

El acta de notificación en la subrogación hipotecaria activa y otras cuestiones de la reciente jurisprudencia y doctrina registral

Antonio Ángel Longo Martínez. Notario de Calafell

EL ACTA DE NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY 2/1994

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 y 24 de septiembre de 2009

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, introdujo en el procedimiento de subrogación hipotecaria activa regulado por la Ley 2/1994 la necesidad de que la notificación a la entidad acreedora de la intención de la entidad oferente de iniciar dicho procedimiento se haga notarialmente, e incorpore un ejemplar de la oferta vinculante, aceptada por el deudor, conteniendo las nuevas condiciones del préstamo que ésta está dispuesta a aplicar. Dicha acta contendrá además el requerimiento para que la entidad acreedora entregue a la oferente una certificación del saldo deudor actual de dicho préstamo.

Dicha novedad no podía ser valorada sino muy positivamente, por cuanto representa una garantía añadida, dirigida fundamentalmente a dar fehaciencia al comienzo del procedimiento legalmente previsto, en interés de todas las partes implicadas. Sin embargo, y lamentablemente, la regulación sigue conteniendo lagunas que la práctica diaria ha ido poniendo al descubierto, y que han hecho necesaria la toma de postura de la DGRN en diferentes ocasiones. Es el caso de las resoluciones de 23 y 24 de septiembre pasado, en las que se vuelve a traer a colación el juego de plazos que se contiene en el artículo 2 de la Ley, concretamente el que recoge sus párrafos tercero y cuarto: *“La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente notifique, por conducto notarial, a la entidad acreedora, su disposición a subrogarse, y le requiera para que le*

entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo o préstamos hipotecarios en que se haya de subrogar.

Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si, en el plazo de quince días naturales, a contar desde la notificación del requerimiento y en respuesta al mismo, comparece ante el mismo Notario que le haya efectuado la notificación a que se refiere el párrafo anterior y manifiesta, con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que igualen o mejoren la oferta vinculante. De esta manifestación se dejará constancia en la propia acta de notificación.”

El cómputo de estos dos plazos ha sido objeto de discusión entre los especialistas, notarios y registradores, no obstante lo cual parece que puede sintetizarse, como “mínimo común denominador” de las opiniones, que los mismos se cuentan desde que la entidad oferente haya notificado en acta notarial a la entidad acreedora su intención de subrogar, y que con ellos la norma compele a ésta a determinadas actuaciones; así, dicha entidad tendrá:

— Los siete días naturales que la Ley le da para entregar a la oferente la certificación de la deuda.

— Los quince días naturales (dentro de los que se engloban los siete anteriores) para comparecer ante el Notario autorizante del acta y manifestar, con constancia en la misma, su intención de enervar.



En los supuestos de hecho tratados por la Dirección General en las resoluciones citadas se dan las siguientes circunstancias:

— La entidad acreedora no comparece ante el Notario autorizante del acta, dentro de los siete días desde que se le hizo la notificación, para entregar la certificación de saldo.

— El Notario que autorizó el acta la cierra pasados esos siete días, pero antes de los quince.

— La escritura de subrogación se formaliza pasados los quince días desde la notificación (dato que la DG se encarga de destacar —“debe hacerse constar”, dice— pero sin valorar más allá).

— El Registrador aprecia el defecto consistente en que el acta está cerrada antes de los quince días que tiene la oferente para enervar, aun cuando no haya entregado la certificación.

Y en lo que la DG se centra, para acabar declarando inscribible la subrogación, es en si para enervar debe haberse entregado la certificación dentro de plazo, concluyendo que sí. No cabe, pues, la enervación si no se ha certificado en plazo. Y, como sabemos y dice más adelante el mismo artículo, si no ha habido certificación el procedimiento subrogatorio debe continuar mediante el cálculo de la deuda por la entidad oferente bajo su responsabilidad, y el depósito de su importe en poder del Notario autorizante, a disposición de la entidad acreedora.

El problema es que en la regulación de esos dos plazos, el de siete para entregar la certificación y el de quince para enervar, existe una gran diferencia: **la entrega de la certificación no tiene por qué hacerse notarialmente**, mientras que **la decisión de enervar sí debe constar en la misma acta de notificación**. Esta es, sin duda, una de las grandes lagunas legales, por cuanto toda lógica habría indicado la necesidad de que la entrega de la certificación constara en el acta.

Al respecto, la DG dice que, cuando menos en base a los principios de buena fe y de lealtad entre entidades financieras, la entrega de la certificación por la entidad acreedora *debería* hacerse por la misma vía notarial por la que recibió el requerimiento, y la entidad oferente *no debería* seguir el procedimiento de subrogación mediante depósito notarial del importe del débito si ha recibido la certificación de la deuda por vía distinta a la notarial. Todo ello sin perjuicio de las acciones que en su caso pudiera ejercer ante los tribunales la entidad acreedora para ejercer su derecho a enervar.

