

2. MERCANTIL

Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015

Abusive Late Interest Clauses Vis-à-vis the Supreme Court Ruling of 22 April 2015 and the Order of the Court of Justice of the European Union of 11 June 2015

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado, lo que ha de valorarse tratando las relaciones entre el derecho supletorio y la interpretación integradora del contrato, así como la conocida como prohibición de la reducción conservadora de la validez.

ABSTRACT: *The Supreme Court's ruling of 22 April 2015 establishes it as jurisprudence that, in consumer loan agreements without collateral, a non-negotiated clause that sets an interest on late payment that is more than two percentage points higher than the accorded remunerative interest is abusive. This must be weighed in consideration of the relations between the general principles applying in default of specific legislation and the holistic interpretation of the contract, likewise the prohibition against eliminating abusive clauses when their elimination creates a loophole in the contract.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Derecho de consumo.

KEY WORDS: Contract law. Consumer protection law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS OPCIONES DOCTRINALES PLANTEADAS.—III. EPÍLOGO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1360), «...se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado...».

Ahora bien, para llegar a la fijación de dicha doctrina jurisprudencial el Tribunal Supremo razona las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo, sobre la base de los siguientes razonamientos:

«Decisión de la Sala. Las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo

1. *El TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE (LCEur 1993, 1071), que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.*

Así lo ha afirmado en las sentencias de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145), asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4), asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores», al considerar que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, declaró que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva».

2. En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo

ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus sentencias de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105), asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4), asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 33.

3. El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145), asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

4. La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el artículo 1258 del Código Civil (LEG 1889, 27), salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario».

Ante lo anterior, la cuestión a debatir está plenamente servida ya que declarada la nulidad por abusiva de la cláusula de interés moratorio se ha de estar al recurso del interés remuneratorio pactado por las partes en el contrato o bien a la aplicación del artículo 1108 del Código Civil, es decir, la referida declaración de nulidad supone la existencia de una laguna contractual a resolver según los parámetros indicados anteriormente¹.

Interesa a este respecto, tener presente tanto el texto original del artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), que establecía lo siguiente:

«Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato.

1. *Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.*

2. *La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.*

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineeficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineeficacia del contrato».

Igual interés muestra la modificación de la referida norma en virtud del artículo único 27 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo:

«Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

El legislador español justificó el cambio de redacción de la referida norma a raíz de lo declarado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (*vid., apdo. III del Preámbulo de la Ley 3/2014, de 27 de marzo* que establece lo siguiente:

«En otro orden de cosas, la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.

El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del texto refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993».

La posición más reciente que conocemos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto, nos la muestra el Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015 (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, contra Fernando

Quintano Ujeta y María-Isabel Sánchez García. Petición de decisión prejudicial: Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander. Asunto C-602/13).

Pues bien, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander decidió suspender un procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, en lo que ahora nos atañe:

1. Si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio debe extraer como consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el que pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional como pueda ser el artículo 1108 del Código Civil, la DT 2.^a de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, o el artículo 4 del RDL 6/2012 y sin entenderse vinculado por el recálculo que pueda haber realizado el profesional conforme [a] la DT 2.^a de la [Ley 1/2013].

2. Si la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 debe interpretarse en el sentido de que no puede constituirse en obstáculo a la protección del interés del consumidor.

El referido Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, había establecido que: (42) el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y del artículo 4, apartado 1, del Decreto-ley 6/2012 se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del artículo 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. *De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios (...).* (45) Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales.

Y termina razonando lo siguiente:

«De las consideraciones expuestas se deduce que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales:

- *no prejuzgue la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y*
- *no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es “abusiva” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva».*

Aunque no de una forma concluyente y pese a recordar anteriormente toda su doctrina sobre la prohibición de la reducción conservadora de la validez, en nuestra opinión, la conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia de la Unión

Europea en este Auto no es tan tajante como la ofrecida en sentencias anteriores e incluso en el propio Auto donde se reitera que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28)².

Es decir, estimamos que con la doctrina de este Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se impide por tanto que ante la cláusula abusiva de intereses moratorios, el Juez nacional pueda colmar ese interés moratorio mediante la aplicación del interés legal supletorio al que alude el artículo 1108 del Código Civil, ya que esa posibilidad de actuación no estaría impidiendo a la autoridad judicial prejuzgar sobre el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios ni dejar sin efecto dicha cláusula abusiva de intereses moratorios.

II. LAS OPCIONES DOCTRINALES PLANTEADAS

Una primera postura aboga por sostener que eliminada la cláusula abusiva de los intereses moratorios (causante de un desequilibrio importante para el consumidor, en los términos del art. 82.1 del TRLGDCU), la laguna aparecida debe colmarse mediante la aplicación del interés legal del dinero, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1108 y 316 del Código de Comercio, mientras que la otra opinión sostiene que dicha laguna contractual se salva mediante la aplicación de los intereses remuneratorios pactados, dado que reflejan mejor la voluntad de las partes, acudiendo para ello a la conocida interpretación integradora del contrato³.

La discusión se plantea en primer lugar sobre la interpretación del artículo 1108 del Código Civil, como norma de derecho supletorio, sobre si esta se refiere o requiere la existencia de un pacto específico sobre los intereses moratorios (MIQUEL GONZÁLEZ), o bien, si se refiere a que el pacto específico requerido no es solo el de los intereses moratorios sino también puede ser el de los intereses remuneratorios (PANTALEÓN PRIETO).

El segundo elemento de debate introducido reside en la jerarquía de la conocida interpretación integradora del contrato sobre las normas de derecho supletorio, tanto desde un punto de vista general, como especial para el caso del ámbito de aplicación de las cláusulas abusivas.

En relación con la interpretación del pacto de intereses al que hace referencia el artículo 1108 del Código Civil, RUIZ-RICO⁴ opinaba que el pacto de intereses al que hace referencia tal norma no lo es solo para los intereses moratorios, sino también para los intereses remuneratorios, siendo estos por tanto los debidos en ausencia de pacto, cuando razonaba al respecto lo siguiente:

«Difícil, en primer lugar, porque se trataría de situaciones no expresamente previstas por el pacto; al no haber pacto, no habría aplicación de intereses convenidos. Y además porque, aun cuando el 1108 no solventa el tema de si por «intereses convenidos» se entienden los convenidos para el caso de mora o

cualesquiera convenidos, sí que lo hace el artículo 316 del Código de comercio, para el cual, habiendo mora, se pagará «el interés pactado para este caso». Esta alusión al 316 del Código de comercio podría resultar indicativa del sentido que habría que dar a la expresión del 1108 del Código Civil.

Frente a esto, nuestra posición es abiertamente favorable a la extensión de los intereses convenidos a todos los supuestos antes planteados, incluso al más dudoso de discontinuidad temporal entre los intereses convenidos y los moratorios, al menos en lo concerniente a las obligaciones pecuniarias civiles.

Para ello nos basamos, aparte de en la estrecha correlación que existe entre los distintos tipos de intereses (correspondientes, compensatorios, moratorios), en el propio tenor literal del artículo 1108. De acuerdo con él, la indemnización de daños por mora «... consistirá en el pago de los intereses convenidos», esto es, que si en algún momento se pactaron intereses, éstos serán los que se deban en concepto de indemnización. La ley no distingue a qué clase de intereses convenidos se refiere, si a los moratorios solo o también a los exclusivamente correspondientes, por lo que, siguiendo el conocido adagio, no distinguiendo la ley, no nos es dable distinguir.

