

## 2. DERECHO MERCANTIL DERECHO DE CONTRATOS

De nuevo sobre la compraventa de empresa  
y la acción de daños y perjuicios. Algunas notas  
sobre la extensión del convenio arbitral  
a la sociedad adquirida ante el incumplimiento  
de las declaraciones y manifestaciones

*Again about corporate sale and action  
for damages. Some notes of the active  
legitimation of the acquired company in the event  
of breach of the representations and warranties*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho civil y abogado*

**RESUMEN:** Aceptada la legitimación activa de la sociedad adquirida para la reclamación de daños y perjuicios sobre la base de la estipulación contractual en favor de tercero, habrá que determinar, en su caso, si un posible convenio arbitral inserto en el contrato de compraventa de empresa firmado por comprador y vendedor también afecta a la sociedad adquirida.

**ABSTRACT** *Once the active legitimation of the acquired company has been accepted for the claim for damages based on the contractual stipulation in favour of a third party, it will be necessary to determine, where appropriate, if a possible arbitration agreement inserted in the company sale contract signed by buyer and seller also affects to the acquired company.*

**PALABRAS CLAVE:** Compraventa de empresa. Acción de daños y perjuicios. Convenio arbitral y estipulación en favor de tercero.

**KEY WORDS:** *Corporate sale. Damages. Arbitration agreement and stipulation in favour of third party.*

**SUMARIO:** I. DEL CONVENIO ARBITRAL Y LA ESTIPULACIÓN EN FAVOR DE TERCERO.—II. DE LA INAPLICACIÓN GENERAL DEL CONVENIO ARBITRAL A TERCERO.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

## I. DEL CONVENIO ARBITRAL Y LA ESTIPULACIÓN EN FAVOR DE TERCERO

En un trabajo anterior ya expusimos nuestra opinión acerca de considerar legitimada activamente a la sociedad adquirida para la reclamación de daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y declaraciones típica en un contrato de compraventa de empresa, sobre la aplicación a la cláusula contractual en cuestión de la doctrina de la estipulación en favor de tercero<sup>1</sup>.

Es habitual en la práctica la construcción del clausulado relativo al efecto de las declaraciones y manifestaciones de tal manera que no solo se encuentra legitimado el comprador o adquirente de la empresa o acciones adquiridas sino la propia sociedad adquirida.

Una cláusula contractual tipo de las que venimos hablando podría ser la siguiente:

*«Cualquier falta grave y esencial de veracidad, exactitud, corrección o adecuación a la realidad e integridad de las Manifestaciones y Garantías del Vendedor, así como cualquier incumplimiento grave y esencial de las obligaciones asumidas por el Vendedor en este Contrato, será considerado como un incumplimiento contractual grave y esencial (en lo sucesivo, «Incumplimiento»).*

*En caso de Incumplimiento, el Vendedor se obliga a indemnizar al Comprador y/o la Sociedad, a decisión del Comprador, de todos los daños y perjuicios efectivos que estos puedan sufrir como consecuencia del Incumplimiento.*

*En consecuencia en los casos citados en el párrafo anterior, el Vendedor se compromete e irrevocablemente se obliga a indemnizar al Comprador y/o a la Sociedad, a decisión del Comprador, por cualquier daño efectivo («Daño Indemnizable») definido como quebranto o impacto patrimonial negativo cierto y que se produzca efectivamente en la Sociedad como consecuencia de un Incumplimiento culpable o doloso, que tenga su origen o viniera producido en virtud de actos, negocios, situaciones, hechos, omisiones o vicios anteriores al día de la Fecha de Cierre, aunque sean reclamados, conocidos o liquidados con posterioridad, así como de los daños y perjuicios que, puedan producirse al Comprador y/o a la Sociedad como consecuencia de cualquier Incumplimiento».*

Decíamos que no conocemos jurisprudencia que analice la naturaleza jurídica del problema propuesto, a saber, el de la legitimación activa de la sociedad adquirida, aunque para un caso que guarda cierta similitud, hemos encontrado la respuesta desde el régimen de la estipulación en favor de tercero previsto en el artículo 1257 del Código civil.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 334/2011 de 29 de junio de 2011 (*JUR* 2013, 115652), donde se analizaba la naturaleza jurídica de la cláusula que imponía la obligación de indemnizar a una sociedad no firmante de un contrato las posibles contingencias o pasivos ocultos, se razonó su consideración como estipulación en favor de tercero (ex. art. 1257.2 CC).

Pues bien, la misma Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de junio de 2011 antes citada, nos ofrece también respuesta sobre la inoponibilidad, en este caso, del convenio arbitral al beneficiario de una estipulación en favor de tercero incluida en un contrato, sirviéndonos también, por tanto, como argumento para sostener la conclusión que entendemos correcta, a nuestro juicio, y es que la posible cláusula arbitral que la partes del contrato de compraventa

de empresa, a saber, vendedor y comprador, hayan suscrito para dirimir las controversias del mismo en nada puede resultar oponible a la sociedad adquirida, si es esta la que decide accionar sobre la base de la estipulación en favor de tercero antes referida.

El tercero beneficiario de la estipulación debe tratarse de una persona —física o jurídica— distinta a las partes y de las que no traiga causa.

Define por ello la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956, 4126) este contrato como:

*«aquel que, celebrado válidamente entre dos personas, es dirigido, sin embargo, a atribuir un derecho a una tercera, que no ha tenido parte alguna, ni directa ni indirectamente en su conclusión y que, a pesar de ello, logra efectivamente atribuírselo en su propia persona».*

Una pretendida extensión del convenio arbitral a la sociedad adquirida no supondría más que obviar que el beneficiario de la estipulación no es parte contractual, sino precisamente destinatario y titular del objeto de la estipulación, como es el mantenimiento de la indemnidad y responsabilidad de la demandada por el incumplimiento alegado, pero siendo ajeno al resto del contenido contractual por no ser parte del mismo. Es decir, se inaplicaría por completo la previsión de nuestro artículo 1257.2 del Código civil<sup>2</sup>.

En este sentido y en apoyo de lo anterior, hemos de volver a traer a colación la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 334/2011 de 29 junio de 2011 (JUR 2013, 115652) que, en un caso análogo, sobre el particular, motiva la inaplicabilidad del compromiso arbitral al beneficiario de una estipulación en favor de tercero incluida en un contrato, cuando dice que:

*«Dicha estipulación a favor de tercero, se regula en el artículo 1257.2 del Código civil, y en virtud de la cual los contratantes convienen una prestación a favor de tercero que confiere a este, en el aspecto de que se haya aceptado (lo que puede realizarse de forma expresa o tácita) un derecho de exigir la prestación convenida. Y eso es precisamente lo que sucede en nuestro supuesto. Toda vez que el pacto parasocial nunca fue suscrito por LIDERA, aun cuando lo fue por todos los socios de la sociedad, ya en nombre propio ya en nombre de las sociedades de las que eran legales representantes D. Ángel Daniel, D. Jose Antonio, D. Juan Miguel, D. Artemio y D. Darío. LIDERA no firmó el pacto parasocial que contenía el pacto de sumisión a arbitraje; se opuso a la declinatoria de contrario y nunca se remitió a dicho documento, ni siquiera ha expresado su voluntad de someterse a él manifestando frontalmente su oposición».*

[El énfasis es nuestro]

Es decir, en el caso analizado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona se desestima declinatoria por la sumisión a arbitraje para las reclamaciones de la sociedad que no era firmante de un pacto parasocial ya que por tanto no le vinculaba un compromiso arbitral existente en el referido pacto parasocial. Se da la circunstancia que en el caso de la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, también se trataba sobre la veracidad y realidad de los balances aportados en escritura así como a responder y reintegrar a la sociedad cualquier posible contingencia o pasivo oculto con origen anterior al correspondiente contrato o acuerdo.

Por otro lado, en el ámbito del contrato de seguro donde la distinción entre tomador del seguro y beneficiario nos ofrece claramente el presupuesto de aplicación de la estipulación o contrato en favor de tercero del artículo 1257.2 del Código civil, también ha sido negada la extensión del convenio arbitral al beneficiario, citándose por todos, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.<sup>a</sup>) Auto núm. 161/2010 de 20 de septiembre (*JUR* 2010, 368672), que literalmente reza lo siguiente:

**«TERCERO**

*Así las cosas y firmado por las dos «partes» y por «duplicado», el 12 de julio de 2006 se designa a BANESTO como beneficiario con relación al «cobro de las indemnizaciones...». Para nada más. Nada se añade ni se acepta sobre aquella hipótesis de cumplir las obligaciones. El único efecto es aquel indicado. Para mayor exactitud se finaliza: «...sin que la presente designación constituya otra adición que la expresamente pactada...». Es decir, BANESTO queda como tercero beneficiario y en consecuencia tampoco es considerado como parte del contrato. La conclusión de cuanto se ha expuesto es que el artículo 10.2 sobre sumisión al arbitraje únicamente afectaba a los contratantes. No siéndolo BANESTO no le alcanza dicha sumisión, razón que por sí sola basta para la estimación del recurso sin necesidad de extenderse a ulteriores argumentos.*

[El énfasis es nuestro]

## II. DE LA INAPLICACIÓN GENERAL DEL CONVENIO ARBITRAL A TERCERO

El convenio arbitral, como es sabido, es el acuerdo de las partes para someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia impera a la hora de examinar su existencia o validez un criterio antiformalista, que considera innecesarias fórmulas rituales, aunque sea exigible, de acuerdo con el artículo 9.3 Ley de Arbitraje, la forma escrita en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, teles, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o del intercambio de escritos de demanda y contestación en que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra (art. 9.5 Ley de Arbitraje). Es, por tanto, esencial que la voluntad de las partes de someter su controversia, actual o futura, a arbitraje sea patente y perceptible.

Como apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2003 (*RJ* 850/2003), «(.) lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje».

Jurisprudencialmente, se afirma que es axioma incontrovertido que la interpretación extensiva de la cláusula arbitral a terceros que no la han suscrito, ha de estar sólidamente sustentada, no solo por esta exigencia de la voluntad de sumisión —emisión escrita o tácita, deducida de actos concluyentes— como fundamento de la existencia del convenio arbitral (arts. 9.1., 9.3. y 9.5. Ley de Arbitraje, y, art. II.1. y II. 2., en relación con los arts. IV.1. b] y V.1. a], todos del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958), sino porque el deducir ese conocimiento del compromiso arbitral y por tanto, la inferencia de esa voluntad, lleva aparejada una

radical consecuencia jurídica, nada más y nada menos que la renuncia al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción que, como señala el Tribunal Constitucional (reciente STC 1/2018, de 11 de enero y STC 75/1996, de 30 de abril) es «la *“esencia misma”*, el *“núcleo duro”* —en locución del Tribunal Constitucional—, o *“contenido esencial”* —en expresión de la Constitución misma (art. 53.1 CE)— del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)».

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2010, de 2 de diciembre, ha precisado que la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser *«explícita, clara, terminante e inequívoca»*, doctrina que el Tribunal Supremo ha aplicado para rechazar la obligatoriedad de una cláusula arbitral en el caso de que la parte se haya limitado a adherirse a la misma que ha sido predispuesta por la otra parte (por todas, STS de 27 de junio de 2017 [Roj: 2500/2017]).

Y, la Sentencia del Tribunal Constitucional —ya consignada— 1/2018, de 11 de enero, ha incidido que la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser *«explícita, clara, terminante e inequívoca»*, añadiendo que *«si bien la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar»*.

Esta circunstancia es lo que ha determinado que se haya considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1. CE) *«la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje»*.

Es decir, que exigiéndose esta voluntad clara de sumisión al arbitraje, en caso de no haber unanimidad entre las partes firmantes del convenio arbitral y el tercero no signatario sobre la unión o incorporación de este último al arbitraje pactado por las partes —en este contexto—, regirá *a priori* el principio del efecto relativo de los contratos por virtud del cual —según determina el artículo 1257 CC—, estos producen su efecto solo entre las partes que los han suscrito y no frente a terceros extraños al contrato.

Así se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, sobre la extensión de los efectos de una cláusula de sumisión a tribunales arbitrales a terceros, en su sentencia de fecha 28 de junio de 2017 (C-436/16, *Leventis*) señala que el principio de relatividad de los contratos está presente en este contexto: *«una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato solo puede producir efectos, en principio, entre las partes que acordaron celebrar ese contrato»*; si bien, desde la perspectiva del consentimiento este Tribunal europeo en su Sentencia de fecha 21 de mayo de 2015 (C-352/13, *CDC*), señala que *«Para que esta cláusula sea oponible a un tercero, es necesario, en principio, que este haya prestado su consentimiento a ese efecto»*.

