

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXIX ° Septiembre-Octubre 1993 ° Núm. 618

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

I S. B. N. 84-500-5636-5

Depósito legal M 968-1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

«La prenda de créditos», por MARÍA CRUZ MORENO	1271
«Algunos problemas sobre la emisión de pagarés de empresa, de obligaciones convertibles y de obligaciones hipotecarias», por Alberto Javier Tapia Hermida.....	1317
«Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo con interés», por MARÍA YSAS SOLANES	1365
«¿Protección registral de hechos no inscritos? A propósito de la publicidad material negativa (arts. 21 CCom y 9 RRM)», por ARMANDO TORRENT	1391
«El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», por K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN	1421
«Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada», por ANGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO	1487

DICTAMENES Y NOTAS

«Alteración humana del curso natural de aguas pluviales. Carácter objetivo de la responsabilidad derivada», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	1515
«Problemas que plantea la llamada “cancelación” de asientos posteriores a la nota marginal de reparación o compensación», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1545

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1561
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUENAS	1581
--	------

	<i>Págs.</i>
II. Resoluciones de la Dirección General, por ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES y ALVARO JOSE MARTÍN MARTÍN	1593
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA y VICENTE ESPERT SANZ	1619
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMIREZ RAMIREZ	1636
4. Derecho Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	1642

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Le azioni senza diritto di voto», de PAOLA BALZARINI, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	1655
«Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común», de J. GONZÁLEZ PEREZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1656
«Administraciones Públicas y ciudadanos», de B. PENDÁS GARCÍA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1659
«Derecho agrario. Lecciones para un curso (vol. III)», de ANTONIO SOLDEVILLA VILLAR, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1663
«La responsabilidad del socio colectivo», de CÁNDIDO PAZ-ARES, por MANUEL CASERO MEJIAS	1665
«Comentarios a la Lcy y el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones», de JOSÉ MENENDEZ HERNÁNDEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1672
REVISTA DE REVISTAS , por LA REDACCIÓN	1675

ESTUDIOS

La prenda de créditos

SUMARIO: 1. CONCEPTO.—2. RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO DE LA PRENDA DE CREDITOS.—3. ADMISIBILIDAD DE LA PRENDA DE CREDITOS EN NUESTRO DERECHO.—4. NATURALEZA JURIDICA: 4.1. TEORÍAS ELABORADAS: 4.1.1. *Teoría de la sucesión constitutiva*. 4.1.2. *Teoría de la cesión con finalidad de garantía*. 4.1.3. *Prenda anticipada de la cosa objeto del crédito*. 4.1.4. *Otras teorías: prenda sobre el derecho al valor, sobre el derecho del constituyente, sobre el crédito* —4.2. POSTURA ADOPTADA: 4.2.1. *La prenda tiende a la realización de valor*. 4.2.2. *Recae sobre el crédito considerado como cosa*. 4.2.3. *Es un verdadero derecho real de prenda*.—5. CONSTITUCION DEL DERECHO.—6. RELACIONES IMPLICADAS.—7. SUJETOS.—8. OBJETO.—9. CONTENIDO: 9.1. DERECHO DE COBRO DEL CRÉDITO PIGNORADO. 9.2. DERECHO DE «RETENCIÓN» DEL CRÉDITO PIGNORADO. 9.3. DERECHO AL PERCIBO DE LOS INTERESES QUE PRODUZCA EL CRÉDITO PIGNORADO. 9.4. DERECHO DE EJECUCIÓN DEL VALOR DEL CRÉDITO PIGNORADO. 9.5. DERECHO DE COBRO PREFERENTE SOBRE LO OBTENIDO CON LA EJECUCIÓN FORZOSA DEL CRÉDITO PIGNORADO.—10. MECANISMO DE ACTUACION DE LA GARANTIA.

1. CONCEPTO

La idea que sugiere la denominación prenda de crédito parece ser la de un derecho de prenda recayente sobre un derecho de crédito. La falta de regulación de tal figura, el enorme desacuerdo doctrinal sobre su naturaleza (menor que el referido a sus efectos) y la poca clara doctrina jurisprudencial hacen poner en duda, sin embargo, tal idea primera y obligan a una demostración previa no sólo de su admisibilidad en nuestro Derecho, sino incluso de la posibilidad teórica de tal realidad, de la que tan sólo se podría decir en principio que consiste en la utilización de un derecho de crédito para asegurar el cumplimiento de una obligación distinta de aquélla de la que el primero deriva. Si realmente se trata de pignorar el crédito, de cederlo o de constituir sobre él o con él un derecho real o personal, es cuestión que se intentará dilucidar en estas páginas. Baste por el momento con señalar que, independientemente de la postura que se adopte acerca de su naturaleza, se trata de una «garantía real», entendida ésta meramente como concepto

contrapuesto al de garantía personal (no se trata de ampliar el *quantum*, sino el cómo de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento) (1), siendo mucho más aclaratorio hablar de garantías reales en sentido amplio para poder comprender dentro de ellas a las garantías que no constituyendo derechos reales no son garantías personales (2).

En una línea teórica (y sin entrar ahora en la posibilidad de su admisión en nuestro Ordenamiento), el derecho de crédito puede ser objeto de garantía real de muy variadas formas: transmisión fiduciaria, cesión en garantía, prenda de crédito.

Cuando nos referimos a la prenda de crédito queremos aludir al resultado obtenido cuando las partes tienen la voluntad de pignorar un derecho de crédito y realizan los actos necesarios exigidos por nuestro Código Civil en sede en prenda. ¿Qué efecto se produce?, ¿qué derecho se crea?, ¿un derecho de crédito?, ¿un derecho real?, ¿un derecho de carácter relativo, oponible *inter partes*?, ¿un derecho de carácter absoluto, oponible a terceros?

La doctrina, a pesar de las discrepancias que mantiene acerca de su naturaleza jurídica, no duda en reconocer al derecho del sujeto garantizando una eficacia que va más allá de los estrechos límites en los que se mueve la que corresponde a los derechos de crédito. Es por ello por lo que no abandona la denominación ni el lugar de su estudio tradicionales ni duda en aplicar normas reguladoras de la prenda, sin dar en muchas ocasiones explicación al respecto, tal como convendría a las exigencias de un mínimo rigor científico y a la necesidad de ser congruente con la postura adoptada sobre su naturaleza jurídica.

2. RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO DE LA PRENDA DE CREDITO

El artículo 1.864 del Código Civil, al referirse a los posibles objetos de prenda, dice: «Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en

(1) Sobre estos conceptos, ver AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial y sus formas», en *RGLJ*, 1972, págs. 561 y sigs.

(2) Hay que advertir, no obstante, que la mayoría de nuestra doctrina habla de garantía real como sinónimo de derecho real de garantía. Sin embargo, WOLFF, *Derecho de cosas*, en *Tratado de Derecho civil*, ENNECERUS-KIPP-WOLFF, vol. 11, tomo 3, trad. castellana, con anotaciones, de PEREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, de la 10 ed., revisada, alemana, Barcelona, 1971 (3.ª ed.), pág. 175, se refiere a la garantía real como una realidad anterior al nacimiento de los derechos reales de garantía y no identificable con éstos por ser más amplia (así, por ejemplo, incluye entre las garantías reales la transmisión en propiedad).

el comercio con tal que sean susceptibles de posesión». Los derechos de crédito incorporados a títulos-valores no sólo reúnen tales características, sino que su susceptibilidad para ser derecho de prenda parece reconocida por el artículo 1.868 del Código Civil al hablar de la prenda que produce intereses. Los que sean cotizables cuentan con una regulación específica, contenida en los artículos 320-324 del Código de Comercio, a la que remite el artículo 1.872 del Código Civil (que se viene aplicando también a valores no cotizables).

Los derechos de crédito no incorporados a títulos-valores no pueden considerarse, en buena técnica jurídica, bienes muebles (3) y, aunque muchos de ellos son comerciables, en ningún caso son susceptibles de posesión (4). Esto plantea una seria dificultad a la susceptibilidad de los derechos de crédito para ser objeto de un derecho de prenda. El artículo 1.863, regulador de los posibles objetos de prenda, no incluye la posibilidad de la prenda sobre créditos, lo que, a juicio del profesor DE CASTRO, es debido a las dificultades que plantea, a las que no quiso enfrentarse el legislador (5) (6).

(3) Sin perjuicio de que una concepción suficientemente amplia de la noción de «cosa», no limitada a las partes del mundo exterior que tienen una existencia material y física, sino entendida, como hiciera GIERKE, como representación intelectual consistente en la atribución de la cualidad de objeto de derecho, unida a una determinada interpretación de los artículos 336 y 346 de nuestro Código Civil, haya permitido dispensar a los derechos de crédito el tratamiento propio de los bienes muebles a fin de poder realizar con ellos las operaciones jurídicas a éstos reservadas *Vid.* al respecto *infra*, págs. 43 y sigs.

(4) Hay que señalar que ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, 2. 5.^a ed., Barcelona, 1983, págs. 52-53, mantiene la posibilidad de los derechos de crédito susceptibles de ejercicio (al menos potencialmente) reiterado, como el arrendamiento, comodato, mutuo —cuando se pactaren intereses—, renta vitalicia, quedando, pues, excluidos los derechos que se agotan recibiendo una prestación de tracto único. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1978, págs. 501-502, sigue en este punto a ALBALADEJO.

(5) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, parte general, tomo I, Valladolid, 1942, pág. 509 «La prenda de créditos no está reconocida, en general, por nuestro Derecho, seguramente para evitar las dificultades técnicas que produce, y regula sólo la prenda de valores (arts. 1 864 y 1 868 CC, y 320-324 CCom) por ser títulos susceptibles de posesión».

(6) Aunque gran parte de la doctrina española entiende que el artículo 1 868 implica un reconocimiento legal de la prenda de créditos, comparto la opinión de PANTALEÓN PRIETO, «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, págs. 1033 y sigs.; y allí, pág. 1044, cuando dice: «Dejando a un lado la prenda de valores —a la que, en efecto, hay que entender se refiere, junto al art. 1.872 *in fine* el art. 1 868—, la prenda de crédito no está contemplada en los artículos 1.863 y siguientes del Código Civil: el artículo 1 864 termina con las palabras “con tal de que sean susceptibles de posesión”, que no se encontraban en el artículo 1.772 del Proyecto de 1851 (“Solamente pueden darse en prenda los bienes muebles”), y ha desaparecido la referencia a la prenda de crédito titulado en escritura pública o de inscripción nominativa del artículo 1.774.2 del citado Proyecto»

3. ADMISIBILIDAD DE LA PRENDA DE CREDITO EN NUESTRO DERECHO

Cuando se plantea el problema de dilucidar si es admisible o no en nuestro Derecho una prenda de créditos (entendida como un verdadero derecho de prenda) (7), la solución suele ser dependiente de la idea mantenida acerca del reconocimiento legislativo de la figura, es decir, sólo la consideran admisible en términos generales aquellos que consideran que el artículo 1.868 del Código Civil supone un reconocimiento legislativo de la misma (8). Los que discrepan, como aquí se hace, de tal opinión no dudan, generalmente, en negar la admisión de la misma (9).

A este modo de plantear la cuestión cabría objetar que si el Código no hace sino una alusión genérica a los requisitos que deben cumplir los objetos susceptibles de prenda, se trataría más bien de averiguar si los créditos reúnen tales requisitos, y no de que su aptitud para ser objeto de tal derecho viniese expresamente reconocida.

Bien es verdad que los créditos no son susceptibles de posesión tal como ésta viene normalmente considerada (10), pero también lo es que la exigencia de tal cualidad no tiene otra razón de ser que la de poder cumplir el requisito constitutivo del derecho real de prenda consistente en el traslado posesorio (ex art. 1.864 CC), cuya finalidad es la de asegurar al acreedor garantizado la efectividad de su derecho de garantía, ya que la desposesión del constituyente del mismo (que es lo realmente relevante, y no la posesión

(7) Favorables a la admisión de la prenda de créditos son, en nuestra doctrina, entre otros, ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, 2, 5.^ª ed., Barcelona, 1983, págs. 253 y sigs.; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, II, 2, 13 ed. Madrid, 1983, págs. 495 y sigs., PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, anotaciones a WOLFF, cit., págs. 514 y sigs.; ROSENDE HONRUBIA, «La prenda de créditos», en *RCDI*, 1927 (núm. 32), págs. 561 y sigs., y (núm. 33) págs. 641 y sigs.; ROJO AJURIA, *La compensación como garantía*, Madrid, 1992, DE EIZAGUIRRE, «Las imposiciones a plazo fijo como objeto de garantía pignoratícia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores». Comentario a la STS de 27 de diciembre de 1985, en *RDBB*, 1987, págs. 179 y sigs., y allí, pág. 201, SÁNCHEZ GUILARTE en la obra colectiva *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mundo financiero*, Madrid, 1990, págs. 649 y sigs.

(8) Así, por ejemplo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 385, dice al respecto «La prenda que produce "intereses", a que se refiere el artículo 1.868, es el crédito dado en prenda». Y en nota 23. «Así resulta de los precedentes de nuestro Código, de GARCÍA GOYENA y el Código francés. y del anteproyecto de LAURENT»

(9) Tal como hace decididamente PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.*, págs. 1039 y sigs., DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, parte general, tomo I, Valladolid, 1942, pág. 509.

(10) La fórmula empleada en el artículo 1.164 del Código Civil no se puede entender como posesión en sentido propio, estando conforme la doctrina en que la expresión tiene un mero significado analógico. *Vid.*, sin embargo, *supra*, nota 4.

del acreedor pignoraticio, tal como demuestra la posibilidad de entregar la posesión a un tercero, concedida por el art. 1.863 *in fine* CC) evita todo riesgo de actuaciones materiales sobre el objeto de la prenda que puedan hacer disminuir su valor (por ejemplo, dañándolo) y advierte a terceros de la constitución de un derecho sobre el mismo que impide actuaciones jurídicas del constituyente desconocedoras de tal derecho tengan la eficacia que el Ordenamiento prevé en protección del tercero de buena fe (pues a aquel no se le priva de la disponibilidad de su derecho, que desde la constitución de la prenda estará limitado por ésta) (11).

Para cumplir tal finalidad de aseguramiento el Código exige que el objeto de la prenda sea poseible y, también, que para su constitución se transmita su posesión, pues el legislador de 1889 parte de una concepción de la prenda como derecho real de garantía recayente sobre un objeto corporal, tal como se señaló en el anterior apartado (12). Si se trata de cosas materiales, la exigencia del desposesionamiento es la solución más adecuada para cumplir dicha finalidad de aseguramiento.

Si se encontrase un medio por el cual, tratándose de créditos (cuya transmisión, por otra parte, está fuera del ámbito de la exigencia del título y el modo), se cumpliera la misma finalidad de aseguramiento, no se plantearían problemas a la admisibilidad de la prenda de los mismos. Pues bien, con la notificación del derecho que se constituye al deudor del crédito objeto de la garantía, se consigue que el pago que éste haga en adelante a su acreedor no sea liberatorio, al igual que ocurre cuando el crédito se ha transmitido (art. 1.527 CC), colocándose así el constituyente de la garantía (titular del crédito objeto de la misma) en una situación equivalente a aquella en la que se encuentra el propietario constituyente de prenda sobre objeto material tras la transmisión de la posesión del mismo (13). Una

(11) En este sentido se pronuncia claramente CLAPS, «Studi e considerazioni sulla natura giuridica del pegno de crediti», en *Archivio Giuridico*, Nuova Serie, vol. VIII, 1901, págs. 93 y sigs. (la primera parte del trabajo está publicada en la misma revista, en el mismo año, vol. VII, págs. 401 y sigs.), y allí, pág. 130, en nota 3 «A questa esclusiva funzione di sicurezza risponde il possesso del pegno, non ad altro fine, p es uso o godimento della cosa pignorata tanto, che l'art. 1.832 Cod. Civ non richiede altro, ad assicurare la condizione del creditore, che lo *spossessamento* da parte del debitore, essendo indifferente, che il pegno venga consegnato e rimanga in potere del creditore, ovvero di un terzo eletto dalle parti»

(12) Exigencia que, por otro lado, se impone (ex art. 609 CC), pues al tratarse de la constitución de un derecho real poseible a través de un contrato, estamos en el ámbito de la teoría del título y el modo

(13) Se pronuncian claramente en el sentido de que la notificación en la prenda de crédito cumple idéntica función que el traslado posesorio en la prenda de bienes muebles, entre otros, los siguientes autores: RUBINO, *La responsabilità patrimoniale Il pegno*, en *Trattato di Diritto Civile italiano*, dirigido por FILIPPO VASSALLI, fasc. 1.º del vol. XIV, tomo 1.º, Turín, 1943, págs. 69-70; CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, pág. 497, Díez PASTOR, «Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca», en *RCDI*, 1930,

mínima interpretación de carácter extensivo llevaría a la admisión de la prenda de crédito.

Si no es esto lo que ocurre muchas veces en nuestra doctrina y jurisprudencia, es porque hay una reticencia a tal admisión debida a circunstancias diversas al simple rigorismo en la apreciación del cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para que un objeto sea susceptible de ser dado en prenda. Y es que la admisión de la prenda de crédito supone una toma de postura previa en la antigua polémica acerca de los derechos sobre derechos. Si el legislador no ha zanjado la cuestión admitiendo expresamente la prenda de créditos y además los créditos no cumplen los requisitos que se exigen para poder ser dados en prenda, una opinión contraria a la posibilidad teórica de los derechos sobre derechos no puede llevar más que a la negación de la admisibilidad de la prenda de créditos en nuestro Derecho. Es por ello por lo que los que están convencidos de su admisibilidad se empeñan en ver en el artículo 1.868 del Código Civil un reconocimiento legal de la figura, que entiendo, sin embargo, que se refiere a la prenda de créditos incorporados a títulos-valores.

Así pues, la polémica surgida alrededor de la prenda de créditos ha sido muchas veces la expresión de una más amplia que ha venido en llamarse la de los derechos sobre derechos y que versa sobre la posibilidad de constituir derechos sobre derechos o la necesidad de que los derechos recaigan siempre sobre cosas.

El Derecho comparado presenta numerosos ejemplos de derechos sobre derechos, regulándose en concreto la prenda de créditos, con lo que queda patente la posibilidad teórica de tal figura (14). En los artículos 486 y 507

págs. 440 y sigs., y allí, pág. 449; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER en las anotaciones al *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS/KIPP/WOLFF, cit., pág. 507, CAPO BONNAFOUS. «Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos», en *RCDI*, 1931, págs. 282 y sigs., y allí, pág. 293; GUILARTE ZAPATERO en el *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigido por ALBALADEJO, tomo XXIII (arts. 1.822-1.886 CC), Jaén, 1980, pág. 415 De una cesión, que se notifica al deudor cedido, hablan DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 509; DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, 5.ª ed., Madrid, 1990, págs. 508-509, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales, Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 386, GULLÓN BALLESTEROS, *El derecho real de subhipoteca (Las hipotecas sobre hipotecas)*, Barcelona, 1957, pág. 46; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, 6.ª ed., revisada por GÓMEZ YSABEL, Madrid, 1973, pág. 561; ROSENDE HONRUBIA, «La prenda de créditos», en *RCDI*, 1927, págs. 641 y sigs., y allí, pág. 660

(14) Así, por ejemplo, en Derecho italiano se regula la prenda de crédito en los artículos 2.800-2.807 del Código Civil, no habiendo duda de que se trata de un derecho absoluto, oponible a terceros y limitativo de la titularidad del constituyente. Así lo señala GORLA en el comentario a dichos artículos en el vol. *Pegno Ipoteca*, del *Comentario Sicaloja/Branca*, 3.ª ed., Bolonia-Roma, 1968, pág. 121. RUBINO, *ob. cit.*, considera también que la prenda de créditos regulada en el Código Civil italiano es un supuesto de verdadera prenda, consideración que viene precedida del análisis de sus normas reguladoras porque, como él mismo dice, en nota 1, pág. 49, «il problema della

de nuestro Código Civil se regulan expresamente los supuestos de usufructo de derechos y de créditos respectivamente, lo cual demuestra que no sólo los derechos sobre derechos son posibles teóricamente, sino que tal posibilidad viene reconocida en nuestro Derecho positivo (15).

Los derechos de crédito con contenido patrimonial tienen un valor patrimonial intrínseco y de cambio, que puede considerarse objetivamente a fin de poder traficar con ellos (16). No hay mayor dificultad teórica en admitir la transmisión de un derecho de crédito (considerado como valor patrimonial) que en admitir la constitución de un derecho de carácter limitativo sobre él (17), y los artículos precitados son una clara muestra de ello (18).

natura giuridica non può essere risoluto e imposto da una nuda affermazione legislativa, ma deve ricavarsi da tutto il complesso delle norme regolanti il fenomeno, controllando che la costruzione escogitata non sia in contrasto coi principi generali».

(15) Dice así CAPO BONNAFOUS, *ob cit.*, pág. 285 «Admitida en el Derecho romano, en el Derecho civil y, sobre todo, en el Derecho mercantil la posibilidad de que ciertos derechos se constituyen en objetos de derecho, era mucha pretensión de la teoría el querer desmentirlo. Tanto más cuanto que a su reconocimiento no se oponían sino argumentos de escuela» MARÍN PÉREZ, «Los derechos sobre derechos (Notas para la construcción teórica en Derecho español)», en *RGLJ*, 1947, págs. 419 y sigs., y allí, pág. 462, señala asimismo que la posibilidad de que un derecho recaiga sobre otro derecho «es una realidad de tal evidencia que los que niegan la teoría tienen que acudir a la impurificación de conceptos, hablando de "inmediatez" o "mediatez" del objeto». Por contra, VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre derecho de cosas*, Madrid, 1973, pág. 169.

(16) CLAPS, *ob. cit.*, pág. 110, citando a BREMER (*Pfandrecht und Pfandobekie*, págs. 36-37), dice «Una volta costituito un dritto subbietivo, esso ha un'obbiettiva, reale esistenza, e costituisce quindi una parte del patrimonio, o un bene. Vi sono beni corporei e incorporei. i beni corporei hanno dalla natura un'esistenza e possono quindi esse pensati senza padrone; non così gl'incorporei che sono prodotti dal dritto, e stanno, come una nuda potenza del volere, sempre in legame con una persona determinata. Ciononostante hanno essi un'esistenza obbiettiva. Perchè non potrebbe dunque, dal momento che il bene incorporeo fa parte del patrimonio, costituirsi sopra di esso un certo potere a favore di un altro?»

(17) CAPO BONNAFOUS, *ob cit.*, pág. 286, dice al respecto: «Los derechos que tengan un valor patrimonial representan un valor efectivo. [...] si la transmisibilidad es reconocida, el derecho subjetivo sobre el valor que tiene en el patrimonio de su titular —representado por la esperanza de la obtención de su contenido— adquiere uno nuevo: el valor de cambio, que, en vista de aquél, está determinado por la posibilidad de obtener, mediante su enajenación, un correspondiente económico actual en un negocio jurídico a título oneroso. Y si esto es concebible, y lo es también la facultad de enajenarlo gratuitamente, no vemos por qué no ha de serlo el poder del titular de determinar, en el negocio jurídico realizado con el tercero, la fachada y las consecuencias: cómo y en qué condiciones entra su derecho en el patrimonio ajeno. De aquí, por tanto, que pueda hasta constituir sobre él una relación de derecho real. Porque con ello, en el fondo, hay tan poca cosa de inexplicable como en que el dueño de una cosa material pueda constituir, por su voluntad, un gravamen jurídico sobre ella que sea exigible hasta en relación a los posteriores propietarios de la cosa».

(18) Dice MANRESA a tal propósito, *ob. cit.*, pág. 561: «Si los créditos son embarcables (art. 1.447. párr. 2.º, LEC), ¿por qué no habrían de ser pignora?»