Pero hay un dato que debe considerarse como irrefutable: es el hecho mismo de que el artículo 1108 recalque la trascendencia —doble trascendencia, además— del convenio en materia de intereses. No hay razón objetiva que justifique la doble alusión al pacto (sobre todo la última, la que concierne a los «intereses convenidos»), si no es para remitir en bloque al contenido del convenio y al tipo de interés en él fijado, con la tácita intención de prolongar la misma situación creada con el contrato. Debemos tener en cuenta que si no fuese esta su finalidad nos hallaríamos ante unas alusiones inútiles, por cuanto el principio de autonomía privada del 1255 hubiera sido suficiente para llenar un posible hueco del 1108 respecto a posibles pactos de intereses moratorios (solo), y el 1755, junto con algunos preceptos más del propio Código, hubieran resuelto la duda de si el 1108 era un precepto imperativo, dejando patente su naturaleza netamente dispositiva en cuanto a la posibilidad de pactar tipos de intereses distintos del legal. En consecuencia, la justificación del uso del término «intereses convenidos» no puede ser sino justamente la de dar a entender que, siempre que se estipulen intereses simples, con o sin limitación temporal, los moratorios se devengarán, una vez constituida la mora, en ese mismo porcentaje, mayor o menor al legal».

No obstante y aunque reconoce la injusticia de la interpretación propuesta para situaciones de desequilibrio contractual admitiendo la corrección de la misma mediante la aplicación de la normativa específica protectora de consumidores y usuarios, cuando explica que: «(105) Esta solución pudiera parecer reprobable si pensamos que muy frecuentemente, en las relaciones contractuales entre dos sujetos, suele haber uno de ellos, bien el que actúe como acreedor dinerario, o incluso el que lo haga como deudor de metálico, que se encuentre en situación de superioridad y pueda imponer a la contraparte unas condiciones favorables para él, *v. gr.*, un tipo de interés (de demora o de otra naturaleza) superior al legal, si era acreedor, o inferior, si deudor. Acaso resultaría más razonable uniformar las soluciones y aplicar la tasa legal a los momentos no explícitamente regulados por el acuerdo.

Sin embargo, este punto de vista, a más de no ser concorde con el precepto legal, hallaría satisfacción, al menos parcial, a través de otros mecanismos legales sancionadores de abusos y desequilibrios contractuales, como la Ley de Usura de 1908 o, en su caso, la Ley de Consumidores de 1984».

En este sentido, se apunta y con razón (ÁLFARO ÁGUILA-REAL) que el artículo 316 del Código de Comercio sí que exige la existencia de un pacto de interés por mora, «el interés pactado para este caso», que sin duda supondría un argumento importante a tener en cuenta en relación con la interpretación del artículo 1108 del Código Civil. De esta forma, el artículo 316 del Código de Comercio prevé expresamente lo siguiente: «*Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal*».

Pues bien, el artículo 1108 del Código Civil, expresamente establece lo siguiente: «*Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal*».

O sea, «*la indemnización de daños y perjuicios*» para el deudor moroso ya que el artículo 1108 es una norma de cuantificación del daño «*no habiendo pacto en contrario*», es decir, pacto que puede consistir en una liquidación del daño a través de una cláusula penal, «*consistirá en el pago de los intereses convenidos*», entendiéndose por tales un pacto de intereses diferente al interés legal, «*y a falta de convenio*», a saber, en ausencia de pacto de intereses sobre indemnización de daños y perjuicios para el caso de mora que es el propio ámbito de aplicación de la norma, se aplicará «*el interés legal*»⁵.

En suma, coincidimos con el Profesor MIQUEL en que el pacto al que se refiere el artículo 1108 del Código Civil ha de ser al pacto de intereses moratorios.

De todas formas y lejos de no reconocer la existencia de argumentos en favor de la interpretación del artículo 1108 del Código Civil sobre su preferencia de los intereses remuneratorios al interés legal en defecto de pacto, pese a que consideremos más adecuada la postura contraria, no es menos cierto que esta labor interpretativa ha de ceñirse a nuestro juicio al caso al que viene referida en este momento, es decir, a la nulidad de las cláusulas abusivas de intereses moratorios, o lo que es lo mismo, al sector de la contratación con consumidores y usuarios y que por tanto cualquier integración del contrato que prefiriera el pacto de intereses remuneratorios al del interés legal ha de efectuarse «*en beneficio del consumidor*», tal y como prevé el artículo 65 del TRLGDCU, por lo que, en sede de interpretación correctora, dichos intereses remuneratorios tendrían que ser en todo caso inferiores al interés legal.

Sin embargo, hemos comenzado con la exposición del debate referido en cuanto a la interpretación del artículo 1108 del Código Civil y nos hemos decantando por una de las opiniones, pero aún no hemos expuesto el camino al que se llega en este caso al artículo 1108 del Código Civil en estos casos en que el juez declare nula por abusiva la cláusula de intereses moratorios, ya que dicho camino también nos ofrece otra viva polémica consistente en la preferencia de la aplicación del Derecho dispositivo (MIQUEL GONZÁLEZ), es decir, el artículo 1108 del Código Civil y por tanto interés legal, frente a la postura que haría primar en este supuesto la interpretación integradora del contrato (PANTALEÓN PRIETO) y así hacer valer el pacto de intereses remuneratorios frente al interés legal⁶.

Sobre el alcance y la prevalencia general de la conocida como interpretación integradora del contrato cabe señalar la opinión de BETTI⁷ cuando razona al respecto lo siguiente: «Lo que llamamos interpretación integradora recae sobre puntos de la regulación negocial que, no estando comprendidos en la fórmula, pueden en todo caso comprenderse en la idea que ella expresa, siendo, por ello, encuadrado en el contenido del negocio» (...) «siendo irrelevante, por otra parte, que el declarante en concreto aunque hubiese reflejado aquel punto, estuviera

dispuesto a regularlo según la buena fe, el uso social, etc..., porque no se trata de atenerse a una voluntad hipotética, sino únicamente a la posibilidad (y a la carga) de su inteligencia por las partes. Ciertamente, que entre la interpretación dirigida a aclarar el significado y la integración con normas supletorias o dispositivas existen rasgos comunes, pues toman como base la causa para la composición de intereses y en el tipo abstracto de negocio y aplican de conformidad con ello criterios deducidos de fuentes comunes como la buena fe. Pero la interpretación, y esta es la nota esencial que le caracteriza, presupone conceptualmente un dato contenido en el negocio concreto ya implícito, ya explícito, una idea (precepto) del negocio más o menos manifestada con fórmula adecuada. Por el contrario la interpretación con normas supletorias o dispositivos presupone precisamente la falta de un precepto recabable de la fórmula, por lo que se produce en ella una laguna que alcanza a la idea misma (precepto) en la regulación negocial, lo que no se refiere al tipo de negocio, únicamente apoyada en una específica fórmula o cláusula, pero inducida del contenido lógico y práctico del concreto negocio considerado en su conjunto y en conexión con el ambiente social». «Después de cuanto se ha dicho se comprenderá perfectamente que las normas sobre la interpretación, y entre ellas las de interpretación objetiva, tengan precedente lógica sobre las normas supletorias o dispositivas. Así es, porque aquellas se refieren al tipo mismo de negocio, mientras que estas conciernen solo a sus efectos, o sea, a su tratamiento teniendo aquellas la precedencia según el criterio, conforme al cual donde hay una declaración de las partes o cualquier cosa que forme parte integrante de ella (como los criterios deducidos de los usos o de la buena fe), allí no pueden entrar a regir normas que, como las supletorias o dispositivas, provean a disciplinar los efectos del negocio presuponiendo la ausencia de cualquier declaración o de una declaración contraria. En la medida en que alcanza vigor la regulación de las partes, allí no hay lugar para una regulación legal supletoria o dispositiva, o dicho de otra manera, donde se extienda en cualquier medida o tenga vigor la regulación de las partes, se determina aquella solo por medio de la interpretación».

