algún sector de la doctrina especializada (64), las previsiones normativas de los artículos 113 y 130.2.º CESL no se hallan completamente armonizadas: de acuerdo con el artículo 130.2.º, el comprador puede rehusar el cumplimiento parcial si tiene un interés legítimo en hacerlo (65). Según Zoll, si el comprador rehúsa este cumplimiento parcial, podría suspender completamente el pago, lo que, en línea de principio, parece oponerse a lo establecido en el artículo 113.3.º ("… el comprador sólo podrá suspender el cumplimiento en relación con la parte que no se haya cumplido….). La objeción de Zoll podría soslayarse entendiendo que ese mismo interés legítimo que en el artículo 130.2.º justifica el rechazo de la entrega de una cantidad de bienes menor que la estipulada en el contrato, justifica la suspensión total del cumplimiento de acuerdo con el tenor del artículo 113.3.º ("… el incumplimiento del vendedor sea tal que justifique la suspensión total del cumplimiento del comprador").

En todo caso, la regla del párrafo tercero del artículo 113, de entrada, evoca de modo inmediato a un contrato de tracto sucesivo que, en determinados supuestos, de acuerdo con el CESL, puede quedar bajo la cobertura normativa del mismo (66). En semejante supuesto fáctico, la aplicación de la regla de suspensión parcial cobra toda su razón de ser: frente al incumplimiento de una de las entregas que debía efectuar el vendedor, el comprador queda facultado para suspender el pago estipulado para la misma.

Ahora bien, no existe ninguna razón sustancial que impida la aplicación de esta regla de suspensión parcial a aquellos otros supuestos, no constitutivos técnicamente de contrato de suministro, pero

(64) Zoll, "The buyer's remedies", p. 516.

(65) Literalmente, señala el precepto que "si el vendedor entrega una cantidad de bienes o contenidos digitales menor de la estipulada en el contrato, el comprador deberá aceptarlos a menos que tenga un interés legítimo en rechazarlo".

(66) En efecto, según dispone el párrafo 2º del artículo 6 de la *Propuesta de Directiva de CESL*, "… Se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular los contratos que un comerciante y un consumidor en los que se suministran o se presten bienes, contenidos digitales o servicios relacionados del mismo tipo de forma continuada y el consumidor paga por ellos de manera escalonada mientras dura dicho suministro o prestación".

en los que exista posibilidad de un fraccionamiento de la ejecución de la prestación única por parte del vendedor. La norma específicamente habla de "obligaciones del vendedor que deban cumplirse por partes o sean divisibles de otro modo". Ello nos situaría, muy probablemente, no sólo ante prestaciones temporalmente divisibles, sino, también, ante otras que, debiendo verificarse simultáneamente, tengan un carácter plural. La falta de entrega de algunos de esos elementos justificaría la suspensión por parte del comprador del pago de la parte del precio equivalente al valor de los mismos. De otra parte, la regla en cuestión, tal vez, podría resultar de aplicación en aquellos casos en los que la entrega de la cosa comprenda, también, la de accesorios de la misma, habiéndose verificado la trasmisión de la primera, pero no la de los segundos. En semejante hipótesis, puede tener sentido la admisión de una suspensión parcial de la obligación de pago del precio; más concretamente, de la parte del mismo correspondiente a los accesorios no recibidos (pero con perspectivas de recibirse con posterioridad). Recuérdese que, conforme a la tesis que hemos defendido aquí, el incumplimiento que permitiría el ejercicio de esta facultad de suspensión no tiene que ser, necesariamente, esencial (aunque tampoco puede tratarse de un incumplimiento de escasa trascendencia).

Evidentemente, la admisión del ejemplo propuesto implica una interpretación del cumplimiento parcial como cumplimiento inexacto o no conforme pues, de otro modo, no tendría cabida la invocación de la norma comentada.

En cualquier caso, la clave interpretativa se encuentra en la expresión "en la medida justificada por el incumplimiento", lo que nos sitúa nuevamente ante un criterio de proporcionalidad, y en tal sentido, no puede obviarse que la teleología de la norma es, esencialmente, el mantenimiento del carácter sinalagmático de la relación contractual.

6. Duración de la facultad de suspensión

La suspensión del cumplimiento por parte del comprador, por razones obvias, tendrá siempre un carácter transitorio pues, transcurrido determinado lapso temporal, deberá concluir mediante la constatación del incumplimiento definitivo por parte del vendedor (que impulsará al primero a la adopción de los remedios correspon-

dientes) o bien, con el adecuado cumplimiento de tal obligación o el afianzamiento de la misma.

En cualquier caso, la duración de la suspensión unilateralmente decida por el comprador vendrá delimitada, evidentemente, por sus términos inicial y final. En relación con el primero, como ya ha quedado indicado, no parece que en el CESL la virtualidad de la medida suspensiva exija legalmente la notificación de la misma al vendedor. Ahora bien, la conveniencia de obtener de modo inmediato uno de los efectos propios de la misma –como es el de compeler al vendedor al exacto cumplimiento, haciendo que tome conciencia de que, en tanto no cumpla, nada va a recibir– aconseja la práctica de la referida notificación que, en nuestra interpretación, resultaría, pues, aconsejada, aunque no obligatoria.

En cuanto al término final de la misma, nuevamente aquí debe traerse a colación la distinción previamente aludida relativa a la existencia o no de acuerdo que posponga el momento de cumplimiento por el vendedor de su respectiva obligación. No dándose tal acuerdo, esto es, debiendo cumplir el vendedor antes o simultáneamente con el comprador, la facultad de suspensión podrá mantenerse, a tenor de lo establecido en el párrafo primero del artículo 113, "en tanto el vendedor haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente". La aplicación de la regla resultaría, *a priori*, bien simple; sin embargo, en una interpretación sistemática del precepto, no lo es tanto, en la medida en que habría que tener también en consideración otras normas del CESL relativas al (in) cumplimiento. A fin de facilitar la interpretación y aplicación práctica de la norma, cabría distinguir los siguientes supuestos fácticos en sede de levantamiento de la suspensión decidida por el comprador:

— Cumplimiento exacto (y tardío) por el vendedor de la prestación que el incumbe.– A menos que concurra causa de resolución (67) y sin perjuicio de la indemnización por daños que pudieran corresponderle (68), el comprador deberá proceder a la ejecución de la prestación que le corresponde, poniendo fin a la suspensión.

— Cumplimiento inexacto (y tardío) por parte del vendedor.– Al

(67) Artículo 114 CESL y, especialmente, artículo 115, párrafo 1.
(68) Regulada en el Capítulo 16 CESL.

margen de otros efectos ya aludidos en el anterior supuesto que sean directa consecuencia del carácter extemporáneo de la prestación ejecutada, si aún le interesa, el comprador podrá reclamar el exacto cumplimiento de la obligación a la que tiene derecho. En semejante hipótesis, de acuerdo con el tenor literal del artículo 109.6.º, "podrá dejar en suspenso su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación". Ahora bien, en virtud de lo establecido en el párrafo tercero del artículo 113, la suspensión de su propia obligación habrá de moderarse –entendemos que, cuantitativamente– en función del grado de cumplimiento por parte del vendedor. Ello, naturalmente, siempre que la prestación del vendedor hubiera sido susceptible de cumplirse por partes o fuese divisible de otro modo.

— Ofrecimiento por el vendedor del cumplimiento de su obligación.- En línea de principio, de acuerdo con el tenor literal del artículo 113, párrafo primero, semejante ofrecimiento tendría la virtualidad de impedir el ejercicio de la facultad de suspensión por parte del comprador. Ahora bien, entendemos que aquí no debe descartarse la posibilidad de una aplicación analógica del párrafo segundo del mismo precepto, de modo que, pese a que haya existido semejante ofrecimiento de cumplimiento por el vendedor, si el comprador cree razonablemente que no va a cumplir (y mientras siga creyéndolo), podrá iniciar (y mantener) la suspensión de la ejecución de la propia prestación.

En el supuesto de que el cumplimiento por el comprador hubiera de tener lugar antes que el correspondiente a la obligación del vendedor, como se indicó en epígrafe precedente, el mantenimiento de la suspensión unilateralmente acordada (lo que antes hemos denominado "suspensión preventiva" o por "incumplimiento previsible") podrá prolongarse hasta que tenga lugar la ejecución exacta de la prestación debida o finalizar antes si, por las concretas circunstancias concurrentes, han desaparecido los factores que convertían el temor del comprador a no recibir la prestación debida en un riesgo objetivo.

IV. LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Tal como se ha indicado en páginas precedentes, la sistemática empleada por el CESL implica la regulación separada de las obliga-

ciones de los contratantes, estableciéndose de modo paralelo el sistema de remedios susceptible de empleo por uno y otro frente al incumplimiento de la contraparte. De este modo, el artículo 133 CESL es al vendedor, lo que el artículo 113 representa para el comprador: la precisión de las condiciones que legitiman el ejercicio de la facultad de suspensión del cumplimiento de sus propias obligaciones.

Si comparamos en su literalidad ambas normas –artículos 113 y 133– la conclusión no puede ser otra que la afirmación de la plena coincidencia de ambos textos. La única diferencia que se aprecia se halla en el párrafo segundo del artículo 133 que, frente a su equivalente del 113, añade la regla de pérdida del derecho a la suspensión "si el comprador garantiza debidamente que cumplirá su obligación u ofrece una garantía adecuada". Esta adición, no obstante, no permite concluir una sustancial diferencia entre ambos preceptos pues, tal como se ha señalado con anterioridad, en la interpretación que proponemos, la prestación de garantías de cumplimiento por parte del vendedor convertiría en irrazonable el mantenimiento de la suspensión unilateralmente decidida por el comprador. Así pues, las diferencias fácticas entre los supuestos normados por los artículos 113 y 133 CESL derivaran de elementos extrínsecos a los mismos, como por ejemplo, la distinta naturaleza de las obligaciones que sobre uno y otro contratante pesan. En tal sentido, así como las obligaciones del comprador susceptibles de suspenderse son las relativas al pago del precio, recepción de los bienes o los contenidos digitales y recepción de los documentos representativos o relativos a los bienes o los documentos relativos a los contenidos digitales tal como lo requiera el contrato (artículo 123); es el incumplimiento de las mismas lo que facultaría al vendedor para suspender las suyas. Aquí es el artículo 91 CESL el que cobra protagonismo al delimitar las principales obligaciones del vendedor dentro de este ámbito normativo (69).

(69) "El vendedor de bienes o el suministrador de contenidos digitales (en esta parte denominado *el vendedor*) deberá:

a) entregar los bienes o suministrar los contenidos digitales;

b) transmitir la propiedad de los bienes, incluido el soporte material utilizado para suministrar los contenidos digitales;

c) garantizar que los bienes o los contenidos digitales son conformes con el contrato;

d) garantizar que el comprador tenga derecho a utilizar los contenidos digitales con arreglo al contrato; y

De otra parte, en términos más generales, en lo que se refiere al cuadro genérico de remedios susceptibles de empleo por parte del vendedor –a diferencia de lo que acontece en relación con el comprador–, no se establece distinción alguna en función de la naturaleza de los sujetos contratantes (consumidor o empresario), modalizándose algunos de los remedios en función de la particular esencia de la obligación incumplida por la contraparte (70).

La conveniencia de evitar reiteraciones innecesarias hace que, al margen de las peculiaridades apuntadas, remitamos el comentario de la facultad de suspensión de las obligaciones del vendedor a las consideraciones ya efectuadas sobre el equivalente derecho del comprador.

Por último, no podemos finalizar esta aproximación al CESL sin concluir que muchas de las repeticiones que aparecen en este texto son consecuencia de la sistemática empleada, a nuestro juicio, no del todo adecuada, pues con el establecimiento de un régimen común (el propio de las obligaciones sinalagmáticas), sólo debería incluirse referencia expresa separada a aquellas reglas relativas a los remedios susceptibles de empleo por comprador y vendedor que, verdaderamente, fuesen distintas en cuanto justificadas por la naturaleza de las diversas obligaciones asumidas por los contratantes. Pero ello, evidentemente, supondría la articulación de una opción legislativa distinta de la comentada (71).

---

e) entregar cualquier documento representativo o relacionado con los bienes o los contenidos digitales, que exija el contrato".

(70) De este modo, la posibilidad de exigir la indemnización de daños y perjuicios del artículo 106.1,e) se transforma en la reclamación de intereses sobre el precio o indemnización de daños y perjuicios en el artículo 131.1,d). Por razones obvias, la posibilidad de reducir el precio en el primero de los artículos citados, desaparece en el segundo.

(71) En todo caso, la facultad de suspender la entrega de la cosa no es extraña al Código civil que también la reconoce al vendedor en sus artículos 1466 y 1467, atinentes a los distintos supuestos de posible incumplimiento de la obligación de pago del precio por el comprador (incumplimiento constatado o temido) y las fórmulas empleadas no difieren sustancial de las empleadas en el CESL, por lo que la posible implementación de la misma entre nosotros no parece, en principio, que pueda resultar problemática.

DERECHO
Jaime Guasp en el recuerdo

Víctor M. Garrido de Palma

Me ha pasado algo curioso. La obra así titulada (Madrid, 1971. Depósito legal: M. 21.145-1971), lleva en la casa familiar de la gallega Redondela desde… En varias ocasiones he querido leerla. Era incapaz, me sobrepasaba; ¿por falta de ganas, por debilidad mental, por su nivel? Un poco, bastante, por todo ello. Pero en estos días de Semana Santa y hoy Domingo de Resurrección de 2015 me atrevo a transcribir parte de uno de sus últimos capítulos: "El Derecho Privado…" (p. 511 y ss.)

1. Frente, al lado de, ante el Derecho Público, conjunto de relaciones jurídicas orgánicas (p. 459 y ss.), el Privado es conjunto de relaciones jurídicas inorgánicas (título del capítulo 24, p. 513)

Conjunto de relaciones entre hombres (p. 512), la relación jurídica privada es idéntica a la pública, estructural y funcionalmente (p. 513). En el capítulo 5 aborda el concepto general para afirmar que el Derecho está compuesto por relaciones entre hombres, relaciones jurídicas (p. 83) Poder y deber jurídico, así como estructura de la relación jurídica (sujetos, contenido y efectos), ocupan páginas que no me atrevo a comentar y es que deseo ceñirme a lo que a continuación me voy a referir.

2. Relaciones jurídicas ¿inorgánicas?: el D. P. es el reino de lo inorgánico, sin que se quiera llegar al extremo de decir que es el reino de lo desorganizado (p. 514) Si el individuo es absorbido por la multitud de organizaciones no humanas (inhumanas, es el término que emplea en la p. 516), si el respeto a la individualidad

desaparece, el D. P. como tal se desfonda y queda sustituido por complejidades artificiales de objetividad más o menos auténtica: tan pronto como una organización toca a la esencia del individuo, el D. P. se esfuma para dejar paso al correspondiente sistema de derecho público. No cabe (dice en la p. 517) organizar el D. P. A lo sumo cabe congelar sus productos mediante técnicas de historificación: sistemas jurídicos que recogen al D. P. para tratar de apresar de alguna manera su esencial movilidad individual, y que tienen una nota común, una nota de solemnización. Con ellas queda el D. P. publificado, aunque solo desde una perspectiva puramente extrínseca y de contemplación a posteriori.

¿? Guasp no nos mantiene en la penumbra por más tiempo: a partir de la cit. pág. especifica las tres técnicas básicas mediante las que se historifica el D. P. La intervención del Notario, con el que el derecho notarial tiende a una relativa organización del D. P. El Registro, el derecho registral –comprensivo de toda clase de Registro– que publifica al D. P. Y finalmente una tercera vía, de naturaleza distinta a las dos anteriores pero con el mismo objetivo, la técnica que consiste en procedimentalizar al D. P. y que se conoce con el nombre de jurisdicción voluntaria. El derecho de la j.v. ordena, en la medida de lo posible, el D. P. básicamente inorgánico. En él –dice– no actúa un órgano jurisdiccional como si de derecho procesal se tratara, sino que se caracteriza por manejar una materia de D. P. estricto mediante un procedimiento formalmente estructurado (por lo que la terminología "j.v." supone un nombre ciertamente impropio; p. 519).

3. Y llegamos al centro neurálgico –a mi entender– de la exposición de su obra, de la obra que trato de comentar. Vano intento por la talla del autor pero ejercicio de senderismo –si se me permite el término– para quien como yo está mostrando admiración ante lo que estoy descubriendo (nunca es tarde ante este deleite) Me refiero a las Ramas del Derecho Privado (p. 520 y ss.).

4. El Derecho Civil es el D. más humano de todos: hunde su consistencia propia en las raíces más directas e insuprimibles de la individualidad humana. Derecho auténtico, radical y por ello solo susceptible de que se contemple el panorama del mismo a

base de meditar en las raíces profundas y verdaderas de todo individuo humano (p. 525)

5. ¿Cuáles son estas raíces? Responder a la pregunta exige partir de la autorizada enseñanza (dice en la cit. pág.) que ve en el hombre un componente inescindible de dos dimensiones complementarias, totalmente implicadas entre sí (p. 526) Tales dimensiones de lo individual son: el núcleo estricto subjetivo que encierra la más irreductible identidad individual, el yo y el inmediato contorno objetivo, o sea, el mundo exterior. El yo y el mundo exterior, profundamente enlazados entre sí, determinan que cada individuo (emplea Guasp este término) sea lo que es. Esta composición interesa al Derecho y concretamente al Derecho Civil en la medida en que éste tiene que ocuparse, definitivamente, de lo individual.

6. División de lo individual en las dos dimensiones apuntadas que constituye (p. 526) el punto de partida, pero todavía no el punto de llegada de lo que antes se han denominado raíces del individuo. Metas: son dos, la de la conservación, mediante la cual el individuo aspira, no solo a ser, sino a mantenerse y a sostenerse como tal, y la meta de la reproducción, mediante la cual, ya que no puede permanecer indefinidamente (le está vedado, p. 527), aspira a conseguir para el futuro, un reflejo, prolongación o reiteración de sí propio. Son los dos hilos dinámicos explicadores de las raíces de lo humano auténticamente individual.

7. Combinando las cuatro perspectivas dichas: las dos dimensiones estáticas del yo y del mundo exterior y los dos hilos dinámicos de la conservación y de la reproducción, obtendremos (p. 527) la cuádruple raíz de lo individual que describe y explica el panorama del Derecho Civil, en cuanto derecho normal del individuo. Derecho civil común (así lo califica, porque es el más elemental, dado que a su lado existen parcelas más singularizadas, que se ocupan de problemas de mayor especialidad (en ellas ya se deja atrás la regulación de las cuatro raíces enumeradas; p. 527). En la p. 541 se ocupa de los derechos civiles especiales: el que determina el medio de vivir de cada individuo, su profesión, el sistema económico –en la p. 543– y ss. tratará Guasp del derecho mercantil –respecto al que pone el acento en la empresa, armonizadora del capital y el trabajo–; y del derecho laboral o del trabajo (de la actividad subordinada trata éste, del

repertorio de decisiones independientes dentro de un mercado aquél–)

8. Lo que hemos llamado D.C. común hay que examinar aquí (lo que realiza en la p. 527 y ss.)

8.1. En primer término, el derecho de la individualidad, aunque usualmente se le bautiza –dice– derecho de la personalidad. En este sector el derecho a la vida y a la integridad corporal, el derecho al nombre, a la imagen física y a la fama…, intentan no solo instalar al individuo en una plataforma jurídica inatacable, sino conservarlo sobre el andamiaje mínimo que irradia de su propia individualidad nuclear. Estamos ante la conservación del yo.

8.2. Recogiendo las raíces del individuo, el D. C. común se preocupa, en segundo lugar, de la conservación del mundo exterior que a este individuo rodea insuprimiblemente: está formado por las cosas y las otras personas. De unas y de otras necesita para su conservación.

El D. C. común se preocupa de asegurar al individuo el repertorio inmediato de cosas sin cuyo dominio y disposición no cabría adecuada conservación: sobre todo el derecho de propiedad. Y a partir de él –aparte la apariencia de la propiedad, la posesión–, los tipos de derechos que limitan a aquel, el usufructo o el censo; las servidumbres, y los derechos reales de garantía. Estamos en la parcela denominada derecho de cosas.

Pero el mundo exterior está compuesto también por otras personas: el D. C. es el derecho del individuo pero no del hombre único, sino que tiene que contar con las restantes individualidades (no cosas, no esclavos), con sus conductas, sus prestaciones. Estamos ante el campo de las prestaciones jurídicas civiles, el de la obligación con su secuela del derecho de obligaciones y dentro de él la figura de los favores (coincidentes, casi totalmente, con los actos civiles gratuitos, la típica liberalidad, la donación, el comodato, el precario, el mandato, la gestión de negocios…) y muy por encima del campo del favor jurídico se halla la idea del contrato (el de unión, que es el de sociedad y los contratos de cambio estricto: dar, hacer, contrapuesto a otro dar o hacer, así como las figuras contractuales en las que ya ni se asciende ni se cambia, se baja o desciende de

un estado de unión jurídica preexistente, disolviendo situaciones anteriores mediante la misma estructura y función del mecanismo contractual) ¿Y más allá?

8.3. La reproducción de su yo, como superación del perecimiento inevitable de la personalidad singular del individuo: la familia es la idea jurídica central y la posición primaria de proyección hacia el futuro, el matrimonio (preside todo el derecho de familia en cuanto parte del D. C. común) y más allá, su consecuencia, la relación paterno-filial. Y, ampliando el concepto, el mundo del parentesco (en la p. 537 y ss. recoge el autor la tendencia, la pretensión de que el derecho de familia se sustraiga del D. C. e incluso del D. privado dado el principio de autoridad y de subordinación, los fines y los medios propios de las relaciones jurídicas organizadas; pero esto desnaturalizaría -dice- el sentido íntimamente humano de la familia para adscribirlo a la órbita artificiosa del D. público)

8.4. Por último, la cuarta y postrera raíz de la esfera individual del hombre, con el mismo rango que las anteriores está integrada por la reproducción del mundo exterior: por ella el ser humano intenta que el objetivo por él logrado durante su vida no desaparezca a su fallecimiento; subsista en la medida de lo posible, en cabeza de sujetos distintos. Es la sucesión mortis causa (p. 538 y ss.) y estamos ante la herencia, ya sea por la vía de la sucesión forzosa, la testamentaria, la legal o abintestato (en defecto de la anterior) y la llamada sucesión contractual.

Éstas son… las cuatro raíces del individuo. Son las que constituyen el contenido propio del Derecho Civil común (p. 540).

APUNTE BIOGRÁFICO, DESDE LA PROXIMIDAD

DERECHO es obra que debí llevar a Galicia hace 40 y tantos años. Había leído algunos puntos, me parecía algo abstracto… Con el paso de los años ¿maduramos?. El hecho es que ha poco, disfrutando de paz ("la tranquilidad conforme al orden"; S. Agustín) retomé su lectura, a modo de nivola unamuniana (no leo novelas; para eso está la vida misma) y comenzó el deleite.

Jaime Guasp Delgado nació en Vigo (1913-1986; "Vigo de Redondela" se decía no hace muchos años). De padre oriundo de Mallorca y madre sevillana.

"La férrea disciplina intelectual de los jesuitas (cierto; varios cuñados míos lo atestiguan) y la suave invitación a la ciencia de la Institución Libre de Enseñanza (cierto; Alejandro Otero, tío de mi esposa, Catedrático de ginecología, lo atestiguaba), me ha hecho –dice Guasp– mucho bien al proporcionarme su necesaria y fecunda complementariedad".

El cálido Mediterráneo y la gracia de Sevilla; la ciencia y la conciencia, recrearon una personalidad inigualable (Herrero de Miñón); un creador de obras de arquitectura social (José Iturmendi Morales); un eminente jurista en suma (Pedro Aragoneses). Dicho queda.

COPIAS DE TESTAMENTOS. SU EXPEDICIÓN A INSTANCIA DE LOS LLAMADOS A SUCEDER EN EL ABINTESTATO Y LA ANÓMALA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Domingo Irurzun Goicoa
Notario

SUMARIO

PREÁMBULO

INTRODUCIÓN
1. El secreto del protocolo y sus excepciones
2. Vías de manifestación del protocolo: exhibición y copias

PRIMERA PARTE

I. LA MANIFESTACIÓN DEL PROTOCOLO EN GENERAL
1. La distinción entre el derecho y el interés que ostente el solicitante
A) Derecho a la manifestación del documento
B) Interés en obtener su manifestación
2. Reconocimiento y declaración de existencia del interés legítimo

II. LA MANIFESTACIÓN DE TESTAMENTOS PROTOCOLIZADOS
1. El artículo 226 del RN y la manifestación de testamentos
2. Su apartado b) y los equívocos que suscita
2.1. Aparente contradicción: "testamentos en la sucesión intestada"
2.2. Desconexión con el artículo 912 del Código civil
2.3. La omisión del interés en el art. 226 b) del RN
3. Postura de la Dirección General antes los citados hechos

SEGUNDA PARTE

I. LOS LLAMADOS AL ABINTESTATO Y EL ART. 226 b) DEL RN
1. Quiénes son, en general, los llamados a suceder abintestato
2. Quiénes los llamados por el articulo 226 b) del RN
3. Y quiénes, en tal caso, pueden tener interés legítimo

II. SU INTERÉS Y LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN
1. Breve recordatorio de la doctrina general sobre el interés
2. El interés al solicitar copia de un testamento y anomalías en tal doctrina
3. Ejemplificación mediante dos Resoluciones relativamente recientes

III. CONCLUSIONES

EPÍLOGO

PREÁMBULO

El Servicio de Atención al Usuario (SAU) que prestan los Colegios Notariales es un excelente observatorio de los problemas que surgen alrededor del ejercicio de la función notarial; y a la vez un indicador muy fiable de la importancia que la sociedad atribuye a muchos de ellos, inferida de la frecuencia con que aparecen suscitados y debatidos en la práctica.

A los Notarios adscritos al SAU de Madrid nos ha llamado la atención que es rara la semana en que no se plantee algún conflicto relacionado con lo que la doctrina denomina “Vías de manifestación del Protocolo”, es decir, con la expedición de copias de instrumentos públicos o la exhibición del Protocolo notarial.

La materia es compleja, las cuestiones en debate muy numerosas, –algunas pintorescas– y origina una notable conflictividad.

Y lo es hasta tal punto y en tal grado que es muy posible que, entre todas las cuestiones que la Dirección General ha tenido que abordar en aquel Sistema, no haya ninguna que haya causado la cuarta parte del número de las recaídas sobre manfestación del protocolo.

Una de esas cuestiones se refiere a los llamados a la sucesión legal del causante y quiénes, de entre ellos, pueden obtener copia de los testamentos que el causante hubiere otorgado y porqué; y otra, muy afín, la de precisar si el contenido de las Resoluciones de la Dirección sobre el particular es o no convincente.

Porque hay opiniones disconformes en el sentido de que en aquéllas, y contra lo que parecía obligado, no se han resuelto algunos conflictos a que el Reglamento Notarial daba lugar por sus discordancias con el Código civil que su texto presenta. (1)

INTRODUCIÓN

Es de advertir que el tema en estudios pretende llegar a saber "Cómo pueden tener copia del testamento del causante los llamados a sucederle abintestato por el artículo 226 b) RN". Para estar adecuadamente situados ante él, parece muy conveniente, acaso necesario, recordar algunas cuestiones previas.

---

(1) Al ser creado el SAU de Madrid en diciembre del año 2002, a Emilio Durán Corsanego y "al que suscribe" se nos adscribió a él para actuar en el mismo día. Y juntos hemos continuado desdeentonces y durante estos doce años.

La sutil mente jurídica de Emilio Durán y su agudo sentido crítico descubrieron que la doctrina de la Dirección General relativa a esta materia no era totalmente satisfactoria porque implicaba unas anomalías, deficiencias o contradicciones a causa de que, después de haber descubierto una laguna legal en el Reglamento Notarial no la había colmaba en su totalidad y dejaba un resquicio o hueco por el que se evaporaba la justicia.

La idea de exponer ese hueco y la pretensión de cerrarlo me llevó a redactar estas notas cuya autoría, en consecuencia –en los términos generales de su planteamiento y en lo que en ellas pueda haber de positivo– la debo compartir con mi compañero y amigo Emilio, porque "es así de justicia que pido".

Quiero dejar constancia de que, al hacerlo, he procurado sentirme peticionario de copia de un testamento y, a la vez aunque confieso que en mayor medida, el Notario custodio del protocolo a quien se le pide que expida o deniegue esa solicitud. Y que la posible crítica a la doctrina de la Dirección que de ellas pueda resultar, está pensada en el sentido de que, para acabar con la anomalía, tan sólo le falta dar una mejor y más explícita orientación al Notario sobre el juicio que ha de emitir para valorar el interés del solicitante y los principales factores que. a tal fin, ha de ponderar cuando se le pide la manifestación del protocolo con la única base del interés.

1. El secreto del protocolo y sus excepciones

El carácter secreto del Protocolo Notarial es "una constante histórica y un principio indiscutiblemente necesario en la actuación notarial". Así lo dijo lapidariamente la Dirección General en su Resolución (del Sistema Notarial) el 8 de marzo de 1967 y ha proclamado igualmente el Tribunal Supremo, tratando de las llamadas vías de manifestación del protocolo, según nos acaba de recordar la Resolución de 6 de junio del 2014 (343-14). Y, por su parte, la de 8 de noviembre del 2001 destacó que el Notario debe guardarlo con especial diligencia y que su incumplimiento puede llevar consigo la responsabilidad civil y disciplinaria, e incluso llegar a constituir delito.

2. Vías de manifestación del protocolo: exhibición y copias

El secreto del protocolo no es absoluto y sus excepciones se producen cuando a ciertas personas se les permite acceder a él y conocer *parcialmente* su contenido. Los procedimientos a través de los cuales se llega a tal conocimiento parcial se denominan "vías de manifestación del protocolo" y son dos: la exhibición del protocolo y la obtención de copias de alguno o algunos de los instrumentos que lo integran. Quien tiene derecho a la exhibición del protocolo tiene derecho a la obtención de copia y a la inversa. Y aunque en tales casos haya habido una ruptura del secreto del protocolo, el secreto sigue motivando unas limitaciones que son comunes a todas las vías de su manifestación. Es la doctrina expuesta por la Resolución de 2 de abril del 2004. En el mismo sentido habla la de 29 de agosto del 2014 (562-14).

Esas vías de manifestación del protocolo se han de utilizar por medio de aquél que tenga a su cargo la custodia del protocolo pues, como dice el artículo 222 del RN , "Solo el notario en cuyo poder se halle legalmente el protocolo estará facultado para expedir copias u otros traslados o exhibirlo a loa interesados", y, con arreglo al artículo 31 de la Ley del Notariado aclara el 223 de su Reglamento "se entiende que el protocolo está legalmente en poder el titular de la Notaría, de su sustituto o del Archivero de protocolos, en su caso".

El tema que nos va a ocupar es el típico y fundamental conocido como obtención de copias.

Pero, aunque en la práctica notarial sea poco frecuente, la solicitud de exhibición de protocolo no debe ser olvidada; y que le es aplicable cuanto se diga de la expedición de copia. Y que dicha exhibición es imprescindible cuando se pretende la declaración de nulidad de un testamento por suplantación de la personalidad del testador.

PRIMERA PARTE

I. LA MANIFESTACIÓN DEL PROTOCOLO, EN GENERAL

En términos generales la manifestación del protocolo notarial, –en el lenguaje ordinario se le suele denominar obtención de copias–, parte de la distinción de que los legitimados para obtenerla tengan para ello un verdadero derecho o un simple interés jurídico.

Se dedica a esta materia el artículo 224 cuyo párrafo 1 dice así:

"1. Además de cada uno de los otorgantes, según el artículo 17 de la Ley, tienen derecho a obtener copia, en cualquier tiempo, todas las personas a cuyo favor resulte de la escritura o póliza incorporada al protocolo algún derecho, ya sea directamente ya adquirido por acto distinto de ella, y quienes acrediten, a juicio del notario, tener interés legítimo en el documento."

Es una norma de ámbito o alcance general, relativa a la copia de documentos protocolados, en cuanto tales, con independencia de su contenido. Y tan sólo en este aspecto general debe ser estudiado ahora. (2)

Tal vez no sea justo decir que este texto es oscuro, pero está fuera de duda que su redacción podría haber sido más sencilla, natural

(2) Excluimos, pues, toda referencia a la obtención de copia de cierto tipo de instrumentos concretos y su problemática particular, que ha motivado una voluminosa jurisprudencia de la Dirección. Nos referimos a casos como el del poder cuya copia solicita el propio apoderado que obtiene en él sus facultades representativas, a los distintos tipos de documentos otorgados por sociedades, asociaciones y comunidades, en relación con la obtención de sus copias por los socios, asociados o comuneros, y cualesquiera otros, como los testamentos.

y ordenada, y que sus incisos y, sobre todo, la ausencia en él de toda sistemática, ha dado lugar a lagunas y omisiones que causan confusión y que se hubieran sido evitables con facilidad.

Por mi parte, creo que el precepto quiere tratar de las personas que están *legitimados para obtener copias*. Se apoya en la distinción que recoge la transcrita norma: que hay personas que tienen derecho a obtener copia de un determinado instrumento público, pero que a continuación se refiere a otras que, careciendo de él, alegan tener interés en conocerlo, y a las que, para expedírsela, se les exige acreditar su interés y que sea legítimo.

El Reglamento señala quiénes tiene derecho y ello les exime de toda referencia al interés, pero si el solicitante alega su interés ha de exponerlo con el detalle y con todas las circunstancias de hecho que concurran, que puedan ser significativas y que le relacionen con el documento que pide. De este modo el Notario custodio del protocolo tendrá elementos de juicio que ponderará para decidir si la relevancia jurídica que resulte es bastante para que merecer que se le considere legítimo. Y el juicio afirmativo del Notario le da ya *derecho* a obtener la copia que solicitó. (3)

1. La distinción entre el derecho y el interés, que ostente el solicitante

Aunque, en verdad, debe reconocerse que hay muchas ocasiones en que no es nada fácil distinguir derecho e interés legítimo, a mi entender, sin embargo, un criterio válido en principio para ello podría ser el de que *quien goza de un derecho exige* que sea acatado y cumplimentado, en base a una causa o razón jurídica que lo fundamenta, si bien con frecuencia tendrá que probarlo cuando no sea patente.

(3) Véase al efecto la Resolución de 3 de abril del 2014, que parece contradecir esta tesis que creo evidente, que califica al interés legítimo de "verdadero derecho de manifestación y reproducción del protocolo notarial". Entiendo que no hay más que un mero equívoco, porque no se está refiriendo al interés que alega el peticionario de la copia con la expresión de que lo considera legítimo, sino al que ya ha sido reconocido como tal por el juicio del Notario que lo declara suficientemente justificado para obtenerla, porque es entonces, y sólo entonces, cuando se hace y se convierte en legítimo y se transforma en derecho.

Por el contrario*, el que sólo tiene interés en obtener algo,* ha de presentar para ello una petición o solicitud acompañada de unas razones que lo fundamenten y estén orientadas a la prueba de que se trata de un interés serio y respetable, (no de una mera curiosidad) íntimamente relacionado con el documento que menciona, por existir circunstancias que le vincula con él y que por ello, como *portador de interés pide que se le declare legítimo* como la norma exige.

Esta declaración de legitimidad del interés equivale a reconocerle relevancia jurídica. Y así lo viene a decir la Resolución de 3 de abril del 2008, al mantener que no basta cualquier interés, sino que ha de ser de relevancia jurídica por la relación que tenga o pueda tener con el peticionario.

Me permito añadir que el solicitante habrá de exponer con cuidadoso detalle cualquier hecho o circunstancia que puede configurar y resaltar aquella relevancia, pues esos datos, una vez comprobados, son los que servirán al Notario receptor de su petición para formar el juicio que ha de formular y por el cual ha de expedir la copia si considera probado que es un interés legítimo o la denegará, caso contrario.

Creo –con base en las sólidas consideraciones que el maestro Rodríguez Adrados (4) expone en un ingente y luminoso trabajo de inexcusable consulta en la materia– que se puede decir en verdad que son situaciones jurídicas muy distintas, dotadas de plena independencia y completa autonomía, contrapuestas entre sí.

Y para confirmar esa autonomía y la independencia entre los dos conceptos, añade la doble y aguda observación (páginas 388-390) de que quien goza de derecho a obtener copia "no tiene por qué demostrar ni tener interés; y que se dan casos en que hay interés precisamente porque *no hay derecho* a causa de que es ese documento (*cuya copia se solicita*) el que le ha privado de aquel derecho o lo ha extinguido. Y el interés surge aunque no sea más que para impugnarlo. Pues la copia se pide para hacer posible el conocimiento de ese documento que ha originado aquella privación, conocimiento

(4) Rorígguez Adrados, Antonio. *Personas con derecho a copia.* Publicado en Revista de Derecho Notarial núm. 101-102, julio-diciembre 1978, y reproducido en sus "ESCRITOS JURÍDICOS", Consejo General del Notariado, Madrid 1996, Tomo IV, pp. 351-461.

que es imprescindible a fin de fundamentar una impugnación del mismo. (5)

Conviene por ello analizar a continuación qué es tener derecho y cuándo existe interés legitimo para obtener expedición dc copias en general para entrar después en el que habilita para solicitar copias de testamentos.

2. Derecho a la manifestación del documento

Conforme a la norma, según se ha visto, están en este caso cada uno de los otorgantes del documento y todas las personas a cuyo favor resulte del mismo algún derecho, ya sea directamente ya adquirido por acto distinto.

(Como ejemplo de este último supuesto baste referirse al derecho que para obtener copia de una escritura de compraventa le asiste al arrendatario de la vivienda vendida a quien la ley concede un derecho de adquisición preferente).

El derecho de los otorgantes del documento solo puede arrancar de su directa relación con el documento a cuyo nacimiento han contribuido con su asistencia y luego a quienes resulten beneficiados por algún derecho que en su favor resulte de él, directamente o "adquirido por acto distinto".

En efecto, así parece preciso entender la palabra "otorgantes", como aquéllos de cuya voluntad expresada en la rogación que se hace al Notario para que autorice el documento. Y no en un estricto y riguroso sentido, a quienes en él prestan su consentimiento al negocio que en el documento se formaliza. Entendido así pierde importancia –o se elude– el antiguo problema de decidir si en las actas hay un propio y verdadero otorgamiento.

Pero lo que se concede a los otorgantes, parece que es obligado predicarlo también de otras personas a las que no se menciona.

---

(5) Las Resoluciones de 7 de julio y 10 de diciembre del 2003 no pueden negar su inspiración en esta idea de RODRÍGUEZ ADRADOS, ya que, de modo expreso, se refieren al hecho de que "exista [un] interés legítimo, que precisamente puede fundarse en la circunstancia de no haber derecho, tratando en tal caso de obtener copia del documento mismo que ha extinguido el derecho, y que hay interés legitimo en conocer aunque no sea más que para tener la posibilidad de impugnar.

La más imperdonable de tales omisiones es la de quienes fueron "parte" y asumieron los efectos del negocio jurídico que se recoge en el documento, aunque no lo otorgaran por estar representados en él, legal a convencional mente En menor escala, lo mismo cabe decir de los herederos de partes y otorgantes, así como de quienes sean causahabientes de los adquirentes de derecho conexos al instrumento de que se trata. Y otros que también ha tenido que ir precisando la Dirección General en sus Resoluciones.

En lo que atañe a los otorgantes y sus asimilados, su calidad de titulares de derecho a obtener copia que les asiste no necesita ser probada ni necesita ser siquiera reconocida, dado que el Notario que custodia el protocolo tiene a la vista el documento del que aquella resulta.

Y lo mismo cabe decir de los beneficiados con algún derecho (6) que del documento surja de forma directa. Si el mismo naciera de un acto distinto, caso por ejemplo, entre otros, del derecho de adquisición preferente que corresponde al arrendatario, existe un hecho que, conectado con la escritura de venta de aquélla, le da derecho a obtener su copia. (7) Y para lograrla le basta acreditar su cualidad de arrendatario, que es la conexión exigida.

---

(6) La Resolución de 17 diciembre 2009, se enfrentó un problema que para muchos de nosotros ha sido nuevo, y entendió que aunque ciertamente el tenor literal del artículo 224 del RN, sólo reconoce el derecho de obtener copia a "... todas las personas a cuyo favor resulte de la escritura o póliza incorporada al protocolo algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de ella...", no resulta inadecuado dar igual amparo a aquellos para quienes de la escritura surge no un derecho en sentido positivo sino una obligación, en sentido negativo. En el caso que la motivó estaba implicado el Consejo de Administración de una sociedad, y la Dirección se apoyaba en lo ya apuntado por la Junta Directiva en su informe de que los miembros de aquel órgano estaban sujetos, entre otras responsabilidades, a las derivadas de las acciones sociales previstas en los artículos 133 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas

(7) El Centro Directivo, en Resolución 17 de septiembre del 2001, entiende que na Comunidad atípica de propietarios, pactada como funcional o intencional, y sus copropietarios, titulares de un derecho de adquisición preferente, tienen interés legítimo para solicitar copia de las Escrituras en cuanto documentan transmisiones que puedan estar sujetas a su ámbito de aplicación.

3. Interés en obtener su manifestación

Está fuera de duda la dificultad de definir el interés legítimo, y no faltan notarialistas que afirmen que su concepto se resiste a toda sistemática por la inmensa variedad de circunstancias que pueden jugar en la formación del juicio notarial que le dará ese efecto legitimador.

Pero la Dirección entra con acierto en el fondo del problema. Y así, en la misma Resolución de 3 de abril de año 2014 –que, en nota, se acaba de citar– dice que "existe interés legítimo (…) cuando el conocimiento del contenido del documento a que se refiere *sirve razonablemente para ejercitar con eficacia un derecho o facultad reconocido al peticionario por el ordenamiento jurídico* que guarde relación directa y concreta con el documento o sirva para facilitar de forma ostensible un derecho o facultad igualmente relacionados con la escritura. (8)

Y, aunque, su reconocimiento implique una cierta excepción al deber de respetar el secreto del Protocolo, y parezca que debiera ser materia sujeta a interpretación restrictiva, la Dirección no lo entiende así y la somete a lo que llama su *determinación casuística según las circunstancias objetivas y subjetivas que concurran.*

Es una nueva demostración tanto de la amplitud –y hasta laxitud– del concepto de interés legítimo como de la multiplicidad de circunstancias que la vida puede ofrecer, así como de las muy variadas formas que puede adoptar la alegada repercusión que el Notario habrá de tener en cuenta y valorar en su decisión. Este último aspecto suele ser la clave y, ateniéndonos al texto de esta importante Resolución, lo que al Notario se le pide es que su juicio sea razonablemente justo.

(8) Y debe destacarse que la misma Resolución reproduce literalmente las de 10 mayo y 12 marzo 2013 (792-12), que confirma otras muchas, entre ellas las de 15 septiembre 2004,18 junio 2010, 8 abril 2013, y que a su vez es reiterada en las de 14 junio (152-14), 29 julio (1044-13), 27 agosto (66-14) y 29 de agosto (562-14) del 2014.

4. Reconocimiento y declaración de existencia del interés legítimo

Partimos, pues, de la base de que se ha hecho una solicitud de copia de un documento en la que el peticionario alega tener verdadero interés, no un simple capricho o pura curiosidad, porque se centra en ese interés que está conectado con aquel documento que repercute en su esfera jurídica y el posible ejercicio de un derecho o facultad de que e podría ser titular.

En su propio beneficio conviene que el peticionario exprese su interés confirmando que no lo es por simple capricho o por mera curiosidad, y que aporte cuantos datos, hechos o circunstancias revelen que el documento cuya copia solicita incide en su personal esfera jurídica por su relación con el ejercicio de algún derecho o facultad que le asisten o le pudieran asistir, .Que ello acredita que tiene una entidad y relevancia por las cuales merece de ser tenido en cuenta y valorado con la consistencia precisa para convertirse en legítimo, como demanda el Reglamento.

De este modo se somete a la apreciación y al juicio del Notario de que habla el artículo 224 suministrándole las alegadas circunstancias y sus efectos y su repercusión en la esfera jurídica del peticionario.

Tal juicio es una decisión discrecional del Notario; no puede ser arbitraria o caprichosa. No es sino su opinión personal del Notario, pero una opinión decisoria ponderada y dirigida a lograr la verdad y la justicia (9), que ha de estar sustentada en una regla jurídica o, al menos, en sus principios orientadores, sobre unas causas, motivos o razones referentes a un cúmulo de circunstancias que pueden concurrir en el caso que se han de detallar y valorar. Y es este juicio el que decide si el interés alegado tiene probada su naturaleza de *legítimo*. Si es afirmativo concederá lo solicitado y, caso contrario, lo denegará.

Ante la negativa del Notario custodio del protocolo a expedir la copia solicitada hay un recurso, el recurso de queja por denegación de funciones para el que es competente la Dirección General que revisa por este cauce procedimental la inactividad del Notario ante

(9) Por los términos con que se viene empleando en las Resoluciones y su constante referencia a la casuística, acaso lo mas propio sea hablar de la justicia del caso concreto, de la equidad.

lo que se le solicita y sólo está previsto en dos concretos casos: la negativa del Notario a la autorización de un instrumento público o a la expedición de una copia de protocolo y la negativa a expedirla. (10)

No está de más mantener vivo el recuerdo de que cuanto se relacione con las vías de manifestación del protocolo se halla impregnado con el aroma del respeto al secreto del protocolo. En la decisión de que hablamos, el Notario deberá denegar la copia del documento en el caso de que su contenido puede conocerse igualmente por otros medios incluso más sencillos. (11)

(10) En sus Resoluciones sobre esta materia la Dirección General había venido omitiendo toda referencia a la otra vía de comunicación o manifestación del protocolo, que era su exhibición, así por ejemplo en la de 27 de julio y de las muchas que concuerdan con ella, lo cual no dejaba de parecer una extraña omisión que podría ser malinetepretada.