A la vista de lo anterior, cabe plantearse las siguientes cuestiones:

— ¿Es correcto que —como en el supuesto de las Resoluciones— se cierre el acta antes de los quince días, si en los siete días siguientes a la notificación la entidad acreedora no ha comparecido ante el Notario y entregado la certificación?

Hay que reparar en que, pese a ser ésta “una parte” del defecto planteado por el Registrador, la Dirección General no se define, y únicamente fundamenta y rechaza “la otra parte” del defecto, negando la posibilidad de enervar si no se ha certificado.

En su día, y mediante “nota aclaratoria” de 14 de marzo de 2008, el Consejo General del Notariado entendió que para cerrar el acta había que esperar los quince días previstos en el artículo 2 de la Ley.

En mi opinión, la interpretación que hizo el Consejo sigue siendo correcta, por lo ya dicho: la entrega no tiene por qué hacerse notarialmente —aunque según la DG *debería*— y de haberse hecho en otra forma y en plazo, cerrando el acta anticipadamente se estaría impidiendo a la entidad acreedora ejercer el derecho de manifestar en la forma legalmente prevista —constancia en el acta— su decisión de enervar. ¿Qué haría el Notario que ha cerrado el acta si antes de los quince días comparece un representante de la acreedora con un burofax acreditando haber enviado a la oferente la certificación de saldo dentro de los siete días?

— Ahora bien, suponiendo que se conteste afirmativamente a la anterior cuestión, ¿es correcto autorizar la subrogación en base a un acta cerrada después de los siete, pero antes de los quince días? Parece que para la DG sí. Yo siento no compartir ese criterio, por las razones expuestas; sintetizando, porque siendo elemental que si hay manifestación de querer enervar no puede haber subrogación, estaríamos autorizando ésta sin haber comprobado en la forma legalmente prevista que no se ha hecho tal manifestación.

— ¿Tiene alguna incidencia que en este caso la escritura de subrogación se autorice antes o después de pasados los quince días? En las resoluciones citadas la Dirección General destaca la circunstancia de haber pasado esos quince días, pero no dice por qué resulta un dato destacable. Obviamente, si no hubieran pasado los quince días, no se habría cumplido el plazo que para la manifestación de querer enervar concede la Ley a la entidad acreedora, pero ¿qué importancia tiene ésto si se considera que no habiendo comparecido para entregar la certificación ya no puede haber tal manifestación? Lo cierto es que únicamente si el Notario autorizante del acta es el mismo que autoriza la subrogación, podría saber que han pasado los quince días y no ha habido manifestación de querer enervar (aunque no se entendería entonces por qué se había cerrado el acta con anterioridad); de ser Notarios distintos, con un acta cerrada antes de tiempo esa circunstancia queda en el aire.

En todo caso, siguiendo la doctrina de estas resoluciones, que parece basarse más en principios como la “lealtad entre entidades” que en la letra de la Ley, siempre será una cautela elemental que el representante de la entidad subrogada declare expresamente que ésta no ha recibido la certificación de la acreedora por cualquier vía distinta de la entrega al Notario autorizante del acta.

CONSECUENCIAS DE LA DEROGACIÓN POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 14.4 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA REDACCIÓN DADA POR EL DECRETO 1836/1974

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009

De nuevo el tema de la adquisición y pérdida de la vecindad civil es objeto de tratamiento por el Tribunal Supremo, lo cual no es extraño por cuanto nuestro ordenamiento civil por un lado hace depender de la vecindad la mayor parte de los derechos y deberes que configuran el estatuto personal y patrimonial de los ciudadanos (Capítulos IV y V del Título Preliminar del Código Civil), con lo cual la incidencia que su correcta determinación presenta en el ámbito jurídico es constante; por otro, ese mismo ordenamiento continúa presentando una cada vez menos justificable falta de conexión entre vecindad y Registro Civil, lo que dificulta enormemente tal determinación.

Y si bien el Tribunal Supremo hace referencia a una norma hoy derogada, la prolongación en el tiempo de los efectos de la misma hace necesario tomar en consideración la doctrina que emana de esta sentencia, como es de ver en el mismo supuesto de hecho que se sustancia, en el cual los derechos de los litigantes dependían en último término de la adquisición o no de la vecindad civil catalana por su madre, y consecuentemente de la aplicación de una u otra legislación a la herencia de la misma.