No obstante y como acertadamente recoge MIQUEL GONZÁLEZ⁸ también somos de la opinión de que el Derecho dispositivo asume una clara naturaleza imperativa en la contratación con consumidores y usuarios, lo cual puede observarse en el propio artículo 86.1 del TRLGDCU que expresamente prevé lo siguiente: «*En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas...*», lo que implica en el debate suscitado la inversión de la prevalencia antes referida, es decir, la norma de derecho dispositivo (art. 1108 del Código Civil y su consecuencia jurídica, la aplicación del interés legal en caso de mora del deudor en defecto de pacto al efecto) ha de resultar preferente a la interpretación integradora contractual que nos remitiría a la aplicación del interés remuneratorio en defecto de pacto sobre el interés moratorio, evidentemente, cuando de nulidad por abusiva se tratare a la cláusula de intereses moratorios convenida con el consumidor.

III. EPÍLOGO

En función de lo expuesto, no estimamos adecuada la solución a la que llega la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 ya que efectúa un recálculo de intereses moratorios considerados abusivos a partir del concepto del interés remuneratorio.

En nuestra opinión, la actuación correcta en este tipo de situaciones es el recurso a la aplicación del derecho supletorio nacional que nos ofrece el artículo 1108 del Código Civil, a saber, el interés legal del dinero, en defecto de pacto de intereses moratorios por ambas partes, solución integradora que ha de prevalecer sobre una interpretación integradora del contrato en la que se basa dicha sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, debido al carácter imperativo que asume el derecho dispositivo en contratación con consumidores y usuarios. Esta actuación no la consideramos contraria a Derecho, ya que ni hace prejuzgar al Juez nacional sobre el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios ni implica que pueda dejar sin efecto a la misma.

Otras cuestiones serían las reflexiones que se pudieran realizar sobre el propio carácter del interés legal del dinero, el desincentivo a la introducción de cláusulas abusivas sobre intereses moratorios y las actuaciones de contratación propias del sector al que pertenecen normalmente este tipo de cláusulas, que sin duda deberían llevar a nuestro legislador a reconsiderar todos estos tipos de intereses a los que hace referencia la propia sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y como no, el propio interés legal del dinero, pero *Qui prodest?*

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL. www.almacendedederecho.org
- BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción y prólogo por J. L. De los Mozos, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.
- CAFFARENA LAPORTA. El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas. *Anuario de Derecho Civil*, 1985-IV.
- MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigidos por Cámara Lapuente, 2011.
- RUIZ-RICO RUIZ. *Comentarios al Código Civil*. Tomo XV, vol. 1.º: artículos 1088 a 1124 del Código Civil Edersa, 2004 (art. 1108).
- SERRA RODRÍGUEZ. Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII, núm. 2153, abril de 2013.
- VATTIER FUENZALIDA. La interpretación integradora del contrato en el Código Civil. *Anuario de Derecho Civil*, 1987-II.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJ de la Unión Europea de 14 de junio de 2012.
- Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015.
- STS de 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1360).

NOTAS

¹ Para un resumen de las posiciones doctrinales e incluso judiciales, *vid.* SERRA RODRÍGUEZ. Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII, núm. 2153, abril de 2013.

² El profesor ALFARO ÁGUILA-REAL quien ha introducido un rico debate al respecto en su blog y del que sin duda es deudor quien escribe, opina sobre la conclusión del referido Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este particular (<http://>

almacendederecho.org/el-tribunal-de-justicia-decide-mediante-auto-una-cuestion-prejudicial-sobre-intereses-moratorios-y-clausula-de-vencimiento-anticipado/), que: «En definitiva, hay que entender que da la razón a aquellos tribunales españoles que vienen sustituyendo la cláusula nula de intereses moratorios por lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil y no sabemos si también a la reciente doctrina del Tribunal Supremo respecto de la posibilidad de aplicar, en sustitución de la cláusula abusiva, el interés remuneratorio pactado».

³ La exposición de estas posturas expuestas por los Profesores MIQUEL GONZÁLEZ, PANTALEÓN PRIETO y ALFARO ÁGUILA-REAL, pueden encontrarse en: <http://almacendederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/> y <http://almacendederecho.org/mas-sobre-intereses-moratorios-abusivos/>

⁴ RUIZ-RICO RUIZ. *Comentarios al Código Civil*. Tomo XV, Vol 1.: Artículos 1088 a 1124 del Código Civil Edersa, 2004 (art. 1108).

⁵ Sobre la lógica de ambas interpretaciones del artículo 1108 del Código Civil en materia de mora del prestatario, el Profesor ALFARO razona lo siguiente: «Sin embargo, el interés remuneratorio pactado refleja mejor la voluntad hipotética de las partes en relación con el daño esperado de la mora del deudor que el interés legal del dinero en un contrato de préstamo en el que se han pactado intereses (recuérdese que el préstamo es naturalmente gratuito —no se deben intereses si no se pactan— y que el artículo 1108 del Código Civil no está pensado para el contrato de préstamo, sino para cualquier obligación de entregar una cantidad de dinero). En el préstamo, el interés remuneratorio es parte de los elementos esenciales del contrato y se puede estar razonablemente seguro, si el mercado de crédito es competitivo, que el interés pactado refleja la mejor opción que el consumidor ha podido lograr y que refleja igualmente el nivel de riesgo asumido por el prestamista. Es decir, el interés remuneratorio refleja, por un lado, el coste del dinero sin riesgo (representado, normalmente por el interés que paga el Estado por la deuda pública) y, por otro, una «prima de riesgo» que refleja la probabilidad de que el deudor concreto no devuelva el préstamo. Durante la mora, ese riesgo se incrementa, de manera que no es descabellado considerar, en aplicación del artículo 1258 del Código Civil, que la laguna contractual que resulta de la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios ha de cubrirse aplicando, no el artículo 1108 del Código Civil, sino los intereses remuneratorios pactados». (...)

«La aplicación del artículo 1108 del Código Civil y del artículo 316 del Código Civil podría mantenerse a pesar de lo que hemos dicho hasta aquí si razonamos de la siguiente forma. En efecto, el artículo 1108 del Código Civil es aplicable a las obligaciones que consiste en el pago de «una suma o cantidad cierta». Por tanto, presuponen que —como decíamos en la otra entrada— la cuenta del préstamo se ha cerrado y ha quedado fijada la cuantía de la deuda. En un préstamo de largo plazo en nuestro país, lo habitual es que el prestatario pague una cantidad fija mensualmente que comprende una parte del capital y otra de intereses. Y, de acuerdo con la regulación sobre la TAE, el anatocismo —la capitalización de los intereses— se produce anualmente. Pues bien, cuando el prestatario deja de pagar las cuotas de un préstamo, si el banco no da por vencido el mismo, las cuotas futuras que van devengándose y venciendo incluirán el interés remuneratorio. Y las cantidades vencidas y no pagadas se «consolidan» al final del año en una suma que comprende el capital que se había debido restituir y no se restituyó y los intereses remuneratorios que debieron haberse pagado y no lo fueron. Una vez «consolidada» la cantidad debida (normalmente al final de cada año), esta cantidad es una «suma o cantidad cierta» en la que está pensando el artículo 1108 del Código Civil. Y a esa cantidad —que es debida— habrá que aplicarle el interés moratorio, esto es, el interés legal una vez anulada la cláusula que establece los intereses moratorios». <http://almacendederecho.org/mas-sobre-intereses-moratorios-abusivos/>

⁶ Acerca de la interpretación integradora del contrato, *vid.*, CAFFARENA LAPORTA. El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas. *Anuario de Derecho Civil*, 1985-IV, pp. 922 y sigs.; VATTIER FUENZALIDA. La interpretación integradora del contrato en el Código Civil. *Anuario de Derecho Civil*, 1987-II, pp. 495 y sigs.