Por tanto, en nuestro ordenamiento se exige el requisito del consentimiento (art. 9.1. Ley de Arbitraje), lo cual no excluye el consentimiento implícito inferido del comportamiento, pero inferir dicho consentimiento, cuando no ha sido expresado, debe encontrarse sólidamente sustentado debido a sus radicales consecuencias legales, como son, entre otras, la renuncia al derecho de acceder a la jurisdicción ordinaria, renuncia que inexcusablemente ha de estar basada en la voluntad, pues lo contrario implicaría una lesión directa al ejercicio de su derecho fundamental a recabar la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en tanto que se vería privado de recurrir a ella sin su consentimiento y por la decisión de otros, cuando no puede olvidarse que el ejercicio del derecho fundamental es personalísimo y nuestra ley de arbitraje —en consecuencia— exige que el convenio deberá expresar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Existen varias teorías doctrinales sobre la extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes, tales como la del mecanismo contractual o societario, en el que salvo pacto en contrario, la cláusula arbitral se transmite con el contrato automáticamente, sin necesidad de examinar la intención de las partes que quedan vinculadas por la cláusula arbitral, ya que el nuevo titular quedará vinculado en virtud del derecho contractual (cesión, asunción simple o solidaria de la deuda, transferencia de patrimonio.) o societario (fusión, escisión, transformación de empresas, transferencia de patrimonio...).

Y, conforme a la jurisprudencia, la extensión de la cláusula arbitral a terceros, se realiza mediante la aplicación de los principios de la buena fe y del abuso del derecho, y así nos encontramos con distintas teorías: 1.<sup>a</sup> La del levantamiento del velo, cuya base no es el consentimiento de las partes, sino la extensión subjetiva, basada en el principio de buena fe; una parte que controla una entidad, no se puede refugiar bajo la forma jurídica de dicha entidad separada cuando en realidad utiliza dicha forma de manera abusiva, para eludir o limitar la responsabilidad. 2.<sup>a</sup> La teoría de los actos propios, que implica que una parte que no ha firmado un contrato que contiene una cláusula arbitral, pero que ejerce derechos con base en el mismo, no puede luego pretender que no está sujeta a la cláusula arbitral contenida en dicho contrato. Por otro lado, la cláusula arbitral se puede extender a terceros en base al consentimiento, por referencia, o mediante un consentimiento implícito, basado en la apariencia creada, (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 13/2015, de 5 de mayo, Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de noviembre de 2005 y 15 de octubre de 2010).

En relación con las decisiones dispares del Tribunal Supremo, este ha negado la llamada extensión o transmisión del convenio arbitral a quienes no lo han suscrito: por ejemplo, la STS de 27 de mayo de 2007 (ROJ STS 4499/2007), en que la Sala Primera no ha permitido extender la cláusula arbitral que prevén los Estatutos de una Comunidad para dirimir las controversias entre comuneros a las reclamaciones de estos contra la Comunidad o de aquella contra estos; o también la STS de 11 de diciembre de 2010 (ROJ STS 1669/2010), que tampoco ha autorizado la extensión de la cláusula arbitral firmada por la empresa a su administrador, demandado junto con la empresa en su calidad de tal; o también, la resolución más alejada en el tiempo, de fecha 7 de julio de 1998 (ROJ: ATS 587/1998) en el que el Tribunal Supremo no permite extender al comprador el compromiso arbitral suscrito entre mediador y vendedor, aduciendo que ninguno de los posteriores actos de ejecución realizados por el comprador se refiere de forma directa al acuerdo arbitral o permite inferir de forma indubitada que su voluntad era aceptar dicha sumisión, pues las comunicaciones posteriores del comprador al vendedor, solo se muestran significativos de la disconformidad de esta con la calidad de la mercancía recibida, sin que en las comunicaciones aparezca referencia alguna al acuerdo sumisorio.

En otro supuesto, en cambio, la Sala Primera del Tribunal Supremo expresamente admitió la extensión o transmisión del convenio arbitral a tercero que no lo ha suscrito, pero que está directamente implicado en la ejecución del contrato, en el caso, por su condición de avalista (supuesto resuelto por la STS de 26 de mayo de 2005 (Roj: STS 3403/2005) y citada expresamente por la empresa argelina hoy demandada en su escrito de oposición). El Alto Tribunal lo justifica diciendo en su Fundamento Primero lo siguiente: «(...) *La presente cuestión se centra en el área a la que moderna doctrina científica denomina 'transmisión del convenio arbitral'*, y que estudia el tema de si un contrato concede derechos a

un tercero, este está vinculado por la cláusula arbitral contenida en el contrato. Permitiendo esta figura introducir en el campo de aplicación del mismo litigio a partes que no firmaron el contrato.

Como decíamos, la Sala Primera del Tribunal Supremo expresamente admitió la extensión o transmisión del convenio arbitral a tercero que no lo ha suscrito, pero que está directamente implicado en la ejecución del contrato, en el caso, por su condición de avalista [supuesto resuelto por la STS de 26 de mayo de 2005 (Roj: STS 3403/2005) y citada expresamente por la empresa argelina hoy demandada en su escrito de oposición].

El Alto Tribunal lo justifica diciendo en su Fundamento Primero lo siguiente:

*«(...) La presente cuestión se centra en el área a la que moderna doctrina científica denomina 'transmisión del convenio arbitral', y que estudia el tema de si un contrato concede derechos a un tercero, este está vinculado por la cláusula arbitral contenida en el contrato. Permitiendo esta figura introducir en el campo de aplicación del mismo litigio a partes que no firmaron el contrato.*

*Y en todo momento hay que afirmar que en el presente caso la cláusula o convenio arbitral plasmado en el contrato de 31 de julio de 1992 supone la necesaria extensión de su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato.*

*Tal afirmación, además, puede tener su base en lo que se dice en la exposición de motivos de la actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje que aunque no sea aplicable guarda una magnífica relación con este tema y que habla de la «cláusula arbitral de referencia», la que se puede definir como aquella que no consta en el documento contractual principal, sino en documento separado, pero que se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo.*

*Y en el presente caso la actuación del Banco..., como interviniente posterior como avalista, debe ser introducida en el arbitraje acordado. Por ello su situación procesal no debe impedir la sujeción de la presente cuestión de arbitraje, y es lógica la proclamación de la excepción dilatoria que impide que este proceso sea resuelto por la jurisdicción ordinaria».*

[El énfasis es nuestro]

En efecto, el hecho de que una sociedad —ya sea un banco u otro tipo— garantice las obligaciones que otra sociedad asuma con respecto a una tercera, no implica necesariamente que deba conocer el contrato principal. De hecho, de ordinario, el garante tendrá firmado su propio contrato de garantía con la sociedad garantizada.

O sea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, no es aplicable al presente caso por: (i) no se debatía como ahora la existencia de una estipulación en favor de tercero, que no hace parte del contrato; (ii) la sociedad adquirida no estaba implicada en la ejecución del contrato de compraventa, lo cual obviamente solo compete a las partes contractuales (vendedor y comprador) resultando la *ratio decidendi* de dicha STS de 26 de mayo de 2005 la extensión del convenio arbitral a un tercero que está directamente implicado en la ejecución del contrato, como era el caso de un Banco avalista.

Para atender la extensión del convenio arbitral al banco avalista que realiza la meritada Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, hay que tener presente que dos excepciones a la regla general de no transmisibilidad serían, a



nuestro juicio, tanto la *cesión del contrato* como la *subrogación*, situaciones que obviamente no se producen en nuestro caso.

Así pues, en virtud del *contrato de cesión* todos los derechos y obligaciones del contrato originariamente otorgado por el cedente y el cedido permanecen inalterados; mantienen su validez y vigencia. El cesionario queda subrogado en el lugar del cedente con consentimiento del cedido. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en interpretación de este negocio jurídico ha precisado que la cesión del contrato «*produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero, pero siempre entendiendo dicha cesión con carácter unitario, o sea, con todo lo explicitado en el primitivo contrato, o sea, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, pues en este caso surgiría la figura de la novación*» STS de 19 de septiembre de 1998, ECLI:ES:TS:1998:5226.

Por ello, coincidimos con GÓMEZ JENE<sup>3</sup>, cuando concluye sobre este particular lo siguiente: «Así las cosas, es lógico concluir que cuando el cesionario firma la cesión del contrato acepta todas las cláusulas del mismo, incluido, evidentemente, el convenio arbitral. La independencia que el artículo 22 LA proclama del convenio arbitral respecto de las demás cláusulas del contrato no opera en este contexto, pues dicha independencia se concibe a los solos efectos de que el árbitro pueda entrar a valorar la nulidad del contrato donde el convenio se inserta. Por otro lado, excluir el citado convenio del contrato cedido implicaría modificar una cláusula del mismo, lo que a la postre impediría calificar el negocio jurídico como *cesión de contrato*».

Argumentos similares son esgrimibles en el supuesto de *subrogación*. De hecho, el Tribunal Supremo ha aceptado expresamente la subrogación de una aseguradora en el arbitraje; matizando, sin embargo, que no alcanza el convenio arbitral a aquellas aseguradoras que, lejos de actuar como subrogadas en la posición contractual de su asegurada, son traídas al pleito por el ejercicio de la acción directa», STS de 20 de noviembre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:6660.

De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, que extiende el convenio arbitral a un banco avalista de la operación comercial lo hace sin duda en base a la aplicación de una de las dos posibilidades lógicas de extensión del convenio arbitral a un tercero, a saber, la posibilidad de subrogación que tiene el fiador en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, en función de la aplicación del artículo 1839 del Código civil, lo cual obviamente ha de encontrarse el marco procedimental para el ejercicio de tales derechos, como resulta ser la cláusula arbitral.

De esta forma y por las mismas razones, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de abril de 2018 (Id Cendoj: 28079310012018100054) tampoco resulta de aplicación al debate propuesto, puesto que de nuevo está analizando la posibilidad de extensión de un convenio arbitral ante un supuesto de subrogación contractual.

«...el contrato de franquicia de fecha 18 de marzo de 2005 suscrito entre COR-SEC SL y Dña. Marina contiene en su artículo 20, una cláusula arbitral o convenio, el cual es claro al respecto, pues en el mismo se hace constar que “20.- Las partes intervinientes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultante de la ejecución o interpretación del presente contrato o relacionado con él directa o indirectamente se resolverá definitivamente mediante arbitraje de equidad en el marco de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación de los árbitros de acuerdo con su Reglamento y Estatutos. Igualmente las partes hacen



constar expresamente su compromiso de cumplir el laudo arbitral que se dicte". Contrato que se encuentra firmado por ambas partes intervinientes.

C.- Aplicando lo anteriormente analizado al presente caso, debemos afirmar que son correctas las conclusiones alcanzadas por la árbitro en el Laudo impugnado, sin que las mismas se puedan tachar de ilógicas o irracionales, puesto que tras razonar que ha quedado suficiente acreditado que el Contrato de Franquicia de la Red «Tintorerías Rápidas Pressto» de 18 de marzo de 2005 suscrito entre CORSEC SL y Dña. Marina es el único contrato válido y firmado por las partes (77), concluye, por un lado, que con fecha 23 de mayo de 2008 se aprueba la fusión por absorción de las sociedades CORSEC SLU y PRESSTO ENTERPRISES SLU (85), y, por otro, que MARGON SC se subrogó en el Contrato de Franquicia de 18 de marzo de 2005, conclusión esta última que llega tras el análisis de la prueba practicada, y en concreto en base a tres elementos:

1.º Los Estatutos de MARGON en los que se recoge su objeto social «Tinte limpieza en seco lavado y planchado de ropas hechas y de prendas y artículos del hogar usados», sociedad civil que constituyen Dña. Marina y Dña. Rafaela el 20 de junio de 2005.

2.º Las facturas, ya que desde el inicio de la relación contractual con Dña. Marina aparece MARGON como pagadora de las facturas giradas por PRESSTO (antes CORSEC), relacionando distintas facturas de los meses de marzo y octubre de 2005, que fueron trasladadas a MARGON, facturándose a la misma con posterioridad o directamente a la misma —relacionándose seis de ellas en el 91—.

3.º La resolución del Contrato de Franquicia. En este punto queda acreditado que fue D. Carlos Manuel, quien manifestando actuar en nombre de MARGON, —representando a la misma en el procedimiento arbitral—, quien mediante carta de 20 de enero de 2014 comunica a PRESSTO su voluntad de proceder a resolver el Contrato alegando "necesidad por motivos económicos", confirmando esta la resolución o aceptada entendiendo la misma vigente el contrato hasta el 31 de enero de 2014 (92-95).

Por ello fue la subrogación contractual de un tercero la que le valió la extensión al mismo de la cláusula arbitral, lo que obviamente no sucede en el caso de Autos, entre mi mandante y la demandada y de ahí que no resulte de aplicación la *ratio decidendi* de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de abril de 2018 por las razones expuestas.