Se discute concretamente sobre la legislación aplicable a la herencia de Doña Milagrosa, viuda de Don José Pablo, la cual, en base a su presunta vecindad civil navarra, había otorgado testamento en favor de su hijo Leonardo, sin nada dejar a su otro hijo, Victorio. Este aduce que la causante tenía vecindad civil catalana, y reclama su mitad de la herencia, o, como mal menor, su legítima, que se valora en 522.620.916 pesetas, esto es, tres millones ciento cuarenta y una mil catorce euros con noventa y siete centimos (3.141.014,97 euros), más la octava parte del valor de una serie de bienes que se determinaría en ejecución de sentencia. Son antecedentes resumidos, en orden cronológico:

— En fecha 21 de noviembre de 1968, D. Jose Pablo hace ante el Registro civil de Pamplona declaración de querer adquirir la residencia foral navarra por residencia continuada de dos años. Dicha declaración causó inscripción marginal en la de nacimiento de ambos cónyuges, al ser adquirida la misma vecindad civil por la esposa, D.ª Milagrosa, en virtud del principio de unidad familiar, establecido en el artículo 15.3 CC, que en su redacción original, y al regular las formas de “ganar vecindad”, disponía que “en todo caso, la mujer seguirá la condición del marido”.

— D. Jose Pablo falleció el 20 de abril de 1986, en Barcelona, donde siempre habían residido los cónyuges (sic en la sentencia del Supremo). Esta mención hay que ponerla en relación con la alegación que se hace por el recurrente del carácter fraudulento de la adquisición de vecindad navarra, que la Audiencia estima, pero no el Supremo por falta de pruebas.

— El 20 de febrero de 1996, es decir, a punto de cumplirse los diez años desde la defunción de su esposo, D.ª Milagrosa declaró ante el encargado del Registro civil su voluntad de conservar la vecindad civil de Navarra.

— D.ª Milagrosa falleció el 11 de enero de 1998 en Barcelona.

— El Juzgado de 1ª Instancia, la Audiencia Provincial y el TS dan la razón a Don Leonardo, condenando a su hermano Don Victorio al pago de la legítima.

Interesan las siguientes cuestiones, tratadas por la STS:

a) Doña Milagrosa no adquirió la vecindad foral navarra por manifestación expresa y residencia continuada de dos años sino de conformidad con el derogado artículo 15.3 (luego 14.4) del Código Civil *que imponía a la mujer casada la vecindad del marido, y dicha declaración fue suficiente para causar nota marginal en la inscripción de nacimiento de la causante.*

Y la norma del vigente art. 14.5 CC de que la declaración ante el Registro Civil no necesita ser reiterada, debe entenderse en el supuesto de declaración expresa, lo que no ocurre en el presente caso, en el que doña Milagrosa no adquirió la vecindad civil navarra por declaración expresa ante el Encargado del Registro Civil sino por seguir la vecindad adquirida por su esposo.

Por tanto, la posibilidad de que Doña Milagrosa conservara la vecindad civil navarra venía condicionada a que la misma hiciera personalmente, en tiempo y forma, la pertinente declaración de voluntad ante el Registro Civil correspondiente.

b) La norma contenida en el art. 14.4 CC (anterior 15.3) por la que **la mujer casada se veía vinculada a la vecindad civil de su esposo dejó de surtir efecto en 1978 con la entrada en vigor de la Constitución, en la fecha de su publicación, el 29 de diciembre de 1978, al quedar derogado dicho precepto por ser claramente inconstitucional**, y a tenor de la Disposición Derogatoria, apartado 3, por ser contraria al principio de igualdad entre los cónyuges consagrado en los arts. 14 y 32.1 CE. En consecuencia, *doña Milagrosa, por residencia continuada en la ciudad de Barcelona durante más de diez años, recuperó la vecindad civil catalana, en fecha 29 de diciembre 1988.*

La inconstitucionalidad de la normativa anterior a la Constitución que se oponga a lo previsto en ésta, conforme a la citada Disposición Derogatoria, apartado 3, fue ya puesta de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986 a propósito de un supuesto en que el régimen económico matrimonial había quedado determinado por la vecindad civil del marido al tiempo de contraer matrimonio, si bien sin consecuencias prácticas para el referido supuesto, por cuanto el matrimonio se había celebrado antes de entrar en vigor la Constitución. La posterior publicación de las Leyes 11/1990, de 15 de octubre, y 18/1990, de 17 de diciembre, que dieron nueva redacción a los artículos 14 y 15 del Código Civil, adecuaron la regulación de esta materia al principio constitucional de no discriminación por razón de sexo.



c) La competencia del juez ordinario para declarar la derogación de una norma por inconstitucionalidad sobrevenida. Frente a la posición del recurrente de que el juez debería haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad, el TS cita la STC 39/2002, de 14 febrero, según la cual está claramente admitida la posibilidad de que el juez ordinario declare la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida de normas anteriores a la Constitución, y no se requiere el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque puede optar por ella como reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional citada.

d) Interpretación de la disposición transitoria de la Ley 11/1990. Como sabemos, citada Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, elimina el principio de unidad familiar por el cual la mujer casada seguía la vecindad del marido, y los hijos no emancipados la de su padre, y en defecto de éste la de su madre.