Los derechos de crédito son susceptibles de ser dados en prenda. El Derecho comparado y el reconocimiento legislativo de la pignorabilidad de aquellos que están incorporados a títulos-valores son una prueba incontable de dicha afirmación. De lo primero no puede quedar duda si se analiza la legislación vigente sobre el tema en otros Ordenamientos junto con la interpretación doctrinal que se hace de los mismos (19). Respecto a lo segundo, baste comprobar que cuando se pignoran títulos-valores, en realidad se están pignorando los derechos de crédito a ellos incorporados. El título es el medio material que hace posible la constitución del gravamen, pues como la posesión del mismo equivale a legitimar para el ejercicio del derecho a él incorporado, basta la transmisión de la posesión del título para que se entienda cumplido el requisito del aseguramiento del derecho, que es en realidad el objeto de la garantía. Si se admite esto, no hay motivo para negar la aptitud para ser objeto de garantía de los derechos de crédito no incorporados a títulos-valores si se halla un modo que satisfaga las necesidades de aseguramiento a las que responde la transmisión posesoria allí donde ésta es posible? (20).

La única dificultad existente para admitir la admisibilidad en nuestro Derecho de la prenda de créditos no incorporados a títulos-valores es la no poseibilidad de los mismos. La existencia del obstáculo es indudable, pero no creo sea insuperable si, atendiendo a las necesidades prácticas que hacen aconsejable su admisión, se hace un esfuerzo interpretativo y se entiende que no hay motivo para negarla si el requisito constitutivo del derecho prenda se sustituye por otro que satisfaga idéntica necesidad.

Si los derechos de crédito incorporados a títulos-valores son pignora-

(19) Así, referido al Derecho italiano, ver el comentario de GORLA citado anteriormente.

(20) GULLÓN BALLESTEROS, *ob. cit.*, pág. 43, en nota 55: «Por otro camino se llega a la identificación también de la prenda sobre cosas corporales y la prenda sobre créditos o derechos. El derecho puede ser pensado como cosa y ser objeto de tráfico jurídico aunque no se incorpore a un documento (título-valor)». DE EIZAGUIRRE, *ob. cit.*, pág. 188, señala que el carácter de simple medio técnico asumido por el documento al que se incorporan algunos derechos de crédito se hace evidente con la creación del nuevo sistema de anotaciones en cuenta. Entiende que sería cerrar los ojos a la realidad si en aras del pretendido dogma del no reconocimiento legal de la prenda sobre derechos se llegase a negar la posibilidad de utilizar como garantía pignoratícia los mismos derechos que antes lo eran, so pretexto de la pérdida del viejo soporte cartular. Si ahora se admite la pignorabilidad de unos derechos que ya no son «poseíbles» porque se ha encontrado un adecuado sistema de publicidad, tanto de la titularidad del derecho como de los sobre él constituidos, ¿por qué no admitir la pignorabilidad de un derecho de crédito si con la notificación de la constitución del gravamen se puede conseguir igual resultado? (Sobre la prenda de anotaciones en cuenta, *vid.* DÍAZ MORENO, «La prenda de anotaciones en cuenta», en *RCDI*, 1990, núm. 603, págs. 387 y sigs.).

Vid. también, en este mismo orden de ideas, RIGAUD, *El derecho real* (trad. española de XIRAU), Madrid, 1928, pág. 279, y MARÍN PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 434

porque existe una ficción jurídica por la cual se considera que la posesión del título equivale a la del derecho a él incorporado, consecuencia de otra ficción jurídica consistente en entender que el derecho se «incorpora» al título, ¿por qué no admitir que también sean pignorables los demás créditos si con la notificación al deudor se consigue la «desposesión» del constituyente, pues aquél ya no podrá pagar liberatoriamente a éste ni hacer con él otro tipo de transacciones y se consigue asimismo la «posesión» del acreedor garantizado, pues el pago que aquél haga a éste será liberatorio? ¿Simplemente porque el Código reconoce expresamente la pignorabilidad de unos (art. 1.868 CC) y no la de otros? Creo que las necesidades del tráfico abogan por una interpretación extensiva del régimen legal prendario a los derechos de crédito, que sería *extra legem* pero *intra iuris*, tal como últimamente ha propuesto DE EIZAGUIRRE (21).

4. NATURALEZA JURIDICA

4.1. TEORÍAS ELABORADAS

Dentro de las principales teorías elaboradas por la doctrina en torno a la naturaleza jurídica de la prenda de crédito, se perciben dos grandes tendencias. Por un lado, hay un grupo de doctrinas que responden a la necesidad de configurar la prenda de crédito como un derecho que no recae sobre el derecho de crédito al considerar imposible la constitución de un derecho sobre otro y, sobre todo, ante la dificultad de admitir que un derecho de carácter real se apoye en otro de carácter personal. Bastante significativas son a este respecto las palabras del profesor DE CASTRO, que dicen «era bien difícil explicar la existencia de un derecho absoluto sobre un derecho relativo, de que un caballo de papel soporte a un jinete de plomo» (22). Por otro lado, se observa una tendencia favorable a la admisión de que un derecho absoluto pueda ser constituido sobre las bases de uno relativo, aunque se resalta en muchas ocasiones las diferencias que un derecho configurado de tal modo presenta frente a los derechos reales recayentes sobre cosas.

4.1.1. *Teoría de la sucesión constitutiva*

Los sostenedores de esta teoría recurren al concepto de BEKKER sobre la sucesión constitutiva, que explica el derecho del sujeto garantizado como el

(21) Obra citada, pág. 201, en nota 71. Véase también ROSENDE HONRUBIA, *ob cit.*, págs. 659-660, y las obras allí citadas

(22) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Parte General, tomo I, Valladolid, 1942, pág. 507.

resultado del desgaje de las facultades integrantes del derecho de crédito. El nuevo derecho, que concurre con el principal limitándolo, sería de la misma naturaleza que éste, aunque con un contenido más restringido, teniendo ambos idéntico objeto (23).

Esta teoría implica que la naturaleza del derecho desgajado debe ser idéntica a la del derecho de procedencia, con lo que un derecho de «prenda» sobre un crédito no sería más que un derecho de crédito. ¿Es imposible teóricamente otra solución? Ya se señaló anteriormente cómo se reconoce en otros Ordenamientos la posibilidad de un derecho de prenda sobre un crédito que no sea simplemente un derecho de crédito. ¿Es que es imposible en nuestro Derecho? En nuestra doctrina han mantenido esta postura, entre otros, LACRUZ BERDEJO y PANTALEÓN PRIETO (24). Es sintomático que los mismos sostenedores de la teoría reconozcan ciertas facultades al acreedor garantizado que no son las propias del titular de un mero derecho de crédito. Los presupuestos teóricos de los que parten no concuerdan con las soluciones prácticas que dan a los problemas planteados en el desenvolvimiento de la relación garantística.

No se explica cómo se puede llegar a afirmar la facultad del sujeto garantizado de ejecutar el valor del crédito «pignorado» (ex art. 1.872 CC)

(23) *Vid.* sobre la exposición de la teoría y su crítica CAPO BONNAFOUS, *ob. cit.*, págs. 283-285.

(24) LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, I, vol. 3º, 2.ª ed., Barcelona, 1984, pág. 94; PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.*, pág. 1043. dice: «De acuerdo con la tesis hoy dominante en materia de “derechos sobre derechos” (por todos, LARENZ, A. T., § 13, 11, 10, y entre nosotros DE CASTRO, *Derecho civil*, I, págs. 595 y sigs.), se producirá un desgajamiento y transmisión al “cesionario” de determinadas facultades integrantes del crédito “cedido”, cuyo contenido quedará distribuido entre “cedente” y “cesionario” de la forma que más adelante veremos. No tendrá lugar una sucesión ordinaria en el crédito, sino una, así llamada, “sucesión constitutiva”»

Debe destacarse que la remisión que PANTALEÓN hace a DE CASTRO contrasta abiertamente con las palabras de éste, que dicen lo que sigue: «La doctrina de la sucesión constitutiva —la más seguida— somete al deudor a un doble vínculo, cambiando arbitrariamente la naturaleza de la relación crediticia sin intervención del deudor. Una de las ventajas de la teoría de la sucesión constitutiva está —se afirma— en que explica cómo la reunión en una misma persona de la condición de nudo propietario del crédito y de deudor no extingue por confusión el derecho usufructuario sobre el crédito; pero, en cambio, no explica cómo no hay tampoco confusión al reunirse el derecho de usufructo y la deuda en la misma persona, con lo que habría que admitir, según su técnica, un usufructo sobre la propia deuda. Tampoco pueden explicar de dónde nacen las graves dificultades que origina el usufructo de acciones. Piénsese, por otra parte, en el tipo anómalo de un derecho de prenda constituido en un derecho de crédito que sólo significa disminución patrimonial para el constituyente, pero que no otorga ningún privilegio respecto de los acreedores del deudor, quedando el valor del crédito reducido a lo que resulte de la concurrencia de créditos de todas clases sobre el patrimonio del deudor» (*ob. cit.*, pág. 508, y nota 2 de la misma pág.). Sirva esta cita para poner de manifiesto cuán lejano se encuentra DE CASTRO de mantener la opinión que PANTALEÓN le atribuye

si su derecho sólo está constituido por facultades desgajadas del derecho de procedencia; pero incluso admitiendo que el acreedor garantizado goce de tal facultad por aplicación analógica del artículo 1.872 del Código Civil, el derecho dejaría de ser un mero derecho de crédito, pues se tendría una relación inmediata con el crédito, a semejanza de cuanto ocurre en los derechos reales. Y no sólo se afirma que al acreedor garantizado corresponde tal facultad, sino que además se añade que sería ejercitable incluso en el caso de que el sujeto constituyente hubiese dejado de ser titular del derecho de crédito en cuestión por haberlo cedido a un tercero (25). Tras estas afirmaciones parece imposible mantener con un mínimo de coherencia que el derecho del acreedor garantizado sea un simple derecho de crédito (afirmación que es necesaria de todo punto, pues se parte del presupuesto de que éste es un simple derecho formado gracias al desgaje de algunas de las facultades del derecho de crédito «pignorado») (26).

Por otro lado, no parece acertado pensar que el derecho del acreedor pignoraticio derive del derecho de crédito del constituyente, pues no se trata de descomponer un derecho en las diferentes facultades que lo integran, sino de limitarlo, de manera similar a cuanto sucede con los derechos reales recayentes sobre cosas materiales ajenas que no estén compuestos de facultades integrantes del derecho de propiedad al que gravan, sino de derechos que limitan el ejercicio de la propiedad misma respetando su unidad e integridad (27). Las críticas vertidas sobre esta construcción se pueden trasladar a la propia expresión empleada en su título, pues sucesión y constitución no son términos compatibles. Se sucede en lo que ya existe y se constituye algo que no existía con anterioridad (28).

4.1.2. *Teoría de la cesión con finalidad de garantía*

Negando el carácter real de la prenda de créditos, entienden los seguidores de esta teoría que cuando las partes pretenden pignorar, en realidad

(25) PANFALÉON PRIETO, *ob. cit.*, pág. 1046: «El acreedor del crédito dado en prenda puede, eso sí, cederlo o volver a pignorarlibremente».

(26) CAPO BONNAFOUS, *ob. cit.*, pág. 284, critica la teoría señalando que si hay derecho de persecución no se puede tratar simplemente de un derecho de crédito. De igual modo, RUBINO, *ob. cit.*, pág. 49, señala que «non si spiega come questo diritto si faccia valere anche di fronte al debitore del credito dato in pegno, il quale è tenuto a pagare al creditore pignoraticio e non può più pagare bene al suo creditore; e come si faccia valere di fronte ai creditori chirografari del concedente, per la via della prelazione, e di fronte ai successivi aventi causa dal concedente, per via del diritto di seguito (che non sembra possa mettersi in dubbio)».

(27) Ver en este sentido CLAPS, *ob. cit.*, pág. 155, en nota 1.

(28) Hay que señalar, sin embargo, que la expresión «sucesión constitutiva» normalmente se emplea para indicar cómo los derechos reales limitados constituidos por el

no hacen sino ceder el crédito con fin de garantía, lo que conlleva muchas especialidades en la cesión.

Las dificultades encontradas para cumplir el requisito constitutivo del derecho de prenda consistente en el traslado posesorio, por un lado, y la exigencia de la notificación de la pignoración al deudor del crédito pignorado contenida en los Códigos que expresamente tratan la figura de la prenda de créditos (29), por otro, llevó rápidamente a la idea de que en realidad se trataba de una cesión de crédito. La identidad de la formalidad exigida en la negociación de idéntico objeto (el derecho de crédito) sugería la idea de identidad de negocio jurídico. La distinta finalidad pretendida en un caso y en otro sólo haría que algunos efectos fuesen diversos.

Pues bien, ni la forma cumple idéntica función en uno y otro caso, pues en el caso de la cesión no es, en nuestro Derecho, requisito constitutivo del negocio (30) (contrariamente a cuanto sucede en otros Ordenamientos, lo que confunde aún más a la doctrina), y en el de la prenda sí lo es (lo que, con las convenientes salvedades, se intentará demostrar más adelante), ni la cesión de créditos puede considerarse como un negocio jurídico unitario, sino como el efecto producido por distintos negocios jurídicos recayentes sobre derechos de crédito (31). La Sentencia de Cass. civ., Brescia, 9 mayo 1945, n.º 100, Finanze-Calzaturificio Grande Italia, señala a tal propósito que «il pegno di credito se differenzia della cessione di credito perchè, nel pegno, il creditore pignoratizio riscuote il credito pignorado a scopo conservativo, mentre, nella cessione, il cessionario è posto in modo diretto, esclusivo e definitivo di fronte al debitore ceduto». Esta sentencia me parece bastante aclaratoria, pues hace ver cómo es un error considerar la cesión de crédito como algo independiente de la finalidad a la que responde, hasta el punto que se hace necesario adjetivarla para modularla, como hacen los seguidores de esta teoría al hablar de una cesión «con finalidad de garan-

propietario sobre la cosa en favor de otro se adquieren derivativamente de su propietario. con apoyo y fundamento en su derecho y posición jurídica.

(29) Así, por ejemplo, el alemán (§ 1280), italiano (art. 2 800), suizo, francés (art. 2 075) y belga

(30) Así lo reconoce la STS de 11-I-1983 y las citadas en la misma de 27-II-1891, 28-X-1957, 7-VII-1958 y 5-XI-1974. La mayoría de la doctrina española entiende que, en nuestro Derecho, los negocios que provocan la transmisión de un crédito tienen carácter traslativo, en el sentido de que con su simple celebración se produce la transmisión del derecho de crédito, sin necesidad de ningún requisito ulterior al mero contrato (teniendo la notificación un valor asegurativo de los derechos del cesionario o adquirente al hacer cesar la protección que al deudor cedido dispensa el art. 1.527 CC). Así, Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1970, pág. 792; PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.*, págs. 1036 y sigs., Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 6.ª ed., 1989, págs. 258, y vol. III, *cit.*, págs. 508-509. Por contra, NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, Granada, 1988.

(31) Así lo entienden, entre otros, PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.* y NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, Granada, 1988.

tía». La cesión es un efecto que determinados negocios jurídicos que versan sobre créditos pueden producir, por lo que no parece correcto decir que en el caso de la prenda de créditos la cesión se module, sino que si es cesión es una cesión diferente a la que acaece cuando se solventa una deuda, o se vende un crédito, o se dona, o se contrata un mandato de cobro... En cada caso tendrá el «cesionario» unos derechos diferentes. A la vista de lo cual no soluciona nada la cuestión decir que la prenda de créditos consiste en una cesión de créditos con finalidad de garantía (no hay acuerdo sobre múltiples aspectos del régimen jurídico de esta figura y no se señala con suficiente claridad qué se altera cuando la finalidad es de garantía). Con ello no quiero negar *a priori* la posibilidad de que la prenda de créditos produzca una cesión de créditos, sino que rechazo claramente que se diga que la prenda de créditos se constituye por medio de una cesión del mismo y se pretenda resolver así toda la problemática de su verdadera naturaleza.

Para determinar si en la prenda de créditos se produce o no cesión del crédito, habrá que analizar primero cuáles son los efectos que ésta provoca. Sobre tal cuestión se dice que el acreedor pignoraticio tiene derecho a cobrar el crédito «pignorado» en caso de que venza antes que el garantizado. Si el crédito no es dinerario, se constituirá sobre el objeto de la prestación, a favor del acreedor garantizado, un derecho real de prenda a cuya ejecución forzosa podrá procederse, según el procedimiento legalmente establecido para ello, en el caso de que, llegado el vencimiento del crédito garantizado, éste no sea satisfecho. Si se trata de crédito dinerario, aplicará el acreedor «pignoraticio» lo cobrado a la satisfacción del crédito garantizado en la medida necesaria para ello, con obligación de devolver al constituyente de la garantía el exceso. En caso de que el crédito garantizado venza antes que el «pignorado» podrá ser ejecutado el valor de este último por el procedimiento regulado en el artículo 1.872 del Código Civil, que será aplicado analógicamente dada la común finalidad de garantía que desempeñan la «prenda de créditos» y el derecho real de prenda para el que el procedimiento está previsto.

Han sido varias las teorías que pretenden dar una explicación a este serie de efectos, con la idea común de que el constituyente de la garantía cede el crédito objeto de la misma al acreedor garantizado:

Así, se ha hablado de una cesión condicionada suspensivamente al incumplimiento del crédito garantizado. Pero las especiales características que presenta la prenda de créditos no pueden ser explicadas gracias a una cesión plena (en el sentido de transmisión de la posición acreedora de una relación crediticia) sometida simplemente a condición suspensiva, pues de este modo no se comprendería el derecho del acreedor «pignoraticio» de cobrar el crédito «pignorado» cuando éste venza antes de que se haya satisfecho el garantizado, pues en ese momento aún no se habría cumplido

la condición. Y aunque se salvase este escollo aduciendo que se trata de «conservar» el derecho expectante del acreedor «pignoraticio», que pasaría de recaer sobre el crédito a gravar el objeto mediato del mismo (el objeto de la prestación a la que aquél tiende), en cambio, una vez cumplida la condición, no limita adecuadamente sus derechos sobre el objeto recibido en pago, pues podría hacerse titular de aquello sin obligación de devolver lo que excediese de lo estrictamente necesario para atender a la satisfacción del crédito garantizado (cuando se tratase de dinero) o en vez de adquirir un simple derecho real de prenda sobre el mismo (en otro caso), lo cual no parece estar justificado por la simple causa de garantía a la que respondió la cesión (32).

Es por ello por lo que se ha hablado, más acertadamente a mi juicio, de una cesión limitada a la finalidad de garantía. El acreedor «pignoraticio» sólo es cesionario del crédito «pignorado» en la medida necesaria para garantizar su crédito (33).

A esta teoría se ha objetado que explica difícilmente la constitución de la prenda sobre el objeto del crédito (34), que los efectos reales no se explican por la sola voluntad de las partes (35), planteando además muchas dudas derivadas de la incertidumbre que, acerca de la titularidad del crédito «pignorado», crea una cesión que se dice limitada a la finalidad de la garantía, como la posibilidad o no del acreedor pignoraticio de transigir con el deudor del crédito «pignorado», etc.; pero, en última instancia, se ha reconocido que es posible concebir esta cesión limitada con finalidad de garantía, aunque señalando que presenta, sin embargo, divergencias con la prenda de créditos, entendida ésta como verdadero derecho real de prenda.

Las consecuencias de esta construcción, por contraposición a las que provoca una prenda de créditos entendida como verdadera prenda, son:

- Necesidad de conceder la facultad exclusiva de cobro al acreedor garantizado (o al menos la facultad conjunta de cobro, a semejanza de cuanto se previene en Derecho alemán) no sólo cuando se trate de créditos dinerarios, sino en todo caso, porque de otro modo se reduciría la virtualidad garantística de la prenda de créditos, ya que para constituir un posterior derecho real de prenda sobre el objeto de mediato del derecho de crédito «pignorado» habría que contar de nuevo con la voluntad del constituyente de la misma para que pro-

(32) *Vid.*, sobre la crítica a esta postura, CLAPS, *ob. cit.*, págs. 405 y 410; CAPO BONNAFOUS, *ob. cit.*, pág. 287, ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. I, 5.ª ed., Madrid, 1975, págs. 442-443.

(33) *Vid.* DÍEZ PASTOR, *ob. cit.*, pág. 452.

(34) CAPO BONNAFOUS, *ob. cit.*, pág. 288.

(35) ESPÍN CÁNOVAS, *ob. cit.*, pág. 443.

cediese, según lo acordado, a la entrega de la posesión de dicho objeto. Por el contrario, si se considera la prenda de créditos como un verdadero derecho de prenda, esto no sería necesario en el caso de prenda de crédito no dinerario, pues, como se verá más adelante, el constituyente de la garantía cobraría el crédito pignorado, entrando el objeto del mismo ya gravado en su patrimonio gracias al mecanismo de la subrogación real, estando facultado el acreedor garantizado, en virtud del derecho real, que ha pasado de recaer sobre el crédito pignorado, a recaer sobre la cosa, a reclamar la entrega de la misma.

Esto no obstante, y manteniendo el carácter real de la prenda de créditos, considero admisible un pacto en el sentido de que sea el acreedor garantizado el facultado para recibir el cobro del crédito pignorado, pero no creo que sea un efecto natural del negocio cuando el crédito que se da en garantía no sea dinerario.

- Las normas del Código Civil sobre prenda se aplicarán a la prenda de créditos por vía analógica dada la común finalidad de garantía de ambas figuras, con todas las dificultades que ello entraña (así, si la mayoría de los sostenedores de esta teoría acerca de la prenda de créditos estiman que es aplicable el artículo 1.872, no falta quien encuentra dudosa la posibilidad de tal aplicación) (36), y con la imposibilidad de aplicar las normas que se consideran de interpretación restrictiva, señaladamente la que concede el privilegio de cobro al acreedor pignoraticio (art. 1.922.2 CC) (37).
- La fecha del derecho real de prenda que puede nacer sobre el objeto de la prestación a que tendía el crédito «pignorado» (que es la que se tiene en cuenta a efectos de preferencia en el cobro de lo obtenido con la ejecución forzosa del objeto pignorado, siempre que la misma conste en escritura pública, tal como dispone el art. 1.865 CC) será la del momento del cobro de éste, porque es requisito constitutivo del derecho real de prenda la entrega del objeto pignorado (y no se continúa la vida de uno preexistente gracias a la subrogación real, tal como se entiende que sucede si se mantiene el carácter real de la

(36) ASÍ SERRANO ALONSO, *Comentarios al Código Civil*, publicados por el Ministerio de Justicia, art. 1.864, tomo II, Madrid, 1991. pág. 1878. dice. «Me parece dudosa la posibilidad de atribuir al acreedor la facultad de enajenación del artículo 1.872 [CC], pues en el supuesto de la llamada prenda de créditos no hay verdadero derecho de prenda, sino una simple cesión de créditos».

(37) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *ob cit*, pág. 386, en nota 29, afirma, sin embargo, tras mantener la naturaleza no real de la prenda de créditos, que el acreedor garantizado goza «de preferencia —como cesionario— sobre los demás acreedores del acreedor [constituyente]», sobre el importe de lo obtenido con la venta forzosa del crédito «pignorado».

prenda de créditos). Antes de ella sólo sería posible una promesa o precontrato de prenda (o contrato de prenda si se piensa que no tiene éste carácter real), que, como señala GUILARTE ZAPATERO (38), sólo dará lugar a ésta cuando se entregue su posesión, sin que su nacimiento pueda ser anterior a este momento. De ahí que normalmente se considere que no cabe en nuestro Derecho la prenda de cosa futura ni la prenda de cosa ajena (a menos que en este último caso, entregando la posesión de la misma, devenga posteriormente el que la entregó, titular de ella).