Por último, tampoco resulta de aplicación a este debate, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) núm. 79/2015 de 3 de noviembre (*JUR* 2016, 203480), que enjuicia un supuesto de extensión de una cláusula arbitral incluida en un clausulado general de un contrato swap a otro contrato swap perfeccionado telefónicamente por las mismas partes, que exponía el problema y ofrecía su solución con el siguiente tenor literal:

«En el caso examinado, no cabe negar la realidad de una nueva y distinta contratación mercantil en la llamada Operación III, realizada telefónicamente el día 1 de octubre de 2008, que pone fin y sustituye, con nuevas condiciones, a los 2 contratos de swap previamente suscritos: es esta una fórmula habitual de contratación en el mercado de derivados, admisible, con las debidas garantías, incluso en el ámbito especialmente protegido de los consumidores y usuarios (Directiva 2011/83/UE [LCEur 2011, 1901] y Ley 13/2014 SIC, de 27 de marzo [RCL 2014, 466, 677], de trasposición modificando el TRLGCU [RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372]).

Ahora bien; lo determinante es si de esa conversación se puede inferir una voluntad de sumisión a arbitraje, si esta es deducible de la previa firma por TJJG de las Confirmaciones anteriores de Calendar Swap, o si, por el contrario, se ha de atribuir alguna virtualidad para excluir el convenio al hecho de que TJJG no firmase la Confirmación correspondiente al último Swap contratado, y que, con posterioridad, cuando empezaron a practicarse las liquidaciones, haya intentado la anulación de las Operaciones ante la Jurisdicción ordinaria, negando, en concreto en lo que concierne a la Operación III, la existencia de convenio arbitral.

El convenio se contiene en la cláusula 6 de las confirmaciones de swap sobre materias primas de 15 y 23 de mayo de 2008. La demandada postula que «debe necesariamente convenirse que, aparte de la aplicación expresa a dichos contratos, debe extenderse al contratado telefónicamente el 1/10/2008, aunque no confirmado por escrito, puesto que al ser este una reestructuración de los anteriores y en aquellos fue intención remitir las controversias a arbitraje, hay que tomar la voluntad de las partes en el mismo sentido respecto a esta tercera operación, que, además, canceló las dos primeras».

En las circunstancias del caso y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, la Sala no comparte este criterio. Parafraseando a la precitada Sentencia TSJ Cataluña, el hecho de que los dos primeros contratos guarden relación con el último no habilita, sin más, a aplicar al tercer contrato —donde no se firma el convenio— el compromiso arbitral en aquellos ratificado, dada la especificidad propia de cada una de las relaciones contractuales: a) la duración y las condiciones de los contratos son distintas; b) tampoco se aprecia que las iniciales relaciones contractuales hubiesen de ir seguidas de otras ulteriores, en ellas anunciadas o previstas...

La documentación examinada evidencia que, como pone de relieve la propia demandada, el «Contrato Marco» a que se refiere la cláusula arbitral no es el «Contrato Marco de Operaciones Financieras» (CMOF), pues con «Contrato Marco» se está refiriendo a la propia 'confirmación de calendar swap sobre materias primas' en la que se inserta y no al CMOF que regula cuestiones generales de desarrollo de los contratos tales como lugar y forma de pago, intereses de demora, las causas de vencimiento anticipado, etc., todas ellas homologadas por la Asociación Española de la Banca (AEB).

Pues bien, cada una de las confirmaciones de 15 y 23 de mayo de 2008 literalmente dice: «Esta Confirmación documenta el acuerdo entre nosotros en relación a la Operación de referencia». En consecuencia, la cláusula arbitral contenida en la Confirmación lo es respecto de la Operación que se documenta.

Cuestión distinta y que ha de ser analizada es si, en el caso, cabe postular la existencia de una «cláusula arbitral de referencia».

No se puede hablar en sentido propio de la existencia de una «cláusula arbitral de referencia» por el hecho de que las Confirmaciones aludan a que se ha de hacer todo lo posible para negociar y firmar un CMOF, cuyo clausulado se considera de aplicación, sin modificación alguna, hasta tanto se firme dicho CMOF —CMOF que incluye convenio arbitral en su cláusula 23.1, en conexión con la cláusula 17 de su Anexo I. La razón es bien simple: como pone de relieve la E. de M. de la LA, su artículo 9.4 y la transcrita STS de 26 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4140), cláusula arbitral de referencia es la que no consta en el documento contractual principal, sino en documento separado, pero que se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Aquí lo que sucede es que ni se firma el contrato principal —confirmación de calendar swap—, que contiene un convenio en su cláusula 6, ni se ratifica el CMOF, siendo perfectamente escindibles la voluntad de contratar el swap manifestada telefónicamente de la específica y expresa

*voluntad de someterse a arbitraje; voluntad que puede ser tácita, si evidenciada por actos concluyentes —v.gr., artículo 9.5 LA.*

*Ahora bien; siendo cierto lo anterior, no lo es menos que en la conversación telefónica habida el día 1 de octubre de 2008 el empleado del Banco, Sr. Evelio, hace referencia expresa a la ulterior remisión del documento de confirmación —«contrato físico» (v.gr., nota 131 del Laudo—, y sí hay motivos para entender, dadas las contrataciones previas, que TJJG conocía el clausulado general de esos documentos de confirmación, en el que se incluía un convenio arbitral (cláusula 6): se puede hablar, en este sentido, de la incorporación del convenio por remisión a documento que lo contiene efectuada mediante comunicación que deja constancia del acuerdo —conversación grabada—. En este sentido, y en atención a las concretas circunstancias del caso —consta también acreditado (§ 59 y nota 36 del Laudo) que el Sr. Anselmo recibió de manos del Sr. Alejandro el documento de confirmación de la Operación III, pidió copia para entregársela a su abogado, pero sin acceder a firmarlo ni dar ninguna explicación—, la Sala sí considera aplicable el artículo 9.4 LA en conexión con el artículo 9.3 de la misma Ley: en la conversación telefónica grabada, que es fórmula hábil para contratar, se ha hecho referencia a que se va a remitir un documento en el que los contratantes saben que se contiene como cláusula predispuesta un convenio arbitral y, ante tal circunstancia, no se formula, ni entonces ni durante meses, reparo ni objeción alguna; y, cuando el representante legal de TJJG tiene a la vista el documento, nada manifiesta sobre que la negativa a firmarlo lo fuera por razón de la sumisión a arbitraje, que es acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato (art. 22 LA)».*

[El énfasis es nuestro]

Obviamente, no puede entenderse aplicable la doctrina de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.<sup>a</sup>) Sentencia núm. 79/2015 de 3 de noviembre (*JUR* 2016, 203480), ya que en ella no se discute una extensión a terceros del convenio arbitral, sino la extensión a un tercer contrato del convenio arbitral previamente suscrito por las mismas partes.

Por lo demás, la doctrina de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.<sup>a</sup>) Sentencia núm. 79/2015 de 3 de noviembre (*JUR* 2016, 203480), se encuentra plenamente superada por la sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2017 de 27 de junio donde la Sala analiza las características que debe tener un convenio arbitral para que deba considerarse la sumisión a arbitraje, señalando:

*«La anterior doctrina del Tribunal Constitucional explica que esta sala, en su sentencia 26/2010, de 11 de febrero, con cita de otras anteriores, haya declarado que la cláusula de sumisión a arbitraje, para ser tenida por eficaz, es necesario que manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros». Sobre que la cláusula se encuentre en un contrato de adhesión plantea el Tribunal Supremo, que es un aspecto muy relevante, puesto que, tiene influencia directa en las reglas de interpretación del convenio: «A la vista de que solo se puede impedir al litigante adherente que acuda a la tutela jurisdiccional en aquellas cuestiones en las que sea “explícita, clara, terminante e inequívoca” su aceptación, al adherirse al contrato, de que fueran resueltas por arbitraje, no puede realizarse una interpretación del convenio arbitral que extienda la competencia de los árbitros a cuestiones que no estén expresa e inequívocamente*

*previstas como arbitrables en la cláusula compromisoria. Es la única forma en que puede entenderse que consta la voluntad «explícita, clara, terminante e inequívoca» del adherente de aceptar que tales cuestiones se sometan a arbitraje».*

Por otra parte, sobre la literalidad del convenio arbitral contenido en el CMOF, entiende el Tribunal Supremo que no debe aplicarse el mismo a las acciones de nulidad del contrato de Swap y Put, estableciendo: *«No puede considerarse que los contratos de swap y put consistan en una simple ejecución del CMOF, como sostiene el recurrente, y que la impugnación de su validez quede comprendida por tal razón en las cuestiones arbitrables previstas en la cláusula compromisoria. No es suficiente con la suscripción del CMOF para que, en su ejecución, se entiendan concertados el swap y el put, sino que es necesaria una nueva prestación de consentimiento para la concertación de estos nuevos contratos, mediante la suscripción de las correspondientes «confirmaciones», que tienen una sustantividad negocial diferenciada (...)»* La sentencia entiende que el hecho de que el CMOF tenga una regulación común para estos contratos de swap y put, no significa que todas las cuestiones derivadas del contrato de Swap y Put, estén reguladas en el mismo: *«En todo caso, la anulación por error vicio de los contratos que entran en la órbita de aplicación del CMOF no es una cuestión regulada en las estipulaciones de este, como no podía ser de otro modo, ni tiene relación directa con las cláusulas de tal contrato, pues deriva de la falta de información sobre los riesgos específicos de los diversos contratos que pueden celebrarse en el marco del CMOF. La anulación de los contratos de swap y put por error que vicia el consentimiento no puede ser considerado propiamente una controversia o conflicto que derive del contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución. Por tal razón, no puede entenderse comprendida entre las materias sometidas a arbitraje en el convenio arbitral contenido en dicha condición general».*

Finalmente, concluye la sentencia lo siguiente: *«Lo decisivo es, a la vista de la redacción que se dio a la cláusula y de las cuestiones a las que se hacía expresa referencia en la misma, si puede considerarse que el adherente ha aceptado de manera clara e inequívoca la sumisión de determinadas cuestiones a arbitraje y la correlativa renuncia a que las controversias que puedan surgir sobre las mismas sean decididas por un tribunal de justicia. Y, como razona correctamente la Audiencia Provincial, no puede aceptarse que en este caso Agrumexport, al prestar su consentimiento al contrato de adhesión que le fue propuesto por Banco Popular, hubiera aceptado clara e inequívocamente someter a arbitraje cuestiones distintas de la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF y, en concreto, la anulación por error vicio del contrato swap y del contrato put concertados en el ámbito de dicho contrato marco».*

A la claridad que nos parece lo anterior, o sea, a la general inaplicación del convenio arbitral a un tercero no firmante del mismo, en función del principio general de la relatividad del contrato y su excepción precisamente consistente en la estipulación en favor de tercero, *ex* artículo 1257 del Código civil, podría argüirse en contra las decisiones arbitrales principalmente en la CCI de París (caso Dow Chemical)<sup>4</sup> y en la jurisprudencia francesa para permitir la extensión del convenio arbitral a sociedades del Grupo (bien, matriz o filial) de la sociedad firmante del contrato, lo que nos podría hacer pensar solo en un primer momento, estimamos, que con base a esta teoría de Grupos de Empresas se podría lograr la aplicación a la sociedad adquirida de la cláusula arbitral firmada solo por el vendedor y el comprador del contrato de compraventa de empresa, aunque adelantamos que ello a nuestro juicio no es correcto, ya que para ello debe haber una clara y manifies-

ta inequívoca voluntad de las partes de que se proceda dicha extensión arbitral, así como una participación efectiva de la sociedad no suscriptora en la relación contractual litigiosa requerida para la extensión, lo que generalmente no se produce, ya que en el supuesto que tratamos a la sociedad adquirida simplemente se le concede el beneficio de poder exigir el daño sufrido como consecuencia de la responsabilidad del vendedor derivada del incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones insertas en el contrato de compraventa de empresa.

GÓMEZ JENE en relación con esta doctrina de grupos, sigue siendo igualmente categórico exigiendo la voluntad inequívoca de la sociedad de grupo para quedar vinculada por el convenio arbitral firmado por otra sociedad de su Grupo de empresas<sup>5</sup> cuando concluye que: «Desde la perspectiva española es destacable que la cuestión ni está expresamente regulada en la LA, ni existe jurisprudencia expresa al respecto. No obstante, de la jurisprudencia existente en materia de extensión de los efectos del convenio arbitral, puede presumirse que, solo en el caso de que concurren circunstancias a cuya luz pueda constatar una voluntad inequívoca de la sociedad no firmante de someterse a arbitraje, es aceptable la extensión de los efectos del convenio a otras sociedades del grupo».

