

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, por la que se anulan diversos artículos del Reglamento Hipotecario (1)

SUMARIO: I. EL DERECHO DE VUELO EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE VUELO. LA NECESIDAD DE FIJACIÓN DE UN PLAZO MÁXIMO PARA SU EJERCI-

(1) EL OBJETO DE LOS PRESENTES COMENTARIOS no es el de abordar la exégesis de la totalidad del contenido de la sentencia de 24 de febrero de 2000, sino tan sólo la parte de la misma, relativa a la declaración de nulidad de los artículos 16.2.c), 155, párrafo 4.º y la Disposición Adicional única del Real Decreto 1867/1998, que modifica los artículos 12, apartados 4 a 8, 81.3 y 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil (derecho de vuelo, crédito refaccionario e inscripción registral de las sociedades civiles). Este criterio selectivo se ve reforzado por la necesidad de obtener una mayor perspectiva temporal para abordar el comentario de otros extremos de la referida sentencia del Tribunal Supremo respecto de los que la misma obvió cualquier declaración de nulidad, ya que dicho criterio ha sido revisado recientemente por la misma sección (sexta), de la misma sala (tercera), del mismo Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 31 de enero de 2001, declarando ahora la nulidad que antes había negado en relación con diversos artículos del Reglamento Hipotecario reformado. Baste ahora destacar sobre este particular la perplejidad que produce una regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa que permite mantener un concepto de cosa juzgada que permite estos agravios a la seguridad jurídica, al tolerar que cosa tan de orden público como el contenido del Ordenamiento jurídico, al que pertenecen los reglamentos sujetos al control judicial de su legalidad, quede al albur de las alegaciones de las partes personadas en el proceso, de modo que el resultado de la revisión de legalidad no será producto definitivo de un conocimiento exhaustivo de la cuestión sometida a la misma, sino resultado provisional (declarándose la validez de la norma reglamentaria, no así en caso de declararse su nulidad; cfr. art. 26.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio) y tributario de las motivaciones alegadas por las partes, en medida correlativa a la erosión del clásico principio *iura novit curia*. La eficacia general de la anulación judicial de una disposición general (vid. art. 72.2, Ley 29/1998), destinada a producir efectos en una comunidad indeterminada de sujetos no personados en el procedimiento, debería ser motivo suficiente para recapacitar sobre la admisibilidad legal de una sucesión indefinida de recursos directos contra normas cuya validez haya sido declarada previamente por sentencia firme.

CIO. 3. LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO DE VUELO. 4. POSICIONES DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA. CARACTERES PRINCIPALES DEL DERECHO DE VUELO. 5. EL CARÁCTER TEMPORALMENTE LIMITADO DE LOS DERECHOS REALES SOBRE COSA AJENA. 6. LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA SOBRE LA NECESIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE UN PLAZO MÁXIMO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VUELO: A) *El criterio de la doctrina científica*. B) *El criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. 7. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 16.2.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO COMO CONCLUSIÓN DE LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EN TORNO AL DERECHO DE VUELO, Y SU ANULACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO.—II. EL CRÉDITO REFACCIONARIO Y SU ANOTACIÓN PREVENTIVA EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ANULACIÓN DEL NUEVO PÁRRAFO CUARTO DEL ARTÍCULO 155 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. 3. LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL EN TORNO A LA NECESIDAD DE FAVORECER LA REHABILITACIÓN DE LOS EDIFICIOS EN LOS CENTROS DE POBLACIÓN URBANA. 4. BREVE REFERENCIA A LAS PRINCIPALES INNOVACIONES DE LA REFORMA HIPOTECARIA DE 1998 EN MATERIA DE CRÉDITO REFACCIONARIO. 5. EL CONCEPTO DEL CRÉDITO REFACCIONARIO Y SU NATURALEZA JURÍDICA. 6. REFACCIÓN DE EDIFICIOS SUJETOS A UN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. 7. VIGENCIA Y CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITO REFACCIONARIO.—III. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS SOCIEDADES CIVILES EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998: 1. CONTENIDO DE LA REFORMA. 2. LOS ANTECEDENTES DE LA REFORMA REGLAMENTARIA. LA CONTROVERTIDA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 31 DE MARZO DE 1997. 3. EL RECHAZO JURISPRUDENCIAL DE LA REFORMA.—IV. LA AUSENCIA DEL REQUISITO DEL PREVIO DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACIÓN CON LA REFORMA DEL ARTÍCULO 12 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL: 1. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 12 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL Y SU DECLARACIÓN DE NULIDAD POR OMISIÓN DEL TRÁMITE DE DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO. 2. EFECTOS INVALIDATORIOS DE LOS VICIOS DE FORMA Y EN PARTICULAR DE LA OMISIÓN DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS.

I. EL DERECHO DE VUELO EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998

1. INTRODUCCIÓN

La regulación del llamado derecho de vuelo urbano, o derecho de sobree-dificación y subedificación, contenida en el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario fue modificada en la última reforma de este Reglamento operada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (2), dejando redactado dicho precepto en los siguientes términos:

(2) BOE del 29 de septiembre de 1998.

«2.º El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número 3.º del artículo 8.º de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

- a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.
- b) Determinación concreta del número máximo de plantas a construir.
- c) El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, que no podrá exceder de diez años.
- d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».

Cotejando la nueva redacción de este precepto con la anterior, se observa que la modificación en sede de derecho de vuelo se limitó a añadir la necesidad de que en el título de constitución del derecho se haga constar el número máximo de plantas edificables o a construir al amparo del derecho constituido [cfr. art. 16.2.º, *b*)] y el plazo máximo de duración del derecho, que en ningún caso podrá exceder de diez años [cfr. art. 16.2.º, *c*)]. La Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998, refiriéndose a este último aspecto y haciéndose eco de una abundante doctrina científica y una moderna jurisprudencia registral, aporta como justificación de la reforma la necesidad de acomodar la regulación del derecho de vuelo al principio hipotecario de especialidad, exigiendo la fijación de un plazo máximo para su ejercicio, sin perjuicio de que, una vez ejercitado, lo construido sea propiedad de su titular.

Esta nueva regulación del derecho de vuelo fue combatida por los demandantes en el recurso interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo contra el citado Real Decreto 1867/1998, y que dio lugar a la sentencia aquí comentada pronunciada por la Sección sexta de dicha Sala de fecha 24 de febrero de 2000 (3). Alegaban los recurrentes en su demanda que la nueva redacción del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario está en abierta contradicción con el artículo 1.255 del Código Civil en cuanto introduce una limitación temporal para el ejercicio del derecho de vuelo al disponer que su duración no podrá exceder de diez años para tener acceso al Registro de la Propiedad. Es decir, de las dos novedades introdu-

(3) Ponente señor SIEIRA MÍGUEZ.

cidas por la reforma de 1998 (necesidad de determinar en el título el número máximo de plantas a edificar y la fijación de un plazo máximo que no podrá exceder de diez años) la acción impugnativa de los recurrentes se dirige exclusivamente contra la segunda (4).

Pues bien, la pretensión judicialmente deducida en este punto prosperó, si bien en base a un esquema argumental distinto del empleado por los recurrentes, afirmando al respecto la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en su fundamento jurídico cuarto, lo siguiente:

«Aún cuando pueda estimarse como cierto que el precepto impugnado no regula de manera directa el derecho de vuelo, sino que se limita a señalar los requisitos para que dicho derecho pueda acceder y beneficiarse de la publicidad registral, así como que tampoco afecta al principio de libertad de pactos contenida en el artículo 1.255 del Código Civil, ya que lo dispuesto en el precepto impugnado no impide en absoluto que pueda pactarse un derecho de vuelo con una duración superior a diez años, no lo es menos que, al establecerse como requisito para que tal derecho acceda al Registro de la Propiedad que el plazo máximo para su ejercicio tenga una vigencia no superior a diez años, de alguna manera se está alterando su alcance y eficacia frente a terceros, puesto que los derechos reales tienen acceso al Registro de la Propiedad sin limitación de tiempo por imperativo del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, siendo necesario, cuando se trata de derechos reales o de cargas o limitaciones del dominio, el derecho de vuelo es un derecho real que supone una limitación del dominio para los propietarios o copropietarios de inmuebles que no son partícipes del mismo, que conste su inscripción para que surtan efecto frente a terceros. Por esa razón, aun reconociendo que el principio de determinación no tolera gravámenes indefinidos o indeterminados, una limitación del tipo de la que se pretende en el artículo 16 del Reglamento impugnado en relación con el derecho de vuelo debe necesariamente venir establecida por Ley al afectar a lo dispuesto en el precepto mencionado de la Ley Hipotecaria. Así lo demuestra el hecho de que otras limitaciones, como las relativas al alcance de la garantía hipotecaria, se establecen en la propia Ley, en este caso en el artículo 114 de la misma.

Podrá sostenerse —continúa el Tribunal Supremo— que no se afecta con el precepto impugnado el contenido del derecho de vuelo ni de libertad de pacto, pero no es menos cierto que al limitar la posibilidad de su acceso al

(4) Un nuevo recurso contencioso-administrativo, núm. 507/1998 interpuesto contra el mismo Real Decreto 1867/1998, de modificación del Reglamento Hipotecario, extendiendo en este caso su pretensión impugnatoria también contra la novedad del requisito de fijación del número máximo de plantas a construir, ha sido resuelto por la reciente sentencia de la Sala 3.^a (sección 6.^a) del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, acogiendo también favorablemente dicha pretensión.

Registro, en contra de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, que no establece limitación alguna, condicionando así su eficacia frente a terceros, supone en definitiva el establecimiento de un régimen jurídico diferente al que con arreglo a los principios generales de la Ley Hipotecaria le correspondería como derecho real que es, lo que justifica que esa modificación sólo puede hacerse por Ley».

Si analizamos el fundamento transcrito observaremos que la decisión del Tribunal de anular el apartado c) del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario se basa en un único motivo consistente en la confrontación o contradicción que, a juicio del órgano sentenciador, se produce entre el citado apartado y el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, que no establece límites temporales a la publicidad registral de los derechos reales, por lo que el novedoso plazo máximo de diez años que fija el Real Decreto 1867/1998 al derecho de vuelo, supone un condicionamiento de su eficacia frente a terceros, lo cual «supone, en definitiva, el establecimiento de un régimen jurídico diferente al que con arreglo a los principios generales de la Ley Hipotecaria le correspondería como derecho real que es, lo que justifica que esa modificación sólo puede hacerse por Ley». Este razonamiento teórico o deductivo lo apoya el Tribunal con otro de tipo inductivo y sistemático, pretendiendo ver confirmada su conclusión en el «hecho de que otras limitaciones, como las relativas al alcance de la garantía hipotecaria, se establecen en la propia Ley, en este caso en el artículo 114 de la misma» (5).

Se trata de un fallo sorprendente, especialmente considerando las premisas conceptuales y dogmáticas de las que parte el Tribunal, a la vista de las siguientes afirmaciones que igualmente se contienen en la fundamentación transcrita:

1.º El precepto impugnado no regula de manera directa el derecho de vuelo, sino que se limita a señalar los requisitos para que dicho derecho pueda acceder a la publicidad registral.

2.º El mismo precepto no afecta al principio de libertad de pactos contenido en el artículo 1.255 del Código Civil (6), ya que lo dispuesto en aquél no impide que se pueda pactar un derecho de vuelo con una duración superior a los diez años.

(5) Alude el precepto citado a un tema por completo diferente al aquí tratado, relativo a la limitación que, para favorecer la transmisibilidad de las fincas hipotecadas, establece el mismo respecto de los intereses devengados por el crédito garantizado de forma que frente a terceros la hipoteca no garantizará sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, salvo pacto en contrario que en ningún caso podrá imponer una extensión de la garantía por los intereses a un plazo superior a cinco años.

(6) El postulado contrario era precisamente el argumento en que se basaban los recurrentes para impugnar este precepto.

3.º El derecho de vuelo es un derecho real que supone una limitación del dominio para los propietarios del inmueble gravado.

4.º El principio hipotecario de determinación no tolera gravámenes indefinidos o indeterminados.

A pesar de todo ello el Tribunal Supremo entiende que las limitaciones temporales del tipo de las establecidas en el artículo 16.2.º,c) del Reglamento Hipotecario sólo puede establecerlas una disposición con rango de Ley por afectar al mandato del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, que no establece límites temporales al regular el acceso al Registro de la Propiedad de los derechos reales, conclusión, a nuestro juicio, incongruente con las propias premisas dogmáticas de las que parte el Tribunal, según vemos a continuación.

2. Naturaleza jurídica del derecho de vuelo. La necesidad de fijación de un plazo máximo para su ejercicio

Para poder valorar el acierto o desacierto de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, al declarar la nulidad del artículo 16.2.º,c) del Reglamento Hipotecario en su nueva redacción de 1998, en cuanto imponía la exigencia de fijar un plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, resulta necesario entrar previamente a debatir sobre la naturaleza jurídica de este singular derecho. Para ello partiremos de la regulación positiva del mismo, tanto en el Reglamento Hipotecario como en la Compilación navarra, únicos cuerpos normativos que acometen tal regulación, y del examen de la misma que ha realizado nuestra doctrina científica.

3. LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO DE VUELO

La única norma de ámbito estatal que contiene una regulación positiva del derecho de vuelo es precisamente el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario (7), derecho al que describe como atributivo de las facultades de elevar una o más plantas sobre un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo haciendo propias [del titular del derecho de vuelo] las edificaciones resultantes. El Código Civil ni regula este derecho, ni siquiera se refiere a él *in nominem*, sin perjuicio de que se pueda encontrar en dicho cuerpo legal alguna referencia indirecta al derecho de vuelo, como la incluida en la referencia genérica a las figuras similares al derecho de superficie al aludir el artículo 1.611 a «los gra-

(7) Introducida en la reforma del Reglamento operada mediante Decreto de 17 de marzo de 1959.

vámenes semejantes» a éste. Lo cual, por demás, es lógico pues, como después se verá, el derecho de vuelo está íntimamente relacionado con la figura jurídica de la propiedad horizontal como instrumento de organización jurídica de las comunidades constituidas sobre edificios construidos por plantas, por lo que surgida esta última institución al comienzo de los años sesenta, nada tiene de extraño que el Código Civil deje preterida la regulación del derecho de vuelo.

Si parca es la regulación de este derecho en la normativa estatal, equívoca es la forma en que se le denomina, pues ora se habla de derecho de vuelo, ora se especifica como derecho de vuelo urbano, ora se le identifica como derecho de *sobreedificación* o *subedificación*. Y si bien es verdad, como indica RUANO BORRELLA (8), que esta última es la denominación más ajustada al verdadero contenido del derecho y la más inequívoca por permitir su clara diferenciación tanto del derecho de superficie como del derecho de vuelo sobre finca rústica, a que se refiere el artículo 30 del Reglamento Hipotecario como derecho diferente del que nos ocupa, tampoco deja de ser cierto que se ha venido generalizando en la práctica documental y en la literatura jurídica la expresión más breve de «derecho de vuelo», que es la empleada por la sentencia comentada y a la que personalmente nos acogemos.

Pero junto a la citada regulación del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, debemos destacar la que sobre el mismo derecho, si bien bajo la denominación «derechos de *sobreedificación* y *subedificación*», se contiene en las leyes 435 a 444 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra, regulación que, sobre estar dotada de mayor rango normativo al venir acogida por una norma con rango de Ley, resulta mucho más precisa y completa que la contenida en aquel artículo del Reglamento Hipotecario. Y es que, ciertamente, como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, el Reglamento Hipotecario no regula de manera directa el derecho de vuelo, sino que se limita a señalar los requisitos necesarios para que dicho derecho pueda acceder a la publicidad registral, por lo que resulta extraño a su finalidad establecer una normación completa del mismo, la cual, por afectar al derecho de propiedad, sólo podría ser establecida mediante norma de rango legal, dada la reserva formal de Ley que en dicha materia establecen los artículos 33 y 53.1 de la Constitución española (cfr. sentencias del Tribunal Constitucional 33/87, de 26 de marzo, y 71/82, de 30 de noviembre).

Y es que, ciertamente, en ausencia de regulación normativa, la práctica notarial y registral vinieron conformando los caracteres básicos del derecho de vuelo al amparo del *numerus apertus* que rige en materia de derechos reales, según se desprende del artículo 2.2.º de la Ley Hipotecaria, al definir

(8) RUANO BORRELLA, JUAN PABLO, «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1986», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, mayo-junio 1986.

como susceptibles de reflejo registral los títulos por los que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, censos, servidumbres «y cualesquiera otros reales». Confirma este criterio de *numerus apertus* el artículo 7 del Reglamento Hipotecario al sancionar que «Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino *cualquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales*».

Por tanto, deben tener acogida en el Registro de la Propiedad no sólo los que podemos denominar como derechos reales típicos o acuñados por el Derecho positivo, sino también los atípicos o configurados al amparo de la libertad de pactos del artículo 1.255 del Código Civil, siempre que reúnan los requisitos exigidos por la propia naturaleza jurídica y elementos estructurales de todos los derechos reales y en los que concurran, además, los requisitos que en orden a permitir su acceso al Registro establezca en cada caso la legislación hipotecaria, entre los que presentan particular importancia los derivados del principio de especialidad o determinación hipotecaria que, en atención a la necesidad de claridad y precisión en los pronunciamientos registrales —dada su finalidad de publicidad y eficacia *erga omnes*—, imponen como condición para obtener el ingreso en el Registro la perfecta determinación del contenido del derecho en cuanto a sus facultades y, tratándose de derechos reales limitados sobre cosa ajena, especificando igualmente su plazo de duración, lo cual, por lo demás, resulta asimismo congruente con el principio de libertad de la propiedad inmueble (que dio lugar en el proceso codificador del siglo XIX a la abolición de la amortización y vinculaciones perpetuas de la propiedad).

De ahí se deriva la necesidad, como exigencia estructural de las cargas, gravámenes e *ius in re aliena*, de someterlos a un plazo máximo de duración para evitar aquellas vinculaciones o desmembraciones perpetuas del dominio. Ahora bien, que estas limitaciones sólo las pueda imponer la Ley, es algo lógico respecto de los derechos reales típicos, pero exigir la intervención de la Ley con tal finalidad respecto de los atípicos supone tanto como negar la existencia de éstos en tanto que precisamente son tales por no venir definidos y regulados en la Ley. Pero claro es que la atipicidad de tales derechos no debe ser tampoco confundida con una situación de *anomia* total de los mismos, pues en todo caso están sometidos a aquellas exigencias estructurales de todos los derechos reales a que antes nos referimos, deducidas tanto de los principios generales del Derecho como en relación con aquellos derechos reales atípicos que pretenden su acceso registral, de los denominados «principios hipotecarios», entre los que,

en lo tocante a la perfecta delimitación del contenido del derecho, destaca el principio de especialidad antes aludido que, junto a sus manifestaciones generales y comunes para todos los derechos (cfr. arts. 9 LH y 51 RH), presenta otras manifestaciones singulares para categorías específicas de ciertos derechos, como sucede precisamente en el caso del artículo 16.2.º,c) del Reglamento Hipotecario respecto del derecho de vuelo urbano.