- Ya se dijo anteriormente que esta teoría de la cesión limitada suscita dudas acerca de la titularidad del crédito que se cede limitadamente. Si se entiende que, no obstante dichas limitaciones, la titularidad la ostenta el acreedor garantizado, deberá admitirse la posibilidad de que el deudor del crédito cedido oponga al acreedor/cesionario las excepciones personales que tuviera contra él (por ejemplo, la compensación de un crédito a su favor contra el mismo), lo que no es posible según la teoría que defiende la verdadera naturaleza pignoratícia de la prenda de créditos, en la que la titularidad del crédito continuaría correspondiendo al constituyente (no sería posible, por ejemplo, oponer al acreedor pignoratício la compensación de un crédito que el deudor del crédito garantizado tuviese contra el constituyente de la prenda, pues faltaría en este caso el requisito de la reciprocidad).

De otro lado, según la teoría de la cesión limitada, habría que negar al cedente la posibilidad de disponer nuevamente del crédito cedido, pudiendo negociar tan solo con los derechos de crédito que eventualmente le correspondan en cuanto que constituyente de esta garantía, consistente en la cesión limitada del crédito, que podrían ser:

* Derecho de crédito a la «restitución» del crédito cedido (en caso de que cesase la finalidad de garantía, por haberse extinguido el crédito garantizado, antes del cobro del crédito cedido y sin necesidad de haberse procedido a la ejecución de su valor).

* Derecho de crédito a la restitución del objeto obtenido por el cobro del crédito cedido (cuando cesase la finalidad de garantía, por haberse extinguido el crédito garantizado, tras el cobro del crédito cedido, sin necesidad de haberse procedido a la ejecución del valor del objeto del mismo, en virtud del derecho real de garantía que lo grava).

* Derecho de crédito a la restitución del eventual exceso del producto obtenido con la ejecución del crédito cedido o el objeto mediato del mismo

(38) *Ob. cit.*, pág. 409

respecto a lo necesario para satisfacer el crédito garantizado (cuando se hubiese procedido a la ejecución forzosa del valor del crédito cedido, o del objeto del mismo, tras el incumplimiento del crédito garantizado).

* Derecho de crédito a la restitución del *tantumdem* del dinero recibido por el cobro del crédito dinerario cedido (cuando cesase la finalidad de garantía, por haberse extinguido el crédito garantizado, tras el cobro del crédito dinerario cedido, sin necesidad de aplicar el valor de lo obtenido a la satisfacción de aquél).

* Derecho de crédito a la restitución del *tantumdem* del dinero recibido por el cobro del crédito dinerario cedido, correspondiente al eventual exceso que existiese tras aplicar el valor de aquél a la satisfacción del crédito garantizado (cuando tras el cobro del crédito dinerario cedido, venciese y quedase insatisfecho el crédito garantizado, o cuando, vencido e insatisfecho que quedase éste, se esperase al vencimiento y posterior cobro del crédito cedido para aplicar su valor a la satisfacción de aquél).

Hay que decir, no obstante, que todas las diferencias apuntadas, cuya trascendencia práctica hay que reconocer que no es grande, desaparecen en el caso frecuentísimo de que el derecho de crédito cedido sea dinerario y se cobre gracias al mecanismo propio de la prenda irregular: ello ocurre cuando el crédito cedido vence antes que el garantizado y no se haya pactado que el acreedor garantizado deba depositar la suma recibida o cuando, aun siendo el vencimiento del crédito cedido posterior al del garantizado, el acreedor titular de la garantía espera al vencimiento y posterior cobro de aquél a efectos de satisfacer con lo obtenido el crédito garantizado (39).

4.1.3. *Prenda anticipada de la cosa objeto del crédito*

El objeto de la prenda de crédito no es el derecho de crédito mismo, sino el objeto de dicho crédito. Como éste no está aún en el patrimonio del constituyente del derecho de prenda, sólo podrá constituir un derecho eventual de prenda, que se hará perfecto cuando aquél se convierta en propietario, por efecto del cobro que realice el acreedor garantizado o de otro modo. Para que el acreedor garantizado no tenga una simple expectativa del derecho de prenda, se le concede el *ius exigendi* del crédito, lo cual supone no una verdadera cesión, sino una cesión *pignoris causa* determinada y delimitada por ella, que se produce como efecto normal del negocio de prenda, sin necesidad de ser pactada. De ahí la necesidad de considerar el

(39) Posibilidad que normalmente admite la doctrina, salvo alguna excepción. *Vid* al respecto *infra*, nota 95.

ius exigendi como efecto normal del negocio de prenda y la necesidad también de impugnar el *ius distrahendi* como consecuencia inmediata del derecho de prenda.

La falta de fundamento que encuentra la teoría en las fuentes romanas, en las que su artífice, ADOLF EXNER (40), dice apoyarse, constituye el principal punto de mira al que han ido dirigidas las críticas.

Por lo que hace al *ius distrahendi*, ante el silencio de las fuentes, entiende EXNER que éste sólo corresponde al acreedor garantizado cuando así se haya pactado expresa o tácitamente, contrariamente a la interpretación que se viene haciendo de las fuentes romanas, que al tratar la figura no mencionan este derecho, en el sentido de considerar que el silencio no es significativo, porque la alusión hubiese sido innecesaria. En la prenda de créditos siempre se había dado este derecho, y no hacía falta aludir a él porque la novedad era conceder también al acreedor el *ius exigendi*. El gran consenso doctrinal alcanzado en el sentido de que el *ius distrahendi* corresponde al acreedor pignoraticio, como efecto normal de la prenda de créditos, llevó a CHIRONI, fiel continuador de la teoría en Italia, a la necesidad de discrepar en este punto, considerando que si bien a veces puede ser innecesario el recurso a este medio, el acreedor pignoraticio puede, sin embargo, instar la venta del crédito (41). Y si se admite la existencia de este derecho, no se puede seguir manteniendo con coherencia que el objeto de la garantía sea el objeto del crédito y no este mismo.

El modo de perfeccionar el derecho eventual de prenda sobre el objeto de crédito es conceder al acreedor pignoraticio el *ius exigendi*, para lo que no se estima necesario pacto alguno, pues un efecto natural del negocio de prenda de crédito es la cesión *pignoris causa*, que consiste precisamente en la atribución del *ius exigendi* al acreedor pignoraticio. Este es un insustituible resorte en el que se apoya toda la teoría, y su fundamento se hace derivar de unas leyes de cuya errónea interpretación se apercibió la doctrina italiana a finales del siglo pasado (42), pues tan solo se refieren al *ius*

(40) *Kritik des Pfandrechts-begriffes nach dem Romischen Rechte*, Leipzig, 1973, cit. por FORLANI, «Critica della nozione del diritto di pegno secondo il diritto romano del profesor Adolfo Exner», en *Archivio Giuridico*, vol. XI. 1873, págs 355 y sigs. Además de éste, hacen una exposición de su teoría: CLAPS, *ob. cit.*, págs 426 y sigs., y CHIRONI, *Trattato dei Privilegi, delle Ipoteche e del Pegno*, vol 1 (Parte General), 6.ª ed. renovada, Turín, 1917.

(41) CHIRONI, *ob. cit.*, pág 533: «Ma siccome il concetto di sicurtà v'inerisce, el creditore pignoraticio può procedere in conformità alle norme sul pegno, instando per la vendita del credito, salvo al debitore il poter di rendere affatto inutile il ricorso a questo mezzo, adempiendo l'obbligazione mediante il pagamento al creditore pignoraticio il quale non avrebbe altr'interesse de procedere ai mezzi coattivi, e gli verrebbe meno così il fondamento di agire»

(42) Son las leyes 18, pr. D. de pign. act. (13, 7), la L. 13, § 2, D. de pignorit. et hypothec, 20, 1, y la L. 4, C. quae res pign. obl. poss. (8, 17)

exigendi del acreedor pignoraticio tratándose de prenda de créditos dinerarios y no de toda clase de créditos, con lo que la construcción se derriba al mostrarse insuficiente para explicar la prenda de créditos en el resto de los casos.

4.1.4. Otras teorías

Se han elaborado también unas teorías que, abandonando la idea de que la prenda debe recaer siempre sobre bienes corporales, buscan la unidad jurídica del concepto de prenda, incluyendo en éste la prenda de créditos, pero sin llegar a admitir que sea el propio derecho de crédito el objeto del derecho de garantía. Así, se ha considerado que el verdadero objeto del derecho de prenda es el valor patrimonial del bien en cuestión, a cuya obtención tiende el *ius distrahendi* concedido al acreedor pignoraticio, siendo indiferente que dicho bien sea una cosa o un derecho. La teoría no ha estado exenta de críticas, pues difícilmente explica cómo un derecho real puede recaer sobre un valor y cuál es la relación del sujeto garantizado con la cosa o derecho que eventualmente podrán ser ejecutados antes de que se produzca la ejecución (43). Esto no obstante, creo que es decisiva la importancia de la teoría, aunque sus conclusiones resulten exageradas, pues destaca cómo los requisitos que ha de reunir el objeto de la prenda están en profunda relación con la función que ésta desempeña (44).

CLAPS, *ob cit.*, pág. 434 «Ma appunto nella non esatta interpretazione delle due stesse leggi invocate da EXNER si annida, a mio avviso, l'errore fondamentale della sua teoria: poichè sono proprio quelle leggi, ed è meraviglioso che ciò non sia fin qui rilevato, che danno il crollo alla teoria medesima».

Sin embargo, unos años antes, y en la misma revista, ya se había hecho notar el dudoso acierto de la interpretación de EXNER: FORLANI, «Critica della nozione del diritto di pegno secondo il diritto romano del profesor Adolfo Exner», en *Archivio Giuridico*, vol. XI, 1873, págs. 355 y sigs., y allí, pág. 367. «la costruzione di Exner è, non si può negarlo, molto ingegnosa e sottile. E assai discutibile però se il magro materiale delle fonti relativo al *ius exigendi nomen* sia atto a corroborarlo, massime se si rifletta al lento e imperfetto sviluppo storico dell'intero istituto pignoraticio nel diritto romano».

(43) CLAPS, *ob. cit.*, págs. 102-103

(44) CLAPS, *ob. cit.*, pág. 97, citando a SOHM. *Die Lehre von subpignus*, págs. 11 y sigs.: «Questi dritti sono del pari dritti a un valore patrimoniale e dritti su un oggetto, e consistono del pari in un'aspettativa di quello e in un potere su questo. quindi, per loro natura, stanno in mezzo tra i dritti reali e i dritti di credito. Il dritto al valore patrimoniale di un oggetto è però accessorio del dritto di credito, e serve a facilitare al creditore il soddisfacimento di esso: onde il dritto di pegno viene da lui definito nel seguente modo "dritto di pegno è il dritto munito di signoria immediata sopra un oggetto, per quella parte del valore patrimoniale, che basta al soddisfacimento di un credito competente al titolare del pegno". Da questa definizione, continua il Sohm, per cui il dritto di pegno è sempre il dritto ad una certa parte del valore patrimoniale del suo oggetto, segue che una

Fruto del común empeño de dar una explicación unitaria del derecho de prenda, y en total oposición a la teoría defendida por EXNER que reduce la prenda sobre derechos a la que recae sobre cosas, surge otra que reduce la prenda sobre cosas a la que recae sobre derechos, entendiéndose que, en todo caso, el objeto del derecho de prenda es el derecho del constituyente (que podrá ser derecho de propiedad, tratándose de cosas corporales, o derecho de crédito). Cuando se habla de prenda sobre cosas, en realidad se trata de prenda sobre el derecho de propiedad que el constituyente de la garantía ostenta sobre las mismas.

El mérito de esta teoría es indudable, pues esclarece debidamente, en sede de prenda, la diferencia entre la cosa y el derecho que el constituyente ostenta sobre la misma, lo cual no me parece innecesario habida cuenta de lo frecuente que es olvidar que cosa y derecho de propiedad son realidades completamente diversas (45). Se hace ver cómo la ejecución a la que tiene derecho el acreedor pignoraticio, en caso de incumplimiento del crédito garantizado, consiste en la transmisión forzosa del derecho del constituyente. Esto es lo que se quiere decir cuando abreviadamente se habla de ejecución de la cosa, y es conveniente tenerlo presente en el estudio de la prenda de créditos.

Pero que con la ejecución forzosa se produzca una transmisión del derecho del constituyente no significa que éste sea objeto del derecho de prenda, pues a ello se opone claramente el proceso histórico del derecho de prenda y las palabras explícitas de las fuentes, que se refieren a la cosa como objeto de la garantía, y significa desconocer la sujeción directa e inmediata de la cosa al derecho del acreedor pignoraticio, sujeción que aun siendo diversa de la que se da en otros derechos reales que atienden a

sola caratteristica deve avere l'oggetto del pegno, che cioè esso abbia un valore patrimoniale determinabile: di conseguenza, cose e dritti, in eguale maniera, siccome oggetti di un valore patrimoniale, possono essere oggetti del dritto di pegno».

(45) CLAPS, *ob. cit.*, pág. 99, citando a BRUNS. «Senza dubbio, le cose e non i dritti contengono in sé valore; ma sul valore delle cose potendosi disporre solo in forza del dritto, si possono queste dare in pegno se e in quanto si ha un dritto sulle stesse; dunque, il dritto di colui che costituisce il pegno determina la misura del valore ch'egli può oppignorare, e il creditore pignoratizio trasferisce sempre per mezzo della vendita solo il dritto dell'oppignorante. Così in ultimo risultato ciò che il proprietario mette in pegno è sempre il uso dritto sulla cosa. Il diritto di pegno in generale è il diritto di procurarsi in via legale il valore pecuniario degli altrui dritti patrimoniali in soddisfacimento di un'obbligazione».

La segunda frase subrayada me parece que contiene lo equivocado de la teoría, porque no es que el constituyente pignore su derecho, sino que gracias a su derecho sobre la cosa puede pignorar ésta (como consecuencia de cuya pignoración puede llegar a desaparecer incluso su derecho sobre tal cosa) Pero parece entrar en contradicción con la primera frase señalada, y es que hacía falta menos de un paso para decir claramente que sí «se pueden dar en prenda las cosas en cuanto se tenga un derecho sobre las mismas»; lo que se da en prenda son las cosas y no el derecho que se tiene sobre ellas.

diferentes fines, como el de goce, no deja de ser tal, como se verá más adelante (46) (47).

Por último, hay un grupo de teorías que consideran que el derecho de prenda también puede recaer sobre un derecho de crédito sin dejar de ser tal derecho, aunque presentando especialidades en cuanto a la constitución y en algunos aspectos de su contenido (48).

4.2. POSTURA ADOPTADA

4.2.1. *La prenda tiende a la realización de valor*

No sólo es objeto de numerosas polémicas la naturaleza jurídica de la prenda de créditos, sino que también lo es la de la prenda recayente sobre cosas, por lo que, antes de proceder a la indagación acerca de la naturaleza pignoratícia o no de aquélla, se debe aclarar cuál sea la de ésta. Pero como también se discute acerca de los caracteres definidores de los derechos reales, parece conveniente precisar qué se entiende por derecho real para poder proseguir en el estudio que nos ocupa. A tal efecto, comparto la opinión más generalizada que entiende que lo verdaderamente definidor del derecho real es la sujeción directa e inmediata de una cosa determinada al poder del titular de aquél, sujeción que tiene eficacia *erga omnes* y que se ha de entender referida a los fines perseguidos por el derecho real de que se trate en cada caso.

El derecho de prenda sobre una determinada cosa tiende a garantizar la satisfacción de un determinado crédito en la primera mediante la atribución al acreedor garantizado de la facultad de instar la ejecución forzosa de aquélla para cobrarse preferentemente con lo obtenido. Tal derecho podrá ejercitarse cualquiera que sea el titular de la cosa en el momento en que se inste la ejecución.

La sujeción directa e inmediata de la cosa al poder del acreedor pigno-

(46) RUBINO, *ob. cit.*, pág. 50, critica esta teoría diciendo: «Ma questa motivazione non persuade, non essendo in essa dimostrato nè che il pegno di cose corporali abbia per oggetto il diritto di proprietà, nè perchè un diritto sia reale sol perchè abbia per oggetto un altro diritto».

(47) DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 507, en nota 1, indica, a su vez, que «esta idea [...] desconoció el peligro técnico de crear una titularidad intermedia innecesaria y la necesidad práctica de dar a los derechos reales una base objetiva firme e independiente, haciendo posible la subsistencia de estos derechos a pesar de la desaparición del derecho de propiedad (por ejemplo, por “derelictio”)».

(48) Entre otros, han dedicado particular atención al estudio de la cuestión, orientándose en este sentido: RUBINO, *ob. cit.*, págs. 50-51; CLAPS, *ob. cit.*, págs. 123-133, y el citado por ambos: BREMER, *Das Pfandrecht und das Pfandobjekte*, Jena, 1867, págs. 36 y sigs.

raticio, con eficacia *erga omnes*, parece indudable (49), y a pesar de ello se ha puesto en tela de juicio en muchas ocasiones el carácter real del derecho. Que la finalidad a la que atiende el derecho de prenda, que es la de satisfacer preferentemente un determinado crédito con el valor de un determinado bien, se cumpla de una sola vez (pues el resto de las facultades concedidas al acreedor pignoraticio no son más que el medio de hacer posible aquélla), y que para ello sea necesaria la intervención de una autoridad pública, ha sido el origen de todas las vacilaciones, las cuales sólo se explican, como en más de una ocasión se ha señalado (50), desde una concepción estrecha de los derechos reales que vendría a reducir dicha categoría a los derechos reales de goce, en los que la relación constante y directa de su titular sobre la cosa sobre la que recaen (en el sentido de que su ejercicio no precisa de intermediación alguna) deja patente su carácter real.

Sin embargo, no hay razón alguna para considerar que el poder sobre una cosa sólo pueda consistir en el uso de la misma, pues es difícil no reparar en que la facultad de instar su ejecución, cualquiera que sea el patrimonio donde se encuentre y el derecho de cobro preferente sobre el producto obtenido, suponen una sujeción directa de ésta al cumplimiento de una obligación, sujeción a la que no resta inmediatez la intervención obligatoria de la autoridad pública en la ejecución.

El derecho de prenda tiende a la obtención de un valor sobre el que satisfacer el crédito garantizado (y esto porque la prenda, como accesorio de un derecho de crédito, debe necesariamente tender a la misma finalidad a la que tiende el derecho principal) y a tal fin sujeta una cosa, sujeción que implica la posibilidad de la ejecución forzosa de la misma dondequiera que se encuentre, pero que no va más allá de los fines perseguidos.

De ahí que el primer requisito que ha de cumplir el objeto pignorado sea el de tener un valor patrimonial y el de que sea realizable mediante ena-

(49) WOLFF, *ob cit.*, pág. 175 «Los derechos reales de garantía se presentan, pues, como derechos a *satisfacerse de un crédito mediante la realización del valor de una cosa ajena*. La cosa queda sujeta al crédito con eficacia real. Verdad es que en el nuevo derecho el acreedor puede, para satisfacerse de su crédito, dirigirse contra *todas* las cosas del patrimonio del deudor; mas no por ello le asiste un derecho real de garantía sobre esas cosas, ya que sólo le responden en tanto se hallen en el patrimonio del deudor. En cambio, una cosa dada en “derecho real de garantía” le está sujeta, cualquiera que sea el patrimonio a donde vaya a parar»

DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1978, pág. 71: «El carácter real de estos derechos resulta de que, como dice el Código respecto a la hipoteca, sujetan directa e inmediatamente los bienes sobre los que se imponen, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de una obligación para cuya seguridad fueron constituidos. *La sujeción es directa e inmediata y recae sobre los bienes mismos*».

(50) Ver DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, 5.ª ed., Madrid, 1990, pág. 497.

jenación (51). Como el derecho de prenda tiende a la obtención de un valor, en principio, pueden ser objeto de la misma todos los bienes que lo tengan, tanto si son cosas corporales como si son derechos (52).

Pero no sólo se trata de obtener un valor con el que atender a la satisfacción del crédito garantizado (finalidad que es común a figuras jurídicas perfectamente diferenciables), sino de hacerlo mediante la sujeción jurídico-real de un objeto, por lo que éste, además de tener valor patrimonial determinable y de ser enajenable (características que concurren en multitud de créditos), ha de ser susceptible de sujeción real, de manera que pueda crearse una situación en la que se garantice plenamente al acreedor pignoraticio la efectividad de su derecho, sin privar al titular del objeto dado en garantía del suyo (53).

4.2.2. *Recae sobre el crédito (considerado como cosa)*

Si para cumplir la finalidad a la que tiende el derecho de prenda es necesario que su objeto tenga un valor patrimonial determinable y sea enajenable, para que se establezca un derecho real sobre el mismo ha de ser, además, una cosa existente, una realidad del mundo exterior (54). Lo que

(51) En el artículo 1.858 del Código Civil se dice que «es también *esencia* de estos contratos que, vencida la obligación principal, *puedan ser enajenadas* las cosas en que consiste la prenda o hipoteca *para pagar* al acreedor».

(52) GUGINO, citado por CLAPS, *ob. cit.*, pág. 100, en nota 1, considera que el derecho de prenda recae sobre el valor, por lo que estima que el único requisito del objeto de la prenda es que tenga un valor patrimonial. A pesar de que no comparto dicha opinión, tal como se señala más arriba, son dignas de mención las palabras en las que hábilmente evidencia cuál es la función que el objeto de la prenda desempeña: «E dunque indubitato, che non le cose nelle loro fisiche qualità, nel loro materiale godimento, ma le cose in quanto rappresentano un valore sono sottoposte al dritto di pegno. Tutto quanto ha un valore può essere oggetto di questo dritto; quindi oltre alle cose corporee, entrano nella cerchia delle cose oppignorabili l'usufrutto, l'enfiteusi, l'asuperficie, le obbligazioni, il dritto stesso di pegno, perchè tutti rappresentano un valore. Solo si escludono quei dritti che non sono destinati a produrre un valore di patrimonio, o che veramente non possono produrlo, come sarebbero le azioni spiranti vendetta, i dritti sopra gli alimenti, la maggior parte della servitù. *Nel concetto del valore consiste e risiede l'unità del dritto di pegno* dapoichè per quanto di svariata natura essere possano gli oggetti oppignorabili, corporei ed incorporei, *basta, per entrare nel demanio del dritto, che abbiano un valore riducibile e convertibile in denaro, siccome risolubile in pecunia è l'obbligazione principale ch'essi garantiscono*».

(53) El derecho de prenda consiste en el derecho a ejecutar la cosa y en el derecho de cobro preferente sobre el producto obtenido, y es real porque se puede ejercitar aunque la cosa haya salido del patrimonio del constituyente. El derecho de prenda no es real porque se dé la posesión de la cosa. La entrega de la posesión del objeto pignorado tiende a garantizar la efectividad del derecho, pero no determina su carácter real. En este sentido se pronuncia, entre otros, CAPO BONNAFOUS, *ob. cit.*, págs. 291-293.

(54) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1978, pág. 131, señala que frente a los requisitos que ha de reunir la prestación que es objeto

hay que determinar es si los derechos de crédito pueden ser considerados como cosa existente o esta categoría está reservada tan sólo para las cosas con existencia corporal.

Aunque es cierto que las cosas corporales tienen una existencia objetiva, independiente de cualquier derecho recayente sobre las mismas y que los derechos de crédito no se entienden sino referidos a su titular, también lo es que desde que nace el derecho de crédito, además de consistir en el lado activo de una relación jurídica, adquiere una existencia objetiva que permite considerarlo como cosa en cuanto que representa un valor patrimonial y realizar con él las operaciones de tráfico que se practican con las cosas corporales.

Si ya en Derecho romano se distinguía entre *res corporalis* y *res incorporalis*, no era para hacer referencia a los distintos objetos del patrimonio, como algunas veces se ha dicho, sino para aludir a los diferentes posibles objetos de los derechos. Porque no tiene sentido hablar de *res corporalis* como elemento integrante del patrimonio, el cual está compuesto tan sólo de derechos. Y hoy en día no faltan los ejemplos de derechos recayentes sobre cosas incorporales recogidos en el Derecho positivo (por ejemplo, Derecho de propiedad intelectual, de propiedad industrial, etc.).