Por otro lado, coincidimos con AGUILAR GRIEDER<sup>6</sup> cuando razona lo siguiente: «En suma, en aras del respeto de la autonomía jurídica y patrimonial que un grupo de sociedades representa y de la naturaleza consensual de la institución arbitral, la pertenencia a un grupo de sociedades no es suficiente, por sí misma, para proceder a la extensión de la cláusula arbitral a la sociedad o sociedades no firmantes del grupo. Tal como se desprende de la práctica arbitral y estatal anteriormente citada, la pertenencia a un grupo de sociedades no tiene el valor de una presunción de extensión de los efectos de la cláusula arbitral a las sociedades del grupo; siendo un mero «principio de prueba» de la oponibilidad del convenio arbitral a la sociedad no firmante, que deberá ser completado para ser operativo (...). En cualquier caso, la participación necesaria para que haya lugar a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, a la sociedad o sociedades no suscriptoras del grupo, puede revestir modalidades muy diversas. De hecho, de la práctica arbitral y estatal, partidaria de la teoría de la unidad económica del grupo, se desprende que la participación de la sociedad no suscriptora, en la operación contractual, puede ser, al menos a priori, tanto activa como pasiva. La participación es pasiva cuando la sociedad no firmante, que pretende o a la que se quieren extender los efectos del convenio arbitral, resulte directamente afectada o beneficiada por el contrato principal. Tal es el caso, por ejemplo, cuando la sociedad matriz no firmante goce de la titularidad de los derechos de la propiedad industrial o intelectual (marcas, patentes, tecnología, etc.) bajo los cuales los productos, objeto del contrato al cual aparezca referida la cláusula arbitral, hayan de ser comercializados (dicha participación pasiva, que es la que con mayor frecuencia se produce en la práctica, conlleva una ratificación tácita del contrato litigioso y, consiguientemente, de la correspondiente cláusula arbitral, ya que, en este caso particular, las relaciones contractuales litigiosas no se pueden formalizar sin el consentimiento de la sociedad matriz); o cuando la finalidad del contrato litigioso sea ceder una parte de las acciones y beneficios, detentados en otras sociedades, a la sociedad no suscriptora (lo cual no implica, necesariamente, la ratificación de la correspondiente operación contractual por parte de la susodicha sociedad)».

En algunas ocasiones, en la doctrina y en la práctica arbitral, precisamente ha sido el argumento de la estipulación en favor de tercero el que se ha utilizado para la extensión del convenio arbitral a una sociedad de grupo, sin embargo,

consideramos que se trata de supuestos diferentes al que nosotros proponemos en este trabajo, ya que se ha defendido que así sea cuando el beneficio afecta a la totalidad del contrato, lo cual obviamente no se produce en nuestro caso, donde no se regula un contrato en favor de tercero englobándose la totalidad del contrato base, sino simplemente una estipulación en favor de tercero individualizada<sup>7</sup>.

De esta forma, AGUILAR GRIEDER<sup>8</sup> recoge esta posibilidad afirmando lo siguiente: «En primer lugar, es posible que el objeto de la estipulación, efectuada por la sociedad suscriptora del grupo (estipulante) y su cocontratante (promitente), sea el contrato de base al cual aparece referida la cláusula arbitral. Este primer supuesto no presenta especiales complicaciones. La sociedad no suscriptora (beneficiaria) tiene la facultad de aceptar o de rechazar la prestación convenida a su favor; que es el contrato principal. En todo caso, la sociedad no firmante ha de aceptar el contrato como un todo indivisible, sujeto, por tanto, a todas las modalidades que hayan podido pactar las partes para el ejercicio del derecho, incluida la cláusula arbitral. Por lo tanto, en el supuesto de haber aceptado la sociedad beneficiaria del grupo, ya sea de un modo expreso o tácito, la prestación convenida, expresa o tácitamente, a su favor, quedará sometida automáticamente a la cláusula arbitral que a dicho contrato aparece referida; sin que dicha conclusión pueda verse afectada por el hecho de ser la sociedad no firmante demandante o demandada en la vía arbitral».

Por otro lado, en la práctica arbitral internacional, parece desprenderse la posibilidad de que la propia estipulación en favor de tercero consista en la cláusula arbitral y no en el contrato completo, aunque esto hemos de desecharlo en nuestra opinión sobre la creencia de que no cabe la imposición de obligaciones al tercero beneficiario, ya que pese a posiciones doctrinales extranjeras que parecen avalarlo y alguna resolución judicial aislada como es la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1995 (*RJ* 1995, 7104), en la posterior STS de 12 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9446), se afirma categóricamente lo contrario, cuando se razona lo siguiente: «*El motivo se estima. En efecto, si la estipulación es en provecho de tercero, el tercero obviamente no contrae ninguna obligación frente al promitente. Las relaciones entre tercero y estipulante son totalmente ajenas al promitente, que ha de cumplir la prestación prometida frente a aquel tercero, sin exigir el cumplimiento de ninguna prestación por parte de ese tercero frente a él. La Audiencia, y en su día el Juzgado de Primera Instancia, calificó expresamente la cláusula del contrato litigioso como estipulación en favor de tercero, pero dedujo de esa calificación unas consecuencias que pugnan totalmente con el artículo 1257 del Código civil*»<sup>9</sup>.

Del mismo parecer es AGUILAR GRIEDER<sup>10</sup>, quien concluye sobre el particular lo siguiente: «Sin embargo, no creemos que sea posible que el objeto de la estipulación sea, en lugar del contrato principal, la cláusula arbitral que al mismo aparece referida. Ello es debido a que la estipulación únicamente puede recaer sobre derechos, y toda cláusula arbitral lleva aparejados tanto derechos como obligaciones.

Dicho obstáculo únicamente podría ser salvado estimando que el beneficiario (sociedad no firmante, en nuestro caso) únicamente puede invocar el arbitraje, pero no puede quedar sometido a la correspondiente cláusula arbitral contra su voluntad. Sin embargo, tal posibilidad ha de ser rechazada, ya que la disyunción de la unidad de la cláusula arbitral que la misma provoca resultaría excesivamente compleja, imprevisible y discriminatoria (para la contraparte del grupo de sociedades)».

Por tanto, ninguna argumentación válida creemos que pueda sostenerse para pretender una extensión del convenio arbitral a la sociedad adquirida que ha sido firmado solo por el vendedor y el comprador; tanto desde el prisma de la



interpretación de la cláusula contractual habitual en el contrato de compraventa de empresa como una estipulación en favor de tercero, así como por no encontrarnos ante un caso con clara e inequívoca voluntad de la sociedad adquirida de ver sometida su reclamación a arbitraje con renuncia a la jurisdicción ordinaria, ni en ninguna de las excepciones admitidas doctrinal y jurisprudencialmente.

### III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJ de la Unión Europea de 21 de mayo de 2015
- STJ de la Unión Europea de 28 de junio de 2017
- STC 75/1996, de 30 de abril
- STC 136/2010, de 2 de diciembre
- STC 1/2018, de 11 de enero
- STS de 10 de diciembre de 1956
- STS de 23 de octubre de 1995
- STS de 7 de julio de 1998
- STS de 19 de septiembre de 1998
- STS de 12 de noviembre de 2001
- STS de 6 de febrero de 2003
- STS de 26 de mayo de 2005
- STS de 27 de mayo de 2007
- STS de 11 de diciembre de 2010
- STS de 27 de junio de 2017
- STS de Justicia de Madrid, núm. 79/2015 de 3 noviembre
- STS de Justicia de la Comunidad Valenciana 13/2015, de 5 de mayo
- STS de Justicia de Madrid de 24 de abril de 2018
- SAP de Madrid de 17 noviembre de 2005
- SAP de Madrid de 15 de octubre de 2010
- SAP de Barcelona núm. 334/2011 de 29 de junio de 2011
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 161/2010 de 20 de septiembre

### IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GRIEDER. Arbitraje comercial internacional y grupo de sociedades. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2009), Vol. 1, núm. 2.
- GÓMEZ JENE. El convenio arbitral: *Statu quo*. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2017), Vol. 9, núm. 2.
- LETE DEL RÍO, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995.
- LÓPEZ RICHART. *El contrato a favor de tercero* (tesis doctoral). Universidad de Alicante, 2001, directores: Antonio Cabanillas Sánchez y Juan Antonio Moreno Martínez.
- MACÍA MORILLO. El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. II.
- REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la compraventa de empresa y la acción de daños y perjuicios: algunas notas sobre la legitimación activa de la sociedad adquirida ante el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 96, núm. 782.



## NOTAS

<sup>1</sup> REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la compraventa de empresa y la acción de daños y perjuicios: algunas notas sobre la legitimación activa de la sociedad adquirida ante el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 96, núm. 782, 2020, 3993-4008.

<sup>2</sup> Sobre la estipulación en favor de tercero, *Vid.* MACÍA MORILLO. El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. II, 559-634.

<sup>3</sup> GÓMEZ JENE. «El convenio arbitral: *Statu quo*». *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2017), Vol. 9, núm. 2, 23.

<sup>4</sup> Laudo CCI núm. 4131/1982, Rev. Arb., 1984, 137-150. Laudo confirmado por la Cour d'appel de París de 21 de octubre de 1983.

<sup>5</sup> *Vid. op. cit.*, 25.

<sup>6</sup> AGUILAR GRIEDER. Arbitraje comercial internacional y grupo de sociedades. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2009), Vol. 1, núm. 2, 18 y 19.

<sup>7</sup> Sobre la dualidad estipulación en favor de tercero y contrato en favor de tercero, sobre la singularidad y la totalidad, *Vid.* Lete del Río, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995, 81, quien afirma lo siguiente: «el Código civil se refiere a la posibilidad de que las partes intervinientes en un contrato puedan estipular que una de ella deba realizar una prestación en favor o provecho de un tercero ajeno al mismo (contrato “con estipulación en favor de tercero”); pero tampoco existe inconveniente en admitir la posibilidad de que todo el contrato se haya celebrado en favor de un tercero (contrato “en favor de tercero”)».

<sup>8</sup> *Vid. op. cit.*, 24.

<sup>9</sup> *Vid.* en extensión sobre la posibilidad o no de imponer obligaciones al beneficiario de la estipulación, LÓPEZ RICH artículo *El contrato a favor de tercero (tesis doctoral)*. Universidad de Alicante, 2001, directores: Antonio Cabanillas Sánchez y Juan Antonio Moreno Martínez, 400 y siguientes.

<sup>10</sup> *Vid. op. cit.*, 24, quien además, expresa lo siguiente sobre dichas decisiones arbitrales internacionales. De hecho, en alguna ocasión, los árbitros han arropado jurídicamente la decisión adoptada, de un modo implícito, recurriendo para ello a la señalada figura jurídica: *Vid.* la sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (*cit., supra*), 974, la cual señalo que las dos sociedades matrices, al firmar el protocolo litigioso, «estipularon claramente tanto para ellas mismas como para sus filiales respectivas» (no obstante, a nuestro juicio, los hechos que rodearon a la susodicha sentencia apuntan a la teoría general de la representación); la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit., supra*), 1067, la cual señaló el alcance de la cláusula arbitral a la sociedad XB, como consecuencia de haber la misma «implícitamente manifestado su voluntad de ratificar las disposiciones estipuladas en su beneficio, y en particular, la cláusula compromisoria que formaba con el conjunto de este acuerdo un todo indivisible»; así como la sentencia de la CCI núm. 7155/1993 (*cit., supra*), 1039. En el plano doctrinal, *Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, 236-253, así como las referencias en dicha monografía citadas».

### 3. URBANISMO

La procedente revisión del régimen tradicional de inscripción de la propiedad horizontal tumbada como diferenciado del aplicable al complejo inmobiliario y a la propiedad horizontal ordinaria

*The need to change the traditional registration regime for laying-down horizontal property as different from that applicable to the building complex and the ordinary horizontal property*

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

*Abogado*

**RESUMEN:** Análisis de la posible unificación del régimen de inscripción de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria en relación con la exigibilidad de licencia o autorización administrativa.

**ABSTRACT:** Analysis of the possible unification of the registration regime of building complexes, lying-down horizontal property and ordinary horizontal property in relation to the enforceability of a license or administrative authorization.

**PALABRAS CLAVE:** Complejo inmobiliario. Propiedad horizontal. Propiedad horizontal tumbada. Autorización administrativa. Licencia de parcelación.

**KEY WORDS:** Building complex. Lying-down horizontal property. Regular horizontal property. Administrative authorization. Parceling license.