Es precisamente este entronque del artículo 16.2.º,c) del Reglamento Hipotecario con los preceptos generales de la Ley Hipotecaria relativos al mismo principio hipotecario de especialidad lo que le habilita, a pesar de su rango, para definir el alcance del mismo en el ámbito del concreto derecho de vuelo, al establecer un plazo máximo para su ejercicio, y para fijarlo en el tope de diez años, medida temporal que, como veremos, lejos de ser arbitraria, se encuentra acomodada y resulta congruente con diversas normas de rango legal. Y es que la concreta reserva de Ley que realiza en materia de propiedad el artículo 33 de la Constitución española lo que prohíbe, según reza la sentencia del Tribunal Constitucional 33/87, de 26 de marzo, son las operaciones de deslegalización de la materia y los intentos de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por Reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo del Gobierno para completar la regulación legal, y sin perjuicio de que este desarrollo reglamentario realizado por la Administración haya de hacerse dentro de los criterios normativos fijados por la misma Ley. Y este es, ciertamente, el caso que nos ocupa, de forma que el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, al igual que los artículos 7 a 15 del mismo Reglamento, constituye no una regulación independiente de la Ley Hipotecaria, sino que subviene a la necesidad de desarrollar el mandato genérico enunciado por ésta en su artículo 2.2.º al referirse y autorizar el acceso registral de los títulos relativos a la constitución, modificación, transmisión o extinción de «cualesquiera otros derechos reales».

4. POSICIONES DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA. CARACTERES PRINCIPALES DEL DERECHO DE VUELO

Por orden de menor a mayor extensión o nivel de aceptación entre los autores, se pueden enunciar las siguientes teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de vuelo, cuestión íntimamente vinculada a la de determinar la necesidad o no de establecer un límite temporal o plazo máximo de duración del mismo:

1.º El derecho de vuelo es un verdadero dominio o derecho de propiedad, y no un mero derecho real limitativo del dominio ajeno, si bien reviste

la particularidad de que dicho dominio se proyecta, no sobre un objeto material o corpóreo, sino sobre «el espacio aéreo de una finca» perteneciente, al menos en parte, a distinto titular. Es una tesis sugerente pero minoritaria que ha sido mantenida casi en solitario por SOTO BISQUERT (9).

2.º El derecho de vuelo es un mero derecho real limitativo del dominio, asimilable al derecho de superficie, según unos, o caracterizado como un derecho propio y autónomo distinto del de superficie, según otros. Esta es la tesis defendida por VENTURA TRAVESET (10) y por CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (11).

3.º Finalmente, como tesis más extendida en la actualidad, no confrontada con la anterior pero sí más completa y precisa, a nuestro juicio, cabe reseñar la que, adaptada a la propia complejidad del derecho, diferencia dos fases en la existencia del mismo, una inicial en la que se trata de un derecho a construir sobre cosa ajena, y otra posterior que nace con la materialización de la facultad inicial de construir, que da paso a un derecho de dominio pleno en régimen de propiedad horizontal sobre las plantas o edificaciones realizadas. Militan en esta corriente, hoy mayoritaria, LA RICA (12), ROCA SASTRE (13), NAVARRO VIÑUALES (14), ALBALADEJO (15), ALONSO PÉREZ (16) y BALLESTEROS ALONSO (17). Este último autor ha realizado aportaciones doctrinales muy precisas y certeras, a nuestro modo de ver, y desarrollando la tesis antes sintetizada, en línea con la regulación del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario y con la interpretación mantenida por los autores recién citados, destaca las siguientes notas o caracteres del derecho de vuelo, como derecho llamado a mutar sobre sí mismo:

(9) SOTO BISQUERT, ANTONIO, «El derecho de vuelo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, págs. 923 y sigs.

(10) VENTURA TRAVESET, *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*, Barcelona, 1963.

(11) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1983.

(12) LA RICA Y ARENAL, RAMÓN, *Comentarios a las reformas del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959.

(13) ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA, en *Derecho Hipotecario*, III, Bosch, Barcelona, 1979, págs. 644 y sigs.

(14) NAVARRO VIÑUALES, JOSÉ MARÍA, «El derecho de vuelo. El derecho de superficie urbana», en *Cuadernos notariales-16*, Fundación Matritense del Notariado, 1997.

(15) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «El derecho de sobreelevación del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario», núm. 30 de los *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2000, págs. 60 y sigs.

(16) ALONSO PÉREZ, MARÍA TERESA, *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000; si bien esta autora introduce matizaciones en cuanto a la vocación del derecho de vuelo a integrarse en una futura propiedad horizontal al aceptar la posibilidad de la constitución de dicho derecho sobre finca no edificada.

(17) BALLESTEROS ALONSO, MANUEL, «Derecho de vuelo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, págs. 2055 y sigs.

- a) es un derecho real, en cuanto implica para su titular la posibilidad de actuar directamente sobre la cosa gravada. Destaca esta misma idea ROCA SASTRE, al apuntar que la cualidad de «inscribible» que atribuye al derecho de vuelo el Reglamento Hipotecario es suficientemente elocuente para atribuirle los caracteres de derecho real inmobiliario transmisible, pues el precepto reglamentario lo que prevé que se inscriba no es el contrato relativo a tal derecho (como en materia de arrendamientos y de opción de compra), sino directamente el derecho que examinamos;
- b) es un derecho que no implica, en tanto esté pendiente su ejercicio, un contacto posesorio con la cosa gravada. Destaca con acierto BALLESTEROS la importancia que esta circunstancia comporta en relación con la publicidad registral del derecho, al no existir la publicidad posesoria, y precisamente por ello produce cierta extrañeza que, a diferencia de lo que sucede con un derecho muy próximo como el de superficie, la inscripción del derecho de vuelo tenga carácter meramente declarativo y no constitutivo. Reflexiona sobre este particular VIÑUALES e indica certeramente que las razones de ser de aquel carácter constitutivo para el derecho de superficie (la falta de publicidad posesoria y la falsa apariencia de que el volumen edificable corresponde al propietario del suelo) son por completo predicables respecto del derecho de vuelo, por lo que aboga desde una perspectiva de *lege ferenda* por imponer la inscripción constitutiva del vuelo en el Registro de la Propiedad, innovación, no obstante, que sí requeriría, a mi juicio, la intervención de una norma de rango legal, pues con ser novedad demandada por la lógica jurídica, es lo cierto que supondría excepcionar el régimen común del carácter declarativo de la inscripción;
- c) se trata, además, de un derecho real con vocación al dominio (*ius ad dominium*) en la medida en que quien lo ejercita, construyendo en los términos autorizados por el título de su constitución, adquiere la propiedad de lo así edificado. En este sentido se puede afirmar que el derecho de vuelo atribuye el dominio sobre lo construido *sub conditione* de materializar la edificación habilitada ejercitando el previo *ius aedificandi* que ostenta su titular desde el momento de su constitución. Esta idea, que habla en favor de la tercera de las tesis antes apuntadas, ha sido igualmente asumida por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de mayo de 1999 (18), en la que se

(18) Sentencia que, por otra parte, mantiene la inaceptable tesis de que no cabe la reserva del derecho de sobreedificación a favor del constructor, establecida en el título constitutivo, cuando éste es el dueño único del inmueble, a pesar de estar tal cosa admitida expresamente por el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, por considerar este

explica ese tránsito del derecho limitado a construir hacia el derecho de pleno dominio a que da lugar el desenvolvimiento de aquella vocación *ad dominium* que muestra el derecho de vuelo diciendo que «la condicionalidad subyace en la entraña de esta figura jurídica. Evidentemente hay una *conditio iuris* que afecta, no al nacimiento del derecho de elevación, sino a la adquisición de la edificación resultante del ejercicio de tal derecho. Todo depende de que el reservista edifique o no. Adquirirá el nuevo piso superpuesto si edifica. No, en caso contrario» (19). Ello supone la asunción jurisprudencial de la tesis mayoritaria, antes expuesta, sobre la naturaleza jurídica del derecho de vuelo.

Pero, además, la adquisición por tal título de las edificaciones resultantes va acompañada de la simultánea adquisición sobre los elementos comunes a la obra nueva amparada en el derecho de vuelo y a la cuota correspondiente de la parte común de la misma edificación preexistente al ejercicio de tal derecho. Esta adquisición simultánea es consecuencia de la propia naturaleza de las cosas, pues tratándose de un derecho a construir o *ius aedificandi* sobre una edificación ya existente, o por debajo de la misma, nos encontramos ante un supuesto que responde a la tipología arquitectónica de la construcción por plantas, por lo que, dada la concurrencia de más de un titular sobre partes físicas diferenciadas de dicha construcción (al menos, se mantienen separadas las propiedades correspondientes a las plantas objeto del derecho de vuelo y el resto de la edificación),

precepto contrario al Código Civil y a la Ley de Propiedad Horizontal que, en la medida en que configuran la cubierta del edificio como elemento común impedirían, a juicio del Tribunal, la reserva de tal derecho. Sin embargo, como ha señalado ALBALADEJO en su crítica a dicha sentencia (*opus cit.*, pág. 72), si el elemento común cubierta puede hacerse privativo por acuerdo unánime de los propietarios —cosa que admite la sentencia— «es que no es no privatizable nunca y absolutamente, y, ese presupuesto, no se ve por qué no pueda reservarse la facultad de privatizarlo el constructor cuando él es todavía dueño íntegro del edificio o dueño de todos los pisos ya constituidos en régimen de propiedad horizontal». El mismo autor pone de manifiesto la extravagancia de la sentencia citada por contraponerse con el criterio unánime de la doctrina y de la jurisprudencia (cfr. sentencias del propio Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1964, 15 de diciembre de 1973, 11 de octubre de 1991, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de abril de 1970 y 5 de febrero de 1986).

(19) En otros aspectos esta sentencia fue más polémica y menos afortunada al apreciar una supuesta colisión entre el artículo 16 del Reglamento Hipotecario en materia de derecho de vuelo y el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, y 396 del Código Civil en cuanto atribuyen el vuelo a la comunidad de copropietarios en proporción a sus cuotas, al definirlo como elemento común del régimen de la propiedad horizontal con carácter imperativo, impidiendo, a juicio del Tribunal, la estipulación de pactos o el establecimiento de derechos que contradigan dicha naturaleza en el título constitutivo de dicho régimen.

siendo aquéllas susceptibles de aprovechamiento independiente, surge necesariamente una comunidad de las especiales reguladas por el artículo 396 del Código Civil y por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 (20), y sabido es que estas normas prescriben el carácter común, es decir, atribuido en régimen de copropiedad a todos los titulares de elementos privativos y en proporción a su respectiva cuota de copropiedad, de ciertos elementos constructivos entre los que se encuentra el suelo de la finca sobre la que se asienta la construcción. Es precisamente por ello por lo que en el título de constitución del derecho de vuelo debe establecer necesariamente «a) las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento». Es decir, las cuotas sobre los elementos comunes que hayan de corresponder a las nuevas plantas en la propiedad horizontal ya existente o futura (será inexcusable su aparición al tiempo de ejercitarse el derecho de vuelo, pero puede existir ya al tiempo de la constitución inicial de este derecho) debe quedar determinada *ab initio* en el propio título de constitución del derecho, o bien deberá fijar el título los elementos que permitan su inequívoca determinación futura;

- d) todo lo anterior conduce a que el derecho real de vuelo tenga, junto con aquella vocación al dominio, una vocación o propensión al condominio, condominio que, además, debe organizarse a través de un régimen de propiedad horizontal;
- e) dentro de la triple tipología de los derechos reales reconocidos en nuestro Ordenamiento jurídico (de goce, de garantía y de adquisición preferente), BALLESTEROS ALONSO (21) se ha pronunciado a favor de la asimilación del derecho de vuelo a este último grupo en cuanto su ejercicio supone el acceso a la propiedad de lo construido, idea que compartimos, si bien sólo resulta válida, como es obvio, para la definición del derecho de vuelo durante la pendencia de su ejercicio, pues, como hemos subrayado, a diferencia de los derechos obligacionales que se extinguen por su ejercicio, y de los restantes derechos reales cuyo ejercicio no los altera sino que los reafirma en sus propios términos evitando el juego de la prescripción, en este caso tal ejercicio transforma el derecho que muta sobre sí mismo, viniendo a desembocar en otro de naturaleza distinta, cual es el derecho de dominio pleno sobre lo edificado, abandonando la categoría de derecho de adquisición.

(20) Modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril.

(21) BALLESTEROS ALONSO, *opus cit.*, pág. 2058.

Creo que todos estos caracteres, por encajar plenamente en la regulación positiva tanto del Reglamento Hipotecario como de la Compilación navarra, vienen a avalar el acierto de la tercera de las tesis doctrinales antes expuestas. No obstante, y con todo, se ha de reconocer que ninguno de los dos cuerpos normativos citados se decanta abiertamente por ninguna de las teorías expuestas, eludiendo un pronunciamiento expreso, por lo que se mueven más en el terreno de las descripciones que en el de las categorías. Y es lo cierto que el decantamiento por alguna de las teorías expuestas es algo previo y necesario para poder tomar una posición definitiva en el tema del carácter perentorio e ineludible del señalamiento de un plazo limitado durante el cual se pueda ejercitar el derecho de vuelo, pues, como vamos a ver, la delimitación temporal del derecho es consustancial a los derechos reales limitativos sobre cosa ajena y, por el contrario, resulta contradictoria con la naturaleza del derecho de propiedad, como derecho de dominio pleno que es.

5. El carácter temporalmente limitado de los derechos reales sobre cosa ajena

Es postulado básico de nuestro Ordenamiento jurídico en materia de Derecho de cosas que la propiedad se presume libre y no puede ser sometida a regímenes de vinculación o amortización de forma directa ni indirecta mediante la constitución sobre la misma de gravámenes o limitaciones perpetuas. Congruentemente con ello, y de forma paralela, no resulta admisible la existencia de cargas, gravámenes o derechos reales sobre cosa ajena perpetuos o constituidos por tiempo indefinido. Son múltiples las manifestaciones de estos principios en nuestro Derecho positivo. En sede de Código Civil se pueden destacar los siguientes supuestos:

- a) en materia de limitación de llamamientos en las sustituciones fideicomisarias, el artículo 781 del Código limita su validez a las que «no pasen del segundo grado o se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador»;
- b) en relación con los censos, si bien la cesión del capital o del bien inmueble puede ser perpetua o por tiempo indefinido, el artículo 1.608 del Código establece que, sin embargo, el censatario podrá redimir el censo a su voluntad, «aunque se pacte lo contrario, siendo esta disposición aplicable a los censos que hoy existen», es decir, con carácter de Derecho imperativo y con eficacia retroactiva;
- c) en materia de usufructo, ninguna limitación de plazo se impone a los constituidos en favor de personas físicas, pues es causa de extinción de aquel derecho el fallecimiento de su titular (cfr. art. 513.1.º), que

es evento incierto en el cuándo, pero cierto en sí. Sin embargo, no existiendo limitación biológica a la vida de las personas jurídicas, el artículo 515 del Código previene el carácter perpetuo de los usufructos constituidos a su favor, imponiendo un límite máximo a su duración de treinta años, transcurrido el cual se extingue el usufructo;

- d) en relación con el derecho de retracto convencional es precepto imperativo que en ningún caso se podrá constituir por un plazo superior a diez años y que, a falta de estipulación en contrario, se limita su plazo a cuatro años (cfr. art. 1.508);
- e) igual criterio se adivina en la regulación de la hipoteca de rentas o prestaciones periódicas del artículo 157 de la Ley Hipotecaria que, además de prescribir la necesidad de que en la inscripción se haga constar el plazo y el modo o forma en que aquéllas se hayan de satisfacer, velando por el principio del *favor libertatis* que rige en materia del derecho de propiedad, previene un mecanismo de cancelación simplificada de tales inscripciones al establecer que transcurridos seis meses desde la fecha señalada para el pago de la última pensión, el titular del inmueble podrá solicitar su cancelación;
- f) también el Reglamento Hipotecario contiene manifestaciones importantes de aquellos principios de libertad de la propiedad y de limitación de sus gravámenes en diversos artículos, como el 14 en relación con los derechos de opción de compras, el 16 respecto del derecho de superficie (acogiendo en este caso los límites temporales que establece la legislación urbanística), etc. En la misma línea debe interpretarse la derogación tácita operada sobre el artículo 199 del Reglamento Hipotecario en virtud de la nueva redacción dada al artículo 86 de la Ley Hipotecaria por la Disposición Adicional 9.^a de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al limitar la duración de las prórrogas de las anotaciones preventivas a un máximo de cuatro años, eliminando las prórrogas indefinidas que amparaba el artículo 199 del Reglamento (22);
- g) finalmente, también respecto de los negocios jurídicos de mutación jurídico-real cuya eficacia, en sentido suspensivo o resolutorio, se haya sometido a cualquier tipo de condición (cfr. arts. 1.117 y 1.118 del Código Civil) resulta necesario para obtener su reflejo y desenvol-

(22) La excepción entre los derechos reales del caso de las servidumbres y otros derechos prediales *propter rem*, que sí admiten su constitución por tiempo indefinido, responde al hecho de que tales derechos constituyen, en la terminología del artículo 13 de la Ley Hipotecaria, «cualidades del predio», por lo que pasan a integrarse entre las facultades del dominio del predio dominante, con una vocación de permanencia indefinida en el tiempo a imagen y semejanza de la tendencia a la perpetuidad propia del derecho de propiedad.

vimiento registral el acotamiento de un plazo máximo en el que se habrá de cumplir o quedar incumplido el evento puesto en condición. Así lo afirmó la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 28 de febrero de 1994, confirmando el criterio del Registrador que había suspendido la inscripción de una transmisión sujeta a condición resolutoria por no fijarse el plazo para el cumplimiento del hecho en que consistía la condición. Como dice GIMÉNEZ DUART (23) en su comentario a aquella Resolución, «es absurdo que la prohibición de disponer sólo quepa imponerla en actos a título gratuito y con los límites de la fideicomisaria y no en los actos a título oneroso, pero que, en cambio, quepa sujetar una transmisión cualquiera a un condicionamiento eterno equivalente en la práctica a una prohibición de disponer. Y mientras unas condiciones encubren o equivalen a una limitación de disponer, otras simplemente producen una situación de indefinición o pendencia, que casa mal con la claridad y certeza que debe presidir los pronunciamientos del Registro». Comentarios llenos de sentido común y de buen sentido jurídico que compartimos plenamente.