El derecho de crédito puede ser concebido, abstractamente, como un bien que además de tener un valor en el patrimonio de su titular tiene un valor en cambio (55), permitiéndose su cosificación (56). Es sobre esta

de una relación meramente obligatoria, a saber, que sea posible, lícita y determinada, el objeto del derecho real, además de la licitud (en el sentido de que su tráfico patrimonial no sea antijurídico) y determinación ha de gozar de existencia real, actual, diciendo al respecto que «no hay cuestión en este punto».

(55) CAPO BONNAFOUS, *ob. cit.*, pág. 286. «Si la transmisibilidad es reconocida, el derecho subjetivo sobre el valor que tiene en el patrimonio de su titular —representado por la esperanza de la obtención de su contenido— adquiere uno nuevo: el valor en cambio, que, en vista de aquél, está determinado por la posibilidad de obtener, mediante su enajenación, un correspondiente económico actual en un negocio jurídico a título oneroso».

(56) Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1970, pág. 367 «Todo este tráfico jurídico sobre créditos, unido al valor económico y patrimonial que los créditos poseen, conduce a una cierta cosificación de los créditos, es decir, a una cierta conversión de los créditos en cosas».

DE CASTRO Y BRAVO, *ob. cit.*, págs. 504-505 «En los derechos de crédito [...] han sido las mismas necesidades del tráfico las que han impuesto una cierta objetivación de la relación obligatoria, con su secuela de respeto general. Los créditos son estimados como valor reconocido y eficaz fuera de la relación entre acreedor y deudor, ya que se admite que existan a pesar de la indeterminación de su sujeto, que se puede disponer de ellos, transmitiéndolos (art. 1.527 CC), en forma que “surta efecto contra tercero” (art. 1.526 CC), que pueden servir de base a otros derechos (derechos sobre derechos) y, en numerosos casos, que producen importantes efectos secundarios respecto de personas no obligadas. De modo todavía más enérgico aparece el significado externo del derecho de crédito en su consideración de bien, “momen” o cosa incorporal, formando parte activa y pasiva del patrimonio».

realidad inmaterial, pero cosificada, sobre la que reace el derecho de prenda. Si se admite esta objetivación del derecho de crédito, se puede separar el derecho objetivado, al menos conceptualmente, del derecho que tiene su titular sobre él, porque aunque no puede existir sin éste, hay ejemplos que ilustran cómo se ha creado un expediente de ficción con alcance explicativo que significa que los créditos son objetos del tráfico patrimonial, admitiendo las mismas operaciones jurídicas que las cosas corporales (57). Los artículos 336 y 346 de nuestro Código Civil se refieren a los derechos de crédito como cosas muebles; el artículo 469, al usufructo de derechos, y el 506, al usufructo de créditos. Y los artículos 1.868, 1.872 *in fine* Código Civil, y 320 y siguientes del Código de Comercio, al regular la prenda de títulos-valores están admitiendo implícitamente la prenda sobre un crédito (aunque gracias a la cosificación del derecho producida por su «incorporación» al papel).

El concepto de cosa es de elaboración progresiva, como lo son las necesidades humanas. Y si entendemos en sentido amplio «cosa» como equivalente a objeto de un derecho patrimonial, los anteriores ejemplos muestran cómo el derecho de crédito viene considerado en nuestro Derecho, en múltiples ocasiones, no en cuanto derecho subjetivo o parte activa de una relación obligatoria, sino como realidad susceptible de ser objeto de otros derechos.

Los derechos de crédito no tienen la misma existencia que la que tienen las cosas corporales, pues carecen de corporeidad (con todas las consecuencias inherentes a ello, como la imposibilidad de una verdadera posesión de los mismos, que goce de protección interdictal y sea apta para la usucapión) (58); pero la que tienen es suficiente para que se consideren susceptibles de ser dados en prenda, porque en ésta la cosa no se sujeta, en cuanto tal, en su concreta individualidad y según sus naturales propiedades, sino en cuanto representante de un abstracto valor patrimonial, la cual, según su contenido, se dirige (59).

En este sentido se pronuncia. GULLÓN BALLESTEROS, *ob. cit.*, pág. 43, en nota 55, RUBINO, *ob. cit.*, pág. 51; RIGAUD. *El derecho real* (trad. española). Madrid, 1928, págs. 278-279; Díez PASTOR, *ob. cit.*, pág. 448; MARÍN PÉREZ, «Los derechos sobre derechos (Notas para su construcción teórica en Derecho español)», en *RGLJ*, 1947, págs. 419 y sigs., y allí, págs. 433 y 462.

(57) Díez-PICAZO, *Ob. y loc. ult. cit.*

(58) *Vid. supra*, nota 4

(59) SOHM, citado por CLAPS, *ob. cit.*, pág. 123. De igual modo, MARÍN PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 451, dice al respecto «La posibilidad de construir un derecho de garantía sobre otro derecho, en principio no se pone en duda. puesto que una cosa incorporea puede servir como objeto de responsabilidad, lo mismo que una cosa corporal, siempre que tenga un valor patrimonial, realizable mediante venta o por otro procedimiento». RUBINO, *ob. cit.*, pág. 51, señala que «al postutto, la distinzione fra cose e diritti soggettivi può porsi nel senso che cosa è tutto ciò che è capace di fornire un'utilità all'uomo, mentre

En conclusión, se puede decir que en el derecho de prenda no se requiere más objetividad que la que tienen los derechos de crédito, por lo que teóricamente puede recaer sobre éstos o sobre cosas corporales (60).

4.2.3. *Es un verdadero derecho real de prenda*

El derecho de prenda es un derecho real en cosa ajena que cumple una finalidad de garantía mediante la sujeción de una cosa al cumplimiento de una obligación. Tal sujeción se sustancia en una relación jurídico-real entre el objeto del derecho y su titular, es decir, en un poder de éste sobre aquél, con eficacia *erga omnes*, que consiste en un derecho de sujeción especial sobre un objeto determinado a fin de satisfacer preferentemente un determinado crédito.

La finalidad y estructura del derecho de prenda determinan que su objeto deba reunir necesariamente determinadas características: En cuanto que tiende a la obtención de un valor, debe tener valor patrimonial y ser enajenable; en cuanto a la sujeción real que se establece, ha de tener existencia objetiva.

Como el poder que se concede al titular del derecho está limitado al fin perseguido, que no es otro que el de la obtención de un valor para aplicarlo a la satisfacción preferente de un determinado crédito, la existencia objetiva que demanda el derecho de su objeto no va más allá de la alcanzada por los derechos de crédito tras el proceso de cosificación que han experimentado, que si bien les permite ser objeto de tráfico jurídico, como si de cosas muebles se tratara, no les ha dado (ni puede, obviamente, darles, salvo traslaticiamente en el caso de los títulos-valores) la corporeidad de la que gozan las cosas materiales que son objeto de los derechos reales de goce, de acuerdo con la finalidad propia de éstos (61).

il diritto soggettivo è il mezzo per attribuire tale utilità ad una determinata persona e per proteggere questa attribuzione, ma allora si scorge che, ai fini ed agli effetti della garanzia, anche il credito dato in pegno può appagare el creditore pignoratizio, colla sua vendita giudiziale (art. 2.804 capov.). *Ciò mostra che, se non è vero che tutti i diritti siano sempre suscettibili di essere trattati come cose, tuttavia determinati diritti possono anche divenire "cose" rispetto ad altri determinati diritti, e quindi fungere da oggetto di questi ultimi».* (Los subrayados son míos.)

(60) Aquí me he referido a su posibilidad teórica; en cuanto a si es admisible en nuestro Derecho esta figura, consistente en una verdadera prenda recayente sobre un derecho de crédito, véase *supra*, *Admisibilidad de la prenda de créditos en nuestro Derecho*.

(61) En la investigación acerca de la naturaleza real o no de la prenda de créditos no se debe olvidar que hay una gran diferencia funcional entre los derechos reales de realización de valor y el resto de los derechos reales (diferencia funcional que también existe entre los derechos reales de uso y los de adquisición preferente, por lo que no es casual que en éstos se reproduzcan las discusiones sobre su naturaleza real o no).

Si algunas disposiciones del Código parecen exigir la existencia material del objeto del derecho de prenda, en realidad no hacen sino velar por la efectividad de un derecho que, según su concepción, sólo recae sobre cosas corporales, pero que no es necesaria ni para atender debidamente a los fines perseguidos ni para hacerlo con la estructura y efectividad propias de tal derecho (62).

Considero, pues, la prenda de créditos como un verdadero derecho real de prenda que debe recibir, en lo posible, la aplicación de la normativa prevista para ésta. La falta de regulación de la figura no impide considerarla como tal, arguyendo que en nuestro Derecho rige la regla del *numerus clausus* respecto a los derechos reales de garantía, pues considero que se trata de la misma figura que está regulada en nuestro Código Civil, cuyas normas deben, simplemente, ser objeto de una interpretación adaptadora.

El especial objeto de la prenda provoca, en este caso, importantes especialidades en orden a la constitución y ejecución de la garantía, que participa de la misma esencia de la prenda de cosas corporales, pues hay un derecho de ejecución del bien pignorado, en caso de incumplimiento del crédito garantizado, oponible a terceros, y un derecho de cobro preferente con lo obtenido.

La veracidad de tal aserto acerca de la naturaleza jurídica de la figura podrá comprobarse tras el estudio de su contenido y sus efectos. No se trata aquí de afirmar apriorísticamente que la prenda de créditos es un verdadero derecho de prenda, sino de dilucidarlo a la vista de su estructura.

5. CONSTITUCION DEL DERECHO

La prenda de créditos no presenta ninguna particularidad en cuanto a su origen, por lo que, como cuando recae sobre cosas corporales, lo normal es que éste sea contractual.

El artículo 1.863 del Código Civil dispone que «se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor o a un tercero de común acuerdo», de donde la mayoría de la doctrina hace derivar el carácter real del contrato de prenda (63), aunque no faltan voces en contra (64). Sea como fuere, lo que no se pone en duda

(62) En tal sentido se pronuncian GULLÓN, *ob. cit.*, pág. 38, y los anotadores del *Tratado de derecho civil*, III, de ENNECERUS/KIPP/WOLFF, *cit.*, pág. 505.

(63) *Vid* ROSENDE HONRUBIA, *ob. cit.*, pág. 469, y las obras allí citadas.

(64) JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, entiendo que se trata de un vestigio, que se puede entender como alusivo a la simultaneidad que suele darse entre la celebración del contrato y la entrega del objeto pignorado. ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 243, considera que el contrato de prenda sólo es real cuando sea gratuito y no se celebre por escrito.

es la necesidad del traspaso posesorio para la constitución del derecho real de prenda.

La exigencia del traspaso posesorio no sólo pretende que se produzca la adquisición de la posesión por parte del acreedor pignoraticio (que puede sustituirse por la investidura posesoria de un tercero depositario), sino también, y sobre todo, que se efectúe la desposesión del constituyente, impidiéndole así disponer de su derecho, desconociendo el del acreedor pignoraticio. Esto supone que para constituir el derecho real de prenda no son posibles las formas de *traditio* que no impliquen un efectivo traslado posesorio, como ocurre con el constituto posesorio (65).

En los negocios que tienen por objeto derechos de crédito, para producir la transmisión del mismo, o mejor, para que ésta sea plenamente eficaz (66), es necesario que el deudor del crédito cedido tome conocimiento del negocio celebrado, lo que no sucederá normalmente mediante la oportuna notificación. La notificación al deudor del crédito pignorado parece ser el medio adecuado para colocar al acreedor pignoraticio, en el caso de prenda de crédito, en una posición similar a la que ostenta en el caso de prenda de cosas corporales gracias a la desposesión de las mismas por parte del constituyente y ha sido el elegido por los Códigos que regulan expresamente la figura (67).

Desde la notificación del negocio celebrado al deudor del crédito pignorado, éste no podrá liberarse de su deuda desconociendo el derecho del acreedor pignoraticio (lo que implica, en caso de créditos dinerarios, que su obligación de pago sólo se entenderá satisfecha cuando se realice en manos de aquél) (68), ni pactar con el constituyente modificaciones de su relación que

(65) Sobre tal consideración hay un gran consenso doctrinal.

(66) La mayoría de nuestra doctrina estima que la notificación no es requisito constitutivo de los negocios que producen la transmisión de derechos de crédito *Vid.*, al respecto, *supra*, nota 30.

(67) WOLFF, *ob. cit.*, pág. 501, refiriéndose al Derecho alemán, dice así: «Si un crédito, para cuya plena transmisión bastaría el acuerdo (sin forma o formal) entre el cedente y el cesionario, ha de ser pignorado, ese acuerdo no es bastante, y es menester además que el pignorante notifique la pignorcación al deudor (§ 1 280. «Die Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genut. ist nur wirksam, wenn der Glaubiger sie dem Schuldner anzeigt»)

GORLA, *ob. cit.*, pág. 127, refiriéndose al artículo 2.800 del Codice Civile, que dispone. «Nel pegno dei crediti la prelazione non ha luogo, se non quando il pegno risulta da atto scritto e la costituzione di esso è stata notificata al debitore del credito dato in pegno ovvero è stata da questi accettata con scrittura avente data certa», señala que la notificación es requisito constitutivo del derecho de prenda de crédito.

(68) Señala RUBINO, *ob. cit.*, pág. 69, a tal propósito que si tras la notificación de la pignorcación de un crédito dinerario el deudor del mismo paga al acreedor/pignorante, dicho pago no será eficaz frente al acreedor pignoraticio, para el que no cuenta; pero que en las relaciones entre acreedor/pignorante y deudor no será ni inválido ni ineficaz, sin que ninguno de los dos pueda impugnarlo, sin perjuicio de que si el deudor se ve

puedan perjudicar los derechos de aquél, tales como la condonación, novación, transacción, compromisos, etc. No considero suficiente a tal efecto, como se discute a propósito de los negocios que producen la cesión de créditos, el conocimiento de la cesión alcanzado de un modo diverso a la notificación, pues ésta desempeña, en la prenda de créditos, igual función que el traslado posesorio en la prenda de cosas materiales; y siendo este requisito constitutivo del derecho real de prenda, también creo que lo es su equivalente en el caso de prenda de créditos, lo cual no excluye que el pago que el deudor del crédito «pignorado» pueda hacer al acreedor que habiendo celebrado un negocio de pignoración del mismo del que aquél haya tenido conocimiento por un medio diverso a la notificación, no sea eficaz frente al acreedor «pignoraticio», pues no se puede amparar a los que, con mala fe, actúan en perjuicio de un tercero (uno, pagando, y otro, recibiendo el pago).

No se exigen otros requisitos formales en la constitución de la prenda de crédito, pues la necesidad de la constancia de su fecha en escritura pública (art. 1.865 CC) sólo va referida a la oponibilidad de la misma a terceros, tal como ocurre en la prenda de cosas (69).

Del artículo 1.258 del Código Civil se puede hacer derivar la obligación del constituyente de entregar al acreedor pignoraticio los documentos donde conste el crédito, si es que existen, no siendo en ningún caso requisito constitutivo del derecho de prenda, pues no se puede entender que con su entrega se transmita la posesión del crédito (70). Se trata, simplemente, de colocar al acreedor pignoraticio en mejor posición probatoria, tanto frente al constituyente como, sobre todo, frente al deudor del crédito pignorado.

6. RELACIONES IMPLICADAS

En la prenda de créditos, además de las dos relaciones que resultan implicadas en todas las relaciones de garantía, la de garantía y la garanti-

obligado a pagar dos veces pueda reclamar a su acreedor mediante la acción de enriquecimiento injusto

(69) Vid. GUILARTE ZAPATERO, *ob. cit.*, pág. 417

(70) CAPO BONNAFOUS, *ob. cit.*, pág. 286, señala en tal sentido que «no está permitido confundir la *traditio* del quirógrafo con la *traditio* del derecho de crédito, porque el documento (fuera de los títulos al portador) es la prueba del crédito, pero no se identifica con él». Sin embargo, DIEZ PASTOR, *ob. cit.*, pág. 452, infiere del artículo 1.464 del Código Civil la obligatoriedad de la entrega de los documentos probatorios del crédito, siendo necesaria tal entrega, además de la notificación al deudor del crédito pignorado, para la constitución plenamente eficaz de la prenda de créditos. En Derecho italiano se discute sobre el alcance de la obligatoriedad de la entrega de los documentos probatorios del crédito que se pignora. Vid. sobre el tema CLAPS, *ob. cit.*, pág. 126, en nota 3, que lo considera requisito constitutivo del derecho de prenda; por contra, DI PACE, *Il pegno dei crediti*, Padua, 1939, págs. 69-70

zada, se encuentra una tercera, que es la de la que surge el crédito objeto de la prenda.

Aunque se admita la naturaleza pignoratícia de la figura, no cabe duda de las especialidades que presenta frente a la prenda de cosas, y es que el objeto sobre el que versa es la parte activa de una relación, considerada objetivamente, en cuanto representante de un valor patrimonial. Se trata de utilizar como objeto de garantía una realidad inmaterial, que consiste en la esperanza de recibir una prestación, protegida por el Ordenamiento jurídico. Como dicha esperanza tiene un valor actual, las necesidades del tráfico han logrado que se cree la ficción de considerarla como cosa para poder negociar con ella. Deja de ser necesario esperar al cobro del crédito para poder negociar con su valor. Cuando se pignora un crédito, lo que en realidad se hace es utilizar con fines garantísticos una realidad ya existente, que pronto podrá convertirse en otra, sobre la que no hay duda de su susceptibilidad para ser objeto de garantía.

7. SUJETOS

Los sujetos de la relación pignoratícia son el acreedor pignoratício y el constituyente, que podrá ser o no el deudor de la obligación garantizada (posibilidad admitida por el art. 1.857 CC). El deudor del crédito pignorado no es parte en dicha relación, aunque la notificación que deba hacerse sea requisito constitutivo del derecho de prenda (71).

El eventual depositario del que trata el artículo 1.863 del Código Civil, cuya función se limita a la de posesión del objeto pignorado, no podrá existir en el caso de prenda de créditos, pues éstos no son susceptibles de posesión (72). Y en todo caso, porque, como se ha dicho, la notificación al deudor del crédito pignorado cumple igual función que la desposesión en la prenda de cosas corporales.

8. OBJETO

Al tratar de la naturaleza jurídica de la prenda de créditos ya se analizaron, siquiera someramente, las diferentes teorías que se han elaborado sobre el objeto de la prenda de créditos, y se apuntaron los principales obstáculos a la admisión de una prenda recayente sobre la prestación debida

(71) RUBINO, *ob. cit.*, pág. 68, en nota 1, indica que la declaración que hace el deudor del crédito pignorado, en el momento de serle notificada la pignoración, no es de voluntad, sino de ciencia

(72) *Vid*, sin embargo, *supra*, nota 4.

de un crédito que se cede, al menos parcialmente, o que grava el valor de éste o el propio derecho del constituyente.

Consideraré entonces que el objeto del derecho de prenda es el derecho de crédito, entendido como cosa, cosificado, en atención al valor patrimonial que representa (73). Además de tener un contenido patrimonial (pues con lo que se negocia es con el valor en cambio del crédito, que no existiría de no tener éste un valor patrimonial intrínseco), ha de ser comerciable (pues al ser objeto de un derecho real de garantía, también llamado de realización de valor, siempre existe el riesgo de que, en caso de vencimiento anterior del crédito garantizado, y tras su incumplimiento, se proceda a la ejecución forzosa del crédito pignorado, lo que conduce a la enajenación del mismo), con lo que quedan excluidos los créditos personalísimos (74).

9. CONTENIDO

Una vez cumplidos los requisitos constitutivos del derecho de prenda, el acreedor garantizado pasa a ostentar la titularidad de un derecho al que, si no se le quiere llamar real, por repugnar la idea de un derecho sobre otro, o de un derecho real sobre uno de crédito, no se le puede negar, sin embargo, en vista de su contenido y de la protección que se le dispensa, el carácter de absoluto, en el sentido de su oponibilidad *erga omnes*.

El derecho del acreedor pignoraticio consiste en un conjunto de facultades que tienden a garantizarle la satisfacción de un determinado derecho de crédito mediante la atribución de un poder sobre otro derecho de crédito objetivamente considerado del que es titular el constituyente. Dicho poder consiste básicamente en la posibilidad de obtener su valor para que en caso de que el crédito garantizado sea insatisfecho pueda aplicarse a su pago. Pero como se señaló anteriormente, las especiales características del bien pignorado provocan alteraciones en el régimen normal de la prenda, en cuanto a su constitución y a su realización.

Así, para la obtención del valor del bien pignorado el acreedor pignoraticio no cuenta solamente con el derecho de instar su ejecución, sino que tratándose de crédito dinerario tiene además el derecho de cobro del mismo, lo que no implica una verdadera cesión del crédito, pues a pesar de que el acreedor pignoraticio se apropia de lo obtenido (no con finalidad de cobro,

(73) Sobre los diferentes tipos de créditos que pueden ser objeto de prenda en Derecho italiano, *vid. GORLA, ob. cit.*, págs. 120-121. que estimo trasladable a nuestro Derecho

(74) Señala GULLÓN, *ob. cit.*, pág. 45, que «el BGB dispone en el parágrafo 1.069, con más precisión que nuestro Código, que el usufructo sobre un derecho ha de regirse por las reglas que rigen la cesión de créditos. No puede constituirse un usufructo sobre un derecho que no sea cedible».

sino de continuación de su derecho de garantía por medio del mecanismo de subrogación real) (75), la titularidad del crédito nunca le fue transmitida, pudiendo el constituyente hasta ese momento disponer del crédito, transmitiéndolo o gravándolo nuevamente (76).

La atribución de la facultad del cobro del crédito pignorado al acreedor pignoraticio, en el caso de créditos dinerarios (77), y la imposibilidad de proteger el derecho que éste ostenta con determinados medios, como la protección posesoria (78), hacen que parte de la doctrina se muestre reacia a admitir el carácter de derecho real de prenda de la figura, con el que solamente tendría en común, se dice, la finalidad de garantía, pero no la estructura. El fondo de la cuestión reside en la amplitud con que se conciba la categoría de los derechos reales (79). Si se entiende que sólo pueden recaer sobre cosas, no habría problema para admitir la prenda de créditos tras el proceso de cosificación que han experimentado éstos; en cambio, si se entiende que deben recaer sobre cosas corporales, no cabría otra solución que la de negar el carácter real a la prenda de créditos.

Pero detrás de toda esta polémica acerca de la naturaleza jurídica de la prenda de créditos hay, sin embargo, un amplio acuerdo en cuanto a la normativa aplicable y a sus efectos, reduciéndose el debate muchas veces a la calificación jurídica (difícil de resolver porque en él se aúnan las dudas existentes en materia de derechos reales y sus características definidoras y las atinentes a los derechos sobre derechos, categoría aún no demasiado explorada), cuya trascendencia tan sólo se pone de manifiesto en la mayor o menor dificultad que se encuentra para fundamentar la aplicación de unas normas sobre las que todos parecen estar de acuerdo.

Con todo, creo que el conjunto de facultades que componen el derecho del acreedor pignoraticio podría sintetizarse del siguiente modo:

(75) La prenda de créditos se convertirá entonces en prenda irregular. En ésta, el acreedor garantizado se hace propietario del objeto de la garantía dada la naturaleza fungible de la misma, lo que no implicará inmediata satisfacción del crédito garantizado. Una vez llegado el vencimiento de éste, y sólo en el caso de que resulte insatisfecho, se procederá a la ejecución de la garantía mediante el especial mecanismo propio de la figura. La insuficiente claridad con la que suele ser vista la prenda irregular induce a pensar que cuando el acreedor pignoraticio cobra el crédito y se apropia de lo obtenido, se satisface inmediatamente el crédito garantizado, con lo que no se duda en afirmar que, en este caso, la prenda de crédito consiste en una verdadera cesión del crédito. *Vid.* CHIRONI, *ob. cit.*, pág. 532, que realiza una crítica similar.

(76) CHIRONI, *ob. cit.*, pág. 533.