La disposición transitoria de dicha Ley establece unas pautas para solventar las consecuencias de la eventual pérdida forzosa de la vecindad que en su caso se hubiere producido en virtud de la aplicación del mencionado principio. Así, dicha disposición permite a la mujer casada recuperar la vecindad civil que ostentaba antes de contraer matrimonio con dos condiciones: que lo solicite de forma expresa y que lo haga en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 11/1990. Según el recurrente, ello demuestra que el legislador estaba convencido de la vigencia del art. 14.4 CC antes de la entrada en vigor de la Ley de 1990, porque si no todas las mujeres habrían readquirido la vecindad civil *ope legis* a la entrada en vigor de la Constitución.

La complejidad de este asunto, dice el Tribunal Supremo, viene provocada por la falta de diligencia del legislador en la regulación de esta materia, pues la derogación del denominado principio de unidad familiar en la vecindad civil no se formalizó efectivamente hasta la reforma efectuada en 1990. En el caso que se concluya que la disposición transitoria transcrita tuvo como finalidad la de permitir a las mujeres casadas en la situación que en ella se preveía optar por la vecindad civil de origen, sin tener en cuenta la derogación operada por la Constitución, debería considerarse que la citada Disposición transitoria contenía una norma inconstitucional, por haber olvidado el legislador dicha derogación por incompatibilidad con el principio de igualdad entre los cónyuges y obligaría a la Sala a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, el art. 5.1 LOPJ obliga a los jueces a interpretar y aplicar las Leyes “según los preceptos y principios constitucionales”, estableciendo la denominada interpretación *secundum constitutionem*, que debe ser utilizada en este punto.

De acuerdo con esta técnica, **debe entenderse que la citada Disposición transitoria se aplicará en aquellos casos en que la mujer no haya adquirido la vecindad civil de origen en el momento de entrar en vigor la Ley 11/1990.** Es decir, que la Disposición transitoria de la Ley 11/1990 no es la única forma de recuperar la vecindad civil perdida por el matrimonio, puesto que seguían funcionando los distintos sistemas establecidos en el art. 14 CE (sic: se refiere al CC), es decir, la

de residencia de dos años, con declaración favorable y la de 10 años, sin declaración en contra, que a partir de la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del art. 14.4 CE (sic: se refiere al CC), permitieron a las mujeres casadas adquirir una vecindad distinta de la de su marido, cerrando el ciclo la citada disposición transitoria cuando ello no hubiese ocurrido. De este modo, al haber quedado excluido por la norma constitucional el principio de unidad familiar, la mujer casada pudo adquirir, con independencia de su cónyuge una vecindad civil distinta de la que ostentaba su marido, cumpliendo los requisitos exigidos en el Código. Y ello es lo que ocurrió en el presente caso, concluye el Tribunal Supremo, puesto que residiendo D.^a Milagrosa en Barcelona, según se ha probado, adquirió la vecindad civil catalana en 1988, es decir, diez años después de la entrada en vigor de la Constitución, *por no haber efectuado una declaración en contra de la misma.*

En resumen, según el Supremo, por consecuencia de la derogación que la Constitución provocó de la norma del art. 14.4 CC, desde el día 29 de diciembre de 1978 (publicación de la Constitución) toda mujer casada que hubiera perdido su vecindad de origen por seguir la de su marido dejó de estar sujeta a dicha vinculación y pasó a estarlo al régimen general de adquisición y pérdida de la vecindad por residencia continuada del art. 14.5: posibilidad de adquirir la vecindad de su residencia voluntariamente a los dos años (29 de diciembre de 1980) y adquisición automática de la misma —si no hay declaración en contrario— a los diez años (29 de diciembre de 1988). De no haberse producido ese cambio de residencia, tendría la opción adicional que deriva de la Disposición transitoria de la Ley 11/1990, de recuperar, en el año siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, la vecindad que perdió al contraer matrimonio.

Los supuestos de adquisición voluntaria, sean por residencia de más de dos años, o por la opción de recuperación reconocida en la Ley 11/1990, no deberían presentar mayor problema, tanto menos cuanto que exigen un reflejo documental de esa voluntad en el Registro Civil correspondiente. Ahora bien, la adquisición automática de la vecindad del lugar de residencia por el transcurso de los diez años sin declaración en contrario provoca efectos un tanto paradójicos, a los que convendría prestar atención:

— Por un lado, los de la sentencia estudiada: una persona que ha adquirido una determinada vecindad conforme a Ley, y ordena su sucesión al amparo de la misma, se encuentra con que a los diez años de publicada la Constitución pierde esa vecindad por haber estado viviendo en territorio diferente, lo cual altera drásticamente la eficacia de sus disposiciones sucesorias; y ello pese a haber hecho declaración de querer conservar la que entendía que era su vecindad civil, declaración que deviene ineficaz dado que para entonces ya había perdido la misma por el juego de la residencia continuada.