⁷ BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción y prólogo por J. L. De los Mozos, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pp. 368 y sigs.

⁸ *Vid.*, al respecto y con carácter general, MIQUEL GONZALEZ, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigidos por Cámara Lapuente, 2011, pp. 742-747.

3. URBANISMO

La declaración de obra nueva tras la Ley 13/2015

*The declaration of new building after
the 13/2015 Act*

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: Breve análisis de las novedades introducidas en el régimen de inscripción de la declaración de obra nueva por la Ley 13/2015 para la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario.

ABSTRACT: Brief analysis of the changes introduced in the regulation of the registration of the declaration of new building by the 13/2015 Act in order to coordinate the Property Registration Office and the Land Records Office.

PALABRAS CLAVE: Declaración de obra nueva. Ley 13/2015.

KEY WORDS: Declaration of new building. 13/2015 Act.

RESOLUCIÓN de 14 de abril de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.— III. COMENTARIOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL ANTIGUO ARTÍCULO 208 DE LA LEY HIPOTECARIA Y SU PROGRESIVA PÉRDIDA DE EFICACIA. 3. EL CONTENIDO DEL NUEVO ARTÍCULO 202 DE LA LEY HIPOTECARIA. 4. LA INCLUSIÓN DE LA REFERENCIA A LAS INSTALACIONES MÓVILES. 5. LA DELIMITACIÓN DEL SUELO OCUPADO POR LA CONSTRUCCIÓN. 6. EL ARCHIVO DEL LIBRO DEL EDIFICIO. 7. LOS REQUISITOS RELATIVOS A LAS EDIFICACIONES EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

I. HECHOS

1. Se presenta en el Registro una escritura autorizada por el notario de Murcia en la que, entre otros negocios jurídicos, se realiza una declaración de obra nueva, terminada, según se dice, hace más de quince años. Tal antigüedad se acredita mediante certificado técnico que se testimonia.

2. El registrador suspende la práctica de la inscripción de la obra nueva, extendiendo la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Cuevas

del Almanzora —Presentada en este Registro de la Propiedad escritura pública de herencia (...), de fecha veintisiete de julio de dos mil diez, que causó el Asiento número 1930 del Diario 65, solicitando la inscripción de la obra nueva que se declara en la misma, el Registrador de la Propiedad que suscribe, ha procedido a la calificación de este documento, de acuerdo con los siguientes Fundamentos de Hecho y de Derecho— Conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados, extendiéndose la calificación —entre otros extremos— a «los obstáculos que surjan del Registro», a «la legalidad de sus formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción», a «las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos» y a «la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad». Este principio legal de calificación por el registrador se reconoce expresamente en cuanto a los «documentos públicos autorizados o intervenidos por notario» por el artículo 143 del Reglamento Notarial, al establecer que los efectos que el ordenamiento jurídico les atribuye «podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias». Impugnada esta nueva redacción según el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, ha sido confirmada expresamente por el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de octubre de 2008. En el caso que nos ocupa se solicita la práctica de inscripción de obra nueva terminada sujeta al nuevo Reglamento de Disciplina Urbanística que más adelante se señalará sin que se hayan presentado los siguientes documentos: —El Libro del Edificio de acuerdo con la Disposición Adicional Tercera (que fija la entrada en vigor del Decreto en el ocho de mayo del presente año) y los artículos 1, 7 c), 8 d) y 27.1 y 3 todos ellos del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía. El contenido necesario del Libro del Edificio será, al menos, el señalado en el artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999 de 5 de noviembre), esto es: El proyecto de la obra, el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes participantes en el proceso de edificación y las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que le sea de aplicación. Todo esto se entiende sin perjuicio de la obligación de entregar esta documentación a los usuarios finales del edificio. El Libro del Edificio deberá ser firmado por el promotor/ora y el arquitecto/a director/ora del Proyecto con firma legitimada y podrá ser entregado en formato papel o electrónico. Se presentará previamente a la declaración de obra nueva terminada acompañando al Libro del Edificio acta que en su caso se le facilitará en este Registro de la Propiedad.—La certificación del Técnico visada por el Colegio correspondiente de acuerdo con la Disposición Adicional Tercera (que fija la entrada en vigor del Decreto en el ocho de mayo del presente año) y los artículos 1, 7 c), 8 d) y 27.1 y 3 todos ellos del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.—Falta aportar la preceptiva licencia de ocupación, tal como exige el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, para todo tipo de edificaciones terminadas. Resolución.—Ha decidido suspender la inscripción solicitada de la obra nueva declarada por las faltas subsanables señaladas. Contra esta calificación (...) Cuevas del Almanzora, a 18 de enero de 2011.—El Registrador (firma ilegible y sello con el nombre y apellidos del registrador).

3. Los recurrentes impugnan la calificación alegando que la edificación se realizó hace más de quince años, por lo cual no pueden aplicarse normas que han entrado en vigor después de la construcción, acreditando dicha circunstancia mediante certificado técnico.

4. El registrador, en vista de las alegaciones formuladas, aceptó revocar el defecto segundo, manteniendo los otros dos, y elevó el expediente a este Centro Directivo con el oportuno informe con fecha 19 de enero de 2011.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 5, 7, 9 y 19 y la disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; 6, apartado «d», 7, 8, 9 y 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; 169 y 176 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; 7.f) y 9.e) del Reglamento de Información al Consumidor en Compraventa y Arrendamiento de Viviendas de Andalucía, aprobado por Decreto 218/2005, de 11 octubre, de dicha Comunidad Autónoma; 1, 7.c), 8.d) y 27.1 y 3 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía; 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; la Resolución Circular de esta Dirección General de 26 de julio de 2007; y las resoluciones de 10 de junio de 2005, 9 (2.^a), 10 (1.^a y 2.^a), 12 (2.^a), 13, 15 (1.^a y 2.^a), 17 (1.^a y 2.^a), 18 (1.^a y 2.^a), 19 (1.^a y 2.^a), 20 y 22 (1.^a y 2.^a) de diciembre de 2008, 12 y 13 de enero de 2009, 9 y 15 de enero de 2010, y 24 de marzo de 2011.

1. Se presenta en el Registro escritura pública, autorizada el 27 de julio de 2010, de declaración de obra nueva terminada de un edificio sito en un municipio perteneciente a la Comunidad Autónoma de Andalucía. En la escritura se protocoliza un certificado técnico en el que se afirma que la edificación cuya obra nueva se declara tiene una antigüedad superior a quince años, así como una certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulta que en la parcela que corresponde a la finca registral existe una edificación del año 1995, si bien no coincide su descripción con la que es objeto de declaración en la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso. El registrador exige que se aporten el Libro del Edificio, el certificado técnico debidamente visado y la licencia de ocupación, entendiendo aplicable el nuevo Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo. La interesada recurre exclusivamente en cuanto a la exigencia del Libro y la licencia de ocupación, por considerar que al haber concluido la obra antes de la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, no es exigible el requisito del Libro del Edificio y que, por otro lado, dada la antigüedad de la construcción cualquier infracción urbanística estaría prescrita.