Pero en el recién concluido año 2014 hay ya dos Resoluciones, de 27de julio y 29 de agosto (567-14), que contienen una cita expresa de la negativa a exhibir el protocolo como causa del recurso en Resoluciones de 27de julio y 29 de agosto (567-14).

(11) Es el caso de la Resolución de 23 de noviembre del 2011, en el que el Notario había denegado por falta de interés legítimo la copia solicitada que se refería a la subsistencia de una hipoteca y que la Dirección mantiene, citando otra Resolución de 22 de diciembre del 2002, porque el conocimiento de que se trataba se puede obtener de la entidad acreedora [o del Registro de la Propiedad, que es público], sin romper el secreto del protocolo pues no es admisible que “en aras de un legítimo interés personal, que puede hacerse efectivo por otros medios, puedan ser conculcados los derechos de terceras personas que han confiado su intimidad en la seguridad jurídica que brinda la fe pública notarial”. (R. 16 de diciembre de 2002).

II. LA MANIFESTACIÓN DE TESTAMENTOS PROTOCOLIZADOS (12)

1. El artículo 226 del Reglamento Notarial y las copias de testamento

Aunque mantengamos esta moderna terminología, el citado precepto regula lo ue denomina la obtención de copias de testamentos, y va a tratar de **quiénes "tendrán derecho a ella**". Esta norma va a ser ampliamente tratada más adelante, y ahora sólo se verá en el aspecto que arriba se cita... Veamos su texto completo:

> *Art. 226. En vida del otorgante, sólo éste o su apoderado especial podrán obtener copia del testamento.*
>
> *Fallecido el testador, tendrán derecho a copia;.*
>
> *a) Los herederos instituidos, los legatarios, albaceas, contadores partidores, administradores y demás personas a quienes en el testamento se reconozca algún derecho o facultad.*
>
> *b) Las persona que, de no existir testamento o ser nulo, serían llamados en todo o parte de la herencia del causante en virtud de un testamento anterior o de las reglas de la sucesión intestada, incluidos, en su caso, el Estado o la Comunidad Autónoma con derecho a suceder.*
>
> *c) Los legitimarios.*

Las copias de los testamentos revocados sólo podrán ser excedidas a los efectos limitados de acreditar su contenido, dejando constancia expresa de su falta de vigor.

El apartado a) se refiere con toda propiedad a las personas que, un vez fallecido el testador, tendrán derecho a obtener copia del testamento, enumerando a todas a las que en el testamento se reconozca algún derecho o facultad. (13)

---

(12) Por su expresividad he mantenido esta frase con plena conciencia de que es tautológica ya que sin la protocolización notarial no hay testamento. Véase el artículo 704 CC y la página 88 y siguientes de mi *Testamentos y pretestamentos,* en Revista Jurídica del Notariado núm. 69, enero-marzo 2009.

(13) Como es natural, antes no se ha mencionado al otorgante que, por hipótesis. ya ha fallecido cuando la copia es solicitada. Y no cabe tam

2. Su apartado b) y los equívocos que suscita

Debe reconocerse que la redacción que se le dio, algo enrevesada y laberíntica, exige al lector algo más que un pequeño esfuerzo para lograr su comprensión. Para facilitarla, y en busca de una mayor claridad, conviene comenzar examinando ciertos hechos que se dan en él y que suscitan varios e importantes equívocos, errores o fallos.

2.1. Aparente contradicción: "testamentos en la sucesión intestada

Del apartado b) y de su frase "personas con derecho a pedir copia de un testamento" diciendo de ellas, al mismo tiempo, que son las llamadas a la sucesión *intestada* de ese testador que "no ha testado", parece resultar una contradicción o paradoja que se deshace con el simple recuerdo de que el artículo 658 contrapone a la sucesión que se defiere por voluntad del hombre expresada en testamento, la que se defiere por disposición de la ley, a la que denomina, con rigor y precisión, "legal o legítima". Y advirtiendo que el propio artículo 658. 3.º declara compatibles ambos modos de delación de la herencia con lo cual acepta que pueda deferirse por disposición de la ley una sucesión en la que el causante haya testado.

2.2. Desconexión con el artículo 912 del Código civil

Es un importante error del citado párrafo b), causante de graves consecuencias, el que comete al referir el llamamiento a la sucesión intestada únicamente a los casos *de no existir testamento o ser nulo,* con olvido y en flagrante desconexión con el artículo 912 del Código que, con mayor o menos acierto, contempla también otros muchos supuestos.

El alcance de este error se verá con detalle en la Segunda Parte, cuando se entre a analizar el contenido de las Resoluciones de la Dirección sobre la interpretación del artículo 226 del Reglamento.

---

poco aludir ión a la "parte" ni se pueda hablar de "parte" en un Código que ha proscrito la figura del comisario o representante del testador.

2.3. Omisión de toda referencia al interés de los llamados al abintestato

Éste es el punto crucial en el que se comienza a centrar nuestra atención:

Al confrontar el repetido párrafo b) del artículo 226 con el del 224 (Véase la frase final de apartado 1), resulta evidente que en aquél no aparece la mención de que también pueden obtener copia **quienes acrediten, a juicio del notario, tener interés legítimo en el documento.**

¿Qué significa esta omisión? ¿Qué valor hay que darle?

Por la simple aplicación de las reglas sobre interpretación de las normas *(incluso unius exclusio alterius)* sólo cabria entender, contra toda lógica, que el interés legítimo acreditado, no es idóneo a los fines de lograr habilitación para solicitar y obtener copia de un testamento.

3. Postura de la Dirección General ante estos hechos

Naturalmente, la Dirección General no lo ha entendido así, sino que de modo rotundo y reiterado proclama todo lo contrario.

En palabras de la Resolución 12 de julio del 2011: (14)

"Es doctrina reiteradísima de este Centro Directivo que cabe la posibilidad de extender a los testamentos la norma del artículo 224 del propio Reglamento Notarial, aplicable a los documentos intervivos en general, que atribuye derecho a copia (15) a las personas que acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento; pero, no obstante, la interpretación sistemática de ambos pre-

(14) Confirma otras muchas, entre ellas las de 5 noviembre 1999, 28 marzo 2000, 13 marzo 2003, 20 septiembre y 9 octubre 2007; y se reitera en la de 20 junio 2013.

Y debe destacarse que la misma Resolución reproduce literalmente las de 10 mayo y 12 marzo 2013 (792-12), que confirma otras muchas, entre ellas las de 15 septiembre 2004,18 junio 2010, 8 abril 2013, y que a su vez es reiterada en las de 14 junio (152-14), 29 julio (1044-13), 27 agosto (66-14) y 29 de agosto (562-14) del 2014.

(15) *Recte*, "atribuye legitimación para solicitar y obtener copia de un documento protocolado".

ceptos, impone en materia de testamentos, por razón de la especial naturaleza de este documento, un criterio restrictivo a la hora de la valoración del interés legítimo en quien no se halle en alguno de los supuestos del artículo 226 del Reglamento Notarial, en el sentido de que es exigible una prueba suficiente de su concurrencia y entidad".

Es obligado encomiar la valentía y el acierto de la Dirección General al llenar la laguna legal provocada por el artículo 226 y la omisión que padece, y reconocer que **LA NORMA QUE PERMITE OBTENER COPIAS DE PROTOCOLO EN GENERAL A QUIEN ACREDITE TENER UN INTERÉS LEGÍTIMO EN EL DOCUMENTO, ES APLICABLE A LA EXPEDICIÓN DE COPIAS DE TESTAMENTOS.**

Y ello aunque le señale un sentido restrictivo *a causa de la especial naturaleza* del testamento que parece referida a que en el testamento es mucho más frecuente que en ningún otro documento que aparezcan datos relativos a la estricta intimidad del otorgante y parezca estar pensando en la aplicación de la Ley de protección de datos que el Notario ha de tener en cuenta.

Y ahora, al lado de este reconocimiento de que en la expedición de copias cabe también el interés legítimo, es muy conveniente recordar lo que, resumiendo lo que se dijo al final de la primera parte, sobre la amplitud del concepto de ese interés en la doctrina de la propia Dirección:

El interés legítimo sirve razonablemente para ejercitar un derecho o facultad que tiene el peticionario o para facilitar de forma ostensible su ejercicio, según las circunstancias objetivas y subjetivas que concurran y en relación todo ello con el documento cuya copia ha solicitado.

Ello conduce a hacer la pregunta fundamental:

¿Es este interés el que la propia Dirección aplica en sus Resoluciones en el caso de que la solicitud de copia procede de alguien que está llamado a la sucesión intestada del causante?

Me temo que pueda no ser así, pero me inclino a creer, más bien que en su aplicación a los testamentos lo único que se echa de

menos es un mayor énfasis al aplicar el interés, señalando cuándo, cómo, porqué y en qué amplísima medida ha de ser tenido en cuenta por el Notario que ha recibido la solicitud de copia de un testamento

Pero, antes de llegar a este aspecto final del problema hay aún una larga parte de camino por recorrer.

SEGUNDA PARTE

I. LOS LLAMADOS AL ABINTESTATO Y EL ART. 226 b) RN

1. Quiénes son, en general, los llamados a suceder abintestato

La dilogía es uno de los grandes vicios del lenguaje y fuente de graves dificultades para la eficaz comunicación del pensamiento. Si se da en el lenguaje jurídico, necesitado, por su obligado tecnicismo, del máximo rigor y precisión de su terminología, incurrir en ella puede producir y produce lamentables y encadenados errores

Es el vicio en el que incurre la mayoría de los autores doctrina española, entre otros muchos en materia sucesoria, al denominar con el mismo término "llamados" a quienes están en situaciones jurídicas distintas, muy distintas en verdad, y que ha dado lugar a deplorables consecuencias porque ha llegado a contaminar todo el régimen sucesorio del Código civil.

La comprobación está a la vista. En el uso habitual, y pretendidamente *técnico* de la palabra, la doctrina incurre en una falta absoluta de sentido

No se puede unificar dando un solo y mismo nombre, el de "llamados", en nuestro caso, a quienes se hallan en dos o más situaciones jurídicas diferenciadas entre sí. Por ejemplo: **una**, la de aquellos que, por la sola razón de su parentesco, puedan llegar a heredar abintestato a cada uno de los que tienen con él dicha relación a la que se refiere el Código en los artículos 930 y siguientes; y **otra**, la del padre de un determinado causante que tiene acreditado su propio parentesco y que tal causante, al morir, no dejó descendencia. (16)

(16) Es la situación jurídica de aquellos a que se refiere la Resolu-

No obstante, es la postura de la inmensa mayoría de los autores. (17) Baste la mera indicación de que los hay, y de muy merecida y justa fama, para quienes "todos aquéllos cuya relación con el causante supone una expectativa más o menos lejana de llegar a ser sus herederos, testamentarios o abintestato, son llamados en el momento mismo de la muerte", aunque luego digan, que la "vocación es el llamamiento de todos los posibles herederos en el momento de la muerte del *decuius*, por voluntad de éste o, en todo caso, por la ley"; y añadir después: "Todos aquellos cuya relación con el causante supone una expectativa más o menos lejana de llegar a ser sus herederos, testamentarios o abintestato, son llamados en el momento mismo de la muerte."

Sin embargo, ya la corta distancia de muy pocas páginas, afirme que "para que una persona sea heredero no le basta ser llamado", con lo que lo hace patente su contradicción pues está reconociendo que el llamamiento es, por sí solo, insuficiente para heredar; y, más aun, cuando añade que para heredar "ha de ofrecérsele la herencia". Y ha definido la delación diciendo que "El ofrecimiento de la herencia es la delación*. Delata hereditas intelligitur quando quis possit adeundi consequi".*

Ello obliga a pedir una aclaración fundamental de carácter previo: qué es lo que, el artículo 226 b) del R.N. se entiende por "**estar llamados"** a heredar en un abintestato.

2. Quiénes son los llamados a suceder por el artículo 226 b) del RN

Para la Dirección General según se expresó en la **RESOLUCIÓN de 30 diciembre 2009:** (18) **"No todo eventual heredero abin-**

---

ción de 30 de diciembre del 2009, "que en el caso concreto [respecto de un determinado causante] serían efectivamente llamados con arreglo a los modos, órdenes y grados de que la suceder", y que, por una parte, han acreditado propia relación de parentesco con el testador y de otra, que son sus más próximo parientes, al haber probado la ausencia de llamados de orden o grado preferente.

(17) Y en ello me sirve de excusa para considerarme exento de la que en este caso podría ser enojosa tarea de hacer citas concretas.

(18) Confirma, y es confirmada, por otras muchas: las de 27 junio

testato tiene derecho a copia, sino tan sólo aquellos que en el caso concreto serían efectivamente llamados con arreglo a los modos, órdenes y grados de suceder, y ello remite a los artículos 921 y concordantes del Código Civil".

Y añade: "Es decir, que la prueba de la concurrencia del derecho a copia, cuando éste se funda en la relación de parentesco con el testador, se desarrolla en un doble plano, positivo en cuanto a la acreditación de la propia relación de parentesco, y negativo en cuanto a la ausencia de herederos de orden o grado preferente".

Los llamados a que se refiere la norma son, pues, los que la habitual técnica dominante en España denomina "herederos abintestato" por estar designados nominativamente en el procedimiento de "declaración de herederos", sea en proceso jurisdiccional, sea en acta notarial. Los mismos a los que, en mis publicaciones y desde hace años, vengo calificando de "potenciales herederos abintestato", es decir los que en el auto judicial o en el acta de notarial de notoriedad son nombrados de ese modo: potenciales herederos del causante. (19)

Si se tiene en cuenta que el artículo 226 es una norma que se dicta para fijar quiénes "tendrán derecho a copia" del testamento es evidente que no puede refirise a todos estos que se dicen llamados en las normas generales, que solo tienen la esperanza de heredar a alguien y son, todo lo más, unos "prellamados". Si les diese legi-

---

1985, diciembre 2001,7 febrero 2002, (6 agosto 2003), 9 diciembre 2004, 1 junio y 28 noviembre 2005, 2 febrero, 18 y 19 abril y 24 octubre 2006, 4 julio 2007, 26 noviembre 2008, 23 junio 2009, 17 junio 2010, 18 junio 2013 y 31 enero 2014 (1066-13).

(19) Por cierto. que el término "nombrados" no constituye ninguna novedad. ni es extraño al léxico de nuestro Código civil, que lo usa –aunque sea en la sucesión testada– en su verdadero y más propio sentido. Véanse los artículos 764 y 769. entre otros.

En la página www.notariosyregistradores.es del día 21 de octubre del 2014 apareció mi "**Cómo –y porqué– se llega a heredar"** donde, con brevedad, se hacen algunas consideraciones sobre los *llamados* y, en especial, en su posterior situación, cuando llegan a recibir la vocación y a ser destinatarios de la delación de la herencia con el nombramiento de potenciales herederos y la correlativa atribución del *ius adeundi vel repudiandi* que le ofrece la opción para aceptar o repudiar la herencia. Es a estos llamados, a los nombrados, a quienes el 226 atribuye el derecho a obtener copia del testamento.

timación para utilizar las vías de manifestación del protocolo equivaldría a dar ya por muerto y sepultado para siempre el secreto del protocolo.

Son, pues, **aunque no siempre**, los llamados que, muerto el testador, han acreditado su parentesco con él y la falta de otros que se les antepongan en la preferencia.

Y decimos que no lo son siempre, porque **los llamados en el precepto en estudio lo son tan solo condicionalmente, están sujetos a condicionalidad.** Así lo reconoce la Resolución de 24 de octubre del 2006 al contener una frase en la que trata "de la propia expresión condicional del artículo 226 del RN" aunque en rigor la refiere a su párrafo b), expresión de cuyo acierto no cabe dudar.

En efecto, su condicionalidad es clara, aunque se hable en términos generales, porque no se debe olvidar que estamos en sede de sucesión testada, ya que existe un testamento sobre cuya copia se discute, y la sucesión sólo se defiere por disposición de la ley a falta de testamento, ex artículo 658, aunque en ciertos casos también se pueda deferir por ella parcialmente, aún habiéndose expresado testamentariamente la voluntad del hombre, como resulta del 912, que se expresa, por cierto, con gran imprecisión.

Pero la verdadera condicionalidad que aquí interesa es la nacida ex apartado b) del artículo 226, la que se pone de relieve en el uso del potencial del verbo ser en la frase "serían llamados"…, porque sólo puede referirse a la herencia intestada del causante. (20) porque para que tales llamados puedan tener derecho a copia del testamento ha de producirse el evento condicionante que consiste en la apertura de la sucesión legal o intestada. ***Lo condicionado es el derecho a obtener la copia que se solicita.***

Es muy posible que el tan repetido párrafo b) hubiera sido mucho más claro partiendo "ab initio" de establecer tal condicionalidad diciendo, por ejemplo:

(20) Es perfectamente posible que la nulidad del testamento restaure la vigencia de otro anterior que hasta la fecha estaba revocado, y que en ese testamento revocado estén llamadas esas mismas personas de que se habla. Pero en tal caso estarían llamadas por el cauce testamentario de delación de la herencia, hipótesis que no es la que aquí se estudia.

[Fallecido el testador, tendrán derecho a copia:] b) Las personas que, si se hubiera abierto la sucesión intestada conforme al artículo 912 del Código civil, habrían sido designadas herederos del causante.

Un ejemplo inspirado en un caso real puede cerrar este capítulo relativo al derecho a obtener copia de un testamento y su condicionalidad.

Fallece un testador casado y sin descendencia que ha nombrado a su esposa heredera universal. El padre del causante solicita copia del testamento y tiene derecho a ella conforme al 226 b) porque, si se abriese la sucesión intestada caso de que fuera nulo o de que la institución de heredero se declarara ineficaz, su derecho a heredar abintestato es directo e inmediato porque ha probado que faltan los descendientes, los únicos que se le hubieran podido anteponer en preferencia. *Existente conditione,* el Notario le expedirá la copia que solicitó.

(Independientemente, con la copia en la mano, conseguirá que se declare abierta la sucesión intestada en la que podrá llegar a heredar a su hijo, ya que dispone de pruebas que estima bastantes para acreditar que vive el primer marido de su nuera, que había desaparecido en un accidente aéreo y después fue declarado fallecido conforme a lo establecido en el artículo 194 de Código).

3. Y quiénes pueden tener interés legítimo en conocer un testamento

No se puede perder la orientación y olvidar que, en virtud de la analogía con el art.224, también se debe reconocer que el párrafo b) del artículo 226 admite que, a través de las vías de manifestación del protocolo y aun sin tener derecho, pueda conocer el contenido de un testamento quien alegue un interés y justifique que debe ser tenido y declarado legítimo.

Y que ahora estamos ante el caso de alguien que cree tener ese legítimo interés y lo justifica con la aportación de todo cuanto considera preciso para convencer a quien ha de decidir, el Notario ante quien presenta su solicitud, de la íntima relación que existe entre su pretendido conocimiento del testamento y el ejercicio de un derecho o facultad que le asisten.

En realidad hay tres aspectos distintos en los que el interés del solicitante ha de recaer y sobre ellos le conviene darle a conocer una manifestación exterior amplia y detallada de cuantas circunstancias rodeen a su solicitud. Son los aspectos siguientes:

A) Sus posibilidades de acceder a la herencia caso de apertura de la sucesión intestada de que trata el 226. (Si por su parentesco está llamado de modo directo, tiene derecho a la copia. Si existen parientes intermedios, no tiene tal derecho y ha de probar que goza de interés y que es legítimo por su relación con el contenido del testamento

B) Las posibilidades de que ese testamento que existe sea declarado ineficaz de tal modo que implique aquella apertura. Y

C) Las de que aquellos parientes intermedios queden a su vez privados del derecho a heredar a consecuencias de estar implicados en la causas de esa ineficacia. O sea, la interconexión o correlación entre los dos primeros aspectos

Al igual que antes se hizo respecto a quienes el artículo 226 b) reconoce con derecho copia un ejemplo concreto –elegido por ser el caso mas sencillo– extraído de la realidad (21)

Un vecino de Sevilla sufría un temor supersticioso que le impedía testar y que ocultaba cuidadosamente, aunque hizo una sola excepción con su único nieto, con el que convivía y a quien confesó su secreta manía. Y como, a su fallecimiento resultó que había otorgado testamento, dicho nieto sospechó que se podía haberse falseado la realidad mediante una suplantación de personalidad en el acto de testar y tiene razones para creer que su autor era el único hijo que le sobrevivió. En consecuencia solicita del Notario autorizante la exhibición del testamento, con la seguridad de que el análisis pericial de la firma del testador permitirá tanto que se declare la nulidad del testamento como la autoría de la suplantación y la correlativa indignidad del autor para heredar. Y ello le convertiría en el llamado

(21) Ilustrado, por cierto, con una divertida anécdota que se atribuía al que fue Notario de Sevilla Don Rafael González Palomino que padecía un “visible” defecto físico.

único y directo a la herencia intestada.

Este peticionario, que se sabe carente de *derecho a copia* y precisamente por ello, alega su *interés* y desea justificar que es legítimo el que le ha movido a querer conocer el contenido del testamento. Porque, caso de que se cumpliera la condición de abrirse la sucesión intestada estaría llamado a ella de modo directo y efectivo si, además, pudiera probar la falsedad del testamento y la identidad de su autor; porque de ser ciertas sus sospechas, dicho autor –único hijo del causante– sería declarado indigno lo que le convertiría en llamado a heredar abintestato al causante, en primer término y de modo directo

Ello significa que además de la condición impuesta por el Reglamento, hay otras condiciones añadidas y resultantes de unas circunstancias a las que habrá de referirse en forma detallada y convincente.

Este ejemplo nos permite entender, ya en términos generales, que el solicitante que alega interés ha de superar un condicionamiento plural;

— Primera condición, la reglamentaria de que se abra la sucesión intestada.

— Otras condiciones adicionales para poder llegar a heredar en esta sucesión que tengan relación con el testamento cuya manifestación se pide. Serán tantas cuantas sean las personas intermedias entre causante e interesado, con apoyo unas veces en el testamento y el porqué de su ineficacia o, en otras, por la inhabilidad o falta de idoneidad de cada una de ellas para suceder a aquél. Estas causas –innumerables– y su posible reconocimiento por los Tribunales, han de resultar de las alegaciones formuladas. Y lo mismo cabe decir en cuanto a la infinidad de clases de derechos o facultades de que es o se cree titular y a su relación o conexiones con el testamento.

II. SU INTERÉS Y LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

Ha llegado el momento crucial en el que debo aclarar y justificar por qué en el título de este pequeño trabajo y con referencia a la doctrina del Centro Directivo sobre este punto precisamente se

emplea la voz “anómala” y su causa. Es un término de amplio contenido dentro del cual se engloba el de *desajuste, disonancia* o *falta de armonía* sin que, por otra parte, se excluya el de *contradicción* que también se da de hecho en alguna ocasión.

Me importa dejar constancia de que mi pretensión consiste sólo en destacar o hacer resaltar que tal hecho, (llámesele como se quiera), puede provocar confusiones o dudas que induzcan a propiciar conductas capaces de que, con la mejor buena fe, se causen o se puedan producir graves injusticias, algo que, al menos en mi opinión hay que impedir a toda costa.

A tal fin parece indicado crear dos partes: en la primera se hace una breve reseña de la teoría general sobre el interés tal como resulta de la doctrina de la Dirección, sin más objetivo que facilitar su consulta; y en la segunda se hará una exposición resumida de los hechos significativos que se dieron en varios casos resueltos por el Centro Directivo, seguida de la doctrina que se les aplica. De este modo se podrá formular un comentario crítico final.

1. Breve recordatorio de la doctrina general sobre el interés

a) El interés del solicitante de una manifestación del protocolo es eficaz para lograrlo si conocer el contenido del documento sirve razonablemente para ejercitar un derecho o facultad relacionados con él.

b) No es de interpretación restrictiva sino casuística y por ello amplia, relaciona esta amplitud con la multiplicidad de las circunstancias subjetivas u objetivas que edan concurrir.

c) A pesar de que el artículo 226 b) omite toda referencia al interés en obtener copia de un testamento, le es aplicable por analogía lo dispuesto en general por el 224 para la copia de cualquier documento.

2. Síntesis de algunas recientes Resoluciones sobre ese interés

Se hace a continuación una exposición muy resumida de dos recientes Resoluciones recaídas en asuntos de quienes están genéricamente llamados al abintestato por el 226 b) pero sin que su llamamiento, condicional suspensivo, pueda ser eficaz de modo inmediato al cumplirse la condición por haber un pariente preferencial intermedio.

Dos supuestos idénticos en sustancia y que reciban desigual tratamiento pueden ser una buena ejemplificación de las anomalías a que nos hemos venido refiriendó.

Primer caso Resolución de 6 de agosto del 2003.

De sus antecedentes de hecho resulta que la recurrente es sobrina del testador, fallecido en estado de soltero y sin haber dejado descendencia alguna, de manera que estando interesada en conocer la manera en que su tío dispuso de sus bienes, y aportando para ello la documentación que estimó necesaria, se dirigió al Notario al objeto de que le expidiera copia del testamento otorgado por su tío el día que señalaba, obrante en su protocolo, o bien se lo dejara consultar personalmente; que el Notario no atendió a su solicitud e informó que en la recurrente no se daban los requisitos que contenía el artículo 226 del Reglamento. Y que la Junta acordó que la actuación del Notario ha de estimarse correcta.

La Dirección, tras largas disquisiciones, dice en su tercer Fundamento de Derecho que viviendo el padre de la recurrente, hermano del testador, él sería el llamado a la sucesión intestada (cfr. art. 946 del Código Civil) y por tanto el que tendría derecho a obtener copia del testamento; y que sólo si el padre de la recurrente hubiere fallecido y así se acreditase debidamente, podría el Notario interesado expedir copia del referido testamento a favor de la reclamante, pero que no siendo así debe este Centro Directivo desestimar el recurso de queja.

La anomalía es una omisión, evidente (aunque no pueda ser palpable) y grave, a mi entender. Se resuelve sobre la petición de copia de un testamento, o de su exhibición, sin hacer una sola referencia al interés que todo solicitante puede esgrimir.

Del texto de la Resolución no resulta que la peticionaria y recurrente hiciese alegato alguno sobre su interés en obtener la solicitada manifestación del testamento; y es, por supuesto, ciertamente posible –aunque cueste creerlo– sea por ignorancia o por falta de asesoramiento. Pero su silencio nunca puede justificar el de la Dirección. (22)

(22) Ya el mismo Notario se había hecho merecedor de algún reproche de la Dirección porque, como causa de su negativa a manifestar el protocolo debió mencionar no sólo la carencia del derecho a copia de la solicitante,

Al no hacer la menor referencia al valor que tiene el interés en la manifestación de testamentos el Centro directivo *contradice, por omisión, su propia doctrina* general sobre la materia, reconocedora de que el solo interés puede ser fuente de habilitación para obtener copia de un testamento, si justifica las circunstancias que lo enlazan con dicho testamento y el ejercicio dc algún derecho o facultad que le asista o pudiera asistirle.

Segundo caso: Resolución de 24 de agosto del 2014.

Según el Antecedente de hecho segundo, la recurrente apoyaba su interés en obtener copia de un determinado testamento en el hecho de ser sobrina del testador, hija de una hermana fallecida al tiempo de otorgarse el testamento. Aporta a tal fin, a lo que en este expediente interesa, certificado de nacimiento de su madre, certificado del... y de defunción del testador, en la que consta estar separado legalmente

De los demás antecedentes resulta que el Notario que denegó la copia lo justificaba por el hecho de que, aun siendo la solicitante sobrina del causante, no se produciría su llamamiento dada la supervivencia de la esposa del testador, instituida heredera en el testamento. Y que la Junta Directiva del Colegio Notarial confirmo tal decisión.

El Fundamento de Derecho tercero transcribe la doctrina general de la Dirección sobre qué se entiende por interés, su amplitud, casuística, etc.

Pero en el cuarto añade (sin el resalte tipográfico que me permito añadir) que “en materia de testamentos es el propio Reglamento Notarial el que *define ese interés legítimo al señalar el artículo 226 las personas que, una vez fallecido el testador, tienen derecho a copia.* Y que en el presente caso y tras la reforma del Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, el artículo 944 del Código civil antepone en el llamamiento legal al cónyuge viudo antes que los parientes colaterales, por lo que aun siendo nulo o no existiendo el testamento, la totalidad de la herencia recaería por llamamiento

sino también su falta de alegación y prueba del interés que pudo haber tenido para obtenerla. (No entro ahora, lo haré más adelante, en si el Notario faltó también a su deber de asesoramiento).

legal en el cónyuge supérstite, *lo que excluye al pariente colateral, por esa sola circunstancia, de todo interés en la obtención de copia del testamento* de su tío difunto.

En el Fundamento quinto expresa que la situación de separación con las consecuencias jurídicas que de ello se deducen es una cuestión de hecho que, no existiendo una prueba fehaciente y consentida, no puede ser apreciada directamente por el Notario.

[Después de negar derecho e interés, el Fundamento sexto acaba estimando el recurso porque el testamento contiene un llamamiento como sustituto vulgar en favor de, entre otros "sus sobrinos hijos de su hermana fallecida doña...", circunstancia que concurre en la señora recurrente, de modo que el llamado como sustituto, siquiera sea con carácter secundario o subordinado a una circunstancia determinada, que como la declaración de la nulidad de la disposición testamentaria a favor de la esposa, lo que supondría no el llamamiento a los herederos abintestato, sino el de sustitutos vulgares designados por el testador.

La verdad es que, salvo la detallada referencia al concepto del interés en la solicitud y obtención de copias, todo en esta Resolución parece extraño y sorprendente:

Así la afirmación de *que el 226 define el interés legítimo*, cuando lo que hace es indicar los que tienen derecho a copia. O la aseveración de que *la existencia del cónyuge priva a los colaterales de todo interés en la obtención de copia*, cuando lo que en verdad hace es impedirles que puedan heredar de modo inmediato. O el aserto de que la situación de separación de hecho de la consorte del testador no puede ser apreciada por el Notario, cuando es él precisamente quien debe considerarla y tenerla en cuenta a la hora de valorar el interés del que pide la copia, puesto que tal separación provocaría la nulidad de la institución de heredero y la consiguiente desaparición del pariente intermedio.

Y, –lo absolutamente incomprensible– que en las primeras líneas de la Resolución, en el Antecedente segundo, se mencione una certificación aportada por la recurrente relativa a **"la defunción del testador, en la que consta estar separado legalmente,** y de la cual, en lo sucesivo, ya no se vuelve a hablar, como si no se hubiera mencionada nunca.

Tras estos ejemplos hay base para intentar un análisis en sentido general.

CONCLUSIONES: LAS ANOMALÍAS APUNTADAS Y SU REMEDIO

El autor reconoce haber atormentado al lector con cierta morosidad en la exposición y desarrollo de las dos primeras partes. Tras los oportunos golpes de pecho aspira a ser perdonado por la necesidad que ha sentido de dejar bien sentadas las bases en que se tiene que cimentar el verdadero entendimiento de lo que debe ser la doctrina relativa al derecho y al interés legítimo de "los llamados a la herencia" intestada de que trata el artículo 226 b) del Reglamento Notarial.

Era muy importante analizar la condicionalidad del llamamiento de aquéllos a los que se declaraba *con derecho a copia*, para entender la múltiple condicionalidad del llamamiento de los que sólo podían *alegar interés en el testamento* cuya manifestacion pretendían.

Y una vez que el autor llegó a comprender cual el verdadero funcionamiento del conjunto es cuando cree que puede calificar esas que llamó anomalías en la doctrina de la Dirección y que han quedado expuestas en la reseña de las dos Resoluciones arriba recogidas.

Todo queda resumido en la palabra **descoordinación**.

La verdadera y única objeción que tales Resoluciones merecen no es otra sino la de que en ellas no se refleja con la debida y necesaria coordinación cómo juega en la materia lo proclamado por la Dirección sobre el interés y su legitimidad aplicadas a los casos en que se ha pedido la manifestación de un testamento y acerca de la amplitud y generosidad con que debe apreciada. Pues, además, una y otra, seguramente merecen, al tratarse de testamentos una mayor comprensión.

Esta falta de coordinación tiene ocasiones en que se refleja en forma de omisión, y otras en las que suscita una verdadera contradicción o, al menos, da pie para que así se pueda creer. Y todo ello con unas consecuencias que pueden llegar a ser causa de confusión en cuanto a la forma misma en que el solicitante puede presentar su petición, como de los elementos de juicio que acaso falten al Notario a la hora de decidir si en ella se ha acreditado que el interés es legítimo.

La Dirección General debería advertir que sus Resoluciones, con independencia de su específica función, tienen además un gran valor pedagógico y es bueno no perder la ocasión de señalar que al recurrente compete suministrar los datos necesarios para que sea justa la decisión que espera y procure que sus alegaciones colaboren a ello exponiendo cuantas circunstancias concurran.

El remedio para acabar con la descoordinación es bien sencillo.

Bastaría con que toda Resolución que recayera en la materia tratada en el artículo 226 del Reglamento Notarial contuviera un Fundamento de Derecho que recogiera en lo que antes se ha expresado como "breve recordatorio de la doctrina general sobre el interés".

1.º Que, a pesar de que el artículo 226 b) omite toda referencia al interés en obtener copia de un testamento, le es aplicable por analogía lo dispuesto en general por el 224 para la copia de cualquier documento.

2.º Que los que menciona como llamados a la herencia intestada del causante son sólo aquellos que en el caso concreto serían efectivamente llamados con arreglo a los modos, órdenes y grados de suceder, y ello remite a los artículos 921 y concordantes del Código Civil".

3.º Que, no obstante, *más tarde,* tendrán también derecho a copia los que, teniendo antepuestas otro u otros parientes de mejor derecho para heredar, aleguen y justifiquen su interés en conocer el contenido del testamento con los datos y circunstancias que a su juicio lo acrediten y logre del Notario custodio del protocolo la declaración y el reconocimiento de que es legítimo.

4.º Que el interés del solicitante de una manifestación del protocolo es legítimo y es eficaz para lograrlo cuando el conocimiento del contenido del documento a que se refiere sirve razonablemente para ejercitar con eficacia un derecho o facultad reconocido al peticionario por el ordenamiento jurídico que guarde relación directa y concreta con el documento o sirva para facilitar de forma ostensible un derecho o facultad igualmente relacionados con la escritura.

5.º Y que aunque, en su calidad de excepción al secreto del Protocolo, parece que debería ser de interpretación restrictiva, no es así

y lo que procede es la determinación casuística según las circunstancias objetivas y subjetivas que concurran.

Hay que impedir que –a causa de no haberse hecho oportunamente en la regla general las salvedades o excepciones oportunas– se prive de conocer el testamento a quienes puedan un justificado interés en conseguirlo.

En resumen: Que puede obtener la manifestación de un testamento todo el que alegue su interés en conocerlo acreditando que es legítimo porque sirve razonablemente para ejercitar un derecho o facultad que le asisten y están relacionados con aquel testamento; y que su aplicación no solo no es restrictiva, sino que se aprecia de modo casuístico lo que permite exponer con amplia libertad cuantas circunstancias concurran en su caso, cualquiera que sea su género o naturaleza.

Y es innegable que el testamento, por su naturaleza y por el ámbito familiar al que proyecta, ha de contener los datos personales del testador y, por lo común, los de su allegados o personas de su entorno, sin excluir posibles expresiones de su voluntad cuyo alcance puede tener una enorme amplitud.

Porque el testamento se presta mucho más, sin comparación, que ningún otro documento del protocolo notarial a dar información o a proporcionar datos que pueden ser de utilidad a los efectos del interés del peticionario y del ejercicio de ese derecho o facultad que dice ostentar. Y que, además, por el camino de las que pueden ser causas de una eventual ineficacia del testamento, que puedan ser útiles a los fines de enervar o eliminar otros derechos que correspondieren a los que, como el solicitante, aspìran a suceder al causante por la vía intestada.

EPÍLOGO

En calidad de complemento final de cuanto antecede creo oportuno ponerme en la situación del Notario custodio del protocolo, ya por ser su titular o sustituto de éste, ya en calidad de Archivero de protocolos, y reflexionar sobre cuál debiera ser mi postura ante la solicitud de copia de un testamento.

Tras pensar que actúo como Notario que custodia un protocolo y principal responsable de sus secretos, tengo que asumir que se me

está encomendando algo fuera de lo habitual en mi función, pues se trata de actuar impartiendo justicia de modo similar al de un juez, (aunque sin las trabas o limitaciones que le atañen a él) y decidir si el interés que se alega para pedir la copia o la exhibición de un testamento es o no de relevancia bastante para levantar en su beneficio la prohibición de darle a conocer un protocolo cuyo secreto debe ser mantenido.

Para ello me siento obligado a no limitarme a ejercer una función burocrática de modo rutinario para dar la congrua respuesta un escrito de petición en sentido de una simple admisión/inadmisión, aunque sea motivada y razonada, sino que tengo que entrar en el fondo y conocer todo cuanto se relacione con el solicitante sus circunstancias personales y familiares, su eventual relación con el causante, y los datos que aporte y en los que funde su interés que, además ha de ser contemplado con amplitud, no sólo en su aspecto económico sino también en el personal, familiar. Y que para ello debo procurar tener con el solicitante una entrevista que pueda desarrollarse en tono distendido e informal.

Porque parto de un hecho esencial: que tengo en mi poder el testamento, en el protocolo que custodio y puedo y debo estudiarlo a fondo para entenderlo en todo su alcance. La Dirección se refirió aludiendo a ello en su Resolución de 31 de enero del 2014 (1066-13) al decir que, para la apreciación del interés legítimo el Notario tiene a la vista también la propia escritura objeto de la petición.

Pero destaca que su contenido puede desvirtuar el interés alegado como indica su texto y calla lo que también puede ocurrir: que la escritura que tiene a la vista de igual modo puede contener datos decisivos en favor del solicitante y con mayor razón si se trata de un testamento. Y para corroborarlo basta volver atrás y recordar la Resolución de 24 de agosto del 2014 (172-14), antes comentada, que estimaba el recurso de una peticionaria de la copia de un testamento en el ámbito de “nuestro” artículo 226 b). Se le denegó la copia que pedía en calidad de llamada al abintestato, pero se estimó el recurso porque en el testamento cuya nulidad pretendía conseguir, estaba incluida en calidad de sustituta vulgar de su premuerta madre, instituida heredera por lo cual podía suceder por la vía testamentaria. (23)

(23) Dicha Resolución no habría sido precisa si el Notario, tras haberse

Volviendo al privilegio de que goza el Notario al conocer el texto del testamento que custodia y al hecho evidente de que, en principio, no le es lícito compartirlo con nadie, tengo que admitir que, *a efectos de la tramitación del recurso*, como Notario custodio del protocolo he apoyado mi decisión, ahora recurrida, en el testamento, y no puedo negar a la Dirección General el acceso a un medio de prueba usado en el procedimiento. (24)

Y, por último, un aspecto que entiendo digno de atención primordial es el de que, *como el sábado,* el secreto del protocolo está hecho para el hombre y no a la inversa.

Que el hecho de que la manifestación del testamento pueda dar a conocer hechos, alusiones o referencias que signifiquen o puedan significar infamia, descrédito o pérdida de la honorabilidad de alguien, justifica por sí sólo una decisión denegatoria.

A salvo el caso de que, por no afectar a lo que es la finalidad propia de todo testamento que es el régimen de la sucesión *mortis causa* de su autor, pueda el Notario pueda ser eliminado de la copia que se expedirá en su modalidad parcial, haciendo constar que lo omitido se justifica por el secreto del protocolo y ser ajeno al interés del solicitante

Porque, en definitiva, el Notario decide contraponiendo en una balanza el peso del platillo en que se halla el respeto al secreto del protocolo, y otro dedicado al interés. Y que en esa ponderación pesará más el interés, por débil y limitado que sea, que un secreto exclusivamente formal carente de verdadera sustantividad. Pero que el interés siempre ha de pesar menos que el secreto del protocolo cuando éste sea sustantivo y esté vinculado a la esencia del testamento.

---

estudiado bien el testamento y antes de tomar la decisión denegando la copia, hubiera mantenido una sencilla conversación con la interesada.

(24) Todo escrúpulo ha de desvanecerse ante el tenor de la Resolución de 4 de julio del 2011: No puede aceptarse la alegación del recurrente de que el secreto del protocolo quedaría vulnerado de remitir a la Junta Directiva las copias simples solicitadas, cuando ello sea necesario para el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de que la Junta Directiva, a su vez, deba impedir que el contenido del protocolo trascienda indebidamente a terceros que carezcan de legitimación y competencia para obtener conocimiento del mismo.

“DE NUEVO SOBRE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS”

Alberto Sáenz de Santa María Vierna
Notario

Resumen: La Ley del Deporte vigente cumple veinticinco años de vida. Es hora de analizar si las razones legales utilizadas para fundamentar la creación del tipo legal de las Sociedades Anónimas Deportivas (SAD) han sido alcanzadas. También, para saber qué opinión tienen de las SAD los especialistas en Derecho deportivo. Concluimos analizando un posible replanteamiento de la vigente Ley.

Palabras clave: Ley del Deporte.- Asociación *versus* Sociedad.- Club deportivo *versus* Sociedad Anónima Deportiva.- Animo de lucro y de repartir las ganancias.- Animo deportivo.-

Abstract: The spanish Sport Law in force is 25 years old. It´s time to consider if the legal reasons to create the Sports Public Limited Companies (SPLC) has been reached. Also, is time to know the opinion of the specialists in Sport Law about the SPLC. We finish analyzing a possible reformulation of the legal solution.

Key words: Law of Sports.- Association *versus* Partnership.- Sport Club *versus* Sport public limited Company.- Will of profit and share profits.- Fair play.-

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. PUNTO DE PARTIDA: LA VIGENTE LEY DEL DEPORTE

II. EL DEBATE JURÍDICO-DOCTRINAL SOBRE LAS SAD

III. NECESIDAD DE UN REPLANTEAMIENTO LEGAL

IV. CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

Mis primeras palabras tienen que ser de agradecimiento. De agradecimiento a las aulas de la Universidad Rey Juan Carlos que me acogen para exponer mis opiniones. Y de agradecimiento sincero al Director de este Master, Francisco Javier ARROYO ROMERO, por la confianza puesta en mí. Espero no defraudarla (1).

Y antes de entrar en materia, sólo una advertencia: hablamos constantemente de Derecho deportivo; este Master lo es en "Derecho Deportivo Europeo"; yo les voy a hablar de las Sociedades Anónimas Deportivas… pero todos sabemos que la gran atención y atracción de todo ello se la lleva el Fútbol, en perjuicio y detrimento de otros muchos deportes de grupo y de asociación.

Esto, simplemente, es así y nada parece poder cambiarlo. Basta con ver cada día la prensa escrita o digital, los informativos de las televisiones o, en general, todos los medios de comunicación.

(1) Publicado en *Revista Española de Derecho Deportivo*, número 35, julio-diciembre-2.014, págs. 103-118. Por cortesía de la propia REDD –que el autor agradece– se publica ahora en la *Revista Jurídica del Notariado*.

El trabajo tiene su origen en la Conferencia que impartí el día 4 de Diciembre de 2014 dentro del "*Master en Derecho Deportivo Europeo*" organizado por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Conscientemente he querido conservar el tono coloquial que debe tener toda Conferencia de esta naturaleza, alejado por principio de la más mínima rigidez.

Es más: también sucede con la Ley vigente de 1990, pues aunque se titula "Ley del Deporte" todos sabemos que vino determinada, marcada, publicada y puesta en vigor en razón de las circunstancias concurrentes en uno sólo de los deportes que constituyen su objeto: el Fútbol.

I. PUNTO DE PARTIDA: LA VIGENTE LEY DEL DEPORTE

Abandonando una tradición histórica ininterrumpida desde el siglo XIX, es decir, la de toda la historia del Deporte moderno (y que se había mantenido a pesar de los muy distintos regímenes políticos bajo los que rigió), la Ley del Deporte de 1990 introdujo en España una gran novedad en nuestro Derecho: la figura de las Sociedades Anónimas Deportivas para las competiciones deportivas profesionales de Fútbol y Baloncesto.

¿Cuál fue la "ratio legis" de la reforma?

Según se repitió hasta la saciedad en medios políticos, deportivos e informativos de la época (y durante todo el largo proceso de gestación), la razón era sólo una: acabar con el déficit de nuestro fútbol, que se había convertido en galopante. O como se dice hoy, sistémico. El problema, por tanto, no era jurídico sino económico.

Hubo una cifra que se repitió constantemente durante el proceso de gestación de la que sería Ley del 90 y que sirvió para describir sintéticamente y en términos rotundos la enfermedad: "el fútbol español arrastra una insoportable **deuda de 35.000 millones de pesetas**".

¿Cuál es la situación actual? De ello hablaremos más adelante, cuando esta Conferencia esté más avanzada. Ahora vamos a centrarnos en exponer unas notas que –a mi personal juicio– sirven para caracterizar la regulación de las SAD de la Ley del 90.

1.ª Pobreza normativa de la Ley:

Las SAD tienen una regulación bastante escasa, consistente tan sólo en 10 artículos de la Ley y 25 artículos del Decreto de desarrollo, de 16 de julio de 1999.

Si tenemos en cuenta las Disposiciones adicionales y transitorias de ambas normas, en total no pasan de 70 los artículos que regulan una figura totalmente nueva, que se aparta del régimen general y

que –según se afirma– tiene muchas especialidades y cuestiones que afrontar.

Para situar adecuadamente la cuestión, hay que decir que la regulación general de las SA comunes se contiene hoy en la Ley de Sociedades de capital (539 artículos), a la que hay que añadir la Ley de Modificaciones estructurales de las Sociedades (103 artículos).