— Por otro lado, el que la mujer que contrajo matrimonio a partir del 29 de diciembre de 1978 no perdió su vecindad si la de su marido era diferente, porque la Constitución había derogado el aparentemente vigente art. 14.4 CC; vigencia ésta cuya apariencia resulta destacada al dictar el legislador en 1990 una

norma expresamente dirigida a que esa persona pudiera *recuperar* la vecindad que había *perdido* como consecuencia de su matrimonio, es decir, dando por supuesto esa pérdida que ahora hay que entender que el TS descarta.

Todo ello nos conduce, como decíamos al principio, a conclusiones que no es la primera vez, ni mucho menos, que se exponen: la insuficiente regulación en nuestro derecho de la acreditación de la vecindad civil de la persona. Teniendo su determinación la trascendencia que tiene, no parece lógico que haya tantísimos casos en los que esa acreditación no puede ser fehaciente, a veces ni tan siquiera documental, y esté por el contrario sujeta a hechos la prueba de los cuales ni los mismos interesados pueden a veces facilitar. Del mismo modo que el régimen económico matrimonial —por mencionar el efecto que probablemente nos venga a la mente más de inmediato— debería tener reflejo en toda inscripción de matrimonio, y no sólo cuando existen pactos expresos, la conexión entre vecindad y Registro Civil debería ser objeto de un estudio en profundidad que permitiera evitar situaciones como las que hoy se dan, en las que una adquisición voluntaria de vecindad civil por residencia continuada —o de conservación de la anterior— sí se hace constar en el Registro en virtud de la pertinente declaración, pero el cambio *ipso iure* de vecindad a los diez años de residencia se produce no ya sin constancia en el Registro Civil, sino en la mayoría de los casos sin conocimiento de los propios interesados.

FECHA DE OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA COMO DETERMINANTE DE LA NORMATIVA APLICABLE A LAS DECLARACIONES DE OBRA NUEVA

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 2010

El supuesto de hecho que da lugar a la resolución es el de una escritura de declaración de obra nueva, de fecha 25 de septiembre de 2007, relativa a una construcción terminada el 26 de abril de 2007; es decir: construcción dos meses y pico anterior, pero escritura dos meses y pico posterior a la entrada en vigor (1 de julio de 2007) de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo. El Registrador entiende aplicable esta normativa, mientras que el Notario aduce que el régimen aplicable a los requisitos para obtener la inscripción de las obras nuevas terminadas debe ser el que corresponda a la fecha de la finalización de la obra (en este caso el resultante de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones).

La Dirección General confirma el defecto, y en consecuencia declara aplicable la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, en la cual, y como medida de control de la legalidad urbanística, el artículo 19.1 impone a los Notarios determinadas obligaciones de comprobación del cumplimiento de los requisitos y deberes urbanísticos por los interesados. Así, dicha norma prescribe que, para autorizar una escritura de declaración de obra nueva terminada, los Notarios exigirán —además de la certificación expedida por técnico competente a que se refiere tal disposición— «la acreditación documental del cumplimiento de todos los

requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística». Recuerda a continuación que en Resolución Circular de 26 de julio de 2007, dicha norma fue interpretada en el sentido de que esta exigencia «... significa que no se autorizarán por los Notarios ni se inscribirán por los Registradores de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva terminada o actas de finalización de obra de edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en lo sucesivo LOE) sin que se les acrediten tanto el seguro decenal regulado en el artículo 19 de la citada Ley, como los demás requisitos documentales exigidos por esa Ley para la entrega al usuario. Tal documentación no es otra que el Libro del Edificio a que se refiere el art. 7 de la LOE».

Añade la Dirección General que «el objeto del art. 19.1 de la Ley 8/2007 no es el regular los controles administrativos sobre la forma en que se ha ejecutado la obra, sino los requisitos necesarios para su documentación pública e inscripción registral y, por lo tanto, **las sucesivas redacciones legales en la materia**» —y cita desde la Ley 8/1990, de 25 de julio hasta el Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio—, «**serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior**».

Es este punto de la resolución el que parece conveniente analizar más detenidamente. Inicialmente, parece que conforme a esta doctrina, en toda declaración de obra nueva terminada otorgada a día de hoy, y con independencia de la fecha de finalización de la construcción, estaríamos obligados a cumplir lo previsto en el vigente Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en cuyo art. 20 se contiene la misma prescripción que en el antes transcrito art. 19.1 de la Ley 8/2007.

¿Implica ésto una modificación en el régimen hasta ahora aplicable a las llamadas «obras preexistentes» u «obras nuevas viejas»? Entiendo que no, sin perjuicio de que convenga hacer algunas observaciones:

a) En cuanto a aquellas construcciones respecto de las cuales hubiere prescrito la eventual infracción urbanística y no conste en el Registro anotación que lo contradiga, seguirá siendo suficiente con acreditar dicha circunstancia por cualquiera de los medios previstos en el art. 52 del RD 1093/1997: certificación catastral o municipal, certificación técnica, o acta notarial, de las que resulte su antigüedad, y la coincidencia de su descripción con la hecha constar en el título.