2. Centrado el recurso en los dos defectos que han sido objeto de impugnación (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria), comenzando por el relativo a la licencia de ocupación, el registrador suspende la inscripción de la escritura de declaración de obra nueva finalizada de una edificación, porque, no se acredita que se haya obtenido licencia de ocupación, exigencia que resulta de los artículos 1, 7.c), 8.d), 27.1 y 3 y disposición adicional tercera del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía. Estos preceptos están en concordancia con lo establecido en el

artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, del que se desprende que para inscribir en el Registro de la Propiedad una escritura de declaración de obra nueva terminada se exigirán, entre otros requisitos, «la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística», y desarrolla el artículo 169 núm. 1, e) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, conforme al cual están sujetos a previa licencia urbanística municipal los actos de construcción o edificación y, en particular, entre otros, «la ocupación y la primera utilización de los edificios». El recurrente no niega la exigibilidad general de los requisitos documentales invocados en la calificación, sino su aplicación al presente caso al entender que por razón de la antigüedad de la construcción, superior a diez años según la certificación del técnico protocolizada, no resulta exigible.

3. La primera cuestión que ha de abordarse en este recurso es la relativa al alcance temporal de las normas aplicadas por el registrador en su calificación, pues a ella opone el recurrente 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), y no a la fecha en que se otorga el documento en que se formaliza la correspondiente declaración de la obra nueva (Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, y Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo). Se plantea, pues, la necesidad de examinar el ámbito de aplicación temporal de las citadas normas en relación con el presente caso.

Pues bien, la escritura calificada fue autorizada el 27 de julio de 2010, cuando tanto el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, como el citado Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía estaban vigentes (este último entró en vigor el 8 de mayo de 2008, conforme a su disposición final tercera).

Por otra parte, las respectivas disposiciones transitorias que contienen los textos citados se refieren a materias ajena a la aquí considerada. Finalmente, el objeto de las disposiciones en que basa el Registrador su calificación no es el de 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. Por lo tanto, como ya afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 9 de enero de 2010, las sucesivas redacciones legales en la materia (Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico; Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos períodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior, conclusión que, concurriendo identidad de razón, se ha de extender también a la interpretación del alcance temporal del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía de 16 de marzo de 2010. Siendo ello así y estando vigente este último texto reglamentario en el momento del otorgamiento de la escritura pública calificada, dicho texto normativo, así como las normas

que desarrolla, deberá ser el canon normativo que se aplique para dilucidar la cuestión de fondo planteada, que se analiza a continuación.

4. Como ha señalado esta Centro Directivo (*vid.*, Resoluciones citadas en los «Vistos»), la delimitación legal del contenido del derecho de propiedad en razón de su función social —art. 33.2 de la Constitución— (otro tanto cabe decir de los demás derechos que habilitan para construir y apropiarse, aunque sea temporalmente, lo construido), afecta especialmente al suelo urbano y se traduce en que el ejercicio de las facultades urbanísticas, y en especial la de edificación, está vinculado al cumplimiento de los deberes establecidos en las Leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento (Cfr. arts. 6, apartado «d», 7, 8 y 9 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; y artículo 51 núm. 1, C, c) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía).

Como medida de control de la legalidad urbanística, el artículo 20.1 del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo impone a los Notarios determinadas obligaciones de comprobación del cumplimiento de los requisitos y deberes urbanísticos por los interesados. Así, por lo que interesa a efectos de este expediente, 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 esta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística». Por lo demás, conforme al apartado 2 del mismo precepto legal, para inscribir las referidas escrituras los Registradores habrán de comprobar que tales requisitos se han cumplido; y, a tal efecto, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, deberán examinar si en la escritura de declaración de obra nueva terminada se ha cumplido la obligación de acreditar la documentación a que se refiere el citado artículo 20.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y si tal documentación se ha incorporado o testimoniado en la escritura calificada.

5. Respecto del artículo 19.1 la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (antecesor del actual artículo 20.1 del Texto Refundido de 2008), este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en Resolución Circular de 26 de julio de 2007 en relación con el requisito relativo a la exigencia de la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios, la cual 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 artículo 7 de la LOE». En dicho Libro se integrarán el proyecto, el acta de recepción, la identificación de los agentes intervenientes y demás documentos previstos por el citado artículo 7 de la Ley 38/1999 y, en su caso, los demás requisitos exigidos por la legislación autonómica como integrantes del mismo.

Por lo que se refiere a la cuestión relativa a la obtención de licencia de primera ocupación, que a juicio del registrador debería ser acreditada, ha de

entenderse que, a los efectos de la calificación recurrida, como ha indicado este Centro Directivo en las resoluciones señaladas en los «Vistos», la mencionada legislación reguladora de la edificación no impone la exigencia debatida como requisito para edificar, ni para la entrega de la edificación a los usuarios —sin perjuicio de las consecuencias que se derivarían de un eventual incumplimiento de las obligaciones de diversa índole que se impone directamente a los agentes de la edificación—, toda vez que la Ley de Ordenación de la Edificación se limita a establecer en esta materia una norma de remisión a la legislación urbanística aplicable al referirse a la acreditación documental «de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística», que, a falta de una previsión más amplia de la legislación autonómica remitida, no puede entenderse sino como relativa a la licencia de edificación.

En principio, en defecto de tal previsión expresa de la normativa autonómica, el hecho de que la licencia de ocupación tenga por objeto comprobar la adecuación de la obra ejecutada al proyecto para el que fue concedida la licencia municipal de edificación, no significa que deba acreditarse en la escritura de declaración de obra nueva —o en el acta de finalización de la misma— la obtención de aquella, pues el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 (cfr. art. 20.1), en términos similares a la Ley 6/1998, de 13 de abril, anteriormente vigente (cfr. art. 22), se limita a exigir que en dicho título se incorpore o testimonie la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de la obra conforme a la descripción del proyecto, certificado cuya finalidad, como declaró este Centro Directivo en su resolución de 26 de febrero de 1996, es precisamente «la de garantizar, mediante aseveración responsable del técnico especializado, que la obra nueva que pretende acceder al Registro de la Propiedad se ajusta a las condiciones especificadas en la licencia preceptiva, pues ello, cuando la licencia se ajustó a su vez a la ordenación urbanística en vigor, supone la incorporación de dicha obra al patrimonio del propietario respectivo (*vid.*, artículos 23 y 37.1 de la Ley del Suelo)».

Por tales motivos, y por el hecho de que el objeto del Registro de la Propiedad es la publicidad de las situaciones jurídico reales, y la adquisición del derecho de propiedad sobre la obra nueva se produce por el hecho de haberla construido con cumplimiento de los deberes propios del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación territorial y urbanística (cfr. art. 7. 2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo), que no condiciona dicha patrimonialización al hecho de que el promotor acredite la obtención de licencia de ocupación, esta Dirección General ha entendido (*vid.*, Resoluciones citadas en los «Vistos») que nada autoriza a realizar una interpretación del artículo 19.1 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, (correspondiente al 20.1 del Texto Refundido) de la que se desprendería la necesidad de acreditar, en el momento de la autorización de la escritura de declaración de obra nueva otorgada por el promotor —o en el acta de fin de obra—, la previa obtención de la licencia de ocupación y primera utilización prevista en el artículo 169 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Ahora bien, lo que sucede es que con posterioridad a la última resolución que mantuvo tal doctrina, de 9 de enero de 2010, ha tenido lugar la aprobación y entrada en vigor, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba su Reglamento de Disciplina Urbanística, en cuyo artículo 27, apartado 1, se dispone que, sin perjuicio de los demás requisitos que resulten de la legislación reguladora de la edificación, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad

de la declaración como obra nueva terminada de toda construcción o edificación e instalación exigirá en todo caso, además de la finalización de las obras conforme al proyecto técnico objeto de la preceptiva licencia, acreditada mediante la aportación del correspondiente certificado final de obra expedido por la dirección facultativa de la misma y visado por el Colegio profesional correspondiente, o en el caso de obras promovidas por las Administraciones Públicas, mediante la aportación del acta de recepción de las obras, «la aportación de la preceptiva licencia de ocupación o utilización». Sin embargo, en el presente caso se ha acreditado, mediante certificación de técnico competente, que la construcción de la edificación declarada está realizada desde 1995, por lo que debe entenderse aplicable el régimen previsto en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban la normas complementarias al Reglamento Hipotecario para la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, conforme al cual podrán inscribirse las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas cuando se pruebe, entre otros medios, por certificación técnica que la terminación de la obra, con la descripción incorporada al título, se produjo en fecha determinada anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido suceder el edificante, y sin que 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. Este precepto parte de la idea de que el plazo de prescripción cuya causa de interrupción no se haya llevado a tiempo al Registro de la Propiedad actúa, a efectos registrales, como un plazo de caducidad. Se trata de un mecanismo legal semejante al acogido en el artículo 177 del Reglamento Hipotecario y ahora también en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, reformado por Ley 24/2001. Actualmente en Andalucía el plazo de prescripción para las infracciones urbanísticas graves y muy graves es de cuatro años, sin perjuicio de lo regulado en el artículo 185 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística (cfr. art. 85 del Reglamento de Disciplina Urbanística). La Resolución de 21 de marzo de 2003 confirmó el criterio de que el Registrador no ha de exigir la prueba adicional negativa de que no se ha interrumpido la prescripción, por lo que le es exigible cierta diligencia a la Administración para solicitar a tiempo al registrador la anotación preventiva de incoación del procedimiento de disciplina urbanística. En consecuencia, el citado artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, que dispensa del requisito de la aportación de la licencia de obras a que se refiere el artículo 46 del mismo Real Decreto 1093/1997, debe dispensar por identidad de razón (prescripción de una eventual infracción urbanística en que hubiere podido suceder el edificante) de la exigencia, a los efectos de la inscripción registral de la obra nueva, de la licencia de ocupación, pues su objeto no es otro que el de verificar la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada, y a la normativa y ordenación urbanística aplicable en cuanto al uso previsto para el edificio (cfr. art. 7.c del Decreto 60/2010, de 16 de marzo). Por tanto, este motivo de suspensión no puede ser confirmado.

6. Por lo que se refiere al otro defecto opuesto en la calificación relativo a la necesidad de verificar el previo depósito del Libro del Edificio, debe afirmarse que la formalización y entrega del denominado «Libro del Edificio» constituye una obligación impuesta por el artículo 7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que ordena que toda la información relativa a la obra ejecutada (proyecto, acta de recepción, relación de agentes, instrucciones de uso y mantenimiento) se incorporen al Libro del Edificio, que el promotor

«entregará a los usuarios finales del edificio». A este requisito ya se refirió la Resolución-Circular de este Centro Directivo de 26 de julio de 2007 interpretando la exigencia contenida en la Ley 8/2007, de Suelo, relativa a la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios, en los siguientes términos: «Esto 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 sin que se les acreden 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 artículo 7 de la LOE. En él se integrarán el proyecto, la identificación de los agentes intervinientes, licencias y demás requisitos exigidos por el citado artículo 7 de la Ley 38/1999 y, en su caso, los demás requisitos exigidos por la legislación autonómica como integrantes del mismo». No resulta aplicable en el presente caso la exención que respecto de esta obligación ha reconocido este Centro Directivo (*vid.*, entre otras, la resolución de 12 de diciembre de 2008) para los casos de declaración de obra nueva cuando el declarante es autopromotor, pues tal condición ni se ha alegado por el otorgante, ni resulta de la documentación presentada.

Este requisito y su forma de cumplimiento ha venido a ser confirmado por el reiterado Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, en relación con las edificaciones existentes en el territorio de esta Comunidad Autónoma, al precisar que para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva terminada, «previamente deberá haberse depositado una copia del Libro del Edificio en la oficina del Registro de la Propiedad competente. El cumplimiento de esta obligación deberá hacerse constar de acuerdo con lo establecido en la legislación hipotecaria y de ordenación de la edificación».

Ahora bien, acreditado que la edificación es anterior a 1995, no cabe aplicar a la misma una exigencia impuesta por una legislación que entró en vigor con posterioridad a la realización de dicha construcción.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto.

III. COMENTARIOS

1. PLANTEAMIENTO

La regulación de las declaraciones de obra nueva viene sufriendo desde el año 1990 un incansable vaivén de modificaciones que parecen sugerir una gran dificultad por parte del legislador para comprender y afrontar de forma definitiva y coherente esta institución. En concreto, desde la entrada en vigor del actual Texto Refundido de la Ley de Suelo del Estado en 2008, que regula la materia en su artículo 20, ha sido modificada en tres ocasiones hasta la actualidad. La primera reforma de ese precepto fue operada por el 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, y la segunda fue realizada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

Recientemente ha vuelto a incidir en la materia la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Esta Ley no modifica el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, pero sí incide en el tema de forma indirecta, pero no por ello irrelevante, a través de la superación de la obsoleta regulación que contenía la Ley Hipotecaria en su artículo 208.

En el presente comentario vamos a hacer una breve exposición de esta incidencia a partir de algunos de los pronunciamientos de la Resolución antes transcrita.

2. EL ANTIGUO ARTÍCULO 208 DE LA LEY HIPOTECARIA Y SU PROGRESIVA PÉRDIDA DE EFICACIA

El artículo 208 de la Ley Hipotecaria, que fue desarrollado por el artículo 308 de su Reglamento, contenía la tradicional regulación de la inscripción registral de la obra nueva, la cual se desarrollaba al margen de las normas sobre la legalidad urbanística. Durante los largos años de su plena vigencia la Dirección General sostenía que para su inscripción no era necesario acreditar el otorgamiento de la licencia municipal de obras, al no venir exigido este requisito por la legislación hipotecaria y no corresponder al notario ni al registrador velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística¹.

Dicho precepto establecía lo siguiente:

«Las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble. También podrán inscribirse mediante escritura pública en la que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado de su importe por el propietario, o en la que este describa la edificación, acompañando certificado del arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal».

Como se ha adelantado, fue a principio de los años noventa cuando empezó a relativizarse la eficacia de esta norma; en concreto, con la Ley 8/1990, de Reforma de la entonces vigente Ley del Suelo y el posterior Texto Refundido de 1992, que en este punto obedecen a la necesidad de aprovechar las instituciones notarial y registral para el control de la legalidad urbanística. En efecto, el artículo 37.2.^º del Texto Refundido de la Ley del Suelo (que reprodujo el contenido del artículo 25.2.^º de la Ley de Reforma), contenía un mandato dirigido a notarios y registradores en cuya virtud los primeros no podían autorizar ni los segundos inscribir escrituras de declaración de obra nueva sin acreditar la previa obtención de la preceptiva licencia y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado o, si la obra no se encontraba terminada, certificación acreditativa del ajuste de su descripción al proyecto para el que se obtuvo la licencia.

En los últimos años de la misma década se fue difuminando aún más la vigencia del antiguo artículo 208 de la Ley Hipotecaria, primero, por el Real Decreto 1093/1997, que desarrolló los aspectos formales de los anteriores requisitos urbanísticos para el acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas. Por su parte, la Ley del Suelo estatal de 1998 reguló esta materia sin ninguna innovación destacable respecto del artículo 37.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

Más tarde, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación introdujo un nuevo requisito dirigido a los notarios y registradores, consistente en que en lo sucesivo no se autorizarían ni se inscribirían en el Registro de la

Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que fuera de aplicación esta Ley sin que se acreditara y testimoniara la constitución de la garantía consistentes en el denominado seguro decenal.

Con ello se completaba, hasta el punto de eclipsarla, la antigua regulación de la cuestión en el citado artículo 208 de la Ley Hipotecaria.