(77) RIGAUD, *ob. cit.*, pág. 281.

(78) RIGAUD, *ob. cit.*, págs. 282-283.

(79) *Vid.* ROSENDE HONRUBIA, *ob. cit.*, pág. 578

9.1. DERECHO DE COBRO DEL CREDITO PIGNORADO

El acreedor pignoraticio tiene derecho a cobrar el crédito pignorado en caso de que éste venza antes de que el crédito garantizado haya sido satisfecho voluntariamente o gracias a la ejecución forzosa del objeto de la prenda. El derecho de cobro no implica transmisión del derecho de crédito en cuestión, pues el acreedor pignoraticio no devendrá titular de la prestación, sobre la que tan sólo ostentará un derecho de garantía (80).

El fundamento de este derecho de cobro del crédito pignorado puede encontrarse en varios lugares y será necesario distinguir, al efecto, entre créditos dinerarios y no dinerarios.

Si la conveniencia de que la facultad de cobro del crédito corresponda al acreedor pignoraticio está presente en ambos supuestos (81), en el caso de créditos dinerarios aparece como inevitable si no se quiere que la garantía constituida a favor de aquél devenga ilusoria cuando el crédito dado en garantía venza antes que el garantizado, pues si es el constituyente el que cobra el crédito no sería posible mantener el derecho de garantía del acreedor pignoraticio sobre un objeto fungible, que al entrar en el patrimonio del constituyente se confunde con el suyo propio, ya que habría roto el principio de especialidad que rige en los derechos reales de garantía (82) (83).

Es por ello por lo que, ya desde el Derecho romano, se concedió al acreedor pignoraticio, respecto a este tipo de créditos, el *ius exigendi* que correspondía al constituyente en cuanto titular del derecho de crédito, y es

(80) Este derecho correspondiente al acreedor garantizado ha sido explicado por algunos, como se vio anteriormente, como una cesión limitada a los fines de garantía que impide la definitiva apropiación del dinero o la adquisición de la propiedad del objeto material en cuya entrega haya consistido la prestación objeto del derecho de crédito cedido.

(81) Sobre tal conveniencia, que fue la que llevó al legislador del Codice Civile a conceder al acreedor pignoraticio el *ius exigendi*, vid GORLA, *ob cit.*, págs. 122-123. DI PACE, *ob cit.*, págs 96 y sigs, se muestra favorable a la concesión al acreedor pignoraticio del *ius exigendi* aun antes de que el Codice Civile de 1942 lo declarase así

(82) CLAPS, *ob cit.*, pág 418, dice a propósito: «Il pegono dei crediti sarebbe ruscito quasi sempre inutile»

(83) Hay que decir que existe otra solución para evitar esto, que es la adoptada en Derecho alemán (§§ 1.281 y 1.284), consistente en el establecimiento de una facultad conjunta de cobro del titular del crédito y el acreedor pignoraticio, y que si no la tomo en consideración es porque, además de ser más problemática, hay argumentos basados en textos positivos que nos acercan más a la propuesta. Los anotadores del *Tratado de Derecho civil*, III, *Derecho de cosas*, de ENNECERUS/KIPP/WOLFF, *cit.*, pág. 515, señalan que la solución alemana responde a «razones de conveniencia para la seguridad de ambos acreedores: pignoraticio y gravado. Pero no es la consecuencia de ningún principio doctrinal, únicos a los que podemos acudir en defecto de una norma positiva expresa». En el mismo sentido se pronuncia DIEZ PASTOR, *ob cit.*, pág. 453.

por ello también por lo que así lo reconocen otros Derechos, como el italiano (84).

Para defender tal postura dentro de nuestro Derecho, que carece de normativa al respecto, no podemos invocar solamente, claro está, las fuentes romanas y la enorme conveniencia de admitirlo. Es necesario recurrir a algún precepto legal que nos permita apoyar la solución propugnada. El artículo 507 del Código Civil, referido al usufructo de créditos, concede la facultad de cobro del crédito usufructuado al usufructuario, disponiendo que «el usufructuario podrá reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo si tuviese dada o diera la fianza correspondiente. Si estuviese dispensado de prestar fianza o no hubiese podido constituir la, o la constituida no fuese suficiente, necesitará autorización del propietario, o del Juez en su defecto, para cobrar dichos créditos». Que este artículo sirva de apoyo para mantener que la facultad del cobro del crédito pignorado corresponde al acreedor pignoraticio es lo que viene entendiendo comúnmente nuestra doctrina, que, salvo algunas excepciones (85), equipara, a estos efectos, a éste con el usufructuario que hubiese prestado la fianza correspondiente (86).

Creo que tal solución no es aventurada si se tiene en cuenta, aparte la conveniencia de admitirlo (que cuando se trata de crédito dinerario se convierte en necesidad imperiosa si se quiere mantener la virtualidad garantística de la figura), que es el acreedor pignoraticio el que dispone de hecho del crédito pignorado y el que posee los títulos probatorios del mismo, que el crédito se pignoró atendiendo al valor que representa, que el derecho de prenda tiende a la realización de un valor y que existe la posibilidad de mantener la vinculación garantística sobre la prestación que se realice.

La naturaleza del objeto pignorado, como ya se advirtió anteriormente, provoca alteraciones en el régimen «normal» de la prenda, ideado para cosas que gocen de existencia corporal. Y una vez más, es conveniente no olvidar la finalidad a la que ésta tiende. Si se pretende obtener un valor de una cosa determinada para proteger el derecho que el acreedor pignoraticio

(84) Artículo 2.803 del Codice Civile, que reza así: «Il creditore pignoratizio è tenuto a riscuotere, alla scadenza, il credito ricevuto in pegno, e, se questo ha per oggetto danaro o altre cose fungibili, deve, a richiesta del debitore, effettuare il deposito nel luogo stabilito d'accordo o altrimenti determinato dall'autorità giudiziaria. Se il credito garantito è scaduto, il creditore può ritenere del danaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente o, se si tratta di cose diverse dal danaro, può farle vendere o chederne l'assegnazione secondo le norme degli articoli 2.797 e 2.798».

(85) Así, PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.*, pág. 1045.

(86) Así, por ejemplo: GULLÓN BALLESTEROS, *ob. cit.*, págs. 48-49; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 255; CASÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, pág. 497; DIEZ PASTOR, *ob. cit.*, pág. 452. GUILARTE ZAPATERO, *ob. cit.*, pág. 415.

tiene sobre ella, habrá que proporcionarle los medios adecuados a fin de evitar menoscabos o pérdidas de la misma que hagan disminuir o desaparecer su valor. Pero claro está que los medios serán diversos si diversa es la naturaleza del objeto.

Cuando se trate de cosas corporales, el acreedor pignoraticio contará, además de la protección interdictal y las acciones reales propias de su derecho, con la posibilidad de «ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero» (art. 1.869.2 CC).

Cuando se trate de derechos de crédito, y dado su efímero destino, el medio adecuado para que tras el cumplimiento de la prestación debida, con la consiguiente extinción del derecho de crédito pignorado, no se extinga la garantía constituida sobre él (en caso de que el crédito sea dinerario), no es otro que el de dar al acreedor pignoraticio la facultad de cobro del crédito, continuándose la relación de garantía sobre el objeto del mismo (87).

De otro lado, se advierte que es esencial a la prenda la sujeción real de la cosa al poder del acreedor pignoraticio y que la facultad de instar la ejecución forzosa de ésta, contenida en el artículo 1.872 del Código Civil, es exclusiva del mismo, pero en cambio no es esencial a la prenda que el valor de su objeto se obtenga por medio de este procedimiento, sino que la naturaleza especial de determinados objetos permiten acudir a otros, tal como lo demuestran la remisión que el artículo 1.872 *in fine* hace a los artículos 320 y siguientes del Código de Comercio para el caso de valores negociables, y el caso indiscutido de la prenda regular de dinero especificado o individualizado, en la que no se procede a ejecución ninguna por resultar innecesaria. Pues en el caso de la prenda de crédito dinerario, la propia naturaleza del mismo no sólo hace innecesaria en ciertas ocasiones la ejecución, como en el último supuesto citado, sino que se hace necesario conceder al acreedor pignoraticio el derecho de cobro del crédito si no se quiere que desaparezca su derecho, desaparición que no obedecería a circunstancias excepcionales o inevitables, sino al normal desenvolvimiento de una relación que desde el principio, sin ese paliativo, habría estado abocada al fracaso.

(87) Favorable a esta interpretación del artículo 1.869 se muestran GULLÓN BALLESTEROS, *El derecho real de subhipoteca (las hipotecas sobre hipotecas)*, Barcelona, 1957, pág. 50, «sólo pretende que la garantía no se destruya. Tal derecho sólo puede apoyarse también en el artículo 1.869 del Código Civil como consecuencia del deber de custodia que le es impuesto al acreedor pignoraticio por el artículo 1.867», CAPO BONNAFOUS, *ob. cit.*, pág. 295: «La facultad de exigir el cumplimiento del crédito vencido aparece como una consecuencia natural de la especial índole de la prenda de créditos: sin ella no podría realizarse la función de garantía». «La solución, pese a las aparentes dificultades, aparece apenas se considere la naturaleza especial de la prenda de créditos, que supone necesariamente esa continuación».

Si el crédito pignorado no tiene por objeto cosas fungibles, las razones que aconsejan la atribución al acreedor pignoraticio de la facultad de cobro son menores, como lo son los fundamentos en los que se apoya (así, en Derecho romano sólo se concedía en caso de prenda de créditos dinerarios y, sobre todo, que el art. 507 CC también parece referirse solamente a éstos). En cambio, se ofrecen soluciones alternativas para impedir la extinción de la garantía en caso de que el crédito pignorado venza antes de que se satisfaga el garantizado. El acreedor pignoraticio podrá reclamar al que hasta el momento del cobro era el titular del crédito pignorado la entrega del objeto que hubiese recibido en cuanto tal por ampararle un derecho de garantía sobre él (que ha pasado de recaer sobre el crédito, ahora extinguido por el pago, a recaer sobre el objeto mediato del mismo gracias a un mecanismo que será explicado más adelante) (88) (89).

El poder que otorga el *ius exigendi* al acreedor garantizado es equivalente al que dispensa el derecho de posesión cuando se trata de cosas corporales. De ahí que si al derecho de posesión va anejo el deber de cuidado de la cosa pignorada (art. 1.867 CC), a la facultad de cobro del crédito pignorado se liga el «deber de cuidado del crédito», lo cual implica la debida exacción de intereses y cobro del capital al vencimiento y la realización de cuantos actos conservativos sean necesarios (90). Porque si al acreedor pignoraticio se le concede una facultad para velar mejor por su derecho, no se puede olvidar el interés que el constituyente (o un eventual adquirente del crédito) tiene sobre el derecho de crédito, del que sigue siendo titular (91).

9.2. DERECHO DE «RETENCIÓN» DEL CRÉDITO PIGNORADO

Al igual que sucede en la prenda de cosas corporales, el acreedor pignoraticio tiene derecho a «retener» el crédito pignorado hasta que no le sea

(88) El carácter no fungible del objeto evita todo peligro de confusión en el patrimonio del que era titular el crédito pignorado, que acarrearía la extinción del derecho de garantía por defecto de especialidad al impedir la actuación del mecanismo subrogatorio del que se habla.

(89) Sin embargo, los seguidores de la teoría de la cesión limitada conceden al acreedor garantizado el derecho de cobro objeto de la garantía, tanto si éste es dinerario como si no lo es.

(90) RUBINO, *ob. cit.*, pág. 80, señala a tal propósito que «all'obbligo di conservazione può ricondursi, non strutturalmente ma funzionalmente, l'obbligo del creditore pignoratizio di riscuotere alla scadenza il credito ricevuto in pegno, sebbene il credito garantito non sia ancora scaduto (art. 2803)».

(91) Sobre la disyuntiva entre el ejercicio judicial de acciones, para obtener la prestación a la que tiende el crédito pignorado por parte del acreedor pignoraticio, o la simple obligación de comunicar al titular del mismo su impago para que sea éste el que proceda judicialmente contra el deudor, *vid. GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit.*, pág. 47; ROSENDE HONRUBIA, *ob. cit.*, pág. 656, RUBINO, *ob. y loc. ul. cit.*

satisfecho el garantizado (art. 1.866 CC). Este derecho consiste, en la práctica, en la facultad de negarse a declarar la extinción de su derecho o dar prueba de ello de otro modo (por ejemplo, restituyendo los documentos probatorios del derecho de crédito que obrasen en su poder), creando la base necesaria para que el titular del crédito pignorado, mediante la oportuna notificación al deudor, recupere la titularidad sin cargas (volviendo a gozar del *ius exigendi*, si por tratarse de un crédito dinerario éste correspondía al acreedor pignoraticio).

9.3. DERECHO AL PERCIBO DE LOS INTERESES QUE PRODUZCA EL CRÉDITO PIGNORADO

En virtud del artículo 1.868 del Código Civil, se concede al acreedor pignoraticio un derecho al percibo de los intereses que produzca el crédito pignorado, que deberá compensar con los que se le deben, y si no se le deben o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital. Este derecho viene considerado como una anticresis legal, que va ligada a la prenda de cosa fructífera, a menos que se excluya por pacto.

Como ya se indicó en otro lugar, en la alusión que hace el Código a los «intereses» se han apoyado algunos para afirmar el reconocimiento legislativo en nuestro Derecho de la prenda de créditos.

9.4. DERECHO A LA EJECUCIÓN DEL VALOR DEL CRÉDITO PIGNORADO

Es moneda corriente en nuestra doctrina admitir, cualquiera que sea la postura que se mantenga acerca de la naturaleza jurídica de la prenda de crédito, que el acreedor pignoraticio, en caso de que el crédito garantizado venza y no sea satisfecho, pueda proceder a la ejecución del crédito sobre el que versa la garantía (para algunos crédito, cedido; para otros, pignorado...) por el procedimiento establecido en el artículo 1.872 de nuestro Código Civil para satisfacer con el producto que se obtenga en la misma (92).

La ejecución forzosa del crédito pignorado no presenta ninguna especialidad (93) en relación a la de las cosas corporales: En este caso tendrá lugar

(92) Si se entiende que la prenda de créditos constituye un verdadero derecho real de prenda, el artículo 1.872 del Código Civil se aplicará directamente. De otro modo, la aplicación no podrá ser sino analógica y se fundamentará en la común finalidad de garantía a la que tienden ambas figuras (así lo entienden los defensores de las variadas doctrinas acerca de la naturaleza jurídica de la prenda de crédito que niegan el carácter verdaderamente pignoraticio de ésta).

(93) ROSENDE HONRUBIA. «La prenda de créditos», *RCDI*, 1927, págs 642 y sigs., y allí, pág 663, expone la forma en que se cumplirán los requisitos exigidos en el

una cesión forzosa del derecho de crédito, siendo el cedente el titular del crédito (constituyente de la garantía o posterior cesionario) y el cesionario el adjudicatario de la subasta que se lleve a cabo. La cesión se deberá notificar debidamente al deudor cedido como cualquier cesión (94).

Como ya se vio anteriormente en el caso del crédito dinerario, la ejecución forzosa del crédito no es el único modo de obtener su valor, que también podrá lograrse gracias al cobro del mismo (95). Si normalmente resulta antieconómico ejecutar el crédito pignorado en lugar de cobrarlo, ello no impide, obviamente, que se pueda optar por lo primero.

9.5. DERECHO DE COBRO PREFERENTE SOBRE LO OBTENIDO CON LA EJECUCIÓN FORZOSA DEL CRÉDITO PIGNORADO

El acreedor pignoraticio tiene derecho de cobro preferente sobre el producto obtenido en la ejecución, para aplicarlo a la satisfacción del crédito garantizado (ex art. 1.922.2 CC).

artículo 1.872 del Código Civil para el desarrollo de la ejecución cuando se trate de derechos de crédito: «En el anuncio de las subastas se indicará la naturaleza del crédito pignorado, su cuantía, nombre del deudor del mismo, fecha en que se le notificó la existencia del contrato de prenda a que servía de garantía y la respuesta que diera prestando su asentimiento o expresión de no haber dado ninguna [hay que señalar que la notificación que se haga al deudor del crédito objeto de la garantía es meramente recepticia, lo cual no excluye la posibilidad de que éste declare su conformidad con el negocio celebrado, lo cual tendrá importancia a los efectos previstos en el art. 1.198 CC]. Una vez adjudicado el crédito a uno de los postores de la subasta, o en su caso al acreedor pignoraticio, el Notario autorizante de la misma deberá notificarlo al deudor de dicho crédito, con la expresión del nombre y residencia del adjudicatario, para que le pague su importe el día de su vencimiento y, en su caso, los intereses pactados en las fechas correspondientes, quedando subrogado dicho adjudicatario respecto al crédito que le ha sido enajenado en cuantos derechos y acciones podría ejercitar, en relación al mismo, su anterior propietario [*rectitus*. titular].

(94) Dispone el artículo 1.198.2 del Código Civil que no podrá oponerse al cesionario la excepción de compensación que al deudor cedido correspondiese contra el cedente si las deudas son posteriores a la notificación.

En este caso, creo que el momento ha de referirse al de la constitución de la garantía y no al de la notificación de la cesión forzosa, pues desde entonces el deudor cedido pudo dejar de confiar en una posibilidad de satisfacción de sus créditos contra el constituyente de la garantía por medio de una compensación con el pignorado.

(95) La consideración (que creo equivocada) de que tras el cobro del crédito dinerario pignorado por parte del acreedor pignoraticio se produce una extinción inmediata del crédito garantizado, aunque su vencimiento fuese posterior, conduce a GULLÓN, *ob. cit.*, págs. 54-55, a estimar obligatoria la enajenación del crédito pignorado (ex art. 1.872 CC) en caso de incumplimiento del crédito garantizado con vencimiento anterior al del pignorado. CAPO BONNAFOUS, *ob. cit.*, pág. 295, es de la misma opinión. A favor de la posibilidad de elección por parte del acreedor pignoraticio, entre proceder a la ejecución forzosa del crédito pignorado o esperar a su vencimiento y posterior cobro, se muestran DIEZ PASTOR, *ob. cit.*, pág. 454; DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, 5.ª ed., Madrid, 1990, pág. 509.

La consideración de que la prenda de créditos es una verdadera prenda implica necesariamente el reconocimiento de este derecho de cobro preferente, sin que para ello sea un obstáculo la interpretación restrictiva que deben recibir los privilegios; y es que no se trata aquí de ampliar los supuestos en los que éstos tienen aplicación, sino de dotar a uno de ellos de su verdadero alcance, asumiendo después todas las consecuencias que de esto se deriven (96).

Es requisito indispensable para el ejercicio de este derecho la constancia en documento público de la fecha de constitución de la prenda, tal como dispone el artículo 1.865 del Código Civil, para evitar así fraudes a otros acreedores del constituyente.

10. MECANISMO DE ACTUACION DE LA GARANTIA

Para entender correctamente la dinámica de la prenda de créditos hay que distinguir debidamente los supuestos en que el crédito pignorado venza antes que el garantizado o después de éste.

En el caso de que el crédito pignorado venza antes que el garantizado, se procederá al cobro de aquél (siendo el legitimado para recibirlo el titular del crédito, es decir, el constituyente de la prenda o posterior cesionario, en el caso de que el crédito no sea dinerario, o el acreedor pignoraticio en caso contrario), lo que provocará, lógicamente, su extinción. Tanto en un supuesto como en otro gozará el acreedor pignoraticio de un derecho de garantía sobre el objeto de la prestación realizada por el deudor del crédito pignorado: en el primero, el titular del crédito adquirirá la propiedad del bien recibido, y el acreedor pignoraticio un derecho real de garantía sobre el mismo; en el segundo, se constituirá una prenda irregular a favor del acreedor garantizado.

Este derecho de garantía del acreedor pignoraticio sobre lo obtenido con el cobro del crédito pignorado se explica gracias al mecanismo de subrogación real, que hace posible que la garantía constituida sobre el crédito

(96) Bastante claras son las palabras de DE EIZAGUIRRE a este respecto, *ob. cit.*, pág. 204: «Admitida la necesidad de una interpretación correctora de la Ley en este punto, implícita en la corriente doctrinal que reconoce validez a la *prenda sobre derechos* en nuestro Ordenamiento, la coherencia con tal postulado implica asumir la totalidad de las consecuencias jurídicas que del mismo emanan» Sigue esta orientación ROJO AJURIA, *ob. cit.*, pág. 168: «Nos sumamos por lo tanto a la opinión doctrinal [...] que mantiene la posibilidad de admitir en nuestro Ordenamiento la prenda de créditos». «Creemos que no se han de confundir la creación de un nuevo privilegio y la constitución de un derecho de garantía sobre determinados objetos. El privilegio será siempre el derivado del derecho de prenda (art. 1.922.2 CC), siendo un problema diferente la posibilidad de constitución de un derecho de prenda sobre bienes que plantean importantes peculiaridades»

siga viva aun después de extinguirse éste, pues se reúnen en este caso todos los requisitos que se consideran necesarios para que tenga lugar: 1.º Entra en juego por ocasión de la pérdida o enajenación de un elemento individualizado del patrimonio. 2.º El bien entra en el patrimonio por el mismo título que el bien que ha desaparecido. 3.º Existencia de un lazo directo entre el bien desaparecido y el venido a sustituirlo. 4.º Transferencia al bien subrogado de los derechos existentes sobre el bien enajenado o desaparecido (97) (98).

(97) Cfr. BONECASSE, *Elementos de Derecho civil* (trad. esp.), México, 1946, III, págs. 11 y sigs.

(98) Hay que señalar que aunque son muchos los que mantienen que se trata de un caso de subrogación real, se han formulado otras teorías para explicar el origen del derecho del acreedor garantizado con la prenda del crédito sobre lo recibido en razón del mismo, entre las que se destacan las dos siguientes.

1) DI PACE, *Il pegno dei crediti*, Padua, 1939, págs. 128-130, que entiende que el derecho del acreedor garantizado comprende un derecho de prenda sobre el crédito (que tendría un alcance meramente obligacional) y un derecho real eventual de prenda sobre el objeto del mismo (que se hace derivar de la voluntad de los contratantes), derecho este último que se actualizaría en el momento del cobro del crédito, siendo su fecha la de la celebración del contrato de prenda de crédito. Teniendo en cuenta que antes del momento del cobro del crédito el acreedor garantizado no tiene más que el derecho a que sea constituido a su favor un derecho real de prenda (en base a un contrato ya perfecto, si se entiende que éste no es real, o en base a un contrato aún no perfeccionado si, por el contrario, se defiende su carácter real), no veo porqué se haya de considerar que la fecha de éste sea la de la celebración del contrato de prenda de crédito. La prenda se perfecciona en el momento de la entrega del objeto sobre el que recae gracias al derecho de cobro que ostenta el acreedor garantizado, por lo que será ese momento el que se deba tener en cuenta a efectos de ejercitar el derecho de preferencia que en razón del mismo se ostenta (siempre que conste su certeza en escritura pública, tal como dispone el art. 1.865 CC). (No se trata aquí de un negocio sometido a condición suspensiva que, cumplida la condición, produzca efectos retroactivos. En el momento en el que se celebra el negocio de la prenda del crédito, el objeto sobre el que recaerá la prenda que eventualmente se constituya a favor del acreedor garantizado no forma parte del patrimonio del deudor/constituyente de la garantía, por lo que se trata de una prenda de cosa ajena que sólo nace cuando el acreedor garantizado recibe su posesión, entrando al mismo tiempo a formar parte del patrimonio del constituyente)

2) CLAPS, *ob. cit.*, págs. 443-444, encuentra la explicación a la continuación de la garantía tras la extinción del crédito pignorado, en la propia naturaleza del derecho de crédito. Este consta de dos elementos: a) La conducta del deudor, que está obligado a realizar la prestación debida (elemento inmediato del derecho de crédito), y b) La cosa que el deudor debe prestar (elemento mediató del derecho de crédito). Si el derecho de crédito viene comprendido en su integridad, no hay problema para explicar lo que sucede en la prenda del mismo. Cuando se pignora el crédito se pignoran sus dos elementos y sobre los dos adquiere un cierto poder el acreedor pignoraticio, de forma que cuando uno se extingue el otro permanece. Comparten esta idea: RIGAUD, *ob. cit.*, pág. 280, CAPO BONNAFOUS, *ob. cit.*, pág. 294, Díez PASTOR, *ob. cit.*, pág. 448. Esta teoría explica tanto el nacimiento de este derecho de prenda sobre el objeto de la prestación a la que tenía el crédito pignorado como que la fecha que haya de tenerse en cuenta a efectos del derecho de cobro preferente de que goza el acreedor pignoraticio, sea la de la constitución de la prenda de crédito, saliendo al paso de los inconvenientes que

Gracias a una ficción legal, lo obtenido con el cobro del crédito pignorado se convierte en el nuevo objeto del derecho real de garantía que anteriormente recaía sobre el crédito al que sustituye (99), de manera similar a cuanto acaece en nuestro Derecho en la hipoteca inmobiliaria, mobiliaria, prenda sin desplazamiento y prenda con desplazamiento, con lo recibido con motivo de la expropiación del objeto de la garantía (en los tres primeros supuestos) o cobro del seguro que recaía sobre éste en caso de pérdida total o parcial (en todo ellos).