Sí debe no obstante tenerse en cuenta en relación a estos casos algo que puede pasarnos por alto en ocasiones, y es la posibilidad de que, estando prescrita la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, la construcción sea no obstante posterior a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación (6 de mayo de 2000), y, si bien no la licencia de obras,



sí debamos exigir que se nos acredite la existencia del seguro decenal y del Libro del Edificio. Ello, naturalmente, sin perjuicio de las excepciones reconocidas en los casos de autopromotor de vivienda unifamiliar, a las que cabrá añadir, en cuanto a dicho seguro, el supuesto de que hayan pasado también los diez años de vigencia legal del mismo, cosa que habrá podido empezar a ocurrir por tanto a partir del 6 de mayo de 2010.

b) En cuanto a las construcciones anteriores al 18 de agosto de 1990, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/1990, la doctrina de la DGRN se contiene en Resoluciones como las de 3 de octubre de 2002, 6 de julio de 2005 o 11 de junio de 2007.

En esta última, la DGRN recuerda que la Disposición Transitoria 5.ª del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 estableció que las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular, por lo que no puede impedirse su inscripción; no es obstáculo para ello que se basen sólo en la mera manifestación del interesado. Es decir, debe acreditarse su antigüedad, pero, a diferencia del supuesto anterior, no es preciso que la descripción de la obra declarada se apoye en certificación técnica o administrativa.

Hay que recordar que la citada Disposición Transitoria 5ª fue mantenida en vigor por la Ley del Suelo de 1998 y por la Ley del Suelo de 2007, y que su contenido viene hoy recogido en la también Disposición Transitoria Quinta del vigente Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (*Disposición transitoria quinta Edificaciones existentes. 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*).

DIVISIÓN HORIZONTAL SIN LICENCIA DE VIVIENDA UNIFAMILIAR

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de enero de 2010

Se plantea el supuesto de hecho en territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La división horizontal afecta a una edificación declarada como vivienda unifamiliar, que obtuvo licencia municipal de obras con fecha 29 de enero de 1992, habiéndose declarado la ampliación de la misma al amparo de lo dispuesto en el art. 52 del Real Decreto 1093/1997. La discusión vuelve a centrarse en la aplicabilidad o no del art. 53 a) del citado Real Decreto, según el cual no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. En la interpretación de dicho precepto, la Dirección General tiene declarado que para su aplicación es precisa norma con rango de Ley que

exija claramente licencia. El Registrador alega que en este caso dicha norma la constituye el art. 66.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que *considera actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante (...) divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en proindiviso de un terreno, fincas, parcelas, (...) puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble*. La Notaria alega que tal precepto debe entenderse aplicable a los terrenos que sean no urbanizables, y la Dirección General entiende indudable que el precepto no se refiere a una edificación sino al terreno, finca o parcela, y añade: *“En definitiva, y, como ya ha dicho este centro directivo (vide Resoluciones citadas en el «Vistos»), la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo— que le sirve de soporte, no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma —la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas—, superficie o linderos. La asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad. Sería lo mismo que exigir licencia para la división horizontal en los frecuentes supuestos de edificaciones integradas por varias viviendas adosadas, construidas con una licencia que así lo autoriza sobre un solar indivisible según la misma ordenación.”*

Trasladando la cuestión a Cataluña, la respuesta genérica a la cuestión sería muy diferente, pues la norma legal que la DG “reclama” para la exigibilidad de la licencia conforme al art. 53 del RD 1093/1997 la tenemos en el art. 179, letra r, del TR de la Ley de Urbanismo, que la exige para *“la constitución de un régimen de propiedad horizontal o bien de un complejo inmobiliario privado, o su modificación cuando comporte un incremento del número de viviendas o establecimientos, y también las operaciones que tengan por objeto constituir más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente de los que se hayan hecho constar en una declaración de obra nueva precedente. No es precisa la licencia si la licencia de obras ya contiene el número de departamentos individuales susceptibles de aprovechamiento independiente”*. La regla general es por tanto la exigibilidad de licencia para cualquier constitución o modificación de propiedad horizontal, en tanto en cuanto conlleve un incremento de elementos independientes.