La modificación del artículo 20 del Texto refundido de la Ley del Suelo por el citado Real Decreto-ley 8/2011, conllevó, entre otras novedades, la expresión de la exigencia de la licencia de primera ocupación y de la certificación de eficiencia energética y, para las obras antiguas, la aportación del acto administrativo declarativo de la situación de fuera de ordenación de la obra. Este último requisito fue afortunadamente suprimido por la segunda reforma del citado artículo 20, realizada por la también aludida Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

Finalmente, el artículo 208 de la Ley Hipotecaria ha dejado de regular la inscripción de la declaración de obra nueva, materia que hoy contempla el artículo 202, como consecuencia de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, cuya disposición final quinta prevé su entrada en vigor, en lo que aquí interesa, para el 1 de noviembre de 2015.

3. EL CONTENIDO DEL NUEVO ARTÍCULO 202 DE LA LEY HIPOTECARIA

La nueva redacción prevista por la Ley citada en último lugar para el nuevo artículo 202 de la Ley Hipotecaria es el siguiente:

«Las nuevas plantaciones y la construcción de edificaciones o asentamiento de instalaciones, tanto fijas como removibles, de cualquier tipo, podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble, otorgados de acuerdo con la normativa aplicable para cada tipo de acto, en los que se describa la plantación, edificación, mejora o instalación. En todo caso, habrán de cumplirse todos los requisitos que hayan de ser objeto de calificación registral, según la legislación sectorial aplicable en cada caso.

La porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referencia geográfica.

Salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el Libro del Edificio, dejando constancia de ello en el folio real de cada finca. En tal caso, cuando se trate de edificaciones en régimen de propiedad horizontal, se hará constar en el folio real de cada elemento independiente su respectiva representación gráfica, tomada del proyecto incorporado al libro».

La nueva redacción no ha aprovechado la oportunidad para reflejar en un solo texto normativo la regulación de la inscripción registral de la declaración de obra nueva, ya que con independencia de las particularidades propias de cada legislación urbanística autonómica, las normas de aplicación general en todo el territorio nacional se mantienen dispersas en una pluralidad de disposiciones legislativas, como las contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Suelo del Estado, el Real Decreto 1096/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística², la Ley de Ordenación de la Edificación —incluida la especialidad para los supuestos de autopromoción con-

tenida en su disposición adicional— o 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 construcción³.

Los inconvenientes de esta dispersión normativa se encuentran agravados por la falta de la necesaria coordinación entre ellas y por el carácter manifiestamente incompleto y mejorable de su redacción⁴.

Por ello creemos que hubiera sido de aplaudir que la modificación de la Ley Hipotecaria, como corresponde a la materia específicamente regulada por ella, hubiera contenido una regulación exhaustiva y pormenorizada de los requisitos exigidos por la legislación estatal para la inscripción de las obras nuevas, en lugar de remitirse a la dispersa normativa antes citada al hacer referencia a la «legislación sectorial», remisión que debería haberse limitado a las peculiaridades propias de la legislación autonómica.

Veremos seguidamente los aspectos más relevantes de la nueva regulación hipotecaria.

4. LA INCLUSIÓN DE LA REFERENCIA A LAS INSTALACIONES MÓVILES

El artículo 202 de la Ley Hipotecaria mantiene como objeto de su regulación las nuevas plantaciones y la construcción de edificios o mejoras, pero añade un nuevo concepto: el del asentamiento de instalaciones, tanto fijas como removibles, de cualquier tipo. Este concepto se inserta entre las «construcciones de todo género adheridas al suelo» que el Código Civil califica como bienes inmuebles en su artículo 334, aunque también comprende la posibilidad de que puedan desmontarse o removese, momento a partir del cual dejarían de tener aquella consideración.

En cuanto a los requisitos exigibles para estas instalaciones, habrá que estar a lo dispuesto por la legislación urbanística autonómica. Por su parte, el artículo 9 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 se limita a establecer con carácter general que «serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen (...) c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes».

Entendemos que esta inclusión no somete indiscriminadamente la inscripción de las instalaciones «removibles» a los mismos requisitos previstos para las que no lo son. Por ejemplo, no les será exigible el cumplimiento de los regulados en la Ley de Ordenación de la Edificación, como son los relativos al Libro del Edificio y al seguro decenal, ya que su ámbito de aplicación se circunscribe a los edificios «de carácter permanente», según su artículo 2.

5. LA DELIMITACIÓN DEL SUELO OCUPADO POR LA CONSTRUCCIÓN

Hasta ahora, el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997 se limitaba a exigir la constancia en los títulos inscribibles de la obra nueva de «la superficie de la parcela ocupada». Como se ha visto, la nueva regulación hipotecaria contenida en la Ley 13/2015 perfecciona el cumplimiento del principio de especialidad o determinación estableciendo por primera vez la necesidad de que la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación quede «identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica».

Esta previsión responde al intento de esta reciente Ley de lograr la anhelada coordinación entre el Catastro y el Registro y de, en palabras de su preámbulo,

«determinar con la mayor exactitud posible la porción de terreno sobre la que proyecta sus efectos» el Registro de la Propiedad, en aras de una mejor seguridad jurídica.

6. EL ARCHIVO DEL LIBRO DEL EDIFICIO

La nueva regulación recoge explícitamente en una norma de aplicación en todo el territorio nacional una exigencia que ya habían incluido algunas leyes autonómicas, consistente en el archivo en el Registro de la Propiedad del Libro del Edificio. Con ello se complementa el artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación, que impone al promotor el deber de depositar ante notario un ejemplar del libro acompañado de la certificación del arquitecto director de la obra acreditativo de ser ese el libro correspondiente a la misma y de haber sido entregado al promotor, debiendo el notario autorizar la correspondiente acta de depósito.

Así lo hace el nuevo artículo 202 de la Ley Hipotecaria cuando establece como regla general que «deberá aportarse para su archivo registral el Libro del Edificio, dejando constancia de ello en el folio real de cada finca». La Ley 13/2015 también modifica en este mismo sentido el artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria.

En ambos preceptos se establece también una excepción a la regla general enunciada, consistente en la innecesidad del archivo del libro cuando «por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible». Con esta salvedad se consagra la doctrina tradicional de la Dirección General de omitir la exigencia del Libro del Edificio cuando se trate de las llamadas obras antiguas.

Sobre el Libro del Edificio, la Resolución que sirve de base para este comentario recoge la regla general en estos términos: «6. Por lo que se refiere al otro defecto opuesto en la calificación relativa a la necesidad de verificar el previo depósito del Libro del Edificio, debe afirmarse que la formalización y entrega del denominado “Libro del Edificio” constituye una obligación impuesta por el artículo 7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que ordena que toda la información relativa a la obra ejecutada (proyecto, acta de recepción, relación de agentes, instrucciones de uso y mantenimiento) se incorpore al Libro del Edificio, que el promotor “entregará a los usuarios finales del edificio”. A este requisito ya se refirió la Resolución-Circular de este Centro Directivo de 26 de julio de 2007 interpretando la exigencia contenida en la Ley 8/2007, de Suelo, relativa a la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios, en los siguientes términos: «Esto 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 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 artículo 7 de la LOE. En él se integrarán el proyecto, la identificación de los agentes intervinientes, licencias y demás requisitos exigidos por el citado artículo 7 de la Ley 38/1999 y, en su caso, los demás requisitos exigidos por la legislación autonómica como integrantes del mismo». No resulta aplicable en el presente caso la exención que respecto de esta obligación ha reconocido este Centro Directivo (*vid.*, entre otras, la Resolución de

12 de diciembre de 2008) para los casos de declaración de obra nueva cuando el declarante es autopromotor, pues tal condición ni se ha alegado por el otorgante, ni resulta de la documentación presentada».