En total, por tanto, más de 640 artículos son necesarios para dibujar el esquema general de las SA. Y, sin embargo, poco más de 30 (si prescindimos de adicionales y transitorias) para regular el tipo especial de las SAD.

Parece como si el Legislador hubiera tenido una idea y, a partir de ahí, pocas ganas de desarrollarla.

2.ª Rango normativo de la regulación:

Pero no es sólo la cantidad de normas, sino también el rango. En efecto las normas son pocas, pero –además– el grueso de ellas se contienen en el Decreto de 1999 (que es sabido que sustituyó a otro anterior de 1991), por lo que nos encontramos con que la mayoría del régimen jurídico de las SAD se contiene en una norma de rango reglamentario.

Hay que decir –además– que esto es totalmente inusual.

En efecto: los abundantes tipos de SA especiales que existen en nuestro Derecho han sido establecidos por Ley. Y su regulación se contiene casi siempre en normas con rango de Ley, íntegramente.

Así sucede con las Sociedades y Agencias de valores (Ley de 28 de julio de 1988), las Sociedades de Garantía Recíproca (Ley de 11 de marzo de 1994), las Sociedades de Inversión Colectiva (Ley 4 de noviembre de 2003), las Sociedades de Capital-riesgo (Ley 24 noviembre de 2005), las Sociedades laborales (Ley de 24 de marzo de 1997), las Sociedades profesionales (Ley de 15 de marzo de 2007), etc...

Frente a esta situación general y generalizada (que no ignoro que tiene alguna excepción), el grueso de la Legislación de SAD se contiene en un simple Decreto. Este dato, es decir, escasas normas en la Ley y una gran mayoría en el Reglamento de desarrollo, sólo pasa de forma tan manifiesta en los casos de Sociedades de Crédito hipotecario (Decreto 17/3/1982), Sociedades de Tasación (Decreto 30/5/1997), Establecimientos Financieros de Crédito (Decreto 26/4/1996) y Establecimientos de Cambio de moneda extranjera (Decreto 14/12/1998).

Está claro que todas estas SA especiales pertenecen al sector financiero, que –como se sabe– es el sector más regulado de la Economía española. Pero desde la reforma de la Ley del Deporte, a ellas se suman ahora las SA del mundo del deporte, las SAD.

Todo esto plantea problemas de deslegalización (más frecuente en el Derecho administrativo, pero insólita en el Derecho civil y mercantil). Y problemas de aplicación e interpretación de la Ley, pues la regla "norma especial deroga la general" puede entrar en conflicto con la regla "Decreto no puede ir en contra de la Ley".

En suma: este dato plantea problemas de jerarquía normativa (art. 1,2 del Código civil).

3.ª Técnica legislativa de la regulación:

En efecto las normas son pocas, pero –además– no se caracterizan precisamente por su calidad legislativa.

Para empezar, debo decir que, al menos a mi criterio personal, las normas de constitución o fundación de las SAD contenidas en los artículos 2 a 9 del Decreto exigen estar contenidas en una norma con rango de Ley.

Muchas de las Disposiciones Adicionales debieran ser incorporadas al articulado sustantivo de la Ley. Y se da la paradoja de que muchas de las Disposiciones transitorias no han resultado transitorias sino permanentes. Incluso hoy mismo –25 años después– seguiría siendo necesario acudir a ellas para nuevas transformaciones en SAD. Incluso es preciso tener en cuenta las Disposiciones transitorias del Decreto de 1991, ya derogado y que contenía la primera regulación reglamentaria de las SAD.

¿Transitorias que duran 25 años?

¿Transitorias que duran tanto como la Ley misma?

4.ª Órgano único de administración:

La Ley de Sociedades de capital (como antes la Ley de Sociedades Anónimas) ofrece a los constituyentes y a las Juntas generales de cualquier SA la opción de elegir libremente entre cuatro sistemas de administración. Ello permite que el órgano de dirección de la SA pueda adaptarse a las circunstancias de la propia vida social, a la relación interna entre los socios, a los medios y circunstancias del entorno económico y a cualquier otro dato variable. Estos cuatro sistemas son los de Administrador único, Administradores

mancomunados, Administradores solidarios y Consejo de administración.

Frente a ello, la Ley del Deporte (art. 24) sólo permite uno de esos sistemas: el de Consejo de administración. Con ello, el Legislador de 1.990 cree imponer en las SAD decisiones colegiadas, es decir, decisiones que necesariamente deben tomarse en forma colectiva, a través de un órgano pluripersonal que sólo por acuerdo de varios puede funcionar, con los requisitos naturales de convocatoria, quórum, mayoría, etc…

¿Eso es así?

Yo me permito dudarlo. Basta con adjuntar casos de la vida real de estos últimos 25 años.

¿Cree alguien que el Atlético de Madrid SAD de Jesús Gil se guiaba por criterios colegiados? Yo creo que no; antes al contrario, se guiaba por criterios personales y sólo personales, incluso personalísimos. ¿Cree alguien que el Betis SAD del señor Lopera se guiaba por criterios colegiados? Yo creo sinceramente que no; y conmigo, todos los que me están escuchando o leyendo. ¿Y qué decir del Valencia SAD en la etapa del señor Roig? Lo mismo.

Hago mención expresa de estos tres casos y personas concretas porque pertenecen al pasado, pero si cualquiera de ustedes analiza y repasa la lista de los Clubs que actualmente juegan en Primera y en Segunda A, se encontrará muchos otros casos iguales. Todos, de manifiesto personalismo, de completa unipersonalidad en la dirección. Y, a veces, de rendición completa al "caballero blanco" de turno que pone dinero en tiempos de zozobra.

La conclusión parece obvia: el legislador del 90 se movió por buenos deseos simple y llanamente, pero cualquier conocedor del mundo del fútbol sabe de los personalismos que lo atraviesan en su médula. Con lo que otra característica a destacar de la Ley del Deporte del 90 deben ser sus cándidas intenciones.

5.ª Carácter intervencionista de la regulación:

Después de afirmar en su Preámbulo que "la práctica del deporte tiene su base en la sociedad", la Ley del Deporte se inmiscuye en la vida de las SAD mucho más allá de lo que lo hace en cualquier otra SA común, hasta el punto de entrar en conflicto con los principios configuradores de las SA: presentación y rendición de cuentas a Entes públicos (además del depósito de cuentas anual en el Registro

Mercantil); limitación de las facultades representativas de los administradores; sometimiento a Entes públicos que están por encima de la Junta general de la Sociedad; legitimación para interponer acciones a órganos extraños a la propia Sociedad; plazos de información contable no sólo anuales sino incluso semestrales…

Con lo que el mundo del deporte de las SAD se ha convertido en uno de los sectores económicos más intervenidos por las Administraciones. O como se dice hoy en el mundo financiero, el deporte de SAD tiene que soportar una "enorme carga regulatoria".

6.ª El tanteo y el retracto:

Y para terminar con este acuciante intervencionismo, la implantación de una nueva limitación al derecho de propiedad inmobiliaria: el que podemos llamar "tanteo y retracto de Estadios y Pabellones". Esta figura fue una creación del artículo 25 de la Ley del Deporte del 90, que dice así:

> "En el caso de enajenación a título oneroso de instalaciones deportivas que sean propiedad de una sociedad anónima deportiva, corresponden los derechos de tanteo y de retracto, con carácter preferente, al Ayuntamiento del lugar donde radiquen las instalaciones o, en el caso de no ejercitarlo éste, a la Comunidad Autónoma respectiva y subsidiariamente, al Consejo Superior de Deportes".

No es necesario decir que por formación, por mentalidad y por profesión soy civilista y, por tanto, iusprivatista. Por ello, tampoco es preciso advertir que juzgo con evidente disfavor los retractos, todos los retractos y consiguientemente éste. Y por no reflejar sólo mi opinión, puedo citar en mi apoyo la autoridad de R. M.ª Roca Sastre, que en su monumental "Derecho hipotecario" (2) dice expresamente sobre este punto cosas como las siguientes:

> "El retracto y tanteo legal, al igual que las servidumbres, prohibiciones de disponer y demás restricciones, limitaciones y con-

(2) R. M.ª Roca Sastre (en colaboración con L. Roca-Sastre Muncunill): "Derecho hipotecario", 7.ª edición, 5 volúmenes, Editorial Bosch, Barcelona, 1979. *El tema de los retractos*, en el volumen III, en las pp. 598 y ss.

dicionamientos de origen ministerio legis, por su propia esencia se imponen de un modo absoluto y erga omnes, sin contemplaciones. Actúan a la manera de cargas de Derecho público que escapan a la esfera del Derecho privado".

"Son modos de ser o estar la propiedad, y más que limitaciones son delimitaciones que puntualizan las áreas o fronteras jurídicas naturales, determinando hasta dónde llega el poder del titular del dominio o derecho real limitado. Pertenecen a lo que podemos denominar estatuto jurídico de la propiedad inmueble".

"La proliferación de los retractos legales constituye uno de los males de nuestra legislación. No negamos que sean útiles en determinados casos, pero actualmente son demasiado numerosos y se van volviendo malignos".

"No cabe duda de que esta abundancia y peligrosidad del retracto legal resulta altamente perturbadora para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. El retracto legal es una figura que sólo puede ser justificada cuando el legislador no abusa de ella".

"**La generosidad en la concesión de nuevos retractos legales, volviéndolos cada vez más terribles, ha de ser frenada si se quiere mantener la libre contratación de inmuebles y evitar males mayores de los que con el retracto se pretenden evitar.** El legislador ha de proceder muy cautamente en la creación y mantenimiento de muchos retractos legales".

Resultaría tedioso recordar aquí los retractos legales que establecen el Código civil, Leyes especiales e incluso Leyes administrativas. Desde luego, pasan de 15. Y a ellos, la Ley del Deporte vino a añadir el que yo llamo "Tanteo y Retracto de Estadios y Pabellones", en general de instalaciones deportivas, so pretexto de que buscar la multiplicación este tipo de instalaciones, de naturaleza pública.

Yo abrigo serias dudas de que el camino seguido haya sido el correcto para el fin perseguido. Si se sigue avanzando por esta vía, se pueden imponer tanteos y retractos en caso de venta de Museos, o de Teatros (para multiplicar estos espacios). O de gasolineras (para garantizar el suministro de carburantes). O de sedes centrales de Bancos (para proporcionarle Edificios representativos a las abundantes Administraciones públicas). Y así, hasta el infinito.

Con lo que, de seguir por este camino, podemos llegar a una situación en que "de retracto en retracto, el progreso puede hacernos avanzar hasta la propiedad dividida de la Edad Media".

II. EL DEBATE JURÍDICO-DOCTRINAL SOBRE LAS SAD

El nuevo modelo impuesto por la Ley del Deporte de 1.990 originó un debate intenso, como pocas veces se recuerda (al menos, el que les habla). Las razones para la discusión infinita eran evidentes: de una parte, el cambio de rumbo del modelo jurídico, que bien se puede calificar como de un verdadero "golpe de timón"; y de otra, la presencia, la implantación social y el interés cada día mayor que el deporte de alto nivel tenía y tiene en nuestra sociedad y en nuestra vida.

En este debate no sólo tomaron parte los especialistas en Derecho deportivo, sino que a ellos se sumaron numerosos profesores de Derecho Mercantil, de Derecho Administrativo y bastantes Civilistas, además de Notarios y Registradores de la propiedad.

Hoy, con la perspectiva que da el tiempo, podemos resumir el debate clasificando las opiniones en cinco grandes grupos (aunque por supuesto, admitirían división y subdivisión en más).

Primer grupo:

Algunos autores consideran que el Legislador podía y puede elegir con absoluta libertad (literalmente, a su antojo) la forma jurídica de las Entidades que tienen por objeto el ejercicio y práctica del deporte. Por tanto, ya que el Legislador de 1990 impuso la forma de SA, la aceptan sin más.

En este grupo, los autores parecen considerar que la SA es un molde jurídico general que lo mismo sirve para actividades mercantiles que para cualquiera otra, siendo indiferente su naturaleza, su objeto o sus finalidades. Así,

a) Algunos como M.ª C. Ribera Pont (3), porque entienden que como la SA, cualquiera que sea objeto, tiene carácter mercantil, ya no hay por qué discutir más.

(3) M.ª C. Ribera Pont: "Las Sociedades Anónimas Deportivas", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, pp. 1761-1791.

b) Otros como M. Fuertes López (4), por entender que el ánimo de lucro es un concepto tan amplio que equivale a la obtención de cualquier clase o tipo de ventaja, beneficio u objetivo.

c) Otros, en fin, como O. M.ª Fradejas Rueda (5), porque entienden que Sociedad y Asociación no están relacionadas entre sí por la naturaleza lucrativa o no del fin, sino por su magnitud, despersonalización e institucionalización.

Este grupo de autores siguen la opción del legislador casi de forma mecánica, dando incluso justificación a los argumentos de la Ley porque por sí misma se ha impuesto en nuestro Derecho (como si no pudieran razonar en contra de la opción de la Ley del Deporte, simplemente porque ya es Ley; como si sólo existieran los criterios de "lege data", y no de "lege ferenda").

Segundo grupo:

En este segundo grupo incluimos autores que entienden que la SA es el instrumento jurídico más evolucionado y perfecto entre todas las formas societarias ideadas por el hombre para la organización de personas y para la reunión de fondos. Y que por ello es aplicable y conveniente su uso para los Clubs de fútbol o baloncesto que alcanzan un nivel económico importante. Es el caso de J. M. Otero Lastres (6). O el de F. Sosa Wagner (7), para quien la SA es la organización mejor perfilada en todas las Legislaciones.

Incluso podríamos incluir aquí a esos autores que asimilan (y, por tanto, confunden) Sociedad y Empresa, creyendo sólo por ello que el deporte profesional debe asimilarse necesariamente ("velis

(4) M. Fuertes López: "Asociaciones y Sociedades Deportivas", Marcial Pons-Universidad de León, Madrid, 1992, 155 pp.

(5) O. M.ª Fradejas Rueda: "La Sociedad Anónima Deportiva", en *Revista de Derecho de Sociedades*, número 9, 1997, pp. 206-225 (en concreto, p. 209).

(6) J. M. Otero Lastres: "Algunos problemas de los Clubs de fútbol", en la obra colectiva *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias Prada*, Civitas, 2014, pp. 819-838.

(7) F. Sosa Wagner: "Prólogo" a la obra de Mercedes Fuertes López, "Asociaciones y Sociedades deportivas", Marcial Pons-Universidad de León, Madrid, 1992, p. 8.

nolis") a los principios económicos de la libre empresa y la economía de mercado, como sostienen A. Aguilera Fernández (8) o F. Rubio Sánchez (9).

Tercer grupo:

Otros autores, por su parte, se manifestaron con particular convencimiento totalmente de acuerdo con la idea del Legislador español de 1990 de que el "problema económico" del Fútbol debía resolverse adoptando una nueva "forma jurídica" para los Clubs que lo practican a nivel profesional. Y que esta nueva forma jurídica debía abandonar el Asociacionismo deportivo para recalar en el núcleo más puro del Derecho Mercantil: la Sociedad anónima. Es el caso –destacadísimo caso– de L. M.ª Cazorla Prieto (10).

La importancia de la postura de Cazorla Prieto no sólo deriva de su gran reputación y prestigio jurídico (en general, y en el Derecho del Deporte en particular), sino porque evolucionó desde una primera posición favorable a la "Sociedad deportiva profesional" hasta acabar convirtiéndose casi en el jurista oficial del nuevo régimen jurídico, el de las "Sociedades Anónimas Deportivas". De hecho, el Prólogo a su libro "Las Sociedades Anónimas Deportivas" se debe a la pluma de Javier Gómez Navarro, a la sazón Secretario de Estado del Deporte y principal impulsor de la reforma.

---

(8) A. Aguilera Fernández: "Estado y Deporte. Legislación, Organización y Administración del Deporte", Editorial Comares, Granada, 1992, especialmente pp 115-124 y 149-151.

(9) F. Rubio Sánchez: "*El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*", Dykinson, Madrid, 2.005, pp. 143-148.

(10) L. M.ª Cazorla Prieto: "Las Sociedades Anónimas Deportivas", Ediciones de las Ciencias Sociales, Madrid, 1990, especialmente pp. 23-47 y 245-246. En este libro cita como partidarios de su misma opinión a dos ilustres Catedráticos de Derecho Mercantil: F. Sánchez Calero y R. Jiménez de Parga (el primero por un artículo en el diario ABC y el segundo por un Coloquio en la ACB).

Cuarto grupo:

Incluimos aquí a aquellos autores que consideran que el Ordenamiento jurídico tiene sus propios Principios, su propio sistema. Y tales Principios y sistema no pueden ser desatendidos ni marginados sin provocar importantes efectos colaterales en la realidad social y en la vida que las Leyes y el Derecho deben regular.

Para los autores de este grupo, nuestro Derecho sigue inspirándose en el Principio de que los entes que tienen ánimo de lucro deben revestir la forma de Sociedad civil o mercantil (en cualquiera de sus formas y, por tanto, también en forma de SA). En doble dirección: Si hay ánimo de lucro, debe adoptarse la forma de SA; y si estamos ante una SA, necesariamente tiene ánimo de lucro.

Por el contrario, los entes que carecen de ánimo de lucro por perseguir como finalidad primera otros objetivos y finalidades deben revestir la forma de Asociación (y/o Fundación). Y también en doble dirección: Si se trata de una Asociación, no tiene ánimo de lucro; y si no tiene ánimo de lucro, estamos ante una Asociación. Es el caso del autor de estas líneas (11) y de García Campos (12). Y también parece la postura de Martín Hita (13).

Quinto grupo:

Los autores de este grupo están totalmente de acuerdo con los anteriores en el papel crucial que desempeña el fin de lucro y el reparto de ganancias como elemento esencial para las SA, pero añadiendo que aunque el diagnóstico de los males económicos de nuestro Deporte profesional era certero, el tratamiento aplicado no

(11) A. Sáenz de Santa María Vierna: "Los Clubs de Fútbol, ¿Sociedades anónimas?, en *Revista jurídica española LA LEY*, 18 de noviembre de 1988 (recogido luego en las pp. 902-912 del tomo 1988-4). Y en la Conferencia en la sede de UNISPORT en Málaga el día 29 de noviembre de 1990, luego publicada bajo el título "Las Sociedades anónimas deportivas", dentro del volumen *Derecho del Deporte. El nuevo marco legal*, UNISPORT, Málaga, 1992, pp. 107-134.

(12) I. García Campos: "Las Sociedades anónimas deportivas y la responsabilidad de sus administradores", Marcial Pons-Gobierno de Canarias, 1996. Y antes, en "*¿Sociedades Anónimas Deportivas?*", Cuadernos Jurídicos número 33, 1995, pp. 22-35.

(13) L. Martín Hita: "*La nueva sociedad anónima deportiva*", en Revista española de Derecho Deportivo, número 10, julio-diciembre 1998, pp. 193-241 (especialmente, pp. 194-195)

es el adecuado. Lo que, además, traerá consigo otros males diferentes.

a) Es el caso de L. M. Selva Sánchez (14), que entiende que lo más criticable de la Ley es la utilización de la figura de la SA para regular unas entidades con clara base asociativa, más cercana a las Asociaciones que a las Sociedades. Y que el legislador no ha calibrado suficientemente las consecuencias que puede producir esta desviación institucional.

b) Y muy destacadamente es el caso del ilustre Catedrático de Derecho Mercantil M. Olivencia (15), que entiende que el proceso de transformación de los Clubs en SAD (que él denomina "transustanciación") implica una convulsión en nuestro sistema de Derecho privado, que afecta al consentimiento y al objeto prestado. Y sobre todo, un cambio en la causa del negocio jurídico asociativo, impuesto coercitivamente por la Ley y en detrimento de la autonomía de la voluntad privada.

Todo este debate, surgido al calor de la elaboración y publicación de la Ley del 90 se puede entender plenamente vigente hoy, transcurridos 25 años desde su promulgación. Lo que denota, a mi juicio, que la cuestión no está cerrada ni se puede dar el asunto por resuelto. Al menos, no con acierto por parte del Legislador de 1990.

---

(14) L. M. Selva Sánchez: "Sociedades anónimas deportivas", *Centro de Estudios Registrales* del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992.

Y previamente, en su Conferencia de igual título pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el 8 de noviembre de 1990, después publicada en los *Anales* de la Academia, volumen V, Edersa, Madrid, 1991, p. 193-235.

(15) M. Olivencia: "*Prólogo*" a la obra mencionada en la anterior nota a pie de página, pp. 13-21. A juicio de quien esto escribe, la de Manuel Olivencia es una de las más penetrantes e incisivas aportaciones al tema. Creo que no me equivoco si afirmo que trae causa y está directamente inspirada en la gran obra de Federico de Castro.

III. NECESIDAD DE UN REPLANTEAMIENTO LEGAL

En resumidas cuentas, el debate sobre la forma jurídica de los Clubs convertidos en SAD no ha desaparecido. Incluso puede decirse que ha vuelto a ser de nuevo actualidad, para lo que basta con leer la prensa deportiva especializada. Creemos que hay datos que corroboran la necesidad ya de otro planteamiento legal nuevo.

Primer dato:

Llegados a este punto de la Conferencia, la pregunta resulta ya inaplazable: ¿Resolvió la figura de las SAD el problema fundamental del déficit sistémico de nuestro Deporte?

Transcurridos 25 años de vigencia de la Ley del Deporte del 90, tenemos ya perspectiva suficiente para poder analizar si la Ley sirvió para esta finalidad primera y fundamental que justificó su aprobación. Para ello, basta con analizar las cifras, que tomamos de la prensa especializada (de entonces y de hoy). Como ya hemos dicho, en 1990 se cuantificó el problema en 35.000 millones. En 2014, la noticia es la siguiente (16):

> "Los Clubs de fútbol que son Sociedades Anónimas Deportivas deben a Hacienda 506 millones, según comunicó el pasado verano el portavoz socialista de Deportes del Congreso, Manuel Pezzi.
>
> .....
>
> El montante total de la deuda de los equipos españoles profesionales, exceptuando Real Madrid y Barcelona, es de unos 3.600 millones".

Por tanto, el cuadro comparativo es el siguiente:

1990	Déficit estructural del fútbol	35.000 millones
2014	Déficit estructural del fútbol	3.600 millones

Claro que en medio de estas dos fechas hay un dato financiero y económico crucial, que debemos introducir para entender correctamente las cifras: la desaparición de la peseta en el 2002 y su susti-

(16) Puede consultarse el texto íntegro de la información en todo su desarrollo accediendo a http/www.teinteresa.es/futbol-español.

tución por el euro como nueva moneda única en la Unión Europea. Por tanto, para hacer los términos de la comparación homogéneos, los verdaderos cuadros deben ser los siguientes:

En pesetas:

1990	Déficit estructural del fútbol	35.000 millones
2014	Déficit estructural del fútbol	598.000 millones

En euros:

1990	Déficit estructural del fútbol	210 millones
2014	Déficit estructural del fútbol	3.600 millones

Estas ya sí son magnitudes homogéneas.

Estos ya sí son términos comparables.

Y la comparación lleva siempre a una conclusión irrebatible: la Ley del Deporte de 1.990 no consiguió evitar el mal endémico de nuestro Fútbol, consistente en el sobreendeudamiento sin límite.

Todo ello –además– debe analizarse tomando en consideración un dato más: el de que en 1990, al entrar en vigor la Ley del Deporte, se hizo una limpieza completa, una "puesta a 0" de las deudas.

En efecto, las deudas de los Clubs se transfirieron y fueron asumidas por la Liga de Fútbol Profesional, que fue la que se encargó de asumirlas, afrontarlas y pagarlas (previa liberación a los Clubs de tales deudas). Con lo que los Clubs quedaron liberados de esas deudas "tóxicas" que supuestamente les asfixiaban, permitiendo que las SAD comenzaran de cero, levantando de nueva planta su situación económico-financiera y sin lastre ninguno que les privara de futuro (17).

En suma, ¿en qué consistió este mecanismo del 90 transfiriendo la deuda a la LFP? Sencillamente, se creó un «Club de fútbol "malo"» que se quedó con los activos tóxicos para afrontarlos y resolver este problema fuera de los Clubs, que pudieron así empezar con el contador a cero.

(17) La verdad es que no se entiende muy bien en base a qué criterio se encomendó el pago de la deuda de los Clubs a la LFP, que no deja de ser una patronal del fútbol. Es como si la deuda de empresas del IBEX-35 fuera transferida y encomendada a la CEOE.

Es decir, en 1990 se creó al servicio del Fútbol español el primer "Banco malo" de nuestra realidad económica, totalmente análogo a lo que se ha hecho en el año 2012 con las Cajas de Ahorro al crear la "Sociedad de Gestión de Activos para la Reestructuración Bancaria", en anagrama SAREB, en lenguaje coloquial el "Banco malo" (18).

Como se ve, la esencia del "Club de fútbol malo" en 1990 y del "Banco malo" en 2.012 es exactamente la misma: primero se separan de los Clubs sus deudas tóxicas; después, se aparcan en otro ente (ya creado o por crear) como es en nuestro caso la LFP; y finalmente, este ente liquida y paga las deudas.

Tomando en cuenta este dato, ya podemos formular una conclusión: el resultado económico de la Ley del 90 en cuanto a la lucha contra el "déficit sistémico" de nuestros Clubs de fútbol podría definirse amablemente como un "fracaso de telediario". O menos amablemente, como un auténtico fracaso de libro. Y nos lleva a una pregunta: ¿Habrá que crear cada 25 años un "Banco malo" para limpiar las disparatadas deudas del Fútbol español? Además, esta conclusión revela que el mal del Fútbol español no estaba en la forma jurídica como Clubs deportivos. Y también, que el tratamiento salvador –desde luego– no estaba en la adopción forzosa y forzada de la figura jurídica de la Sociedad Anónima.

Segundo motivo:

El sistema legal de las SAD ¿No está herido de muerte desde el momento en que quedaron excluidos de él 4 Clubs?

Como se sabe, el sistema legal premió a 4 Clubs que quedaron fuera de la operación de transformación forzosa: Real Madrid, Barcelona, Athletic de Bilbao y Osasuna. Si como dijera L. M. Selva

(18) La posibilidad de creación de la SAREB fue establecida por Ley de 4-noviembre-2012, conteniéndose su régimen jurídico en el Real Decreto de 15-noviembre-2.012.

En esencia es una Sociedad que gestiona los activos tóxicos del mercado inmobiliario que le hayan sido transferidos por entidades bancarias en crisis (básicamente Cajas de Ahorros) mediante la formación de "paquetes" de tales activos como patrimonios separados y la posterior enajenación de estos paquetes a particulares del sector privado interesados en ellos. Con una duración máxima de 15 años, es la herramienta concebida para la desinversión y adelgazamiento del globo inmobiliario español.

SÁNCHEZ (19), a los demás se les impuso la forma de SAD como "castigo", a estos cuatro se les permitió seguir como Clubs deportivos a título de "premio" por su buena administración (consistente en varios ejercicios precedentes con patrimonio neto positivo).

Con estas cuatro excepciones, resulta que la Primera División del Fútbol español tiene hoy 20 participantes, de los que 16 son SAD y 4 son Clubs. Esto supone que los Clubs ajenos a la forma jurídica de SAD son 4 sobre 20, es decir, nada menos que el 20 %. Lo cual ya es una excepción importante.

Si a eso añadimos que dos de ellos (Real Madrid y Barcelona) suponen por sí sólos el 52 % del volumen económico y de los intereses totales que genera la Primera División del Fútbol español (del que podríamos llamar el "PIB del fútbol"), hay que llegar a la conclusión de que la excepción se ha convertido en regla general y que la regla general se ha convertido en minoría.

Sin olvidar otro dato relevante: la "asimetría jurídica" en que ha caído la competición de la Primera División española del fútbol, en la que toman parte unos Clubs que son Asociaciones civiles deportivas (4) y otros que son verdaderas SAD por mandato legal (16). Por ejemplo, hay derecho de retracto en el caso de enajenación del "Vicente Calderón", pero no lo hay en el caso de enajenación del "Santiago Bernabéu" (20).

Con la otra importante contradicción, también "asimétrica", de que esos 4 Clubs se rigen por el principio de responsabilidad patrimonial universal e ilimitada por sus deudas y los otros 16 responden limitadamente, como corresponde a cualquier Sociedad de capital.

Y si salimos de la Primera División, sinceramente yo veo muy poca diferencia entre los Clubs españoles de Segunda A) y de Segunda B). No entiendo por qué los primeros han sido forzados a convertirse en SAD y los segundos no; aparte la peculiar situación en que se hallan los "equipos ascensor", esos que unos años suben y otros bajan. ¿Tendrán que ser SAD cuando militen en Segunda A) y habrán de dejar de serlo cuando militen en Segunda B)?

---

(19) L. M. SELVA SÁNCHEZ, libro citado, p. 33.

(20) En esta desigualdad entre dos tipos de entes jurídicos diferentes centran algunos autores su más profunda crítica a la Ley del Deporte. Es el caso de R. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA: "Sociedades Anónimas Deportivas", Comares, Granada, 1992, 278 pp.

Todo lo cual nos puede llevar a una suerte de "pesimismo histórico". En efecto: mientras un deporte es minoritario y su proyección es exclusivamente local –de hecho, salen adelante sólo gracias al esfuerzo, dedicación, ilusión y entrega de los socios–, las entidades que lo canalizan y posibilitan son Clubs deportivos (ya sean Clubs elementales, ya sean Clubs básicos) y se mantienen en el mundo de las Asociaciones y el Derecho Civil.

Por el contrario, cuando ese mismo deporte se convierte en mayoritario, tiene éxito deportivo, tiene relevancia nacional o incluso internacional y las entidades que lo han canalizado devienen grandes organizaciones con estructuras importantes, generando un enorme volumen económico en torno a ellas, el legislador las expulsa del Derecho Civil, las obliga a transformarse en SA y las desplaza al mundo del Derecho Mercantil de los negocios. ¿Es eso fomento del Deporte?

Tercer motivo:

Esto nos lleva de nuevo al auténtico "quid de la cuestión", que no es otro sino determinar cuál es el medio jurídico más adecuado que la Ley debe proporcionar a los particulares para el logro de los fines lícitos que se propongan alcanzar de cara a la organización de los entes deportivos. Y esto supone tratar –de nuevo– el tema crucial del ánimo de lucro.

No pretendo yo resolver aquí y ahora la histórica cuestión de qué es el "ánimo de lucro", cosa que viene ocupando a los juristas desde el Derecho Romano. Pero sí hay que recordar que en Derecho –incluso en el Derecho vigente– el "animus" es cuestión importante y muy presente en muchas instituciones.

Recuérdese el "animus donandi" en la Donación, el "animus possessionis" en la Posesión, el "animus societatis" o "affectio societatis" en el contrato de Sociedad, o el "animus inuriandi" en el delito de injurias.

Baste traer aquí a colación que generalmente se entiende por "animus" la voluntad interna en el sujeto, que el Derecho toma en consideración como un requisito indispensable para la validez de ciertos actos jurídicos. Y que despliega su máxima trascendencia en sede contractual, al tratar de ciertos tipos de negocios jurídicos y contratos.

Ahora bien, es evidente que el "animus" puede ser objeto de prioridades:

a) si la primera prioridad de ese animus es la obtención de una ganancia en un negocio o empresa y su posterior reparto, estamos ante una Sociedad. Estamos en el campo del Derecho Mercantil.

b) si la primera prioridad de ese animus no es la obtención de una ganancia económica o de un beneficio monetario, sino el logro de otros fines de distinta naturaleza (en resumen, no económicos), estamos ante una Asociación. Estamos en el campo del Derecho Civil.

Estas ideas iniciales del "animus" (limpias y transparentes) se van complicando en la vida moderna, lógicamente. Y se complican entrelazando elementos diferentes de unas y otros.

En las Sociedades mercantiles:

Hoy día, las Sociedades practican a sabiendas muchos actos que, aisladamente, en sí mismos considerados, no persiguen aparentemente el lucro, pues claramente suponen gastos, desembolsos, generosidad. En suma: costes y pérdidas. Así (21), Coca Cola patrocina desde hace muchos años los Concursos de redacción para jóvenes; y últimamente, financia la rehabilitación de las Tablas de Daimiel; Apple aporta fondos para UNICEF y para la lucha contra el sida, con una parte de las ventas de sus productos; Bulgari ofrece un compromiso de dar dinero para la infancia en Africa, en función de las compras que se hagan de sus joyas, etc…

¿Cambia esto su naturaleza?

Evidentemente, no. Siguen siendo Sociedades mercantiles que persiguen la máxima ganancia posible, para beneficio económico de sus socios y accionistas.

Lo mismo sucede con ciertos contratos de patrocinio, que tienen un componente tan generoso que es difícil creer que genere suficientes retornos económicos. Es el caso del Banco Santander patrocinando el Equipo Ferrari de F-1, de Iberdrola patrocinando la Selección española de fútbol, o de Heineken patrocinando la Champions League.

Pero nada de eso cambia a esas Sociedades mercantiles. Siguen teniendo ánimo de lucro, ánimo de ganar dinero y repartirlo entre

(21) Todos los ejemplos que cito en el texto son casos tomados de la prensa diaria en los días previos a la Conferencia impartida en el Master.

sus socios. Aunque externamente tales actos tengan un componente casi altruista, su objetivo sigue siendo ganar el máximo posible y repartirlo entre sus accionistas. No tienen otra razón última, ni otro objetivo, ni otros valores.

En los Clubs deportivos (Asociaciones civiles):

En estos sucede exactamente lo mismo, pero justamente al contrario. Su finalidad, su primera prioridad es la deportiva. Ante todo persiguen objetivos deportivos: ganar partidos, obtener resultados mejores cada día, superar límites físicos anteriores, obtener trofeos, construir mejores instalaciones, ser mejores en su campo respectivo, formar y educar deportivamente a los jóvenes, superar obstáculos, etc…

Su finalidad primera no es nunca ganar dinero. Pero necesitan allegar recursos económicos para sus jugadores, para desplazamientos, para tener mejores instalaciones, para crear una organización deportiva mejor, para tener éxitos y presencia social en su barrio, en su ciudad, en su país, … Y para todo ello crean y se va creando una estructura cada vez mejor y más compleja, que trasciende a las personas e incluso a las generaciones, con órganos internos y externos, estructuras deportivas y administrativas, con mejores deportistas (que incluso pueden ser fichados)…

Todo esto requiere recursos, aportaciones, fondos, medios económicos. Para ello se busca aumentar la base social, se aumentan los compromisos y aportaciones, se fijan cuotas, se acude a financiación bancaria, etc…

¿Cambia esto su naturaleza?

Evidentemente, no. Siguen siendo Clubs deportivos que persiguen un fin deportivo. Y que aspiran a conseguir "dividendos deportivos", no económicos.

Y todo esto no los convierte en Sociedades mercantiles: no tienen ánimo de lucro. Lo que necesitan es conseguir allegar recursos para su fin deportivo, pero no cambian sus prioridades (aunque se muevan en un entorno económico mucho más voluminoso). En suma: siguen siendo Clubs deportivos, Asociaciones civiles.

Pero esto –naturalmente– no les impide que otorguen y tengan que otorgar múltiples contratos mercantiles. Porque mercantiles son muchos de los contratos que han de celebrar (de publicidad, de patrocinio deportivo, de derechos de retransmisión…), como los

particulares en su economía doméstica diaria tienen que celebrar y celebran muchos contratos mercantiles. Pero eso no los convierte en "comerciantes" (en expresión del Código de comercio vigente) o en empresarios mercantiles (en expresión más actualizada y moderna).

Esto nos sitúa ya de cara frente al tema –tan insistentemente tratado– de la "mercantilización del llamado deporte profesional". Es cierto que esa mercantilización existe, pero esa multiplicación de la dimensión económica del Deporte no tiene que confundir al Deporte, como sí confundió al Legislador deportivo de 1990.

Para entender este planteamiento mío hay que precisar y perfilar qué es lo que las Leyes regulan cuando regulan la "fundación o constitución de los Clubs deportivos".

¿Regulan la adquisición o construcción de inmuebles, oficinas, locales, espacios para entrenamientos o instalaciones deportivas? No, evidentemente, eso lo regula la legislación inmobiliaria e hipotecaria.

¿Regulan la calificación de los suelos sobre los que se levantan los Estadios o Pabellones? Esto también está muy influido por el dinero y la economía, pero evidentemente, no lo regula. De eso se ocupa el Derecho urbanístico y la Legislación del suelo.

¿Regulan los importantísimos derechos económicos derivados de la explotación televisiva o de los patrocinios? Evidentemente tampoco. Eso lo regulan los contratos que se firman –complejos, desde luego– entre las partes (LFP, Clubs, TV…) y la Legislación publicitaria.

¿Regulan el mundo de intereses de los Agentes deportivos y de los representantes de deportistas? No, eso es regulado por ese especial tipo del contrato de Agencia, que es ya una figura consolidada.

¿Regulan los importantes ingresos que cobran los jugadores de los Clubs, incluso los más mediáticos? No, eso se determina en cada respectivo contrato Club-futbolista con el telón de fondo de la Legislación laboral de los deportistas profesionales.

Por tanto, ¿Qué es lo que regula el Derecho cuando establece su normativa sobre la relación jurídica que une entre sí a los fundadores-constituyentes y a los sucesivos asociados de un Club deportivo?

No se está ocupando del régimen de responsabilidad de los Directivos, ni de las cláusulas destacadas de los entrenadores o jugadores, ni de las de los empleados ordinarios de un Club (quiero decir, no deportistas).

De nada de eso se ocupa.

Se ocupa del vínculo jurídico que existe entre ellos, entre esos iguales. Todos ellos movidos por una determinada forma de practicar o desarrollar un deporte, por una forma de entenderlo o de representar un barrio, una ciudad, un sentimiento.

Ellos quieren crear entre ellos mismos una organización que les una y les haga compartir esa visión, por entender que es un fin lícito y deseable, con valores primarios de esfuerzo, superación, constancia, limpieza en su práctica, vinculación a una ciudad o una zona geográfica, incluso menos sentimentalmente, que les haga ganar, pero en lo deportivo y para el bien del deporte…

En fin: no quieren ganar dinero con ello; quieren crear y mantener valores deportivos. Levantar una estructura jurídica que les cubra como colectividad con ese fin. Que es todo menos crematística, económica o puramente dineraria.

Y esta relación y regulación está fuera del fenómeno de la "mercantilización del deporte", manteniéndose claramente como una relación jurídica civil, que tiene la forma jurídica de "Asociación" y que es regulada por el Derecho civil. Y que debe seguir siendo una relación "civilizada" y no "mercantilizada".

En el fondo de la sustancia de las cosas ¿no es conveniente que frente a esa "mercantilización" que le viene al deporte desde fuera, su núcleo básico sea esencialmente "civilizado"? ¿No será "mercantilizar" lo contrario de "civilizar"? ¿No será mejor que las Leyes promuevan la civilización del deporte en lugar de aumentar su mercantilización?

Por eso, uno de los primeros estudiosos del Derecho español del Deporte –M. C. González Grimaldo– pudo decir que "el deporte es, básicamente, desde el punto de vista de su organización, una actividad de asociación" y que "la columna vertebral del ordenamiento está constituida por el asociacionismo deportivo" (22).

(22) M. C. González Grimaldo: "Prólogo" a la *Legislación deportiva* de Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 14.

IV. CONCLUSIÓN

Después de todo lo dicho, creo que está claro que la figura jurídica a la que se debe ir para los Clubs deportivos –a mi juicio– debe estar vinculada a la esencia misma del deporte, y por tanto al derecho de asociación entre miembros iguales (un asociado, un voto).

Hoy, que tenemos ya una Ley de Asociaciones actual y constitucional como es la Ley orgánica de 22 de marzo de 2002 (23), debieran configurarse como Asociaciones especiales de las previstas en el art. 1,3 de la Ley, usando para ellos la tradicional expresión anglosajona de Clubs.

Asociaciones que serían especiales por su objeto deportivo. Y cuya norma especial podría contenerse en la Ley del Deporte como Ley especial de Asociaciones (aparte su restante contenido), que distinguiría así tres tipos de Clubs: "Clubs elementales", "Clubs básicos" y "Clubs de alto nivel" (24).

Para el éxito de esta regulación, resultaría crucial y determinante una detallada regulación del estatuto jurídico de los Directivos, que incluya la obligación de afianzar o avalar los resultados económicos perjudiciales de su gestión.

Pero no ante la Liga de Fútbol Profesional o ningún organismo administrativo, sino ante el propio Club y ante los terceros que contraten con el Club. Y no con una Fianza mancomunada como es ahora, sino con una Fianza solidaria, que haga a cada directivo responsable del total de la deuda que pueda llegar a generar (sin perjuicio de repetir después su parte a los demás cofiadores). Si las decisiones se toman colegiadamente a través de un Consejo de administración, la consecuencia lógica es que la responsabilidad sea colegiada y, por tanto, única, es decir: solidaria.

Creo demostrado y resuelto que veinticinco años de SAD han demostrado la incapacidad e inutilidad de esa fórmula jurídica para acabar con el déficit sistémico del fútbol español.

---

(23) A diferencia de lo que pasaba en 1.990, en que la normativa general de Asociaciones (Ley de 24 de diciembre de 1964) estaba claramente desfasada respecto a nuestra realidad política, jurídica y sociológica.

(24) Me resisto a llamarlos "Clubs profesionales", porque los profesionales son los jugadores que juegan en ellos, no los Clubs mismos.

Y no debe olvidarse que cuando el art. 2,1 del Código civil dice que "las leyes sólo se derogan por otras posteriores", está diciendo que así como la Ley del 80 fue derogada por la Ley del 90, la Ley del 90 puede ser derogada por otra nueva.

En esto, conviene tener una perspectiva elevada, o de largo plazo. Pues aunque nos parezca que las Leyes vigentes son el elemento más permanente del Derecho, en realidad son sólo un dato fungible y perfectamente sustituible por otro. Lo que es permanente en el Derecho no es la Ley positiva vigente, sino la búsqueda permanente de la mejor solución posible para cada caso y situación, en cada momento histórico.

LAS DONACIONES ENTRE CÓNYUGES: COMPUTACIÓN E IMPUTACIÓN. ¿OLVIDO DE LA REFORMA DE 1981 O INTENCIÓN?

Juan Carlos Martín Romero
Notario de Málaga

LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO: BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

Partiendo de la Codificación, concretamente en la tarea de elaboración del Proyecto de Código Civil de 1851 y de la Ley de Bases de 1888 y prescindiendo de antecedentes romanos (cuarta marital o uxoria de la viuda de antecedentes romanos, el usufructo universal de carácter legal no recíproco de inspiración germánica de la época visigoda de inspiración germánica, el usufructo de precedentes consuetudinarios de la viuda del derecho aragonés, navarro y catalán y el parcial castellano) como es conocido se discutió sobre la legítima del cónyuge viudo, usufructo universal o parcial o legítima en propiedad, se optó por el usufructo parcial en base a reestablecer la fórmula de las leyes del Fuero Juzgo, también establecidas en el Código Civil Italiano de 1865.

Así, se decidió, conforme a la opinión de Alonso Martínez, no llevar al Código Civil los llamados derechos de viudedad tal y como se conocían en Aragón y Navarra, pero sí dar al cónyuge una participación en la herencia del premuerto cuyas características fueron delimitadas según unas bases que el mismo Ministro mandó redactar a Eduardo García Goyena con objeto de encauzar el debate. De aquí resultó que el beneficio concedido al consorte sobreviviente debía serlo por ministerio de la ley; que se requeriría que no estuviese divorciado o con pleito de divorcio pendiente, en ambos casos por su culpa; que sería en usufructo, en cuantías dependientes de los herederos con los que

concurriera, y que no se extinguiría por segundas nupcias, aunque sí por llevar una vida lujuriosa y por las mismas causas de terminación del usufructo. La solución contó globalmente con el beneplácito de Alonso Martínez pues, a su juicio, se lograban así las mayores ventajas de la viudedad foral, conservar al viudo o viuda "la consideración, autoridad y prestigio que han menester dentro del hogar doméstico", evitándose a su vez los inconvenientes de ésta.

El Código cumplió el mandato de la Ley de Bases y estableció a favor del cónyuge viudo el derecho al usufructo de una cuota igual a la que por legítima corresponderá a cada uno de sus hijos legítimos no mejorados, que la fijo en un tercio si dolo quedase un hijo o descendiente, al usufructo de un tercio en concurrencia con ascendientes legítimos y al usufructo de la mitad si el causante no dejare descendientes ni ascendientes legítimos. La Ley de reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958, aumentó la legitima usufructuaria viudal al tercio de mejora concurriendo con hijos comunes, al tercio de libre disposición concurriendo con hijos de un anterior matrimonio del premuerto, a la mitad concurriendo con ascendientes y a dos tercios no concurriendo ni con descendientes ni ascendientes. Además de las incidencias antes y después de la ley de 1958 de la concurrencia de los hijos naturales reconocidos y con la de 4 de julio de 1970 de modificación de la adopción, la ley de 13 de mayo de 1981, respeta el régimen legitimario de la reforma del 58, conectándola con la igualdad de filiaciones y con la modalidad hoy derogada, del 837.2.º de la concurrencia con hijos solo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos, del tan criticado usufructo de la mitad de la herencia (hoy día del tercio), complementado con el derecho de conmutación del artículo 840 que le atribuye dicho precepto. Sin que entremos a los efectos de dicho estudio, en las leyes de adopción de 11 de noviembre de 1987, Ley 11/1990 de 15 de octubre y en la Ley 15/2005 de 8 de julio, ni en un estudio de derecho foral y comparado para examinar otros tipos derechos sucesorios.

NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO: LA SUPRESIÓN TRAS LA REFORMA DE 13 DE MAYO DE 1981 DE LA ANTIGUA PROHIBICIÓN DE DONACIONES ENTRE CÓNYUGES Y SU POSIBLE CONSECUENCIA-¿SU COMPUTACION?

Señala Roca-Sastre Muncunill que no se trata de una sucesión for-

zosa en sentido técnico, ni reserva germánica, sino que estamos en presencia de una legítima de freno o negativa, que supone una limitación de la libertad de testar de que goza el causante, una precaución legal dirigida a que el mismo disponga de la porito debita a favor del cónyuge legitimario. La ley no atribuye directamente a éste la legítima sino que solo impone al causante el deber de suministrarla por cualquier titulo (herencia, legado, donación, partición etc...). Así puede atribuirse a título de heredero, legatario o a título particular y como señala el indicado autor también tras la reforma de 13 de mayo de 1981, que suprime la contratación entre cónyuges (artículo 1323 del Código Civil) a título de donación, que "debe considerarse también imputable a la cuota legitimaría viudal".

Señala Ragel Sánchez que el viudo o viuda del causante no tiene el carácter de legitimario en todos los supuestos, pues su legítima está supeditada en la forma y medida que establece este Código. El viudo o viuda no puede estar, al momento de la muerte del causante, separado judicialmente o de hecho, ni divorciado, luego casado y conviviendo con él y aunque el Código Civil no lo indica expresamente, esta se mantiene en la sucesión intestada, manifestándose en el mismo sentido Vallet y Busto Lago y la DGRN en resoluciones de 14 de junio de 1897 y 6 de noviembre de 1912. Ahora bien si el cónyuge está divorciado o separado y en vida recibió una donación su imputación se efectuará al tercio libre.

Ahora bien los legados y donaciones son imputables a la legítima del cónyuge viudo. La juris prudencia en sentencia de 21 de febrero de 1900 y 3 de junio de 1947, apoyándose en los artículos 815 y 1037 del Código Civil, decretaron la acumulación del legado y cuota legal y muchos autores por considerar que la legítima del cónyuge, a diferencia de la de los descendientes y ascendientes, actuaba directamente, al margen de las disposiciones del causante, como una delación sucesoria a título singular por ministerio de la ley.

Para Roca-Sastre Muncunill, al ser posible la donación entre cónyuges tras la reforma de 1981, cree que debe imputarse a la cuota legitimaría viudal salvo que pueda colegirse que la voluntad del causante fue la de acumular donación y cuota legal.

No obstante la opinión que domina es la de Vallet y de la Cámara, de su no imputación, salvo que pueda deducirse que fue otra la voluntad del causante, (llamamiento subsidiario). Sin embargo estas ideas han sido matizadas por ambos autores. Así Vallet después de

señalar que el supuesto anunciado solo es posible después de la reforma de 13 de mayo de 1981, sin necesidad de mantener su tesis de su no revocación, por la nueva dicción del artículo 1323. Señala Vallet "que hace años partiendo de entender que la legítima viudal es atribuida directamente por la ley , opté –en caso de no ser otra la voluntad del donante– por su imputación fuera de la legítima, es decir por su acumulación a esta." Pero como indica el autor, al haber rectificado este presupuesto, se inclina por la no acumulación de la cuota viudal y por la imputación a estas de la cuota viudal, si de la interpretación de la voluntad del causante no resulta otra cosa. En el mismo sentido que se expresa Vallet, lo hace Muñoz García, que propone su imputación a su legítima o cuota viudal, salvo si el causante hubiera dispuesto otra cosa.

Sin embargo De la Cámara recientemente opinaba que después de la ley de 13 de mayo de 1981 debe rectificar su opinión, después de relacionar la posición del cónyuge y el juego de la preterición y de la desheredación.

Pues como la preterición del cónyuge no puede privarle, obviamente de su legítima, hay que reconocerle el derecho a reclamarla, aunque ese derecho como en los demás casos de preterición o desheredación injusta (y sin que el Código, como dice Cámara se ocupe de de los efectos de la desheredación injusta del mismo limitándose a señalar las causas que permiten al testador desheredarlo) no se hace efectivo mediante la nulidad total o parcial de la institución de heredero, que para este supuesto parece improcedente, lo que postula unido a la inexistencia de la regulación de la preterición del viudo, la necesidad de admitir la existencia de un llamamiento ex lege a favor del cónyuge. Cámara. Para llegar a la conclusión, que solo admitiendo que el llamamiento legal existe, puede seguir sosteniéndose que en la sucesión intestada, cuando el cónyuge no es llamado en propiedad a toda la herencia, lo que ahora solo ocurre en defecto de descendientes y ascendientes, pues el cónyuge es llamado antes que los colaterales, conserva en esos casos de concurrencia también su derecho a la cuota. Por ello la legítima del cónyuge, es distinta de la de los descendientes y de la de los ascendientes, por ello es un llamamiento ex legue, que incluso se conserva en la incestada, cuando el cónyuge no es llamado en propiedad a toda la herencia. Se trata por tanto de un llamamiento ex lege que hace innecesaria la imputación.

Ahora bien señala Cámara dando por buena esa peculiaridad de la legítima del viudo ¿que acontece con las donaciones otorgadas a su favor?, puesto que este problema como estamos analizando no se planteaba antes de 1981 por la prohibición de los artículo 1334 y 1335, pero el panorama ha cambiado con el artículo 1323 actual que elimina la prohibición, por ello derogada la prohibición, el problema de la imputación se plantea insoslayablemente. Para Cámara la respuesta debe ser negativa pues el artículo 818 se refiere a las donaciones otorgadas a los descendientes y por extensión a las otorgadas a favor de los ascendientes, pues señala "que ambas legítimas son de la misma naturaleza y se rigen por principios similares "pero para el indicado autor la legítima del viudo es de distinta condición y por lo menos hoy, presupone un llamamiento ex lege, de ahí la innecesariedad de la imputación."

Ahora bien continúa, consiguientemente no hay base legal que ampare la imputación de lo donado por un cónyuge a la legitima del otro, aunque no hay inconveniente, para que al formalizarse la donación, el donante disponga que el bien donado se impute a la legítima, de forma que la donación supla la cuota usufructuaria, lo que supone que el donatario al aceptar la liberalidad en los términos que ha sido hecha, ya no podría reclamar la cuota legal usufructuaria, salvo que el valor de esta obtenido por capitalización, fuese superior al de lo donado supuesto en que el cónyuge acreditaría derecho a la cuota por la diferencia. Y sin que como señala Cámara dicha donación viniera afectada por el 816, pues si se admite que son válidas las donaciones hechas en concepto de anticipo de la legítima, es perfectamente valido hacer una donación a favor del cónyuge, sobre todo teniendo en cuenta que no es necesario que el cónyuge reciba su legítima en usufructo pues puede ser conmutado (art. 839).

Al ser la legítima del viudo un llamamiento ex lege no procede la imputación de donaciones hechas al mismo, porque el artículo 819.1.º se refiere solamente a las donaciones hechas a los descendientes y aunque el precepto debe extenderse a las otorgadas a favor de los ascendientes, pues ambas legitimas son de la misma naturaleza y se rigen por principios similares, no ocurre lo mismo con la legitima del viudo y además porque la imputación de donaciones tiene como fundamento último facilitar el cumplimiento del deber legitimario del testador, pues se parte de la base que la legitima no comporta un llamamiento legal a una cuota de la herencia o del

patrimonio relicto. Pero la legítima del viudo es de distinta condición y por lo menos hoy presupone un llamamiento ex lege, de ahí la innecesariedad de la imputación. Cámara.

Puig Brutau, pone de manifiesto la importancia de la voluntad de testador.

Ragel Sánchez señala que "se ha considerado que la voluntad del testador es la norma de primer rango, por lo que no solamente puede elegir la manera que tenga por conveniente para satisfacer el usufructo viudal sino que puede conferir al viudo una atribución que absorba o embeba al usufructo viudal. Así puede dejarse al viudo bienes o derechos por donación... de valor igual o superior a la legítima viudal, con lo que esta quedaría satisfecha." Por ello..."en todo caso habrá que interpretar cual es la verdadera voluntad del causante, si quiso pagar la legítima viudal con esa atribución o si por el contrario quiso que la atribución se acumulara al usufructo viudal."

La Jurisprudencia en ocasiones ha defendido el carácter acumulativo inferido de la voluntad del testador.

Para Carmen López Beltrán de Heredia en su obra "Computación, Imputación y Colación de Donaciones en la sucesión Mortis Causa", "Según Vallet el artículo 819 no incluye al cónyuge viudo. Ante dicho vacío legislativo, después de agotar en cada caso la interpretación de la voluntad del causante, si esta no resulta ni de la donación ni del testamento, deberá imputarse lo donado a la parte libre. No aplicaremos por analogía el artículo 819 del Código Civil pues parece presumible que el causante que donó a su cónyuge quiso otorgarle una liberalidad independiente de su cuota legal a no ser que al hacerlo hubiera expresado lo contrario."

Frente a este criterio López Beltrán de Heredia afirma que el cónyuge viudo es legitimario y por lo tanto pudiera ser que debiéramos aplicar el artículo 819 por analogía. Señala la autora que hay que tener en cuenta que en la época de la redacción del artículo 819 del Código Civil el antiguo artículo 1334 prohibía las donaciones entre cónyuges y en consecuencia nada podía decir el Código respecto de la imputación de donaciones entre cónyuges. Actualmente al no estar prohibidas, puede pensarse que no hay razón en virtud de la cual el cónyuge sea de mejor condición que los demás legitimarios.

Para López Beltrán de Heredia la cuestión es dudosa, si fuera cierto que toda donación realizada a favor de un legitimario se imputará legitima (salvo disposición en contra del causante) en este caso

esa imputación podrá ser considerada como una conmutación total o parcial según su valor del usufructo que legalmente corresponde al cónyuge viudo.

Por tanto siguiendo a López Beltrán de Heredia la donación en vida de un cónyuge a favor del otro podría ser imputada a su legítima capitalizando el usufructo que legalmente le corresponde, y entiende la citada autora que no debe haber ningún obstáculo a dicha posibilidad, para que el cónyuge donatario mantenga la donación, aunque la facultad de conmutación corresponda a los herederos.

El mismo criterio se deduce de la teoría que mantiene Domínguez Luelmo, pues admite la colación del cónyuge viudo, cuando el cónyuge donatario, testamentariamente sea instituido heredero.

Como –sigue afirmando– la llamada "colación en sentido propio del termino "por lo general, no es otra cosa que imputación a la legítima del donatario y no es significativo que el cónyuge viudo en su condición de legitimario con derecho a usufructo no deba ser considerado heredero, porque el Código Civil llama herederos forzosos a todos los legitimarios sean realmente herederos o no lo sean.

No obstante, según la indicada autora podemos considerar otro argumento: las donaciones a favor de quien ha sido cónyuge del causante y ya no lo es en el momento de la muerte (divorcio) se imputarán a la parte libre, también se imputarán a la parte libre las donaciones realizadas por el causante a favor de su cónyuge separado legalmente o de hecho (porque pierde su derecho a la legitima), así que podría parecer excesivo que el cónyuge viudo sea de peor condición que el separado o divorciado.

Teniendo en cuenta este argumento además del expuesto por Vallet nos inclinamos a considerar que la donación a favor del cónyuge viudo no se imputa a su legítima.

Para Capilla Roncero, prohibidas históricamente las donaciones entre cónyuges, se explica la desatención del Código a su imputación en la legítima viudal. Las donaciones recibidas por el cónyuge aparte o además de su legítima usufructuaria, puesto que ese exceso respecto de su legítima no puede gravar la legítima igualitaria de los descendientes salvo aceptación del gravamen, han de imputarse al tercio libre. Asimismo se imputaran a la parte de libre disposición esas donaciones en mas sobre su legítima, cuando concurra con ascendientes, cuya legítima tampoco puede ser gravada (artículo 813.2.º). Pero señala Capilla Roncero que puede haber atribuciones a

favor del viudo que se imputen en parte a su legítima y en el exceso a la parte de libre disposición. Así las atribuciones en plena propiedad sobre los bienes respecto de los cuales se debiera proyectar el usufructo viudal, han de entenderse realizadas con cargo a la parte de libre disposición, que es por lo demás la opción facilitada por el artículo 820.3.º, para cuando se considera excesivo el usufructo ordenado en el testamento.

Recientemente, Martínez Martínez, R. I., ha señalado que "como es posible tras la reforma de 1981 (artículo 1323) (donaciones en vida a favor del cónyuge viudo) entiende que debe imputarse a la cuota legitimaria viudal, salvo que evidentemente sea otra la voluntad del causante y fuera la de acumular donación y cuota legal."

La doctrina dominante pone de manifiesto que la legítima del cónyuge viudo, es distinta completamente, de la donación a favor de los hijos y descendientes y aunque hay que admitir que el Código Civil no podía admitir ex lege la existencia de un precepto que regulara la computación de donaciones entre cónyuges, por su prohibición, (no obstante la tesis de Vallet) y por su diferencia ineludible por su naturaleza y características con la de los restantes legitimarios, el Código Civil no puede aplicar al cónyuge un precepto similar al del artículo 819.1.º (computación e imputación en el tercio de mejora) (Bolás, Alfonso) sino que esta tesis asimila la computación e imputación de la donación inter-vivos de un cónyuge a favor del otro debe tener un tratamiento similar a la donación de extraños del artículo 819.2.º y por tanto someterla a un tratamiento similar a la donación a favor de extraños, imputándola al tercio libre. Recientemente Carballo Fidalgo recientemente ha puesto de manifiesto "... que una parte de la doctrina niega la imputación de donaciones y legados pueda extenderse a la legítima viudal." sin embargo señala que "... Con apoyo en un doble pronunciamiento del Tribunal Supremo, de 21 de febrero de 1900 y de 22 de mayo 1947 y bajo el presupuesto de que el cónyuge supérstite es beneficiario de una atribución legal directa, que opera al margen de las disposiciones del causante a modo de delación sucesoria singular y autónoma, algunos autores defienden la acumulación de las donaciones recibidas en vida a la cuota legal –que podrá exigir íntegra a la apertura de la sucesión– ..."

Y ello siempre que no se infiera que el testador haciendo uso de la expresión "por cualquier título" del artículo 815, lo que incluye la donación inter vivos, haya dispuesto que se impute al tercio de me-

jora, y ello, según el sentir de la doctrina es posible, aunque choca con un precepto esencial al que hemos aludido a lo largo de este trabajo, la conmutación del artículo 839.

LA FACULTAD DEL ARTÍCULO 839 DEL CÓDIGO CIVIL. ¿SE ENCUENTRA EL TESTADOR INCLUIDO ENTRE PERSONAS FACULTADAS PARA CONMUTAR?

La tesis expuesta puede suponer, puesto que este artículo concede esta facultad a los herederos y su razón es como señalaba Sánchez Román citado por Vallet, evitar la división del dominio pleno en nuda propiedad y usufructo, facilitando la administración de los bienes y la circulación de la riqueza, si puede el testador, en nuestro caso, ejercitarla en testamento.

Como afirma Vallet, algunos han considerado que escapa de su voluntad, que priva a los herederos de una opción , que implicaría un gravamen, pero al decir del indicado autor (Vallet) y otros como Maside Miranda, cabe que el testador imponga que se realice en la forma que estime más oportuna. Recientemente Carrancho Herrero, también se ha planteado el problema poniendo de manifiesto la no unanimidad de la doctrina.

Por lo que parece que, siendo la voluntad del testador ley de la sucesión, por tanto pueda imponer y decidir la forma en que se efectúa la conmutación y a través del ejercicio de esta facultad, establecer un cauce para que puedan computarse e imputarse al tercio de mejora, las donaciones efectuadas al cónyuge viudo.

Todo ello sin perjuicio de que en todo caso el viudo-donatario podrá hacer uso de la facultad que le concede el artículo 815 del Código Civil, de que en el caso de que el testador le haya dejado menos de la legítima que le corresponda pueda pedir el complemento a la misma.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV: "Estudios de Derecho de Sucesiones". Liber amicorum Teodora Torres García. *La Ley* 2014.

Bolás Alfonso, J.: "La computación y colación de las donaciones de nuda

propiedad y de usufructo ". En *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Juan José Rivas Martínez*. Tomo I. Pp. 173 y ss.
Cámara Álvarez: "Compendio de Derecho Sucesorio". *La Ley.* Madrid 1990. Pp. 240 y ss.
Capilla Roncero: Código Civil Comentado. Ana Cañizares Laso. VII. Libro III.
Carballo Fidalgo, M.: "El Patrimonio Sucesorio ". Tomo II. Dykinson. 2014.
Castán Tobeñas: "Derecho Civil Español Común y Foral" T. VI. Dº Sucesiones. V II. Última Edición. Pp. 433 y ss.
García Bernardo Landeta: "La legítima en el Código Civil". 2ª Ed. CGN.2006.
Gomá Lanzón, I.: "Instituciones de Derecho Privado". Tomo V. Vol. 3. Sucesiones. Derechos del Cónyuge Viudo. Pp. 603 y ss.
Lacruz Berdejo, "Elementos de Derecho Civil" V. "Derecho de sucesiones" Bosch. 1981. Pp. 474 y ss.
Lledó Yague: Delación-Legítima-Reservas. V I. Universidad de Deusto. Bilbao 1992.
— "Compendio de Derecho de Sucesiones". LLedó Yague. (dtor). Dykinson 1998.
— "Compendio de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones." Dykinson 2004. Pp. 512 y ss.
López Beltrán de Heredia, C.: "Cálculo e imputación de la legítima". Tirant lo blanch. Valencia. 1999. Pp. 356 y ss.
Martínez Martínez, R. I.: "Trátado de Derecho de Sucesiones". *La Ley*. Madrid. 2013. P. 857.
Maside Miranda: Legitima del cónyuge viudo.
Pérez Bustamente de Monasterio: "La colación en el Código Civil Español". En *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Juan José Rivas Martínez*. Tomo I. Pp. 143 y ss.
Puig Brutau: "Fundamentos de Derecho Civil". Tomo V. V III BOSH. 4.ª Ed. 1991. Pp. 61 y ss.
Ragel Sánchez, L. F.: "Comentarios al Códig Civil". Art. 834 . Tirant lo blanch. Valencia 2013, pp. 6209 y ss.
Rivas Martínez, J. J.: "Derecho de Sucesiones Común y Foral". Tomo II, VI. DyKinson. Madrid 2004. pp. 345 y ss.
Roca Sastre Muncunill: "Derecho de Sucesiones". Tomo II. 1991. En especial pp. 77 y 299.
Torres García, T. y Rodríguez Luelmo, A.: "Tratado de Legítimas". Atelier. Barcelona. Pp. 42 y ss.
Torres García, T. y Rodríguez Luelmo, A.: Tratado de Derecho de Sucesiones. Cívitas Tomo II.. 2011. María de Carmen Alonso Calera. Dir. 1925 y ss.
Vallet de Goytisolo, J. B.: "Las legítimas". Tomo I , * , ** . Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid 1974.
— "Panorama de Derecho de Sucesiones". *Fundamentos*. Pp. 582 y ss. *Perspectiva Dinámica*. Pp. 825 y ss.

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor M. Garrido de Palma

Comentario al Dictamen (Núm 88-89)

Cuestión Primera.– Compra de una parcela por todos los propietarios de un conjunto inmobiliario en régimen de propiedad horizontal, representada la comunidad por su presidente, para dedicarla a zona ajardinada.

En el supuesto de hecho compran "todos y cada uno de los propietarios". El acuerdo se ha adoptado en junta universal de la comunidad de propietarios, facultando al efecto a su presidente para otorgar la escritura de compraventa haciendo constar en ella quiénes compran y la finalidad: incorporar la parcela a las zonas comunes y dedicarla a zona ajardinada, a favor de dicha comunidad de propietarios.

En suma estamos ante el supuesto de hecho que originó la Resolución de 2-octubre-2013 (BOE de 7-noviembre-2013). Veamos lo esencial de la cuestión.

En el recurso el Notario autorizante es más explícito que en la escritura pública: se trata de un departamento procomunal e*x* art. 4 Ley de Propiedad Horizontal. Es un elemento privativo con el destino especial del servicio o utilidad común de todos los propietarios; ha de tener una cuota de participación como los demás elementos privativos, y por su conexión *ob rem* con los demás privativos cada uno de éstos tiene una participación indivisa en el procomunal, de modo que éstas no son transmisibles con independencia del piso o local privativo respectivo y la transmisión o gravamen del piso o local lleva consigo necesariamente la de la participación indivisa que corresponde *ob rem* en el procomunal.

Para la Registradora la finca la adquiere la comunidad de propietarios y al carecer ésta de personalidad jurídica no es posible la inscripción.

¿? En los años 70 del pasado siglo fue perfilándose notarialmente la figura del *procomunal* ex art. 4 LPH: antigua vivienda o anterior local destinado al conserje o la vivienda del portero, elemento común que se desafecta de su finalidad , solar colindante que se adquiere por los propietarios al efecto de destinarlo a zona ajardinada y de recreo de la comunidad de propietarios y en el acuerdo unánime se faculta al presidente para la compra "por todos y cada uno de los propietarios y con la finalidad del servicio o utilidad común de todos ellos", pero no como elemento común, sino como privativo con ese fin y destinado al beneficio o servicio comunal.

La Resolución citada reconoce la premisa mayor de la configuración jurídica de la figura ante el supuesto de hecho presente: la finca se adquiere por todos y cada uno de los propietarios, en proindiviso. Estamos ante una finca elemento privativo, en proindiviso, con la correspondiente cuota de participación en los elementos comunes del conjunto inmobiliario.

Y es posible –por la unanimidad en la junta– facultar al presidente para la adquisición al efecto dicho y con la configuración jurídica de procomunal conforme al art. 4 citado.

Pero –dice la Resolución– ¿dónde consta en la escritura la configuración jurídica de este procomunal?: a falta de una norma como la del art. 553-34 del Código Civil de Cataluña, en el Derecho común. "es necesario que la escritura pública determine las características esenciales del procomunal, del departamento privativo destinado al servicio de la comunidad de propietarios y la conexión *ob rem* con la respectiva propiedad del elemento o departamento privativo de la que sería así inseparable. Caracteres del régimen jurídico de la figura que no están suficiente determinados en la escritura pública otorgada en el caso presente". En consecuencia se desestima el recurso.

Lo expuesto supone a mi juicio la fijación de los caracteres esenciales de la figura, reafirmando lo que la Resolución de 20-diciembre-1973 consideró fundamental (Joaquín Sapena Tomás *dixit*), para esclarecer ante todo que es un elemento privativo en proindiviso y que sus propietarios lo destinan al servicio o utilidad común de todos ellos. De ahí la improcedencia de la acción de división *ex* art. 4 LPH, mas no, a mi juicio, que los copropietarios dejen de destinar el procomunal a aquél: si conformes están con su destino común, cabe a posteriori que acuerden dejar que preste tal servicio o utilidad co-

mún con los efectos jurídicos propios del condominio o comunidad por cuotas. Importa dejarlo advertido.

Segunda.– Aptitud del albacea contador-partidor para la concreción de los pisos o locales adjudicados a cada heredero, en ejecución del contrato de permuta de solar por obra futura celebrado por sus padres.

Entre las facultades del albacea contador-partidor nombrado por el testador "con las más amplias facultades, incluyendo la entrega de legados", ¿está la de concretar, junto con el cónyuge viudo, las viviendas y locales que se han de entregar al mismo en pago de sus gananciales y a algunos de los herederos en la partición de la herencia, en ejecución del contrato de permuta de solar por obra futura celebrado por el causante y su esposa en escritura pública?

En el supuesto presente la escritura de partición contiene el inventario de la herencia por fallecimiento de Anselmo. En él la relación de viviendas y locales que se corresponde con el dieciocho por ciento de la superficie total a construir por la promotora sobre la finca objeto de permuta, manifestándose en ella por el contador-partidor, sin acreditarse, que el indicado dieciocho por ciento se ha concretado en las viviendas y locales que se describen. Estos se adjudican en su totalidad a la viuda por sus gananciales y a los hijos y herederos 5, 6, y 7.

No realiza el contador la partición de los bienes relictos –argumenta el Registrador–. Determina qué bienes ha de entregar la promotora y recibir los herederos como contraprestación de la permuta. Lo que excede de sus facultades particionales e*x* art. 1057 CC.

La DGRN en la Resolución de 30-septiembre-2013 (BOE de 22 -octubre-2013), parte del nombramiento del designado, "con las más amplias facultades" y de la manifestación del albacea en el cuaderno particional de que la determinación de los pisos deriva del contrato anterior, formalizado en escritura pública por el causante y su esposa.

En el caso presente –dice la Resolución– se ha configurado la permuta con una eficacia no solo obligacional; el derecho del cesionario ha sido concebido como verdadero *ius ad rem,* por lo que la determinación concreta de los pisos está más cerca de los actos especificativos o instrumentales para la partición que de los actos dispositivos extraños a las funciones de los albaceas contadores-

partidores. En consecuencia, entra dentro de las funciones de éste lo realizado.

A mi juicio, los pasos que el *iter* jurídico del supuesto ha producido llevan a la conclusión de que el albacea contador-partidor ha actuado en ejercicio de su competencia y función. El negocio jurídico lo realizó el causante, con su esposa, y el partidor se ha limitado a concretar lo que corresponde a cada heredero; en este caso interviniendo la viuda y los tres herederos firmantes, adjudicatarios. Partición y adjudicación parcial respecto a la herencia en su conjunto.

Y es que sin duda un albacea, contador-partidor, designado con las más amplias facultades por el testador, al realizar la concreción o determinación expuesta no dispone; se trata de un acto meramente instrumental para llevar a cabo la partición.

Tercera.– Los legitimarios tienen derecho a que se compute lo donado, sumándolo contablemente al caudal relicto para fijar la legítima de los mismos. Alcance de la sanción testamentaria ante el art. 675 CC párrafo segundo.

1. Para fijar la legítima el CC establece que al caudal relicto se agregará –contablemente– el valor de las donaciones –en puridad no solo las colacionables, a pesar de la dicción legal–. Así lo dice el art. 818.

Los testadores no lo han querido así: lo revela la institución de herederos por partes iguales a los cinco hijos "respecto de los bienes y derechos presentes y futuros" y lo revela también la sanción que en sus respectivos testamentos establecen. Pero la norma es imperativa a fin de que la porción de bienes en que la legítima consiste, *ex* art. 806, se fije partiendo del total patrimonio del causante.

2. ¿Y la prohibición de intervención judicial así como la sanción en los testamentos?

La disposición prohibitiva, que frecuentemente se plasma en los testamentos, ha sido considerada válida y eficaz por el Tribunal Supremo si existe la previsión en el testamento de nombrar contador-partidor. Ahora bien, la salvaguarda de los derechos que la ley otorga a los legitimarios da el resultado de que si la legítima estricta se considera vulnerada, la disposición testamentaria que prohibe la

intervención judicial es irrelevante por ilegal (en este sentido últimamente la S. del Tribunal Supremo de 17-enero-2014).

En definitiva, el contador-partidor ante todo ha de contar y por ello agregar o sumar al *relictum* el *donatum* a fin de fijar la legítima. La estricta es el derecho intangible de los legitimarios pero más allá de ella sí es eficaz la prohibición testamentaria cuando se nombra contador-partidor. Tanto el contador-partidor como los impugnantes deben de considerar lo que acabo de expresar, en consecuencia.

Cuarta.– El supuesto planteado es, a mi juicio, el que en esencia trata la Resolución de 4-julio-2014 (BOE 1-agosto-2014). Y es que aunque en el caso real, con posterioridad a la calificación registral se presentan documentos conteniendo transacción judicial por el que se homologaba un convenio extrajudicial para finalizare juicio sucesorio, y que incidían en la consideración de sus efectos sobre la no intervención de un heredero forzoso en la entrega del bien legado al legatario, la DGRN estima que conforme al art. 326 LH no podían tenerse en cuenta por el Registrador por haberse presentado después de ser extendida la nota de calificación (defecto subsanable).

La Resolución citada, desestimatoria del recurso, y citando la Resolución de 1-marzo-2006, parte de la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, lo que hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, (a falta de contador-partidor designado por el testador) de lo que resulta que de este modo no perjudica la legítima de aquél (generalmente *"pars bonorum"*).

Intervención –dice– que es también necesaria para la entrega de los legados, pues solo así puede saberse si éstos se encuentran o no dentro de la cuota de la que puede disponer el testador. Por lo que la falta de consentimiento del heredero forzoso y heredero en la escritura pública de entrega de legado hace que se tenga que acudir a lo que la ley establece en tal caso (arts. 1057 párrafo segundo y 1059 CC).

En definitiva, *de lege ferenda* puede estimarse por algunos autores que el sistema legitimario ¿debe cambiar? Hoy por hoy es el que es.

Quinta.– Aumento de capital de una SRL, asumiendo parte de las nuevas participaciones sociales una Sociedad Civil.

Como dice la Resolución de la DGRN de 6-agosto-2014 (BOE, 6 -octubre-2014) el recurrente mantiene que la sociedad civil tiene personalidad jurídica propia y puede ser socio aportante con plenos efectos en un aumento de capital social.

La cuestión de los requisitos necesarios para reconocer personalidad jurídica propia a la S. C. a efectos registrales –dice la Resolución– ha sido objeto de diversos pronunciamientos del TS y de la DGRN (e ilustrativo, a mi juicio, es el estudio de la evolución que contiene la fundamentación del recurso por el Notario autorizante de la escritura pública). No obstante, –dice la Resolución– el presente recurso debe resolverse sin necesidad de entrar en dicha cuestión dado que en los casos de aumento de capital el objeto propio de la inscripción en el RM es la cifra de su capital social y el modo en que éste se halla representado; los negocios individuales de asunción de participaciones ni forman parte del título ni han de ser calificados previamente por el Registrador como presupuesto de la inscripción. En consecuencia se estima el recurso interpuesto.

¿Se elude la cuestión fundamental para llegar a la conclusión ajustada a Derecho? Sea lo que fuere es innegable que la DGRN considera que la Sociedad Civil (en el caso presente constituida por contrato privado, con CIF) si se da a conocer en el tráfico –como se interpreta en el recurso el art. 1669 CC– tiene personalidad jurídica; en ningún momento la ley supedita a la inscripción tal reconocimiento.

A esta conclusión hay que llegar en aras de la necesaria seguridad jurídica.

Y sexta.– ¿Es exigible la asistencia de todos los miembros del Consejo de Administración para la válida constitución del mismo, sin perjuicio de que los acuerdos se adopten por mayoría absoluta de los consejeros que concurran a la sesión? Estamos ante una SRL.

El Notario en el recurso interpuesto aduce que: en el caso presente se quiere mantener el equilibrio para el funcionamiento de la SRL entre los dos grupos de los socios que la integran.

Y la Resolución de 7-octubre-2013 (BOE, 7-noviembre-2013) considera que la exigencia estatutaria de que participen en el debate decisorio todos los miembros, que se requiera el concurso de todos para la válida constitución del C. Ad., pretende conseguir la mayor colaboración, participación e implicación de todos sus miembros en los debates sobre la determinación de la gestión social,

fomentando su asistencia a las reuniones La cláusula estatutaria discutida no hace más que acentuar el carácter personalista de la SL frente a la SA por lo que –congruentemente con el carácter más cerrado y personalista de aquélla– el sustrato personal se acentúa y acaba tiñendo las reglas estatutarias en un grado perfectamente compatible y acomodado al tipo social elegido por la voluntad de los socios.

A mi entender, rotunda afirmación, realista enfoque que constituye mentís a las tendencias que pretenden difuminar los rasgos y el *sustratum* íntimo de los tipos de sociedades de capital. Ello se consolida con las palabras ,llenas vigor, de fe en la experiencia de un jurista ante la vida real, del Notario recurrente: "pretender homogeneizar al máximo o cercenar posibilidades de previsión convencional de los socios es absolutamente contrario al fomento de un ágil tráfico mercantil e incluso de una fructífera labor de los juristas, que de otro modo podríamos ser sustituidos por funcionarios sin cualificación y por modelos estandarizados de estatutos sociales" (Álvaro Delgado Truyols *dixit*).

Y AHORA EL NUEVO DICTAMEN:

"Y EL DONANTE SE RESERVA LA FACULTAD DE DISPONER DE ALGUNOS DE LOS BIENES DONADOS"

Hace días, en el Consejo General del Notariado, un buen profesional –no del Derecho– me preguntaba informalmente: ¿podemos favorecer a mi hija pero cubriéndonos mi esposa y yo las espaldas por si el día de mañana necesitamos el piso que queremos regalarle?

La pregunta no fue al comienzo de la conversación. A su inicio me decía: "He conocido, tratado y admirado aquí a algunos notarios" y me citaba específicamente a Antonio Rodríguez Adrados y a Domingo Irurzun Goicoa.

"Pues mire, le dije, así *a bote pronto* me permito tratar de responder a su pregunta a base de la argumentación que los citados juristas –vivos a Dios gracias– plasmaron en sus estudios interpretando y dictaminando sobre el art. 639 del Código Civil.

Dice: "Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados (o de alguna cantidad con cargo a ellos, supuesto que no voy a tratar); pero, si muriere sin haber he-

cho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes (o las cantidades) que se hubieren reservado".

1. Una de las dos interpretaciones sucitamente es: si el donante se reserva la facultad de disponer de los bienes donados y no hace uso de la facultad dispositiva, a su muerte pertenecerán al donatario los bienes donados y no dispuestos. Ello supone que el donatario hasta entonces no ha adquirido la propiedad. Quien tiene la *"facultas disponendi"* en nombre propio es porque es el dueño y el donatario disfruta de bienes ajenos. ¿No tienen así los donantes las espaldas cubiertas? Sí, rotundamente sí, la condición suspensiva y resolutoria para el donatario y donante respectivamente, lo atestigua.

2. La otra interpretación sucintamente es: la coherencia de la donación *ex* art.639 lleva a considerar que el supuesto fáctico es no que se dona el usufructo, lo que puede hacerse y así constar en la escritura expresamente (el artículo 640 se refiere a la donación del usufructo). Se dona la propiedad y se constituye sobre los bienes donados (sobre "algunos" de ellos, dice el precepto) un *ius in re aliena* consistente en la *facultas disponendi.* Interpretación teleológica, que la escritura pública de donación (sin ella no es válida la donación, art. 633) debe dejar clara, evitando interpretaciones que llevarían de lo contrario a la interpretación literal a la primeramente apuntada.

3. ¿Y más? Mucho más cabría decir, pero la premisa de base está dibujada al haber expuesto lo anterior.

Pero, "algunos": ¿hay que donar varias cosas para que la reserva –o la constitución (terminología en función del enfoque representativo de cada autor)– se plasme? ¿A qué viene la vuelta de tuerca legal; el art.618 habla de la donación de una cosa –y evidentemente pueden donarse varias– el piso y su mobiliario, por ejemplo, pero la *facultas* en estudio solo es factible respecto algunos.

Tengo para mí que el legislador tuvo delante el *Code* con su "donner et retenir ne vaut" y de modo ingenioso nos dijo en 1889: "algunos" sí cabe la *facultas disponendi* por el donante. No de todo lo donado: en este caso sería más que dudoso el *animus donandi*.

4. ¿Y si lo que se dona es ganancial? Los dos estudios apuntados, el de Irurzun Goicoa y el de Rodríguez Adrados, aparecidos con

poca diferencia temporal, ¿conociendo respectivamente lo que el otro consideraba? ahí están... Vale la pena y a más de uno le ocurrirá lo que a mí me acaeció en un segundo momento: cada aportación leída individualmente covence ¿? Es la magia que solo los elegidos tienen, la de convencer y esto se logra como consecuencia de mucho estudio, de darle vueltas, de preguntarse ¿qué es lo idóneo para el resultado práctico que se trata de conseguir? Madurez, experiencia.

5. La conversación tocaba a su fin. Solo me permití apostillar que, casi una hora teníamos que emplear los opositores entre notarios al desarrollar el tema: "El artículo 639 del Código Civil" dicho en seis palabras, cincuenta y cinco minutos a emplear.

Estas puntas de iceberg que me he permitido exponer las paso al dictaminante. ¿Dictaminante? No exactamente, pido que se busquen y que se profundice en los dos estudios citados y se plasme "la respuesta más adecuada fundada en Derecho". Y termino, no sin antes decir que A. Pérez Fernández en una escritura de donación con R.F.D., incluyó además la prohibición de disponer a la donataria. Tiempo después los donantes suprimieron en escritura pública tal prohibición, manteniendo la reserva. ¿Por qué lo primero; por qué lo segundo?

SEIS HORAS

victor@garridodepalma.es

LEY 36/2014, DE 26 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2015 Y LEY 13/2014, DE 28 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS PARA EL AÑO 2015

Eduardo M. Piñeiro Caramés
Notario Honorario

I. LEY 36/2014, DE 26 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2015

Comienza esta Ley, como suelen hacerlo las de años anteriores, fundamentando su marco normativo en la Constitución de 27 de diciembre de 1978, así como en la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre), en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (L.O. 2/2012, de 27 de abril) y la doctrina del Tribunal Constitucional.

Dentro de este marco, en los presentes Presupuestos Generales del Estado "se persigue continuar con el mismo objetivo que en ejercicios anteriores de garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española, y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria. El logro de estos tres objetivos permite consolidar el marco de una política económica orientada al crecimiento económico y la creación de empleo", como leemos en su Preámbulo; dando, además, cumplimiento al tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo

de 2012, garantizando una adaptación continua y automática a la normativa europea.

Justifica, asimismo, el Gobierno la presente Ley en el objetivo prioritario de reducir el déficit público y el cumplimiento de los compromisos de consolidación fiscal con la Unión Europea. Objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para el periodo 2015-2017, fijados por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, aprobado por el Pleno del Congreso de 8 de julio de 2014 y por el Pleno del Senado el 9 de julio siguiente. Acuerdo que establece el objetivo de déficit para el conjunto de las Administraciones Públicas en el 4,2 por ciento del PIB.

Finaliza este apartado I del Preámbulo afirmando que "en el presente ejercicio se busca además efectuar una más eficiente asignación de los recursos públicos, de suerte que, sin descuidar el objetivo prioritario de reducción del déficit público, se logre consolidar la senda de crecimiento económico y creación de empleo iniciadas en el anterior ejercicio". Amén y que Dios reparta suerte.

La presente Ley de Presupuestos se divide en VIII Títulos, de los que el VI recoge las Normas Tributarias –que constituyen el núcleo fundamental de este trabajo– y se completa con múltiples disposiciones adicionales, transitorias, derogativas y finales, a las que también haremos referencia más de una vez, en cuanto recojan extremos que más pueden interesarnos desde el punto de vista notarial.

1. Impuestos Directos

a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Según consta en el apartado VII del Preámbulo: "se regula la compensación por la pérdida de beneficios fiscales que afectan a algunos contribuyentes con la vigente Ley reguladora del Impuesto, cuales son los perceptores de determinados rendimientos del capital mobiliario con período de generación superior a dos años en 2014 respecto a lo establecido en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas vigente hasta 31 de diciembre de 2006".

No contiene la Ley que examinamos ningún artículo referente al IRPF tenemos que acudir a las Disposiciones transitorias; concretamente a la Tercera en la que se contiene la regulación de la compensación fiscal por la percepción de determinados rendimientos del capital mobiliario a que acabamos de referirnos.

Según su apartado Uno se confiere derecho a la deducción regulada en esta disposición a los contribuyentes que en el periodo impositivo 2014 integren en la base imponible del ahorro cualquiera de los siguientes rendimientos del capital mobiliario:

a) Los obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios a que se refiere el artículo 25.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del I.R.P.F. y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no residentes y sobre el Patrimonio (contraprestaciones de todo tipo, dinerarias o en especie, como los intereses y cualquier otra forma de retribución pactada como remuneración por tal cesión, así como las derivadas de la transmisión, reembolso, amortización, canje o concesión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos), procedentes de instrumentos financieros contratados con anterioridad a 20 de enero de 2006 y a los que les hubiera resultado de aplicación el porcentaje de reducción del 40 % previsto en el artículo 24.2.a) del texto refundido de la L.I.R.P.F., aprobado por el R.D. Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por tener un periodo de generación superior a dos años.

b) Los derivados de percepciones en forma de capital diferido a que se refiere el artículo 25.3.a) 1.º de dicha ley 35/2006 procedentes de seguros de vida o invalidez contratados con anterioridad a 20 de enero de 2006 y a los que les hubieran resultado de aplicación los porcentajes de reducción del 40 o 75 por ciento previsto los artículos 24.2.b) y 94 del texto refundido de la mentada ley del I.R.P.F.

Según el apartado Dos de la Transitoria que nos ocupa “La cuantía de esta deducción será la diferencia positiva entre la cantidad resultante de aplicar los tipos de gravamen del ahorro previstos en el apartado 2 del artículo 66 de la Ley 35/2006 al saldo positivo resultante de integrar y compensar entre sí el importe total de los rendimientos netos previstos en el apartado anterior, y el importe teórico de la cuota íntegra que hubiera resultado de haber integrado dichos rendimientos en la base liquidable general con aplicación de los porcentajes indicados en el apartado anterior”.

Se reitera la redacción contenida en la disposición transitoria quinta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Ge-

nerales del Estado para el año 2013 y que nosotros en la Circular 12 de este Ilustre Colegio (de fecha 15 de marzo de 2013) calificábamos como "claro como el agua" y añadíamos "claridad que se aclara (?) aún más si leemos los apartados tres y cuatro de esta disposición transitoria, que definen el importe teórico de la cuota integral y cómo se determina el saldo a que se refiere el apartado precedente, respectivamente. Apartados a los que nos remitimos". Por si fuera poco, la misma redacción se vuelve a repetir en la transitoria Cuarta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (*vid.* Circular 10, de 14 de marzo de 2014) y se vuelve a reiterar en la que ahora nos ocupa.

Continúa esta última transitoria, como las antes citadas, especificando, en su apartado seis, que cuantía de la deducción así calculada se restará de la cuota líquida total, después de la deducción por obtención de rendimientos del trabajo o actividades económicas a que se refiere el artículo 80 bis de la Ley 35/2006". Artículo 80 bis –añadimos nosotros– en la redacción que le dio la Ley 26/2009, de 13 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, que determinaba que sería de 400 euros anuales cuando la base imponible sea igual o inferior a 8.000 euros anuales; y cuando dicha base esté comprendida entre 8.000,01 y 12.000 euros anuales, sería de 400 euros menos el resultado de multiplicar por 0,1 la diferencia entre la base imponible y 8.000 euros anuales. Seguimos en la misma línea de claridad.

Téngase en cuenta que el artículo 80 bis ha sido suprimido por el número 55 del artículo 1.º de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, modificativa de la Ley 35/2006, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes (R.D. Legislativo 5/2004, de 5 de marzo) y otras normas tributarias; supresión que según su disposición final sexta entrará en vigor el 1 de enero de 2015.

Y termina esta Transitoria Tercera (apartado siete) disponiendo que "las referencias realizadas en esta Disposición transitoria a la Ley 34/2006 se entenderán referidas a la redacción en vigor de la citada Ley a 31 de diciembre de 2014". No podía ser de otro modo por cuanto, como acabamos de indicar, el artículo 80 bis desapareció el 1 de enero de 2015.

b) Impuesto sobre sociedades

El articulado de esta Ley de Presupuestos no contiene norma

alguna en materia del Impuesto sobre sociedades, si encontramos ente sus disposiciones transitorias, concretamente la vigésimo primera, una modificación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, reguladora del mismo.

La modificación, con efectos de 1 de enero de 2015 y vigencia indefinida, supone una nueva redacción de la disposición transitoria trigésima sexta de dicha Ley 27/2014, relativa al límite en la compensación de bases imponibles negativas y activos por impuesto diferido para el año 2016.

Se establecía en la transitoria modificada que "con efectos para los periodos impositivos que se inicien en el año 2016, los límites establecidos en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 26, en al letra a) del apartado 1 del artículo 62 y en las letras d) y e) del artículo 67, de esta Ley serán del 70 por ciento, en los términos establecidos, respectivamente, en los citados preceptos".

La modificación, según la nueva redacción, será del 60 por ciento y afectará:

— al apartado 12 del artículo 11 (las dotaciones por deterioro de los créditos y otros activos derivados de las posibles insolvencias de los deudores no vinculados con el contribuyente, no adeudados por entidades de derecho público y cuya deducibilidad no se produzca por aplicación de lo dispuesto en el artículo 13.1.a) de esta Ley, correspondientes a dotaciones o aportaciones a sistemas de previsión social y, en su caso, prejubilación, que hayan generado activos por impuesto diferido, se integrarán en la base imponible de acuerdo con lo establecido en esta Ley, con el límite indicado del 60 por ciento de la base imponible positiva previa a su integración, a la aplicación de la reserva de capitalización establecida en el artículo 25 de esta Ley y a la compensación de bases imponibles negativas),

— al primer párrafo del apartado 1 del artículo 26 (las bases imponibles negativas que hayan sido objeto de liquidación o autoliquidación podrán ser compensadas con las rentas positivas de los periodos impositivos siguientes con el límite del citado 60 por ciento de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización establecida en el artículo 25 de esta Ley y a su compensación).