Si en estos casos se atiende a la exigencia de tutelar a los acreedores que disfrutan de garantía real ante la eventualidad de la pérdida del objeto al que aquélla se refiere (que es de naturaleza duradera), en la prenda de créditos esta exigencia es aún mayor, pues se protege al acreedor garantizado ante la normal extinción del objeto sobre el que recae su derecho de garantía, pues cuando el crédito pignorado tiene un vencimiento anterior al del crédito garantizado, ya desde el inicio de la relación se prevé que aquél va a desaparecer. No tendría sentido alguno establecerla sobre el mismo si no se garantiza al mismo tiempo una continuación sobre otro bien.

Dentro de esta primera hipótesis de vencimiento anterior del crédito pignorado es necesario distinguir, según que el crédito pignorado sea o no dinerario. Si el crédito es dinerario, el acreedor pignoraticio no sólo puede, sino que debe proceder al cobro del crédito pignorado cuando llegue su vencimiento (dada la obligación de custodia que prescribe el art. 1.867 CC, que en este caso asume caracteres parecidos a los que tiene en el depósito administrado) (100). Debido a la fungibilidad del dinero, cobrado que sea el crédito, pasará a confundirse en el patrimonio del acreedor pignoraticio, sin que por ello se produzca la extinción del garantizado (que aún no ha vencido, por hipótesis). El derecho de garantía del que gozaba el acreedor pignoraticio habrá pasado de ser una prenda de créditos, a transformarse, con el cobro, en una prenda irregular (lo cual es radicalmente distinto al

plantea la teoría de la cesión limitada (según la cual esta fecha no puede ser sino la de la entrega del objeto mediato del crédito «pignorado» —*vid supra*, pág. 29) o la teoría de la prenda anticipada sobre el objeto del crédito —*vid supra*, págs. 32 y sigs — (pues el derecho de prenda no sólo recae sobre el objeto mediato del crédito, sino también sobre este mismo, comprendiéndose así por qué puede el acreedor pignoraticio proceder a la ejecución forzosa del crédito en caso de que su vencimiento sea posterior al momento en que el garantizado resulte vencido e incumplido para cobrarse perfectamente con lo obtenido).

(99) Sobre subrogación real, *vid. DE BUEN, Enciclopedia jurídica española*, tomo XXIX, voz: subrogación real (Derecho civil), Barcelona, 1910, págs. 138-144. LÓPEZ LÓPEZ, en la obra colectiva coordinada por LÓPEZ/MONTES, *Derecho civil. Parte General*, Valencia, 1992, págs. 382-384.

(100) GARRIGUES, *Contratos bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975, pág. 400, refiriéndose al depósito administrado dice que «la custodia adopta aquí la modalidad que requiere la propia naturaleza de las cosas depositadas».

cobro de un crédito que se aplica a la satisfacción del garantizado, porque la exacción del primero provoca, en este caso, la inmediata extinción del segundo) (101), en la que si bien el constituyente de la misma pierde su

(101) La prenda irregular es una verdadera garantía y no un medio de satisfacción, actuando como tal una finalidad asegurativa y otra satisfactiva. Esta segunda entra en juego en el mismo momento en el que lo hacen todas las garantías: en el momento de vencimiento y consiguientemente incumplimiento del crédito garantizado. Lo cual significa que entre el momento que nace la prenda irregular, es decir, cuando en concepto de tal se entrega al acreedor garantizado una cierta cantidad de cosas fungibles que pasan a confundirse en su patrimonio, y el momento en que el crédito garantizado se extingue, tras la falta de cumplimiento voluntario del mismo, gracias a la satisfacción que la prenda irregular proporciona, media un lapso de tiempo, pues de otro modo no tendría sentido sino saldar la deuda con lo entregado. El insuficiente examen del mecanismo por el que actúa la prenda irregular y las dificultades que se encuentran para darle una explicación satisfactoria provoca la tendencia a ver en toda entrega de dinero que se haga al acreedor una entrega que salda inmediatamente la deuda, es decir, o un pago o una *datio in solutum*.

A esto se añade la falta de un reconocimiento legislativo y jurisprudencial de la virtualidad garantística de la prenda irregular que garantice la imposibilidad del embargo de las cantidades sobre las que versa la garantía, anterior al momento en que se produzca el especial mecanismo de «ejecución» propio de la prenda irregular, que puede provocar la extinción de la garantía por desaparición de su objeto, antes de que haya alcanzado la finalidad que está destinada a cumplir. De ahí que las entidades bancarias (que son normalmente las acreedoras beneficiarias de este tipo de garantías) suelen acudir a prácticas que se han calificado de «inconfesables, por aberrantes (DE EIZAGUIRRE, *ob. cit.*, pág. 205), consistentes en dar por vencida la deuda principal anticipadamente tan pronto como tienen conocimiento del mandamiento de embargo, adjudicándose la prenda con valor (fecha) anterior al de la orden judicial». ROJO AJURIA, *ob. cit.*, pág. 187, señala cómo en otros Ordenamientos se han creado, en ocasiones, mecanismos con los que se alcanza igual resultado (así, por ejemplo, cita el art. 130 del Código Civil holandés, que permite el vencimiento anticipado de créditos recíprocos, produciéndose una compensación oponible a terceros). Pero en nuestro Derecho la exacción del crédito dinerario pignorado a manos del acreedor pignoraticio no provoca el vencimiento y posterior extinción del garantizado por compensación, tal como hace notar, con buen criterio a mi entender, parte de nuestra doctrina (señaladamente, GUILARTE ZAPATERO, *ob. cit.*, Díez-PICAZO/GULLÓN, *ult. ob. cit.*, pág. 509; ROJO AJURIA, *ob. cit.*, pág. 187), contrariamente a cuanto mantienen otros (así: GULLÓN, *ob. cit.*, pág. 51, que a fin de evitarlo propone que se pacte el depósito de la suma recibida; ROSENDE HONRUBIA, *ob. cit.*, págs. 655-656, que cree escapar del ámbito de aplicación de la prohibición del pacto comisorio, arguyendo que el acreedor/constituyente puede oponerse a ello, Díez PASTOR, *ob. cit.*, pág. 453, que escribe: «Si, como será lo más frecuente, la prestación consiste en una suma de dinero, de hecho el acreedor pignoraticio que por sí solo la recibe verá satisfecho su crédito antes de ser exigible»). Bastantes aclaratorias resultan al respecto estas palabras de GUILARTE ZAPATERO, *ob. y loc. ult. cit.*: «Conviene precisar que si el crédito dado en garantía vence antes que el garantizado, el acreedor garantizado traslada su garantía del crédito al objeto de éste, bien sea dinero u otra cosa de otra naturaleza, garantía que se mantendrá hasta el vencimiento de la obligación asegurada, en cuyo momento se extinguirá o podrá ser objeto de realización, según cumpla o no el deudor de aquélla».

[Puede ocurrir que, tratándose de dos créditos dinerarios, se ceda uno con finalidad de pago del otro. Ello puede ser en pago (*datio pro soluto*) o para el pago (*datio pro*

derecho de propiedad sobre el objeto garantizado, se aseguran sus derechos debidamente, pues se hace titular de un derecho de crédito a la restitución del *tantumdem* de lo entregado, que se hará exigible cuando el crédito garantizado se extinga de un modo que no sea la puesta en marcha del procedimiento satisfactivo de la prenda irregular. Esto último tendrá lugar si, llegado el momento del vencimiento del crédito garantizado, no se realizara voluntariamente la prestación debida, y consistirá en la aplicación por parte del acreedor garantizado del valor del dinero recibido a la satisfacción del crédito, con la obligación de devolver al constituyente de la garantía el eventual exceso (102).

No obstante todo lo dicho anteriormente, siempre cabrá la posibilidad de que el constituyente de la garantía y el acreedor pignoraticio pacten que, tras el cobro del crédito dinerario pignorado, deposite el acreedor pignoraticio la suma recibida en manos de un tercero. Según que el depósito que se realice en cumplimiento de tal acuerdo sea regular o irregular, la prenda sobre el crédito se habrá transformado en prenda regular de dinero o en una nueva prenda de crédito (del existente contra el depositario irregular), que, llegado el momento del vencimiento del crédito garantizado sin que sea satisfecho, podrán ser normalmente ejecutadas atendiendo a las características de cada una de ellas (103).

Si el crédito no es dinerario, será el titular del crédito (constituyente o eventual cesionario del mismo) el que proceda al cobro del crédito. Sobre su objeto adquiere éste la propiedad y el acreedor garantizado un derecho real de garantía, que será diverso según su naturaleza. Si se trata de una cosa mueble que se subroga en lugar del crédito pignorado, se tratará de una prenda que no tendrá ninguna particularidad, sino que su fecha será la de la constitución de la prenda de crédito. Si se trata de un inmueble, parece

solvendo): En el primer caso, se extingue un crédito en el momento en que se cede otro (se trata de una *datio in solutum* anticipada) En el segundo, el crédito que se quiere solventar mediante la cesión sólo podrá exigirse si, vencido el crédito cedido, éste no se satisface. En otro caso, el primero se extingue cuando se satisface el segundo, sin necesidad de esperar a su vencimiento. Pero si bien es posible que suceda esto, no se debe confundir con la prenda de créditos, que posteriormente se transforma en prenda irregular, en la que, como se ha visto, el crédito garantizado no vencido no se extingue cuando se satisface el crédito pignorado]

(102) Sobre dicho mecanismo, *vid.* DALMARTELLO, *Novissimo Digesto italiano*, XII, Voz: «Pegno irregolare», Turín, 1982, págs. 798 y sigs., y obras allí citadas; CLAPS, «Del c d. pegno irregolare», en *Archivio Giuridico*, 1896, págs. 454 y sigs. En nuestra doctrina han tratado el tema, entre otros: VIÑAS MEY, «La prenda irregular», en *RDP*, 1925, págs. 341 y sigs.; JORDANO FRAGA, «Prenda regular, prenda irregular y prenda de créditos. Sobre la pignorabilidad de una imposición a plazo fijo», comentario a la STS de 18 de julio de 1989, en *ADC*, 1990, págs. 305 y sigs.; GIL RODRÍGUEZ, Comentario a la STS de 28 de noviembre de 1989, en *CCJC*, núm. 22, 1990, págs. 55 y sigs.

(103) *Vid.* al respecto DI PACE, *ob. cit.*, pág. 135.

más acertado entender que se crea un derecho de anticresis (104) (105), cuya fecha será, no obstante, la de la constitución de la prenda de crédito.

Como titular de un derecho de garantía sobre el bien recibido en cobro del crédito sobre el que recaía su derecho de prenda, el acreedor garantizado podrá exigir, por medio de la acción real correspondiente a su derecho, la entrega de aquel bien que desde que entró a formar parte del patrimonio del ahora propietario ya estaba gravado, sin perjuicio de que, tratándose de prenda, las partes puedan pactar que el bien se deposite en manos de un tercero, tal como admite el artículo 1.863 de nuestro Código Civil.

Estos derechos de garantía son perfectamente normales, por lo que, llegado el momento del vencimiento del crédito garantizado sin que sea satisfecho, se procederá a la ejecución por los procedimientos legalmente previstos para ello en cada caso.

Cuando el crédito garantizado venza antes que el pignorado, y en caso de que no sea satisfecho, el acreedor pignoraticio puede optar por la ejecución forzosa de éste o por esperar a su vencimiento y posterior cobro (que en caso de tratarse de un crédito dinerario será a manos del acreedor pignoraticio, y en caso contrario a manos del constituyente de la garantía), lo cual será, en la mayoría de los casos, lo más rentable (106). Si opta por esta última posibilidad, todo se desarrollará igual que se reseñó anteriormente (aunque con la diferencia de que se podrá proceder inmediatamente a la ejecución del valor del bien subrogado en lugar del crédito pignorado por estar ya vencido —y no haber sido satisfecho— el crédito garantizado) (107). Si, por el contrario, opta por la primera, el procedimiento será el previsto en el artículo 1.872 del Código Civil (108).

MARÍA CRUZ MORENO

Departamento de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

(104) En este sentido. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 386, en nota 29: «Si es inmueble, el tipo de garantía que corresponde parece ser la anticresis», y PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.*, pág. 1045. Otros, en cambio, hablan de un derecho de hipoteca, como DIEZ PASTOR, *ob. cit.*, pág. 451, que importa la solución del Derecho alemán, en el que se crea una hipoteca de seguridad.

(105) Sobre la subrogación en caso de un objeto no apto para ser sustrato del mismo derecho real de garantía originario, *vid.* MAGAZZU, *Enciclopedia del diritto*, XLIII, 1990. Voz: «Surrogazione (Surrogazione reale)», págs. 1497 y sigs.

(106) Sobre la posibilidad de elección entre ambas posibilidades, *vid. supra*, nota 95.

(107) PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.*, pág. 1050, señala que en este supuesto de vencimiento anterior del crédito garantizado que resulta incumplido, tratándose de crédito dinerario el acreedor pignoraticio no sólo podrá esperar a su cobro, sino que podrá también, «en la medida que resulte necesario para su satisfacción», ceder el crédito pignorado a su favor a título oneroso o gratuito, condonarlo u oponerlo en compensación frente a un crédito que el deudor de dicho crédito tenga contra él

(108) *Vid. supra*, pág. 70.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO: *Derecho civil*, III, 2, 5.ª ed., Barcelona, 1983.
- AMORÓS GUARDIOLA: «La garantía patrimonial y sus formas», en *RGLJ*, 1972, págs. 561 y sigs.
- BONCASSE: *Elementos de Derecho civil* (trad. esp.), México, 1946, III.
- CAPO BONNAFOUS: «Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos», en *RCDI*, 1931, págs. 282 y sigs.
- CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, II, 2, 13 ed., Madrid, 1983.
- CHIRONI: *Trattato dei Privilegi, delle Ipoteche e del Pegno*, vol. I (Parte General), 6.ª ed., renovada, Turín, 1917.
- CLAPS: «Studi e considerazioni sulla natura giuridica del pegno de' crediti», en *Archivio Giuridico*, Nuova Serie, 1901, vol. VII, págs. 401 y sigs., y vol. VIII, págs. 93 y sigs.; «Del c.d. pegno irregolare», en *Archivio Giuridico*, 1896, págs. 454 y sigs.
- DALMARTELLO: *Novissimo Digesto italiano*, XII. Voz: «Pegno irregolare», Turín, 1982, págs. 798 y sigs.
- DE BUEN: *Enciclopedia jurídica española*, tomo XXIX. Voz: «Subrogación real (Derecho civil)», Barcelona, 1910, págs. 138-144.
- DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, Parte General, tomo I, Valladolid, 1942.
- DE EIZAGUIRRE: «Las imposiciones a plazo fijo como objeto de garantía pignoratícia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores». Comentario a la STS de 27 de diciembre de 1985, en *RDBB*, 1987, págs. 179 y sigs.
- DI PACE: *Il pegno dei crediti*, Padua, 1939.
- DÍEZ PASTOR: «Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca», en *RCDI*, 1930, págs. 440 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1970; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1978.
- DÍEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 6.ª ed., 1989; *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 5.ª ed., Madrid, 1990.
- ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, vol. I, 5.ª ed., Madrid, 1975.
- FORLANI: «Critica della nozione del diritto di pegno secondo il diritto romano del profesor Adolfo Exner», en *Archivio Giuridico*, vol. XI, 1873, págs. 355 y sigs.
- GARRIGUES: *Contratos bancarios*, 2.ª ed., Madrid, 1975.
- GIL RODRÍGUEZ: Comentario a la STS de 28 de noviembre de 1989 en *CCJC*, núm. 22, 1990, págs. 55 y sigs.
- GORLA: *Pegno. Ipoteca*, en el *Commentario Scialoja/Branca*, 3.ª ed., Bolonia-Roma, 1968.
- GUILARTE ZAPATERO: *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigido por ALBALADEJO, tomo XXIII (arts. 1.822-1.886 CC), Jaén, 1980.
- GULLÓN BALLESTEROS: *El derecho real de subhipoteca (Las hipotecas sobre hipotecas)*, Barcelona, 1957.
- JORDANO BAREA: *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958.
- JORDANO FRAGA: «Prenda regular, prenda irregular y prenda de créditos. Sobre la

- pignorabilidad de una imposición a plazo fijo». Comentario a la STS de 18 de julio de 1989, en *ADC*, 1990, págs. 305 y sigs.
- LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho civil*, tomo I, vol. 3.º, 2.ª ed., Barcelona, 1984.
- LÓPEZ/MONTES (coordinadores): *Derecho civil. Parte General*, Valencia, 1992.
- MAGAZZU: *Enciclopedia del diritto*, XLIII, 1990. Voz: «Surrogazione (Surrogazione reale)», págs. 1497 y sigs.
- MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, 6.ª ed., revisada por GÓMEZ YSABEL, Madrid, 1973.
- MARÍN PÉREZ: «Los derechos sobre derechos (Notas para la construcción teórica en Derecho español)», en *RGLJ*, 1947, págs. 419 y sigs.
- NAVARRO PÉREZ: *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, Granada, 1988.
- PANTALEÓN PRIETO: «Cesión de créditos», en *ADC*, 1888, págs. 1033 y sigs.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982.
- PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: Anotaciones a WOLFF, *Derecho de cosas*, del *Tratado de Derecho civil*, ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, vol. II, tomo 3.º (trad. castellana de la 10 ed., rev., alemana), 3.ª ed., Barcelona, 1971.
- RIGAUD: *El derecho real* (trad. española de XIRAU), Madrid, 1928.
- ROJO AJURIA: *La compensación como garantía*, Madrid, 1992.
- ROSENDE HONRUBIA: «La prenda de créditos», en *RCDI*, 1927 (núm. 32), págs. 561 y sigs., y (núm. 33) págs. 641 y sigs.
- RUBINO: *La responsabilità patrimoniale, Il pegno*, en *Trattato di Diritto civile italiano*, dirigido por FILIPPO VASSALLI, fasc. 1.º del vol. XIV, tomo 1.º, Turín, 1943.
- SÁNCHEZ GUILARTE: Obra colectiva *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mundo financiero*, Madrid, 1990, págs. 649 y sigs.
- SERRANO ALONSO: *Comentarios al Código Civil* publicado por el Ministerio de Justicia (art. 1.864), tomo II, Madrid, 1991.
- VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios sobre derechos de cosas*, Madrid, 1973.
- VIÑAS MEY: «La prenda irregular», en *RDP*, 1925, págs. 341 y sigs.
- WOLFF: *Derecho de cosas*, del *Tratado de Derecho civil*, ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, vol. II, tomo 3.º (trad. castellana de la 10 ed., rev., alemana), 3.ª ed., Barcelona, 1971.

Algunos problemas sobre la emisión de pagarés de empresa, de obligaciones convertibles y de obligaciones hipotecarias (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION: A) LA GENESIS DE LOS TIPOS ESPECIALES DE EMISIONES DE VALORES EN EL MARCO DE LAS NECESIDADES DE LA FINANCIACIÓN DE LAS EMPRESAS B) LA ADMISIÓN DE VALORES NEGOCIABLES ATÍPICOS EN EL MARCO DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES Y DEL REAL DECRETO SOBRE EMISIONES Y OFERTAS PÚBLICAS DE VENTA DE VALORES. C) LA PROLIFERACIÓN DE TIPOS ESPECIALES DE EMISIONES DE VALORES EN NUESTRO DERECHO. D) LAS DOS FASES EN LA VIDA DE LOS VALORES NEGOCIABLES —II. LOS PAGARES DE EMPRESA: A) ANTECEDENTES Y FUNCIÓN ECONÓMICA. B) LA FASE DE PRODUCCIÓN DE LOS PAGARES DE EMPRESA. C) LA FASE DE DISTRIBUCIÓN DE LOS PAGARÉS DE EMPRESA —III. LAS OBLIGACIONES CONVERTIBLES: A) ANTECEDENTES, FUNCIÓN ECONÓMICA Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES. B) LA FASE DE EMISION DE OBLIGACIONES CONVERTIBLES. C) LA FASE DE DISTRIBUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES CONVERTIBLES.—IV. LAS OBLIGACIONES HIPOTECARIAS EMITIDAS POR PARTICULARES: A) ANTECEDENTES Y FUNCIÓN ECONÓMICA. B) LA FASE DE PRODUCCIÓN DE ESTE TIPO DE OBLIGACIONES. C) LA FASE DE DISTRIBUCIÓN DE ESTAS OBLIGACIONES.

I. INTRODUCCION

La metodología que emplearemos a lo largo de esta ponencia ha de ser forzosamente selectiva por cuanto sólo podremos hacer referencia a unos pocos de los muchos problemas que plantean los tres tipos especiales de valores negociables que nos ha correspondido examinar. En concreto, plan-

(*) Texto de la ponencia presentada en las «Jornadas sobre la financiación de la empresa mediante la emisión de valores negociables (Problemas actuales y perspectivas de futuro)», organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y celebradas en Madrid los días 15 y 16 de febrero de 1993. El texto ha sido revisado añadiendo la bibliografía española básica.

tearemos en forma de preguntas sucesivas y propondremos en forma de respuestas a las mismas aquellas cuestiones que más interés han suscitado desde el punto de vista del «Derecho vivo», con especial atención —dado el marco que nos acoge— a la práctica financiera y registral. Además, los límites exteriores de esta ponencia nos vienen marcados por los contenidos de las restantes que conforman estas Jornadas (por lo que no abordaremos, v.gr., los aspectos generales de la intervención de la CNMV en la emisión de estos tipos especiales de valores).

Por otro lado, al dar estos primeros pasos en nuestra ponencia sobre «tipos especiales de emisiones», es forzoso empezar puntualizando que la «especialidad» es doble por cuanto nos referiremos a tipos especiales de valores negociables que implican, además y en determinados supuestos, mecanismos especiales de emisión (v.gr., los pagarés de empresa emitidos por medio de programas o las obligaciones con garantía hipotecaria emitidas por personas físicas) (1).

En cualquier caso y antes de entrar en el análisis de cada uno de los valores cuya exposición nos ha sido encomendada, es preciso realizar varias observaciones de carácter general.