Es más, el Tribunal Supremo viene declarando la nulidad radical de los contratos *ad perpetuam* por ilicitud del objeto. Es el caso de la sentencia de 26 de octubre de 1998, de la Sala 1.^a de dicho Tribunal, en la que se distinguen como categorías diferenciadas a estos efectos de su grado de ineficacia entre, por un lado, los «contratos de duración indefinida», es decir, aquellos que carecen de pacto alguno sobre su vigencia temporal, respecto de los que considera admisible su revocación mediante la denuncia del mismo por parte de uno de los contratantes (con indemnización o no de los daños y perjuicios) y, por otro lado, los «contratos a perpetuidad», en los que sí existe una estipulación sobre la duración del contrato en la que se establece su carácter *ad perpetuam*, en los que no se aplica el régimen de revocación a denuncia unilateral, sino la nulidad radical, «ya que esa estipulación es contraria a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la libertad del deudor, contraria al orden público (art. 1.583 del Código Civil)» y cuya causa se considera ilícita por el mero hecho de pactarse a perpetuidad (cfr. art. 1.275 del Código Civil).

Siendo todo ello así, ¿es que el derecho de vuelo debe erigirse en excepción a tan unánime criterio legal?; ¿es que acaso existen elementos en la naturaleza jurídica, ya examinada, de tal derecho que abonen aventurar una justificación para tan extravagante excepción?; de no ser así, ¿cuál es la razón de las dudas

(23) GIMÉNEZ DUART, TOMÁS, «Comentario a la Resolución de 28 de febrero de 1994», en *La Notaría*, marzo de 1994.

sobre la necesidad de establecer un plazo máximo? Ya hemos visto que por la vía de la conceptualización del derecho de vuelo como un derecho real limitativo del dominio no habría escapatoria posible, pues no caben gravámenes perpetuos sobre la propiedad ajena. Pero también dijimos que algún sector doctrinal entiende que cabe aplicar al derecho de vuelo el concepto de verdadero dominio, si bien que «sobre el espacio aéreo» de finca ajena. Quizá sea precisamente por la falta de decisión del legislador sobre la naturaleza jurídica de este derecho por lo que ni el Reglamento Hipotecario, hasta su reforma de 1998, ni la Compilación navarra (24) establecen formalmente el requisito del plazo.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta indefinición sobre la naturaleza jurídica del derecho no debería justificar una paralela indefinición sobre el problema de la necesidad del establecimiento del plazo, por cuanto de forma inversa, y por sus propios fundamentos, de la misma manera que se afirma el carácter temporalmente limitado de los derechos reales sobre cosa ajena, hay que afirmar el postulado contrario respecto del derecho de propiedad o dominio pleno. Y es que no cabe el sometimiento a plazo temporal del derecho de propiedad. Podrá quedar sujeto a una sustitución fideicomisaria, a un retracto convencional, a una condición resolutoria a cumplir en plazo determinado, al régimen legal de la prescripción extintiva, pero no cabe sin más establecer una limitación temporal a la vigencia del derecho de propiedad mediante la fijación de un simple plazo. Lo que sí se puede y debe sujetar a un plazo son los regímenes forzosos de condominio, a excepción del régimen de la propiedad horizontal, pues la comunidad ordinaria sólo admite el pacto de exclusión de la *actio communi dividundo* por un plazo máximo de diez años, sin perjuicio de su prórroga por nueva convención, conforme al artículo 400 del Código Civil. Obsérvese que el plazo coincide con el señalado por el artículo 16.2.º,c) del Reglamento Hipotecario, declarado nulo por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000. La cuestión presenta relevancia, pues la exigencia del plazo se refiere al ejercicio del derecho de vuelo, es decir, a su primera fase, anterior a la patrimonialización de lo edificado por su titular (pues, en la segunda fase, al hacer tránsito a un régimen de división horizontal ninguna limitación de tiempo se prescribe), fase inicial en la que alguna doctrina apunta la existencia de un verdadero derecho de dominio sobre el espacio aéreo de la finca, lo que da lugar, por la concurrencia de distintos titulares sobre el vuelo y sobre el suelo de una misma finca, con carácter en ambos casos de titularidades dominicales, a la existencia de una especial comunidad o cotitularidad sobre el conjunto del inmueble a la que, por la vía de la aplicación analógica de una norma imperativa e indero-

(24) Esta última incluso llega a admitir expresamente la posibilidad de que el derecho de vuelo se constituya a perpetuidad, con una presunción favorable a la misma en ausencia de pacto en contrario (cfr. Ley 428).

gable por la voluntad de sus titulares, como es el artículo 400 del Código Civil, le resultaría aplicable la limitación temporal de los diez años prescritos por tal precepto. Pero si a ello le añadimos el carácter esencialmente transitorio que presenta el derecho de vuelo, en la medida en que sin materializar la edificación a que faculta ningún interés jurídico ni económico presente reporta a su titular, no es de ver cómo se puede razonar solventemente la inexistencia de un plazo máximo como elemento estructural y consustancial a la propia naturaleza jurídica del derecho de vuelo.

Veremos a continuación cómo ésta ha sido también la posición que ya desde 1996 viene manteniendo de forma sostenida y sin quiebra la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones, y la que viene avalada por la doctrina científica más autorizada.

6. LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA SOBRE LA NECESIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE UN PLAZO MÁXIMO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VUELO

Diferenciaremos en apartados distintos la posición de la doctrina científica y la de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

A) *El criterio de la doctrina científica*

Ciertamente, la claridad y contundencia de los anteriores argumentos no ha escapado al análisis de los autores de forma que, si bien es cierto que algunos sólo incorporan a su reflexión las consecuencias derivadas del principio de especialidad en materia de derecho de vuelo en tanto se pretenda su acceso al Registro de la Propiedad de una forma limitada, como en el caso de ROCA SASTRE que, a pesar de la omisión del artículo 16.2.º, defiende la necesidad de especificar en el título constitutivo del derecho y en su inscripción registral las características de la nueva construcción incluyendo el número de plantas (25), sin embargo no emplea el mismo criterio en relación con el plazo de duración del derecho del que estima que, dado aquel silencio de su norma reguladora, «no es de duración tasada» (26), igualmente es cierto que entre los autores más modernos, y no hemos de echar en olvido lo reciente de la aparición de esta figura, dada su vinculación con la propiedad horizontal, es mayoritaria la opinión contraria.

(25) Además, aboga por incorporar los datos de sus alturas, capacidad y demás medidas.

(26) Si bien advierte de que el derecho de vuelo está sujeto a la prescripción extintiva por no uso del mismo.

En este sentido, debemos destacar las aportaciones de BALLESTEROS ALONSO (27) que claramente se muestra contrario a que el derecho de vuelo sea una excepción en nuestro Ordenamiento jurídico, por lo que entiende que debe constituirse sujeto a un plazo, destacando que la omisión al respecto del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, antes de la reforma de 1998, debe interpretarse como una indefinición del mismo sobre la verdadera naturaleza de este derecho como un derecho real limitado o como un verdadero dominio. Pero incluso admitiendo esto último a efectos argumentativos, el plazo seguiría siendo necesario, pues aún entendiendo aquel derecho como una propiedad separada sobre el vuelo, aquella separación entre la propiedad del vuelo y la del suelo no podría aceptarse como perpetua. Esta misma es la opinión de NAVARRO VIÑUALES (28), quien cita en su apoyo un auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 25 de julio de 1995, dictado en vía de recurso gubernativo contra la calificación de un Registrador que denegó la inscripción de un derecho de vuelo por falta de sujeción a plazo, calificación confirmada por el Tribunal.

Dicho autor utilizaba en su razonamiento argumentos de tipo lógico (la naturaleza del derecho de vuelo como real limitado con vocación de dominio), sistemáticos (su proximidad y analogía con lo dispuesto en materia de derecho de superficie y de vuelo rústico por los arts. 16.1.º y 30.3.º del RH) e históricos (en los trabajos preparatorios de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 se preveía la introducción del plazo con carácter obligatorio, si bien finalmente se suprimió). Igualmente partidario de la fijación de un plazo se muestra ARNÁIZ EGUREN (29), sin perjuicio de su posible prórroga (dentro del límite máximo de los diez años permitidos tras la reforma de 1998). Igual criterio favorable manifiesta GIMÉNEZ DUART en sus atinados comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de noviembre de 1996 (30), a la que nos referimos a continuación.

B) *El criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado*

La citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de noviembre de 1996, tuvo que abordar frontalmente el

(27) BALLESTEROS ALONSO, *opus cit.*, pág. 2071.

(28) NAVARRO VIÑUALES, *opus cit.*, pág. 29.

(29) ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, en sus «Comentarios a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en el libro colectivo *La reforma de los Reglamentos Hipotecarios y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 119.

(30) GIMÉNEZ DUART, TOMÁS, «Comentario a la Resolución de 6 de noviembre de 1996», en *La Notaría*, núms. 11-12 de 1996.

problema que venimos examinando al resolver un recurso gubernativo contra la calificación de un Registrador que suspendía la inscripción de un derecho de vuelo no sujeto a plazo de ejercicio. Se trataba del siguiente supuesto: dividido un edificio en régimen de propiedad horizontal, las dueñas del mismo se reservan en los estatutos respectivos, el derecho a elevar las plantas que ahora o en lo sucesivo permitan las ordenanzas municipales para ellas y sus sucesores. El Registrador entiende que el principio de especialidad queda conculcado tanto por no concretarse el número de plantas a edificar, como por no fijar plazo para el ejercicio del derecho. En ambos aspectos confirma la Dirección General la nota de calificación.

Respecto de lo primero, aclara el Centro Directivo que en este caso bajo la falta de determinación indicada subyace, no un derecho real de los configurados en el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, imperfectamente definido, sino «la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y con carácter perpetuo) de una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es la materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística». Respecto del segundo defecto indicado por el Registrador, la Dirección General enlazando su razonamiento con el anterior, indica con precisión que la situación jurídica antes definida «en modo alguno pueda considerarse como verdadero derecho real pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro Ordenamiento jurídico (vid. art. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico-política y su trascendencia *erga omnes*) que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (vid. arts. 513, 526, 546, 1.608, 1.655 del Código Civil), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad».

Este criterio se ha mantenido en ocasión reciente por la misma Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 26 de septiembre de 2000, en la que reitera que la no especificación del plazo en que deben realizarse las obras autorizadas por el derecho de vuelo concedido, «aunque ciertamente tal determinación no figura en el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario vigente al tiempo de formularse la calificación impugnada, resulta sustancial tanto para una perfecta delimitación del derecho real que se constituye (cfr. art. 9 LH), como por la necesidad de observar y respetar las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes, entre ellas la exclusión, cuando no haya causa que lo justifique de gravámenes perpetuos e irredimibles (arts. 781, 785, 400, 515, 640 del Código Civil)».

7. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 16.2.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO
COMO CONCLUSIÓN DE LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA
EN TORNO AL DERECHO DE VUELO, Y SU ANULACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO

La reforma del Reglamento Hipotecario llevada a cabo por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, impulsada fundamentalmente por la necesidad de su adaptación a los cambios legislativos introducidos por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y por la Ley de condiciones generales de la contratación, de 13 de abril de 1998, aprovechó la ocasión para actualizar la regulación hipotecaria de algunas figuras jurídicas. Este fue el caso del artículo 16.2.º en relación con el derecho de vuelo, que modifica en el sentido de incorporar de forma expresa la exigencia de aquellas determinaciones que en cuanto a número de plantas y plazo de ejercicio ya habían venido exigiendo al título constitutivo la práctica registral y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, para lo que introduce sus nuevos apartados *c)* y *d)*.

En nuestra opinión, la reforma en este punto fue plenamente acertada, según de forma prolija se ha razonado. Por ello, el juicio que en este extremo nos merece la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, al anular el nuevo apartado *c)* de dicho precepto, en el que se impone la necesidad de establecer en el título de constitución del derecho «un plazo máximo para su ejercicio que no podrá exceder de diez años», debe ser necesariamente crítico. La novedad, como se ha dicho, respecto a una correcta inteligencia de la naturaleza jurídica del derecho de vuelo, era congruente con las exigencias estructurales de los derechos reales, con el principio de especialidad hipotecaria, con el principio general del Derecho de la proscripción de los gravámenes perpetuos y de cualquier forma de vinculación de la propiedad y, finalmente, resultaba acorde con la opinión más extendida entre nuestros autores y con la jurisprudencia registral. Por otra parte, dicha innovación ningún reproche mereció por parte del Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen de 9 de julio de 1998 (31). La conclusión anulatoria de la sentencia resulta tanto más inconsecuente e incongruente consigo misma si observamos que la propia Sala se decanta entre las distintas teorías en liza en lo tocante a la naturaleza jurídica del derecho de vuelo por la que lo define como un derecho real, desde cuyo prisma es todavía más evidente la acotación de un plazo a la duración del derecho. La inconsecuencia sube de tono al advertir que la sentencia niega que la nueva regulación suponga una limitación a la libertad de pactos del artículo 1.255 del Código Civil.

(31) Que, sin embargo, fue especialmente crítico con otros aspectos del Proyecto de Real Decreto de reforma, llegando a formular hasta cinco observaciones esenciales a otros tantos artículos del mismo que, en atención a dicho Dictamen, fueron suprimidos del texto definitivamente aprobado.

Y es que el único apoyo argumental de la sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo consiste en la existencia de una pretendida confrontación o contradicción que, a juicio del órgano sentenciador, se produce entre el citado apartado y el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, precepto que no establece límites temporales a la publicidad registral de los derechos reales, por lo que el novedoso plazo máximo de diez años que fija el Real Decreto 1867/1998, al derecho de vuelo, supone un condicionamiento a su eficacia frente a terceros, lo cual «supone, en definitiva, el establecimiento de un régimen jurídico diferente al que con arreglo a los principios generales de la Ley Hipotecaria le correspondería como derecho real que es, lo que justifica que esa modificación sólo puede hacerse por Ley». Este razonamiento no se puede compartir. El objeto y finalidad del artículo 1 de la Ley Hipotecaria es fijar genéricamente el objeto y eficacia de los asientos del Registro de la Propiedad, de forma que cuando su párrafo 3.º señala, como primera manifestación del principio de legitimación registral, que aquellos asientos «están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley», ello no supone la afirmación del carácter perpetuo de tales asientos, sino que, de acuerdo con la finalidad básica de lograr la mayor exactitud posible del pronunciamiento de tales asientos y la concordancia entre la realidad registral y la extrarregistral, se dictan en la propia Ley Hipotecaria un conjunto de normas (cfr. arts. 76 a 103, integrantes de su Título IV) relativas a la extinción o cancelación de las inscripciones, cancelaciones y demás asientos en caso de extinción del derecho inscrito o anotado, cualquiera que fuera la causa jurídica eficiente de dicha extinción, incluyendo la caducidad del derecho por transcurso del plazo señalado para su ejercicio. Es aquí, en el Título IV de la Ley Hipotecaria, donde se ubican con correcta sistemática los límites temporales que al reflejo registral de los derechos inscritos el Tribunal Supremo ve omitidos en su artículo 1.º Es más, sensible la reforma hipotecaria a una muy mayoritaria demanda social en el sentido de facilitar la eliminación en los libros del Registro de la Propiedad de los asientos relativos a derechos extinguidos, dio nueva redacción al artículo 177 del Reglamento Hipotecario, estableciendo que «Los asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, se cancelarán por caducidad transcurridos cinco años desde su vencimiento, salvo caso de prórroga legal», sujetando tal posibilidad a la condición de que «no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento», modificación que el Consejo de Estado (32) destaca «por su importancia y acierto».

(32) En su Dictamen de 9 de julio de 1998, pág. 24.

Tampoco puede sostenerse el argumento traído en socorro de la tesis anulatoria por vía de ejemplo, consistente en la cita del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, pues sobre no referirse a una limitación temporal a la vigencia del derecho de hipoteca, sino al período máximo de devengo de intereses remuneratorios generados por la obligación garantizada que podrán reclamarse en perjuicio de tercero, otros numerosos ejemplos, y de mayor proximidad institucional al derecho de vuelo, extraídos del Reglamento Hipotecario, se podrían citar como réplica a tal argumento. Dada la amplitud de los supuestos, nos limitaremos a citar los de mayor relación institucional con aquel derecho: el artículo 13 en un supuesto de prehorizontalidad (33) consistente en la cesión de suelo por obra futura, indica que, en caso de que la cesión vaya acompañada de una transmisión de presente de los futuros departamentos que corresponden en contraprestación al cedente, en la inscripción «se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario, siempre que se fije un plazo para realizar la edificación que no excederá de diez años» (34); el artículo 16.1.º al regular el derecho de superficie diferencia dos tipos de plazos distintos: en su apartado a) impone una duración máxima de setenta y cinco o de noventa y nueve años (según que sea urbano o civil) para el derecho de propiedad superficiaria, y en su apartado c) exige la fijación de un plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años; el artículo 30.3 que impone como dato de constancia obligada en la inscripción del derecho de vuelo rústico el de su duración; finalmente, el artículo 14.3.º respecto del contrato de opción de compra (35), prescribe con carácter imperativo para la inscripción del mismo la necesidad de establecer un «plazo para el ejercicio de la opción que no podrá exceder de cuatro años».

Visto todo lo cual, no cabe sino concluir manifestando un claro desacuerdo en este extremo con el fallo de la sentencia de 24 de febrero de 2000, pues claramente resulta desafortunada en su tacha de nulidad del nuevo apartado c) del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario introducido por la reforma de 1998.

(33) También en la constitución de un derecho de vuelo existe una situación de prehorizontalidad, dada la vocación de aquél de integrarse en una propiedad horizontal.

(34) Plazo coincidente con el del anulado artículo 16.2.º,c) del Reglamento Hipotecario. Recientemente una nueva sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, anula también los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del artículo 13 del Reglamento Hipotecario en su versión dada por el Real Decreto 1867/1998, pero por nada que tenga que ver con la determinación de un plazo a un régimen de comunidad *pro diviso*, sino por entender que altera el régimen legal de adquisición de la propiedad, consagrado por el artículo 609 del Código Civil, al convertirlo en disponible por los contratantes a pesar de su naturaleza imperativa.

(35) Recuérdese lo indicado anteriormente sobre la naturaleza jurídica del derecho de vuelo como derecho de adquisición preferente.