— a la letra e) del apartado 1 del artículo 62 (la base imponible del grupo fiscal se determinará sumando… e) Las dotaciones a que se refiere el mentado apartado 12 del artículo 11 de esta Ley, referidas al grupo fiscal, con el repetido límite del 60 por ciento del importe impositivo de la agrupación de los conceptos señalados en las letras anteriores), y

— a las letras d) y e) del artículo 67 (En el supuesto de que una entidad se incorpore a un grupo fiscal, en la determinación de la base imponible del grupo fiscal resultarán de aplicación las siguientes reglas: …d) Las dotaciones a que se refiere el repetido apartado 1.2 del artículo 11 de esta Ley pendientes de integrar en la base imponible, se integrarán en la base imponible del grupo fiscal, con el límite conocido del 60 por ciento de la base imponible positiva individual de la propia entidad previa a la integración en las dotaciones de la referida naturaleza y a la compensación de bases imponibles negativas, teniendo en cuenta las eliminaciones e incorporaciones que correspondan a dicha entidad, de acuerdo con lo previsto en los artículos 64y 65 de esta Ley. e) Las bases imponibles negativas de cualquier entidad pendientes de compensar en el momento de su integración en el grupo fiscal podrán ser compensadas en la base imponible de este, con el límite del 60 por ciento de la base imponible de la propia entidad, teniendo en cuenta las eliminaciones e incorporaciones que correspondan a dicha entidad , de acuerdo con lo establecido en los artículos 64 y 65 de esta Ley).

c) Impuesto sobre el Patrimonio

Se procede –leemos en el Preámbulo– a prorrogar durante 2015 la exigencia de su gravamen, lo que contribuirá a mantener la senda de consolidación de las finanzas públicas. Y a continuar vaciando el vacío de los bolsillos de los contribuyentes, añadimos por nuestra cuenta.

Esta prórroga se regula en el art.61 de nuestra Ley, que lleva por rúbrica “Impuesto sobre el Patrimonio durante 2015” y establece la modificación del apartado segundo del artículo único del R.D-Ley 13/2011, de 16 septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal (hay que tener cara), que queda redactado de la siguiente forma: “Segundo. Con efecto desde 1 de enero de 2016, se introducen las siguientes modificaciones en

la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio: Uno. Se modifica el artículo 33 que queda redactado de la siguiente forma: «Artículo 33. Bonificación general de la cuota íntegra. Sobre la cuota íntegra del impuesto se aplicará una bonificación del 100 por ciento a los sujetos pasivos por obligación personal o real de contribuir». – Dos. Se derogan los artículos 6 (representante de los sujetos pasivos no residentes en España), 36 (autoliquidación), 37 (personas obligadas a presentar la declaración) y 38 (presentación de la declaración)".

El restablecimiento de este Impuesto se efectuó en el artículo cinco del R.D. Ley 13/2011, de 16 de septiembre. En su prólogo, preámbulo o como se le quiera denominar, se decía textualmente que el restablecimiento era "de carácter temporal ya que se contempla exclusivamente en 2011 y 2012". Han pasado ya tres años y se sigue prorrogando para 2015. Por ello nos hemos atrevido antes a afirmar "hay que tener cara" No parece que vaya a desaparecer nunca más y el primer párrafo del transcrito artículo 61 no es para ser optimista por cuanto comienza diciendo "Con efectos de 1 de enero de 2015 y vigencia indefinida". Vigencia indefinida no suena nada bien.

d) Impuestos locales

Según reza el Preámbulo "En materia catastral, la actualización de los valores, al alza o a la baja, para su adecuación con el mercado inmobiliario está directamente vinculada, a nivel municipal, con la fecha de aprobación de la correspondiente ponencia de valores. Con esta finalidad y a la vista de los estudios realizados al efecto, se establecen diferentes coeficientes en función del año de entrada en vigor de los valores catastrales resultantes de un procedimiento de valoración colectiva, que serán aplicados a aquellos municipios que han acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos y que están incluidos en la Orden Ministerial prevista en dicho precepto". Redacción críptica, por incompleta, en cuanto no se indica la Ley a que se refiere, ni la Orden Ministerial prevista en dicho precepto.

Esta actualización viene regulada en el art. 62 de la Ley de Presupuestos objeto de nuestro estudio, en el que se establecen los coeficientes de actualización fijados para 2015, a que se refiere el apartado 2 del artículo 32 del texto refundido, de la Ley del Catastro

Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. Apartado –añadimos nosotros– cuya redacción fue modificada por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, con efectos desde el 1 de enero de 2013 (concretamente en el apartado dos de su artículo 16, Ley por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica). La Orden Ministerial que debió precisar el transcrito Preámbulo es la Orden HAP/1750/2014, de 29 de septiembre, que contiene la relación de municipios a los que resultarán de aplicación los coeficientes de actualización que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015 y que son los aludidos en el artículo 62 al que acabamos de referirnos.

AÑO DE ENTRADA EN VIGOR PONENCIAS DE VALORES	COEFICIENTE DE ACTUALIZACIÓN
1984, 1985, 1986 y 1987	1.13
1988	1.12
1989	1.11
1990, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002	1.10
2003	1.06
2006	0.83
2007	0.78
2008	0.71
2009	0.78

Estos coeficientes se aplicarán en los siguientes términos:

a) Si se tratara de bienes inmuebles valorados conforme a los datos obrantes en el Catastro; sobre el valor asignado a dichos bienes para 2014.

b) Cuando se trata de valores notificados en el ejercicio 2014, obtenidas por aplicación de Ponencias de valores parciales aprobados en dicho ejercicio: sobre dichos valores.

c) Cuando se trata de inmuebles que hubieran sufrido alteraciones de sus características conforme a los datos obrantes en el Catastro, sin que las mismas hubieran tenido efectividad: sobre el valor asignado a tales inmuebles 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.

La letra c) del apartado 2 del artículo 32 del Texto Refundido de la ley del Catastro al que antes hemos hecho referencia, fue modificada por el artículo 16.2 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, asimismo antes mentada, en el sentido de que los Ayuntamientos debían solicitar la aplicación de los coeficientes vigentes antes del 31 de enero del ejercicio anterior a aquel para el que solicite su aplicación. Redacción que se modificó en el art. 9.1 de la Ley 16/2013, de 29 de octubre, Ley por la que se establecían determinadas medidas en materia de fiscalidad medio ambiental y se adoptaban otras medidas tributarias y financieras, sustituyendo el 31 de enero por el 31 de mayo, y que de nuevo se modifica por nuestra Ley de Presupuestos en su Disposición Transitoria Cuarta, estableciendo que, con vigencia exclusiva para el ejercicio 2015, el plazo indicado se amplía hasta el 31 de julio de este año 2015.

2. Impuestos indirectos

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Dos son las novedades:

1.ª La habitual que afecta a la actualización, al 1 por ciento, de la escala que grava la trasmisión y rehabilitación de grandezas y títulos nobiliarios. Modificación contenida en el artículo 63 y que dispone que con efectos de 1 de enero de 2015, la escala a que hace referencia el párrafo primero del artículo 43 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, será la siguiente:

Escala	Transmisiones directas Euros	Transmisiones transversales Euros	Rehabilitaciones y reconocimiento de títulos extranjeros Euros
1.º Por cada título con grandeza	2.699	6.766	16.222
2.º Por cada grandeza sin título	1.930	4.837	11.581
3.º Por cada título sin grandeza	769	1.930	4.643

2.ª Para los fondos de capital riesgo se establece la exención de todas las operaciones sujetas a gravamen en la modalidad de operaciones societarias, para equiparar su tratamiento al de los fondos de titulación hipotecaria y a los fondos de titulación de activos financieros.

Tras esta explicación que hace el Preámbulo, el art. 64 de la Ley de presupuestos dispone que "con efecto de 1 de enero de 2015 y vigencia indefinida, el apartado 20.4 de la letra B del apartado 1 del artículo 45 (Beneficios fiscales-Exenciones) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados…, queda redactado de la siguiente forma: "Los fondos de titulización hipotecaria, los fondos de titulización de activos financieros, y los fondos de capital riesgo estarán exentos de todas las operaciones sujetas a la modalidad de operaciones societarias".

3. Otros tributos

Incluye la Ley que es objeto de este repaso en su capítulo III del Título VI, bajo este título a las Tasas, artículos 65 y 66; materia de escaso o nulo interés para el Notariado.

El Preámbulo nos resume el contenido de los artículos que acabamos de citar, afirmando: "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 que se hayan creado o actualizado específicamente por normas dictadas en el año 2014.- Las tasas exigibles por la Jefatura Central de Tráfico se ajustarán, una vez aplicado el coeficiente anteriormente indicado, al múltiplo de 10 céntimos de euro inmediato superior, excepto cuando el im-

porte a ajustar sea múltiplo de 10 céntimos de euro. – Se mantienen la cuantía de la tasa de regularización catastral y los tipos y cuantías fijas establecidas para las tasas que gravan los juegos de suerte, envite o azar, en los importes exigibles durante 2014– Se mantiene con carácter general la cuantificación de los parámetros necesarios para determinar el importe de la tasa para reserva de dominio público radioeléctrico– De igual modo, se mantienen las cuantías de la tasa de aproximación y de las prestaciones patrimoniales de carácter público aeroportuario, en los importes exigibles en 2014. – Se establecen las bonificaciones aplicables en los puertos de interés general a las tasas de ocupación, del buque, del pasaje y de la mercancía, así como los coeficientes correctores de aplicación a las mencionadas tasas del buque, del pasaje y de la mercancía, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.- Por otra parte, se mantienen para 2015 las cuantías básicas de las tasas portuarias en los importes exigibles en 2014".

Como complemento de lo que se acaba de transcribir, nos parece de interés aclarar, conforme lo dispuesto en el artículo 65, lo siguiente:

— que la citada actualización supone la elevación a partir del 1 de enero de 2015, de los tipos de cuantía fija de las tasas de la Hacienda estatal hasta la cuantía que resulte de la aplicación del coeficiente 1,01 al importe exigible durante el año 2014, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 82 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (párrafo primero del número Uno),

— se exceptúa de lo previsto en el primer párrafo la cuantía de la tasa de regularización catastral prevista en la Disposición adicional tercera, apartado ocho, letra d) del texto refundido de la Ley del Catastro inmobiliario aprobado por Real Decreto Legislativo (1/2004, de 5 de marzo (párrafo tercero de dicho número Uno),

— se consideran tipos de cuantía fija aquellos que no se determinan por un porcentaje de la base o cuya base no se valore en unidades monetarias (número Dos), y

— se mantienen para el año 2015 los tipos y cuantías fijas establecidas en el apartado 4 del artículo 3 del Real Decreto ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar, en el importe exigible durante el año 2014, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82 Cuatro de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (número Tres).

4. Otras disposiciones

"El contenido de la Ley de Presupuestos –leemos en el apartado X de su Preámbulo– se completa con diversas disposiciones adicionales, transitorias y finales, en las que se regulan preceptos de índole muy variada. No obstante, para una mejor sistematización, se han agrupado por materias y por referencia a los Títulos de la Ley correspondiente". Apartado que es literalmente igual al contenido en la repetida Ley 22/2013 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (*vid.* Circular 10/2014 de esta Comisión).

De entre las materias reguladas destacamos los extremos que, particularmente, nos parecen de interés:

A) Disposiciones Adicionales:

— Convenios de colaboración entre las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria para el control y seguimiento de la incapacidad temporal (disposición adicional Quinta).– En estos convenios podrá preverse el anticipo hasta la cuantía total del importe previsto en el respectivo convenio para la financiación de las actuaciones a desarrollar por las Comunidades Autónomas y por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

Con carácter previo a la formalización de los convenios se requerirá la autorización del Consejo de Ministros.

— Recuperación de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012 (disposición adicional Décima segunda).– Se regula en su apartado Uno la recuperación de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012 del personal del sector público; en el apartado Dos esa misma recuperación del personal público estatal definido en las letras a), d) y e) del apartado Uno

del artículo 22 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, así como el personal de las sociedades, entidades y resto de organizaciones de los apartados f) y g) de dicho precepto que pertenezcan al sector público estatal; en su apartado Tres se suspende y deja sin efecto, en lo que resulta estrictamente necesario para la aplicación de esta Adicional, la aplicación del artículo 24 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; y en su apartado Cuatro y último, se dispone que los apartados Uno y tres, de anterior referencia, tiene carácter básico y se dictan al amparo de los artículos 149.1.18.ª, 149.1.13.ª y 156.1 de la Constitución.

— Oferta de Empleo Público para el acceso a las carreras judicial y fiscal (disposición adicional Décima tercera).– Con el fin de dar cumplimiento a las previsiones establecidas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la oferta de Empleo Público para el acceso a las carreras indicadas, no podrá superar, en el año 2014, el límite máximo de 100 plazas, que se destinarán a la sustitución paulatina de empleo temporal.

— Módulos para la compensación económica por la actuación de Jueces de Paz y Secretarios de Juzgados de Paz (disposición adicional Vigésima primera).– Los Jueces de Paz, nombrados con arreglo a los dispuesto en el artículo 101 de la citada Ley Orgánica 6/1985, percibirán, de acuerdo con el número de habitantes de derecho del municipio, las retribuciones anuales que se indican en este apartado Uno y que no varían respecto de las vigentes a 31 de diciembre de 2014. A modo de ejemplo reseñemos que estas retribuciones oscilan entre 1.072,78 euros, cuando el número de habitantes sea de 1 a 1999 y 4.280,85 euros, cuando los habitantes sean 15.000 o más.

Tratándose del personal, excluido el perteneciente a los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, que desempeñe funciones de Secretario de un Juzgado de Paz, con nombramiento expedido al efecto, percibirá, también de acuerdo con el número de habitantes de derecho del municipio, la retribución anual fijada en el apartado Dos (531,28 euros de 1 a 499 habitantes; 1726,50 euros de 5.000 a 6.999 habitantes).

En ambos casos, para hacerse rico.

— Seguridad Social. La adicional Vigésima quinta aplica, a las pensiones del régimen de Clases Pasivas del Estado que se causen a partir de 1 de enero de 2015, lo establecido en el apartado 2 del artículo 163 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio); la Vigésima sexta regula la cuantía de las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, así como el importe del límite de ingresos para el acceso a las mismas, establecidas en la Sección Segunda del Capítulo IX del Título II del texto refundido que se acaba de citar; y la Vigésimo séptima los subsidios económicos contemplados en dicho texto refundido de las personas con capacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y pensiones asistenciales.

— Interés legal del dinero (disposición adicional Trigésima segunda).– Todos a la baja (vid. La disposición adicional Trigésima segunda de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, Ley 22/2013, de 23 de diciembre).

El interés legal del dinero queda establecido en el 3,50 por ciento hasta el 31 de diciembre del año 2015, fijado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 24/1984, de 28 de junio. Era el 4 por ciento.

Durante el mismo periodo, el interés de demora –que era el 5 por ciento– será el 4,375 por ciento, interés al que se refiere el artículo 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Durante el mismo periodo, el interés de demora -que era el 5 por ciento- será el 4,375 por ciento, interés al que se refiere el artículo 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Y, asimismo, durante el mismo periodo, el interés de demora a que se refiere el artículo 38.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, será el 4,375 por ciento (antes el 5 por ciento).

— Apoyo financiero. Las adicionales Trigésima quinta a Cuadragésima primera, ambas inclusive, establecen los apoyos financieros respectivamente, a empresas con base tecnológica, capitalización; a los préstamos participativos de dichas empresas; a las pequeñas y medianas empresas; a emprendedores y empresas TIC-Agenda Digital; a jóvenes emprendedores, a los préstamos universitarios

firmados de conformidad con la Orden EDU/3248/2010, de 17 de diciembre y acogidos al Convenio de colaboración suscrito el 27 de diciembre siguiente entre el Ministerio de Educación y el Instituto de Crédito Oficial para la instrumentación de la ampliación del periodo de carencia y amortización de préstamos suscritos en el marco de la Línea "ICO-Préstamos Universidad 2010/2011"; y a las actuaciones en Parques Científicos y Tecnológicos

— Afectación de la recaudación de las tasas de expedición del Documento Nacional de Identidad y pasaportes (disposición adicional Cuadragésima novena).– Se afecta la recaudación de las tasas de dichos documentos a la financiación de las actividades desarrolladas por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda. El porcentaje de afectación será del 82 % respecto de la tasa de expedición del DNI, y del 59 % en orden a los pasaportes.

— Financiación a la Iglesia Católica (disposición adicional Quincuagésima primera).– Se mantiene durante el año 2015 la misma cantidad mensual establecida en la disposición adicional Quincuagésima de de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, a saber, 13.266.216, 12 euros, cantidad que el Estado deberá entregar cada mes a la Iglesia Católica, a cuenta de la que deba asignarle por aplicación de lo dispuesto en los apartados Uno y Dos de la Disposición adicional Decimoctava de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

Se efectuará una liquidación provisional de la asignación correspondiente a 2015 antes del 30 de noviembre de 2016, practicándose la liquidación definitiva antes del 30 de abril de 2017. En ambas liquidaciones, una vez efectuadas, se procederá por las dos partes a regularizar, en un sentido o en otro, el saldo existente.

— Bonificaciones en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana para Lorca, Murcia (disposiciones adicionales Sexagésima sexta y séptima, respectivamente.– Se mantiene durante 2015 la bonificación del 15 por ciento en las cuotas de ambos Impuestos, para reparar los daños causados por los movimientos sísmicos acaecidos el 11 de mayo, que había establecido la Ley de Presupuestos Generales para el Estado para 2014 en su disposición adicional Sexagésima quinta

y en la Final Trigésima segunda, respectivamente, y en los mismos términos que son de ver en éstas.

— Suspensión normativa (disposición adicional Septuagésima Segunda).– El artículo 2 ter, regulador de la integración de los inmigrantes, fue introducido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por el apartado cuatro del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. En el apartado 4 se establecía que "De conformidad con los intereses prioritarios del Plan Estratégico de Inmigrantes, el Gobierno y las Comunidades Autónomas acordarían en la Conferencia Sectorial de la Inmigración programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes, que se dotará anualmente, y que podrá incluir fórmulas de cofinanciación por parte de las Administraciones receptoras de las partidas de fondo".

Este apartado 4 quedó sin efecto para 2014 por la disposición adicional Octogésima segunda de la repetida Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014.

La adicional Septuagésima segunda de la Ley que examinamos reitera esta suspensión normativa para el ejercicio 2015.

— Suspensión de la aplicación de determinados preceptos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (disposición adicional Septuagésima Tercera).– Durante 2015 se suspende la aplicación del artículo 7.2, del artículo 8.2.a), del artículo 10, del art. 32.3 párrafo primero y de la Disp. Transitoria primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia.

En la Exposición de Motivos de esta Ley se proclamaba que la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de la autonomía personal constituyen uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados. Por lo cual en Octubre de 2003 se aprobó por el Pleno del Congreso de los Diputados la renovación del Pacto de Toledo con una Resolución Adicional 3.ª, en la que se expresaba la necesidad de configurar un sistema que abordara dicho problema: puesto de relieve por numerosos documentos y decisiones de organizaciones internacionales (Organización de la Sa-

lud, Consejo Europeo y la Unión Europea). Entre nosotros, y debido al fenómeno demagógico denominado "envejecimiento del envejecimiento", coexistente en el aumento de la población con edad superior a ochenta años, duplicado en sólo veinte años, la atención a este colectivo se convirtió en un reto ineludible para los poderes públicos.

Visto lo visto, se aprueba la ley 39/2006, que nos ocupa en estos momentos, y que regula las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención de Dependencia (SAAD), con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas.

Pero poco duró la alegría en casa del pobre, desde 2012 todas las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (Ley 2/2012, de 29 de Junio; Ley 17/2012, de 27 de diciembre; y Ley 22/2013, de 23 de diciembre), suspendieron la aplicación de sus artículos 7.2; 8.2 a); 10; 32.3, párrafo 1.º y su disposición transitoria 1.ª). Normas todas ellas referidas a los Convenios a celebrar entre la Administración General del Estado y las administraciones de las diferentes Comunidades Autónomas, que servirán para determinar el nivel de ayuda y las obligaciones asumidas por cada una de las partes para la financiación de los servicios y prestaciones del Sistema; concretamente la disposición transitoria 1.ª prescribía que durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2015, la Administración General del Estado establecería anualmente en sus Presupuestos los créditos necesarios para la celebración de los Convenios con las administraciones de las Comunidades Autónomas de acuerdo con , el también suspendido, artículo 10 de anterior referencia.

— Plan integral de Empleo de Canarias (disposición adicional Septuagésima cuarta).– Durante el año 2015 queda en suspenso la aplicación de la Disposición adicional quinta de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

Disposición adicional suspendida que preceptuaba que, considerando la situación económica, social y laboral de Canarias, dada su condición de región ultraperiférica derivada de su insularidad y lejanía (art. 138 de nuestra Constitución y artículo 299.2 del Tratado de la Unión Europea), con la finalidad de incrementar el empleo en su territorio, el Estado podrá participar en la financiación de un plan

integral de empleo que se dotaría en el estado de gastos de Servicio Público de Empleo Estatal.

Durante 2014 también se dejó en suspenso la aplicación de esta Adicional, por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho año (disp. adicional Sexágesima séptima).

— Determinación del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para 2015 (disposición adicional Octogésima cuarta).– Según leemos en el Preámbulo el IPREM para 2015 "se mantiene en los mismos términos del pasado ejercicio" (vid. disposición adicional Octogésima de la tantas veces citada Ley 22/2013, de 23 de diciembre).

En efecto, el indicador público de renta de efectos múltiples sigue siendo: el diario, 17,75 euros; el mensual, 532,51 euros y al anual, 6390,13 euros.

Tampoco se altera la cuantía anual del IPREM (7.455,14 euros), cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias, en cuyo caso la cuantía será de 6.390,13 euros; todo ello en los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional haya sido sustituida por la referencia IPREM en aplicación de lo establecido en el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de Junio.

— Integración de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta Propia o Autónomos (disposición adicional Nonagésimo primera).– En cumplimiento al mandato dispuesto en la Disposición Adicional trigésima de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, esta Adicional prescribe que el ingreso del Cuerpo de Registradores citados, así como los del Cuerpo de Aspirantes, que ingresen en tales Cuerpos a partir de 1 de Enero de 2015, quedarán integrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. Integración que se producirá en los términos y condiciones establecidos en dicho Régimen Especial.

Se autoriza al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para efectuar el desarrollo reglamentario de esta disposición.

B) Disposición Derogatoria

Se recoge –dice el Preámbulo– una única de derogación de la Disposición adicional Quincuagésima octava del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio.

La referenciada Disposición adicional quincuagésima octava –que se añadió a dicho texto por el artículo 7 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto– establecía que, con efectos de 1 de enero de 2013, la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales formará parte de la acción protectora obligatoria de todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, con respecto a los trabajadores que causen alta en cualquiera de los mismos a partir de la indicada fecha; siendo posible, en los términos que reglamentariamente se establezcan, en el caso de socios de cooperativas comprendidas en el Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o Autónomos.

Trátase de una norma que nació, podemos decir, gafada. Veamos: por el artículo 7 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, se aplazaron por un año sus efectos; por el artículo 6 de la Ley 11/2013, de 26 de Julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo, se le añadió un párrafo tercero, que establecía que esta protección tendría carácter voluntario para los trabajadores por cuenta propia menores de treinta años de edad; se vuelven a aplazar sus efectos por la disposición adicional Octogésima quinta de la Ley 22/2013, de 23 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014; y por la Ley de Presupuestos que estamos repasando (Ley 36/2014) se le da el tiro de gracia, al derogarla.

C) Disposiciones finales

De entre las 25 que contiene nuestra Ley, en las que se recogen las modificaciones realizadas a varias normas legales, nos limitamos a reseñar:

— la que afecta al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (Disposición final tercera).– La Disposición modificada es la adicional Séptima en cuanto a la letra a) de la regla tercera de su

apartado 1, que regula los derechos de los trabajadores a tiempo incompleto.

En su redacción original se disponía que "En el supuesto de trabajadores cuya prestación efectiva de servicios sea inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho al mes, los derechos de protección sólo incluirán las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes y la prestación económica correspondiente a los periodos de descanso por maternidad".

Actualmente, tras establecerse en dicha adicional Séptima, la aplicación a estos trabajadores del principio de asistencia del trabajador a tiempo completo, se determinan específicamente unas reglas entre las que se encuentra la modificada –la Séptima– a la que se añaden en el apartado 1 citado dos nuevos párrafos a su letra a); adicional que pasa a tener la siguiente redacción:

"a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general. Para las prestaciones por maternidad y por paternidad, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365.

Para la prestación por incapacidad temporal, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización a tiempo parcial acreditadas desde la última alta laboral, con un máximo de tres meses inmediatamente anteriores al del hecho causante, entre el número de días naturales comprendidos en el periodo.

La prestación económica se abonará durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación de incapacidad temporal",

— la modificativa del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (disposición Final novena).– Con efectos de 1 de enero de 2015 y vigencia indefinida se modifica la Disposición transitoria Duodécima del texto refundido de la Ley que se acaba de citar, en el sentido de que la determinación de la base liquidable del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), atribuido a los Ayuntamientos en el apartado 3 del artículo 77 de esta Ley, se realizará por la Dirección

General del Catastro, salvo que el Ayuntamiento notifique a dicho centro directivo que la indicada competencia será ejercida por él. Comunicación que deberá realizarse antes de que finalice el mes de febrero del año en el que asuma el ejercicio de dicha competencia,

— modificación de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida (disposición Final décima).– La L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en el apartado once de su disposición adicional Undécima, introdujo un nuevo artículo, el 48 bis, en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (R.D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), por el que se establecía el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por paternidad en trece días interrumpidos, ampliable en dos días más por cada hijo a partir del segundo, en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples.

La Ley 9/2009, de 6 de octubre, en su artículo 1, modificó dicho artículo 48 bis, ampliando, con efectos desde 1 de enero de 2011, el indicado plazo a cuatro semanas sucesivas interrumpidas, también ampliable en dos días más por cada hijo a partir del segundo en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples.

No obstante lo dicho, estamos ante otro caso en que el aplazamiento de entrada en vigor de esta norma, no deja de hacerse: hasta el 1 de enero de 2012, por la Ley 39/2010; hasta el 1 de enero de 2013, por el R.D. Ley 20/2011; hasta el 1 de enero de 2014, por la ley 17/2012; hasta el 1 de enero de 2015, por la Ley 22/2013, de Presupuestos Generales del Estado; y para no ser menos, la Ley de Presupuestos que repasamos lo ha ampliado hasta el 1 de enero de 2016, dando así nueva redacción a la disposición Final segunda de la mentada Ley 9/2009, de ampliación de la duración del permiso de paternidad; disposición que no nos parece vaya a entrar en vigor algún año. Todo sea por la patria, decíamos en la Circular 10/2014, de este Ilustre Colegio,

— y modificación de la disposición Final decodécima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (disposición Final Décima sexta).– Un nuevo retraso. Esta vez afecta a la Disposición Final decodécima que acabamos de citar; concretamente a la letra d) de su

apartado 1), en el sentido de que su entrada en vigor, que era del 1 de enero de 2015, pasa a ser el 1 de enero de 2016. El resto de la disposición permanece con la misma redacción anterior.

II. LEY 13/2014, DE 29 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS PARA EL AÑO 2015.

Comienza la Exposición de Motivos de esta Ley, en su apartado I, haciendo referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional que "ha establecido de manera reiterada que las leyes de presupuestos tienen una función específica y constitucionalmente definida, que es la aprobación de los presupuestos generales, y que incluye la totalidad de los gastos e ingresos del sector público, así como la consignación del importe de los beneficios fiscales que afectan a los tributos", para continuar reiterando, como hace todos los años, que "junto con el Decreto Legislativo 1/2005, de 24 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de finanzas de la comunidad autónoma de las Illes Balears, y la normativa de desarrollo correspondiente, constituye el marco normativo al que debe ajustarse la actividad económico-financiera de la comunidad autónoma".

No falta tampoco, como sucede en los Preámbulos o Exposiciones de Motivos de las correspondientes leyes de Presupuestos, el o los párrafos –dicho sea con todos los respetos– del autobombo del Gobierno en el poder, al afirmarse las razones o fines que justifican la ley de que se trata. Este año, en el apartado II de la que comenzamos a repasar, se nos dice que "los presupuestos generales de la comunidad autónoma de las Illes Balears para el año 2015 se orientan a cumplir los principios de prudencia financiera, de transparencia y de eficiencia en la gestión y asignación de recursos, en el marco de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera. Las actuaciones destinadas a la prestación de servicios públicos esenciales, como puedan ser la asistencia financiera, la educación y la protección social, continúan siendo los ejes básicos de los presupuestos para el año 2015" (*vid.* en parecida línea el apartado I del Preámbulo de la ya estudiada Ley 36/2014). El pasado año (*vid.* Circular 10/2014 de esta Comisión) no pudimos resistirnos a finalizar la reproducción de los ejes básicos de los presupuestos

para el año 2014 con la frase "Que Dios nos coja confesados" y tampoco lo vamos a hacer este año y repetimos ¡Que Dios nos coja confesados!.

La nueva Ley 13/2014 se estructura en siete títulos y se completa con siete disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y quince disposiciones finales; disposiciones que, según su apartado II, "recogen preceptos de diversa índole, que no tienen cabida a lo largo del articulado de la Ley, pero que constituyen en todo caso un complemento indispensable para la ejecución de la política económica y financiera inherente a la aprobación de los estados de gastos e ingresos que nutren estos presupuestos generales, de conformidad con la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en esta materia".

Siguiendo la sistemática de la nueva ley –y decimos sistemática por deformación profesional, ya que en realidad deberíamos hablar de barullo o "no sistemática"– vamos a fijar nuestra atención en las normas tributarias, especialmente en las de mayor interés notarial.

El título IV de la Ley, referente a la gestión del presupuesto y otras normas en materia tributaria, consta de dos capítulos relativos, respectivamente, a las operaciones financieras y a las medidas tributarias en materia de **tasas** y otras prestaciones patrimoniales de carácter público.

Este título IV comienza con un Capítulo I que lleva por rúbrica "Operaciones financieras". Y concretamente en su artículo 32 (Normas Generales aplicables al endeudamiento del sector público de la comunidad autónoma), que, tras señalar en el párrafo inicial de su número 2 que "El endeudamiento de la comunidad autónoma ha de realizarse de acuerdo con los requisitos y las condiciones señaladas en el artículo 132 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las comunidades autónomas; en el texto refundido de la Ley de finanzas de la comunidad autónoma de las Illes Balears, aprobado por el Decreto legislativo 1/2005, de 24 de junio; así como en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; añade en su párrafo segundo "La intervención de **fedatario público** sólo será preceptiva cuando así lo disponga expresamente la legislación aplicable. En todo caso, no será preceptiva para las operaciones de apelación al crédito privado, ni para operaciones con pagarés".

El Capítulo II, titulado "Medidas tributarias", regula las **tasas** cuya regulación concreta se hace en sus artículos 37 y 38 y disposición Final primera:

— artículo 37 (Reducción de tasas y de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias). Para el año 2015 las cuotas fijas de las tasas y de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias establecidas por norma de rango legal –lo que supone la no inclusión de los impuestos ni los precios públicos– se reducirán un 20 %, salvo las tasas portuarias y tasas sobre el juego, reguladas en la Ley 11/1998, de 14 de diciembre, sobre el régimen específico de tasas de esta C.A.

Tratándose de tasas o prestaciones patrimoniales no tributarias de cuota variable con tipo de gravamen que no sea porcentual, la reducción indicada se entenderá referida al tipo de gravamen específico o gradual aplicable a la base.

Las cifras resultantes de la aplicación del coeficiente referido se redondearán por exceso o por defecto al céntimo más próximo. Cuando la cuantía obtenida tenga una cifra decimal que sea cinco, el redondea se realizará a la cifra superior.

Se exceptúan de la reducción de que se trata las tasas y prestaciones públicas no tributarias cuya cuantía sea objeto de modificación expresa mediante la disposición final primera de la presente Ley, a la que luego nos referiremos,

— artículo 38 (Deducción de la cuota tributaria correspondiente a la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar en casinos de juego). La deducción que se establece es del 100 % de la parte del impuesto sobre actividades económicas satisfecho por el sujeto pasivo por razón del incremento medio del número de mesas de juego, calculada con dos decimales siempre y cuando se cumplan los requisitos siguientes: aumentarse el número medio de mesas de juego instaladas entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2015, respecto del número medio de las instaladas entre las indicadas fechas de 2014; estar al corriente de las obligaciones fiscales y de las demás deudas de derecho público sobre el juego; y mantener la plantilla media de trabajadores, la cual se calculará conforme al artículo 109 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (R.D. Legislativo 4/2004, de 5 de marzo).

La deducción se aplicará en la liquidación trimestral correspondiente al cuarto trimestre del ejercicio, y

— Disposición Final primera (Modificaciones de la Ley 11/1998, de 14 de diciembre, sobre el régimen específico de tasas de esta Comunidad Autónoma). Según consta en el Preámbulo "… además de la reducción general de la cuantía de las tasas vigentes en un 20 % –a que nos hemos referido en los artículos precedentes, añadimos nosotros– con determinadas particularidades en relación con Puertos de las Illes Balears, que en algunos casos superan incluso este porcentaje, se suprime íntegramente la carga tributaria correspondiente a las tasas directamente relacionadas con el inicio de cualquier actividad empresarial o profesional, con excepción únicamente de los grandes establecimientos comerciales, mediante una bonificación del 100 % aplicable a los conceptos correspondientes, de acuerdo con la delimitación que resulta de la actual Ley 11/1998, de 14 de diciembre, sobre el régimen específico de tasas de la comunidad autónoma de las Illes Balears".

De las mil y una modificaciones introducidas en los 43 números de que consta la disposición final a que nos estamos refiriendo, que consideramos de escaso interés notarial y por ello no las recogemos en este trabajo, estimamos que su reducción general y, muy especialmente, la supresión de las tasas relacionadas con el inicio de cualquier actividad empresarial o profesional, son dignas de elogio.

— Disposición Final segunda (Modificaciones del texto refundido de las disposiciones legales…en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por el Decreto legislativo 1/2014, de 6 de Junio.– Las modificaciones introducidas afectan:

A) Al impuesto sobre la renta de las personas físicas. Como nos dice el preámbulo "… se reducen con carácter general los tipos en la escala de gravamen autonómico…, a fin de incrementar la renta disponible; se mejora la reducción inherente a los mínimos personales y familiar de este impuesto aplicable al contribuyente mayor de 65 años, al tercer y siguientes descendientes y a las personas con discapacidad, en un porcentaje del 10 % (esto es, el máximo que permite la legislación estatal) …"

Para el logro de los fines enunciados se modifican las siguientes normas contenidas en el texto refundido de las disposiciones legales de esta Comunidad Autónoma en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2014, de 6 de Junio:

1. Su artículo 1, que contiene la escala autonómica aplicable a la base liquidable general, cuya redacción será:

Base liquidable desde–(Euros)	Cuota íntegra –Euros	Resto de la base liquidable	Tipo aplicable hasta–(%)
0,00	0,00	10.000,00	9,50
10.000,00	950,00	8.000,00	11,75
18.000,00	1.890,00	12.000,00	14,75
30.000,00	3.660,00	18.000,00	17,75
48.000,00	6.855,00	27.000,00	19,25
75.000,00	12.052,50	En adelante	21,50

2. El epígrafe de la sección 2.ª del capítulo I del título I, comprensivo de los artículos 3 a 7, ambos inclusive, y que llevaba por rúbrica “Deducciones autonómicas sobre la cuota íntegra”, queda modificado de la siguiente manera:

— Sección 2.ª. Mínimo personal y familiar,

— Artículo 2 (antes “Deducción autonómica para los declarantes con discapacidad física, psíquica o sensorial o con descendientes con esta condición”), ahora su rúbrica será “Incremento del mínimo personal y familiar” y su contenido: “Se incrementan en un 10 % los importes correspondientes a los mínimos del contribuyentes, por descendientes y por discapacidad, que forman parte del mínimo personal y familiar, siguientes: a) El mínimo del contribuyente mayor de 65 años. b) El mínimo para el tercer descendiente y el mínimo por el cuarto y los siguientes descendientes. c) El mínimo por discapacidad”,

— los artículos 3 a 7 del citado texto refundido pasan a integrarse en una nueva sección del capítulo I del título I, como sección 3.ª, bajo el siguiente epígrafe “Deducciones autonómicas sobre la cuota íntegra”, y que comprende:

a) El artículo 3 (antes "Deducción autonómica por adopción de hijos"), y, cuya rúbrica será "Deducción autonómica por determinadas inversiones de mejora de la sostenibilidad en la vivienda habitual" y en el que se establece una deducción del 10 % del importe de las inversiones de referencia, considerándose como tales: las de instalación de equipos de generación o que permitan utilizar energía renovables (solar, biomasa o geotermia) que reduzcan el consumo de energía convencional térmica o eléctrica del edificio; y las de mejora de las instalaciones que favorezcan al ahorro de agua. El límite máximo por inversión será de 10.000 euros por periodo impositivo; se requerirá el registro de los certificados de eficiencia energética de la vivienda conforme a los dispuesto en el R.D. 235/2013, de 5 de abril; y la base imponible total del contribuyente no podrá superar el importe de 24.000 euros en el caso de tributación individual, ni el de 36.000 euros en el supuesto de tributación conjunta.

b) El artículo 4 (que antes, por el concepto de gastos de libros de texto editados para el desarrollo y la aplicación de los curriculums correspondientes al segundo ciclo de educación infantil, primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y a los ciclos formativos de formación profesional específica, establecía una deducción del 100 % de los impuestos destinados a esos gastos por cada hijo que curse estos estudios con los límites que son de ver en dicha anterior redacción) y que a partir de 1 de enero de 2015 se titula "deducción autonómica por gastos de adquisición de libros de texto" y en cuyas letra a) y b) del apartado 1 se disponen las siguientes deducciones: a) En las declaraciones conjuntas, para los contribuyentes para los cuales la cantidad que resulta de la base imponible total sea hasta 10.000 euros, 200 euros por hijo; entre 10.000,01 euros y 20.000 euros, 100 euros por hijo; y entre 20.000,01 euros y 25.000 euros, 75 euros por hijo. b) En las declaraciones individuales las cantidades serán: hasta 6.500 euros, 100 euros por hijo; entre 6.500,01 euros y 10.000 euros, 75 euros por hijo; y entre 10.000,01 euros y 12.500 euros, 50 euros por hijo.

3. El artículo 4, al que acabamos de referirnos, que en su párrafo segundo establecía que para poderse aplicar la deducción que hemos expuesto era imprescindible que los hijos den derecho al mínimo por descendientes regulado en el artículo 58 de la Ley 35/2006,

se le añade un segundo párrafo que tiene en cuenta que los hijos convivan con ambos padres y estos optasen por la tributación individual, en cuyo caso la deducción deberá prorratearse por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos.

4. Se modifica el apartado 3 del repetido artículo 4, pues si bien se mantienen las mismas cantidades (25.000 euros en caso de tributación conjunta y 12.500 euros en el de tributación individual), se añade la necesidad de su justificación documental mediante las facturas o los correspondientes documentos equivalentes, que habrán de mantenerse a disposición de la Administración tributaria (¡cómo, no!).

5. Se añade un nuevo artículo 4 bis con la siguiente redacción: "Deducción autonómica por gastos de aprendizaje extraescolar de idiomas extranjeros. 1. Por el concepto de gastos en el aprendizaje extraescolar de idiomas extranjeros por los hijos que cursan los estudios a que se refiere el artículo 4 anterior, se deducirá el 15 % de los importes destinados a dicho aprendizaje, con el límite de 100 euros por hijo.– 2. A efectos de la aplicación de esta deducción, sólo se podrán tener en cuenta los hijos que, a su vez, den derecho al mínimo por descendientes regulado en el artículo 58 de la Ley 35/2006.– Si los hijos conviven con ambos padres y éstos optan por la tributación individual, la deducción se prorrateará por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos.– 3. En todo caso, la aplicación de esta deducción exigirá que la base imponible total no supere el importe de 25.000 euros en el caso de tributación conjunta y de 12.500 euros en el de tributación individual, y también su justificación documental, mediante las facturas o los correspondientes documentos equivalentes, que habrán de mantenerse a disposición de la Administración tributaria (volvemos a decir: ¡cómo, no!).

6. Modificación del artículo 5 (antes "Deducción autonómica para los contribuyentes residentes en las Illes Balears de 65 o más años", ahora "Deducción autonómica por donaciones a determinadas entidades destinadas a la investigación, el desarrollo científico o tecnológico, o a la innovación").– La deducción es del 15 % de las donaciones dinerarias, hasta el límite del 10 % de la cuota íntegra autonómica, cuyo destino sea financiar las actividades que figuran en el título y se hagan en favor de cualquiera de las siguientes en-

tidades: la Administración de la Comunidad Autónoma, la Universidad de las Illes o las entidades sin finalidad lucrativa a que hacen referencia los artículos 2 y 3 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre. La efectividad de estas donaciones deberá acreditarse mediante un certificado de la entidad donataria (¡vaya seguridad!).

7.Y en el artículo 6 (cuya rúbrica no se modifica y es la de "Deducción autonómica en concepto de gastos en primas de seguros individuales de salud") se mantiene, asimismo, la deducción del 15 %, si bien si se modifica la letra c) de su apartado 2, al precisar que para poderse aplicar la misma la base imponible total del contribuyente no podrá superar la cuantía de 12.500 euros (antes 12.000 euros) en caso de tributación individual y 25.000 euros (no se altera esta cuantía) en caso de tributación conjunta. Tampoco se modifican las cuantías en caso de familias numerosas, que eran y siguen siendo de 24.000 euros en caso de tributación individual y 36.000 euros en el de tributación conjunta.

B) Al impuesto sobre el patrimonio: En este impuesto, nos dice el preámbulo que "… se eleva el mínimo exento hasta los 800.000 euros y se mantiene la actual tarifa, ya deflactada un 2 % respecto de la tarifa general prevista inicialmente en la legislación estatal".

La modificación la encontramos en el artículo 8 del ya mentado texto refundido de las disposiciones legales de esta Comunidad Autónoma en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2014, de 6 de junio. Artículo que lleva por rúbrica el de "Mínimo exento" y que constituye el primero de los artículos del Capítulo II de dicho texto refundido. Artículo en el que se establece que "La base imponible de los sujetos pasivos por obligación personal de contribuir que residan habitualmente en las Illes Balears, se reducirá, en concepto de mínimo exento, en el importe de 800.000 euros" (antes eran 700.000 euros).

C) El impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Según el preámbulo "… se profundiza en la simplificación y la reducción de los tipos aplicables a la transmisión onerosa de vehículos, entre un 20 % y un 100 % del gravamen, según la antigüedad del vehículo".

La simplificación no la encontramos –debe ser más profunda–, no así con los tipos que aparecen en el artículo 14 del repetido texto refundido (incluido en el Sección 1.ª del Capítulo III de dicho texto), según el cual la cuota tributaria del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados que se devengue en el indicado caso de transmisión onerosa de dichos vehículos, será la que resulte de la aplicación de los siguientes tipos de gravamen específicos, fijados en función del tipo de vehículo y del cubicaje del motor:

Tipo de vehículo	**Cubicaje en centímetros cúbicos**	**Tipo de gravamen específico en euros**
	Hasta 50 cc Más de 50 cc y hasta 125 cc	0 40
Ciclomotores, motocicletas y quads	Más de 125 cc y hasta 500 cc	96
	Más de 500 cc y hasta 750 cc	144
	Más de 750 cc y hasta 1.500 cc	176
	Más de 1.500 cc	208
Automóviles y auto-caravanas, vehículos mixtos y resto de vehículos	Hasta 1200 cc	88
	Más de 1200 cc y hasta 1.400 cc	116
	Más de 1400 cc y hasta 1.600 cc	128
	Más de 1600 cc y hasta 2.000 cc	304
	Más de 2000 cc y hasta 2.500 cc	464
	Más de 2.500 cc	1.024

El gravamen resultante del cuadro anterior se reducirá en un 20 % si el vehículo tiene una antigüedad superior a cinco años e inferior a diez; reducción que va aumentando según la antigüedad del vehículo a contar desde la fecha de la primera matriculación en España (50 % más de 10 años y menos de 25; y un 100 % si es superior a los veinticinco años).

No entiendo mucho como se reduce este impuesto en todos los casos dada la polución que producen y los atascos en las carreterucchas de que disfrutamos.

D) <u>En el impuesto sobre sucesiones y donaciones:</u> "... se reduce entre un 15 % y un 20 % la carga tributaria inherente a los coeficientes multiplicadores aplicables en las sucesiones para

los sujetos pasivos de los grupos III y IV, manteniendo la carga tributaria actual, mínima, de los grupos I y II. Asimismo se bonifican las deducciones inherentes a la constitución de pensiones de alimentos vitalicias a cambio de la cesión de bienes, para determinados colectivos de los grupos III y IV, como las personas mayores de 65 años y las personas con discapacidad". Así lo leemos en el preámbulo; extraño nos resulta que en el apartado 1 del artículo 34 del tantas veces citado texto refundido aparezcan dos grupos III (uno, comprensivo de colaterales de segundo y tercer grado por consanguinidad, ascendientes y descendientes por afinidad, y otro, que abarca a los colaterales de segundo y tercer grado por afinidad) y que los grupos I, II y IV figuren sin los parientes que lo integran. Obsérvese como la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, al tratar de las reducciones en su artículo 20 solamente se refiere a cuatro grupos: I (Adquisiciones por descendientes y adoptados menores de 21 años), II (descendientes y adoptados de 21 o más años, cónyuges, ascendientes y adoptantes), III (colaterales de segundo y tercer grado, ascendientes y descendientes por afinidad) y IV (colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños). No lo entiendo, o es una errata o una obcecación personal.