A) LA GÉNESIS DE LOS TIPOS ESPECIALES DE EMISIONES DE VALORES EN EL MARCO DE LAS NECESIDADES DE FINANCIACIÓN DE LAS EMPRESAS

La necesidad de ubicar nuestra ponencia en el marco de estas Jornadas hace conveniente que empecemos recordando que desde los primeros años de la década de los ochenta hasta nuestros días, y tanto en España como en el extranjero, se han incrementado de una manera espectacular las necesidades de financiación de las empresas en general y muy especialmente de las grandes corporaciones o sociedades cotizadas (2). Ello ha exigido una

(1) Otra acepción de las emisiones «especiales de valores» —como categoría diferente a las emisiones «comunes» de valores— es la que hemos utilizado en TAPIA HERMIDA, «El desarrollo reglamentario de las emisiones y ofertas públicas de venta de valores», publicada en la *RDBB*, núm. 45 (1992), pág. 306, donde incluíamos en dicha categoría las emisiones que precisan autorización administrativa, las exceptuadas y las previstas en los artículos 24 y 26 del Real Decreto 291/1992. Parecida distinción hace J. E. CACHÓN BLANCO, *Derecho del mercado de valores*, tomo II, Madrid, 1992, pág. 83, cuando a propósito del «régimen jurídico-administrativo de las emisiones de valores negociables» hace referencia a las «emisiones de régimen jurídico especial». En similar sentido, ver S. TORRES ESCÁMEZ, *La emisión de obligaciones por sociedades anónimas. Estudio de la legislación mercantil y del mercado de valores*, Madrid, 1992, págs. 54 y sigs.

(2) Estas necesidades de habilitar cauces de financiación empresarial son especialmente acuciantes en nuestro sistema económico actual, en el que —tal y como señala recientemente L. APARICIO en el «Semanal de negocios e inversiones», dedicado a «La

ampliación del «menú» de cauces de financiación ofrecidos por los intermediarios financieros a las empresas.

La mencionada ampliación se ha producido tanto en el ámbito estrictamente bancario, a través de la aparición de los denominados «productos o servicios parabancarios» (entre los que la doctrina comparada ha incluido, junto al arrendamiento financiero o *leasing* y al factoraje o *factoring*, la emisión de títulos atípicos), como en el ámbito del mercado de valores a través de la aparición de nuevos tipos de valores negociables (3). En este último sector los nuevos valores han surgido tanto en la financiación con recursos ajenos (por ejemplo, los pagarés de empresa) como con recursos propios (por ejemplo, las acciones sin voto) (4).

Estas exigencias económicas de nuevos cauces de financiación se han traducido, en el ámbito jurídico, en la aparición de valores atípicos (5). Simplificando al máximo nuestra exposición, podemos decir que dicha ati-

financiación, una presa difícil», del diario *Cinco Días* correspondiente al viernes 5 de marzo de 1993—, «los costes financieros asfixian al empresario y constituyen una pesada carga que distancia cada vez más a la empresa española de sus competidoras europeas» Respecto a las obligaciones en particular. TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1. págs. 29 y sigs., se refiere a «la emisión de obligaciones entre las diferentes formas de financiación de la sociedad anónima».

(3) Sobre estas tendencias de innovación y «desintermediación» puede verse nuestro reciente trabajo en A. J. TAPIA HERMIDA, «Aspectos generales de las actividades parabancarias en el Derecho español», en la *RDBB*, núm. 47 (1992), págs. 623 y sigs. Nos interesa destacar en este momento que la financiación es una necesidad económica de las empresas que tiene un carácter unitario y, por ello, las vías de financiación bancarias y mobiliarias no son compartimentos estancos, sino vasos comunicantes. como así lo demuestra el «Informe anual 1990» de la *CNMV* cuando en su página 27 señalaba que «el origen de este presumible crecimiento del endeudamiento, vía pagarés, parece estar en las dificultades encontradas por las empresas para obtener financiación bancaria tradicional, por un lado, y financiación exterior, por otro».

(4) Sobre estas acciones. nos remitimos a la bibliografía citada en nuestro trabajo: A. J. TAPIA HERMIDA, «Las acciones sin voto», en *RDBB*, núm. 40 (1990), págs. 749 y sigs., a la que se pueden añadir, recientemente, las aportaciones de A. SÁNCHEZ ANDRÉS, «A propósito de un caso de transformación temporal de acciones ordinarias en preferentes sin voto. con opción a recuperarlo», en la *RCDI*, año LXVIII, noviembre-diciembre 1992, núm. 613; L. J. PORFIRIO CARPIO, «Las acciones sin voto en Bélgica, Holanda, Portugal y Suiza», en la *RDM* enero-junio 1991, núms. 199-200, págs. 91 y sigs., L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El fortalecimiento de los recursos propios* (Madrid, 1992), págs. 201 y sigs.; CACHÓN BLANCO, *supra*, nota 1, págs. 199 y sigs. En nuestra práctica reciente el supuesto más notorio ha sido la «oferta de transformación de acciones ordinarias en acciones preferentes sin voto» realizada por el Banco Guipuzcoano (ver el anuncio en el *BORME*, núm. 167, del 31 de agosto de 1992).

(5) La postura favorable a un *numerus apertus* (con las precauciones necesarias en cada caso) ha sido defendida por FERNÁNDEZ DEL POZO, *supra*, nota 4, págs. 89 y sigs. En un ámbito próximo al que ahora consideramos, puede verse el trabajo de R. GARCÍA VILLAVEDE. «Tipicidad contractual y contratos de financiación», en AA.VV., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero* (Madrid, 1990), págs. 3 y sigs.

picidad se ha mostrado en dos versiones (6). En primer lugar, en una versión «radical» a través de la creación de valores atípicos (por ejemplo, los *warrants*). En segundo lugar, en una versión «moderada», por medio de la utilización de valores típicos con alteraciones en su régimen legalmente previsto o por medio de la emisión de valores típicos con finalidades atípicas (por ejemplo, los pagarés de empresa).

Podemos dar por finalizado este apartado constatando que las necesidades de financiación de las empresas son crecientes y constantemente cambiantes y ejercen una fuerza renovadora sobre los tipos de valores negociables a través de los que se pretenden satisfacer. Este impulso desemboca en valores de nueva factura, en mutaciones de valores típicos o en combinaciones de valores típicos y atípicos. A todos ellos ha de atender el Derecho por cuanto, frente a estos productos de la llamada «ingeniería financiera», es necesario desplegar la que ASCARELLI denominaba «ingeniería del jurista» (7).

B) LA ADMISIÓN DE VALORES NEGOCIABLES ATÍPICOS EN EL MARCO DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES Y DEL REAL DECRETO SOBRE EMISIONES Y OFERTAS PÚBLICAS DE VENTA DE VALORES

Ante la fuerza expansiva señalada, en este ámbito, como en tantos otros del Derecho de los mercados financieros, se produce un proceso continuo de tipificación legal de los nuevos valores introducidos tanto por la práctica española como por la extranjera (así, por ejemplo, las acciones sin voto, introducidas en nuestra LSA de 1989). En concreto, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, citada como LMV) nace con un propósito fundamental, cual es el de la protección de los inversores (función que se le encomienda especialmente a la CNMV por su art. 13) ante cualquier forma de captación pública de su ahorro [objetivo que se complementa con lo señalado por el art. 28.2.b) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de

(6) FERNÁNDEZ DEL POZO, *supra*, nota 4, pág. 99, donde propone una clasificación de las diversas manifestaciones de los valores atípicos «en atención a la razón o causa de la atipicidad» que nos parece especialmente interesante y que le lleva a distinguir cuatro categorías: la atipicidad por acumulación o yuxtaposición de valores, por desintegración o fragmentación, por la forma de instrumentación y los híbridos financieros

(7) En este sentido era citado por L DE ANGULO, «Tipos y cláusulas especiales en la financiación mediante emisión de obligaciones, en la *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 106-107, 1973, págs. 986. Uno de los mejores ejemplos que ofrece nuestra práctica reciente de este tipo de combinaciones es la emisión de obligaciones convertibles en acciones sin voto y con *warrants* que realizó en 1991 Naarden Internacional, S.A (ver el anuncio de la emisión en el *BORME*, núm. 120, del 26 de junio de 1991).

Crédito] (8). Este objetivo de tutela sustancial —independiente del vehículo jurídico-formal que se utilice en cada caso— exigía que la LMV partiera de un concepto abierto de valor negociable. De ahí que el número 2 de su Exposición de Motivos no sólo abandonara «la relación biunívoca dominante hasta hoy entre el mercado de valores y los títulos-valores», sino que incluso señalara que el concepto de valor negociable es «difícil de definir de forma escueta en el articulado de un texto legal».

En desarrollo de aquellas previsiones legales y dando una prueba más del deseo de nuestro Derecho del mercado de valores de dar cauce a esa capacidad de innovación —en su versión de atipicidad «radical» o «moderada»—, el Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores, establece dos previsiones fundamentales:

1.ª En primer término, en la letra *f*) del número 1 de su artículo 2 califica como valor negociable (9):

«Cualquier otro derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se le dé, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera. En particular, se entenderán incluidos en el presente apartado las participaciones o derechos negociables que se refieran a valores o a créditos».

2.ª En segundo lugar, el artículo 17 exige un contenido adicional del folleto para aquella clase de

«emisiones que tengan por objeto valores a los que no sea de aplicación un régimen legal típico definido o impliquen, cuando ello sea posible, variaciones sobre el régimen típico previsto en las disposiciones legales aplicables».

Es esta una exigencia que contribuirá, sin duda, a incrementar la seguridad jurídica del inversor en los valores total o parcialmente atípicos (10).

(8) A esta finalidad de cierre lógico del artículo 28 2.b) de la Ley 26/1988, respecto a la captación de ahorro público hemos hecho referencia en TAPIA HERMIDA, *supra*, nota 3, pág. 635

(9) Ver A. J. TAPIA HERMIDA, *supra* nota 1, pág. 303.

(10) FERNÁNDEZ DEL POZO, *supra*, nota 4, págs. 95 y sigs., ya se refería a «los atípicos en el proyecto de decreto de emisiones».

C) LA PROLIFERACIÓN DE TIPOS ESPECIALES DE EMISIONES DE VALORES EN NUESTRO DERECHO

Nuestra ponencia tiene un alcance limitado por cuanto se refiere únicamente a tres tipos especiales de emisiones de valores negociables. Aun así, nos parece oportuno recordar que nuestro sistema financiero y el Derecho que lo regula han asistido en los últimos años a una proliferación de tipos especiales de valores negociables, categoría ésta en la que conviven, junto a los valores que analizaremos, otros de gran importancia en la práctica. Entre estos últimos podemos mencionar, a modo de ejemplo, los siguientes:

- a) En primer lugar, las obligaciones o bonos subordinados que, conforme a la Ley 13/1985, recientemente reformada por la Ley 13/1992, pueden emitir las entidades financieras a los efectos de incrementar sus fondos o recursos propios (11). En nuestra práctica financiera, podemos observar cómo se han realizado interesantes «combinaciones» de valores especiales. Así, por ejemplo, las efectuadas por importantes bancos privados que mediante emisiones de obligaciones convertibles y subordinadas han captado en el extranjero —previa exclusión del derecho de suscripción preferente— importantes inversiones computables en sus recursos propios.
- b) En segundo lugar, las cuotas participativas que pueden emitir las Cajas de Ahorro al amparo del Real Decreto 664/1990, de 25 de mayo, y que tienen por objeto compensar la inferioridad competitiva de aquellas Cajas frente a los bancos privados en lo que se refiere a la dotación de recursos propios (12).
- c) En tercer lugar, los valores del mercado hipotecario, creados al amparo de la Ley 2/1981 y su normativa de desarrollo. En particular hay que mencionar las participaciones hipotecarias, que han querido ser potenciadas recientemente a través de la implantación

(11) Sobre este tipo de obligaciones puede verse nuestro estudio en A. J. TAPIA HERMIDA, «La financiación externa de las Cajas de Ahorro, en particular las obligaciones subordinadas y las cuotas participativas», en la *RDBB*, núm. 43 (1991), págs. 709 y sigs., así como nuestra noticia sobre «La nueva normativa sobre recursos propios y supervisión en base consolidada de entidades financieras», en la *RDBB*, núm. 47 (1992), págs. 868 y sigs. Ver también FERNÁNDEZ DEL POZO, *supra*, nota 4, págs. 285 y sigs., y TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, págs. 108 y sigs.

(12) Ver nuestro estudio citado *supra*, nota 11, págs. 726 y sigs., y, recientemente, A. FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR y F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El fortalecimiento de los recursos propios de las Cajas de Ahorro: Situación actual y perspectivas de futuro*, en la Ley de 22 de diciembre de 1992, págs. 1 y sigs., CACHÓN BLANCO, *supra*, nota 1, tomo I, págs. 363 y sigs., y FERNÁNDEZ DEL POZO, *supra*, nota 4, pág. 212, donde califica esta innovación como «una reforma fracasada».

de los Fondos de Titulización Hipotecaria creados en el marco de la Ley 19/1992 (13).

D) LAS DOS FASES EN LA VIDA DE LOS VALORES NEGOCIABLES

Para el análisis de los tres tipos de valores negociables especiales que nos corresponde abordar, utilizaremos una metáfora economicista —que como toda metáfora es imperfecta, pero útil— para distinguir a lo largo de la vida de estos valores negociables dos fases:

1.^a En primer lugar, una fase de «producción» jurídica, esto es, de creación del valor negociable por parte de una persona física o de una persona jurídica que puede ser, a su vez, una persona jurídica con forma societaria o forma fundacional y con estatuto empresarial o sin él. Esta primera fase se desarrolla conforme a normas preferentemente ubicadas en el Derecho de sociedades mercantiles y los «controles de calidad» son asumidos, sucesivamente, por Notarios y por Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Podemos señalar, pues, que en el marco de la dicotomía propia del Derecho del mercado de valores como Derecho «informativo» en donde —al igual que sucedía con el tradicional Derecho bursátil— confluyen normas públicas y privadas (14), predominan en esta fase las normas privadas por cuanto son privados los intereses que mayoritariamente están en juego.

2.^a En segundo lugar, una fase de «distribución» jurídica que se desarrolla en el ámbito del mercado de valores y que se traduce en la adquisición originaria de los valores negociables en el mercado primario de valores o en la adquisición derivativa de los mismos en los distintos mercados secundarios. Las normas que regulan esta segunda fase pertenecen, en su mayor parte, al Derecho del mercado de capitales o del mercado de valores y el «control de calidad» es asumido fundamentalmente por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Cabe añadir que son públicas (jurídico-

(13) Ver una exposición sintética en nuestra noticia sobre «La Ley sobre Régimen de Sociedades y Fondo de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria», en la *RDBB*, núm. 46 (1992), págs 567 y sigs. Recientemente, ver A. MADRID PARRA, «La llamada "titulización" hipotecaria (Ley 19/1992)», en *Derecho de los Negocios*, año IV, núm. 29, págs 1 y sigs. Ver también TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, págs 111 y sigs. Desde un punto de vista práctico es interesante analizar la «emisión de obligaciones simples garantizada con prenda sobre participaciones hipotecarias» que realizó la Sociedad Española de Titulización, S.A. (ver el anuncio en el *BORME*, núm. 207, de 28 de octubre de 1991).

(14) Esta caracterización y esta dicotomía eran puestas de relieve, respecto al tradicional «Derecho bursátil», por A. SÁNCHEZ ANDRÉS en su profundo estudio que llevaba por título «En torno al concepto, evolución y fuentes del Derecho bursátil en el sistema jurídico español», en la *RDM*, núm 155 (1980), págs 12 y sigs.

administrativas) las normas que regulan esta fase por cuanto es público el interés de la generalidad de los inversores que se desea tutelar.

Como antes señalábamos, la anterior metáfora es útil, pero dista mucho de ser perfecta. Ello es debido, en primer lugar, a que las normas públicas y privadas invaden las dos fases; en segundo lugar, si bien es cierto que en la vida de cualquier valor negociable la fase de producción jurídica por parte del emisor antecede a la distribución y colocación de dichos valores entre los inversores, los «controles de calidad» no se suceden cronológicamente del mismo modo. Así, por ejemplo, y conforme a la nueva redacción dada por la disposición adicional cuarta del Real Decreto 291/1992 a los artículos 166.4 y 282.2, ambos del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, citado como RRM), la calificación del Registrador Mercantil se producirá tras la verificación del cumplimiento de todos los requisitos por parte de la CNMV que irá seguida por el registro, salvo cuando la CNMV «aprecie en los acuerdos de emisión infracciones muy graves del Ordenamiento jurídico que puedan poner en peligro los intereses de los inversores o implicar discriminaciones entre ellos» (art. 8.3 del RD 291/1992).

II. LOS PAGARES DE EMPRESA

A) ANTECEDENTES Y FUNCIÓN ECONÓMICA

1. *Antecedentes*

El «pagaré» se presenta tradicionalmente como un efecto de comercio regulado en la vigente Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque (tít. I, cap. XIV), y concebido como un instrumento de pago emitido voluntariamente. Sin embargo, a partir de la década de los ochenta —en particular, desde octubre de 1982— numerosas grandes empresas españolas (muchas de ellas pertenecientes al sector público, como, por ejemplo, RENFE), buscando un instrumento de financiación a corto plazo semejante al «papel comercial» («commercial paper») estadounidense, empiezan a utilizar los pagarés mediante su emisión masiva, que implica una captación igualmente masiva de fondos por parte del público inversor. Se pretendía, por tanto y a imagen de la experiencia estadounidense, introducir un sistema de financiación cuyo funcionamiento estaba basado sobre tres pilares. En primer lugar, sobre la emisión y colocación preferente de los pagarés en un mercado institucional en el que la alta calidad del «papel» emitido se lograba por medio de la solvencia indiscutible del emisor (grandes corporaciones) y del Banco agente de la colocación. En segundo término, colocación a corto plazo (sin rebasar, por regla general, los trescientos días de vida del

pagaré). Por último, utilización de la técnica del «descuento» para la emisión y pago (15), técnica esta presente en nuestra práctica (16).

El desarrollo de esta utilización atípica (17) del pagaré no pasa inadvertida en nuestro Derecho positivo y, así, una Orden Ministerial de 24 de mayo de 1983 sujetaba, en su artículo 1.º, «el anuncio y puesta en circulación de pagarés de empresa emitidos en serie» a las normas del Real Decreto 1851/1978 «sobre anuncio y puesta en circulación de títulos de renta fija». En consecuencia, los emisores de pagarés de empresa debían cumplir los requisitos comunes exigibles a la emisión de valores de renta fija (fundamentalmente, elaboración y distribución de un folleto informativo) (18).

En este contexto, los pagarés de empresa han sido definidos —por SACRISTÁN REPESA— (19) como la «promesa de pago o el documento en que dicha promesa se recoge, emitida típicamente a corto plazo por un empresario y colocada en el mercado, con la técnica de venta al descuento, mediante la participación de intermediarios financieros, quienes generalmente facilitan el cumplimiento de la misma y la ampliación a ciertos efectos del plazo del crédito que otorga el adquirente mediante la concesión adicional al emisor de un crédito subsidiario que en ningún caso garantiza el cobro por parte del adquirente».

2. Función económica

El mercado de pagarés de empresa adquirió gran importancia en la primera mitad de la década de los ochenta, normalizándose en torno a 1988 tras padecer diversas inflexiones en su volumen de emisiones, llegando a competir con las propias obligaciones dada la extensión progresiva de sus

(15) Esta génesis, y en particular su vinculación con el «commercial paper» norteamericano se pone de relieve en I. ARROYO MARTINEZ, *El pagaré*, en MENÉNDEZ y otros. *Derecho cambiario* (Madrid, 1986), págs. 753 y sigs.; M. SACRISTÁN REPESA, «Emisión y descuento de pagarés de empresa», en AA VV., *supra*, nota 5, pág. 314; F. VARELA PARACHE, «Commercial paper» y la Banca americana», en AA.VV., *El mercado de pagarés de empresa* (Madrid, 1983), págs. 95 y sigs.

(16) Podemos mencionar en nuestra práctica reciente y a modo de ejemplo la característica de la «primera renovación del programa de emisión de pagarés al portador» realizada por Santander de Factoring, S.A. (ver el anuncio en el *BORME*, núm. 23, del 4 de febrero de 1993), relativo al «precio de emisión», donde se decía «La emisión se hará libre de gastos para el suscriptor, con lo que el desembolso a efectuar será el que resulte de deducir del valor nominal el importe del descuento a efectuar en cada caso. El desembolso se efectuará cuando se realice la suscripción».

(17) A esta «atipicidad» aludía SACRISTÁN, haciéndose eco de la doctrina italiana, en *supra*, nota 15, págs. 305 y 328.

(18) A esta Orden aludía SACRISTÁN, *supra*, nota 15, pág. 325.

(19) En *supra*, nota 15, págs. 307-308.

plazos. En particular, a partir de 1989, el uso de pagarés experimenta un notorio incremento debido, entre otros factores, a la política monetaria restrictiva y a la instrumentación transitoria de un depósito previo en las financiaciones exteriores (20). En cuanto se refiere a la situación económica actual, la emisión de pagarés de empresa a lo largo de 1992 ha experimentado un descenso respecto al año precedente. En efecto, mientras que en 1991 se verificaron por la CNMV programas de pagarés de empresa por un importe de 1,73 billones de pesetas, en el año 1992 la cuantía quedó reducida a 1,43 billones de pesetas. A pesar de ese descenso, la actual situación económica, que crea dificultades de financiación a muchas empresas, deja como uno de los pocos caminos abiertos el de los pagarés por cuanto se complica el recurso a las ampliaciones de capital y es arriesgada una emisión de renta fija a largo plazo que implique conceder tipos de interés elevados (21). Por otra parte, conviene no olvidar que en nuestra práctica financiera conviven los pagarés de empresa seriados y registrados en la CNMV con los pagarés financieros emitidos individualmente, hechos «a la medida» del cliente y cuyas condiciones de emisión se negocian entre las partes (22).

Mención especial merece la desgraciada experiencia reciente de determinadas emisiones de pagarés de empresa. La introducción de los pagarés de empresa en nuestro mercado financiero se produjo en un momento de liberalización del mismo y de «optimismo económico» en el que no se planteaba, tan siquiera, la posibilidad de que se produjera un impago por parte de su emisor. Por el contrario, se ponían de relieve las ventajas que

(20) Ver SACRISTÁN, *supra*, nota 15, págs. 304 y sigs. Ver también CACHÓN BLANCO, *supra*, nota 1, tomo I, pág. 301, acerca de la evolución de la emisión de pagarés desde 1989 y sobre su competencia con las obligaciones; y TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, pág. 115 y sigs. Por su parte, la CNMV en su *Informe anual 1989* (Madrid, 1990), pág. 84, señalaba que «más de la mitad de las emisiones de renta fija registradas en 1989 correspondieron a pagarés»; reiterando en su *Informe anual 1990* (Madrid, 1991), pág. 24, que, «como ya ocurriera en 1989, más de la mitad del importe efectivo de la renta fija registrada durante 1990 correspondió a emisiones y programas de pagarés de empresa». Por último, la misma CNMV en su *Informe anual 1991* (Madrid, 1992), pág. 31, ya señalaba que a lo largo de 1991 la tendencia creciente de las emisiones de pagarés en años precedentes se había estabilizado, reflejando en sus páginas 36 y siguientes las concretas magnitudes de pagarés registrados.

(21) Sobre el diferente significado económico de los pagarés como renta fija a corto plazo, frente a la renta fija a largo plazo se pronunciaba la CNMV en su *Informe anual 1990*, págs. 24 y sigs. Respecto a los pagarés en especial, L. APARICIO señalaba en *Cinco Días*, 8 de enero de 1993, pág. V («Invertir»), que los pagarés de empresa se están emitiendo a un plazo máximo de dieciocho meses y con tipos de interés sobre trescientos sesenta y cinco días que se obtienen gracias al diferencial existente entre los tipos del interbancario y las letras del Tesoro. En consecuencia, para financiar la retención fiscal del 25 por 100 es preciso que el diferencial sea, al menos, de 0,50 puntos

(22) Ver *El País* de 27 de diciembre de 1992, pág. 15 («Negocios»)

tales valores comportaban tanto para sus emisores como para los adquirentes. Sin embargo, ya en aquellos momentos algunas voces señalaban los peligros inherentes a la captación masiva de fondos del público mediante unos valores que no ofrecían, en casi todos los casos, garantías suficientes de protección de los inversores (23). Aquellos temores se han convertido en determinados casos y con el descenso del ciclo económico en realidad, y así la práctica financiera de los últimos años en nuestro país nos lleva a atribuir a estos «valores mutantes» el calificativo de valores «potencialmente peligrosos», y ello por cuanto numerosos escándalos financieros ligados a situaciones de crisis económica de diversas empresas han tenido como común denominador la previa captación de ahorro del público mediante la emisión de pagarés. Estas «estafas» (en sentido vulgar) colectivas se han debido no sólo a las propias crisis económicas de los emisores, sino también a una cierta indefinición en el régimen jurídico aplicable a los pagarés de empresa. Remediar estos riesgos es función del jurista y a ella dedicaremos los siguientes apartados.