No obstante lo cual, entiendo que en un supuesto como el que parece que es objeto de la Resolución quizá también en Cataluña la escritura se podría haber autorizado e inscrito. Todo dependerá de cómo se hubiere declarado esa ampliación de obra nueva. Si sobre lo que era registralmente una vivienda unifamiliar se declara e inscribe en su momento por la vía del art. 52 del RD 1093/1997 —antigüedad de la obra— una ampliación consistente en otra vivienda, la construcción resultante podrá ahora ser objeto de división horizontal con formación de dos viviendas independientes, puesto que de la misma no resultan más elementos independientes de los que ya constan en

la descripción tabular. Y aun si de dicha descripción no resulta que hay dos viviendas, pero puede demostrarse ahora, por los mismos medios previstos en el citado art. 52, que así es desde una fecha que implique la prescripción de la eventual infracción urbanística, tampoco sería exigible la licencia para la división horizontal.

Por lo demás, la doctrina de la DGRN de entender no exigible la licencia en los casos de división horizontal, en base a las especiales características de este régimen jurídico, parece encontrar un argumento de peso cuando pone el ejemplo de *“los frecuentes supuestos de edificaciones integradas por varias viviendas adosadas, construidas con una licencia que así lo autoriza sobre un solar indivisible según la misma ordenación”*; pero éste no es propiamente un supuesto de división horizontal sin licencia, sino más bien de licencia implícita en la de obras, lo cual queda claro en el propio art. 179 letra r del TR catalán, antes transcrito, que lo contempla en su último párrafo: si la licencia de obras determina el número de elementos, es suficiente para constituir éstos como independientes en la división horizontal.

Fuera de estos casos, sigue pareciéndonos chocante que según la DGRN se pueda constituir en propiedad horizontal, con formación de dos viviendas privativas, la construcción que en la misma escritura se declara en obra nueva y que la licencia autoriza como una vivienda unifamiliar. Ese fue el caso de la Resolución de 16 de enero de 2002, transcrita por la Notario en su recurso, y citada en *“vistos”* de la que comentamos, y en la que la DG argumenta que *“si bien es cierto que corresponde al planeamiento la determinación de la intensidad edificatoria de cada zona de suelo, ello debe agotarse en el señalamiento del volumen edificable o de los metros cuadrados de edificación residencial por hectárea”*. Cuesta admitir que el planeamiento no tenga nada que decir en relación al número de viviendas edificables por sector; desde luego, no parece entenderlo así el legislador catalán, que en el art. 36 del TR de la Ley de Urbanismo dice que *“el planeamiento general asigna el aprovechamiento urbanístico”*, y que *“también integra el aprovechamiento urbanístico la densidad del uso residencial, expresada en número de viviendas por hectárea”*.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ALCANCE DE LA PREVISIÓN ESTATUTARIA QUE PERMITE LA SUBDIVISIÓN DE LOCALES

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2010 y Resolución de la DGRN de 12 de abril de 2010

La STS de 11 de febrero de 2010 resuelve un supuesto a favor de un propietario de un local en planta baja de edificio en régimen de propiedad horizontal que, amparándose en la norma estatutaria que autoriza la subdivisión de dichos locales, realiza ésta, y, para dar al local segregado salida a la vía pública, convierte en puerta lo que hasta entonces era una ventana.

El TS reconoce que dicha doctrina es singular para el caso concreto: interpretación del art. 7 LPH en caso de locales comerciales sitos en planta baja, mientras que las sentencias invocadas por el recurrente tienen carácter general (en la de 27 de

junio de 1996, el TS, en un caso con idéntica previsión estatutaria, negó al propietario de un local en planta sótano comunicar la porción segregada mediante apertura de puerta al vestíbulo de entrada del inmueble).

El interés de la sentencia, por tanto, radica en determinar la aplicabilidad de su contenido a aquellos supuestos en los que se plantea formalizar una división de local integrante de un edificio en propiedad horizontal, cuando dicha división, por sí sola, no permite a los locales resultantes de la misma tener salida a elemento común o a la vía pública, y por tanto no reunirían los requisitos para ser susceptibles de su consideración como *“elementos independientes”*, conforme a los artículos 1 de la LPH, o, en Catalunya, 553-2 del CCC. Todo ello, por supuesto, partiendo de que la previsión estatutaria no prevea —como en ocasiones ocurre— la apertura directa de esa comunicación.

En ocasiones, ese acceso a elemento común o a la vía pública se consigue mediante la constitución previa o simultánea de una servidumbre de paso por otro elemento independiente, posibilidad expresamente reconocida por la DGRN en la Resolución de 16 de mayo de 2002, en la cual dicha servidumbre se constituía sobre el local resto y en favor del segregado.

Aquí, sin embargo, se trata de dar esa salida a través de la apertura de una puerta, bien a la vía pública, en la Sentencia comentada, bien al portal del edificio, en la de 27 de junio de 1996.

De acuerdo con el TS, si se trata de local comercial en planta baja y de puerta abierta a la calle, la doctrina singularizada de dicho supuesto es que sí procede admitirlo.