Ciñéndonos a lo publicado:

1. Apartado 1 del artículo 34, donde se establece que la cuota íntegra corregida se obtendrá aplicando a la cuota íntegra el coeficiente multiplicador que corresponda de los que se indican a continuación, en función de la cuantía del patrimonio preexistente del sujeto pasivo y del parentesco con el transmitente, de acuerdo con las siguientes cuantías y grupos:

Patrimonio preexistente (euros)	Grupos I y II	Grupo III. Colaterales de segundo y tercer grado por consanguinidad, ascendientes y descendientes por afinidad	Grupo III. Colaterales de segundo y tercer grado por afinidad	Grupo IV
Desde 0 y hasta 400.000	1,0000	1,2706	1,6575	1,7000
A partir de 400.000 y hasta 2.000.000	1,0500	1,3341	1,7000	1,7850
A partir de 2.000.000 y hasta 4.000.000	1,1000	1,3977	1,7850	1,8700
Más de 4.000.000	1,2000	1,5247	1,9550	2,0400

2. El artículo 53, del más que reiterado texto refundido, referido a la cuota bonificada en materia de adquisiciones lucrativas entre vivos, queda modificado de la siguiente manera: En las adquisiciones lucrativas entre vivos, la cuota bonificada será el resultado de aplicar sobre la cuota íntegra corregida las bonificaciones estatales que procedan y, posteriormente, las establecidas en esta subsección". Se refiere a la subsección 3 (Deuda tributaria) de la Sección 2 (Adquisiciones lucrativas entre vivos) del Capítulo IV (Impuesto sobre sucesiones y donaciones).

3. Se añade a la citada Sección 3 un nuevo artículo 53 bis, en el que se regula la "Bonificación autonómica por las donaciones resultantes de cesiones de bienes inmuebles a cambio de pensiones de alimentos vitalicias", disponiendo que en las donaciones que, de acuerdo con el artículo 14.6 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados ((Real decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre), resulten del exceso del valor del bien inmueble que se ceda respecto de la pensión de alimentos vitalicia que el cesionario del bien constituya a favor del cedente, se aplicarán las siguientes bonificaciones sobre la cuota íntegra: el 70 % cuando el parentesco de la persona cesionaria del bien, respecto de la persona cedente, sea uno de los

que integren el grupo III, y el 75 % cuando el parentesco sea de los integrantes del grupo IV.

Para aplicar estas bonificaciones se exige que se cumplan los siguientes requisitos: el parentesco de anterior referencia; que el cedente del bien sea mayor de 65 años o tenga un grado de minusvalía (física, psíquica o sensorial) igual o superior al 65 %; que se trate de la primera cesión para el cedente a cambio de una pensión de alimentos vitalicia; que el bien que se cede tenga un valor igual o inferior a 300.000 euros; y que dicho bien se mantenga en el patrimonio del cesionario durante al menos diez años, excepto que se produzca el fallecimiento antes. El incumplimiento de esta permanencia supondrá la pérdida de la bonificación, debiendo incluirse en la declaración del impuesto correspondiente la parte que se haya dejado de pagar, junto con los intereses de demora.

4. Se añade, asimismo en la repetida Sección 3, el artículo 53 ter conforme al cual en las adquisiciones lucrativas entre vivos, la cuota líquida será el resultado de aplicar sobre la cuota bonificada las deducciones estatales que procedan y, posteriormente, las establecidas en esta subsección.

Terminamos aquí el repaso que hemos hecho de las dos Leyes de Presupuestos Generales que encabezan esta Circular. Especialmente en la Ley de las Illes Balears encontramos muchas reducciones en los impuestos existentes, lo cual nos llena de satisfacción y esperanza.

El trabajo ha resultado sumamente pesado y su lectura – si hay alguien valiente que se atreva a ello- será aún más pesada, por lo que, modestamente, recomiendo el uso de alguna que otra cápsula de Omeprazol por facilitar su digestión.

Hasta el año que viene, si Dios nos deja llegar.

RECENSIONES

RECENSIÓN AL LIBRO "SOBRE EL DERECHO DE SOCIEDADES DE NUESTRO TIEMPO. CRISIS ECONÓMICA Y ORDENAMIENTO SOCIETARIO"

De Embid Irujo, J. M.

Alfredo Sánchez Cerezo
Doctorando en Derecho Mercantil
Universitat Jaume I

El libro sobre el que versa el presente análisis ha sido escrito por el Profesor Dr. D. José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Valencia.

La obra titulada "Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario" tiene un total de 158 páginas, divididas éstas en siete capítulos precedidos de una presentación. El contenido de la obra, habida cuenta de la sistemática utilizada por el autor, puede dividirse en cuatro bloques: el primer bloque, integrado por el primer capítulo, trata de introducirnos en el ámbito de la crisis económica e indicar sucintamente lo que ésta ha supuesto para el Derecho. El segundo bloque, integrado por los capítulos segundo y tercero, trata de estudiar la formación del Derecho de sociedades contemporáneo, indicando las circunstancias internas y externas que han contribuido a la alteración del mismo. En el tercer bloque, integrado en este caso por los capítulos cuarto, quinto y sexto, el autor decide enfocar su atención en los cambios ocurridos en aspectos concretos del Derecho de sociedades, como son el gobierno corporativo, las modificaciones estructurales y la tipología societaria. El cuarto y último bloque vendría destinado a las conclusiones, tratadas en el capítulo séptimo.

En la presentación del libro, cuyo contenido es de gran interés, el autor, después de advertirnos de la existencia de los múltiples cambios que ha sufrido el Derecho de sociedades en nuestro país, sobre todo, después de la crisis económica, nos indica el objetivo de la obra. Dicho objetivo no es otro que la intención de hacer entender al lector el Derecho de sociedades, ya que debido a la promulgación exhaustiva, heterogénea y antisistemática de normas "de emergencia" se ha convertido en un complicado entramado. Si bien es cierto que los cambios operados en este Derecho eran necesa-

rios por exigencias de la situación extraordinaria en la que se encontraba (y encuentra) el país, también es cierto que se realizaron sin la necesaria claridad y precisión.

En el primer bloque, integrado por el capítulo primero de la obra titulado "Crisis económica y ordenamiento jurídico", el autor determina las repercusiones que la crisis económica ha tenido para el Derecho. Así, indica que el desconocimiento de los ciudadanos de lo que suponía realmente la crisis provocó el surgimiento de una corriente de pensamiento economicista con la intención de explicar tales extremos. Esta corriente se introdujo en la vida diaria y, consecuentemente, en el mundo del Derecho, ocasionando cambios en el mismo. Ha surgido, por tanto, un Derecho de la crisis y, como tal, este Derecho surgido de situaciones excepcionales debería ser derogado una vez transcurran éstas. Sin embargo, dice el autor, se están modificando algunos de los pilares de nuestra materia, por lo que es posible que algunos cambios sean permanentes, cambios no sólo debidos a la situación de crisis, sino también a una concurrencia de circunstancias que los han provocado.

El siguiente bloque integra el estudio de los elementos que han propiciado la alteración del Derecho de sociedades, así, en el capítulo segundo el autor se dedica a plasmar los elementos internos del Derecho de sociedades y en el tercero los elementos externos. Entrando ya en el estudio del capítulo segundo titulado "La formación del Derecho de sociedades contemporáneo (I): La "alteración" del Derecho de sociedades clásico", el autor indica que el Derecho de sociedades, pese a regular un sector de la realidad sujeto a distintos cambios, goza de una gran estabilidad. Esto es debido en gran medida a la promulgación de normas especiales, hecho que le ha permitido mantener estables sus normas más importantes como, por ejemplo, el Código de comercio existiendo, por tanto en nuestro ordenamiento, un régimen común, por un lado, y leyes especiales, por otro. Al margen de lo anterior, conforme señala el autor, en el último tercio del pasado siglo se han presentado ciertos elementos que atentan contra la estabilidad del Derecho de sociedades. Tal y como observamos en la obra, estos elementos son cuatro: la introducción de tipos nuevos o modificación de los existentes, conexiones del Derecho de sociedades con otras disciplinas que afectan a su independencia, la absorción de ciertas instituciones no reguladas por otras materias y, finalmente, la adecuación del Derecho de sociedades al Derecho de la Unión Europea. El autor señala, finalmente, que la inestabilidad provocada por estos elementos contribuye al éxito de la simplificación.

En el capítulo tercero titulado "La formación del Derecho de sociedades contemporáneo (II): Los factores externos" se pretenden analizar los elementos de alteración externos del Derecho de sociedades, sin embargo, expone el autor, que dada la imposibilidad de atender a todos ellos, el estudio se centrará solamente en dos: el análisis económico del Derecho de sociedades y la modernización del mismo. En cuanto al primero, el autor nos indica la tendencia a la autorregulación de los partidarios de esta corriente, con la pretensión de reducir el papel del legislador, pues el objeto del De-

recho para esta corriente se basa en la eficiencia, abogando por el carácter dispositivo de las normas en aras a facilitar las relaciones de los sujetos que intervienen en el proceso productivo. A través de semejante punto de vista, el autor llega a la conclusión de que la reducción del papel del legislador es, cuando menos, difícil, pues el momento que estamos viviendo provoca que sea indispensable la existencia de normas reguladoras de mercados y de operadores jurídicos. En cuanto a la modernización del Derecho de sociedades, segundo elemento externo de alteración examinado en la obra, el autor entiende que es un proceso constante en aras al buen funcionamiento de las empresas en el que el legislador juega un papel fundamental y cuya finalidad consiste en un cambio legislativo. En España, sigue indicando, la modernización transcurre mas bien en el ámbito doctrinal, pues el legislador suele utilizar el término perfeccionamiento al hacer referencia a su actuar, sin embargo, concluye, podríamos considerar la modernización como un proceso iniciado hace años cuyo fenómeno más importante es el Anteproyecto del Código Mercantil.

El siguiente bloque, integrado por los capítulos cuarto, quinto y sexto, tiene como objetivo centrar la atención en el Derecho de las sociedades de capital para determinar los efectos que la crisis ha tenido sobre el mismo y extraer los cambios ocurridos en este ámbito. Para conseguir su objetivo, el autor examina tres elementos concurrentes en estas sociedades: el gobierno corporativo, las modificaciones estructurales y la tipología societaria. No debe considerarse que tales elementos hayan sido escogidos al azar, pues como él mismo explica, se trata de tres temas afectados significativamente por la crisis económica.

Los dos primeros elementos vienen examinados en el capítulo cuarto de la obra, titulado "Aspectos concretos del Derecho de Sociedades en el marco de la crisis económica (I). Gobierno corporativo y modificaciones estructurales". En cuanto al gobierno corporativo, el autor afirma la autonomía de la materia respecto de la vertiente reguladora, pues indica que tradicionalmente ha sido poco tratada por el legislador, por lo que son frecuentes en este ámbito los códigos de conducta, esto es, códigos que no vinculan a las sociedades pudiendo éstas apartarse de lo previsto en los mismos con la mera obligación de explicar el porqué de su actuar. Sin embargo, continúa afirmando, existen conexiones entre estos códigos y la normativa, por lo que en dicho ámbito sería necesaria tanto la autorregulación como la vertiente legislativa. Con el estallido de la crisis, expone el autor, no se produjeron intervenciones significativas para paliar los defectos que el carácter no vinculante de estos códigos pudiera ocasionar, pese a que el debate se centró en la posibilidad de conservar o no este carácter vinculante, aún no se ha llegado a una conclusión, aunque la Comisión de la Unión Europea ha anunciado la necesidad de revisar la ordenación del gobierno corporativo. En cuanto a las modificaciones estructurales, el autor dispone que tradicionalmente era necesario llevarlas a cabo a través del procedimiento establecido legalmente para ello, siendo éste largo, complejo, costoso y regulado con normas imperativas. Esto tiene su razón de ser, indica el autor, en que

en el Derecho de sociedades clásico se abogaba por la estabilidad societaria, recurriéndose a estas modificaciones sólo en casos extraordinarios, sin embargo, la realidad ha cambiado y la crisis económica ha traído consigo determinados problemas que las empresas intentan paliar mediante este tipo de modificaciones, por lo que hoy en día se producen constantemente. Esto ha provocado críticas a la regulación de las modificaciones, entrando en juego la simplificación, por un lado y, por otro, la diversificación de las figuras existentes. En España, concluye el autor, tras la promulgación de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (LMESM) se da entrada a la nueva y moderna concepción de estas modificaciones, ampliándolas, cambiando el procedimiento para llevarlas a cabo y diversificando las modificaciones estructurales básicas, dando lugar a tipos simplificados.

Los capítulos quinto y sexto vienen destinados al tratamiento de la tipología societaria. En el quinto capítulo, tal y como se desprende del título del mismo "Aspectos concretos del Derecho de sociedades en el marco de la crisis económica (II). La renovación de la tipología societaria: Aspectos generales", el autor trata los aspectos generales de este elemento empezando por el concepto, del que aporta tres sentidos: estricto (enumeración de los tipos), intermedio (contenido de los tipos) y lato (diferencias en la regulación de los tipos). Lo realmente relevante respecto de los tres sentidos es el papel del legislador, pues se reduce desde el primero hasta el tercero, esto es, el legislador gozaría de gran presencia en el primero y de un papel más diluido en el tercero, siendo la autonomía de la voluntad en este caso la que tendría un mayor relieve. El sentido intermedio, como su propio nombre indica, estaría situado entre ambos. El autor considera que el mínimo común denominador de estos sentidos consiste en el grado de personalización de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. En cuanto a los cambios producidos, en esta época, indica el autor, las novedades de mayor relevancia se han producido en el sentido intermedio, esto es, en el marco de los estatutos sociales, sin embargo, concluye, en España, el papel de la libertad contractual no ha sido muy relevante en este campo, probablemente por la interpretación del art. 122 Ley de Sociedades de Capital y por la rigidez de la que viene dotado el Registro Mercantil.

Los cambios producidos en este campo se tratan a lo largo del capítulo sexto, titulado "Aspectos concretos del Derecho de sociedades en el marco de la crisis económica (III). La renovación de la tipología societaria: Algunos ejemplos particulares". Se indica en el mismo que se está produciendo una ardua renovación en el ámbito de la tipología societaria, pues se están aumentando los tipos (sentido estricto) además de introducirse variedades de los tipos ya existentes (sentido intermedio). Sin embargo, esta renovación tiene al legislador como protagonista, pues la no intervención del mismo habría acarreado grandes riesgos. En la Unión Europea se han creado nuevos tipos europeos como la Sociedad Anónima Europea, Sociedad Cooperativa Europea o la Sociedad Privada Europea. En Derecho español, sin embargo, la innovación no ha tenido gran alcance, pues el cambio más

relevante ha sido la creación de la Sociedad Limitada de Nueva Empresa, considerada, más que un tipo nuevo, una variación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada clásica que, pese a lo que se podía pensar, no ha tenido mucho éxito. Al margen de lo anterior, el autor expone el estudio de dos hechos que versan sobre la cuestión tipológica: por un lado, la posibilidad prevista en la Ley de Sociedades de Capital de constitución de sociedades por vía telemática, por otro, la proliferación de variaciones tipológicas de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Ambos tienen en común el objetivo, siendo éste facilitar el acceso rápido al mercado de pequeñas y medianas empresas, sin embargo, en ambos casos se produce la merma de la libertad contractual.

Finalmente, el autor procede a determinar las conclusiones extraídas del estudio realizado en la obra, para lo que se sirve de las líneas del capítulo séptimo y último de la obra, titulado "¿Hacia un nuevo Derecho de sociedades? (A modo de conclusión)" en el mismo expone los cambios que, como hemos podido observar, la crisis ha implantado en el Derecho. Estos son, por un lado, las constantes reformas y, por otro, el aumento del protagonismo del legislador. Estas características, como se ha observado, concurren en los tres elementos estudiados: gobierno corporativo, modificaciones estructurales y tipología societaria. Respecto de la evolución del Derecho de sociedades, concluye el autor determinando la existencia de un Derecho de sociedades a varias velocidades, indicando que esto podría acarrear una difícil comprensión del mismo, por lo que es necesario dar coherencia a nuestro Derecho reconstruyendo la disciplina aunque esto, necesariamente, conlleve el recurso a disciplinas no jurídicas.

En conclusión, la presente obra contiene un estudio pormenorizado del que se tratan de extraer, principalmente, los cambios acaecidos en el Derecho de sociedades con razón de la crisis. Para ello el autor profundiza en el estudio, por un lado, de la crisis económica y, por otro, de los elementos del Derecho de sociedades que han tenido una mayor afectación como consecuencia de la misma, realizando valiosas aportaciones siempre objetivas de la situación e instructivas conclusiones a tener en cuenta en el ámbito jurídico. Consideramos la obra de interés para todo jurista, tanto profesionales ejercientes como estudiosos e investigadores, debido a su indudable valor académico y doctrinal, por tratar, además, un tema original y de rabiosa actualidad en el ámbito jurídico, aportando una información necesaria, útil y totalmente actualizada sobre uno de los temas de mayor relieve en el ámbito del Derecho hoy en día.

RECENSIÓN AL LIBRO "LAS PAREJAS DE HECHO Y SU MARCO LEGAL"

De Serrano Chamorro, M. E.
vol. de 347 pp,
col. Familia y Derecho,
ed. Reus, Madrid, 2014

José María de la Cuesta Saenz
Catedrático de Derecho Civil

Tiene el lector ante sus ojos una nueva contribución al estudio del tema, ya muy frecuentado desde fines del pasado siglo, de las parejas de hecho, lo que no significa que se trate de una mera revisión, porque lo cierto es que la materia dista mucho de estar agotada para el estudio y el debate.

Y buena prueba de este aserto es precisamente la monografía que nos ocupa, cuya autora en la introducción indica unos objetivos nuevos que pueden resumirse en la prevención de los efectos indeseables que puede acarrear la falta de previsión de los interesados dentro del marco legal que a las parejas de hecho ofrece el ordenamiento jurídicos español, dada la imposibilidad de equiparación de estas situaciones al matrimonio a efectos de analogía *legis*..

Parte en efecto la autora de la toma de razón de un progresivo incremento de la práctica de la convivencia *more uxorio* fuera del estado matrimonial, como un fenómeno ajeno al derecho en su etiología, es decir, como algo enteramente ajeno a la eficacia de las normas, pensamiento éste que ciertamente descarga al jurista de ulteriores indagaciones que serían más propias de sociólogos o de historiadores de las mentalidades.

Creo que este punto de partida, aunque discutible, no empaña en absoluto el logro de los objetivos del trabajo. En efecto, se puede pensar que el modo de interpretar el principio de igualdad en la segunda mitad del siglo xx, desembocó en reformas legislativas que encaminadas a borrar discriminaciones entre los hijos, terminaron por privar al matrimonio de buena parte de sus efectos. Es decir, el cambio de mentalidad sin duda existente, actuó sobre la realidad a través de modificaciones legales que reducían la eficacia del matrimonio, y lo ha seguido haciendo desde otros puntos de vista.

Pero el jurista actual no tiene otra referencia que el vigente ordenamiento jurídico y la realidad social que le rodea, que la autora entiende y explica

perfectamente en su introducción, y en tal circunstancia se trata de prevenir los conflictos y buscar, cuando han sido inevitables, las soluciones más justas y equilibradas, todo lo cual no es una tarea fácil en el ordenamiento jurídico español.

La obra se estructura en dos partes, de las que la Primera, partiendo de los antecedentes históricos de la regulación, y del planteamiento de la cuestión desde la entrada en vigor de la Constitución alcanza enseguida, con apoyo legal y jurisprudencial, una certeza sobre la que proseguir su indagación, que no es otra que la de que la Constitución consagra el derecho de contraer matrimonio y el derecho de no contraerlo, lo que cierra la posibilidad de acudir sin más a las normas reguladoras de los efectos del matrimonio para buscar remedio en ellas a los conflictos entre los convivientes no casados.

Otra certeza asumida con igual fundamento se refiere a la abundante legislación autonómica sobre parejas de hecho, y es que buena parte de tan gran cúmulo de normas carece de suficiente fundamento en el marco de competencias legislativas que brinda la Constitución y que reflejan los Estatutos de autonomía.

Con tales premisas resulta inevitable concluir con la autora que resultará muchas veces indispensable procurar una regulación convencional que colme el vacío que puede resultar de los límites que de que adolece la aplicación analógica de las normas reguladoras de los efectos del matrimonio resultantes tanto de la jurisprudencia recaída en el orden civil, como de los pronunciamientos del Tribunal constitucional que la autora estudia.

En esta Primera Parte, la autora sienta también las bases conceptuales de su trabajo, aquilatando el concepto mismo de pareja de hecho, y enumerando sus caracteres, como paso previo al estudio crítico y exhaustivo de la las leyes autonómicas existentes, para terminar esta Parte Primera con el tratamiento de la regulación convencional, sus límites, su naturaleza, sus rasgos característicos y sus requisitos, incluidos los formales, así como sus efectos en orden a la prevención y resolución de conflictos.

La Parte Segunda, notablemente diferente en cuanto al método, versa sobre las pretensiones más frecuentes de los convivientes, pretensiones éstas relativas tanto a la esfera personal, como en mucho mayor medida a la esfera patrimonial, y sobre todo ocasionadas por la ruptura de la convivencia.

Respecto de las pretensiones relativas a la esfera personal, se trata como es lógico casi exclusivamente de pretensiones referentes a relaciones paternofiliales con hijos comunes tanto por naturaleza como por adopción, en los que se plantea la aplicabilidad de los artículos 92, 93, 94 y 96 del Código civil.

Ciertamente en esta materia los límites de la autonomía privada están muy presentes por la prohibición de los pactos sobre alimentos futuros.

En lo que atañe a pretensiones de corte patrimonial la escasa posibilidad de aplicación analógica de preceptos referentes al matrimonio, condujo enseguida al planteamiento subsidiario de pretensiones con fundamento en

principios generales, aspecto éste en el que destaca sobre todos la pretensión basada en el enriquecimiento sin causa.

Otra conjunto de pretensiones recurrentes se refieren a aplicación analógica de regímenes económico matrimoniales, y la posible formación de comunidades de bienes o sociedades, materia ésta en la que la casuística resuelta por los Tribunales ha sido muy rica y es objeto de sistematización y estudio por la autora.

La pretensión de compensación patrimonial por ruptura de la convivencia fue en pocas ocasiones resuelta mediante aplicación analógica del artículo 97 del Código civil, mientras que sí se admite que pueda reunir las exigencias que han de concurrir para que se aprecie enriquecimiento sin causa, lo que resulta extensible a la ruptura ocasionada por el fallecimiento de un conviviente, en forma de enriquecimiento positivo o de indirecto *damnum cessans,* aspectos ambos que ofrecen amplio campo a soluciones convencionales o testamentarias.

La vivienda habitual es también ocasión de numerosas pretensiones, dentro una variada casuística en la que los Tribunales han aplicado analógicamente el artículo 96 del Código civil, tratándose de vivienda en propiedad, pero no así el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que podría tener el miso fundamento a juicio de la autora.

Cierra la obra un elenco de conclusiones que resumen las propuestas de la autora, así como un amplio índice de sentencias de la justicia ordinaria y de la justicia constitucional que se comentan a la lo largo de la obra, y un completo índice de la bibliografía citada.

En suma, estamos ante una monografía útil para juristas prácticos, en cuanto a que la autora escudriña las líneas jurisprudenciales de interés para la materia, y formula propuestas relativas a soluciones convencionales de los conflictos propugnadas por la autora, y no carente de interés para los teóricos por cuanto supone un intento original de sistematización, de unas cuestiones bastante difíciles de reducir a sistema.

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

LA PREPARACIÓN Y LA EJECUCIÓN DE LA AMPLIACIÓN DE CAPITAL

El pago anticipado a cuenta de un aumento futuro y otras formas jurídicas de financiación en las sociedades de capital. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1.ª) de 3 de septiembre de 2014 (núm. 446) (*)

Luis Hernando Cebriá
Profesor Ayudante doctor de Derecho Mercantil
(acreditado a Profesor Titular)
Universidad de Valencia

Palabras clave: Aumento de capital, pago anticipado, cantidades a cuenta, responsabilidad de los administradores sociales.

Resumen Fallo: Reclamación de la cantidad entregada a cuenta, con base en un "pacto de socios", para un aumento futuro del capital de la sociedad, que fue empleada para un fin distinto, y reclamación de responsabilidad solidaria de los administradores sociales.

Fuente: Id Cendoj: 28079110012014100446.

Disposiciones legales aplicadas: 133.1, 134 y 135 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas (TRLSA) y 69.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL), actuales artículos 236 a 241 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley

(*) Trabajo integrado en el proyecto de investigación de excelencia "La renovación tipológica en el Derecho de sociedades contemporáneo" (DER2013-44438P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que es investigador principal el Prof. Dr. D. José Miguel Embid Irujo.

de sociedades de capital (TRLSC); 77 LSRL, actual 310 TRLSC; 7 LSA, actual 29 TRLSC; 312 TRLSC; y 1256 y 1895 del Código Civil.

A) HECHOS

"Inversiones Dogarmater, SL" concertó con "Teruel Termal Desarrollos, SL" un llamado "Pacto de Socios" el día 24 de julio de 2007 por el cual la primera se comprometía a entregar determinadas cantidades a cuenta de aumentos futuros de capital de la segunda, a fin de dotar a la entidad de la suficiente capacidad financiera para participar en un proyecto urbanístico que pasaba por la adquisición de unos terrenos a "Teruel Termal, SL", que era a la sazón socio de "Teruel Termal Desarrollos, SL". Para ello, en la cláusula 1 del Pacto se señaló que, a fin de dar entrada a los nuevos socios, "Teruel Termal, SL" no concurriría a la Junta que habría de acordar la ampliación de capital.

En fecha 28 de septiembre de 2007 "Inversiones Dogarmater, SL", en cumplimiento de lo acordado, entregó una primera cantidad correspondiente al diez por ciento de las participaciones que se había comprometido a asumir en la ampliación de capital de "Teruel Termal Desarrollos, SL". Por su parte, esta última mercantil se obligaba a llevar a cabo una ampliación de capital social en cuatro fases, la primera de las cuales se habría de corresponder con el pago efectuado. Sin embargo, lejos de ello, los administradores de "Teruel Termal Desarrollos, SL" decidieron utilizar las cantidades entregadas en forma de préstamo a la sociedad del grupo "Teruel Termal, SL". Los administradores justifican tal proceder en la existencia de un "negocio simulado", por cuanto el pacto ocultaba el verdadero negocio, que era que "Inversiones Dogarmater, SL" participara en un proyecto de desarrollo urbanístico que pasaba por la adquisición de unos terrenos a "Teruel Termal, SL", de modo que dicho importe sirvió para atender el pago del primer plazo acordado para la compra de tales terrenos. Añaden que, ante la crisis del mercado inmobiliario, el "interés social" no aconsejaba la ampliación de capital, por lo que conviene esperar a su término para desarrollar el proyecto urbanístico y acordar la ampliación de capital social proyectada.

Ante esta posición de los administradores de "Teruel Termal Desarrollos, SL", que además alegan que el pacto no vinculaba a la mercantil del grupo "Teruel Termal, SL", "Inversiones Dogarmater, SL" acciona la devolución del importe que, en cumplimiento del pacto alcanzado, entregó a "Teruel Termal Desarrollos, SL" como primer pago en previsión de la asunción de participaciones en la ampliación de capital. También reclama la responsabilidad solidaria de sus administradores por incumplimiento de la obligación de llevar a cabo la ampliación del capital social, omisión que le causa un perjuicio económico por el destino de tales fondos a la concesión de un préstamo a una sociedad del grupo. Así, ni el aumento llegó nunca a tener lugar ni se devolvió la cantidad invertida para el proyectado aumento del capital, que debía desarrollarse en cuatro fases y con renuncia de los socios a sus derechos de preferencia.

B) DOCTRINA

1. Las cantidades a cuenta de un futuro aumento de capital suponen una inversión de la secuencia temporal típica del aumento de capital, al efectuarse con anterioridad el desembolso, que normalmente es un acto de ejecución, a la adopción del acuerdo social. En caso de que el aumento no se formalice, los desembolsos anticipados no pueden seguir en el patrimonio social y deben ser restituidos de inmediato al aportante, por constituir una aportación sin causa.

2. El incumplimiento de la obligación asumida de convocar la Junta para que ésta trate el aumento del capital y el destino de los fondos a financiar una operación de una sociedad del grupo llevan a que este "grupo" mantenga en su poder la cantidad entregada. Las alegaciones del "interés social" para justificar esta conducta, sin embargo, dejan al arbitrio de los administradores el cumplimiento de lo pactado con la sociedad aportante. En todo caso, si consideraban que las condiciones del mercado inmobiliario no eran las más favorables, debían haber devuelto las cantidades recibidas y no aplicarlas a finalidades distintas a las acordadas.

3. La acción u omisión originadora de responsabilidad no debe suponer necesariamente una violación de una norma legal concreta,

pues basta que el administrador no actúe con la diligencia exigible de acuerdo con la que corresponde a un ordenado empresario y conforme a las exigencias de la buena fe. En relación con lo anterior, los administradores no convocan la Junta de socios (omisión) para cumplir la ampliación de capital social acordada y dan un destino al dinero aportado que se aparta de la finalidad concreta por la que se entregó a la sociedad (acción). Cumplida la obligación de efectuar los pagos anticipados, los administradores debían de cumplir con la suya de convocar la Junta de socios, con presentación de la oportuna propuesta de aumento del capital social, y, en su caso, de exclusión del derecho de asunción preferente.

C) COMENTARIO

1. El llamado "pactos de socios". En el supuesto planteado "Inversiones Dogarmater, SL" ejercitó una acción de reclamación contra "Teruel Termal Desarrollos, S.L." por incumplimiento de las obligaciones asumidas en el "Pacto de Socios" suscrito, entre otros, por ambas entidades el 24 de julio de 2007. En primer lugar, cabe cuestionar la existencia de un específico "pacto entre socios" entre un tercero, cuando éste pretenda formar parte de la sociedad pero aun no tenga tal condición, y la "sociedad objetivo", respecto de la cual se proyecte la ampliación de su capital para integrar a un nuevo inversor. En tal caso, dentro de la fenomenología de los "pactos parasociales", cabría dudar de la existencia de un pacto entre socios *stricto sensu*.

Cuestión distinta será los efectos obligacionales que este "acuerdo" tendrá para quienes participen en él, en este caso "Inversiones Dogarmater, SL", como inversor o potencial socio, y la representación de "Teruel Termal Desarrollos, SL", en cuyo nombre intervienen las personas físicas codemandadas. Si esto es así, parece que el "pacto" no pueda ser oponible, a la sociedad, por tratarse de un acuerdo que no pueden adoptar sus administradores, sino que ha de autorizar la Junta general. Sólo afectará, por lo tanto, a aquellos que en su representación y en su condición de administradores han de ejecutar el acuerdo alcanzado. Véase en este punto que, dado que no se trata de un pacto entre los socios, carece de relevancia si es reservado entre ellos y que sea o no oponible a la sociedad (cfr., art. 29 TRLSC). Es más, en sus alegaciones, la representación

"Teruel Termal Desarrollos, SL" alude, entre otros aspectos, a la falta de suscripción del acuerdo por el socio que, en definitiva, tenía que aprobar con sus votos la ampliación de capital proyectada, esto es, "Teruel Termal, SL" (1).

Fijada la controversia de base en sus justos términos, el negocio subyacente, según se desprende de las declaraciones de las partes, consiste en el desarrollo de un proyecto urbanístico en unos terrenos de propiedad de la entidad "Teruel Termal, SL". Esta inversión se instrumenta a través de una operación societaria por la cual "Inversiones Dogarmater, SL", insuflaría en diferentes fases la financiación necesaria, contra el oportuno aumento del capital social de "Teruel Termal Desarrollos, SL", para que ésta, a su vez, pudiese adquirir los terrenos de su socio, "Teruel Termal, SL". Sin embargo, los fondos aportados sirvieron para conceder un préstamo a esta entidad, a la espera, parece ser, ante la situación de crisis del mercado inmobiliario, de que se dieran las condiciones propicias para poder iniciar el proyecto urbanístico.

2. El pago anticipado a cuenta de un aumento futuro. En este marco se plantea la devolución del importe desembolsado como primer pago para la asunción de participaciones en una futura ampliación del capital social de "Termal Desarrollos, SL". Lo bien cierto es que la ampliación de capital social nunca tuvo lugar. Todo ello nos conduce a la problemática en nuestro Derecho de sociedades acerca de la admisión de los llamados "anticipos a cuenta de una futura ampliación de capital". Desde una perspectiva puramente economicista no existe esta partida dentro de nuestro sistema de contabilidad al modo de otras opciones de anticipos recibidos por ventas o prestaciones de servicios a largo plazo (181) o para inmovilizaciones (209 y 239); o, *sensu contrario*, de obligaciones diferidas en la financiación básica, como las referidas a las de socios por desembol-

(1) Sobre estos pactos, ampliamente, Noval Pato, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012; y Feliú Rey, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, y Sáez Lacave, M. I., "Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces", *Revista de derecho de sociedades*, núm. 34, 2010, pp. 103-123.

sos no exigidos o por aportaciones no dinerarias pendientes (103 y 104). Desde este perfil, como un elemento de la financiación básica, se puede plantear, incluso, si constituye una aportación dirigida al patrimonio neto a través de una "aportación de socio o propietario", como cuenta residual (118). Por otra parte, cabría reputar que la entrega así efectuada, sometida a la ampliación de capital futura podría atribuirse a una cuenta corriente con otras personas y entidades vinculadas (552), mediante el reconocimiento de una partida financiera, en contraposición a la partida del "dividendo activo a cuenta" de beneficios (557) (2). En este marco conceptual, tras la reforma en sede contable del Código de comercio, el artículo 34, en su apartado segundo, reclama que, en última instancia, la contabilización de las operaciones atienda a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.

Pues bien, parece que este cierto "imperialismo" de la función económica de las operaciones contables se pueda predicar frente al *nomen iuris* concedido por las partes o a la forma jurídica adoptada. Sin embargo, no se puede soslayar el papel que juega la dogmática jurídica en la clasificación contractual, y aunque en este campo haya de predominar la sustancia sobre la forma, ello no es óbice para que el Derecho disponga de sus propios cauces sobre los cuales delinear aquellas notas que subsuman el negocio concreto en una determinada categoría jurídica. Es más, desde esta base epistemológica, las reglas de confección de la contabilidad y de las cuentas anuales han de beber de las fuentes jurídicas para dar un tratamiento adecuado a la contabilización de las diferentes operaciones económicas, por lo que cualquier confrontación entre estas áreas de conocimiento habría de reputarse espuria(3).

---

(2) La consulta efectuada ante la Asociación Española de Contabilidad y Administración de empresas (AECA), resuelta en el caso práctico 100, computa el ingreso en tesorería contra una cuenta corriente con socios o, en su caso, con una deuda a largo plazo con socios.

(3) En este punto, tómese en cuenta que la Consulta número 7 al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, publicada en el BOICAC número 37, de Marzo de 1999, acerca de la fecha de contabilización de una ampliación de capital, considera que "cuando se trate de una ampliación de capital, ésta debe considerarse a efectos contables como tal cuando de acuerdo con la legislación mercantil haya cumplido los requisitos necesarios para ello, circunstancia que con carácter general se produce cuando se rea-

Junto a la función económica de la operación, orientada a un proyecto de inversión para el desarrollo urbanístico de unos terrenos, la naturaleza jurídica de la relación entre las partes lleva a considerar el interés del inversor por unas acciones que, previa la renuncia del derecho de asunción preferente de los entonces socios, todavía no existían. Desde este perfil, el artículo 1.271 del Código Civil, en su primer párrafo y con carácter general, admite que puedan "ser objeto de contrato todas las cosas que no se encuentren fuera del comercio de los hombres, aun las futuras". En estos términos, en la compraventa de cosa futura, el carácter obligatorio del contrato permite posponer la obligación de entrega a un momento ulterior al de la concurrencia de voluntades, con la esperanza de su posterior existencia.

En este caso, la venta de cosa futura, en defecto de acuerdo expreso de las partes, adopta la figura de la *emptio rei speratae*, que autoriza la variabilidad cuantitativa y cualitativa de la cosa, pero no su existencia, frente a la *emptio spei*, en la cual permanece en el comprador la obligación de pagar el precio pese a la posible inexistencia de la cosa. Así lo predica el carácter conmutativo del contrato de compraventa. De este modo, las acciones han de existir para que el vendedor pueda exigir el pago del precio, lo cual le impone una especial diligencia para su existencia. Si la cosa, en términos generales, se espera aparezca según el curso natural de los acontecimientos, el vendedor, de una parte, queda sometido una obligación

---

liza su inscripción en el Registro Mercantil, por lo que hasta que se produzca este hecho, la empresa deberá registrar contablemente los importes que pudiera haber recibido a cuenta de la futura ampliación **como una deuda** (las negrita es propia)" a lo que añade que la memoria habrá de indicar esta circunstancia sobre las ampliaciones de capital en curso en el apartado dedicado a los Fondos propios del modelo normal, y en el modelo abreviado si esta información fuera sea significativa. A este criterio de considerar como deudas los desembolsos previos para realizar una futura ampliación de capital, hasta su formalización, se une el documento número 10 (revisado) de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de empresas (AECA) que, dentro de la Serie de Principios Contables, en el apartado sobre Recursos Propios, destina un epígrafe 1.2.5.8. a las "Aportaciones a cuenta de futuras ampliaciones de capital". En esta línea, en una obra que constituye una referente entre nosotros acerca de esta materia, Cabanas Trejo, R./ Machado Plazas, J., *Aumento de capital y desembolso anticipado*, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 112-3.

negativa de no impedir su nacimiento, y de otra, a una obligación positiva cuyo incumplimiento doloso o culposo cualificará el de la obligación de entrega, que, a su vez, generará un derecho de resarcimiento a favor del comprador (4).

Trasladado al caso que nos ocupa, los administradores, en la representación de la sociedad, obtienen el precio de la cosa por anticipado, pero a su vez asumen unas obligaciones derivadas de la esperanza creada en el adquirente de su posterior existencia. De esta forma, entendida como *emptio rei speratae*, el contrato de compraventa futura exige de los administradores una particular diligencia, merced a su posición orgánica en la sociedad y a sus competencias, para patrocinar que la Junta general se reúna a efectos de decidir la ampliación de capital. Al mismo tiempo, y en la medida que ésta sea compatible con el "interés social", tal compromiso demanda que no llevan cabo una conducta obstruccionista para su consecución, cuando no de colaboración (5).

En el marco de las relaciones entre socios, el aumento de capital con nuevas aportaciones, incluso mediando una renuncia expresa al ejercicio del derecho de suscripción o asunción preferente que permita dar entrada a un tercero inversor, comporta el correlativo incremento del patrimonio social e incorpora un valor superior de retención como garantía añadida para los acreedores. Por otra parte, reconoce el derecho del inversor, a diferencia de otras aportaciones al patrimonio neto como cantidades entregadas directamente para la compensación de pérdidas (cfr., partida 118), a la asunción o suscripción de las nuevas participaciones o acciones resultantes de la ampliación (6).

---

(4) Sobre esta materia, por todos, Diez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 8.ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 284-286; y Badenes Gasset, R., *El contrato de compraventa*, t. I, ed. Tecnos, Madrid, 1969, p. 131 ss., esp. 143.

(5) Admiten esta postura, Cabanas Trejo, R./Machado Plazas, J., *Aumento de capital y desembolso anticipado*, p. 75.

(6) Sobre la distinta posición del socio y del prestamista, en un supuesto similar al presente en el que el Tribunal Supremo aceptó también la solución de la restitución de los anticipos a cuenta efectuados, Gimeno Ribes, M., "Derecho a la restitución de aportaciones dinerarias a capital en caso de que no se llegue a celebrar el acuerdo de modificación estatutaria de aumento de capital. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2013 (núm. 71)",

Desde esta perspectiva, la anticipación de fondos destinados a un futuro aumento del capital puede ser también enfocada desde la existencia de una obligación sujeta a la condición suspensiva de la aprobación de la junta general (7). De esta suerte, cuando no exista identidad subjetiva entre los administradores y los socios que hayan de decidir el aumento, no se podrá considerar que la eficacia de lo acordado queda al arbitrio de una de las partes (*vid.*, art. 1256 CC) (8). Así las cosas, la exigencia del acuerdo de aumento del capital por el pago a cuenta efectuado queda configurada, por esta vía contractual, como un elemento determinante del contrato, ligado a su causa. En este sentido, la Sentencia objeto del presente comentario, en atención a esta figura en otros ámbitos del Derecho comparado, en particular en los "versamenti in conto futuro aumento di capitale", considera que en caso de no formalizarse el acuerdo, la entrega

---

en Archivo "Commenda" de jurisprudencia societaria (2013-2014, dir. José Miguel Embid Irujo), ed. Comares, Granada, 2015; y antes, sobre las dificultades de ubicar en sede de fondos propios o ajenos determinados elementos de la financiación de la empresa en algunas entidades, como las cooperativas, en "La paradoja del balance de las cooperativas: cuando los fondos propios son ajenos y los ajenos son propios. En torno a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 22 de febrero de 2012", *Revista de derecho de sociedades*, núm. 40, 2013, pp. 463-485.

(7) Sobre esta materia, Moralejo Imbernón, N. I., "La compraventa bajo condición suspensiva y el efecto "retroactivo" de los efectos obligacionales o reales", en *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz* (dir. A. Carrasco Perera), t. II, 2013, Cizur Menor (Navarra), ed. Thomson-Aranzadi, pp. 1297-1306; y con carácter general, Arija Soutullo, C., *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*, ed. Comares, Granada, 2000, y López Fernández, L. M., *La condición suspensiva en los contratos*, ed. Montecorvo, Madrid, 2000.

(8) Sólo desde esta identidad subjetiva se puede entender la posición del Registrador mercantil en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de febrero de 1997 (RJ. 863), en el caso "Materiales y Conductores Eléctricos, Sociedad Limitada", cuando declara que "quedando el negocio jurídico pendiente de la voluntad del cumplimiento de una obligación y dependiendo ésta de la voluntad del Administrador, y al ser éste el representante del deudor, el artículo 1115 del Código civil establece la nulidad de la obligación condicional". Como advierten acertadamente Cabanas Trejo, R./Machado Plazas, J., *Aumento de capital y desembolso anticipado*, pp. 73 y 101 ss., se ha de estar a la distribución competencial de los órganos de la sociedad, como persona jurídica, y a los titulares o miembros de dicho órgano, para descartar una condición meramente potestativa.

efectuada deviene una aportación sin causa (9). Como también advierte la Sentencia, la falta de realización de tal condición suspensiva, en tales circunstancias, determina la ineficacia del acuerdo, que en su caso se ha de resolver a través de la restitución del anticipo efectuado, esto es, la devolución de lo indebidamente percibido (cfr., art. 1895 CC) (10).

3. La preparación y la ejecución de la ampliación. Las cantidades a cuenta de un futuro aumento de capital suponen una inversión de la secuencia temporal típica del aumento de capital. Mientras que el desembolso normalmente es un acto de ejecución de la adopción del acuerdo social, en este caso se anticipa a la adopción del acuerdo, lo cual da lugar, además de a la cuestión de la caracterización del acuerdo, bien entre socios, bien de un potencial inversor con los administradores de la sociedad, a no pocos problemas relacionados con la admisión de esta fórmula de financiación de la entidad.

Generalmente el anticipo tiene lugar para atender de forma urgente las necesidades financieras de la sociedad. No obstante, es dable que, como en el supuesto planteado, sirva para sufragar a determinadas "oportunidades de negocio" que requieran la oportuna obtención de fondos. A partir de los diferentes medios de financiación, las aportaciones vinculadas a la ulterior ampliación del capital pueden adoptar diferentes formas. En unos casos, pueden constituir una donación modal sujeta a condición, de modo que el incumplimiento del aumento en los términos proyectados permita al inversor revocarla, con devolución de las cantidades aportadas, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe contenidos en la regulación hipotecaria (cfr., art. 647 CC) (11). En otros, cuando a su

(9) Leocata, M., "Sulla natura giuridica dei versamenti dei soci in conto futuro aumento di capitale, in conto capitale e simili", *Contratto e impresa*, vol. 28, núm. 4-5, 2012, pp. 1272-1319. Sobre la inexistencia sobrevenida de causa, Cabanas Trejo, R./Machado Plazas, J., *Aumento de capital y desembolso anticipado*, pp. 125-129.

(10) Sobre la necesidad de distinguir los anticipos a cuenta de las "aportaciones de mero patrimonio" y de los "préstamos de los socios a la sociedad", Cabanas Trejo, R./Machado Plazas, J., *Aumento de capital y desembolso anticipado*, p. 56 ss.

(11) Con carácter general, sobre la aplicación de las donaciones modales sujetas a condición, Más Badía, M. D., "Sentencia del Tribunal Supremo

vez tengan un carácter irrevocable, pueden ser directamente imputadas al patrimonio neto cuando así lo consientan de forma expresa los socios (12). Dentro de estos esquemas, sin embargo, ofrece mayores dudas la aportación efectuada por un tercero que aún no tenga la condición de socio, por lo que las aportaciones de propietarios o socios que refleja la cuenta 118, se habrían de reputar donaciones o legados de capital, tal y como recoge la cuenta 131 en la conformación de la financiación básica de la sociedad (13).

Pero fuera de estos supuestos, más bien excepcionales, y con base en el principio de onerosidad que caracteriza esta práctica en las sociedades de capital, las cantidades aportadas han de ser consideradas entregadas en depósito a expensas de la ulterior ampliación del capital social. Dicho esto, en este punto, el pago anticipado de cantidades a cuenta de un aumento de capital encuentra también ciertas restricciones temporales cuando la aportación dineraria se acredite mediante certificaciones bancarias de su depósito. A tal efecto, la fecha del depósito no podrá ser anterior en más de dos meses a la de la escritura del acuerdo de aumento de capital (cfr., art. 132 RRM en relación con el art. 314 TRLSC sobre la documen-

---

de 14 de julio de 2008: Donación Modal con cláusula de reversión condicional. La revocación de la donación por dejar de cumplir el donatario la condición o carga impuesta únicamente puede operar sobre una donación con eficacia actual, lo que no ocurre cuando previamente se ha producido la reversión", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 79, 2009, pp. 373-390.