Resolución de 27 de enero de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

**SUMARIO:** I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CRITERIO TRADICIONAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «TUMBADA»: A) Planteamiento general. B) Supuestos de asimilación al complejo inmobiliario en sentido estricto. C) Supuestos de asimilación a la pro-

*propiedad horizontal ordinaria. D) Análisis crítico desde la perspectiva actual. 3. EL MARCO NORMATIVO ACTUAL: A) Evolución. B) Contenido. 4. LA NUEVA ORIENTACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE LOS REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «ORDINARIA» EN EL MARCO NORMATIVO ACTUAL: A) El criterio inicial en relación con la «modificación» del régimen de propiedad horizontal ordinaria. B) La posterior extensión del criterio anterior a la «constitución» de la propiedad horizontal ordinaria. C) Análisis crítico de la moderna orientación. 5. CONSIDERACIONES SOBRE LA POSIBLE EXTENSIÓN DE LA EXIGIBILIDAD DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA A LA INSCRIPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN O MODIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «TUMBADA»: A) Planteamiento. B) El elemento literal. C) El elemento teleológico. D) El elemento lógico. E) El elemento sistemático. F) Conclusión final.*

## I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Mediante escritura de declaración de obra nueva en construcción, división en régimen de propiedad horizontal y constitución de complejo inmobiliario, se declara estar construyendo sobre una finca registral determinada un conjunto de siete viviendas unifamiliares aisladas (descritas en el citado título), constituyéndose además un complejo inmobiliario formado por esa misma finca registral y otras dos más, integrado por un total de veintisiete viviendas unifamiliares aisladas. Se acompaña licencia urbanística para la construcción de las siete viviendas objeto de la declaración de obra nueva y división horizontal.

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad, tan solo se inscribió la declaración de obra nueva y la división horizontal, con la consiguiente apertura de folio registral a las siete viviendas unifamiliares resultantes, pero se suspendió la inscripción de la constitución de complejo inmobiliario o conjunto residencial, en esencia, por considerar insuficiente a estos efectos la licencia de obras aportada, limitada a las siete viviendas en construcción sobre una de las tres fincas afectadas y sin extenderse, por tanto, a la totalidad de los elementos privativos previstos para el complejo en su totalidad. Se invocan a tal fin en la nota de calificación los artículos 10.3.a) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal y 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

## II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

La controversia suscitada entre el registrador y el recurrente fue dirimida por la Resolución de 27 de enero de 2021 desestimando el recurso y confirmando la calificación del registrador. De conformidad con la calificación negativa, la desestimación se basó en la insuficiencia de la licencia de obras incorporada a la escritura, que solo amparaba siete de las veintisiete viviendas unifamiliares que se proyectaban sobre el complejo inmobiliario y, por lo tanto, se daba el supuesto de hecho previsto en el artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que exige autorización administrativa para la constitución de los complejos inmobiliarios privados, sin que fuera de aplicación la excepción prevista en su letra a).

Así se pone de manifiesto en la siguiente argumentación contenida en los fundamentos de derecho 5 y 6:

«Ahora bien, el recurrente en el mismo documento y pese a indicar que no considera necesaria “una autorización administrativa específica” para lo segundo, autoriza la formalización de una “división horizontal” y, al mismo tiempo, un “complejo inmobiliario” al que se afectan tres parcelas registrales —una de ellas la que contiene la división horizontal amparada en la licencia de obras y que se inscribe—; con la consiguiente atribución de cuotas a los distintos elementos independientes: de una parte, en la división horizontal y, de otra, en el complejo. Pero se mire por donde se mire, lo cierto es que la licencia incorporada a la escritura tiene un concreto y limitado alcance, que se desborda en lo tocante a la constitución del complejo pues la misma se limita a: “Conceder licencia urbanística al proyecto básico de 7 viviendas unifamiliares aisladas a ejecutar en parcela A-3. R3 del sector (...) de este Término, con referencia Catastral 0862020CS3006S0000YD, promovido por la Entidad (...)”. Para nada más, por tanto. Y, por ello, carece de todo amparo el intento de dar forma jurídica a la pretensión de constituir el complejo urbanístico proyectado; y sin que tampoco lo tenga la pretensión de estimar comprendido el supuesto que motiva este recurso en la excepción de la letra a) del artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015 (“cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel”), por la sencilla razón de que la licencia concedida habilita solo para la construcción de determinadas viviendas en una parcela concreta y determinada, sin alusión alguna a un complejo urbanístico, constituido o por constituir; ni tampoco por razones obvias, y a la vista del tenor de la escritura, en su letra b) (“cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos”).

Tampoco habilita esa constitución del complejo urbanístico la alusión que realiza el recurrente en su escrito en el sentido de que “la razón de ser del complejo es la previsión de un cuarto de telecomunicaciones que será común a las tres fases y que se ubica en la primera”, puesto que hay otros mecanismos legales que permitirían satisfacer tal finalidad, como podrían ser las servidumbres constituidas en forma.

6. Por todo ello, y para concluir, puede afirmarse que en el supuesto analizado concurren las notas definitorias de los fraccionamientos de suelo susceptibles de ser realizados bajo la cobertura jurídica del régimen de los complejos inmobiliarios, y en particular, de los contemplados en el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal, resultando de aplicación el artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, tantas veces citado, que establece que “la constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, del tipo de los regulados como regímenes especiales de propiedad, por el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción, que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma”.

Entender lo contrario y admitir la pretensión del recurrente supondría eludir el control administrativo, cuya finalidad no es otra que dar respuesta a la preocupación esencial del legislador urbanístico: evitar que se constituya un núcleo de población allí donde antes no lo hubiera, contra las previsiones del planeamiento.

Y todo ello, en aras a procurar un desarrollo urbanístico sostenible, que, como ha enfatizado la mejor doctrina, procure un adecuado equilibrio entre un eventual

aumento de la densidad de viviendas y de población y las dotaciones, suministros, servicios, infraestructuras y redes públicas necesarias para el mantenimiento de una digna y adecuada calidad de vida de los ciudadanos. Preocupaciones, estas últimas, que ciertamente han sido siempre muy tenidas en cuenta por esta Dirección General, pues al fin y a la postre lo que se pretende (cfr. Resolución de 6 de junio de 1988) es impedir el establecimiento, en contra del planeamiento, de un asentamiento residencial humano generador de futuros requerimientos o de necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos.

Se trata por tanto de una autorización, por parte de la Administración competente, como instrumento de control de la legalidad urbanística y título administrativo habilitante, entendido como acto administrativo de naturaleza reglada, mediante el cual dicha Administración lleva a cabo un control preventivo sobre la actividad de los ciudadanos relacionada con los actos y usos de naturaleza urbanística, autorizando a estos para el ejercicio de un derecho preexistente, una vez comprobado que dicho ejercicio cumple con los requisitos legales o reglamentarios y que es el resultado de un procedimiento regulado por ley.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación del registrador».

### III. COMENTARIOS

#### 1. INTRODUCCIÓN

Con independencia de la anterior argumentación empleada por la resolución como *ratio decidendi* del caso concreto por ella analizado, que compartimos plenamente, interesan a los efectos de este comentario otras consideraciones vertidas por ella, que se hacen eco de la doctrina tradicional seguida en relación con la propiedad horizontal tumbada:

«Debe añadirse que el hecho diferencial que distingue el complejo inmobiliario de la propiedad horizontal tumbada se encuentra en que en esta última se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer el suelo y el vuelo como elementos comunes, sin que haya división o fraccionamiento jurídico del terreno que pueda calificarse de parcelación, no produciéndose alteración de forma, superficie o linderos. El régimen de la propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo y vuelo como elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Se rige por la Ley especial, que en su artículo 2 declara la aplicación no solo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código civil pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia Ley, lo cual no significa que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal (cfr., por todas, las Resoluciones de 21 de enero de 2014 y 10 de septiembre de 2018).

Precisamente, esa inexistencia de fragmentación de terreno es lo que inspira el sentido (rectamente entendido, en tanto el complejo haya sido legalmente constituido) del artículo 26.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, al afirmar que “la constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de

complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de esta no quede superficie alguna que, conforme a la ordenación territorial y urbanística aplicable, deba tener la condición de dominio público, ser de uso público o servir de soporte a las obras de urbanización o pueda computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 18”.

5. El notario recurrente, en defensa de su postura, distingue entre complejo inmobiliario y división horizontal tumbada, debiendo recordarse lo ya expresado al respecto: se diferencian entre sí, básicamente, en que en el primero, la formación de las fincas que componen el complejo pasan a crear espacios totalmente separados entre sí, equiparándose a una parcelación urbanística, por lo que hay unanimidad en la doctrina para exigir en estos casos la preceptiva licencia. En cambio, en la propiedad horizontal, aunque sea tumbada, entienden los autores que se mantiene la unidad jurídica de la finca que le sirve de soporte, porque no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación, pues no hay alteración de forma en cuanto a su superficie y linderos, y por ello que en estos casos no sería necesaria más licencia que la de la propia obra nueva. Con todo, cabe recordar que, tal y como afirmó este Centro Directivo en Resolución de 21 de noviembre de 2019, la constitución de un régimen de propiedad horizontal tumbada en la que se crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad separada, dotados de plena autonomía, se debe considerar, a los efectos de la aplicación de la legislación urbanística, como una verdadera división de terrenos constitutiva de un fraccionamiento, de conformidad con el artículo 26.2 del texto refundido de la Ley de Suelo, y para lo cual sería necesaria la obtención de la licencia correspondiente».

Como puede comprobarse, el texto transcrito reitera la doctrina sentada por la Dirección General en múltiples resoluciones en torno a la inscripción de la propiedad horizontal tumbada y que parte de la distinción entre este concepto y el de complejo inmobiliario.

## 2. EL CRITERIO TRADICIONAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «TUMBADA»

### *A) Planteamiento general*

Partiendo de un concepto amplio y heterogéneo de los conjuntos o complejos inmobiliarios<sup>1</sup>, la Dirección General ha distinguido tradicionalmente dos categorías bien diferenciadas a la hora de determinar los requisitos urbanísticos exigibles para su inscripción registral. La primera de estas categorías es la del complejo inmobiliario en sentido estricto, caracterizada por implicar un fraccionamiento del suelo del conjunto en dos o más parcelas a las que se atribuye la condición de elementos privativos. La segunda modalidad es la denominada propiedad horizontal tumbada, en que se mantiene la unidad del suelo elemento común del conjunto.

En esta construcción, que es la reflejada en la Resolución de 27 de enero de 2021 según acabamos de ver, el elemento diferencial entre ambas figuras sería, pues, la calificación que se atribuyera al suelo dentro del régimen definido, de tal modo que, si tal calificación implicara su fraccionamiento, nos encontraríamos ante un complejo inmobiliario en sentido estricto y para su inscripción registral sería exigible la correspondiente licencia de parcelación. En cambio, no

existiendo fraccionamiento del suelo del conjunto, material o ideal, este quedaría configurado como elemento común, respondiendo a la modalidad de propiedad horizontal tumbada, y su tratamiento registral sería, al menos en principio y por asimilación a la figura de la propiedad horizontal ordinaria, el de la inexigibilidad de la licencia, si bien más tarde se matizó esta última afirmación en el sentido que veremos en la letra B) de este apartado.

El concepto de propiedad horizontal tumbada surge en un contexto normativo en que la legislación aplicable no exigía la licencia de parcelación ni para la constitución de los complejos inmobiliarios ni para la propiedad horizontal, lo que sin duda posibilitaba la consagración registral de negocios jurídicos que, de forma abusiva o incluso fraudulenta, implicaban una vulneración de la ordenación urbanística. Muestra de ello son las numerosas parcelaciones y urbanizaciones ilegales que proliferaron en las últimas décadas del siglo XX.

Para combatir esta anómala situación propiciada por una manifiesta insuficiencia legislativa, la Dirección General equiparó el régimen registral de los complejos inmobiliarios al de la segregación o división de fincas, requiriendo para la constitución de aquellos la correspondiente licencia de parcelación y sin que tal exigencia resultara extensible a la novedosa figura de la propiedad horizontal tumbada al no existir en ella fraccionamiento alguno. Así lo refleja la Resolución de 10 de diciembre de 2003: «La formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad *ob rem* otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito. Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo— que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma —la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas—, superficie o linderos. La asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad».

En el mismo sentido, la Resolución de 27 de enero de 2006 afirma que «En efecto, el régimen de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Aunque la Ley especial por la que se rige es de aplicación no solo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código civil pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia Ley (cfr. el art. 2 de la misma), ello no significa que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal. (...) Por eso, bajo el calificativo de “tumbada” que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades



horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se adjetivan como tumbadas tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran, que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal».

Sin detenernos aquí en el análisis de la evolución de la doctrina de la Dirección General en esta materia<sup>2</sup>, puede decirse que en la pasada década se produjo un cambio de rumbo al distinguir dos categorías dentro del concepto de propiedad horizontal tumbada a la hora de enjuiciar la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad: aunque en ambas modalidades se mantendría la tradicional configuración del suelo del conjunto como elemento común, una de ellas quedaría asimilada a los complejos inmobiliarios y la otra a la propiedad horizontal, con la consecuencia de que la primera estaría sujeta a licencia o autorización administrativa y la segunda no.

Veamos de forma separada cada una de estas modalidades.

#### *B) Supuestos de asimilación al complejo inmobiliario en sentido estricto*

Dentro de esta primera categoría se encuadran aquellas situaciones en que, aun manteniéndose la totalidad del suelo del inmueble en su conjunto como elemento común, se asigna a los elementos privativos el derecho de uso y disfrute exclusivo de determinadas porciones de dicho suelo y aquellas que incorporan otro signo de parcelación.