Finalmente, como ya se anticipó al comienzo de este capítulo, un nuevo recurso contencioso-administrativo número 507/1998, interpuesto contra el mismo Real Decreto 1867/1998, de modificación del Reglamento Hipotecario, extendiendo en este caso su pretensión impugnatoria también contra la novedad del requisito de fijación del número máximo de plantas a construir que se incorporó como letra *b)* al párrafo 2.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, ha sido resuelto por la reciente sentencia de la Sala 3.^a (sección 6.^a) del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, acogiendo también favorablemente dicha pretensión. Como ya vimos, se trataba de una especificación que viene exigida por el principio hipotecario de determinación, que obliga a que todos los derechos que acceden al Registro de la Propiedad están perfectamente delimitados en su alcance y contenido (cfr. art. 9, núm. 2 LH). No niega tal principio el Tribunal Supremo en esta nueva sentencia, pero entiende que dicha exigencia [fijación de un número máximo de plantas] «excede abiertamente de la función propia del Reglamento (desarrollo y colaboración) al exigir que conste la determinación concreta del número máximo de plantas a construir, con lo que éstas han de quedar precisadas desde un principio a pesar de lo que pueda autorizar el ordenamiento urbanístico en cada momento, viniendo así, en definitiva, a prohibir por el Reglamento que el referido derecho pueda extenderse a cuantas plantas permitan las determinaciones urbanísticas». Remacha el Tribunal su planteamiento declarando nulo de pleno derecho el apartado *b)* del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, «por exigir un requisito para la inscripción del derecho de vuelo y subsuelo, cual es el número de plantas a construir, que sólo el ordenamiento urbanístico en vigor puede establecer».

A título de comentario de tales asertos baste recordar aquí lo que ya se dijo sobre el principio de determinación hipotecaria y el carácter legalmente atípico del derecho de vuelo, en el sentido de no estar regulado por ninguna norma legal de ámbito estatal, para excusar mayores argumentaciones de rechazo a tal declaración de nulidad. Añádase tan sólo la inaceptable confusión en que incurre el Tribunal entre la necesaria determinación del contenido y alcance del derecho de vuelo, en que la fijación del número máximo de plantas tiende a evitar precisamente que los eventuales aprovechamientos urbanísticos futuros no incluidos en el título de constitución del derecho de vuelo puedan ser patrimonializados por su titular (¿en base a qué título jurídico?), por un lado y, por otro, las determinaciones del planeamiento urbanístico y de sus instrumentos de ejecución, que si en el futuro atribuyesen nuevos derechos de aprovechamiento urbanístico a un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal corresponderían civilmente al conjunto de la comunidad de propietarios (cfr. art. 396 del Código Civil), aunque alguno de ellos lo fuera en virtud del ejercicio de un previo derecho de vuelo, y no con carácter exclusivo a favor de este último, que sería la conclusión que se

alcanzaría de seguirse la errada línea argumental de la sentencia comentada (36).

II. EL CREDITO REFACCIONARIO Y SU ANOTACION PREVENTIVA EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de la anotación preventiva del crédito refaccionario, contenida en el artículo 155 del Reglamento Hipotecario, fue modificada en la última reforma de este Reglamento operada por el ya citado Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (37), dejando redactado dicho precepto en los siguientes términos:

«Según lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley, la anotación preventiva a favor de los acreedores refaccionarios podrá solicitarse en virtud de documento privado que conste por escrito. A este fin deberán concurrir ante el Registrador todos los interesados en la anotación, personalmente o por medio de representante especialmente autorizado, asegurándose aquél de la personalidad de los comparecientes y de la autenticidad de las firmas puestas al pie del contrato, salvo el caso de que éstas estuvieren legitimadas notarialmente, en que no será necesaria dicha concurrencia personal.

También podrá solicitarse en la misma forma la anotación preventiva en virtud de los documentos de concesión de subvenciones públicas o de créditos de entidades públicas destinados a la refacción, reparación, rehabilitación y, en su caso, mejora de los edificios urbanos, sus instalaciones, fachadas y elementos comunes.

Tratándose de edificios en régimen de propiedad horizontal, bastará con la comparecencia del presidente de la Comunidad auto-

(36) Tampoco para mientes la sentencia en la existencia de las llamadas servidumbres *altius non tolendi*, cuyo contenido propio (la limitación del número de plantas a construir sobre la finca gravada), siguiendo la línea argumental trazada en la sentencia de 31 de enero de 2001, implicaría una inaceptable prohibición de construir todas las plantas que permitan las determinaciones urbanísticas, número de plantas que «sólo el ordenamiento urbanístico en vigor puede establecer». La conclusión habría de ser, pues, la erradicación de tales servidumbres a manos de las previsiones urbanísticas. Y es que una cosa es que el contenido de los planes urbanísticos delimiten el contenido del derecho de propiedad y otra distinta es que los derechos reales limitados que sobre dicha propiedad se constituyan a favor de terceros, respetando aquellos límites urbanísticos, determinen el alcance concreto que a las facultades que integran dichos derechos sobre cosa ajena se quiera atribuir en el título de su constitución.

(37) BOE del 29 de septiembre de 1998.

rizado al efecto mediante acuerdo de la Junta de Propietarios adoptado en la forma y con las mayorías establecidas en la Ley de Propiedad Horizontal, aportando la correspondiente certificación acreditativa de la que resulte que los presupuestos de la obra, cuyo importe no podrá ser inferior al del crédito o subvención concedida, han sido aceptados por la Comunidad. La anotación recaerá sobre la totalidad del edificio o finca de que se trate y se practicará en el folio de la finca matriz con las correspondientes notas de referencia en los folios correspondientes a los elementos independientes.

En los supuestos del párrafo anterior, el plazo de sesenta días establecido en el artículo 92 de la Ley Hipotecaria se computará desde el vencimiento del crédito o del plazo expresamente previsto en la resolución por la que se otorgue la subvención para el cumplimiento de las condiciones u obligaciones que en ella se impongan, sin perjuicio de la duración máxima y, en su caso de la prórroga, prevista en el artículo 86 de la Ley. Dicha prórroga podrá pactarse en el propio título en cuya virtud se solicite la anotación».

Comparando la nueva redacción de este precepto con su precedente, es de ver el alcance de la modificación operada y su clara finalidad de favorecer una más amplia extensión en la práctica de esta institución de garantía en que consiste la anotación del crédito refaccionario, dadas sus singulares ventajas, a las que luego aludiremos. Así, las modificaciones consistieron, por un lado, en meros retoques de redacción en su párrafo primero, y en la incorporación de tres nuevos párrafos, por otro lado. Los retoques consistieron en la sustitución de la referencia que se hacía a la comparecencia de los interesados en el Registro, por la más correcta de comparecencia ante el Registrador, dada la finalidad a que responde la misma de que por éste se compruebe la identificación y legitimación de aquéllos, y en la sustitución de la referencia al «contrato privado» por la de «documento privado» (38). En cuanto a los nuevos párrafos introdu-

(38) Un nuevo recurso contencioso-administrativo, número 507/1998, interpuesto contra el mismo Real Decreto 1867/1998, de modificación del Reglamento Hipotecario, fue resuelto por la sentencia de la Sala 3.^a (sección 6.^a) del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, desestimando los motivos impugnatorios formulados contra esta innovación, afirmando que «no compartimos la aseveración de que la interpretación finalista, histórica y sistemática, e incluso el propio tenor literal del artículo 59, al utilizar la expresión *contrato*, sólo permite entender como créditos amparados por la garantía real regulada en los artículos 42.8 y 59 de la Ley Hipotecaria los de derecho privado, sino que, por el contrario, la exégesis que consideramos acertada de estos preceptos, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que estamos aplicando, su espíritu y finalidad, es que permiten garantizar con anotación preventiva el cobro o reintegro de las subvenciones públicas o créditos de entidades públicas destinados a la refacción, reparación, rehabilitación y, en su caso, mejora de los edificios urbanos, sus instalaciones, fachadas y elementos comunes, sin por ello forzar el texto de la Ley, que, cuando alude al contrato por escrito, celebrado con

cidos en el artículo 155 del Reglamento Hipotecario, tienen por objeto respectivamente: el segundo, la extensión de la posibilidad de obtener anotación preventiva de crédito refaccionario a los documentos de concesión de subvenciones o créditos **públicos** de finalidad refaccionaria respecto de fincas urbanas; el tercero, establecer las especificaciones precisas para hacer viable la garantía refaccionaria en los casos en que la refacción tenga por objeto un edificio sujeto al régimen de división horizontal; y el cuarto, establecer las adaptaciones necesarias en materia de cómputo del plazo de caducidad de la anotación en los supuestos de subvenciones y créditos **públicos**.

La Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998, justifica la reforma por la conveniencia de «extender la posibilidad de que se acojan al régimen de las anotaciones preventivas por créditos refaccionarios las subvenciones públicas para la rehabilitación de edificios urbanos».

2. LA ANULACIÓN DEL NUEVO PÁRRAFO CUARTO DEL ARTÍCULO 155 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Esta nueva regulación del derecho de vuelo fue combatida por los recurrentes, pero única y exclusivamente respecto del último de los párrafos indicados, y ello por entenderlo contrario a los artículos 86 y 92 de la Ley Hipotecaria en cuanto establece que el plazo de sesenta días de vigencia de la anotación a partir de la finalización de la obra, establecido en el último de los artículos citados, se computará a partir del vencimiento del crédito o del plazo expresamente previsto en la resolución que otorgue la subvención para el cumplimiento de las condiciones u obligaciones que en ella se impongan, en lugar de computarse desde la conclusión de la obra objeto de refacción, así como que el artículo 86 de la Ley Hipotecaria no prevé, afirman los recurrentes, la posibilidad de pactar la prórroga de dicho plazo de antemano, mientras que el artículo impugnado admite la posibilidad de que la prórroga del citado plazo se pacte en el propio título en cuya virtud se solicita la anotación.

Pues bien, la pretensión judicialmente deducida en tales términos obtuvo irregular suerte, pues el Tribunal, en su sentencia de 24 de febrero de 2000, comienza descartando el segundo motivo impugnativo, «ya que es manifiesto que una de las fórmulas establecidas para alargar el plazo de caducidad del asiento previsto en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria es que así se solicite

el deudor en cualquier forma legal, no impide incluir los documentos de concesión de la subvención o crédito que, en definitiva, cumplen el mismo fin que el documento privado de contrato entre particulares, pues en uno y otro se consignan los derechos y obligaciones de ambas partes, que son el acreedor refaccionario, incluida la Administración en el caso de las subvenciones, y el titular o titulares de la finca, objeto de la refacción, deudores de las cantidades recibidas para los fines de la refacción o reparación, que en el supuesto de las subvenciones serían los beneficiarios de los fondos públicos».

por los interesados, tal y como resulta de la dicción literal del precepto, sin más requisitos que el de la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento, sin ninguna otra limitación, por tanto, en cuanto al momento de la solicitud».

Por el contrario, el Tribunal Supremo aprecia una contradicción entre el sistema de cómputo del plazo de vigencia de la anotación de sesenta días establecido en el artículo 92 de la Ley Hipotecaria y el previsto en el párrafo final del nuevo artículo 155 de su Reglamento. En este sentido afirma que «la infracción del mandato contenido en el artículo 92 de la Ley Hipotecaria en cuanto al cómputo del plazo de caducidad de la anotación es manifiesta. La Ley establece que el *dies a quo* será, sin excepciones, aquél en que concluya la obra objeto de la refacción y por tanto tal *dies a quo* no puede ser modificado, por más que se afirme la razonabilidad del precepto, por una norma de rango inferior como lo es el Reglamento impugnado, ello en base al principio de jerarquía normativa lo que determina que el artículo en cuestión deba ser declarado nulo en este punto». Sin embargo, la sentencia no guarda congruencia entre su fundamentación, antes transcrita, y su fallo, pues éste, yendo más allá de lo que aquélla permitiría, declara la nulidad *in totum* del «artículo 155, párrafo cuarto» del Reglamento Hipotecario, siendo así que previamente había razonado la perfecta validez de la previsión del mismo sobre prórroga de la anotación por remisión a la prevista en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria y de la posibilidad que brinda dicho párrafo *in fine* para que la prórroga pueda ser pactada en el propio título en cuya virtud se solicite la anotación. Por ello, entendemos que la declaración de nulidad que hace la sentencia de 24 de febrero de 2000, debe ajustarse a los límites en que la misma viene avalada por sus mismos fundamentos. Pero aún dentro de estos límites, debemos realizar un juicio crítico desfavorable del citado fallo que entendemos resulta excesivamente rígido por partir de una interpretación meramente literalista de los preceptos en juego. Razonaremos en las siguientes páginas esta conclusión, comenzando con una breve referencia a la realidad social actual que sirve de contexto a la reforma del artículo 155 del Reglamento Hipotecario operada en 1998, dada su trascendencia para una correcta interpretación de la norma (cfr. art. 3 del Código Civil).

3. LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL EN TORNO A LA NECESIDAD DE FAVORECER LA REHABILITACIÓN DE LOS EDIFICIOS EN LOS CENTROS DE POBLACIÓN URBANA

El fenómeno de expansión demográfica ha concluido y, con él, la necesidad de crecimiento urbanístico de las ciudades abriendo los ensanches a la periferia.

Ahora bien, la carestía y escasez del suelo en el centro de las ciudades produjo durante las décadas de los setenta, ochenta y principios de los noventa, un

crecimiento centrífugo de las ciudades hacia fuera, abandonando el centro en sus usos residenciales, y con una fuerte tendencia hacia su terciarización. Esta situación ha contribuido a degradar los centros urbanos en su función de foro o espacio de convivencia y a desestructurar las ciudades que pierden un eje de vertebración fundamental. Tal fenómeno, unido a la propia contención demográfica, ha conducido a los municipios de grandes núcleos urbanos a acometer políticas de fomento de la reubicación de la población en los centros de las ciudades y a limitar paralelamente los usos terciarios: las grandes ciudades como Madrid o Barcelona (39) se «recentralizan», declarando de interés público prioritario el salvamento urbanístico de los antiguos distritos del centro.

Ahora bien, la política de recentralización citada tropieza con el problema del envejecimiento de los materiales y estructuras arquitectónicas de las edificaciones del centro de la ciudad, que suponen un reto para la revitalización de tales barrios y para su misma seguridad, por el peligro de desplomes o desprendimientos de cornisas o elementos externos de fachadas (40).

La preocupación apuntada ha determinado la adopción de diversas iniciativas que pasan generalmente por la subvención de las obras de rehabilitación de fachadas y elementos comunes de los edificios afectados por situaciones de riesgo de ruina o desprendimientos parciales. Sin embargo, dado que los recursos públicos son escasos y que las cantidades habilitadas en los presupuestos públicos para tales finalidades son manifiestamente insuficientes, se hace necesario allegar recursos del sector privado, a través del sistema crediticio, en términos que hagan compatible la menor onerosidad posible para los propietarios de las viviendas y locales ubicados en edificios con riesgos estructurales y la mayor garantía posible para las propias entidades de crédito. Repárese en el dato de que en el conjunto de España tan sólo se destina el 20 por 100 de la totalidad de los capitales invertidos en la construcción al capítulo de la rehabilitación, frente a la media europea del 50 por 100, lo que implica un diferencial que obliga a un gran esfuerzo del sector crediticio e implicar a los propietarios en la «cultura del mantenimiento» (41), además de

(39) Así, constituye síntoma de esta tendencia la constitución de sociedades mixtas de capital mayoritario municipal destinadas a la promoción y rehabilitación de edificios residenciales en los barrios antiguos de la ciudad. Este es el caso de la compañía «Proeixample, S.A.», cuyo objeto social es el de la rehabilitación de edificios en el ensanche de Barcelona.

(40) Esta falta de seguridad ha sido trágicamente constatada en los últimos años a través de diversos accidentes que han concluido con la muerte de varios viandantes en ciudades como Madrid, Sevilla y Barcelona. Estos lamentables sucesos han sacudido la conciencia de la ciudadanía y han alertado a las autoridades sobre el grave problema en cuestión.

(41) En la que ya se van alcanzando algunos logros, como lo atestigua el hecho de que en 1997 han aumentado en un 160 por 100 las solicitudes de revisión de fachadas en Barcelona. Este crecimiento de solicitudes se ha mantenido durante los años 1998, 1999 y 2000.

mantener la política de subvenciones **públicas** basada en razones de orden social (42), allí donde resulte necesario.

Parece evidente que para alcanzar las finalidades anteriores es conveniente acudir al crédito territorial, que frente al crédito personal presenta las ventajas de ser más económico en tasa de interés para el deudor, más dilatado el período de restitución —**facilitando** con ello la amortización del capital que se distribuye en un plazo **mayor**—, y ser, al propio tiempo, más seguro para la entidad financiera y, además, requiere menores dotaciones para insolvencias. Pues bien, para obtener el carácter de crédito territorial basta dotar al crédito de la garantía real refaccionaria que representa la anotación preventiva del mismo en el Registro de la Propiedad, utilizando para ello la figura prevista en la legislación hipotecaria de la anotación de crédito refaccionario. Las ventajas del crédito refaccionario sobre el común crédito hipotecario como instrumento de financiación de las obras de rehabilitación urbana vienen determinadas por el hecho de que tiene rango hipotecario separado sobre el valor de la mejora, por lo que extrae del inmueble su capacidad crediticia en función de la plusvalía que representa la propia mejora, sin entrar en colisión o concurrencia con los titulares de otras cargas preexistentes. Además de ello, al tratarse de un supuesto de rehabilitación y mejora de fachadas y otros elementos comunes se justifica, como veremos, la aplicación del régimen del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, facilitando la adopción de los correspondientes acuerdos sobre la ejecución de la mejora y su financiación.

Pues bien, la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998 trata de salir al paso de esta necesidad social mediante una serie de innovaciones de técnica registral que, dentro de las coordenadas de la Ley Hipotecaria, facilite la utilización práctica de esta modalidad de garantía refaccionaria, especialmente idónea para las finalidades expuestas, consciente del desuso antisocial y antieconómico en que, a pesar de las ventajas expuestas, había incurrido dicha figura.

Y es que, en efecto, como escribiera GIMÉNEZ ARNAU (43) en el año 1941, y la situación desde entonces hasta el presente poco ha cambiado en este punto, «a pesar de que la construcción jurídica de la anotación preventiva a favor del acreedor refaccionario es irreprochable, en el comercio jurídico se emplea con poca frecuencia. En la mayoría de los Registros —**sigue diciendo**— no se ha practicado, desde 1863 a acá, ninguna anotación de esta clase». También LA RICA (44) destacó en su época este fenómeno de postergación y

(42) Que el Ayuntamiento de Barcelona canaliza a través del Instituto del Paisaje Urbano.

(43) GIMÉNEZ ARNAU, *Tratado de legislación hipotecaria*, tomo II, Madrid, 1941, pág. 19.