A partir de ahí, la cuestión es si cabe seguir esa doctrina, o pedir la autorización de la comunidad. Personalmente, creo que pediría esa autorización, y la licencia de obras correspondiente, necesaria ésta también para proceder a esa apertura, y por tanto para garantizar la posible configuración del local como elemento independiente. No obstante, en Catalunya, si se ha otorgado la licencia de división en aplicación del art. 179.2 r del TR de la Ley de Urbanismo, en base a un proyecto que contempla esa apertura, dicha licencia debe considerarse que incorpora la de obras.

En la RDGRN partimos también de una autorización en los estatutos de comunidad que permite dividir o segregar los locales, en base a lo cual la sociedad propietaria del local sótano efectúa lo siguiente:

— Segrega una porción y *“retiene el uso sobre el espacio libre exterior, el cual mientras no sea asignado de otro modo corresponderá al local resto”*, lo cual para el Registrador supone una modificación del título constitutivo de la División Horizontal que requiere acuerdo unánime de la comunidad de propietarios.

— Además de dicha previsión, en la escritura se establecen unos estatutos para dicho local, en que se dispone que la propietaria irá segregando distintos locales, asignando a cada uno una cuota que será su módulo de participación en elementos comunes, y determina que los propietarios de las plazas de apar-



camiento integrados en dicho local 1, podrán constituirse en junta, a efecto de tratar los asuntos que le afecten, aplicándose analógicamente la Ley de Propiedad Horizontal.

— Por último, constituye servidumbre de paso permanente sobre la finca resto y a favor de la segregada, que adquirirá eficacia jurídica cuando se separe la propiedad de ambas fincas.

Haciendo referencia a cada una de estas tres cuestiones, hay que decir que el único defecto apreciado por el Registrador alude a la primera:

a) El problema que —supongo— parece ver el registrador es la utilización del verbo “retener” por parte de la sociedad dueña del local, al referirse al uso del espacio libre exterior, cual si fuera un derecho atribuido a la sociedad, y no al local. En todo caso, la DG estima el recurso, matizando que *perteneciendo al local matriz el uso exclusivo de algún elemento, tal uso se puede atribuir a cualquiera de los locales en que se subdivide aquél, sin necesidad de consentimiento de la Junta.*

b) Respecto a las normas estatutarias que configuran el régimen aplicable al total local sótano de modo —dice la escritura— “análogo” a la propiedad horizontal, decir que es perfectamente admisible, y que dicho régimen podría ser no ya análogo sino el “de la” propiedad horizontal; en este sentido, recordemos que la Resolución de 19 de junio de 2001 admitió expresamente la constitución en propiedad horizontal de un departamento integrado en un edificio sobre el que ya estaba constituido el régimen de propiedad horizontal, a modo de “superposición de dos regímenes independientes”.

c) Por último, en cuanto a la constitución de servidumbre como modo de dar acceso al exterior o a un elemento común, podríamos cuestionarnos si el hecho de que la misma quede suspensivamente condicionada a la separación de la propiedad de ambas fincas podría suponer un obstáculo para la configuración del local segregado como elemento independiente.

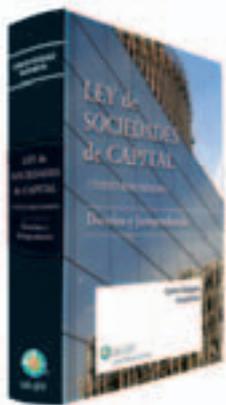
En todo caso, ese problema no se daría en Catalunya, al permitirse la servidumbre sobre predios dominante y sirviente del mismo propietario (art. 566.3 CCC).

Ley de Sociedades de Capital

Doctrina y Jurisprudencia

Texto Refundido

NUEVO



Director:

Carlos Vázquez Iruzubieta

El texto de la Ley de Sociedades de Capital está actualizado conforme a la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. La nueva Ley de Sociedades de Capital posibilita varias lecturas. Por una parte, lo más evidente, que consiste en la refundición de normas que no están dispersas en varias leyes, sino que integran dos leyes concretas y autónomas.

Una segunda lectura nos permite apreciar que también hay nuevas disposiciones que pretenden conjugar las normas de leyes diversas en la medida de lo posible, especialmente lo relativo a la esencia de las sociedades

anónimas y limitadas, acomodando las sociedades comanditarias por acciones a los preceptos de las anónimas, salvo el contenido de los pocos artículos que en la refundición se dedican de modo exclusivo a esta especie societaria, que despierta poco interés entre los inversores españoles.

En tercer lugar, se incorporan subespecies de las limitadas, como la unipersonal o las sociedades de nueva empresa, y entre las anónimas, las cotizadas en mercados secundarios oficiales. Y finalmente, la prometedora intención legislativa de concluir en un Código de las Sociedades Mercantiles y, más aún, llegar a un nuevo y necesario Código de Comercio.

Páginas: 956 • Encuadernación: Tapa dura • ISBN: 978-84-8126-771-6