En estos supuestos, aun no habiendo división «material» de la finca como ocurre en el caso del complejo inmobiliario, se rompe la unidad esencial del suelo, considerándose que sufre una división «ideal» equiparable a la que se produce en el complejo inmobiliario, por lo que se considera igualmente exigible la correspondiente licencia de parcelación o autorización administrativa. Así lo entiende el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 9 de mayo de 2013.

La Resolución de 5 de noviembre de 2012, en relación con un supuesto de propiedad horizontal tumbada, recoge las siguientes afirmaciones: «Asimismo, como pusieron de manifiesto las Resoluciones de este Centro Directivo de 14 de julio de 2009, 12 de julio de 2010, 24 de agosto de 2011 y 3 de abril de 2012, el concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones en fraude a su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, ha trascendido la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos. Así resulta con claridad del propio artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio el cual, si bien se halla encabezado por el epígrafe “Divisiones y segregaciones”, se refiere en su párrafo primero no solo a los estrictos supuestos de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, sino también a todo supuesto en que, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surge duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, a cuyo efecto y para la definición y desarrollo de este concepto, remite a los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable. Y en este sentido amplio deben

interpretarse aquellos términos de división o segregación que también emplea el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, cuando ordena al registrador que para la inscripción de la división o segregación de terrenos ha de exigir que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad. (...) En el supuesto debatido, las entidades privativas resultantes de la división horizontal no participan en otras fincas registrales ni las dividen o segregan en participaciones. Por lo tanto, no existen porciones de otras fincas registrales o terrenos de uso exclusivo que constituyan físicamente fincas absolutamente independientes entre sí en el caso de satisfacerse las exigencias de la legislación urbanística (...). En consecuencia, no existe un complejo inmobiliario privado, ni puede presumirse de la descripción hecha en la escritura calificada. Además, el suelo sobre el que se ubican los elementos privativos independientes es común, por lo que en este caso no se puede sostener la nota de calificación», que en aquel caso concreto consideraba necesaria la aportación de la correspondiente licencia de parcelación.

### *C) Supuestos de asimilación a la propiedad horizontal ordinaria*

En esta modalidad se enmarcan los restantes supuestos de propiedad horizontal tumbada, en que no hay asignación de espacios de uso exclusivo ni otro indicio de parcelación. En estos casos, la Dirección General, siguiendo la misma argumentación antes expuesta aunque en sentido contrario, concluye que no hay división del suelo, ni siquiera ideal, por lo que no considera exigible licencia de parcelación o autorización alguna. Este tratamiento obedece a que estas situaciones se consideran «auténticas propiedades horizontales» como señala la Resolución de 27 de enero de 2006.

Así lo entiende la citada Resolución de 5 de noviembre de 2012 cuando concluye que «en el supuesto debatido, las entidades privativas resultantes de la división horizontal no participan en otras fincas registrales ni las dividen o segregan en participaciones. Por lo tanto, no existen porciones de otras fincas registrales o terrenos de uso exclusivo que constituyan físicamente fincas absolutamente independientes entre sí en el caso de satisfacerse las exigencias de la legislación urbanística (...). En consecuencia, no existe un complejo inmobiliario privado, ni puede presumirse de la descripción hecha en la escritura calificada. Además, el suelo sobre el que se ubican los elementos privativos independientes es común, por lo que en este caso no se puede sostener la nota de calificación».

Con ello, el criterio de la Dirección General era el de asimilar la propiedad horizontal tumbada a la propiedad horizontal ordinaria, para la que inicialmente no se preveía sujeción a licencia alguna.

La irrupción del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio y, con él, de su artículo 53.a), no alteró inicialmente este criterio. Esta nueva norma, que exige licencia para la inscripción de la propiedad horizontal bajo determinadas condiciones que veremos en el apartado 3, recibió una fría acogida por parte de la Dirección General al considerar inicialmente que, dado su carácter puramente reglamentario y que en el momento de su entrada en vigor no contaba con cobertura legal suficiente en la legislación estatal, la exigencia de licencia para inscribir las operaciones a que se refiere «no puede considerarse absoluta o genérica pues dependerá de la norma sustantiva a que esté sujeto el concreto acto jurídico, por lo que debe estarse a lo dispuesto en la Ley». Así lo afirman las Resoluciones de 12 de abril de 2011, 12 de septiembre de 2011 y 5 de noviembre de 2012, entre

otras muchas. Conforme a ello, la aplicación del artículo 53.a) se hacía depender de la previsión por la correspondiente legislación autonómica de la aludida licencia para la inscripción del acto concreto de que se tratara, de tal modo que solo en las comunidades en las que se contemplaba tal previsión se consideraba aplicable aquella norma.

En este sentido se manifiesta la Resolución de 12 de septiembre de 2011 (en aplicación de la legislación andaluza), que determinó la aplicabilidad de dicha norma en relación con la solicitud de inscripción de una propiedad horizontal ordinaria sobre una vivienda unifamiliar: «4. El artículo 66.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía establece que (...), lo que supone la exigencia de licencia municipal para el presente caso. En definitiva, siendo exigible licencia municipal en los términos descritos, procede confirmar la nota de calificación del registrador».

En cambio, en los casos en que la legislación autonómica no contuviera tal previsión de forma expresa, como sucede por ejemplo en la Comunidad de Madrid, el criterio tradicional de la Dirección General era el de no considerar aplicable la regla del artículo 53.a) del Real Decreto de 1997. Así sucede en el caso contemplado por la Resolución de 12 de abril de 2011, según la cual: «En efecto, la exigencia de licencia para inscribir las operaciones a que se refiere el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, (y lo mismo puede entenderse respecto del art. 78 del mismo) no puede considerarse absoluta o genérica pues dependerá de la normativa sustantiva a que esté sujeto el concreto acto jurídico, por lo que debe estarse a lo dispuesto en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en la que se incluye un elenco de actos sujetos a licencia, que aparecen enumerados en su artículo 151, entre los que podemos destacar, a los efectos que ahora nos interesan, los siguientes (...). No estando la división horizontal sujeta a licencia de forma expresa por el artículo 151 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones autonómicas (*Vid. «ad exemplum»* artículo 66.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; disposición adicional 2.ª apartado 3.º de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, de la Generalitat, del Suelo no Urbanizable de la Comunidad Valenciana), y no entrañando dicha división horizontal un supuesto de parcelación, segregación o cualquier otro acto división de fincas o terrenos (apartado 1.º a) del artículo 151 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid), no cabe su aplicación al presente supuesto».

Posteriormente se sucedieron ciertas modificaciones legislativas estatales que, a juicio de la Dirección General, pasaron a dar cobertura a la norma del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, según veremos.

#### *D) Análisis crítico desde la perspectiva actual*

En nuestra opinión, con el planteamiento que se acaba de exponer la Dirección General encontró una fórmula eficaz de combatir la regulación insuficiente que de la materia ofrecía el marco legal vigente en aquel momento, paralizando así la proliferación de urbanizaciones ilegales que había tenido lugar años atrás.

Además, esta fórmula resultaba tan ingeniosa como respetuosa con aquel marco legal ya que se basaba en una interpretación amplia, aunque no extensiva, de las normas reguladoras de los actos de fraccionamiento del suelo para incluir entre ellos no solo el clásico concepto urbanístico de parcelación o los hipotecarios de segregación y división material de fincas sino también cualquier

otro acto jurídico que, por su particular contenido, pudiera desembocar en un fraccionamiento ideal.

Sin embargo, entendemos que no cabe mantener la misma construcción en el contexto normativo actual, en el que, según interpreta el propio Centro Directivo, resulta exigible la autorización administrativa no ya solo en relación con los complejos inmobiliarios en sentido estricto sino también respecto de la propiedad horizontal ordinaria. Por ello, en nuestra opinión la propiedad horizontal tumbada debe considerarse sujeta a autorización administrativa (como regla general y sin perjuicio de las excepciones que veremos) también en los casos en que, por su concreta configuración, resulte asimilable a la propiedad horizontal ordinaria.

Para llegar a esa conclusión es conveniente partir del esquema normativo vigente en la actualidad, al que dedicamos el apartado siguiente.

### 3. EL MARCO NORMATIVO ACTUAL

#### A) *Evolución*

Hasta bien avanzada la década de los años noventa, la legislación estatal en materia urbanística, hipotecaria y de propiedad horizontal no incluía ningún precepto que sometiera inequívocamente a licencia o control administrativo la constitución o modificación del régimen de propiedad horizontal ni de los complejos inmobiliarios como tampoco, por tanto, su inscripción registral. La primera iniciativa en este sentido fue la del citado artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, cuyo contenido expondremos enseguida.

Durante la década pasada se sucedieron varias modificaciones en la legislación estatal que afectaron profundamente al régimen de inscripción de la propiedad horizontal y de los complejos inmobiliarios. Por un lado, el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, modificó el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 introduciendo la exigencia de autorización administrativa para la constitución y modificación del complejo inmobiliario. Por otro, la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas estableció dos excepciones a la regla anterior y dio su actual redacción al artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal, reiterando dicha regla general y extendiendo la necesidad de autorización administrativa, por vez primera, a determinados actos de modificación de la propiedad horizontal. Finalmente, el vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 reprodujo en esencia en su artículo 26.6 el contenido del citado artículo 17.6 del texto refundido de 2008.

#### B) *Contenido*

De la actividad legislativa descrita resulta el marco normativo actual en esta materia, contenido principalmente en tres preceptos: el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y el artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal.

El artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 dispone que «No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será

de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión».

Por su parte, el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana establece lo siguiente: «La constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, del tipo de los regulados como regímenes especiales de propiedad, por el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción, que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma. No será necesaria dicha autorización en los supuestos siguientes: a) Cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel. b) Cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos». El último párrafo concluye diciendo que «A los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos».

Finalmente, el artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que «Requerirán autorización administrativa, en todo caso: a) La constitución y modificación del complejo inmobiliario a que se refiere el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en sus mismos términos. b) Cuando así se haya solicitado, previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes; el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio o su disminución por segregación de alguna parte; la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio, incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética, o de las cosas comunes, cuando concurren los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio». Lógicamente, las referencias a este último precepto han de entenderse hechas en la actualidad al artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Del régimen expuesto resultan dos excepciones a la regla de la exigibilidad de la autorización administrativa: cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del título constitutivo o modificativo del régimen de que se trate sean los mismos que resulten de la licencia de obras correspondiente y cuando la modificación de dicho régimen no implique un incremento del número de los elementos privativos preexistentes. A ellas cabe añadir una tercera excepción: la posibilidad de su inscripción por antigüedad bajo determinadas condiciones, admitida por la Dirección General a partir de la Resolución de 17 de octubre de 2014 y confirmada por otras muchas, mediante la aplicación analógica de la norma contenida para las declaraciones de obra nueva en el actual artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

4. LA NUEVA ORIENTACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE LOS REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «ORDINARIA» EN EL MARCO NORMATIVO ACTUAL

A) *El criterio inicial en relación con la «modificación» del régimen de propiedad horizontal ordinaria*

La evolución normativa descrita tuvo una influencia decisiva en la doctrina de la Dirección General, que dio por superada la anterior objeción a la aplicación generalizada del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, al entender que este había quedado amparado de forma sobrevenida bajo la habilitación legal que le brinda el juego de los artículos 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal y 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, sustituido luego por el 26.6 del vigente texto refundido de 2015. Por tanto, la aplicación del precepto reglamentario ya no se considera condicionada a que la licencia que contempla esté prevista expresamente por la legislación autonómica aplicable en cada caso, al entender que se trata del reflejo reglamentario de una norma legal estatal que le dota de cobertura.

En este sentido se pronuncian numerosas resoluciones posteriores a la Ley 8/2013, como las de 16 de septiembre de 2014, 15 de febrero de 2016 y 25 de septiembre y 26 de octubre de 2017, en relación con la propiedad horizontal. Todas ellas coinciden en que el criterio del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 «ha quedado ahora confirmado y elevado a rango legal (con lo que han de darse por superados los reparos doctrinales a su aplicación generalizada), pues la exigencia de autorización administrativa para la creación de un nuevo elemento privativo por vía de segregación, agregación o división de otro preexistente, no solo se impone en el citado artículo 10.3.b) de la Ley sobre Propiedad Horizontal, sino que encuentra también reflejo en el artículo 17.6 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo (hoy, artículo 26.6 del texto refundido de 2015), referido a los actos de constitución o modificación de conjuntos inmobiliarios, habiendo sido redactados ambos preceptos por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que entró en vigor el día 28 de junio de 2013. Normativa que según la disposición final decimonovena tiene el carácter de legislación básica, debiendo ser interpretados y aplicados ambos preceptos de forma coordinada dada la estrecha relación existente entre los mismos, en cuanto expresión de una misma idea: la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Por tanto, es la normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa en los casos señalados».