La misma Resolución-Circular se refiere a la citada exención señalando que «en relación con tal extremo, en primer lugar debe entenderse que tales exigencias relativas al Libro del Edificio no son aplicables en el supuesto de autopromotor de una vivienda para uso propio.

En efecto, de la interpretación literal, lógica, sistemática y finalista de la normativa aplicable (art. 19.1 de la Ley estatal de Suelo; artículo 7 y la disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación) se desprende que, en último término, no se pretende tutelar con dichas disposiciones legales el interés del promotor sino el de los ulteriores usuarios de la edificación y, precisamente por ello, carece de justificación imponer la exigencia de control debatida cuando, por destinarse a uso propio del promotor, no se da el supuesto de hecho de la norma: la contemplación de la entrega de la edificación por el promotor a los usuarios finales de la misma».

Tampoco es necesario el cumplimiento de este requisito relativo al Libro del Edificio en los casos de las obras antiguas. Este es el supuesto de hecho contemplado por la Resolución de 14 de abril de 2011, que es objeto de este comentario. Esta Resolución rechaza la exigibilidad de este requisito para la obra antigua, estimando el recurso interpuesto y revocando la nota del Registrador, conclusión que compartimos. En lo que no coincidimos con ella es en el motivo que se aduce para tal estimación, ya que contradice frontalmente toda la construcción que la misma había reflejado en su Fundamento 3 sobre la aplicación de las normas de derecho transitorio a la declaración de obra nueva. En efecto, la Resolución dice al respecto que «como ya afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 9 de enero de 2010, las sucesivas redacciones legales en la materia (Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico; Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos períodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior (...»).

A nuestro juicio, este criterio es solo parcialmente acertado, pero es peligroso por incompleto ya que se refiere exclusivamente a la intervención notarial. De su redacción parece desprenderse que si el título se presenta en el Registro tras un nuevo cambio legislativo posterior a su otorgamiento el registrador también queda sometido a los requisitos de la legislación que estaba vigente en el momento de tal otorgamiento y debe desoir el mandato legal introducido después. Consideramos que en ningún caso puede llegar a tal conclusión y que cada uno de los dos funcionarios debe ejercer su función con observancia de la legislación vigente en el momento de tal ejercicio. Así lo entiende también la Dirección General en su resolución de 17 de enero de 2012 cuando señala que «tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determinada norma de protección de legalidad urbanística, pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción».

Expuesto así el problema de derecho intertemporal o transitorio, la resolución de 14 de abril de 2011 rechaza la exigibilidad del requisito relativo al Libro del

Edificio no por el hecho de tratarse de una obra antigua, sino por lo que parece una distorsionada aplicación de las normas transitorias antes expuestas. Así se deduce de la motivación aducida por ella cuando señala que «este requisito y su forma de cumplimiento ha venido a ser confirmado por el reiterado Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, en relación con las edificaciones existentes en el territorio de esta Comunidad Autónoma, al precisar que para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva terminada, «previamente deberá haberse depositado una copia del Libro del Edificio en la oficina del Registro de la Propiedad competente. El cumplimiento de esta obligación deberá hacerse constar de acuerdo con lo establecido en la legislación hipotecaria y de ordenación de la edificación». Ahora bien, acreditado que la edificación es anterior a 1995, no cabe aplicar a la misma una exigencia impuesta por una legislación que entró en vigor con posterioridad a la realización de dicha construcción».

A nuestro juicio la Resolución de 2011 incurre en dos errores: primero, en el de acudir a las reglas de derecho transitorio para formar su decisión y segundo, en el de hacerlo en contra del criterio general sentado en otras ocasiones como en Resolución citada de 17 de enero de 2012, que determina que en todo caso el Registrador, al estar en vigor la nueva norma en el momento de su calificación, debería aplicarla aunque en el momento del otorgamiento del título rigiera la norma anterior.

Pero, como decimos, no es la normativa de derecho transitorio la que soluciona el caso concreto contemplado, sino la propia regulación de la obra nueva contenida en los artículos 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, que determinan por sí mismos la exclusión del requisito referente al Libro del Edificio en el caso de obras antiguas. Así lo confirma la Ley 13/2015 cuando incluye en el texto del artículo 202 de la Ley Hipotecaria la siguiente salvedad: «salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el Libro del Edificio (...). De igual modo se incide en ello en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, redactado también por aquella, según el cual la inscripción contendrá las circunstancias siguientes:

«a) Descripción de la finca objeto de inscripción, con su situación física detallada, los datos relativos a su naturaleza, linderos, superficie y, tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del Libro del Edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible (...).».

De ahí resulta que para la inscripción de las obras antiguas no es preciso el cumplimiento de este requisito, sin necesidad de acudir para ello a normas de derecho intertemporal, ni mucho menos de aplicarlas en contra del criterio que ha seguido al respecto la Dirección General en otras ocasiones, como en la reiterada Resolución de 17 de enero de 2012, según se ha visto.

7. LOS REQUISITOS RELATIVOS A LAS EDIFICACIONES EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Finalmente, el último inciso del nuevo artículo 202 de la Ley Hipotecaria establece otra novedad en concordancia con la finalidad de la Ley 13/2015, cuando, tras recoger la necesidad de aportar el Libro del Edificio como regla general para su archivo registral dejando constancia de ello en el folio real de la finca, añade que «cuando se trate de edificaciones en régimen de propiedad horizontal, se hará constar en el folio real de cada elemento independiente su respectiva representación gráfica, tomada del proyecto incorporado al libro».

Se trata de una exigencia lógica ya que con ello se extienden las necesidades de perfeccionamiento del principio de determinación o especialidad ya aludidas, a los diferentes pisos o locales del edificio dividido horizontalmente como fincas registrales independientes que son.

Sin embargo, debe precisarse que, aunque este requisito se encuadra legislativamente dentro de la regulación registral de la declaración de obra nueva, lo cierto que no es un requisito para la inscripción de tal declaración, sino en realidad para la inscripción de la división horizontal del edificio. No puede olvidarse que la declaración de obra nueva es un negocio jurídico diferente de la división horizontal aunque es muy frecuente que ambos negocios consten documentados en un mismo título.

Por último, el inciso final del precepto determina que la representación gráfica de cada elemento independiente será «tomada del proyecto incorporado al libro», lo que dificulta su interpretación y aplicación en los casos en que la división horizontal se refiera a una obra antigua, ya que en este caso no cabe hablar de Libro del Edificio del que pudiera tomarse la representación gráfica de sus distintos pisos o locales.

NOTAS

¹ Puede citarse en tal sentido la Resolución de 16 de noviembre de 1981.

² Ciertamente superado en algunos extremos por las sucesivas modificaciones del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo.

³ Hay que tener en cuenta también algunas disposiciones europeas, como la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativa a los requisitos de eficiencia energética de los edificios (Texto Refundido: Directiva 2010/31/UE del Parlamento y del Consejo de 19 de mayo de 2010).

⁴ Así se pone de manifiesto, por ejemplo, por la omisión en el artículo 20.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo estatal de toda referencia expresa a la licencia de obras o de edificación, por la desconexión existente entre el artículo 47 del Real Decreto 1093/1997 (que solo contempla el asiento de nota marginal para hacer constar la terminación de la obra en construcción) y el 20.3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo (que prevé el asiento de inscripción en determinados casos), por el mantenimiento en el artículo 48 del citado Real Decreto de la referencia a la obtención de la licencia por acto presunto o por el hecho de que la Dirección General se haya visto en la necesidad de aclarar ciertas oscuridades de la normativa aplicable a través de diversas Resoluciones-Circulares, como la de 26 de julio de 2007.