(12) Gozan de un particular régimen en el Derecho argentino los llamados "Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos del capital social", que dan lugar a una compleja incardinación en el Derecho de sociedades, a raíz de las cuestiones que suscita, entre otros aspectos, en torno al plazo de capitalización, su tratamiento contable, su afectación a las pérdidas, el ejercicio de derechos de suscripción preferente o la imposición de primas de emisión; por todos, Wilson Rae, V., "Aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones", *Revista Argentina de Derecho Empresario*, núm. 1, 2005, pp. 15-47, y Tosi, M., "Aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones", *ibídem*, núm. 8, 2007, pp. 41-87.

(13) Véase en la RDGRN de 24 de febrero de 1997 (RJ. 863), caso "Materiales y Conductores Eléctricos, Sociedad Limitada", en el que se pactó que si mediaba incumplimiento del acuerdo formal de la Junta de aprobación de la ampliación, la mitad de las aportaciones de los socios tendrían carácter de aportación para pérdidas y la otra mitad de préstamo con un determinado vencimiento e interés.

tación del aumento en escritura pública) (14). En estos casos, el breve lapso de tiempo para llevar a cabo la operación, aun cuando pueda tener lugar en junta universal, sin convocatoria y con renuncia al ejercicio del derecho de suscripción o de asunción preferente, limita sobremanera la utilización de esta técnica de anticipación del desembolso al acuerdo de aumento de capital contra aportaciones dinerarias de los socios o de terceros (15).

Como es bien sabido, si bien desde el perfil de la financiación básica los fondos quedan "inmovilizados" en el capital, como valor de referencia respecto del patrimonio neto, las cantidades aportadas pueden ser destinadas a cualquier finalidad de inversión de la sociedad. No obstante, también es cierto que nada impide a las partes acordar la constitución de un depósito regular y que tales cantidades queden oportunamente reflejadas en la contabilidad de la sociedad. Con todo parece más adecuada, en virtud del artículo 255.2 TRLSC que, en su apartado segundo, admite que puedan añadirse nuevas partidas en la medida en que su contenido no esté comprendido en ninguna de las ya previstas en estos esquemas, la creación una partida provisional en concepto de "aportaciones a cuenta de futuras ampliaciones de capital". Empero, pasado el plazo de validez de la certificación del depósito, tal aportación ha de ser tratada como un crédito del aportante frente a la sociedad y, en consecuencia, habrá

(14) La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido la oportunidad de manifestarse en este sentido en diferentes Resoluciones. Con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, en las Resoluciones de 3 de diciembre de 1992 (RJ. 10604), y de 23 de noviembre de 1995 (RJ. 8416), advertía la necesidad de indicar la finalidad del ingreso y de acotar el desfase temporal entre el ingreso y el acuerdo para satisfacer razonablemente el objetivo perseguido por el legislador de garantizar la integridad del capital social. Luego, sobre la necesidad de respetar el plazo de dos meses de vigencia de la certificación bancaria de depósito de la cantidad aportada, a fin de garantizar la integridad del capital social, en la Resolución de 24 de febrero de 1997 (RJ. 863).

(15) En relación con el artículo 1.117 del código civil, Díez-Picazo y Ponce de León, L., "El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de conditio pendens", en *Estudios de Derecho Civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, vol. 3, Pamplona, ed. Universidad de Navarra, 1969, pp. 181-202.

de seguir el procedimiento legal aplicable para la conversión del crédito en capital (16).

Pero fuera de lo anterior, todavía cabe anteponer que estas aportaciones generalmente se llevan a cabo de modo urgente con fines de inversión o de compensación de pérdidas, por lo que difícilmente podrían cumplir tal función si las cantidades quedaran constituidas en depósito regular. Tampoco existe en nuestros esquemas contables la imposición de una reserva indisponible por el tiempo de mantenimiento del anticipo a cuenta, tal y como se admite en otras operaciones sobre el capital social o sobre acciones propias (cfr., arts. 148 c., 332 y 335 c. TRLSC). Los administradores, por lo tanto, puede destinar las cosas que fueren objeto de este depósito *sui generis* a los fines para los cuales tengan concedidas sus facultades, dentro de las obligaciones básicas que se derivan de su deber de lealtad (cfr., art. 228.a TRLSC).

De otra parte, todo ello lleva a la aplicación *mutatis mutandi* de las reglas y disposiciones del préstamo mercantil, de la comisión o del contrato que en sustitución del depósito las partes hubieren celebrado. Ubicado así en el marco de los depósitos irregulares, se ha de atender, por mor del artículo 309 del Código de comercio, en relación con el artículo 1770 del Código Civil, a las reglas del contrato de préstamo mutuo, de modo que la entrega de dinero o de otra cosa fungible a la sociedad, que adquiere la propiedad, con la obligación de devolver la misma cantidad, de la misma especie o calidad, genera un derecho de crédito. Este mismo criterio lleva, en su caso, al devengo del pago de intereses (cfr., arts. 314 CCo. y 1724 CC) y al deber de restitución de la cantidad entregada dentro de los treinta días siguientes al requerimiento notarial si no se hubiera señalado

(16) Sin embargo, Cabanas Trejo, R./Machado Plazas, J., *Aumento de capital y desembolso anticipado*, p. 129, mantienen que las cantidades recibidas, aun siendo dinero, se reciben en depósito regular, con lo cual la sociedad no adquiere su propiedad, no hay *traditio*, y la transmisión dominical queda pospuesta. Esto da lugar, no obstante, a intrincadas cuestiones como la admisión de tercerías de dominio y de separación del dinerario en caso de concurso de la sociedad; como reconocen estos autores, ello daría pie a que la ineficacia sobrevenida por incumplimiento de la devolución de lo depositado generara un crédito, sometido en su caso al régimen del concurso, o a que esta operación pueda ser utilizada para crear una falsa apariencia de titularidad frente a terceros, lo que aconsejaría la postergación de tales créditos.

fecha del vencimiento (art. 313 CCo.) (17). Situado en este marco negocial, el anticipo de cantidades a cuenta de un futuro aumento de capital ha de adoptar la forma, en su ejecución, de una ampliación de capital por compensación de créditos (18). A su vez, y en consideración a la concesión de fondos a tal fin, los créditos se han de considerar vencidos, líquidos y exigibles, al paso que el aumento del capital social ha de someterse al resto de condicionantes de esta modalidad de aumento en atención a la contraprestación (19).

Pero llegados a este punto, se ha de plantear si es atribuible a los administradores una conducta diligente orientada a procurar el aumento del capital social mediante la compensación de las aportacio-

(17) Este mismo criterio es seguido por el Registrador mercantil, cuya calificación es recurrida, en la RDGRN de 24 de febrero de 1997 (RJ. 863), caso "Materiales y Conductores Eléctricos, Sociedad Limitada", cuando alude a que "aun cuando las cantidades fueran entregadas en concepto de depósito, al ser éste dinerario, surgiría para la sociedad la obligación de restituir otro tanto de lo entregado, e incluso los intereses, si así se hubieran dispuesto".

(18) Así lo reconoce también la RDGRN de 24 de febrero de 1997 (RJ. 863), caso "Materiales y Conductores Eléctricos, Sociedad Limitada", en cuanto "implica un derecho de crédito del socio contra la sociedad, cuya utilización por vía de compensación, para realizar el desembolso de un aumento de capital que se acuerde posteriormente está sujeta a las misma exigencias legales que la utilización para tal fin de cualquier otro crédito contra la sociedad". Como recogen Cabanas Trejo, R./Machado Plazas, J., *Aumento de capital y desembolso anticipado*, pp. 116-7, de las palabras de Polo-Díez, en un dictamen emitido en un caso de "aportación por desembolso a cuenta de ampliación de capital", como capital ajeno usado y disfrutado por la sociedad, sólo puede serlo a título de préstamo o de cuenta en participación. Asimismo, en p. 123.

(19) Contrasta con el régimen de capitalización en las propuestas alternativas de convenio en el procedimiento concursal y en los acuerdos de refinanciación (art. 100.2.2.ª y D.A. Cuarta.3.3.ª.ii de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal). Con carácter general, con diferentes consideraciones sobre el régimen de conversión de créditos en capital, Pulgar Ezquerra, J., "El acuerdo de la junta de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de las sociedades de capital", *Revista de derecho de sociedades*, núm. 34, 2010, versión digital, pp. 1-48, y Fernández del Pozo, L., "Aumento de capital por compensación de créditos y desequilibrio patrimonial de la sociedad deudora. La «preceptiva» reducción de capital social previa", *La Ley mercantil*, núm. 8, Sección Sociedades, noviembre 2014, versión digital, pp. 1-13.

nes realizadas en concepto de anticipo y donde el aportante goza de un derecho de crédito convertible en capital, sea socio actual o futuro de la entidad. Parece que en casos como el presente, en el que los administradores suscriben este "pacto", tienen la obligación de convocar la junta general de la sociedad para que ésta decida acerca de la ampliación de capital por ellos propuesta. El cumplimiento diligente de esta obligación se traslada entonces al plazo dentro de cual deberían convocar la Junta. Así en otros supuestos similares, tales como los de la convocatoria a instancia de los socios minoritarios o de la existencia de causa legal de disolución, el plazo de dos meses para la convocatoria podría considerarse adecuado para cumplir con la obligación asumida (art. 168 y 365 TRLSC).

Sin perjuicio de la facultad resolutoria que concede el artículo 1.121 del Código Civil, en relación con el 1.117 "desde que pasare el tiempo" para el cumplimiento de la obligación, según la facultad que aquél concede al acreedor de "ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho", incluso de *lege ferenda* podría quedar autorizada una eventual convocatoria judicial para asegurar la ejecución de lo acordado entre las partes (cfr., art. 169 y 366 TRLSC, en relación con el art. 1.124 CC). Luego, la decisión corresponderá a la junta general en los términos apuntados, a la cual habrá de seguir la tramitación corriente de la ejecución, documentación e inscripción del aumento de capital. En todo caso, la ampliación quedará sujeta al régimen del aumento de capital por compensación de créditos, ya que, como ha sido apuntado, el plazo de vigencia de certificado bancario del depósito para la ampliación con aportaciones dinerarias proscribe esta posibilidad (20).

En este procedimiento de ejecución del aumento también corresponde a los administradores la realización de todos los actos tendentes a la conclusión de los acuerdos adoptados por la Junta. En este extremo, la aplicación del artículo 77 LSRL, actual 310 TRLSC, relativa al aumento incompleto, es combatida por la recurrente sobre la base de la inexistencia del acuerdo. La falta de aumento llevaría a la aplicación al caso del artículo 316 TRLSC, que autoriza a

(20) También sobre la necesidad de poner término lo antes posible a esta situación transitoria, tanto en interés de los aportantes, como de la sociedad y de los terceros que se relacionen con ella, Cabanas Trejo, R./Machado Plazas, J., *Aumento de capital y desembolso anticipado*, p. 118.

quienes hubieran asumido las nuevas participaciones sociales o a los suscriptores de las nuevas acciones la solicitud de la restitución de aportaciones cuando hubieran transcurrido seis meses desde la apertura del plazo para el ejercicio de derecho de preferencia sin que se hubieran presentado para su inscripción en el Registro mercantil los documentos acreditativos de la ejecución del aumento del capital. Si además la falta de presentación de los documentos fuera imputable a la sociedad, los adquirentes o suscriptores también podrán exigir el interés legal (21). Sin embargo aquí se invierten los términos, de modo que el desembolso tiene lugar con la preparación de la ampliación y no en la fase posterior a la ejecución del acuerdo, de forma que sin acuerdo social por aquella vía no puede ser exigible la restitución.

De esta suerte, se ha de volver a la relación negocial entre las partes para entender que el inversor opta por la resolución de la relación mediante la reclamación de la restitución de las aportaciones realizadas y no por el cumplimiento de lo acordado, a falta de un específico mecanismo de convocatoria judicial de la Junta en estos supuestos. Lo que no resulta dable en modo alguno es la pretensión del recurrente de alegar un pretendido "interés social" para justificar la inacción de los administradores en la convocatoria de la junta general. Ello, de una parte, contraría el pacto alcanzado con el inversor. De otra, no se llega a comprender el qué medida el "interés social" justifica que los fondos sirvan para dar financiación a

(21) En la sociedad cotizada, sin embargo, el plazo de ejecución se extiende a un año desde la conclusión del período de suscripción y hasta la presentación a inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de ejecución del acuerdo. El artículo 508 TRLSC autoriza así que el registrador, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, cancele la inscripción previa del acuerdo de aumento del capital social, con remisión a la sociedad emisora y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores que hubiera autorizado o verificado la emisión. De igual manera, los titulares de las nuevas acciones emitidas pueden exigir la restitución de las aportaciones realizadas y si la causa de la cancelación fuera imputable a la sociedad, también el interés legal. Este criterio se mantiene *sensu contrario* en la entrega de cantidades a cuenta de dividendos, en la que los socios que hubieren percibido tales cantidades de forma irregular han de restituirlas más, en su caso, el interés legal correspondiente, cuando la sociedad pruebe su conocimiento o que, habida cuenta de las circunstancias, no podían ignorar la irregularidad de la distribución anticipada (*vid.*, art. 278 TRLSC).

una sociedad del grupo y, sin embargo, las condiciones del mercado inmobiliario desaconsejen la ampliación proyectada o su posposición. Es más, en tales circunstancias nada impide la ampliación del capital prevista.

Lo que acontece es que tales cantidades son utilizadas para la concesión de un préstamo a un socio que era el que a la sazón había de concurrir a la junta general que decidiera acerca del aumento del capital social. Incluso, aun cuando los administradores no puedan comprometer la conducta de los socios, a los efectos de abstenerse de concurrir en la Junta que decida sobre la ampliación de capital para dar entrada al nuevo socio, y tal pacto pueda ser considerado nulo, ello, tal y como recoge la Sentencia, en nada afecta a la obligación que asumían los administradores de convocar la junta. Por lo tanto, se ha de mantener, desde esta perspectiva, incólume el derecho de crédito del inversor, y su facultad, ante la falta de verificación de lo acordado, de solicitar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta.

4. Responsabilidad de los administradores sociales. Se ha de volver a la conducta debida de los administradores en la imputación de responsabilidad por falta de convocatoria de la junta. La Sentencia aquí comentada alude a que la acción u omisión originadora de la responsabilidad no debe suponer necesariamente una violación de una norma legal concreta, pues basta que el administrador deje de actuar con la diligencia exigible de acuerdo con un ordenado empresario, y conforme a las exigencias de la buena fe. En este caso, sin embargo, parece que el compromiso de patrocinar una ampliación de capital reclame el cumplimiento de lo acordado entre las partes, esto es, la diligencia de la convocatoria de la Junta general a tal fin. Así lo refleja la Resolución cuando reconoce que los administradores no sólo no convocaron la Junta con presentación de la oportuna propuesta de aumento del capital social, y, en su caso, de exclusión del derecho de asunción preferente, sino que además dieron un destino al dinero aportado distinto de la finalidad concreta para la que fue entregado a la sociedad. Esta última consideración puede ser soslayada a través de la realización del aumento de capital por la vía de la compensación de créditos y, por lo tanto, mediante la utilización de los fondos para el fin que los administradores consideraran mejor para el interés social. Pero aun y con todo, tampoco, como resulta de

las declaraciones de las partes, el destino de los fondos era la adquisición de unos terrenos sobre los cuales desarrollar un proyecto urbanístico y no la concesión de un préstamo a una entidad del grupo.

Con sometimiento a las limitaciones de la *causa petendi*, el Alto Tribunal confirma la resolución de la Audiencia Provincial de Teruel y condena a la sociedad y a sus tres administradores solidariamente al abono de la cantidad entregada a cuenta para un aumento de capital que no llegó a tener lugar. No obstante, convendría articular la responsabilidad de los administradores en el plano de su omisión por el compromiso asumido frente al inversor como tercero. Este incumplimiento fue debido a la falta convocatoria de la Junta, que deviene así como una omisión generadora de un derecho indemnizatorio para la parte inversora a la que se encontraba vinculada contractualmente. De esta forma, cumplida la obligación de efectuar el pago comprometido de forma anticipada, correspondía a los administradores la suya de convocar la Junta de socios. Si no se verificó convenientemente resultaron frustradas unas expectativas de inversión o unas oportunidades de negocio que corresponde acreditar al potencial socio. Con todo, los administradores no pueden asegurar el resultado de la decisión de la Junta, que compete a los socios, dentro de sus facultades.

Admite la resolución que el ejercicio de una acción individual de responsabilidad permite acoger la pretensión de la contraparte que ha visto frustrado el fin negocial, de tal forma que la aportación anticipada sin ampliación deja de tener causa que la sustente. El recurso a este mecanismo actúa así como expediente de cierre del sistema de las relaciones que pueden tener lugar entre los administradores y los socios individualmente considerados y los terceros (22). En este aspecto, el perjuicio económico a la sociedad aportante en esta operación de inversión puede resultar excepcionado en cuanto la decisión última de la ampliación no compete a los administradores sino a la junta general (23). Por ello, hemos de volver

(22) Admiten también el recurso a esta acción, en defecto de convocatoria de la junta general y, en su caso, de exclusión del derecho de suscripción preferente, Cabanas Trejo, R./Machado Plazas, J., *Aumento de capital y desembolso anticipado*, p. 109.

(23) En esta línea, tampoco consideran Cabanas Trejo, R./Machado Plazas, J., *Aumento de capital y desembolso anticipado*, p. 126, que el apor-

sobre nuestros pasos para hallar en el artículo 309 del viejo Código de comercio una referencia válida que permita integrar este depósito irregular *sui generis* con las "reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado".

En tal contexto, el contrato de comisión puede servir de referente para el sometimiento del incumplimiento de la actuación debida del administrador a la correlativa responsabilidad mediante la devolución de la cantidad que se le entregó para que fuera destinada, por una parte, a una futura ampliación del capital, y, por otra, a la adquisición de unos terrenos. En contradicción con ello, los administradores utilizaron los fondos para la concesión de un préstamo a la sociedad que era titular de los terrenos cuya compra debía financiar la ampliación. La aplicación de los fondos recibidos a destinos o inversiones diferentes a aquellos para los cuales fueron entregados, por lo tanto, acarrea su responsabilidad (*vid.* art. 264 Cco.). Y desde este perfil objetivo, su responsabilidad se puede extender no ya solo al capital desembolsado, sino que, en correspondencia con el apartado segundo del artículo 316 TRLSC para la restitución de aportaciones en ampliaciones no ejecutadas, también al interés legal devengado desde el día en que la sociedad lo recibió (24). Junto a lo anterior, la responsabilidad contractual puede ampliarse a los daños y perjuicios derivados de la falta del cumplimiento de la comisión, por lo que si la falta de la compra de los terrenos comportara la pérdida de una "oportunidad de negocio" y una expectativas de ganancias que pudiesen ser objeto de la acreditación, éstas hubiesen podido ser incorporadas a la *litis* para su reconocimiento.

D) CONCLUSIÓN

Como en tantas otras ocasiones, en el supuesto tratado la realidad fáctica supera las previsiones de las soluciones normativas. La inversión de la diacronía típica del aumento de capital, cuando

---

tante, sobre la base del pago de lo indebido, pueda únicamente reclamar aquello en lo que, a su costa, se hubiera enriquecido la sociedad.

(24) Consideran también esta opción, Cabanas Trejo, R./Machado Plazas, J., *Aumento de capital y desembolso anticipado*, p. 130.

el desembolso tiene lugar en la fase de preparación de la ampliación, y no en la ejecución de la adopción del acuerdo social por la junta general, introduce algunas incertidumbres respecto del marco jurídico de esta operación societaria que requieren de la oportuna contestación. No obstante, se debe huir de formulaciones que lleven la cuestión a una perspectiva meramente contable-económica para discernir en cada caso el régimen legal aplicable. Así, el escaso margen temporal que la normativa concede para la aplicabilidad de los anticipos a cuenta para un futuro aumento de capital mediante aportaciones dinerarias, así como la excepcionalidad de la inmovilización de lo aportado en los fondos propios aun cuando no se lleve a efecto la ampliación, conducen al tratamiento de la figura desde la conversión de crédito en capital (*debt-equity swap*).

Por otra parte, desde un perfil negocial, el acuerdo alcanzado entre el inversor y los administradores ha de ser reconducido a otras figuras existentes en nuestro sistema de obligaciones y contratos, como las adquisiciones de cosas futuras, en relación con las nuevas participaciones que se hayan de emitir, o las obligaciones condicionales o las donaciones modales, en este supuesto, sujetas a la aprobación por la junta de la ampliación del capital a cuya convocatoria los administradores se hayan comprometido. Todo ello se ha de completar con el recurso a los contratos de depósito mercantil, de préstamo mutuo y de comisión a fin de integrar la conducta debida de los administradores a partir de los pactos alcanzados con el inversor o los socios. Desde un perfil societario estas exigencias se han de compatibilizar con los requerimientos del "interés social" y con los presupuestos que dan lugar a la acción de responsabilidad individual de los administradores sociales. Así las cosas, la falta de formalización del aumento del capital impide que los desembolsos anticipados, por carecer de causa, puedan seguir en el patrimonio social, y que deban ser restituidos al inversor. Además, el destino de estos fondos a financiar una operación distinta de aquella para la cual fueron aportados a la sociedad supone un incumplimiento de lo acordado que, consecuentemente, es susceptible de acarrear la consiguiente responsabilidad de los administradores.

LEGITIMACIÓN DEL SOCIO PARA INSTAR LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LAS OPERACIONES SOCIETARIAS

Nulidad de la aportación no dineraria como contravalor al aumento de capital en sociedades del grupo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014 (núm. 498)

Paula del Val Talens
Investigador en formación MINECO
Universidad de Valencia

Partes: D. Alberto, D. Edmundo y D. Joaquín contra Cuevalosa, SA, Cuevalosa La Nueva, SL y Nueva Grapa, SL.

Ponente: D. Rafael Saraza Jimena.

Palabras clave: Legitimación activa, socio minoritario/socio externo, acción de responsabilidad, nulidad, aportaciones no dinerarias, aumento de capital, impugnación de acuerdos sociales.

Resumen fallo: El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, confirmando el pronunciamiento que reconoce la legitimación activa del socio para instar la nulidad de la aportación de un inmueble como contravalor al aumento de capital de una sociedad dependiente, en tanto operación destinada a despatrimonializar la sociedad en perjuicio de los demandantes.

Fuente: Id Cendoj 28079110012014100466.

Disposiciones legales aplicadas: 1274 y 1275 CC.

A) HECHOS

Entre los socios de Cuevalosa, SA existe un conflicto familiar de naturaleza sucesoria que enfrenta a tres de los cinco hermanos, D. Alberto, D. Edmundo y D. Joaquín con los dos restantes. Tras una serie de acuerdos litigiosos de reducción y aumento del capital social, los últimos se erigieron con la mayoría de las acciones, colocando a los otros tres hermanos en posición minoritaria. En este contexto, los socios de control de Cuevalosa, SA constituyeron dos sociedades mercantiles, Cuevalosa La Nueva, SL y Nueva Grapa, SL de las que, inicialmente, la primera era socio único. A continuación, las sociedades dependientes acordaron aumentos de capital cuyo contravalor era un inmueble titularidad de Cuevalosa, SA y, además, constituía el principal activo de esta sociedad. La ejecución de los aumentos de capital requirió la segregación de la finca aportada, transmitiéndose cada una de las fincas resultantes como contravalor a cada una de las sociedades dependientes. Con posterioridad, las participaciones sociales recibidas por Cuevalosa, SA con motivo de los aumentos fueron transmitidas a otras sociedades del grupo, también controladas por los dos hermanos. Frente a ello, los socios minoritarios ejercitan la acción de declaración de nulidad de las operaciones de ejecución de los aumentos de capital y, consiguientemente, la segregación de la finca. El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, que es confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid. El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por las tres sociedades intervinientes Cuevalosa, SA, Cuevalosa La Nueva, SL y Nueva Grapa, SL.

B) DOCTRINA

1. El Tribunal Supremo reconoce legitimación al socio para instar la declaración de nulidad de los negocios jurídicos concluidos por la sociedad con fundamento en las disposiciones generales en materia de obligaciones y contratos y al margen de los cauces societarios (impugnación de acuerdos sociales y acciones de responsabilidad frente a los administradores sociales). La sentencia es anterior a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, operada por la Ley

31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, que incorpora expresamente esta posibilidad al artículo 232 LSC, en sede de acciones frente a los administradores sociales derivadas de la infracción de su deber de lealtad.

2. El criterio para la admisión de la legitimación debe hallarse en la causa de nulidad aducida por el socio demandante.

C) COMENTARIO

1. Caracterización y mecanismos de tutela de las posiciones jurídicas de las partes. La sentencia objeto de comentario se centra, fundamentalmente, en determinar si el socio posee legitimación para instar la nulidad de las operaciones concluidas por la sociedad, de la que es parte contractual y, acordado tal extremo, si procede la declaración de nulidad del negocio por ilicitud de la causa como elemento esencial del contrato. En definitiva, se discute si los remedios generales del Derecho de obligaciones y contratos se encuentran a disposición de los socios, de forma alternativa o complementaria a los específicamente societarios, para dejar sin efecto los negocios jurídicos concluidos por la sociedad. Parece que su adecuada valoración requiere, con carácter previo, la delimitación de la concreta posición jurídica de las partes en el litigio, a saber, los socios minoritarios y el núcleo de control que domina las tres sociedades demandadas, respectivamente. Comenzando por los demandantes, D. Alberto, D. Edmundo y D. Joaquín, son hermanos y socios minoritarios de Cuevalosa, SA, sociedad familiar cuyas acciones recibieron a título hereditario de sus progenitores y comparten con los otros dos hermanos en conflicto. Aparentemente, su situación minoritaria en la sociedad no es originaria, sino que se produjo como resultado de la reducción y posterior aumento del capital social, operación que fue impugnada por los demandantes (1).

Cuevalosa, SA se integra en un grupo controlado por los otros dos hermanos, quienes ostentan ahora la mayoría del capital social

(1) Véase la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 20.ª), núm. 55/2012, de 31 de enero (JUR 2012\107037), en particular, el Antecedente de Hecho Segundo.

y en el que esta sociedad aparece como matriz de las entidades de nueva creación (Cuevalosa La Nueva, SL y Nueva Grapa, SL) en la medida en que, al menos inicialmente, Cuevalosa, SA era el socio único de las dos sociedades dependientes. Este hecho colocaría a los hermanos demandantes como socios externos del grupo, esto es, ajenos al núcleo de control (2) y, admitiendo que Cuevalosa, SA fuera su matriz, en socios externos de la matriz del grupo, lo que introduce nuevas consideraciones al análisis. Respecto de la administración de Cuevalosa, SA la sentencia de apelación refleja que se atribuyó a una sociedad (administrador persona jurídica) vinculada (*ex* art. 212 LSC). A efectos de la tutela de los socios minoritarios, el hecho de que la forma escogida para organizar la administración sea la de administrador único elimina la posibilidad de accionar el mecanismo impugnatorio contra sus decisiones en la medida en que sólo resultan impugnables los acuerdos del consejo de administración (art. 251 LSC) (3), sin perjuicio, como se verá, de la reclamación de responsabilidad al administrador por incumplimiento de sus deberes legales.

A la luz del panorama descrito, los demandantes en tanto socios (minoritarios) cuentan con los mecanismos de tutela que el Derecho de sociedades habilita para la protección de su posición jurídica, representados por los derechos de socio (individuales y de minoría), entre ellos, la facultad de impugnación de los acuerdos sociales adoptados por la Junta general de Cuevalosa, SA. En lo relativo a las operaciones de aumento del capital de las sociedades dependientes de Cuevalosa, SA, la protección que la normativa societaria confiere a los socios minoritarios de la matriz y, en este caso, aportante, es singularmente menor. En efecto, bajo la legalidad vigente al tiempo de realizarse las operaciones, la materialización de los aumentos sólo exigió el acuerdo de la Junta general de Cuevalosa La Nueva,

(2) La doctrina societaria emplea esta nomenclatura para referirse al titular de acciones o participaciones que en situaciones de dependencia societaria queda al margen del núcleo de socios que domina la entidad y, por consiguiente, el grupo y su administración. Seguimos en este punto a Embid Irujo, J. M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 173.

(3) Alcalá Díaz, M.ª Á., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 155-157.

SL y Nueva Grapa, SL (art. 296.1 LSC) (4) y la puesta a disposición de sus socios (excluidos los de Cuevalosa, S.A.) de un informe de los administradores por realizarse el aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias (art. 300 LSC) (5). La Ley de Sociedades de Capital no requería –tampoco lo hace ahora en sede de modificaciones estatutarias– la intervención de los demandantes como socios minoritarios de la sociedad aportante, que se desprendía así de un activo esencial.

En este sentido, los mecanismos tuitivos en tales operaciones no tienen en cuenta el posible perjuicio para los socios ajenos al control en la sociedad aportante, lo que explica que, en el supuesto, el administrador de Cuevalosa, SA pudiera decidir aportar al capital de las sociedades dependientes la finca que representaba el activo principal de la sociedad que administraba. En cambio, la tutela de los socios minoritarios de la aportante debe remitirse a las disposiciones que regulan, bien el reparto de competencias entre sus órganos, bien, de ser necesario, los deberes fiduciarios de sus administradores. El supuesto es anterior a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo que, en atención a situaciones como la que nos ocupa, incluye ahora entre las competencias reservadas a la Junta general la aportación a otra sociedad de activos esenciales (art. 160.f. LSC). Al quedar reservada a los socios esta competencia aumentan las posibilidades de conocimiento y fiscalización para aquéllos ajenos al bloque de control, obligando al administrador a convocar la Junta general y consignando la operación y, en su caso, la propuesta de acuerdo como punto del orden del día. De esta forma, pueden los socios conocer la intención del órgano de administración (o del bloque de control) y ejercer su derecho de voto en contra de la adopción del acuerdo. Es cierto que, teniendo en cuenta el porcentaje de capital en manos de los demandantes,

(4) Que constituirían, de acuerdo con los datos que ofrecen las sentencias, decisiones del socio único de las sociedades dependientes, esto es, su sociedad matriz (*ex* art. 15 LSC).

(5) En efecto, la previsión minimiza el riesgo de que la operación perjudique los intereses de los socios, diluyendo su participación en el capital social tal y como explica Fernández Fernández, I., *Aportaciones no dinerarias en la sociedad anónima*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1997, p. 207.

aun encontrándose vigente la previsión, el acuerdo de aportación del inmueble habría podido ser aprobado en cualquier caso con los votos del grupo mayoritario. A pesar de ello, la existencia de un acuerdo de Junta ofrecería base material a la impugnación, a la que, además, ahora resultarían aplicables los criterios del artículo 204.1 LSC para determinar si el acuerdo fue adoptado en ejercicio abusivo del poder mayoritario.

Por último, es necesario referirse al aumento de capital por aportaciones no dinerarias (art. 300 LSC) por ser en este caso el instrumento empleado por los socios de control para despatrimonializar la entidad en perjuicio de los minoritarios. Una de las principales preocupaciones del legislador societario en este punto es que la valoración de las aportaciones no dinerarias resulte adecuada o suficiente en el sentido de que no sea superior al valor real de lo aportado, tutelando así a socios y acreedores de la entidad cuyo capital se aumenta. En cambio, las disposiciones en la materia no consideran la posición del socio de la aportante, por lo que no resulta, en principio, relevante que el bien aportado reciba una valoración inferior a la que merece en tanto ello no perjudica al patrimonio de la sociedad (6). Frente a ello puede sostenerse que corresponde a las normas reguladoras de la operativa orgánica de cada tipo de entidad (piénsese en que se tratara de una fundación o de una sociedad personalista) pergeñar los mecanismos de tutela que prevengan la despatrimonialización; en sede de sociedades de capital, tal y como se ha apuntado, la respuesta debe hallarse en la disposición que ordena el reparto competencial sobre la transmisión de activos (art. 160.f. LSC). Esta consideración, que puede resultar admisible desde la óptica de la sociedad isla, no brinda una solución adecuada en un contexto de grupo, como el presente, en que la entidad aportante es a la vez socio único de las sociedades que ven aumentado su capital. En tales casos, los sujetos necesitados de tutela no son los socios de ésta, sino los propios de la matriz y aportante, esto es, los demandantes.

Pero, además, en sede de sociedades limitadas se prevé un régimen de responsabilidad específico por la realidad y valoración de las

(6) Lacasa García, R., *Responsabilidad y aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 87. Broseta Pont, M., Martínez Sanz, F., *Manual de Derecho Mercantil*, 21.ª ed., vol. I., Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p. 376.

aportaciones no dinerarias que alcanza, solidariamente, a quienes fueran socios en el momento de acordarse el aumento, así como a aquéllos que adquiriesen participaciones sociales como consecuencia del mismo (art. 73.1 LSC) (7). Ambos presupuestos concurren en Cuevalosa, SA, lo que la haría, en su caso, responsable de la inadecuada valoración del inmueble aportado (8), afectando así patrimonialmente a la sociedad matriz, incluidos sus socios minoritarios, sistemáticamente excluidos de todo cuanto concierne a la operación en marcha. Paradójicamente, el mecanismo de exoneración de este particular régimen de responsabilidad resultaría inaccesible para los socios externos de la matriz, pues requiere hacer constar en el acta de la Junta que adopte el acuerdo de aumento su oposición; acuerdo que sería, en su caso, adoptado por Cuevalosa, SA como socio único de las sociedades dependientes, a través de su representante y sin intervención de los demandantes. Es cierto, por otra parte, que la legitimación para el ejercicio de esta acción de responsabilidad corresponde exclusivamente a los administradores y liquidadores, así como a cualquier socio que hubiese votado en contra del acuerdo (art. 74 LSC), lo que parece reducir las posibilidades de que sea ejercitada, pero no por ello deja de ser una posibilidad real de lesión de los intereses de los socios externos.

2. La legitimación activa del socio para instar la nulidad de las actuaciones sociales. Sentado lo anterior, la cuestión controvertida

(7) Régimen que, por otra parte, no ha estado exento de crítica doctrinal, fundamentalmente por su amplia extensión subjetiva que alcanza también a los socios. Así, La Casa García, R., *Responsabilidad y aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada*, cit., p. 149 y del mismo autor, "Notas sobre las recientes modificaciones del régimen de responsabilidad por la realidad y por la valoración de las aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada: (con algunas reflexiones adicionales sobre la responsabilidad de los fundadores por las aportaciones sociales en las sociedades de capital)", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 35, 2010, pp. 181-209, en concreto, p. 200.

(8) Ya nos hemos pronunciado sobre que la valoración jurídicamente relevante a los efectos de estas disposiciones es aquélla que perjudica patrimonialmente a la sociedad cuyo capital se ve aumentado, por lo que *stricto sensu* la inadecuada valoración que sólo lesiona el interés de la aportante no sería relevante a los efectos de desencadenar la responsabilidad del artículo 73 LSC.

en el supuesto objeto de análisis se refiere al reconocimiento de legitimación activa al socio para instar la nulidad de los negocios jurídicos concluidos por la sociedad al margen de los cauces previstos por el Derecho de sociedades. Se trata entonces de determinar si resulta jurídicamente admisible que quien es parte en el contrato de sociedad y, en tal sentido, se halla vinculado por lo actuado por sus representantes, así como por lo acordado por la Junta general (art. 159.2 LSC), tenga igualmente a su disposición los remedios generales del Derecho de obligaciones y contratos para invalidar lo actuado por la sociedad. En una primera aproximación y sobre la base de las insuficiencias tuitivas descritas en el apartado anterior, no parece desacertado un pronunciamiento favorable a esta posibilidad. Ésta es, además, la tesis acogida por el Tribunal Supremo quien, tras un primer posicionamiento contrario (9), cambia de criterio a partir de la sentencia de 215/2013, de 8 de abril (10) que mantiene en la resolución ahora analizada.

Al rechazar que el socio pudiera instar la nulidad de lo actuado por la sociedad al margen de los cauces societarios, posición sustentada también por las sociedades recurrentes, el alto tribunal pretendía reforzar la unidad y coherencia del sistema de remedios (11). Y es que debe tenerse presente que el Derecho de sociedades pone a disposición de los socios mecanismos específicos orientados a invalidar los acuerdos sociales (impugnación), así como para reclamar la responsabilidad de los administradores. Precisamente, la idea subyacente en la institucionalización de un régimen impugnatorio específicamente societario es la inaplicación del régimen gene-

(9) SSTS de 5 y 21 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7933 y 1997\8095, respectivamente). Cierto precedente a esta corriente jurisprudencial puede hallarse en la STS de 6 de diciembre de 1967 en la que se rechaza la pretensión del socio industrial perjudicado por la transmisión de la empresa y que TORRALBA SORIANO, V., "Causa ilícita: exposición sistemática de la jurisprudencia del TS", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 19-3, 1966, pp. 661-708, en concreto, p. 681 sistematiza entre los supuestos de contratos en perjuicio de un socio o asociado.

(10) RJ 2013\4597.

(11) Lo que se desprende del FD IV de la STS de 5 de noviembre de 1997, al afirmar el TS que, de admitirse la legitimación del socio para atacar los negocios jurídicos concluidos por los administradores siempre que los estimasen contrarios a sus intereses, "el Derecho de societario sería un verdadero caos".

ral en materia de invalidez a los acuerdos sociales (12). De acuerdo con esta postura, quien ostenta la condición de socio contaría, exclusivamente, con los medios que el Derecho de sociedades ofrece para la tutela de su concreto interés, quedando privado, por tanto, de la posibilidad de instar la declaración de nulidad de los negocios jurídicos concluidos por ella. Su condición de parte en el contrato de sociedad ha sido el criterio empleado por la referida doctrina jurisprudencial para entender al socio privado de legitimación para atacar las operaciones concertadas por la sociedad (13), negándole a estos efectos la condición de tercero perjudicado (14).

De esta tesis es criticable que desconozca la insuficiencia ocasional del Derecho societario para tutelar la posición de socios, especialmente, minoritarios y, en particular, en un contexto de grupo, así como para dejar sin efecto determinados negocios jurídicos concluidos por los administradores sociales. Por otra parte, esta teoría puede tildarse de privar injustificadamente a los socios de la tutela contractual, generando cierto desequilibrio con respecto a posiciones jurídicas distintas de las de los titulares de acciones o participaciones. En este sentido, el equilibrio de remedios a disposición de todos los titulares de intereses legítimos (incluidos socios y acreedores) aconsejaría optar por una postura favorable. Así, en el Derecho de sociedades se concede legitimación para la impugnación de acuerdos sociales contrarios al orden público a cualquier socio o tercero (art. 206.2 LSC) y, de igual modo, para el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los administradores sociales se faculta subsidiariamente a los acreedores para el supuesto en que, siendo el patrimonio insuficiente para satisfacer su crédito, la propia sociedad o sus socios no la hubieran entablado (art. 240 LSC). Así, como se ha dicho, si cualquier titular de un interés legítimo encuentra amparo en el Derecho de sociedades, al tiempo que dispone de los mecanismos generales, incluida la acción declarativa de nulidad,

(12) Alcalá Díaz, M.ª Á., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, cit., p. 112 y 172 con la finalidad de garantizar la protección del tráfico y la seguridad jurídica.

(13) FD IV STS de 5 de noviembre de 1997. Adviértase que en este supuesto, la Audiencia Provincial había sustentado su argumentación en la falta de cumplimiento de los requisitos del artículo 1302 CC, por carecer los socios de la condición de obligado principal o subsidiario.

(14) FD IV STS de 5 y 21 de noviembre de 1997.

sería desproporcionado privar al socio del segundo mecanismo –o, simplemente, de los remedios generales– bajo el argumento de que tiene a su disposición los específicamente societarios. En otros términos, si el titular de un interés legítimo no queda privado de los remedios generales del Derecho de obligaciones y contratos por el hecho de que el Derecho de sociedades ponga a su disposición sus mecanismos impugnatorios e indemnizatorios, tampoco debe serlo el socio (15). Bajo el argumento de la concurrencia de interés legítimo en los socios minoritarios, el TS se pronuncia en sentido favorable y estima que la decisión sobre el reconocimiento de esta facultad depende, en cada caso, "de la causa o el motivo de nulidad invocado (16)".

3. La compatibilidad con los remedios del Derecho de sociedades (impugnación de acuerdos sociales y acciones de responsabilidad). La existencia de mecanismos paralelos, a disposición de los socios y tendentes a lograr, total o parcialmente, los resultados perseguibles a través del ejercicio de los societarios, obliga a valorar la compatibilidad y posibilidades de coordinación entre ellos. Tras la referida reforma de la Ley de Sociedades de Capital, la normativa societaria recoge ahora la posibilidad de recurrir a los remedios generales, aunque sólo en relación con las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en el artículo 232 LSC. En particular, el precepto establece que el ejercicio de las últimas no obsta al de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber

(15) Es cierto, sin embargo, que desde una perspectiva puramente contractualista, sería necesario diferenciar entre cualquier otra posición jurídica y la propia del socio que, en puridad, en tanto parte del contrato de sociedad carecería de legitimación para instar la nulidad en línea con la doctrina jurisprudencial mantenida por el TS hasta la sentencia de 5 de noviembre de 1997.

(16) FD V STS 23 de septiembre de 2014.

de lealtad (17), previsión que coincide con el criterio del Tribunal Supremo (18).

Al reconocer expresamente esta posibilidad, compartida por el TS, se plantean algunos problemas interpretativos. El primero, de carácter general, tiene que ver con que la ubicación sistemática de la previsión, en sede del órgano de administración y en referencia exclusiva a la infracción del deber de lealtad, deja abierto el interrogante sobre la compatibilidad de los remedios generales con la impugnación de acuerdos sociales. Parece que en tanto en cuanto exista o hubiera existido la posibilidad de impugnar un acuerdo social deben rechazarse las pretensiones de quienes, estando legitimados, no hubiesen hecho uso de este mecanismo. De lo contrario, el recurso a los medios de defensa generales serviría para esquivar las previsiones del Derecho de sociedades y con ello la finalidad de proteger la seguridad del tráfico y la operativa societaria perseguida por el legislador comunitario mediante el establecimiento de remedios propiamente societarios. Este objetivo es el que, entre otros, justifica una reducción de los plazos de caducidad de las acciones de impugnación (19).

---

(17) La propuesta de incorporar una referencia expresa a los *remedios reales* accionables, sin perjuicio del ejercicio de acciones sociales de responsabilidad, procede de Paz-Ares Rodríguez, C., "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", *Revista de Derecho de* Sociedades, núm. 20, 2003, pp. 67-109, en particular, pp. 85 y 107. Por su parte, el Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas de la Comisión de Expertos en Gobierno Corporativo, pp. 38-39 no ofrece explicación sobre la necesidad de incorporar la referencia; valora positivamente la modificación legislativa García-Cruces, J. A., "Disposiciones generales sobre las Sociedades mercantiles", en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (coord.), *Hacia un nuevo* Código *Mercantil*, Ed. Cizur Menor, Aranzadi, (Navarra), 2014, p. 168, ante la posibilidad de que el incumplimiento del deber de lealtad se derive de la realización de una actividad prohibida, siendo el negocio jurídico nulo por ilicitud de la causa.

(18) En el FD VII.3, último párrafo, el TS afirma que el hecho de que la conducta del órgano de administración "pudiera dar lugar a la responsabilidad de quienes lo integraban no obsta la nulidad de los negocios jurídicos concertados cuando concurre causa legal para ello".

(19) Contrasta el plazo de caducidad de un año del artículo 205 LSC –con la excepción de imprescriptibilidad de los acuerdos contrarios al orden público– con el carácter imprescriptible de la acción declarativa de nulidad y los cuatro años de la acción de anulación del artículo 1302 CC. Alcalá Díaz,

En este punto son varios los escenarios posibles y, por consiguiente, probablemente también lo sea la postura a adoptar en cada caso. El principal riesgo de poner los remedios generales a disposición de los socios, sin valorar el uso que hubieran hecho de los cauces societarios, es el del abuso minoritario. En tal sentido, es posible que los socios minoritarios en perjuicio de los cuales se hubiera operado la transferencia patrimonial –o, simplemente, aquéllos que se sintieran perjudicados por la operación societaria– hubieran mantenido una actitud pasiva o neutra (inasistencia a la Junta, voto favorable o abstención ante el acuerdo, falta de impugnación de los acuerdos sociales) y, en cambio, pretendieran obtener la declaración de nulidad de los negocios jurídicos una vez concluidos. Se abre entonces una vía al potencial abuso de la minoría para boicotear la marcha social al tener cabida las reclamaciones de socios minoritarios, incluso de aquéllos que carecen de una cuota de capital suficiente para impugnar acuerdos sociales o para ejercitar acciones de responsabilidad, atacando directamente cualquier actuación de la sociedad con la que estuvieran disconformes (20). Por otra parte, es cierto que los supuestos resueltos favorablemente por el TS se caracterizaban, precisamente, por la ausencia de acuerdos sociales impugnables (21). En ambos casos los negocios jurídicos concluidos por los administradores, en perjuicio de los socios minoritarios y amparados por el Derecho de sociedades vigente, no requerían la intervención de la Junta y podían ser adoptados por los administradores, faltando entonces base material a la impugnación. En consecuencia, los únicos remedios a disposición de los socios perjudicados

M.ª Á., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, cit., p. 172.

(20) Como medida adicional de obstruccionismo, frente a lo cual el ejercicio del derecho conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7 CC) podría operar como límite tal y como explican recientemente Hernando Cebriá, L., "Apuntes sobre el abuso del socio minoritario en las sociedades de responsabilidad limitada", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 283, 2012, pp. 271-324, en concreto, p. 297. Megías López, J., "Abuso de mayoría y de minoría en las sociedades de capital cerradas", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 132, 2013, pp. 7-50, en concreto, pp. 34-35.