B) *La posterior extensión del criterio anterior a la «constitución» de la propiedad horizontal ordinaria*

Las cuatro resoluciones antes citadas consideran que el criterio contenido en el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 «ha quedado ahora confirmado y elevado a rango legal» por la legislación estatal sobre suelo y propiedad horizontal con el carácter de legislación básica, y todas ellas propugnan la aplicación coordinada

de los preceptos legales para llegar a la misma conclusión: «los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Por tanto, es la normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa en los casos señalados».

Sin embargo, todas ellas contemplan supuestos de «modificación» de elementos privativos de un edificio previamente dividido horizontalmente, pero en ninguna se hace referencia explícita a la extensión de la exigencia de la autorización administrativa a la «constitución» de la propiedad horizontal. Tampoco contienen tal referencia los citados preceptos legales, a diferencia de lo que sucede con el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997.

Recientemente, la Dirección General ha dado un decidido paso adelante para considerar que también la «constitución» del régimen de propiedad horizontal se encuentra sujeta a la necesidad de acreditar el otorgamiento de la correspondiente autorización administrativa. Así lo han hecho, en relación con la propiedad horizontal ordinaria, las Resoluciones de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020, sobre cuyo contenido nos vamos a detener en este apartado.

Ambas resoluciones se enfrentan a supuestos de constitución del régimen de propiedad horizontal ordinaria de una vivienda que inicialmente era unifamiliar, considerando exigible la autorización administrativa por imperativo de la legislación estatal y sin que la autonómica de aplicación contuviera tal previsión en ninguno de los dos casos<sup>3</sup>.

La única diferencia destacable ambas resoluciones es que en la segunda el título presentado pretendía la inscripción de la división horizontal por antigüedad, la cual se consideró injustificada, lo que a su vez remitía a la exigibilidad de la autorización administrativa, que era justamente lo que se trataba de dilucidar. Por lo tanto, en las dos resoluciones se emplea de manera literal la misma argumentación en apoyo de tal exigibilidad y que pasamos a exponer.

Comienzan las dos resoluciones por exponer el reparto competencial existente en la materia, distinguiendo dos clases de normas: de un lado, las relativas a los actos de «división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes» y a la declaración de obra nueva (arts. 26.2 y 28 del texto refundido de 2015) y, de otro, las normas específicas de los complejos inmobiliarios y la propiedad horizontal (arts. 26.6 del texto refundido y 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal).

En relación con el primer grupo de normas, y de conformidad con la remisión que el citado artículo 26.2 hace a «la legislación aplicable», en clara referencia a la autonómica en materia de suelo, se sienta la siguiente conclusión: «En estos casos es la propia legislación sustantiva urbanística que resulte aplicable la que ha de establecer qué actos están sometidos a licencia y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a esta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia comporta, determinación que constituye un presupuesto previo o “prius” respecto de su exigencia en sede registral».

En cambio, en relación con las normas relativas a los complejos inmobiliarios y a la propiedad horizontal, las dos resoluciones a las que nos referimos se apartan de la regla general anterior para reconocer la competencia estatal en orden al establecimiento de la autorización administrativa en estos términos<sup>4</sup>:



«4. Lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho constituye la regla general en materia de licencia en la división y segregación de fincas, pero junto a ella deben tenerse en cuenta las normas especiales existentes. En este sentido, son de destacar los artículos 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y el artículo 10.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

Ambos preceptos tienen su redacción en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas. El primero garantiza la igualdad en el ejercicio de los derechos vinculados a la propiedad del suelo, que tiene naturaleza estatutaria, determinando los derechos y deberes urbanísticos del propietario (texto refundido de la Ley de Suelo); mientras que el segundo (Ley sobre propiedad horizontal), tiene un contenido más puramente civil. Los títulos competenciales en que se amparan dicha modificación resultan de la disposición final decimonovena, número 1, de la citada Ley, que establece que “la presente Ley tiene el carácter de legislación básica sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> de la Constitución”. Añadiéndose en el número 2, apartado 2.º, en relación con los artículos 17 del texto refundido Ley de Suelo y 10.3 de la Ley sobre Propiedad Horizontal, que se redactan «al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup> de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre legislación civil, procedimiento administrativo común, legislación sobre expropiación forzosa y el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas (cfr. disposición final segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana).

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 75/2018 se ha pronunciado específicamente sobre el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de suelo (hoy 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2015), Sentencia que ha declarado constitucional la previsión estatal de la exigencia de una autorización administrativa para los casos que contempla.

5. De acuerdo con el cuadro normativo expuesto: en los supuestos de división o segregación de fincas (con el concepto legal visto), de acuerdo con el artículo 26.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, la exigencia de licencia o autorización administrativa vendrá determinada por la Ley aplicable; tratándose de complejos inmobiliarios del artículo 26.6 del citado Real Decreto Legislativo 7/2015, así como en los supuestos regulados en el artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, la exigencia de autorización administrativa viene impuesta por la legislación del Estado, como se deduce de la disposición final decimonovena de la Ley 8/2013 y la disposición final segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015».

Seguidamente, las dos resoluciones hacen referencia a las leyes autonómicas aplicables en cada caso (en el primero, la valenciana y en el segundo, la madrileña, como vimos), en ninguna de las cuales se somete expresamente a licencia ni la constitución ni la modificación de los regímenes de complejo inmobiliario y de propiedad horizontal, para sentar la siguiente doctrina:

«Desde la perspectiva del artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, aplicable por ser legislación del Estado, debe entenderse que proporciona plena

cobertura legal al artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, al disponer: “Para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito, se aplicarán las siguientes reglas: a) No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número (...)”.

El precepto es claro al exigir para inscribir los títulos de división horizontal (como es el presente caso) que no pueden constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite mediante nueva licencia. Si la constitución de la propiedad horizontal es posterior a la declaración de obra nueva inscrita, el registrador habrá de tener en cuenta si en la inscripción de obra nueva aparecen un número determinado de viviendas, y en este caso existirá ese límite respecto a la propiedad horizontal (sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción de las acciones derivadas de las infracciones urbanísticas y de las relativas a la restauración de la legalidad urbanística infringida, cuando resulten aplicables).

En definitiva: a) no se precisará la aportación de licencia para la propiedad horizontal, cuando la misma se ajuste a la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones (Resolución de 13 de julio de 2015); b) tampoco se precisa la aportación de licencia de la propiedad horizontal cuando la misma no provoque un incremento de elementos privativos respecto de los que consten en la previa declaración de la obra nueva; y c) este Centro Directivo ha sostenido la aplicación analógica, aunque con matices, del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, a aquellos supuestos en que ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes».

Sobre la base de la misma argumentación, la Resolución de 3 de junio de 2019 concluye que «De acuerdo con los fundamentos anteriores expuestos, resulta exigible licencia a efectos de inscripción de su división horizontal para pasar de una casa sin división a otra dividida horizontalmente con dos viviendas sin poder ampararse en ninguna de las excepciones antes examinadas al no quedar acreditados los requisitos señalados respecto de las mismas. En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora».

Por su parte, la Resolución de 28 de julio de 2020 confirma la calificación registral por entender que, a falta de una suficiente acreditación de la antigüedad de la división horizontal, «resulta aplicable el régimen del artículo 26 de la misma Ley estatal en cuanto a la exigencia en todo caso de título administrativo habilitante de la inscripción».

Como se observa, las dos resoluciones citadas extienden a la constitución del régimen de propiedad horizontal ordinaria la exigencia de la autorización administrativa que antes solo se contemplaba para determinados actos de modificación del mismo.

*C) Análisis crítico de la moderna orientación*

Consideramos plausible el esfuerzo de la Dirección General para salvar, mediante una interpretación integradora, las deficiencias de una técnica legislativa manifiestamente mejorable. Además, compartimos el criterio de considerar sometidos a control urbanístico, como regla general, no solo los actos de constitución y modificación del régimen de complejo inmobiliario y los de modificación del régimen de propiedad horizontal, como establecen expresamente los preceptos legales analizados, sino también la constitución de la propiedad horizontal, como hacen las dos Resoluciones analizadas en la letra B) de este apartado en relación con la propiedad horizontal ordinaria.

Sin embargo, esta interpretación integradora puede parecer algo forzada en algunos extremos. Centrándonos en el régimen de propiedad horizontal, es indudable que la sujeción de su constitución a autorización administrativa no aparece recogida de modo explícito en ningún precepto de rango legal. En efecto, el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y el 10.3.a) de la Ley de Propiedad Horizontal se refieren a la «constitución y modificación» de los complejos inmobiliarios exclusivamente, pero no se extienden al régimen ordinario de la propiedad horizontal. Sí se refiere a este régimen el artículo 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal, pero su ámbito de aplicación no incluye su constitución, sino que se limita a ciertos actos de modificación de la propiedad horizontal previamente constituida, como son los consistentes en la «división material», la «agregación» y la «segregación» de los pisos o locales y sus anejos.

Por lo tanto, no parece merecedora de reproche alguno la conclusión a la que se llega en las resoluciones citadas en la letra A) precedente (de 16 de septiembre de 2014, 15 de febrero de 2016 y 25 de septiembre y 26 de octubre de 2017), relativas todas ellas a actos de división material de pisos o locales de un edificio previamente dividido horizontalmente. Dichas resoluciones parten de considerar que el criterio contenido en el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 «ha quedado ahora confirmado y elevado a rango legal» por la legislación estatal sobre suelo y propiedad horizontal con el carácter de legislación básica, y todas ellas propugnan la aplicación coordinada de los preceptos legales para llegar a la misma conclusión: «la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Por tanto, es la normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa en los casos señalados».

Lo que no queda tan claro es si la regla del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, en cuanto se refiere a la constitución de la propiedad horizontal, se encuentra también amparada por la cobertura legal de los artículos 26.6 del texto refundido y 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal. Las respuestas a este interrogante por parte de la Dirección General han resultado dispares. Por un lado, la Resolución de 10 de septiembre de 2018 negó tal circunstancia, al señalar que «En el presente supuesto la edificación, sita en una parcela con una superficie de 141 metros cuadrados y formada por dos plantas, se divide horizontalmente en dos elementos privativos: el primero compuesto por parte de la planta baja (52 metros cuadrados destinados a vivienda y 40 metros cuadrados destinados a garaje) y parte de la planta alta (94 metros cuadrados destinados

a vivienda); y el segundo compuesto por la parte restante edificada de la planta baja (33 metros cuadrados destinados a almacén) y de la planta alta (otros 33 metros cuadrados destinados también a almacén). Tanto el suelo sobre el que se asienta la edificación, el vuelo de la misma así como la superficie que resta hasta completar los 141 metros cuadrados de parcela quedan sin ser objeto de división ni atribución específica a ninguno de los elementos privativos creados, y, si bien es cierto que no se hace referencia alguna a tales elementos en la escritura, habiendo sido deseable en este punto una mayor precisión, lo cierto es que no ofrece duda el hecho de que aquellos, y en especial la superficie restante de parcela, constituyen elemento común (...). En consecuencia, resulta evidente que no se dan las circunstancias para que sea exigible licencia de constitución del régimen de propiedad horizontal. Declarada e inscrita la obra nueva terminada y dividida la edificación resultante en régimen de propiedad horizontal sin que de dicha división resulte, directa o indirectamente, la constitución de un complejo inmobiliario u operación jurídica alguna de la que pueda resultar una parcelación o fraccionamiento del suelo, en los términos expuestos en los fundamentos anteriores, carece de razón de ser la exigencia de licencia a efectos de inscripción».

En cambio, las dos resoluciones citadas en la letra B) anterior (de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020), como hemos visto, adoptan el criterio contrario al afirmar que «Desde la perspectiva del artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, aplicable por ser legislación del Estado, debe entenderse, que proporciona plena cobertura legal al artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 (...). El precepto es claro al exigir para inscribir los títulos de división horizontal (como es el presente caso) que no pueden constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite mediante nueva licencia. Si la constitución de la propiedad horizontal es posterior a la declaración de obra nueva inscrita, el registrador habrá de tener en cuenta si en la inscripción de obra nueva aparecen un número determinado de viviendas, y en este caso existirá ese límite respecto a la propiedad horizontal». Partiendo de esta argumentación, ambas resoluciones determinan la exigibilidad de la licencia a efectos de la inscripción de la división horizontal de una casa que originariamente era unifamiliar sin que fuera aplicable ninguna de las excepciones previstas legalmente y a las que ya hemos aludido.

En definitiva, entendemos que la cobertura que proporcionan los dos preceptos legales a los que nos venimos refiriendo al artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 es meramente parcial, al menos en apariencia, pues no contemplan de forma expresa la constitución del régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, esta circunstancia no implica que no pueda encontrarse una cobertura suficiente en otras disposiciones legales, como hemos afirmado en alguna otra ocasión<sup>5</sup>, por lo que no nos extenderemos aquí más sobre esta cuestión.