(44) LA RICA Y ARENAL, *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, Madrid, 1976, pág. 331.

olvido en que ha vivido la anotación preventiva del crédito refaccionario, del que dice «no haber penetrado en la conciencia jurídica popular», a lo que añade que «la explicación de la postergación de un resorte legal tan interesante puede ser compleja, pero fundamentalmente creemos que estriba en la posición de olvido que respecto a él han tenido los organismos públicos y privados de crédito». A esta cierta apatía y pereza mental que se observa en relación a esta figura, debe añadirse sin duda la complejidad de alguno de los trámites legales a que queda sujeto su desenvolvimiento práctico y, en concreto, la necesidad de acudir a un juicio declarativo para dirimir las controversias entre deudor y acreedor surgidas con ocasión de la necesidad de «convertir» la anotación preventiva en inscripción de hipoteca, a petición del acreedor, «si al expirar el término señalado en el artículo anterior (sesenta días) no estuviera aún pagado por completo de su crédito, por no haber vencido el plazo estipulado en el contrato» (cfr. art. 91.1.º LH), que hace quimérica la efectividad de tal sistema de garantía. Así lo ha denunciado también DE ANGEL YAGÜEZ, para quien la remisión a dicho juicio declarativo para obtener la conversión «constituye el talón de Aquiles de esta fórmula jurídica, ya que hará ilusoria y vaciará de sentido práctico la hipotética posibilidad del acreedor de ejercitar el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», instrumento de eficacia fundamental en el sistema de la garantía hipotecaria.

4. BREVE REFERENCIA A LAS PRINCIPALES INNOVACIONES DE LA REFORMA HIPOTECARIA DE 1998 EN MATERIA DE CRÉDITO REFACCIONARIO

Visto el panorama, yermo y lamentable, antes descrito, el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, no rehúye a pesar de la dificultad de la materia, y dentro de las posibilidades de su rango, afrontar un intento «refaccionario» o rehabilitador sobre la anotación preventiva prevista por el artículo 42.8.º de la Ley Hipotecaria, por medio de la reforma del artículo 155 del Reglamento Hipotecario, con la finalidad de dinamizar y actualizar dicha figura. Para ello se introducen como innovaciones fundamentales las siguientes:

- a) la extensión de la posibilidad de obtener anotación preventiva de crédito refaccionario a los documentos de concesión de subvenciones o créditos públicos de finalidad refaccionaria respecto de fincas urbanas;
- b) establecer las especificaciones precisas para hacer viable la garantía refaccionaria en los casos de que la refacción tenga por objeto un edificio sujeto al régimen de división horizontal;

- c) aclarar la aplicabilidad del artículo 86 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la duración máxima y su régimen de prórrogas a las anotaciones de crédito refaccionario, permitiendo que éstas se pacten en el propio título en cuya virtud se solicita la anotación;
- d) establecer las adaptaciones necesarias en materia de cómputo del plazo de caducidad de la anotación en los supuestos de subvenciones y créditos públicos.

De todas estas novedades sólo la última recibe un pronunciamiento contrario por parte de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000. Por el contrario, las enunciadas bajo las letras *a)*, *b)* y *c)* ni recibieron observación u objeción alguna por parte del Consejo de Estado en su minucioso Dictamen de 9 de julio de 1998 (45), ni reciben sanción alguna por parte de la citada sentencia del Supremo (46), de 24 de febrero de 2000. Es más, un nuevo recurso contencioso-administrativo (núm. 507/1998) interpuesto contra el mismo Real Decreto 1867/1998, de modificación del Reglamento Hipotecario, ha sido resuelto por la reciente sentencia de la Sala 3.^a (sección 6.^a) del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, desestimando los motivos impugnatorios formulados contra las citadas innovaciones, rechazo que argumenta en los siguientes términos:

- a) en cuanto a la extensión de la posibilidad de obtener anotación preventiva de crédito refaccionario a los documentos de concesión de subvenciones o créditos públicos de finalidad refaccionaria respecto de fincas urbanas, afirma que «no compartimos la aseveración ... de que la interpretación finalista, histórica y sistemática, e incluso el propio tenor literal del artículo 59, al utilizar la expresión *contrato*, sólo permite entender como créditos amparados por la garantía real regulada en los artículos 42.8 y 59 de la Ley Hipotecaria los de derecho privado, sino que, por el contrario, la exégesis que consideramos acertada de estos preceptos, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que estamos aplicando, su espíritu y finalidad, es que permiten garantizar con anotación preventiva el cobro o reintegro de las subvenciones públicas o créditos de entidades públicas destinados a la refacción, reparación, rehabilitación y, en su caso, mejora de los edificios urbanos, sus instalaciones, fachadas y elementos comunes, sin por ello forzar el texto de la Ley, que, cuando alude al

(45) En el que llegó a hacer hasta cinco observaciones esenciales sobre otros tantos artículos del proyecto, y otras muchas no esenciales sobre otros diversos extremos de aquel texto.

(46) En la que, sin embargo, se declara la nulidad de cuatro disposiciones del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre.

contrato por escrito celebrado con el deudor en cualquier forma legal, no impide incluir los documentos de concesión de la subvención o crédito»; y

- b) respecto del establecimiento de las especificaciones precisas para hacer viable la garantía refaccionaria en los casos de que la refacción tenga por objeto un edificio sujeto al régimen de división horizontal, que los demandantes consideraban contrario al régimen del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal y a lo dispuesto en el número 1 del artículo 1.400 de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, al autorizar que la comparecencia prevista ante el Registrador la realice el presidente de la Comunidad, autorizado al efecto en la forma y con las mayorías establecidas en la Ley de Propiedad Horizontal, aportando la correspondiente certificación acreditativa de que los presupuestos de la obra han sido aceptados por la Comunidad, la sentencia de 31 de enero de 2001 declara que, «debemos expresar que [dichas normas reglamentarias] ni contradicen el régimen de representación de la Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal ni tampoco lo establecido concordantemente en los artículos 42.8.º y 59 de la Ley Hipotecaria». Llega a tal conclusión el Tribunal Supremo, argumentando que el artículo 13, número 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, reformada por Ley 8/1999, establece que el presidente ostenta legalmente la representación en juicio y fuera de él en todos los asuntos que afectan a la Comunidad de Propietarios, exigiéndose por el precepto cuestionado que demuestre, mediante certificación, estar autorizado por el correspondiente acuerdo de la Junta, que es la que, conforme al artículo 14 de dicha Ley, aprueba los presupuestos y la ejecución de todas las obras de reparación de la fina ordinarias o extraordinarias. En congruencia con tales formulaciones, la sentencia de 31 de enero de 2001 concluye afirmando: «Por ser ajustado a Derecho el párrafo segundo del artículo 155 reformado del Reglamento Hipotecario, cuando la subvención pública o el crédito de entidades públicas sea concedido en favor de una Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal, la anotación preventiva del crédito refaccionario deberá practicarse en la forma dispuesta concordadamente por los párrafos segundo y tercero de dicho artículo».

Pero es que incluso respecto de la declaración parcial de nulidad del párrafo 4.º del mismo artículo 155 del Reglamento Hipotecario, que hizo la anterior sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, es importante destacar que expresamente el Tribunal rechaza la impugnación dirigida por los recurrentes contra la posibilidad de pactar las prórrogas de la anotación

preventiva de crédito refaccionario en el propio título en que se solicita la inscripción, por considerarlo ajustado al artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Y es importante por dos razones. Primero, porque esa declaración de su fundamento jurídico quinto obliga a dejar a salvo de la declaración de nulidad del párrafo 4.º del artículo 155 del Reglamento la frase: «.../... sin perjuicio de la duración máxima y, en su caso, de la prórroga prevista en el artículo 86 de la Ley. Dicha prórroga podrá pactarse en el propio título en cuya virtud se solicite la anotación». Y segundo, porque salvada esta última posibilidad, la anulación de la especialidad que en materia de cómputo del plazo de la anotación se contiene en la primera parte del citado párrafo 4.º del artículo 155, pierde relevancia en el sentido de que la finalidad que persigue de evitar la necesidad del complejo trámite de conversión en hipoteca de la anotación (lo cual requiere nada menos que un juicio declarativo) en el supuesto habitual en los casos de subvenciones y créditos públicos sujetos a un plazo de amortización o devolución superior a los sesenta días previstos por el artículo 92 de la Ley Hipotecaria, podrá, aquella finalidad, verse satisfecha por la vía del pacto de prórroga incorporado al propio título causante de la anotación.

No obstante, ya habíamos anticipado nuestro juicio crítico respecto de la parte del fallo de la sentencia comentada en la que se anula la modalización que respecto del sistema de cómputo general del artículo 92 de la Ley Hipotecaria hace el nuevo párrafo 4.º del artículo 155 de su Reglamento, y a continuación pretendemos razonarlo.

5. EL CONCEPTO DEL CRÉDITO REFACCIONARIO Y SU NATURALEZA JURÍDICA

Lo primero que ha de notarse es que la especialidad de cómputo aludida se refiere a los novedosos supuestos de subvenciones y créditos públicos aludidos, lo cual exige una previa explicación sobre la noción de crédito refaccionario. En efecto, el nuevo párrafo 2.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario incluye dentro del concepto de crédito refaccionario las aludidas subvenciones y créditos, novedad que ya contaba con antecedentes en algunas legislaciones autonómicas en materia de viviendas (47), y que ha sido acogida favorablemente por la doctrina (48), sumándose a una mayori-

(47) Este es el caso del Decreto de la Generalitat de Cataluña de 2 de agosto de 1982, que prevé la anotación preventiva de crédito refaccionario en caso de subvenciones para rehabilitación de viviendas.

(48) Así, por ejemplo, BARTOLOMÉ NIETO GARCÍA, en su «Comentario al artículo 155 del Reglamento Hipotecario, modificado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en el libro colectivo *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 223; JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIS, en su *Comentario de la Reforma Hipotecaria de 1998, Consejo General del Notariado, Madrid*, 2000, pág. 161 (este último muy crítico con otros puntos de la reforma).

taria línea jurisprudencial propicia a una interpretación amplia del concepto de crédito refaccionario, integrada, entre otras, por las sentencias de 27 de mayo de 1987, 5 de julio de 1990 y 14 de octubre de 1994, que extienden aquel concepto no sólo al prestamista que hace entregas de dinero con fines de refacción, sino también a los créditos contraídos en favor del constructor por la obra realizada o en favor del proveedor por los materiales suministrados para la obra.

Es importante subrayar esta amplitud del concepto del crédito refaccionario considerando tal «todo crédito nacido de cualquier forma contractual que directamente haya contribuido a la producción del resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un bien inmueble» (49), porque cierta doctrina (50) ha defendido un concepto más restringido que califica de refaccionario exclusivamente aquellos créditos que teniendo por finalidad la construcción o mejora de un inmueble, tienen su origen en un préstamo, basándose en los remotos antecedentes de esta figura procedentes del Derecho romano y de las Partidas, y en la expresión que utiliza el artículo 59 de la Ley Hipotecaria, refiriéndose al acreedor «por las cantidades que de una vez o sucesivamente anticipare .../...».

Por el contrario, de los antecedentes más próximos del Anteproyecto del Código Civil de 1848 y del Proyecto de 1851 resulta que el privilegio refaccionario se atribuía a los créditos por «los gastos de construcción y reparos mayores» (art. 1.927 del Proyecto) y como titulares de los mismos se citan a «los arquitectos, empresarios, oficiales, obreros y los que suministran materiales al propietario para la construcción o reparación de sus edificios u otras obras» (art. 1.874 del Proyecto). El Código Civil, sin embargo, se limita a sancionar la preferencia legal a favor de los «créditos refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes que hubieren sido objeto de la refacción» (art. 1.923), sin entrar en su definición, laguna que determinó la discusión apuntada y resuelta mayoritariamente por la jurisprudencia en el sentido indicado y por el que **personalmente** abogamos. Y es que, como indica CORDERO LOBATO (51), el sentido que se debe atribuir al término «anticipar», que emplea el artículo 59 de la Ley Hipotecaria, hace referencia al hecho de que la prestación antecede al pago de la misma y, además, una interpretación sistemática del Código Civil conduce a rechazar la posibilidad de simultanear la consideración como privilegiados de los créditos, en sentido amplio, para la

(49) DE ANGEL YAGÜEZ, *LOS créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 201. También en el visto sentido, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, en *Derecho inmobiliario registral*, Elementos de Derecho civil, III, bis, Barcelona, 1984, pág. 229.

(50) COSSIO, PUIG PEÑA, etc.

(51) CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, *El privilegio del crédito refaccionario*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 64.

construcción y reparación de los bienes muebles y, al tiempo, circunscribirla a los procedentes de un contrato de préstamo para los inmuebles.

Es más, cabe considerar que la hipótesis correcta es justamente la inversa, pues el Proyecto de 1851 no atribuía privilegio alguno al prestamista que financia la construcción, ausencia de privilegio que explica el propio GARCÍA GOYENA (52) diciendo que tales prestamistas «fueron libres en no prestar sino con la hipoteca del mismo inmueble», posibilidad que, estando expedita para aquellos, ofrece la reflexión de que la regulación de la Ley Hipotecaria en materia de crédito refaccionario debe estar pensando en otros supuestos de acreedores con mayores dificultades de acceso al mercado de las garantías. En cualquier caso, concluye el eximio autor, que «disfrutarán del privilegio refaccionario todos aquellos créditos que estén causamente conectados con obras de reparación, construcción o mejora de bienes, y siempre que su titular no disponga de ninguna garantía que le permita evitar el riesgo de insolvencia del deudor». Prescindiendo de este condicionante final, interesa destacar cómo el concepto de crédito refaccionario defendido por este autor se enraiza más estrechamente con el crédito del constructor y del proveedor de materiales e industria que con el del prestamista, sin que éste llegue a quedar excluido, concepto que es justamente, a mi modo de ver, el que se percibe en el conjunto de la regulación que de la anotación preventiva de crédito refaccionario hace la Ley Hipotecaria. De otro modo no se entendería ni el sistema de liquidación del crédito que establece, con previsión a tal efecto, nada menos, que de un juicio declarativo (a todas luces innecesario cuando de un préstamo se trata y, sin embargo, justificado cuando de un contrato de obra se trate), ni el plazo de sesenta días de caducidad que establece el artículo 92 de la Ley, suficiente para satisfacer el importe de una deuda derivada de un contrato de obras o de provisión de materiales, pues la prestación ya está cumplida y su remuneración es devengada por la mera finalización de la obra, pero claramente insuficiente cuando de lo que se trata es de un crédito o préstamo financiador de la obra, sujetos a plazos de amortización mucho más amplios en los usos comunes del tráfico mercantil. A ello debemos sumar todavía el escaso desarrollo que a la fecha de la promulgación del Código Civil, a diferencia de lo que sucede hoy en día, presentaba el sistema financiero y crediticio patrio, y la escasa relevancia estadística que presentaban los préstamos finalistas destinados a financiar la construcción. La correcta comprensión de este extremo es fundamental para poder interpretar correctamente el sistema de cómputo del plazo de caducidad de las anotaciones de créditos refaccionarios que ensayó el nuevo artículo 155 del Reglamento Hipotecario.

(52) Citado por BARTOLOMÉ NIETO GARCÍA en su *Comentario al artículo 42.8.º de la Ley Hipotecaria*, en la colección de comentarios a la Ley Hipotecaria, Tecnos, Tomo VII, vol. 5.º, Madrid, 2000, pág. 215.

6. REFACCIÓN DE EDIFICIOS SUJETOS A UN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Hay que partir del dato de la fecha de la anterior redacción del artículo 155 del Reglamento Hipotecario, que procedía de la reforma de 1947, para comprender que, regulado por primera vez en nuestro Ordenamiento jurídico el régimen de la propiedad horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960, este sistema de organización de la copropiedad sobre edificios no pudo ser considerada por los autores de aquella reforma de 1947 y, sin embargo, hoy constituye el supuesto tipo de organización de las comunidades de propietarios sobre los edificios urbanos de uso residencial. Había, pues, en este punto una laguna que la reforma de 1998, a riesgo de perder ambición de aplicación práctica, no podía dejar de colmar, y a cuya finalidad responde el nuevo párrafo 3.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario.

La nueva regulación parte de la premisa de la innecesariedad del consentimiento individual de todos y cada uno de los copropietarios del inmueble, sujeto a un régimen de división horizontal, para que el crédito que surja de su rehabilitación tenga carácter refaccionario, y siéndolo para que pueda ser anotado en el Registro de la Propiedad. Desde luego, el criterio contrario haría en la práctica muy poco operativo el sistema, sometiéndolo a un nuevo período de hibernación e inoperancia práctica. Pero, claro es que éste es un criterio que una disposición de rango reglamentario no podría imponer por propia autoridad si no tuviese el adecuado respaldo legal. Pues bien, este respaldo surge de la naturaleza del origen del crédito refaccionario, que no es otro que «la refacción, reparación, rehabilitación y, en su caso, mejora de los edificios urbanos, sus instalaciones, fachadas y elementos comunes» (cfr. art. 155.3.º RH).

Pues bien, ¿a quién corresponde la competencia sobre la decisión de contratar tales obras y mejoras? Antes de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999 ya se había planteado este interrogante ante la Dirección General de los Registros y del Notariado y fue resuelto por dos Resoluciones de 5 de mayo de 1970 y de 15 de junio de 1973, en el sentido de que la legitimación para contratar aquellas obras y mejoras corresponde a los órganos de la Comunidad de propietarios, siendo por tanto necesario el acuerdo de ésta, pero no el consentimiento individual de los integrantes de la misma o titulares registrales de las fincas independientes. Por consiguiente, hay que rechazar cualquier posible acusación de vulneración al principio de tracto sucesivo establecido por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria (53). El siguiente interrogante que nos despeja el nuevo párrafo 3.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario es el relativo al régimen de adopción del acuerdo

(53) Como la que hace MARTÍNEZ SANCHIZ en *opus cit.*, pág. 161.

comunitario, y lo hace, como no podría ser de otro modo, por remisión a lo dispuesto sobre el particular por la Ley de Propiedad Horizontal. Y es que si evidente es que el Reglamento Hipotecario ninguna modificación podría introducir al respecto por no ser materia propia de su competencia y de su rango, tampoco parecía prudente acoger sin más, mediante una remisión más concreta, el régimen de la llamada «pseudo-unanimidad» del párrafo 1.º del artículo 16 de aquella Ley, y ello porque en el momento de la elaboración de la reforma reglamentaria ya se encontraba en marcha una modificación legal de la división horizontal en la que se establecían importantes excepciones a dicha regla de la «pseudo-unanimidad» en el ámbito de los acuerdos relativos a la modificación de estatutos y de mejora de elementos comunes. Y ciertamente la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la de Propiedad Horizontal, incorpora importantes modificaciones en esta materia que, por otra parte, vienen a ratificar el criterio de la Dirección General, antes indicado, sobre legitimación para decidir y contratar la realización de las obras de mejora necesarias para la finca. Así, el reformado artículo 10 de la Ley dispone que es «obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad y seguridad», al pago de cuyos gastos «estará afecto el piso o local [de cada uno de los copropietarios] en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el artículo 9 para los gastos generales».