(21) Afirmación que debe ser matizada en tanto que, de haberlos conocido, pudieron haber impugnado los acuerdos de la Junta general o, en su caso, las decisiones del socio único de las sociedades dependientes, por contrariedad al orden público.

serían las acciones de responsabilidad frente a los administradores sociales y los mecanismos generales del Derecho de obligaciones y contratos, cuya compatibilidad analizamos a continuación.

En primer lugar y por lo que respecta a la finalidad de cada uno de los mecanismos, el ejercicio de la acción social (por infracción del deber de lealtad) frente a los administradores pretende precisamente la reintegración del patrimonio social lesionado como consecuencia de la infracción de tal deber fiduciario, idéntico propósito al que persiguen los demandantes al instar la nulidad de los negocios jurídicos de aumento y transmisión patrimonial en el supuesto analizado. La diferencia radica en el carácter indemnizatorio de la acción de responsabilidad frente a la posibilidad de lograr la restitución a través de la acción declarativa de nulidad (22). La legitimación pasiva varía de un arbitrio a otro, dirigiéndose la demanda contra el administrador en el primer caso, mientras que la propia sociedad es legitimada activa en el segundo. También difieren en punto a la legitimación activa, por cuanto para el ejercicio de la acción de responsabilidad por infracción del deber de lealtad el socio habrá de reunir individual o conjuntamente un porcentaje de capital que le permita solicitar la convocatoria de la Junta general (art. 239.2 LSC en relación con el apartado primero). En cambio, según se ha expresado, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del TS, para el ejercicio de la acción declarativa de nulidad bastaría que el demandante acreditara la existencia de un interés legítimo. Por lo que respecta a los requisitos objetivos, la declaración de responsabilidad del administrador exige la acreditación de la relación de causalidad entre la conducta infractora del deber de lealtad y el resultado dañoso para el patrimonio social, mientras que, en el supuesto ahora analizado, la resolución favorable a los demandantes sólo tiene en cuenta la despatrimonialización como causa ilícita de los negocios jurídicos declarados nulos. Por lo que respecta a la prescripción de las acciones, contrasta el plazo de cuatro años de todas las dirigidas contra los administradores sociales (art. 241 *bis* LSC) con la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad (23). Una última

(22) Admitiendo la aplicación al régimen de la nulidad radical del artículo 1303 CC. Por todos, Infante Ruiz, F. J., Oliva Blázquez, F., "Los contratos ilegales en el derecho privado europeo"*, InDret,* núm. 3, 2009, p. 27.

(23) Excede de las pretensiones de este comentario el debate sobre

diferencia se refiere a que la declaración de nulidad de los actos no va acompañada del cese automático de los administradores en el cargo, a diferencia de lo que ocurre en caso de ejercitarse las acciones societarias (*ex* art. 238.2 LSC) (24). Tampoco resuelve la norma la cuestión competencial, pues, al menos en los supuestos resueltos por el Tribunal Supremo tras la creación de los Juzgados de lo Mercantil, la competencia para conocer de las pretensiones declarativas de nulidad correspondió a los Juzgados de Primera Instancia.

Este somero análisis refleja que los remedios generales y, particularmente, la declaración de nulidad, se configuran como una vía más ventajosa para el socio demandante que el ejercicio de las acciones sociales de responsabilidad. Aunque la previsión legal del artículo 232 LSC está ideada para reconocer la compatibilidad de los remedios, lo cierto es que ambos cauces (societario y contractual) tienen efectos parcialmente coincidentes. Por consiguiente y, al no exigir el precepto ni el Tribunal Supremo el ejercicio (previo o acumulado) de la acción social de responsabilidad frente a los administradores, existe cierto desincentivo al recurso al mecanismo societario y a favor de los remedios generales.

4. La legitimación activa para instar la declaración de nulidad como instrumento de tutela del socio externo. Según se ha descrito, las disposiciones del Derecho de sociedades que tutelan en cada caso las posiciones jurídicas singularmente afectadas están diseñados desde la concepción de la sociedad-isla, esto es, independiente y no integrada en un conglomerado o estructura de grupo. El recurso a una solución en clave contractual (por oposición a los remedios societarios) pone de manifiesto las carencias del Derecho español de sociedades en relación con la regulación de los grupos. Así, en el

---

esta cuestión, así como el alcance del artículo 1302 CC. Seguimos en este punto a Díez Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. I Introducción. Teoría del contrato, 6.ª Ed., Madrid, Civitas, 2007, p. 578.

(24) La opinión sobre el carácter imperativo del artículo no es unánime. Nos acogemos, sin embargo, a una interpretación literal y teleológica de la disposición, compartida por Lara González, R., "La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad" en Rojo, Á., Beltrán, E. (dirs.), Campuzano, A. B. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 115-116.

supuesto de hecho, el socio minoritario o externo de la matriz del grupo queda en una posición comprometida, viéndose privado de la posibilidad de conocer y, en su caso, impugnar los acuerdos sociales adoptados en las sociedades dependientes en las que carece de participación. De ahí que el remedio contractual pueda suplir, en supuestos como el ahora analizado, las carencias tuitivas del Derecho societario (25). Bien es cierto que algunas de las modificaciones normativas referidas –principalmente, la inclusión de la aportación a otra sociedad de activos esenciales entre las competencias de la Junta general del artículo 160.f LSC– resuelve el problema principal, derivado de la falta de acuerdo impugnable en la sociedad en la que se integra el socio externo.

5. La ilicitud causal determinante de la nulidad de las aportaciones. admitida la legitimación del socio para instar la declaración de nulidad de los negocios jurídicos concluidos por la sociedad en beneficio del bloque de control a través de cauces extra societarios, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el concreto vicio invalidante de las operaciones. Confirmando el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, considera las aportaciones no dinerarias nulas por ilicitud causal (*ex* art. 1275 CC) al entender que los negocios jurídicos (aumentos de capital por aportaciones dinerarias con transmisión del principal activo de la sociedad y posterior enajenación de las participaciones sociales) integraban una operación destinada a despatrimonializar la sociedad en perjuicio de los socios minoritarios (26).

(25) Antes de la reforma, la problemática había sido descrita por Fuentes Naharro, M.," Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 269, 2008, pp. 1009-1029, especialmente, pp. 1024-1026, apostando por el sometimiento a la Junta General como medida tuitiva de los socios externos de la matriz.

(26) Mantiene así el criterio de la referida STS 215/2013, de 8 de abril, en que sanciona con nulidad una transferencia de activo esencial en perjuicio de la socia minoritaria. Díez Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 578.

D) CONCLUSIONES

La sentencia analizada confirma la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que reconoce legitimación al socio para instar la declaración de nulidad de los negocios jurídicos concluidos por la sociedad. Esta posibilidad, ahora expresamente prevista por la Ley de Sociedades de Capital plantea, sin embargo, singulares problemas de coordinación con los mecanismos societarios de tutela del socio, especialmente por cuanto sugiere el desconocimiento de los instrumentos propio del Derecho de sociedades e incrementa el riesgo de abuso minoritario. Resulta innegable, sin embargo, que debidamente aplicada, esta tesis suple ciertas carencias de la normativa societaria en punto a la tutela del socio externo y, en ausencia de un Derecho sustantivo-societario de grupos de sociedades, pone a disposición de los titulares de un interés legítimo, incluidos los socios externos de la sociedad matriz, cauces frente a las operaciones societarias concluidas con menoscabo de sus intereses.

ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD, DEBER DE DILIGENCIA Y *HINDSIGHT BIAS*

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2014 (núm. 732/2014)

Miguel Gimeno Ribes
Becario de Investigación FPI-MINECO
Universidad de Valencia

Partes: INMOBILIARIA COLONIAL, SA (demandante y recurrente en apelación y casación) y D. David y D. Justino (demandados y recurridos en apelación y casación).

Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo.

Resumen fallo: Desestimación del recurso de casación por entender que no cabe imputar responsabilidad a los administradores por actuaciones cuyas consecuencias no se podían predecir en el momento en el que tuvo lugar la actuación de los gestores.

Fuente: IdCendoj: 28079110012014100735.

Disposiciones legales aplicadas: Arts. 133.3, 134.1 y 4 TRLSA (arts. 236, 237 y 238 TRLSC).

A) HECHOS

Con anterioridad al año 2006, la sociedad INMOBILIARIA COLONIAL, SA tenía una filial en Francia, SFL. En la referida fecha, GRUPO INMOCARAL, SA adquirió los títulos necesarios para controlar a ambas, así como más de un 15 % de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS. INMOBILIARIA COLONIAL, SA y GRUPO INMOCARAL, SA quedarían integradas en una sola compañía mediante una fusión por absorción llevada a cabo con posterioridad, en febrero de 2007. La sociedad resultante mantendría la personalidad jurídica de la segunda de las recién aludidas, pero utilizaría la denominación social de la otra. Durante el mismo ejercicio económico, se realizaron diversas operaciones de envergadura, entre las que destacan la oferta pública de adquisición lanzada sobre RIOFISA en abril, así como las adquisiciones derivativas con acciones propias (transacciones de autocartera), entre marzo y noviembre. Estas últimas tuvieron lugar, siempre con respeto a la legalidad vigente, por medio de la actuación del órgano de administración, previa autorización de la Junta General, que había tenido lugar en junio de 2006.

Las referidas transacciones se realizaron con inmediata anterioridad a la explosión de la burbuja inmobiliaria; seguidamente se produjo la caída del curso bursátil de las acciones en las que estaba dividido el capital de la compañía resultante, generándose pérdidas importantes. D. David y D. Justino tuvieron diversos cargos en la compañía, entre los cuales destaca su condición de miembros del Consejo de Administración entre los meses de marzo y diciembre de 2007, siendo el primero el presidente del referido órgano –además de ser el mayor accionista de la sociedad– y, el segundo, el consejero delegado. En junio de 2009, la Junta general adoptó un acuerdo mediante el que se decidía interponer una acción social de responsabilidad contra los administradores que hubiesen estado en el cargo en el momento temporal en que se desarrollaron los hechos, con la excepción de aquéllos que continuaran siendo miembros del indicado Consejo de administración. Se habilitaba, al tiempo, al aludido órgano para llevar a cabo los oportunos trámites judiciales, que tuvieron lugar en abril de 2010. La pretensión de la sociedad fue desestimada tanto por el Juzgado de lo Mercantil, como, a consecuencia de los sucesivos recursos de apelación y casación, por la Audiencia Provincial competente y por el Tribunal Supremo.

B) DOCTRINA

1. La indicación por la Junta general de una serie de operaciones que presuntamente habrían causado unos daños y por las que se pretende exigir responsabilidad a los administradores mediante la oportuna acción social no determina la falta de prosperabilidad de la fórmula procesal en caso de plasmación parcial. Así, los gestores de la compañía pueden elegir llevar a cabo el ejercicio de la acción social en relación con cualquiera de las actuaciones que, mediante su mención, quedan identificadas en el previo acuerdo de la Junta general.

2. La referencia a una serie de personas en el acuerdo de la Junta general por el que se opta por ejercitar una acción social de responsabilidad no es óbice para que se opte por interponer la correspondiente acción judicial tan sólo contra algunas de ellas, siempre y cuando en las alusiones del acuerdo éstas hubiesen quedado suficientemente identificadas.

3. Una conducta relevante a los efectos de la posible imputación de una responsabilidad derivada de un daño debe ser antijurídica, en el sentido de vulnerar algún tipo de precepto legal o estatutario o contravenir alguno de los deberes inherentes del cargo de administrador. Esta condición no debe confundirse con la relación de causalidad que necesariamente ha de trazarse entre la referida actuación y el daño producido, que superando la teoría de la equivalencia de las condiciones, debe fundamentarse, a mayor abundamiento, en la generación de un riesgo jurídicamente relevante.

4. La determinación de la posible existencia de negligencia –vulneración del deber de diligencia– ha de realizarse desde la perspectiva del momento en el que se desarrollaron los hechos y, consecuentemente, abstraerse de la realidad existente con posterioridad.

C) COMENTARIO

1. Sobre el negocio jurídico llevado a cabo, sus implicaciones y las circunstancias económicas concurrentes. La sociedad en cuyo

seno se desarrollaron las actuaciones que dieron lugar a la controversia que se dirime en la resolución judicial objeto de análisis había contratado con una entidad de crédito un derivado financiero que la sentencia denomina *equity swap* (1). Este tipo de negocio jurídico, consistente en una permuta de flujos de caja futuros, pudo tener motivaciones de muy diversa índole, que se encuentran relacionados tanto con la cobertura de posibles riesgos, como con una voluntad puramente especuladora. Fuera como fuere, y sin conocer el contenido exacto del contrato en cuestión, lo cierto es que, en términos generales, este tipo de negocios jurídicos tiene como característica esencial el pacto a futuro de intercambio de determinados *cash flows*. Éstos pueden venir dados por modificaciones en índices de referencia utilizados en contratos de tipo crediticio o en el propio curso de cotización bursátil de determinados títulos (subyacente) –lo que parece ser que era el caso– o de una combinación de ambos (2). Llegado el vencimiento del derivado, las partes pueden optar por el intercambio efectivo de los indicados flujos financieros o, lo que es mucho más habitual, la llamada liquidación por diferencias (*cash settlement*). Ésta consiste en el pago de la diferencia entre las cantidades adeudadas por la parte que haya sufrido un mayor quebranto patrimonial (3).

En el caso de autos, el órgano de administración optó por realizar una modificación del contenido del contrato de derivado, optando, en contra de lo originariamente estipulado, por la adquisición de las acciones –que eran de su propio capital– en vez de llevar a cabo la aludida liquidación por diferencias que habría supuesto la entrega de una suma dineraria a la entidad de crédito que actuaba de con-

(1) Véase, entre nosotros, sobre este tipo de derivados financieros, ampliamente, Muñoz Pérez, A. F., *Los derivados financieros "equity" y el gobierno corporativo de las sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 109 y ss.

(2) Sobre la casuística de los tipos de *swaps* existentes en el mercado, véase Ferri-Ricchi, A., *El contrato de swap como tipo de derivado*, Madrid, Civitas, 2014.

(3) Véase, en términos generales, sobre el contrato de *swap*, Cazorla González-Serrano, L., "El contrato de "swap" o permuta financiera", en Alonso Ledesma, C./Alonso Ureba, A. (Dirs.), *Estudios jurídicos sobre derivados financieros*, Madrid, Civitas, 2013, pp. 413-438. En relación con las formas de pago puede verse Muñoz Pérez, A. F., *Los derivados financieros "equity", cit.*, pp. 119 y ss.

traparte. Los títulos adquiridos constituyeron una autocartera, operación que exige determinadas cautelas y que se encuentra sujeta a concretos límites en el ordenamiento jurídico español (4). La licitud de la actuación del órgano de administración no ha sido cuestionada en este sentido, en la medida en que se infiere del relato fáctico que se cumplieron los requisitos del art. 146 TRLSC (antiguo art. 75 TRLSA) (5). En las adquisiciones derivativas de acciones propias que no responden a ninguno de los supuestos libres tasados se exige la previa autorización de la Junta general, lo que parece que constaba a partir de una autorización dada por el órgano deliberante ya en 2006 hasta un 5 % del capital social y por un período de 18 meses. No habiéndose vulnerado norma legal alguna en tal sentido, la cuestión conflictiva, como también consta en la sentencia, no ha sido la contravención de reglas sobre la autocartera.

Sin embargo, en el asunto litigioso se plantea si la decisión de optar por recibir las acciones propias en vez de realizar el pago de la diferencia deudora fue negligente, en la medida en que poco tiempo después se produjo la caída de las acciones de la misma, lo que acarreó daños a la sociedad. En este sentido, no sólo le generó dificultades de financiación, sino que supuso una minoración del valor de activos –las propias acciones– que tenía en su haber. Precisamente poco después del momento indicado se produjo el estallido de la burbuja inmobiliaria, coyuntura económica que, con independencia de las consecuencias adversas que tuvo en general, presentó especial virulencia en el sector en el que desarrollaba su actividad

(4) Un análisis pormenorizado de los límites establecidos para las adquisiciones derivativas de acciones propias puede verse en Vázquez Cueto, J. C., *Régimen jurídico de la autocartera*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 310 y ss.

(5) Véase sobre la regulación bajo la vigencia del TRLSA, Díez-Picazo y Ponce de León, L., "Los negocios de la sociedad con las propias acciones", en AAVV, *Estudios jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Madrid, Civitas, 1995, pp.189-213, concretamente, pp. 198 y ss.; García Villaverde, R., "Adquisición y aceptación en garantía por la sociedad de las propias acciones", en Alonso Ureba, A. (Coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas [en homenaje a José Girón Tena]*, vol. II, t. II, Madrid, Civitas, 1994, pp. 1333-1382, en particular, pp. 1351 y ss., así como pp. 1356 y ss.; Mejías Gómez, J., "El régimen de participaciones propias. La modificación de la disciplina sobre acciones propias", en Príes y Picardo *et al.* (Coords.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 373-431, en concreto, pp. 416-418.

la compañía en cuestión. La duda se plantea en la sentencia en relación con lo acaecido en la economía española y las actuaciones del órgano de administración. La cuestión no puede ser dilucidada sino a partir de una consideración pormenorizada de los diversos elementos que integran el sistema de responsabilidad de los administradores.

2. Sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Cabe plantear, a modo de excurso, la relevancia de algunos aspectos de carácter formal del procedimiento establecido legalmente para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, no tanto por pura voluntad expositiva, sino porque constituyeron el núcleo del objeto de debate en las resoluciones judiciales de las dos instancias previas. Así, en primer término, ha de traerse a colación el argumento utilizado por el Juzgado de lo Mercantil para la desestimación de la demanda, que consistía, en esencia, en que la acción habría caducado al haber transcurrido más de un mes desde la adopción del acuerdo de la Junta general. Se basaba en la dicción del apartado cuarto del art. 134 TRLSA (en la actualidad, apartado segundo del art. 239 TRLSC). Sin embargo, parece evidente, como advirtieron las posteriores instancias, que la referencia del mencionado precepto es a la legitimación de la minoría, tal y como indica su rúbrica. Según el precepto, existirá tal legitimación en caso de inactividad por la sociedad en el plazo de un mes, pero éste poco tiene que ver con la pérdida del derecho de acción por parte de la sociedad (6). La caducidad tan sólo se produce, como pone de manifiesto el Tribunal Supremo, transcurrido el plazo de cuatro años del art. 949 CCom(7), cuyo *dies a quo*, a mayor abundamiento, es el momento del cese en el cargo de administrador del demandado.

La segunda de las cuestiones, planteada en la resolución judicial de la Audiencia Provincial (8), se encuentra también en relación con

(6) Téngase en cuenta, últimamente, Sánchez-Calero Guilarte, J., "La acción social de responsabilidad (algunas cuestiones pendientes)", *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 95-123, en concreto, pp. 114-115.

(7) En relación con el precepto, véase De Castro Aragonés, J. M., "La acción social de responsabilidad de los administradores", *RJC*, vol. 112, núm. 2, 2013, pp. 413-429, en concreto, p. 423.

(8) Comentada por Quijano González, J., "La acción social de responsabilidad contra los administradores: el acuerdo y legitimación para ejer-

aspectos puramente formales del ejercicio de la acción social de responsabilidad. La desestimación de la pretensión con fundamento, en parte, en el aludido argumento, dio lugar a su consideración por parte del Alto Tribunal, al formar parte de uno de los motivos de casación. La problemática tiene que ver con la correcta identificación de los diferentes elementos que integran la actuación en razón de cuyas consecuencias se pretende exigir la correspondiente responsabilidad. En el caso de autos, la Junta general de la sociedad había adoptado un acuerdo en el que se habilitaba al órgano de administración a entablar la consabida acción de responsabilidad contra aquéllos que hubiesen sido miembros del Consejo de administración en el momento en que se desarrollaron los hechos que presuntamente desencadenaron determinados quebrantos patrimoniales a la compañía, con excepción de los que lo continuaran siendo (9). Al delimitar los anteriores, se hacía alusión, tanto a unas compraventas de activos, como a la oferta pública de adquisición sobre RIOFISA, como a las adquisiciones derivativas de acciones propias.

La controversia surgía, en este sentido, por el hecho de que el órgano de administración había optado por ejercitar la acción tan sólo contra dos de los administradores y por una de las actuaciones enumeradas. El Tribunal Supremo considera, con buen criterio a nuestro parecer, que el hecho de escoger tan sólo algunas de las actuaciones o personas a las que se pretende imputar responsabilidad no debe tener efecto alguno sobre la validez del ejercicio de la acción. Cuestión distinta es que pudieran derivarse consecuencias intrasocietarias por no haber agotado el contenido del acuerdo de la Junta general. No parece lógico entender lo contrario, como tampoco que la referencia del acuerdo resultara insuficiente, por no llevar a cabo una cuantificación de las actuaciones y de los daños derivados (10).

---

citarla. Comentario a la Sentencia 380/2012, de 5 de diciembre de 2012, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28", *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 437-453.

(9) Pese a que no se hubiese llevado a cabo una especificación nominal, considera el Tribunal Supremo, en tal sentido, que la alusión a los diferentes sujetos activos no sería necesaria siempre y cuando se delimitara un grupo reducido y finito de personas, que, además, en el caso de autos lo era por partida doble, esto es, también por exclusión.

(10) Entiende Sánchez-Calero Guilarte, J., "La acción social de responsabilidad...", cit., p. 112, que la exigencia legal da lugar a un cierto celo en

En el caso de las personas contra las que se ejercita la acción, el problema puede ser resuelto, como sugiere el Tribunal Supremo, en el sentido de que, indirectamente, la referencia a los que hubiesen tenido la condición de administradores de la sociedad venía dada. Se aludía en el acuerdo a aquéllos que hubiesen sido miembros del Consejo de administración cuando se tomaron las decisiones de contratación que constituirían las actuaciones presuntamente antijurídicas, siempre que aquéllos no continuaran siéndolo en la actualidad. La opción del actual órgano de administración por dos de ellos se debe, en buena lógica, a razones de pura oportunidad; presumiblemente, eran los demandados los que contaban con una mayor masa patrimonial y, consecuentemente, los que con mayor probabilidad abonarían la cantidad adeudada como consecuencia del daño supuestamente producido (11). Teniendo en cuenta el carácter solidario (12) de la responsabilidad de los administradores que continúa estableciendo, al igual que su antecesor (art. 133.1 TRLSA), el art. 237 TRLSC, nada obsta para que el ejercicio de la acción se lleve a cabo en tales términos. Huelga decir que, más allá de la estrategia procesal escogida, los demandados podrían, en su caso, repetir contra el resto de los que en su día eran integrantes del Consejo de administración.

---

la delimitación, tanto de los responsables, como de las actuaciones y los daños subsiguientes. Entiende el Tribunal Supremo, en todo caso –opinión que compartimos–, que las indicaciones contenidas en el relato fáctico de la resolución judicial resultan suficientes. En tal sentido, Quijano González, J., "La acción social de responsabilidad contra los administradores...", cit., pp. 446-447.

(11) De Castro Aragonés, J. M., "La acción social de responsabilidad...", cit., p. 423 entiende que puede instarse la acción de responsabilidad por parte de la Junta general tan sólo contra un grupo de administradores. Nada parece obstar, por lo demás, a que de los administradores referidos, se opte por ejercitar el mecanismo judicial tan sólo contra uno de los referidos en el acuerdo del órgano supremo.

(12) Advierte Sánchez Calero, F., "Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima", en AA.VV., *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 903-934, que la solidaridad deberá entenderse en el sentido del art. 1144 CC, lo que hace suponer que la parte demandante –sociedad– se dirigirá contra el administrador más solvente (p. 922). Se indica, al tiempo, que el demandado podría, en caso de sentencia condenatoria, repetir contra el resto de gestores de la compañía de conformidad con el art. 1145 CC (p. 923).

3. Sobre los presupuestos para la imputación de responsabilidad a los administradores. La cuestión que se revela más espinosa es la de la construcción de una estructura de imputación de responsabilidad aplicable en el caso de la acción social que aquí se dilucida. Como indica el Alto Tribunal, para apreciar judicialmente una responsabilidad de los gestores de la compañía se exige la concurrencia de los elementos fundamentales de aquélla. En primer término, se requiere la existencia de una acción u omisión llevada a cabo por el sujeto del que se pretende sea centro de imputación, así como una fórmula que esto lo permita (13). Se exige, como es notorio, al tiempo, que dicho comportamiento se pueda subsumir en alguno de los antijurídicos a los que hace alusión el propio art. 236 TRLSC, a saber, que la conducta sea contraria a precepto legal o estatutario alguno o se haya producido en vulneración de uno de los deberes inherentes al cargo de administrador. Finalmente, es necesario que para que proceda la indemnización se haya ocasionado un daño a la sociedad y que éste se encuentre conectado mediante un nexo causal con la aludida actuación imputable a los administradores (14).

Sin perjuicio de una pormenorización posterior de alguno de los elementos aquí recién enumerados, que por su relevancia en la resolución judicial objeto de estudio recibirán una consideración más detallada, cabe indicar, en primer lugar, que el comportamiento, en este caso, es activo, y se manifiesta en la realización de una conducta consistente en la contratación de una serie de derivados financieros. Resulta irrelevante, a estos efectos, que la acción hubiese sido previamente autorizada por la Junta general (15), y ello

(13) Véase De Castro Aragonés, J. M., "La acción social de responsabilidad...", cit., p. 416.

(14) Sobre la cuestión, Sánchez Calero, F., "Supuestos de responsabilidad de los administradores...", cit., pp. 908-909, quien advierte de la exigencia de que el daño se produzca a la sociedad y no a los socios o accionistas, puestos que, en tal caso, se cumpliría el presupuesto de una acción individual.

(15) Véase sobre la cuestión Quijano González, J., "Artículo 236. Presupuestos de la responsabilidad", en Rojo Fernández-Río, A./Beltrán Sánchez, E. (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Madrid, Civitas, 2011, pp. 1691-1700, particularmente, pp. 1698-1699, quien no obstante entiende que, en determinados supuestos, la intervención de la Junta general puede llegar a tener un efecto "*moderador*".

incluso en referencia a la distinción en la que parece poner el acento la parte demandante. Este distingo tiene que ver, como se ha puesto de manifiesto, con la propia contratación de los productos financieros aludidos, de un lado, y la opción por una forma u otra de abono –pago por diferencias o adquisición de acciones propias–. Insiste en este sentido la demandante en que la decisión que ejecutó el órgano de administración tan sólo se refería a la primera de las cuestiones y no a la segunda, siendo la incorporación de un mayor volumen de autocartera la acción verdaderamente relevante a los efectos de la imputación de responsabilidad. Es de notar, en todo caso, que, como se desprende del apartado segundo del art. 236 TRLSC, la autorización del órgano supremo de la compañía no tiene incidencia alguna a efectos de determinar la posible responsabilidad, lo que hasta cierto punto reduce la importancia de una diferenciación en el sentido aludido. Sin embargo, no puede desconocerse que la mayor concreción del comportamiento específico puede tener su relevancia a la hora de configurar la estructura de responsabilidad y, particularmente, en el momento de establecer la relación de causalidad.

Por lo que se refiere a la antijuridicidad de la conducta, ninguna de las dos referidas es contraria a precepto legal o estatutario alguno, lo que impide aplicar la presunción de culpabilidad del segundo inciso del apartado primero del art. 236 TRLSC. Al contrario, la duda se plantea, en este punto, en la posible vulneración de alguno de los deberes propios que los gestores sociales deben cumplir en todo caso (16). El análisis, por indicación de la parte demandante, se centra en la posible afectación del deber de diligencia, que se derivaría de la apreciación de una actuación imprudente al adquirir acciones propias cuando poco después de la celebración de dicho negocio jurídico se produciría la burbuja inmobiliaria, una de cuyas manifestaciones sería la caída de la cotización de los títulos de la sociedad.

En último lugar, el daño se produce en la sociedad como consecuencia de la caída de la cotización de las acciones de la propia sociedad, que ésta tiene en autocartera. De haberse realizado el pago por diferencias, como originariamente se había pactado, la

(16) Téngase en cuenta, ampliamente, Ribas Ferrer, V., "Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital", *RdS*, núm. 38, 2012, pp. 73-154.

reducción del valor de los títulos no habría tenido una incidencia patrimonial de relevancia, como sí ocurrió finalmente.

4. Sobre la apreciación de la relación de causalidad y otras cuestiones anejas. Delimitados los elementos fundamentales o presupuestos para la apreciación de la responsabilidad, cabe considerar las cuestiones particulares que tienen que ver con algunos de los aspectos ya anunciados. Se plantea así, para comenzar, la problemática relacionada con la imputación de la actuación a un determinado sujeto, que se encuentra íntimamente relacionada con el establecimiento de una relación de causalidad entre la actuación de los administradores y el daño causado a la sociedad. La cuestión, considerada en la sentencia en su FJ 14.º, surge en relación con el segundo motivo de casación, en el que la parte recurrente entiende que la Audiencia Provincial ha incurrido en una confusión entre la negligencia que presuntamente concurrió en la actuación y la relación de causalidad existente. Sin perjuicio de que el Tribunal Supremo alude al mismo argumento tanto en este caso, como en el análisis del tercer motivo de casación, a saber, la imposibilidad de caer en una suerte de *hindsight bias* o sesgo retrospectivo, cuestión que, en puridad, debería limitarse a la determinación de la posible negligencia, lo cierto es que no ignora la problemática subyacente. Así, advierte el Alto Tribunal de la relevancia de la constatación de la ilicitud o antijuridicidad de una conducta –y, consiguientemente, la concurrencia de posible negligencia en alguna actuación– para poder llevar a cabo una imputación y no limitarse a criterios puramente científicos de causalidad.

En este sentido, sin perjuicio de que un análisis de la causalidad quizá no ha sido llevado a cabo con la suficiente pormenorización entre los autores que se han ocupado del Derecho de Daños (17), como sí que ha sido el caso de la doctrina penalista, lo cierto es que la llamada teoría de la equivalencia de las condiciones ha quedado superada. Según la antedicha, el intérprete debería realizar una abstracción mental en la que eliminara la actuación concreta respecto de la que se pretendiera establecer la conexión causal con el daño y ob-

(17) Una notable excepción, sin embargo, la constituye De Cossío y Corral, A., "La causalidad en la responsabilidad civil. Estudio del Derecho español", *ADC*, vol. 19, núm. 3, 1966, pp. 527-554.

servar si éste, en tal supuesto, se habría verificado. En el caso de autos, cabría diferenciar entre la contratación del derivado financiero y la compra de acciones propias. Es una realidad que la no celebración del negocio jurídico de *swap* no habría impedido que, de realizarse compraventas o cualesquiera otros contratos onerosos sobre las propias acciones, se hubiese producido el daño económico, habida cuenta, por añadidura, de la autorización de la Junta general existente desde tiempo anterior. El no engrosamiento de la autocartera, por el contrario, sí que habría supuesto la caída del valor patrimonial de la compañía y la generación de una mayor iliquidez. Consecuentemente, parece lógico entender que, delimitada la actuación como la decisión de adquirir acciones propias, se podría establecer una causalidad en términos puramente físicos, en la medida en que, si el porcentaje de autocartera fuera nulo, no se habría producido daño alguno.

Sin embargo, como se decía, la superación de un modo de entender la causalidad jurídica excesivamente amplia y que, según casos, podría conducir al absurdo, da paso a una concepción que tiene su fundamento en la llamada teoría de la imputación objetiva (18). Ésta entiende que para que a un hecho concreto pueda imputársele un resultado dañoso debe analizarse si aquél hizo surgir un riesgo jurídicamente relevante que pudiera aventurar la producción del referido daño a indemnizar. El planteamiento, así, parte de una perspectiva según la cual la actuación u omisión generan una situación que contribuye a incrementar la probabilidad de generación del daño futuro, siempre, claro está, que éste se manifieste con posterioridad (19). En este punto, el Tribunal Supremo advierte de la imposibilidad de recurrir a circunstancias adversas que concurrieran con posterioridad, pero que, sin embargo, no pudieran haberse pre-

(18) Una exposición de la configuración puede verse en Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 340 y ss., quien, citando a la doctrina penalista alemana (Roxin y Jakobs), da cuenta ampliamente de la esta teoría.

(19) Sólo así parece ser posible afirmar que la actuación tiene como consecuencia el daño o, lo que es lo mismo, que éste deriva de aquélla, verificándose adecuadamente el nexo causal entre ambos elementos de la estructura. Sobre el particular, Alonso Ureba, A., "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", *RDM*, núm. 198, 1990, pp. 639-727, concretamente, p. 687.

visto en el momento de los hechos. Juega un papel importante, así, el *hindsight bias*, que debe evitarse, según aprecia el Alto Tribunal, en la consideración de la relevancia del riesgo jurídico creado por una determinada actuación. Considerado desde el punto de vista del momento en el que se desarrollaron los hechos, la actuación no tenía visos de generar daño futuro, puesto que no se preveía el estallido de la burbuja inmobiliaria. La especulación sobre el posible conocimiento de dicha contingencia incluso con carácter previo es puramente fáctica e irrelevante a los efectos del presente comentario.

El hecho de que el análisis del órgano judicial traiga a colación la idea de una no consideración *ex post facto* no puede confundirse con la utilización de un argumento similar para la concreción de la existencia de conducta ilícita. En cierto sentido, ambas cuestiones se encuentran interrelacionadas, en la medida en que la generación de un riesgo jurídico relevante, que permite la imputación de un hecho dañoso a la actuación que lo causó, se produce, así, a resultas de una actuación ilícita que, en el caso de consistir en la vulneración de deberes inherentes al cargo de administrador, requiere de un análisis de antijuridicidad similar. La cuestión resulta especialmente relevante desde la reforma llevada a cabo con ocasión de la Ley 31/2014, en la que se establece una presunción *iuris tantum* de culpabilidad en el caso de contravención de precepto legal. No ocurre lo mismo, por el contrario, cuando se produce la vulneración de deberes propios del cargo de administrador. Mientras que en el primero de ellos, el análisis que evite el *hindsight bias* tan sólo ha de llevarse a cabo en relación con la causalidad, esto es, con la imputación objetiva, y no así para la delimitación de la antijuridicidad de la conducta, en el segundo, por el contrario, la consideración debe ser doble.

5. Sobre la ilicitud del comportamiento relevante y el deber de diligencia. Cabe, finalmente, tomar en consideración la conducta propiamente dicha, la cual, tras haber sido delimitada como la realización de una serie de operaciones mediante las que la autocartera quedó incrementada, debe ser atendida su condición antijurídica. Tan sólo en el caso de que ésta concurriese, se verificaría la estructura completa y procedería declarar la responsabilidad de los administradores afectados y consecuente condena a la oportuna in-

demnización. Indica el apartado primero del art. 236 TRLSC que es presupuesto la acción u omisión de los administradores realizada en contravención de norma legal, estatutaria o en incumplimiento de alguno de los deberes inherentes a su condición de tales. Advertido que no se trata en modo alguno del primer tipo de supuestos, toda vez que las operaciones de adquisiciones derivativas de acciones propias en sociedades anónimas resultan lícitas siempre que se encuentren sujetas a los límites legalmente establecidos, lo que parece que fue respetado (20), tal y como se desprende del relato fáctico de la resolución judicial, procede delimitar si se produjo el incumplimiento de alguno de los deberes. La invocación de la parte demandante tan sólo es del deber de diligencia (21), por lo que no resulta necesario detenerse en problemas de lealtad que no parece, nuevamente según los hechos descritos en la sentencia, que se hubiesen apreciado.

El deber de diligencia (art. 225 TRLSC), tal y como se encontraba definido con anterioridad a la reforma de la Ley 31/2014, que ha venido a reconfigurar el sistema de deberes de los administradores y, consecuentemente, de las posibles responsabilidades en las que éstos pudieran incurrir, exigía la realización de la actividad de representación y gestión de conformidad con un determinado estándar. Éste, delimitado como una suerte de *lex artis* propia de la actuación del empresario, no encontraba mayor concreción que la referencia al principio general (22). Tras la reforma, sin embargo, se ha incorporado en el precepto dedicado al deber de diligencia una extensión al cumplimiento legal y estatutario. A esta obligación de *compliance* le es aplicable, consecuentemente, el deber de diligencia, quedando eliminada aquélla, al tiempo, de la norma reguladora del deber de lealtad (23) (antes art. 226 TRLSC, ahora art. 227 del mismo

(20) Véase la nota 5.

(21) Ampliamente puede verse el trabajo de Font Galán, J. I., "El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales", *RdS*, núm. 25, 2005, pp. 71-107.

(22) Véase en tal sentido, Llebot Majó, O., "El sistema de responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia", *RdS*, núm. 7, 1996, pp. 49-70, particularmente, pp. 62-63. En términos similares, Font Galán, J. I., "El deber de diligente administración…", cit., pp. 87 y ss.

(23) En relación con el deber de lealtad, ha de tenerse en cuenta el trabajo de Embid Irujo, J. M., "Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad

cuerpo legal). Sobre la razón de ser de dicho cambio pudiera haber respuestas de tipo dispar. Se plantea la duda, en todo caso, de si el deber de diligencia tan sólo se aplica al cumplimiento normativo, quedando cualquier otra actuación, siempre que se desarrolle en los términos que establece el actual art. 226 TRLSC, bajo el amparo de la *business judgment rule* o discrecionalidad empresarial. Esto permitiría una adecuada delimitación del ámbito de aplicación de cada uno de los preceptos tras la modificación legislativa. Una interpretación divergente pasaría por considerar que el deber de diligencia no sólo debería ser tenido en cuenta en el cumplimiento normativo, sino en la realización de determinadas actividades *a priori* sin tacha legal, lo que entraría en cierta contradicción con la *business judgment rule*. Su vigencia podría en todo caso quedar restringida, en tal sentido, a aquellos supuestos de no cumplimiento de los requisitos del art. 226 TRLSC que, sin embargo, trajeran causa de una vulneración del deber de diligencia, incluso cuando no se tratara de ausencia de observancia de normas legales.

En todo caso, el Tribunal Supremo entiende que no se produce una vulneración del estándar de diligencia exigido, en la medida en que ésta tan sólo se verificaría si, desde un punto de vista del momento en que se hubiese llevado a cabo la actuación presuntamente desencadenante del daño, éste hubiese podido ser previsto. Cabría plantear, en todo caso, cuál debería ser el límite a partir del cual se habría producido la vulneración del deber de diligencia y, consecuentemente, la actuación habría sido considerada antijurídica (24). Es una realidad que existían informes, como se relata en la resolución judicial, que advertían de que podían producirse circunstancias

---

de los administradores de las sociedades anónimas", *CDC*, núm. 46, 2006, pp. 9-48, quien se ocupa del mismo a partir de la p. 32, pero que se refiere al cumplimiento de los preceptos legales a la hora de tratar el deber de fidelidad, por encontrarse en tal sede en el momento de redacción del trabajo (pp. 22-23).

(24) Se planteaba Girón Tena, J., "La responsabilidad de los administradores de la Sociedad anónima en el Derecho español", *ADC*, vol. 12, núm. 2, 1959, pp. 419-450 hasta qué punto era oportuna la limitación de la responsabilidad en caso de falta de diligencia, indicando, de un lado, que una responsabilidad objetiva eliminaría cualquier incentivo a que el buen directivo decidiese tomar las riendas de una compañía; en el otro extremo, sin embargo, una exoneración excesiva no resultaría oportuna (p. 447).

adversas en el sector inmobiliario, lo que, como también se indica en el FJ 16.º, "*hubiera sido más prudente no hacerlo*", pese a que "*no estaba totalmente desaconsejado*". Surge la duda sobre si una absoluta desconsideración de la situación económica futura, pese a que la probabilidad de adversidad no fuese certera al 100 %, no vulneraría el considerado deber. No se pretende valorar aquí la mayor o menor oportunidad de la opción legislativa adoptada en el ordenamiento español con ocasión de la introducción del nuevo art. 226 TRLSC (25), pero lo cierto es que los hechos relatados tuvieron lugar con anterioridad, lo que impide la aplicación de la *business judgment rule* tal y como se encuentra configurada en la norma mencionada.

6. Sobre la regla de la discrecionalidad empresarial y su implantación en el ordenamiento jurídico español. La regla de la discrecionalidad empresarial o *business judgment rule* (26) supone la imposibilidad de imputación de responsabilidad por vulneración del deber de diligencia cuando se cumplen los requisitos incluidos en el precepto que lo regula. El art. 226 TRLSC establece que el estándar de diligencia exigido al administrador se verá cumplido en caso de que las actuaciones relevantes se realicen de acuerdo con la buena

(25) Véase a favor, indirectamente, Paz-Ares Rodríguez, J. C., "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", *RdS*, núm. 20, 2003, pp. 67-109, concretamente, p. 69, donde afirma que "*el régimen de responsabilidad de los administradores ha de configurarse de tal modo que sea tan severo con la infracción de los deberes de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia*". En contra de dicha postura puede verse Gurrea Martínez, A., "La cuestionada deseabilidad económica de la *business judgment rule* en el Derecho español", *Working Paper*, Universidad CEU San Pablo, para quien la estructura de capital concentrado de las sociedades en determinadas economías como la española no hace verdaderamente oportuna una fórmula como la regla de la discrecionalidad empresarial por cuanto el problema de agencia entre socios y gestores no sería tan relevante, produciéndose el alineamiento entre intereses de unos y otros de forma natural.

(26) Ha trabajado sobre la misma, entre nosotros, monográficamente, Hernando Cebriá, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales: la regla del –buen– juicio empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2009. Últimamente puede verse Serrano Cañas, J. M., "La incorporación de la "Business Judgment Rule" al Derecho español. El proyectado art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital", *La Ley Mercantil*, núm. 6, 2014, pp. 30-44.

fe, sin interés en las mismas, con la suficiente información y siguiendo un procedimiento oportunamente establecido al efecto. Más allá de los dos primeros elementos que pretenden evitar cualquier vulneración del deber de lealtad, con el que el legislador es mucho más riguroso, la cuestión determinante consiste en dilucidar si a la hora de tomar una decisión, ésta siguió un protocolo de actuación informado. Ello supone tanto como decir que, cumplido lo antedicho, un posible resultado adverso en el futuro, incluso si conectado causalmente con la acción o la omisión, no deberá dar lugar a responsabilidad alguna para los administradores.

La introducción legislativa de la regla puede entenderse como una suerte de reconocimiento de una tendencia jurisprudencial, de la que la presente resolución judicial no sería sino una muestra más. Ahora bien, eso supone tanto como considerar que la discrecionalidad empresarial ya se podía inferir del texto legal anterior a la reforma pese a que no hubiese sido explicitado, lo cual resulta discutible, especialmente si se piensa en la relación existente entre el deber de diligencia y el de lealtad tanto antes como después de la reforma operada por la Ley 31/2014. Se decía en el epígrafe precedente que la aplicación del deber de diligencia se extiende en la actualidad también al cumplimiento de preceptos legales y estatutarios, mención que antes de la modificación quedaba consignada en sede de deber de lealtad. En la medida en que la *business judgment rule* es aplicable, en los términos del art. 226 TRLSC, a las "*decisiones estratégicas y de negocio*", parece que el ámbito de vigencia de la regla de la discrecionalidad empresarial quedará restringido respecto de dichas actuaciones, pero no ocurrirá lo mismo en el caso de actuaciones que requieran cumplimiento normativo, recogidas ahora en el art. 225 TRLSC. Este cambio legislativo, que en cierto modo es el elemento que permite el mantenimiento de una norma genérica sobre deber de diligencia –en caso contrario, bastaría con el art. 226 TRLSC– permite entender que sí que se ha producido un cambio material en el contenido jurídico considerado a ojos del legislador (27). Ello supone tanto como entender que no existía ni

(27) Frente, a título de ejemplo, a un deber de diligencia mucho más exigente e inmovilista como el descrito por Puig Brutau, J., "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima", *RDP*, núm. 45, 1961, pp. 361-371, concretamente, pp. 364-365.

siquiera indirectamente la regla de la discrecionalidad empresarial con anterioridad a la reforma y que, consecuentemente, ésta no puede ser aplicada al caso de autos.

La cuestión a dilucidar, así, pasa por un análisis de tipo fáctico sobre la diligencia desplegada a la hora de realizar las operaciones de autocartera descritas, pero no desde el punto de vista de la *business judgment rule*, sino de una aplicación del deber en cuestión en el sentido previgente, mucho menos tasado y dejado a la valoración del órgano judicial. Ello no impide, en todo caso, que este último pueda estimar oportuna la evitación de un análisis *ex post facto*, como se indica, puesto que la diligencia no debería ser enjuiciada desde un punto de vista de lo que fue conocido en el futuro.

D) CONCLUSIÓN

El Tribunal Supremo adopta una resolución congruente, en la medida en que, de forma directa o indirecta, desgrana los diferentes elementos que permiten configurar una estructura de responsabilidad. Tras definir el acto relevante como la compra de acciones propias y concretar el daño en las pérdidas económicas sufridas por la sociedad, realiza las oportunas consideraciones en relación con la imputación, la causalidad y la antijuridicidad. Por lo que se refiere al establecimiento del nexo causal, es de notar que no se exige meramente una relación física entre la acción y el resultado, sino una relevancia jurídica que se manifiesta en la creación de un riesgo que tan sólo puede ser valorado desde el punto de vista del momento en el que tuvo lugar la actuación y no de la generación del daño. Por lo que respecta a la antijuridicidad, dado el respeto a los límites legales en el incremento de la autocartera, se analiza la posible vulneración del deber de diligencia, lo que, nuevamente, debe evitar cualquier tipo de *hindsight bias*. Ello no debe, sin embargo, confundirse con la aplicación de la *business judgment rule*, habida cuenta de que ésta no ha sido introducida como tal en el ordenamiento jurídico español hasta la reforma de la Ley 31/2014 y porque, dada la modificación legislativa, una exégesis del precepto regulador del deber de diligencia según la cual éste presuntamente contuviese la indicada regla de excepción resultaría inviable.