5. CONSIDERACIONES SOBRE LA POSIBLE EXTENSIÓN DE LA EXIGIBILIDAD DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA A LA INSCRIPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN O MODIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «TUMBADA»

#### A) *Planteamiento*

Como se ha visto, el novedoso criterio empleado por las Resoluciones de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020, consiste en la exigibilidad de la

autorización administrativa para la constitución del régimen de propiedad horizontal ordinaria sobre un edificio unifamiliar con total abstracción de si concurre o no en ellos asignación de superficies de uso exclusivo u otro signo de parcelación.

En realidad, lo que hace este nuevo criterio no es sino unificar el régimen de inscripción de los complejos inmobiliarios y el de la propiedad horizontal ordinaria sobre el juego de los artículos 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación urbana, 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 53 del Real Decreto 1093/1997.

El siguiente interrogante que inmediatamente se plantea es si la moderna interpretación de tales preceptos ha de extenderse igualmente a la propiedad horizontal tumbada o si, por el contrario, debe mantenerse respecto de esta última la doctrina tradicional de negar la exigibilidad de la autorización administrativa a menos que exista asignación de espacios de uso exclusivo.

Tras aquel cambio de orientación se han dictado, al menos, dos resoluciones reproduciendo dicha doctrina tradicional en relación con la propiedad horizontal tumbada. Por un lado, la Resolución de 21 de noviembre de 2019 consideró exigible la autorización administrativa para la inscripción de un título constitutivo de propiedad horizontal tumbada basándose en que en él existía aquella asignación de espacios de uso exclusivo, aunque hay que reconocer que de ella no se desprende que sin tal asignación se habría adoptado el criterio contrario. La segunda es la Resolución de 27 de enero de 2021, objeto de este comentario, que se hace igualmente eco de dicha doctrina tradicional, si bien es cierto que lo hace con un carácter meramente incidental y descriptivo pero no como fundamento decisorio, como se expuso al principio.

A nuestro juicio, no parece haber obstáculo en considerar aplicable a la propiedad horizontal tumbada el mismo criterio que unifica el régimen de inscripción de los complejos inmobiliarios y de la propiedad horizontal ordinaria, sin necesidad de exigir para esta última la concurrencia de requisitos adicionales como es el de la definición de espacios de uso exclusivo, con las excepciones legales ya referidas. En los apartados que siguen se recogen argumentos a favor de la indicada unificación de criterios.

#### *B) El elemento literal*

El primer argumento se obtiene si se atiende al concepto de complejo inmobiliario que ofrece el último párrafo del artículo 26.6 del texto refundido de 2015 en relación con la exigencia de la autorización administrativa: «A los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos».

Como puede comprobarse, esta definición se pronuncia en términos tan amplios que no cabe entender excluidos de ella aquellos supuestos en que el suelo en su totalidad se configura como elemento común, como sucede en la propiedad horizontal tumbada según la concepción tradicional que de ella hace la Dirección General. Cuando el precepto alude a los elementos privativos, no incorpora indicio alguno que permita considerar limitado este concepto a las fracciones de suelo resultantes de su división material.

Por tanto, el concepto amplio de complejo inmobiliario que ofrece la norma a los efectos de considerar exigible la autorización administrativa es aplicable tanto a aquellas situaciones en que hay unidad de parcela como a aquellas otras en que hay fraccionamiento del terreno, lo cual, recordemos, constituye el elemento diferencial entre la propiedad horizontal tumbada y el complejo inmobiliario en sentido estricto en la concepción de la Dirección General. Así lo reconoce la propia Resolución de 27 de enero de 2021, objeto de este comentario, cuando señala lo siguiente en su fundamento 2: «En lo que atañe a los complejos inmobiliarios (...), tras la reforma de la Ley de Suelo de 2008 por la Ley 8/2013, de 26 de junio, en el último párrafo del artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2015, se define legalmente lo que debe entenderse por tales, al indicar que (...). Esta definición legal, basada en la coexistencia de elementos privativos y elementos comunes, y en la particular vinculación entre ellos, es en realidad, y esencia, la misma que se ya se formulaba en el artículo 396 del Código civil, el cual, con otras palabras, también alude a la existencia de elementos privativos “susceptibles de aprovechamiento independiente” y “objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute”. Ahora bien, dentro de la categoría general del complejo inmobiliario resultan encuadrables muy diversos supuestos concretos, en función de cuál sea la configuración física o incluso arquitectónica de esos concretos inmuebles privativos y de los inmuebles o elementos comunes (...). En conclusión, pues, un complejo inmobiliario, es un conjunto de inmuebles, y estos a su vez, pueden ser tanto edificaciones, como partes de edificaciones susceptibles de uso independiente, como porciones de suelo, subsuelo o vuelo, e incluso servicios o instalaciones de naturaleza inmobiliaria».

En consecuencia, dada la heterogeneidad de situaciones encuadrables dentro del concepto amplio de complejo inmobiliario y que, por tanto, conforman el supuesto de hecho del citado artículo 26.6, que en ningún caso excluye que el suelo se configure como elemento común (como sucede en la llamada propiedad horizontal tumbada), se impone la aplicación a todas ellas de la consecuencia jurídica prevista en el mismo artículo, esto es, la exigibilidad de la autorización administrativa como regla general y con las excepciones que recoge.

### *C) El elemento teleológico*

Como señala la Resolución de 27 de enero de 2021, la finalidad de la exigibilidad de la autorización administrativa en relación con los complejos inmobiliarios definidos en el citado artículo 26.6 del texto refundido «no es otra que dar respuesta a la preocupación esencial del legislador urbanístico: evitar que se constituya un núcleo de población allí donde antes no lo hubiera, contra las previsiones del planeamiento. Y todo ello, en aras a procurar un desarrollo urbanístico sostenible, que, como ha enfatizado la mejor doctrina, procure un adecuado equilibrio entre un eventual aumento de la densidad de viviendas y de población y las dotaciones, suministros, servicios, infraestructuras y redes públicas necesarias para el mantenimiento de una digna y adecuada calidad de vida de los ciudadanos. Preocupaciones, estas últimas, que ciertamente han sido siempre muy tenidas en cuenta por esta Dirección General, pues al fin y a la postre lo que se pretende (cfr. Resolución de 6 de junio de 1988) es impedir el establecimiento, en contra del planeamiento, de un asentamiento residencial

humano generador de futuros requerimientos o de necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos».

Como se ve, la problemática urbanística que ha de ser combatida mediante la intervención administrativa es idéntica en las dos figuras que contemplamos, pues no depende de la configuración que se dé al suelo, ya sea mediante su fraccionamiento en espacios privativos (complejo inmobiliario en sentido estricto), ya caracterizándolo como elemento común (propiedad horizontal tumbada), sino del aumento de la densidad de viviendas y de población que tiene lugar en los dos casos. Por tanto, en uno y otro concurre idéntico fundamento para su sujeción al control de la Administración competente.

#### *D) El elemento lógico*

Si el fundamento de la exigibilidad de la autorización administrativa en relación con los complejos inmobiliarios en sentido estricto es, según acabamos de ver, el de evitar desequilibrios entre la densidad de viviendas o población y los servicios urbanísticos y esta misma problemática es igualmente predicable de la propiedad horizontal tumbada cualquiera que sea la configuración que en ella se dé al suelo, la única consecuencia lógica que cabe extraer de ello es que tal exigibilidad queda igualmente justificada respecto de esta.

Por otro lado, ya hemos visto que la doctrina tradicional recaída sobre la propiedad horizontal tumbada exoneraba de la licencia o autorización administrativa en los casos en que no se produjera asignación de espacios de uso exclusivo ni concurriera otro indicio de parcelación «ideal» por asimilación a la propiedad horizontal ordinaria, la cual no estaba históricamente sujeta a tal control. Así lo entienden, entre otras muchas, las Resoluciones de 10 de diciembre de 2003, 27 de enero de 2006, 14 de enero de 2010 y 21 de enero de 2014 al afirmar que «En cambio, en la propiedad horizontal, aunque sea tumbada, entienden los autores que se mantiene la unidad jurídica de la finca que le sirve de soporte, porque no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación, pues no hay alteración de forma en cuanto a su superficie y linderos, y por ello que en estos casos no sería necesaria más licencia que la de la propia obra nueva». Esta solución obedece a que, como se afirma en las citadas resoluciones, en estos casos nos encontramos ante «auténticas propiedades horizontales».

Sin embargo, desde el momento en que la Dirección General ha extendido la necesidad de autorización administrativa también a la auténtica propiedad horizontal ordinaria, como hacen las Resoluciones de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020, ya analizadas, entendemos que no es posible mantener aquella concepción tradicional al decaer una de las premisas en que se basaba, por lo que el argumento quiebra indefectiblemente. La autorización administrativa debe considerarse exigible para la propiedad horizontal tumbada tanto en los casos en que ha de asimilarse al complejo inmobiliario en sentido estricto como cuando se equipara a la propiedad horizontal ordinaria porque ambos regímenes están sujetos a dicha autorización.

Finalmente, la tesis opuesta a la que aquí mantenemos puede dar lugar a conclusiones absurdas: así, por ejemplo, resultaría un evidente contrasentido considerar que la división horizontal de una vivienda unifamiliar ha de reputarse sujeta a autorización cuando tal división se haga en altura o por plantas, como sucede en la propiedad horizontal clásica u ordinaria, pero quede liberada de



ella cuando se trate de dividir esa misma vivienda, no en planos verticales como sucede en la propiedad horizontal ordinaria, sino en el mismo plano horizontal, dando lugar a varias viviendas adosadas, pareadas o en hilera, que constituyen, según la doctrina<sup>6</sup>, un supuesto típico de propiedad horizontal tumbada.

*E) El elemento sistemático*

De acuerdo con lo dicho hasta aquí, del juego de los artículos 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, 10.3.a) y 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal y 53.a) del Real Decreto 1093/1997 resulta que la propiedad horizontal tumbada está sujeta a autorización administrativa por aplicación del primero y del segundo en los casos en que, por la configuración del suelo o de su uso, es asimilable al complejo inmobiliario, mientras que en otro caso, esto es, cuando se configura de modo análogo a la propiedad horizontal clásica, la misma exigencia se desprende de los dos últimos artículos.

La misma idea se impone si la doctrina tradicional de la Dirección General sobre propiedad horizontal tumbada se interpreta en el contexto de la moderna orientación seguida por las Resoluciones de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020 en relación con la propiedad horizontal ordinaria, en los términos que quedan sobradamente expuestos.

*F) Conclusión final*

Si bien sería deseable una mayor precisión de las normas legales vigentes en la actualidad, en nuestra opinión debe reputarse superada la construcción tradicional de la Dirección General en esta materia desde el momento en que la interpretación combinada de los tres preceptos analizados en este apartado lleva a la idea de la unificación del régimen legal de inscripción de los complejos inmobiliarios y de la propiedad horizontal, en el sentido de considerar aplicable en ambos casos la exigencia de autorización administrativa con las excepciones expuestas. No encontramos motivo alguno para no considerar incluida en esta nueva orientación a la llamada propiedad horizontal tumbada, concepto que, como vimos, en algunos supuestos quedaría absorbido a estos efectos por el del complejo inmobiliario, y en otros, por el de la propiedad horizontal, por lo que en ambos casos quedaría sujeto al régimen de autorización administrativa.

En definitiva, en el marco legal actual ya no es necesario en cada caso concreto discriminar si un supuesto determinado de propiedad horizontal tumbada responde a un esquema u otro, al haber quedado unificado su tratamiento según la interpretación que hace la propia Dirección General de las disposiciones que resultan de aplicación.

## NOTAS

<sup>1</sup> Estas características son predicables tanto de la definición que de los mismos se acogió en la llamada Carta de Roma del V Congreso Internacional de Derecho Registral como del actual concepto legal previsto en el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, al que luego nos referiremos.

<sup>2</sup> Puede verse un análisis pormenorizado de esta evolución en el artículo del mismo autor de estas páginas titulado El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria (1 de 2), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 778, 1369-1385.

<sup>3</sup> En el caso de la Resolución de 3 de junio de 2019 resultaba de aplicación la legislación valenciana, con transcripción del artículo 213 de la Ley 5/2014, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunitat Valenciana. En el caso de la Resolución de 28 de julio de 2020 era aplicable la legislación madrileña, con transcripción del artículo 151 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

<sup>4</sup> Tomados de los fundamentos 4 y 5 de la Resolución de 3 de junio de 2019, que son fielmente reproducidos en el fundamento 5 de la de 28 de julio de 2020.

<sup>5</sup> Esta cuestión es analizada en El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria (2 de 2), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 779, 1925-1946.

<sup>6</sup> ARNÁIZ EGUREN, R. (2010). *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Pamplona: Aranzadi, 143.