Es decir, por un lado, se reconoce a los órganos de la Comunidad competencia para contratar e incluso disponer de los elementos comunes del inmueble (cfr. Resoluciones de 5 de mayo de 1970 y de 15 de junio de 1973), por otro, siendo las obras y mejoras necesarias (54) para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble su contratación no es ya una mera facultad de la Comunidad, sino una obligación de la misma (cfr. art. 10.1.º LPH) y, finalmente, la decisión de realizar tales obras y su contratación con terceros es oponible y obligatoria para todos los propietarios (55) e implica un principio de poder de disposición sobre los departamentos privativos de la propiedad horizontal en la medida en que éstos quedan afectados a su pago, en los términos del artículo 9 de la misma Ley. Siendo ello así, teniendo la Comunidad la citada competencia para contratar tales obras de mejora y teniendo paralelamente las deudas que aquélla pueda contraer con prestamistas,

(54) En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras y de su carácter necesario o meramente útil, resuelve la propia Junta de Propietarios, sin perjuicio de la posibilidad de sumisión a arbitraje (cfr. art. 10.3.º) y de la posibilidad de la impugnación de los acuerdos de aquélla en los términos del artículo 18 de su Ley reguladora.

(55) Así resulta de la interpretación conjunta del párrafo final de la regla 1.ª del artículo 17 de la LPH y de los artículos 10 y 11 de la misma, este último *a sensu contrario* y para el caso de las obras necesarias para la conservación del inmueble.

constructores y proveedores, con aquel objeto, carácter refaccionario por su propia naturaleza, y sin necesidad de intermediación de ningún título constitutivo, no puede extrañar que al titular de tales créditos se le reconozca la posibilidad de solicitar la anotación preventiva de dicho crédito en el Registro de la Propiedad. El nuevo párrafo 3.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario se limita a establecer la necesidad del acuerdo de la Comunidad con las mayorías exigidas por la Ley de Propiedad Horizontal (cfr. sus arts. 10 y 16), la justificación de la relación entre el crédito y la efectiva refacción del inmueble, exigiendo a tales efectos «la aportación de la correspondiente certificación acreditativa de la que resulte que los presupuestos de la obra, cuyo importe no podrá ser inferior al del crédito o subvención concedida, han sido aceptados por la comunidad», lo que responde a la idea de que es la efectiva inversión del crédito en la obra lo que justifica el privilegio legal reconocido a los créditos refaccionarios y, finalmente, sanciona la posibilidad de limitar la comparecencia ante el Registrador al presidente de la Comunidad, «autorizado al efecto mediante acuerdo de la Junta de Propietarios adoptado en la forma y con las mayorías establecidas en la Ley de Propiedad Horizontal». Esto último es el lógico corolario de todo lo anterior, pues si el acuerdo es de la competencia de la Comunidad de los propietarios, y no individualmente de cada uno de éstos, aquélla deberá actuar en el tráfico a través de sus órganos de representación exterior, competencia que, como es sobradamente sabido, corresponde al presidente, pues es éste el que «ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten» (cfr. art. 13.3.º LPH) (56).

Finalmente, el nuevo párrafo 4.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario establece la forma de practicar las inscripciones desde el punto de vista de la mecánica registral, disponiendo la práctica de la anotación en el folio del edificio o finca matriz con las correspondientes notas de referencia en los folios correspondientes a los elementos independientes. Se trata de un supuesto similar al de la hipoteca unitaria del artículo 218 del Reglamento Hipotecario (57), y responde a la lógica de la naturaleza de las obras de refacción de que se trata que afectan a los elementos comunes del inmueble, y sabido

(56) Por este motivo no se comparten las críticas que esta previsión del nuevo párrafo 4.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario ha merecido de algún autor (así, MARTÍNEZ SANCHIZ, *opus cit.*, pág. 161) que habla de «decisión unilateral del presidente», que no se aviene con los términos del párrafo 3.º del artículo 155 citado, que claramente exige que el presidente se encuentre «autorizado al efecto mediante acuerdo de la Junta de Propietarios adoptado en la forma y con las mayorías establecidas en la Ley de Propiedad Horizontal».

(57) Analogía que viene avalada por la equivalencia de efectos legales entre el crédito refaccionario anotado y la hipoteca, según se deduce del párrafo 2.º del artículo 59 de la Ley Hipotecaria: «Esta anotación surtirá, respecto al crédito refaccionario, todos los efectos de la hipoteca».

es que siendo estos anejos de los respectivos elementos privativos, ni pueden separarse o dividirse de estos, ni se admite su gravamen o enajenación sino conjuntamente con las partes privativas de las que son anejo inseparable (cfr. art. 396 del Código Civil).

La corrección de este planteamiento ha venido a ser confirmada, como ya se dijo, por la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, en la que se declara que dichas innovaciones reglamentarias «ni contradicen el régimen de representación de la Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal ni tampoco lo establecido concordantemente en los artículos 42.8.º y 59 de la Ley Hipotecaria», llegando a tal conclusión por la vía de argumentar que el artículo 13, número 3, de la Ley de Propiedad Horizontal, reformada por Ley 8/1999, establece que el presidente ostenta legalmente la representación en juicio y fuera de él en todos los asuntos que afectan a la Comunidad de Propietarios, exigiéndose por el precepto cuestionado que demuestre, mediante certificación, estar autorizado por el correspondiente acuerdo de la Junta, que es la que, conforme al artículo 14 de dicha Ley, aprueba los presupuestos y la ejecución de todas las obras de reparación de la finca ordinarias o extraordinarias.

7. VIGENCIA Y CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITO REFACCIONARIO

El artículo 42.8.º de la Ley Hipotecaria dispone que podrá pedir anotación preventiva de su respectivo derecho «el acreedor refaccionario *mientras duren las obras que sean objeto de la refacción*». Por su parte, el artículo 92 de la misma Ley establece que: «La anotación a favor del acreedor refaccionario caducará a los sesenta días de concluida la obra objeto de la refacción». Uno y otro precepto vendrían a fijar el momento inicial y final, respectivamente, de la vigencia de esta modalidad de anotación preventiva. Sin embargo, ni uno ni otro se producen con especial rigor y acierto. Así, en cuanto al momento inicial en que se puede solicitar la anotación, el artículo 42.8.º lo subordina literalmente al comienzo de las obras («mientras duren las obras»). Sin embargo, con buen criterio la doctrina (58) admite que cabe la anotación antes de iniciarse las obras, pues hay que recordar lo antes dicho sobre que el crédito refaccionario no es sólo aquél que nace de un contrato de obra o construcción, sino cualquier otro que provea de dinero, materiales o industria destinados a la refacción de la finca gravada.

(58) Vid., en tal sentido, BARTOLOMÉ NIETO (*opus cit.*, pág. 221) y RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO, en sus *Comentarios al artículo 92 de la Ley Hipotecaria*, de editorial Edersa, Tomo VII, vol. V, Madrid, 2000, págs. 726 y sigs., entre otros.

Y es que lo sustancial es la idea de que para que pueda hablarse de crédito refaccionario, propiamente dicho, en caso de que éste nazca de un contrato distinto del de obra, se requiere el cumplimiento de dos requisitos básicos: que la relación jurídica de origen tenga como destino o finalidad, como se acaba de indicar, las obras de refacción (cfr. sentencias de 15 de diciembre de 1868 y de 5 de julio de 1875), de un lado, y que efectivamente se haya materializado la inversión prevista (cfr. sentencia de 14 de enero de 1993). Faltando este segundo requisito, no se habrá producido la incorporación del valor en la cosa, que es precisamente lo que justifica la preferencia creditual reconocida en favor de dicho crédito. Entre tanto, como indica RONCESVALLES BARBER, se protege al acreedor con una medida provisional, «posible incluso desde antes de iniciar aquél el cumplimiento del contrato, que además asegura una reserva de rango a la posible hipoteca posterior: la anotación preventiva» (59). Concluye con acierto, este último autor, afirmando que es precisamente esta situación de transitoriedad la que explica la paradoja latente en este tipo de anotaciones que, de un lado, son equiparadas a las hipotecas y, de otro, no pueden acceder inicialmente al Registro de la Propiedad como tales, si bien otros autores han sugerido fórmulas alternativas como la de reconocer al acreedor refaccionario un derecho de hipoteca legal expresa (60) o bien un derecho de hipoteca convencional suspensivamente condicionada a la conclusión de las obras (61), sugerencias que, no obstante, no pasan de ser formulaciones de *lege ferenda*, pero que delatan en sí mismas la tensión y paradoja latentes antes apuntadas.

Tampoco resulta pletórico de rigor y acierto el artículo 92 de la Ley Hipotecaria. Este artículo aparentemente establece un puro plazo de caducidad de la anotación preventiva «a los sesenta días de concluida la obra objeto de la refacción» (62). La primera cuestión que plantea la interpretación de este precepto es la de su relación con el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, al establecer el plazo máximo de caducidad de las anotaciones preventivas en cuatro años, lo que ha generado dudas sobre si este último rige también en materia de anotación preventiva de crédito refaccionario, o bien, si contando éstas con un plazo de caducidad especial en el artículo 92 de la Ley Hipotecaria, el general del artículo 86 les resulta inaplicable, decantándose la reforma hipotecaria de 1998 por la primera de las posiciones apuntadas.

La cuestión expuesta ha dado lugar a posiciones enfrentadas en la doctrina. La posición mayoritaria, representada por autores como PUIG BRUTAU,

(59) *Idem*, pág. 728.

(60) ROCA SASTRE, *opus cit.*, pág. 181.

(61) CORDERO LOBATO, *El privilegio del crédito refaccionario*, Madrid, 1995, pág. 94.

(62) Después veremos que solo impropriamente se puede hablar de caducidad en este caso.

Cossío o ROCA SASTRE, considera que el artículo 92 de la Ley Hipotecaria debe actuar sin perjuicio de los límites del artículo 86, posición que es además la asumida por la reforma del Reglamento Hipotecario operada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y refrendada por la interpretación dada al último párrafo del artículo 155 del Reglamento Hipotecario, reformado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, aquí comentada, al salvar de su declaración de nulidad el inciso «.../..., sin perjuicio de la duración máxima y, en su caso, de la prórroga prevista en el artículo 86 de la Ley». Esta compatibilidad entre ambos preceptos la formula BARTOLOMÉ NIETO (63), con criterio que compartimos en los siguientes precisos términos: «el precepto reglamentario debe ser entendido con referencia al supuesto en que, habiéndose pactado un plazo de vencimiento del crédito superior al de la ejecución de la refacción (pues la especialidad del cómputo de la caducidad no es aplicable a créditos vencidos antes de la terminación de las obras) y siendo el plazo para la realización de las obras inferior a cuatro años, la anotación en este caso tendrá la vigencia máxima que establece el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, aunque dicho plazo sea inferior al del vencimiento del crédito». Dicho en otros términos, cuando el plazo de ejecución de la obra rebase el límite de los cuatro años, más sus prórrogas, del artículo 86, actuará la especialidad del artículo 92 en cuanto al plazo de vigencia de la anotación. Pero cuando dicho plazo de ejecución de las obras sea inferior, se impone el límite del artículo 86 respecto del crédito refaccionario de vencimiento posterior a dicho plazo límite (64).

Por esta vía, el párrafo 4.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario trataba de salvar los inconvenientes prácticos que presentan los artículos 93 a 95 de la Ley Hipotecaria en los casos de que, vencido el plazo del artículo 92, no sea exigible todavía el crédito, en cuyo caso resulta necesario proceder a una conversión de la anotación en inscripción de hipoteca previo acuerdo entre las partes sobre la liquidación de la deuda, en cuyo defecto hay que acudir al procedimiento judicial ordinario. Pero es que en el caso de créditos y subvenciones, a diferencia de los créditos refaccionarios nacidos de un contrato de obra (que es en el que centra su atención el art. 92 LH), el plazo será siempre superior a sesenta días contados desde la conclusión de las obras y, además, no resulta necesaria la liquidación de la deuda, pues ésta se encuentra determinada o es fácilmente determinable mediante sencillas ope-

(63) BARTOLOMÉ NIETO GARCÍA, en su «Comentario al artículo 155 del Reglamento Hipotecario, modificado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en el libro colectivo *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 225.

(64) La posición doctrinal minoritaria está representada por CHICO ORTIZ y por RONCES VALLES BARBER (*opus cit.*, pág. 733).

raciones aritméticas (diversamente a lo que ocurre en los supuestos de contratos de obra, en que dicha liquidación es imprescindible). Por tanto, se trata de evitar que el deudor, mediante su negativa, fuerce a acudir a un procedimiento declarativo totalmente innecesario y desproporcionado, y pueda acudir a la ejecución dinerada directamente, llegada la eventualidad del impago, haciendo realidad la proclamación de equivalencia de efectos entre el crédito refaccionario anotado y la hipoteca que hace el párrafo 2.º del artículo 59 de la Ley Hipotecaria.

Pero dijimos con anterioridad que, en todo caso, el plazo del artículo 92 de la Ley Hipotecaria es un plazo de caducidad impropio o, en palabras de ROCA SASTRE, «una caducidad registral impura» (65), y lo es por no tener predeterminado un tiempo de duración, como es de rigor en todo supuesto de caducidad. Esta exigencia de predeterminación cierta en los plazos de caducidad ha sido unánimemente asumida por nuestra doctrina y jurisprudencia. Lo destaca la Dirección General de los Registros y del Notariado de forma invariable desde su Resolución de 9 de noviembre de 1955, al decir que «la jurisprudencia y la doctrina atribuyen a la caducidad carácter radical y automático que extingue, por el mero transcurso del plazo legal, el asiento que nació con vida limitada y cuya virtualidad dura sólo hasta el día predeterminado en el que se produce su extinción sin necesidad de operación registral alguna, y por ello, aunque no se haya extendido la nota marginal correspondiente, el asiento caducado no podrá producir efectos» (66).

Sin embargo, en el caso del artículo 92 de la Ley Hipotecaria, el *dies a quo* para el inicio del cómputo de los sesenta días no es uno predeterminado, sino dependiente de la terminación de las obras de refacción, por lo cual el transcurso del plazo de caducidad en este caso carecerá de aquel carácter radical y automático, ya que su desenvolvimiento depende de un dato extrarregistral que resultará desconocido para el Registrador, impidiendo la cancelación de oficio. Es más, en este caso se precisará un documento que acredite el hecho determinante de la caducidad (cfr. art. 207.1 RH) para que ésta despliegue los efectos cancelatorios que le son propios a través del correspondiente certificado de arquitecto u otro perito legalmente habilitado. Ante esta anómala situación, sale al paso la reforma del artículo 155 del Reglamento Hipotecario, a fin de suprimir aquel carácter de «caducidad registral impura» (67) mediante dotar inicialmente de *dies a quo*, predeterminado al

(65) ROCA SASTRE, *opus cit.*, pág. 43.

(66) Doctrina reiterada por la Resolución de 12 de septiembre de 1983 y que se ha mantenido invariable hasta la actualidad.

(67) También resulta contraria a la naturaleza de los plazos de caducidad, la prórroga que respecto del plazo de sesenta días del artículo 92 de la Ley Hipotecaria se prevé en el artículo 95 de la misma Ley, al señalar que «Las cuestiones que se susciten entre

cómputo del plazo de los sesenta días del artículo 92 de la Ley Hipotecaria, al incorporarlo al documento en virtud del cual se va a practicar la anotación, fijándolo en el día del «vencimiento del crédito o del plazo expresamente previsto en la resolución por la que se otorgue la subvención para el cumplimiento de las condiciones u obligaciones que en ella se impongan», con lo cual, además, se acomoda el artículo 92 de la Ley Hipotecaria al supuesto de que el crédito refaccionario tenga su origen en un contrato distinto del de obra, superando así la limitación conceptual que sobre dicho tipo de créditos parece gravitar sobre la regulación hipotecaria de la anotación registral del crédito refaccionario, poco acorde con nuestros antecedentes históricos, y con la interpretación mayoritaria dada a los preceptos del Código Civil relativos a estos créditos privilegiados.

Repárese en que la necesidad de dar fijeza a la fecha en que la anotación del derecho se debe tener por caducada es algo que trasciende al tráfico jurídico, cuya seguridad se resiente en ausencia de dicho requisito. En este sentido se ha discutido si podrá acogerse al principio de fe pública registral el tercer adquirente o cesionario de un crédito refaccionario cuya anotación hubiere caducado por el transcurso de los sesenta días desde la terminación de las obras sin haberse hecho constar, practicando su cancelación en el Registro, polémica de resultado incierto, pero con respuesta mayoritariamente contraria entre los autores, haciendo prevalecer el dato extrarregistral de la eventual terminación de las obras, con el consiguiente perjuicio, repetimos, a la seguridad del tráfico jurídico, al quebrarse los principios legales generales sobre publicidad material y sobre **inoponibilidad** de lo no inscrito (cfr. arts. 38 y 32 LH), pues al cesionario del crédito refaccionario le resultará oponible la situación extrarregistral de terminación de la obra, lo que unido al transcurso del plazo de sesenta días del artículo 92, determinará la condición claudicante y estéril de su derecho, a pesar de que el Registro de la Propiedad no publique tal condición.

Acogiendo la interpretación mayoritaria apuntada, ha de aceptarse la existencia de una antinomia legal entre el artículo 92 y el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que la nueva redacción del artículo 155 del Reglamento Hipotecario resuelve favoreciendo una interpretación sistemática del artículo 92 de conformidad con los principios generales del sistema registral, por lo que no puede compartirse la declaración de infracción al principio de legalidad y consiguiente nulidad que atribuye en este punto a la reciente reforma reglamentaria la sentencia de 24 de febrero de 2000, demasiado apegada a una interpretación meramente literalista de las normas en juego.

el acreedor y el deudor sobre la liquidación del crédito refaccionario o sobre la constitución de la hipoteca, se decidirán en juicio ordinario. Mientras éste se sustancie y termine, *subsistirá* la anotación preventiva y producirá todos sus efectos».

III. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS SOCIEDADES CIVILES EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998

1. CONTENIDO DE LA REFORMA

La reforma del Reglamento Hipotecario operada por el Real Decreto 1867/1998, modifica la redacción del artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil, relativo a la determinación de los sujetos y de los actos de inscripción obligatoria en dicho Registro, para lo que, respetando su texto anterior, adiciona un nuevo número 3 al citado precepto con el siguiente tenor:

«Podrán también inscribirse [en el Registro Mercantil] las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil».

Como consecuencia de tal previsión, se añade igualmente una nueva Sección 5.^a al Capítulo IX del Título II del mismo Reglamento, bajo la rúbrica «De la inscripción de las sociedades civiles», que aparece integrada por un único artículo 269.bis, de nuevo cuño, con el siguiente contenido:

«1. Las sociedades civiles con forma mercantil serán objeto de inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubieran adoptado.

2. Las sociedades civiles que no tengan forma mercantil podrán inscribirse con arreglo a las normas generales de este Reglamento en cuanto le sean aplicables.

En la inscripción primera de las sociedades civiles se hará constar las siguientes circunstancias:

- 1.^a La identidad de los socios.
- 2.^a La denominación de la sociedad en la que deberá constar la expresión «Sociedad Civil».
- 3.^a El objeto de la sociedad.
- 4.^a El régimen de administración.
- 5.^a Plazo de duración si se hubiera pactado.
- 6.^a Los demás pactos lícitos que se hubieren estipulado.

En la hoja abierta a la sociedad serán inscribibles el nombramiento, cese y renuncia de los administradores, los poderes generales, su modificación o revocación, la admisión de nuevos socios, así como la separación o exclusión de los existentes, la transmisión de participaciones entre los socios, y las resoluciones judiciales o administrativas que afecten al régimen de administración de la sociedad».

La pretensión de la reforma reglamentaria no era directamente la de imponer la inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil, sino la de facilitar la inscripción de los bienes y derechos reales de titularidad de dichas sociedades en el Registro de la Propiedad, superando las dificultades que para el logro de tal objetivo representaba la poco clara regulación legal en torno a la atribución de personalidad jurídica a aquellas sociedades. Es sabido que acerca de este tema del reconocimiento o no de personalidad jurídica a las sociedades civiles se ha vertido una abundante literatura jurídica, observándose una corriente mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia a favor de dicho reconocimiento como consecuencia derivada *a contrario* del artículo 1.669 del Código Civil, al afirmar que «No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros».

2. LOS ANTECEDENTES DE LA REFORMA REGLAMENTARIA. LA CONTROVERTIDA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 31 DE MARZO DE 1997

El nuevo artículo 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil, como dijimos, trató de ofrecer una solución razonable al problema con que en la práctica del tráfico jurídico tropezaban las sociedades civiles a la hora de lograr la inscripción de sus bienes y derechos reales en el Registro de la Propiedad. Debemos, para enfocar el tema, hacer una previa referencia, si quiera sea sumaria (68), al problema del reconocimiento de personalidad jurídica a las sociedades civiles y a las reacciones que frente al planteamiento, ciertamente discutible, de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de marzo de 1997, se despertaron.

Del estudio de los artículos 1.667 a 1.670 del Código Civil resulta que el nacimiento de personalidad jurídica en las sociedades civiles no acogidas a una forma mercantil, independiente de la personalidad de los socios, está condicionada, en tanto que sujeta a trámites de constitución forzosos, de forma distinta, según estos dos distintos supuestos:

- a) si se aportan en su constitución bienes inmuebles o derechos reales, la sociedad deberá constituirse en escritura pública a la que se unirá un inventario de los bienes, firmado por las partes (cfr. arts. 1.667 y 1.668 del Código Civil);

(68) Sin pretensiones de exhaustividad, que requeriría un planteamiento monográfico que excede los objetivos marcados en este estudio.

- b) si, por el contrario, no se aportan tales bienes o derechos, la sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma (vid. art. 1.667 del Código Civil) y adquirirá personalidad jurídica en tanto sus pactos no se mantengan secretos entre los socios y éstos contraten con terceros en nombre de la sociedad (cfr. art. 1.669 *a sensu contrario* del Código Civil).

La formulación de este último precepto es de carácter negativo, es decir, como apunta BADÍA SALILLAS (69), define los requisitos determinantes de la no personalidad jurídica, en lugar de definir en clave positiva los requisitos para la constitución o nacimiento de dicha personalidad, lo cual ha enturbiado la correcta inteligibilidad de la norma. En efecto, el requisito de «no mantener secretos los pactos entre los socios», no se puede dar por cumplido por el hecho de que la constitución de la sociedad civil haya tenido lugar mediante escritura pública, ya que, como pone de manifiesto PAZ-ARES, lo impide el secreto del protocolo notarial (70). Tampoco puede venir la oclusión del impedimento por la vía de la publicidad registral (71), pues ninguna norma habilitaba, hasta la reciente reforma de 1998, la inscripción de tales sociedades civiles ni en el Registro Mercantil, ni en ningún otro Registro. Por ello, la ruptura del círculo vicioso no podía venir por otra vía que por la de la imperfecta e insegura, y por ende insatisfactoria, publicidad de hecho. Así se vino a difundir en la doctrina la idea de que la personalidad jurídica de las sociedades civiles existe en tanto la sociedad se manifiesta externamente como tal en el tráfico jurídico a través de una actividad o giro *nomine societatis*. Ahora bien, ¿cómo se acredita dicho giro externo efectivo de la sociedad ante el Registrador de la Propiedad cuando se pretende la inscripción de los bienes inmuebles adquiridos por la sociedad civil?

A estos efectos, deben diferenciarse los dos supuestos antes aludidos. Por un lado, el de solicitud de inscripción de bienes aportados en el contrato constitutivo, que conforme a los artículos 1.667 y 1.668 del Código Civil exige escritura pública. Por otra parte, el caso de la solicitud de inscripción de otros bienes o derechos adquiridos con posterioridad, en cuyo supuesto deben presentarse al Registrador tanto el título público de adquisición (cfr. art. 3 LH), como el contrato de constitución social que podrá constar bien en

(69) BADÍA SALILLAS, ANGEL, «En torno a la problemática de la Sociedad civil en el Derecho español», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 573, págs. 326 y sigs.

(70) PAZ-ARES, CÁNDIDO, en sus «Comentarios al artículo 1.669 del Código Civil», en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil* del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, págs. 1352 y sigs. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO.

(71) La cual había sido postulada nada menos que por el maestro FEDERICO DE CASTRO, pero sin un apoyo normativo directo.

escritura pública, bien en documento privado. Sobre este último y su necesidad de elevación a público, existían criterios discrepantes, entendiendo unos que dicha elevación a público no la imponen los artículos 1.667 y 1.668 del Código Civil, pero sí el artículo 3 de la Ley Hipotecaria al definir el principio de titulación pública (72) como requisito de acceso al Registro, en tanto que otros entienden que este principio de titulación pública, si bien es aplicable al negocio jurídico de adquisición, no puede aplicarse retroactivamente al momento fundacional del ente social (73), por ser requisito ajeno a su proceso de adquisición de personalidad jurídica. En cualquier caso, estas exigencias documentales en la práctica registral no despejaban completamente la cuestión de fondo sobre la forma de acreditar, a efectos registrales, la *affectio societatis* y la realización de una actividad jurídica en el tráfico en nombre de la sociedad por parte de los socios.

Y en esta situación de incertidumbre sobrevino la Resolución de 31 de marzo de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (74), que resolvió el recurso presentado contra la calificación de un Registrador que negaba personalidad jurídica a la sociedad civil, por la imposibilidad de que, en ausencia de un régimen legal de publicidad registral, sus pactos pudieran ser conocidos por terceros, salvo que, con arreglo a lo previsto por el artículo 1.670 del Código Civil, la sociedad se hubiese constituido con arreglo a cualquiera de las formas reconocidas por la legislación mercantil, en cuyo caso desaparece el problema al tener franco su acceso al Registro de tal naturaleza, consiguiendo con ello su personalidad jurídica. En caso contrario, la sociedad al no poder ser inscrita, impidiéndose así la exteriorización de sus pactos internos, circunscribe su validez y eficacia jurídica a su vida interna, pero carecerá de personalidad en sus relaciones con terceros. La Dirección General viene a confirmar esta tesis concluyendo de forma un tanto drástica que «las sociedades civiles no contempladas en el artículo 1.670 del Código Civil carecen de personalidad jurídica», asumiendo así un planteamiento ampliamente minoritario en el contexto doctrinal y jurisprudencial.

La Dirección General, consciente del carácter rupturista de su criterio, se dota de un amplio abanico de argumentos que sistematiza en una triple vertiente, pudiendo sintetizarse sus argumentos del modo siguiente:

1.º El argumento sistemático: sobre no ser coherente supeditar la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles a su inscripción en un Registro

(72) BADÍA SALILLAS, *opus cit.*

(73) HERNÁNDEZ MANCHA, MANUEL, «Las sociedades civiles particulares ante el Registro de la Propiedad», en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 280, 1991, págs. 1608 y sigs.

(74) Posteriormente confirmada por la de 11 de diciembre de 1997 del mismo Centro Directivo, que reiteró su mismo criterio.

público y prescindir de tal exigencia para la personificación de las sociedades civiles sin forma mercantil, cuando tan similares son las repercusiones que para el tráfico tiene la personificación de unas y otras, el artículo 119 del Código de Comercio, aplicable por remisión a determinadas sociedades civiles, al precisar que los pactos dejan de ser reservados entre los socios cuando se consignan en escritura pública y se inscriben en el Registro Mercantil, está indicando ya que las sociedades contempladas en el artículo 1.669 del Código Civil no pueden ser sino todas las que no se inscriban en el Registro Mercantil (no deja de ser significativa, a este respecto, la dicción del párrafo tercero del artículo 119 del Código de Comercio, así como los términos de la exposición de motivos de este Código cuando, refiriéndose a las sociedades, señala que «el Registro Mercantil constituye la "única" prueba de su existencia jurídica y de su verdadero estado civil»).

2.º El argumento lógico: por cuanto siendo evidente que la trascendencia *erga omnes* de la atribución de personalidad jurídica reclama que su concesión se produzca respecto de todos en un momento preciso y determinado, en la medida en que esa personificación de la sociedad civil dependa de la publicidad de los pactos sociales, habrá de concluirse que no ha de bastar la simple «publicidad» de hecho, esto es, la simple posibilidad de hecho que unos u otros terceros puedan haber tenido, con más o menos trabas, para conocer —quizá de modo fragmentario y casual— los pactos sociales y sus modificaciones, sino la posibilidad legal de conocimiento por todos, desde el momento inicial y al margen, ya, de la voluntad de los socios, y ello sólo se garantiza mediante el acceso de los pactos sociales a un instrumento oficial de publicidad establecido al efecto por la Ley, el cual dará fe tanto de la existencia como del completo régimen normativo aplicable al nuevo ente (advértase, en este sentido, que el art. 1.669 del Código Civil no se conforma únicamente con la publicidad del hecho societario, sino que precisaría la de los concretos pactos sociales que estructuran la sociedad y regulan su funcionamiento).

3.º El argumento histórico: admitiendo que los artículos 1.669 y 1.670 son preceptos complementarios que abarcan todas las sociedades civiles (éste para las que son inscribibles en el Registro Mercantil por razón de la forma adoptada, y aquél para las restantes sociedades civiles que por quedar excluidas del Registro Mercantil mantendrán sus pactos reservados entre los socios), encuentra plena coherencia su introducción conjunta en el texto del Código Civil, al mismo tiempo que se suprimía el artículo 5 del título dedicado a las sociedades en el anteproyecto del Código Civil, que de modo absoluto negaba la personalidad jurídica de la sociedad civil (no se trataría de cambiar radicalmente este criterio contrario a la personalidad jurídica de la sociedad civil, sino únicamente de excepcionarlo para las sociedades civiles inscribibles en el Registro Mercantil, confirmándolo para las restantes, a la

vez que recalcan las consecuencias jurídicas generales de la negación de personalidad, de ahí la proximidad del contenido entre el artículo 1.669 vigente y el artículo 55 del título dedicado a la sociedad en el anteproyecto del Código Civil de 1882-1888).

A la vista de tales argumentos, la Dirección General concluye que «las sociedades civiles no contempladas en el artículo 1.670 del Código Civil carecerán de personalidad jurídica, produciéndose frente al exterior, en el aspecto activo, una cotitularidad en los derechos sociales que se regirá por las disposiciones estipuladas en el contrato social, las disposiciones especiales sobre la sociedad y, subsidiariamente, por las normas de la comunidad de bienes (cfr. arts. 1.669 en relación con el 392.2, ambos del Código Civil); y en el aspecto pasivo, la imputación a los propios socios de las obligaciones nacidas de las relaciones con terceros, sin perjuicio de la especial afectación de los bienes sociales a su cumplimiento (cfr. arts. 1.669 y 1.697 del Código Civil)».

Pues bien, a pesar del esfuerzo argumentativo desplegado por la Resolución de 31 de marzo de 1997, lo cierto es que la misma despertó una inusitada tormenta de críticas contrarias a su doctrina, en algunos casos de gran virulencia dialéctica. Los numerosos autores apuntados a tal corriente crítica han sido enumerados en un reciente trabajo por MINGUEZ SANZ (75), y entre ellos se incluyen CABANAS TREJO, BONARDELL LENZANO, FERNANDO PANTALEÓN, TELLEZ LAPEIRA, GARCÍA MAS, AGUIRRE FERNÁNDEZ y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (76). Por limitar la glosa de tan larga lista a los comentarios del último de los autores citados, cabe destacar la crítica formulada por el mismo en el sentido de subrayar la contradicción en que incurre la Resolución respecto del régimen de transformación social regulado en la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al prever en su artículo 87, párrafo 2.º, que las sociedades de tal tipo cuyo objeto social no sea mercantil podrán transformarse en sociedad civil, siendo así que el artículo 222, número 3, del Reglamento del Registro Mercantil, prevé que la escritura de transformación será presentada en el Registro Mercantil para proceder a la cancelación de los asientos de la sociedad transformada. Pues bien, el artículo 91 de la citada Ley prescribe que «la transformación efectuada con arreglo a esta Ley no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la forma nueva». Es decir, que la antigua sociedad de responsabilidad limitada con objeto civil, transformada

(75) MINGUEZ SANZ, SALVADOR, «Intercomunicación entre Registros Mercantiles. Inscripción de sociedades civiles», en la obra colectiva *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil de 1998*, Colegio de Registradores, Madrid, 1998, págs. 373 y sigs.

(76) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «La titularidad registral en las sociedades civiles», en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, julio de 1998, núm. 39.

en sociedad civil, es dada de baja mediante la cancelación de sus asientos del Registro Mercantil, a pesar de lo cual tales circunstancias «no cambiarán la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la forma nueva», y por tanto en ausencia del régimen de publicidad registral que imprecaba la Resolución de 31 de marzo de 1997.

Quizá la Dirección General de los Registros y del Notariado se dejó llevar por el impulso del deseo de ofrecer una solución desde luego muy razonable, pero que no cabía imponer por vía interpretativa, sino por conducto normativo, al clásico problema de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos reales de las sociedades civiles. Y es que, en efecto, se trataba de un problema que venía atormentando a numerosos autores y operadores jurídicos, que reclamaban una solución en la línea de permitir la publicidad registral de las sociedades civiles. Este era el caso de GARCÍA MAS, quien se lamentaba de que se hubiera desaprovechado la oportunidad de la reforma de la legislación societaria de 1989 para haber permitido de una forma clara el acceso al Registro Mercantil de las sociedades civiles en atención a razones de seguridad y publicidad. También GARCÍA GARCÍA apunta en la misma dirección, pero dando un paso más postula la posibilidad de presente de proceder a dicha inscripción en base a una interpretación flexible de los artículos 16, número 5, del Código de Comercio, y 81 del Reglamento del Registro Mercantil.

El aludido aluvión de críticas, pese a reconocerse los buenos propósitos de la Resolución, han causado mella en el criterio de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, que en una reciente Resolución de 14 de febrero de 2001 vuelve sobre sus pasos y hace una relectura crítica de su propia Resolución de 31 de marzo de 1997, revisando sus argumentos, tras lo cual muda de criterio, reencontrándose con la mayoritaria corriente doctrinal y jurisprudencial en la materia sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) para la mayoría de la doctrina y para la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr., por todas, las sentencias de 8 de junio de 1995 y 27 de noviembre de 1998), no se puede mantener que una sociedad mercantil no inscrita carezca por completo de personalidad jurídica, sino que en virtud de la inscripción lo que adquieren es «su especial personalidad jurídica», limitando la responsabilidad de los socios y excluyendo la responsabilidad solidaria de los administradores (cfr. art. 120 del Código de Comercio);
- b) de ciertos preceptos legales de reciente promulgación resulta que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica o, al menos, de cierta personalidad jurídica suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases (cfr. arts. 15 y 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 11.3 de la Ley de Sociedades de

Responsabilidad Limitada, art. 7.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, etc.);

- c) la doctrina de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (vid. Resoluciones de 13 y 20 de mayo de 1992) admite que aún después de la cancelación registral de la sociedad persiste todavía la sociedad como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular. En la misma línea se cita la doctrina de la Dirección General, relativa a la interpretación de la Disposición Transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas y a la posibilidad de reactivación de la sociedad disuelta de pleno derecho, según la cual, la cancelación de los asientos registrales de la sociedad no implica la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad (cfr., por todas, la Resolución de 15 de febrero de 1999);
- d) el artículo 1.669 del Código Civil, al negar personalidad jurídica a «las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con terceros», no puede referirse a las sociedades en que se mantengan reservados algunos pactos, sino a las sociedades que no se muestran como tal frente a terceros, por mantenerse oculta entre los socios, como mero vínculo contractual entre éstos. Lo fundamental es que se exteriorice el vínculo societario, de suerte que al contratar con quien actúa *nomine societatis* conozca que la relación obligatoria se entabla con el ente personificado. Además, el artículo 1.699 del Código Civil concede relevancia externa al vínculo social, al establecer una afectación del patrimonio social a favor de unos acreedores que lo son del grupo unificado, como sujeto de derecho («los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada uno de los socios sobre los bienes sociales»), ya que, de no gozar de personalidad jurídica, se trataría de acreedores de los comuneros.

No obstante, la Dirección General en esta Resolución de 14 de febrero de 2001, vuelve a subrayar, en una perspectiva de *le ge ferenda*, la conveniencia de dotar de un régimen de publicidad registral a las sociedades civiles, destacando que «la seguridad jurídica ganaría con la inscripción de las sociedades civiles en un registro específico», establecimiento de la publicidad registral que resultaría de gran provecho «para terceros y, por ende, para la misma sociedad que haya de relacionarse con ellos» (77).

(77) Si bien, por razón de su fecha y necesario acatamiento de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, objeto de estos comentarios, asume que el reconocimiento de personalidad jurídica de las sociedades civiles subordinada a dicha publicidad registral requiere ineluctablemente una norma de rango legal.

3. EL RECHAZO JURISPRUDENCIAL DE LA REFORMA

El problema en la práctica del tráfico jurídico estriba en que la acreditación del carácter o no secreto de los pactos, o bien se simplifica arbitrando un régimen de publicidad registral de la propia sociedad civil que le haga salir de su clandestinidad o carácter secreto, o bien debe basarse en inseguras apreciaciones de hecho o extrarregistrales. De este dilema pretendió salir la reforma reglamentaria incorporando al proyecto una modificación parcial del artículo 383 del Reglamento Hipotecario, estableciendo dicho régimen de publicidad registral, de forma análoga a la prevista para las sociedades mercantiles. Para ello, dicho precepto señalaba que «No podrá practicarse a favor de sociedad civil o mercantil ninguna inscripción de aportación o adquisición por cualquier título de bienes inmuebles o derechos reales, sin que previamente conste haberse extendido la que corresponda en el Registro Mercantil» (la novedad consiste en la inclusión de la referencia a las sociedades civiles). Este precepto proyectado, sin embargo, recibió la censura del Consejo de Estado en su Dictamen de 9 de julio de 1998. Este Dictamen formuló sobre dicho precepto una «observación de carácter esencial» que obligó a abandonar el proyecto en cuanto a dicho extremo. Razonó su censura el Consejo de Estado afirmando que así como cuando el artículo 383, en su texto vigente, exige aquella previa inscripción en el Registro Mercantil de las compañías mercantiles, está siendo respetuoso con el artículo 119 del Código de Comercio, que la impone, no hay, sin embargo, norma equivalente para las sociedades civiles en el Derecho civil ni en el Código de Comercio, ni en el propio Reglamento del Registro Mercantil. De ahí que, continúa su razonamiento el alto órgano consultivo, el proyecto se ve obligado a agregar en el artículo 12 un nuevo párrafo, estableciendo que «Las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, podrán inscribirse a estos efectos en el Registro Mercantil en virtud de la escritura pública de su constitución», precepto que, en opinión del Consejo de Estado, supone la decisión, contraria a la doctrina y a la jurisprudencia dominante, de no reconocer personalidad jurídica y, por tanto, cerrar el Registro de la Propiedad a las sociedades civiles que no estén inscritas en un Registro Mercantil, aunque su objeto no sea mercantil. El Consejo de Estado aprecia impropiedad en el hecho de que un Reglamento Hipotecario venga por esta vía a complementar el objeto exclusivo del Registro Mercantil declarando inscribible en el mismo lo que su Reglamento específico no contempla con tal carácter, por lo que sugiere actuar por la vía de una Disposición Adicional que modifique el contenido de este último Reglamento, pero a continuación añade que considerando que la exigencia de inscripción supone en realidad un juicio sustantivo sobre el reconocimiento o no de personalidad jurídica de las sociedades civiles, materia reservada a la Ley y más en concreto al Código Civil, concluye estimando que el Reglamento Hipotecario

debe abstenerse de regular esta materia y, por tanto, suprimirse la referencia a la inscripción en los artículos 12 y 383 del proyecto.

Probablemente dejó sentir su influencia en el ánimo de los letrados redactores del Dictamen el hecho de que la Dirección General de los Registros y del Notariado, impulsor de la reforma hipotecaria, había sentado una muy dudosa doctrina a través de su célebre Resolución de 31 de marzo de 1997, al negar personalidad jurídica a las sociedades civiles sin forma mercantil y, por tanto, no inscritas. De otra manera no se comprende cabalmente por qué da el salto de afirmar que arbitrar una apertura reglamentaria a la inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades civiles, con carácter meramente potestativo y no obligatorio, supone negarles el reconocimiento de personalidad jurídica, siendo así que tan sólo se proporciona un mecanismo registral para cumplir el requisito impuesto por el propio artículo 1.669 del Código Civil para la atribución de dicha personalidad, como es el de que los pactos sociales no se mantengan secretos entre los socios, y sin perjuicio de la admisión de cualquier otro medio de publicidad incluso de hecho, admitida por nuestro Ordenamiento jurídico. Las ventajas en términos de simplicidad y seguridad jurídica de la publicidad registral sobre cualquier género de publicidad meramente de hecho (que requiere la prueba extrarregistral de que la sociedad actúa en el tráfico jurídico mediante una actividad *nomine societatis*) son de todo punto evidentes, por lo que no se ve la necesidad de, para no negar este último tipo de publicidad, producir una ablación en el texto proyectado de aquel otro género de publicidad de superior condición y ventajas.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el reformador reglamentario se acogió a la primera de las sugerencias formuladas por el Consejo de Estado, esto es, regular la materia por medio de Disposición Adicional reformando directamente el Reglamento del Registro Mercantil en los términos que antes se transcribieron.

Sin embargo, la demanda interpuesta contra el Real Decreto 1867/1998, resuelta mediante la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, atribuía a los artículos 81, número 3 y 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil en los términos dados a los mismos por el Real Decreto combatido, infracción de los artículos 16, número 1-5 y 19, número 2, del Código de Comercio, pretensión acogida por el Tribunal sentenciador en los siguientes términos de su fundamento jurídico noveno:

«En el fundamento jurídico nueve del escrito de demanda, los recurrentes impugnan el artículo 81.3 y 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil en la redacción dada por la Disposición Adicional única del Real Decreto 1867/1998, sobre la base de que, en su opinión, son contrarios a los artículos 16.1.5 y 19.2 del Código de Comercio.

Esta Sala entiende que es cierto que el Real Decreto impugnado asume en parte la observación del Consejo de Estado en la materia objeto de la Disposición Adicional impugnada, y así ha suprimido del texto la reforma del artículo 383 del Reglamento. Ahora bien, lo cierto es que la Disposición Adicional impugnada viene a modificar el artículo 81.3 del Reglamento del Registro Mercantil en el sentido de establecer la posibilidad de acceso al Registro Mercantil de las Sociedades Civiles en todo caso, olvidando que el Código de Comercio establece que dicho acceso deberá establecerse por Ley (art. 16, núm. 1.5) y que tal inscripción será obligatoria (art. 19), salvo para las empresas individuales a excepción del naviero.

La expresión del artículo 16, número 1.5 del Código de Comercio "cuando así lo disponga la Ley" —continúa el Tribunal Supremo— debe ser entendida como reserva formal de Ley, según se infiere de la interpretación que efectúa el propio Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 2 al establecer que aquél tiene por objeto la inscripción de las empresas y demás sujetos establecidos por la Ley, así como los actos y contratos relativos a los mismos que determinen la Ley y este Reglamento, se establece así claramente una interpretación en la que se distingue entre el rango normativo exigido para abrir el acceso al Registro según se trate de sujetos o de actos y contratos, de tal manera que respecto a los primeros no cabe hacerlo por vía reglamentaria.

Del mismo modo el carácter potestativo que parece inferirse de la expresión "podrá", utilizada para el artículo 81.3 del Reglamento del Registro Mercantil —prosigue el Tribunal—, hace que tanto el artículo 81.3 como el 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil, en la redacción que le da la Disposición Adicional del Real Decreto objeto de recurso, sean contrarias al artículo 19 del Código de Comercio. Si por el contrario se entendiese que la fórmula no es potestativa y que por tanto la inscripción es obligatoria, se estaría ante el defecto ya asumido en el informe del Consejo de Estado de interferir en la regulación de las sociedades civiles reservada al Código Civil y, en consecuencia, estaríamos ante idéntica infracción del principio de jerarquía normativa, razones por las que la disposición debe ser considerada nula en los puntos objeto de impugnación».

Por tanto, también el Tribunal Supremo es de la opinión que los aludidos preceptos 81.3 y 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil suponen una infracción del principio de jerarquía normativa, si bien su razonamiento se basa en los argumentos de los demandantes, pues si bien invoca el Dictamen del Consejo de Estado de 9 de julio de 1998, ya vimos que éste apreciaba infracción de legalidad por entender que la inscribibilidad de las sociedades civiles supone implícitamente una negación de la personalidad jurídica de las no inscritas, cuya determinación sí es competencia de la Ley, en tanto que la sentencia comentada entiende que lo que se ha quebrado es una reserva formal de Ley estatuida por el artículo 16 del Código de Comercio en relación

con la definición de los sujetos inscribibles, conclusión que, paradójicamente, el Tribunal extrae de otro artículo del propio Reglamento del Registro Mercantil, en concreto de su artículo 2.º, determinando así una nulidad de un precepto reglamentario en base a la interpretación auténtica que de un precepto legal hace otra norma reglamentaria. Más lógico sería pensar que la reserva de Ley formal viene condicionada por el carácter obligatorio de la inscripción en el Registro Mercantil que para las compañías mercantiles impone el artículo 19 del Código de Comercio, por lo que despojado de dicho contenido imperativo, ningún impedimento u obstáculo legal, en términos de bien jurídico protegible, se adivina para que un precepto reglamentario contemple la admisión de la inscripción puramente facultativa de un sujeto de Derecho no enunciado directamente por una Ley.

IV. LA AUSENCIA DEL REQUISITO DEL PREVIO DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACION CON LA REFORMA DEL ARTICULO 12 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL

1. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 12 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL Y SU DECLARACIÓN DE NULIDAD POR OMISIÓN DEL TRÁMITE DE DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO

En la tramitación del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, se incorporó en un momento tardío una reforma del artículo 12 del Reglamento del Registro Mercantil, por medio de la adición de cinco nuevos apartados del siguiente tenor:

«4. Los interesados podrán consultar y comunicarse con el Registrador por cualquier medio, sea físico o telemático, siempre que se evite, mediante la ruptura del nexo de comunicación, el acceso directo al núcleo central de la base de datos del archivo.

5. Los Registradores, a través de su Colegio Profesional, formarán una base de datos con un índice general de sociedades y demás sujetos inscritos, a efectos de la expedición de publicidad instrumental. Se entenderá que cada Registrador expide la información procedente de su archivo.

6. Los Registradores, centrales y provinciales, actuarán coordinadamente, poniendo en común los datos de sus bases, con un acceso único, en la que conste el asiento, su fecha, el depósito de cuentas y la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

7. Los Registradores provinciales formarán bases de datos con los depósitos de cuentas de España, a efectos de publicidad y con-

sulta. Y los Registradores centrales, una base de datos específica de denominaciones, susceptible de acceso telemático.

8. Los Registradores estarán intercomunicados por redes telemáticas, a efectos de expedir publicidad formal, solicitar las certificaciones de denominaciones del Registrador Mercantil Central y coordinar las respectivas bases de datos».

Desde luego nadie discute la idoneidad, oportunidad y razonabilidad de tales normas en tanto tienen por objeto la creación de una red telemática de intercomunicación entre todos los Registros Mercantiles de España, cuyo objetivo no parece que pueda ser otro que el de facilitar la accesibilidad por los modernos medios telemáticos de la información registral a todos los interesados en ella, en términos de ventaja comparativa, en tiempo, coste y comodidad, respecto de los procedimientos tradicionales que requerían presencia física o correo postal convencional. Sin embargo, lo que se discute es la corrección de dicha norma desde el punto de vista de su tramitación formal, al haberse prescindido respecto de dicho precepto, al igual que respecto de los artículos 81 y 269.bis antes examinados, de los trámites de informe a que se refieren los artículos 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 24 de la Ley del Gobierno y 22, número 3, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, omisión esta última de especial gravedad desde la perspectiva de una posible nulidad de la norma, nulidad que declara la sentencia de la Sala sexta del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, en los siguientes términos de su fundamento jurídico primero:

«Habida cuenta que en la Disposición Adicional única y en lo que atañe a los artículos 12 y 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil se regulan materias a las que en absoluto se refería el Proyecto de Reglamento sometido a informe del Consejo de Estado, resulta claro que se ha omitido respecto de aquella parte de la disposición recurrida un trámite esencial que determina la nulidad del Reglamento en lo que se refiere a los apartados 1 y 3 de la Disposición Adicional en cuestión».

2. EFECTOS INVALIDATORIOS DE LOS VICIOS DE FORMA Y EN PARTICULAR
DE LA OMISIÓN DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA ELABORACIÓN
DE LOS REGLAMENTOS (78)

Como hemos visto, la declaración de nulidad de los artículos 12 y 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil en su redacción dada por el Real

(78) Vid., sobre esta materia, los estudios de ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Civitas, Madrid, 1992, y de GARCÍA

Decreto 1867/1998, se basa en la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Este dictamen está previsto en el artículo 22, número 3, de la vigente Ley Orgánica del Consejo de Estado, de 22 de abril de 1980, al disponer que la Comisión Permanente del Consejo de Estado «deberá ser consultada» en los siguientes asuntos: «3. Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones». Y, ciertamente, la jurisprudencia tradicional ha venido, con criterio uniforme hasta el año 1987, declarando la nulidad radical de aquellos Reglamentos que, requiriéndolo, no han sido informados por el Consejo de Estado. Este es el caso de las sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1962, 12 de marzo de 1963, 25 de febrero de 1969, 22 de abril de 1974. Así, razona esta última dicha consecuencia invalidatoria de la omisión del dictamen del Consejo de Estado afirmando que «es patente la existencia de un vicio esencial de procedimiento cometido en la elaboración del Reglamento ejecutivo impugnado, al haberse prescindido del preceptivo dictamen previo del Consejo de Estado, y que una reiterada jurisprudencia califica a tal vicio y omisión de insubsanable, con apoyo en los artículos 53, número 5, y 47, número 2, de la LPA ... y como tal originadora de una nulidad formal —apreciable de oficio como afectante a cuestiones de orden público— que impone acordar una retroacción del procedimiento de elaboración de la disposición general al momento anterior a su aprobación para que se oiga al Alto Cuerpo Consultivo». Criterio este confirmado por las posteriores sentencias de 18 de marzo de 1981, 15 de octubre de 1982 y 19 de julio de 1984.

Ahora bien, se hace preciso citar en este punto la existencia de una inflexión importante en dicha línea jurisprudencial (79) surgida a través de tres sentencias del Tribunal Supremo del año 1987. Se trata de las sentencias de 7 de mayo, 2 de junio (Sala 4.^a) y 29 de octubre (sala especial de revisión) todas de 1987. Declara la primera de las sentencias citadas en su fundamento jurídico quinto, en términos que por su claridad y precisión conceptual merecen ser transcritos, lo siguiente:

«Por lo que hace a la omisión de supuestos vicios de procedimiento en la elaboración del Decreto reglamentario impugnado hay que decir, en primer lugar, que este Tribunal Supremo hace tiempo que viene subrayando que la forma está al servicio del derecho y no al revés, y que el vicio de forma es

ALVAREZ, «El concepto de reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en la obra colectiva *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, 1993, II, págs. 1473 y sigs.

(79) Vid., en este sentido, D^{tos} VIEITEZ, MARÍA VICTORIA, «El dictamen del Consejo de Estado en los Reglamentos ejecutivos. ¿Control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria?», en *REDA*, núm. 60.

determinante de anulación del acto sólo cuando no haya elementos suficientes en el expediente para entrar a conocer del fondo del asunto o cuando haya provocado una indefensión total y absoluta del interesado. Es cierto, sin embargo, que en materia de elaboración de disposiciones generales, la jurisprudencia se muestra más rigurosa casi siempre, pero ello no impide que enfrentado el Tribunal con un caso concreto deba valorar también la razón de ser de un requisito formal determinado a efectos de atribuir o no a su omisión consecuencias anulatorias de lo actuado. Y es el caso que el informe del Consejo de Estado es un trámite que tiene por finalidad efectuar ex ante un control de legalidad de la norma que se pretende elaborar. Y como ya queda razonado que esa legalidad ha sido escrupulosamente respetada, sería atentar al principio de economía procesal que este Tribunal renunciara a ejercer el control que le corresponde realizar ex post, para que el Consejo de Estado venga a decir lo que aquí se puede ya decir y se ha dicho: que no hay obstáculo a que la norma se dicte como se ha dictado».

Pero el Tribunal Supremo no para aquí, procediendo a continuación a verter su crítica contra la anterior jurisprudencia en la materia en los siguientes términos: «Todo esto prueba, además, los inconvenientes de una antigua práctica judicial —que ya hoy puede considerarse erradicada— de considerar sin más los vicios de forma como «de orden público», curiosa fórmula desprovista de fundamento jurídico verdadero y a cuya invocación quedaba cerrado el paso a la justicia sobre el fondo».

Por su parte, la sentencia de 2 de junio de 1987 trata de remover el obstáculo que a la anterior doctrina legal opone la literalidad del artículo 53, número 5, de la LPA, afirmando que «resulta imposible encontrar en el Ordenamiento en vigor apoyatura alguna en favor de la tesis de que el Reglamento ejecutivo necesite para su perfección de la concurrencia de dos voluntades, la del Consejo de Estado y la del Gobierno, porque el informe del Consejo de Estado es un control de legalidad de carácter administrativo previo a la perfección de la norma reglamentaria, pero que carece de valor obstructivo, tanto si se produce como si se ha omitido». Es cierto, sin embargo, que el artículo 53 de la antigua LPA configura como no convalidable la omisión de los informes preceptivos en la elaboración de las disposiciones generales, pero con ello, a criterio del Tribunal Supremo, tan sólo se está perfilando el alcance de una potestad administrativa, la de la convalidación. Es decir, hay vicios o actos que la Administración no puede convalidar por sí misma, como es el caso de la omisión del informe del Consejo de Estado, pero eso no quiere decir que dicha imposibilidad de subsanación por la Administración de un trámite que tiene por objeto advertir de posibles ilegalidades de la norma reglamentaria proyectada, deba conducir necesariamente, y no existiendo dicha ilegalidad de fondo, a que en el ámbito judicial juegue la misma limitación, forzando a una declaración de nulidad desaconsejada por el principio de

economía procesal y no exigida por el principio de legalidad, no quebrantado en sus aspectos sustantivos.

Es cierto, no obstante, que la más moderna jurisprudencia parece recuperar, al menos en parte, su línea tradicional, insistiendo en el carácter invalidante de la omisión de los informes preceptivos, reflejada entre otras en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero y 2 de noviembre de 1993, 25 de mayo de 1995 y 26 de febrero de 1996, pero también lo es que, como el propio Tribunal declara, «en Derecho administrativo la teoría de las nulidades ha de ser acogida con la máxima cautela, procurando siempre conservar aquellos actos o disposiciones generales impugnados, salvo cuando la nulidad alegada sea tan evidente que haga imposible la conservación del acto o la disposición general» (cfr. STS de 2 de noviembre de 1993), máxima sabia y prudente de la que no siempre se hace alarde.

En todo caso, la situación devenida por la parcial anulación judicial de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998, tras el estudio que antecede, invita a una reflexión sobre la conveniencia de superar la cierta anomalía que representa el hecho de que sea la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo la encargada de aplicar el control de legalidad de los reglamentos, incluso cuando estos versan sobre cuestiones de Derecho privado, ajenas a la especialidad de dicha Sala, reconociendo fuero *ratione materiae* sobre tal control a la Sala primera, más próxima a tales cuestiones, como depositaría de la función jurisdiccional del orden civil.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Letrado de la Dirección General
de los Registros y del Notariado
Registrador de la Propiedad y Mercantil
Doctor en Derecho