B) LA FASE DE PRODUCCIÓN DE LOS PAGARÉS DE EMPRESA

Los principales problemas que se plantean en este ámbito se pueden agrupar en torno a dos preguntas sucesivas:

1.^a *¿Son los pagarés de empresa efectos de comercio o valores mobiliarios?*

No es ésta una cuestión meramente formal o teórica, sino que, por el contrario, la respuesta a la misma determinará el régimen aplicable a la «producción» de estos valores por cuanto si se mantiene la ficción de que estamos ante efectos de comercio, el régimen sustancialmente aplicable sería el previsto en la Ley 19/1985, antes citada; mientras que, por el contrario, si llegamos a la conclusión de que estamos ante valores mobiliarios, será preciso plantear una cuestión posterior acerca de su sujeción o no al capítulo X de la LSA y las condiciones de la misma.

En nuestra doctrina se han ofrecido dos respuestas a la anterior pregunta. Por un lado, la de quienes calificaban estos pagarés de empresa como efectos de comercio sobre la base de suponer que su emisión masiva no les

(23) Ver al respecto lo señalado por SACRISTAN, *supra*, nota 15, págs. 311-312 y 327-328. La CNMV, en su *Informe anual 1989* (ver *supra*, nota 20), pág. 84, señalaba que «las características de este instrumento le hacen particularmente sensible a los riesgos que comporta la falta de información», y «por ello la CNMV ha puesto especial énfasis en la calidad informativa del folleto y en la necesidad de que se registren documentos acreditativos claros de la emisión».

privaba de su caracterización como pagarés cambiarios (24). Por otro lado, la de quienes consideraban que se trataba de valores mobiliarios. Esta segunda postura admitía, a su vez, una doble matización. Por una parte, ha habido autores que llevando dicha calificación hasta sus últimas consecuencias han predicado la exigibilidad del cumplimiento de los requisitos comunes a las obligaciones y otros valores de renta fija (25), mientras que otros han señalado la conveniencia de adaptar el régimen común de las obligaciones a las especiales características de los pagarés de empresa (26).

Por nuestra parte, podemos indicar, en primer lugar, que los pagarés de empresa —en cuanto valores emitidos masivamente que responden a un fenómeno de captación masiva de ahorro del público— no pueden ser considerados como efectos de comercio en el sentido del capítulo XIV del título I (arts. 94-97. ambos inclusive) de la Ley 19/1985 por cuanto este régimen está pensando en un efecto de comercio, de emisión individualiza-

(24) Así se pronunciaban J. M. OTERO LASTRES, «Reflexiones sobre la aplicabilidad de los artículos 11 y siguientes de la LSA a los pagarés de empresa», en *La Ley*, núm 1148. 8 de marzo de 1985, págs. 1157 y sigs., y R. URÍA MERUENDANO, «Aspectos jurídicos», en *El mercado de pagarés de empresa*, cit., págs 68 y sigs. Por su parte, R. URÍA, *Derecho mercantil* (Madrid, 1992), pág. 517, sostiene esta calificación cuando señalando las diferencias entre las obligaciones y otras figuras señala: «En relación con los pagarés de empresa, que son títulos a la orden que conceden a su emisor la posibilidad de captar recursos ajenos por la vía del crédito a corto plazo, la diferencia fundamental respecto a las obligaciones estriba en su pertenencia a la categoría de los efectos de comercio, mientras que éstas forman parte de los denominados valores mobiliarios».

(25) Así lo indicaba C. PAZ ARES, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, en MENÉNDEZ y otros. *supra*, nota 15, págs. 95 y sigs., respecto a la aplicación del capítulo VII de la LSA de 1951 Recientemente. TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, pág. 119, señala: «Aunque la práctica está consagrando unos pagarés de empresa configurados como una especie de obligaciones *light*, la actitud del jurista debe ser la de denuncia de una situación claramente “extralegal” Mientras no se regule esta figura con una norma de rango legal, las emisiones seriadas de valores que estén destinados a su colocación entre una masa de inversionistas debe regirse por las normas dedicadas a estas deudas, que no son otras que el capítulo X de la LSA».

(26) Así SACRISTÁN. *supra*, nota 15, págs. 305, 334 y 346, y ARROYO, *supra*, nota 15, pág. 761 Por su parte, F. VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II (Barcelona, 1990), pág. 775, expone las posturas doctrinales existentes y parece apoyar la inaplicabilidad de las normas de la LSA *de lege data*, aun cuando *de lege ferenda* es partidario de que «el tratamiento de las millonarias emisiones de pagarés debería asimilarse a la de los valores mobiliarios». Por su parte, A. DÍAZ MORENO, *El pagaré*, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho mercantil* (Barcelona, 1990), pág. 624, señalaba: «En principio, hay que reconocer que los pagarés financieros se encuentran —desde el punto de vista funcional— más cerca de los valores mobiliarios que de los efectos de comercio». En términos generales, podemos decir que la tendencia a identificar los pagarés de empresa como valores negociables es la seguida en el país de origen del «commercial paper», los Estados Unidos, como así se puede comprobar en J. C. HILL, «El Tribunal Supremo de los Estados Unidos adopta la presunción de que los pagarés son títulos-valores a efectos de la “Securities and Exchange Act” de 1934, en la *RDBB*, núm. 38 (1990), págs. 459 y sigs.

da que en cada caso establece una relación asimétrica de derechos entre el emisor, denominado «firmante» y el tomador de dichos pagarés. Lo anterior no impide reconocer que el pagaré cambiario —del mismo modo que la letra de cambio— puede cumplir una función financiera y no sólo comercial (27).

Descartada, a nuestro juicio, la calificación de los pagarés de empresa como efectos de comercio, es preciso plantear el alcance de su identificación como valores mobiliarios de renta fija. En concreto, la pregunta consiste en saber si los pagarés de empresa deben ser incluidos a todos los efectos en el capítulo X de la LSA, relativo a las obligaciones. En tal sentido, el artículo 282.1 de la LSA empieza diciendo que «la sociedad podrá emitir series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda». La cuestión que se plantea consiste en saber si los pagarés de empresa pertenecen a esa categoría de «otros valores que reconozcan o creen una deuda» o no, puesto que, en el primer caso, deberán cumplir los requisitos establecidos en el citado capítulo X de la LSA, mientras que en el segundo su proceso de producción carecería de normativa específicamente aplicable y contaría como única garantía con la supervisión *a posteriori* de su emisión por parte de la CNMV. Ello nos remite por lo tanto a una segunda pregunta que formulamos a continuación.

2.ª *¿Debe someterse la emisión de pagarés de empresa a los requisitos establecidos en el capítulo X de la LSA?*

a) *Planteamiento de la cuestión*

Es ésta, sin duda, una cuestión vital para los pagarés de empresa por cuanto su proliferación como instrumento de financiación a corto plazo se ha visto favorecida por su existencia en la práctica al margen de los requisitos exigidos para las obligaciones. En particular, desde sus orígenes se han destacado las ventajas «fiscales» y «mercantiles» inherentes a la emisión de estos valores. Mientras las primeras desaparecieron con la promulgación de la Ley 14/1985, de 29 de mayo, sobre régimen fiscal de determinados activos financieros (28), las segundas se mantienen en forma de la falta de

(27) Ver respecto a la práctica de RENFE lo que señalaba SACRISTÁN, *supra*, nota 15, págs 308 y sigs. En general, sobre esta función ver F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil* (Madrid, 1992), pág 400.

(28) Ver S. COLMENAR VALDÉS, «Los pagarés de empresa», en MARTÍNEZ LAFUENTE (dir), *Estudios sobre tributación bancaria* (Madrid, 1985), pág. 288. Valga como ejemplo de la pérdida de su condición de «paraíso fiscal» la constancia expresa en los folletos y anuncios de emisiones de pagarés del régimen fiscal aplicable. Así, el anuncio

exigencia de formalizar su emisión en escritura pública de forzosa inscripción en el Registro Mercantil (29).

En síntesis, y conforme a lo establecido en los artículos 282 y 283 de la LSA, se plantea si la emisión de pagarés de empresa por parte de sociedades anónimas debe estar sometida a los límites máximos de importe de la misma y a la exigencia de acuerdo previo de Junta general de accionistas (con las posibilidades de delegación previstas en el art. 283 del RRM) y de constitución de un sindicato de obligacionistas.

b) *Respuestas ofrecidas por la doctrina mercantilista*

Tanto a favor como en contra de la anterior calificación y de las importantes consecuencias que ella supone, se pueden aportar argumentos de carácter formal y sustancial:

1.º En favor de excluir a los pagarés de empresa del capítulo X de la LSA, cabe recordar que el propio capítulo X lleva como título «De las obligaciones», y la inmensa mayoría de las referencias que se hacen, tanto en dicho capítulo de la LSA como en el capítulo XII del RRM, se hacen a las «obligaciones». Desde el punto de vista sustancial, se ha manifestado en reiteradas ocasiones que los programas de pagarés de empresa esconden un fenómeno de financiación esencialmente distinto a las obligaciones por cuanto suponen una deuda a corto plazo que requiere una agilidad muy superior a la propia de aquéllas.

2.º En favor de la inclusión aboga la alusión del artículo 282.1 de la LSA a los «valores que reconozcan o creen una deuda» de la que se deduce una voluntad deliberadamente omnicomprendiva que se refuerza en el número 2 del citado artículo cuando dispone que «los valores emitidos por la sociedad a que se refiere el apartado anterior quedarán sometidos al régimen que para las obligaciones se establece en el presente capítulo». También cabe hacer mención de las referencias igualmente genéricas a los «valores que deben lanzarse al mercado», contenidas, por ejemplo, en el artículo 274.1.2.º del RRM. Desde un punto de vista sustancial, cabe añadir a los anteriores argumentos formales el hecho de que nos encontramos en el caso de los pagarés de empresa con una captación masiva de ahorro público que

publicado en el *BORME*, núm. 38, de 25 de febrero de 1993, del «programa de emisión de pagarés mediante subasta» por parte de Electra de Viesgo, S A, establecía: «Régimen fiscal: A los pagarés que se emiten les es de aplicación lo dispuesto en la Ley 14/1985, de 29 de mayo, por lo que están sujetos a retención en todas las transmisiones, en la actualidad de 25 por 100, la cual es deducible de la cuota correspondiente en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de Sociedades»

(29) Ver SACRISTÁN, *supra*, nota 15, pág. 313

comporta, por lo tanto, los riesgos inherentes a la emisión masiva de valores negociables que el capítulo X de la LSA desea salvaguardar en lo que se refiere a los valores de renta fija.

c) *Solución que se propone*

Por nuestra parte, nos parece oportuno empezar recordando que los requisitos establecidos en el capítulo X de la LSA protegen no sólo a los acreedores ante una operación masiva de endeudamiento (y ello tanto a los acreedores por créditos precedentes como por causa del propio empréstito que se efectúa), sino también a la propia sociedad emisora y a sus accionistas por cuanto permite controlar adecuadamente el grado de endeudamiento de dicha sociedad. Si a lo anterior añadimos que los pagarés de empresa son —como antes tuvimos ocasión de señalar— valores mobiliarios que reconocen o crean una deuda por parte de la sociedad emisora, se deduce la sumisión de su emisión al régimen del capítulo X de la LSA.

La anterior conclusión es la correcta en términos de estricta lógica jurídica. Sin embargo, también hay que tener presente, en un razonamiento realista, las necesidades que tienen las empresas de financiarse con costes razonables. Dentro de tales costes se incluyen los que podríamos denominar «gastos de producción jurídica». En consecuencia, la aplicación de aquellos requisitos de emisión debe efectuarse, en el concreto caso de los pagarés de empresa, sobre la base de un análisis «coste-beneficio», esto es, valorando la protección que dispensan a los distintos colectivos antes identificados (en especial, a los inversores), frente a la tardanza y los costes que generan para las empresas necesitadas de financiación. La consideración de este conjunto de circunstancias —que han de ser tenidas en cuenta para interpretar las normas en relación con la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», conforme a lo dispuesto en el art. 3.º 1 de nuestro Código Civil— en relación con los distintos requisitos previstos en el capítulo X de la LSA arroja, a nuestro parecer, el siguiente resultado:

c.1) El límite cuantitativo de la emisión de pagarés de empresa

En primer lugar, la emisión de pagarés de empresa deberá computarse a los efectos de determinar el importe máximo total de las emisiones en el sentido fijado por el artículo 282 de la LSA, y ello porque así lo exige la protección de los acreedores y de los propios accionistas. La consideración de esta norma como aplicable a los pagarés hace que sean igualmente aplicables a los mismos las relativas a las garantías de la emisión (art. 284

LSA). A este respecto es interesante señalar que aun cuando se ha señalado la posibilidad de deducir de aquel importe fijado en el artículo 282 (igual al «capital social desembolsado, más las reservas que figuren en el último balance aprobado y las cuentas de regularización y actualización de balances cuando hayan sido aceptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda») las pérdidas sufridas por la sociedad anónima emisora desde las últimas cuentas anuales, esta detracción se puede contemplar *de lege ferenda*, pero no *de lege data* (30).

En nuestra práctica financiera, la CNMV, en el trámite de verificación y registro de programas de pagarés, ha exigido, en determinadas circunstancias, la observancia de estos límites cuantitativos.

c.2) El régimen del acuerdo de emisión de pagarés de empresa

En segundo término, la emisión de pagarés de empresa deberá basarse en un acuerdo adoptado por la Junta general de la sociedad anónima emisora, con sujeción al artículo 103 de la LSA (art. 283.1 LSA), gozando aquélla de los márgenes de delegabilidad previstos en el artículo 283 del RRM. Esta exigencia tutela principalmente los intereses de los accionistas de la sociedad anónima emisora. En nuestra práctica financiera los anuncios de programas de pagarés de empresa no hacen referencia, por regla general, a la existencia de acuerdos sociales ni identifican a los órganos que los adoptan (31).

(30) Es particularmente interesante a este respecto la lectura de las páginas que FERNÁNDEZ DEL POZO, *supra*, nota 4, págs. 41 y sigs., dedica a «los recursos propios como límite al endeudamiento (nota crítica sobre la existencia de límites cuantitativos a la emisión de obligaciones)

(31) TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, págs. 117-118, basándose en un examen de las emisiones de pagarés registrados en la CNMV, establece como primer paso en el procedimiento utilizado en la práctica el «acuerdo de la Junta general autorizando al Consejo la emisión» y critica dicha práctica en los siguientes términos: «Este acuerdo, al parecer exigido por criterio de la CNMV, es improcedente desde el punto de vista de estricta técnica jurídica, pues si se trata de una emisión de «otros valores» análogos a las obligaciones contemplados en el artículo 282 de la LSA, debe cumplir los demás requisitos de la legislación societaria, y si es simplemente una operación crediticia, carece de sentido la intervención de la Junta, pues normalmente el Consejo de Administración tiene facultades para obligar a la sociedad» En nuestra práctica reciente podemos observar cómo el anuncio del «programa de pagarés seriados al portador» de Telefónica de España, S.A., aparecido en el *BORME*, núm. 284, del 30 de diciembre de 1992, no contenía referencia a acuerdo alguno, del mismo modo que el anuncio del «programa de emisión de pagarés mediante subasta» de Electra de Viesgo, S.A., aparecido en el *BORME*, núm. 38, del 25 de febrero de 1993. Sin embargo, encontramos ejemplos de los anuncios en los que sí se mencionan tales acuerdos, como sucede con el relativo a la «primera renovación del programa de emisión de pagarés al portador» de Santander de Factoring, S.A. (entidad de financiación), aparecido en el *BORME*,

c.3) La difícil exigibilidad, en la práctica, de la constitución de un sindicato de tenedores de pagarés de empresa

En tercer lugar, no nos parece exigible a la emisión de pagarés de empresa «la constitución de una asociación de defensa o sindicato de los obligacionistas» (arts. 283.2 y 295 y sigs. de la LSA). Ello es así porque las características inherentes a los pagarés de empresa (su plazo de emisión corto y variable dentro de los pertenecientes a un mismo programa) dificultarían —cuando no imposibilitarían— la constitución y el funcionamiento «normal» de tal sindicato (32) dada la «inestabilidad» intrínseca al colectivo de potenciales tenedores de los mismos. A lo anterior podemos añadir que la débil función protectora que en la práctica cumplen tales sindicatos puede ser satisfactoriamente asumida por la CNMV en sede de verificación y registro de la emisión. La falta de constitución de un hipotético sindicato de tenedores de pagarés obligará a buscar, en sede de las condiciones del programa de emisión, garantías análogas respecto a las reducciones de capital social y de reservas de la entidad emisora que las que pretende implantar el artículo 289 de la LSA.

núm. 23, de 4 de febrero de 1993, que empieza señalando: «Santander de Factoring, S.A., al amparo del acuerdo establecido por el Consejo de Administración de la entidad en sesión de 2 de septiembre de 1991 y haciendo uso de las facultades que le fueron conferidas a dicho Consejo por la Junta general ordinaria de accionistas de la sociedad celebrada el día 21 de junio de 1991, ha resuelto renovar la emisión de pagarés inscrita el día 5 de noviembre de 1991 » También en el anuncio de la reciente «renovación del programa de emisión de pagarés de Uninter Leasing, S.A., aparecido en el *BORME*, núm. 47, de 10 de marzo de 1993, se señala: «En Junta General Universal celebrada el día 20 de enero de 1993 se adoptó el acuerdo de renovar la emisión de pagarés aprobada en la reunión de la Junta general extraordinaria celebrada el 1 de julio de 1991 y, en cuanto fuere menester, la autorización efectuada en dicha fecha al Consejo de Administración de la sociedad, quien en reunión celebrada el mismo día acordó realizar la captación de recursos del público mediante la emisión de pagarés por importe de cien mil millones de pesetas de saldo vido máximo en cada momento, en la forma que determinen las disposiciones vigentes»

(32) Del análisis del proceso de constitución del sindicato de obligacionistas, y en particular de su Asamblea —que describen URÍA, *supra*, nota 24, pág. 522, y TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, págs. 175 y sigs.—, se deduce la inadecuación a las características del colectivo inestable de tenedores de pagarés de empresa. El análisis de las normas que en cualquier emisión de obligaciones regulan el régimen de funcionamiento del sindicato de obligacionistas revela hasta qué punto es inaplicable dicho régimen al colectivo de tenedores de pagarés de empresa. Valga como ejemplo la lectura de los artículos 6.º a 20 de los Estatutos que contenían las «reglas fundamentales que rigen las relaciones jurídicas entre la sociedad y el sindicato de obligacionistas y las características de éste» que figuraban en el anuncio —publicado en el *BORME*, núm. 97, de 24 de mayo de 1991— de la «emisión de obligaciones simples, serie 1.ª, mayo 1991», por parte de Red Eléctrica de España, S.A.

c.4.) Condiciones de la exigencia de los requisitos jurídico-formales

En cuarto lugar, y en lo que se refiere a los requisitos jurídico-formales, a saber: constancia de la emisión de los pagarés en escritura pública, inscripción en los Registros correspondientes (en particular en el RM, art. 285 LSA) y publicación en el *BORME* (art. 286 LSA) (33), parece predicable su exigibilidad para la emisión de pagarés de empresa a la vista no sólo de los citados artículos de la LSA, sino también del número 2 del artículo 22 del Código de Comercio, en el que se dispone que «en la hoja abierta a las sociedades mercantiles y demás entidades a que se refiere el artículo 16 se inscribirán», entre otras circunstancias, «la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones». Sin embargo, esta exigibilidad formal podrá ser plasmada en nuestra práctica financiera cuando el proceso de inscripción se desarrolle con la celeridad que exigen las características de estos valores que buscan la financiación a corto plazo, corto plazo que no sólo se traduce en la vida del valor (inferior a un año), sino también en el intervalo para captar los recursos financieros que las empresas precisan.

c.5) Aplicabilidad de las restantes normas del capítulo X de la LSA

En quinto y último lugar, cabe añadir que las restantes normas contenidas en el capítulo X serán predicables respecto de las emisiones de pagarés de empresa. En este sentido, la suscripción de un pagaré implicará para su tenedor la ratificación plena del contrato de emisión (aunque no su adhesión a un sindicato inexistente) (art. 287 LSA); se establecerá un régimen de prelación cronológico (art. 288 LSA); los pagarés podrán estar representados por medio de títulos o de anotaciones en cuenta (arts. 290 y 291 LSA), y, por último, serán predicables de estos pagarés, con carácter general, las normas contenidas en las secciones quinta (arts. 306-309) y sexta (art. 310) de la LSA.

C) LA FASE DE DISTRIBUCIÓN DE LOS PAGARÉS DE EMPRESA

Dos son las preguntas que procede plantear en este momento:

1.ª *¿Son los pagarés de empresa valores negociables?*

(33) Esta de la publicación de anuncios en el *BORME* es una práctica extendida entre los programas de emisión de pagarés de empresa verificados e inscritos en los Registros de la CNMV. Valgan como ejemplo los anuncios realizados por Santander de Factoring, S.A., y por Electra de Viesgo, S.A., antes citados en las notas 31 y 32, respectivamente

La LMV reposa —como antes señalábamos (epígrafe I.B)— sobre el concepto de valores negociables al que la propia Ley quiso dar un sentido omnicompreensivo para considerar que cualquier instrumento jurídico que sirviera para la captación pública de ahorro tendría cabida dentro del mismo. En especial la LMV, como declaraba en el número 2 de su Exposición de Motivos, pretendió disociar el concepto de valores negociables de una determinada fórmula de instrumentación jurídica, deseo que era «patente también en la inclusión, en determinados casos, de instrumentos tales como las letras de cambio, los pagarés o cualquier otro que reúna las restantes características contempladas en la Ley». Fueron, por lo tanto, los pagarés un ejemplo paradigmático de cómo unos valores tradicionalmente instrumentados como efectos de comercio podían ser considerados valores negociables y sometidos al régimen de la LMV siempre que bajo esa apariencia jurídica se escondiera un fenómeno de captación de ahorro del público, esto es, de la inversión masiva en términos económicos.

Estas previsiones legales de carácter genérico se concretaron en el número 1 del artículo 2 del Real Decreto 191/1992, que señala que tendrá la consideración de valores negociables, entre otros:

«c) Las letras de cambio, pagarés, certificados de depósito o cualquier instrumento análogo, salvo que sean librados singularmente y además deriven de operaciones comerciales antecedentes que no impliquen captación de fondos reembolsables del público».

A través de esta definición se invierte —en el ámbito del Derecho del mercado de valores— la presunción «cambiaria» tradicional según la cual el pagaré es un efecto de comercio. Ello es así porque, a la vista del párrafo transcrito, un pagaré será considerado como un valor negociable salvo que su emisor demuestre su libramiento singular y su causalidad comercial. A nuestro entender y aun a pesar de dicha definición, un pagaré emitido individualmente, siempre que no implique captación de fondos del público, podrá ser considerado como pagaré cambiario o efecto de comercio aun cuando no derive de una operación comercial sino financiera.

La calificación del pagaré como valor negociable tiene dos consecuencias inmediatas. Por un lado, abre las puertas a su representación por medio de títulos o de anotaciones en cuenta (arts. 5 y sigs. de la LMV y RD 116/1992), representación esta presente desde el origen de estos pagarés de empresa (34). Por otra parte, cuando se emitan en las condiciones estable-

(34) Ver al respecto SACRISTÁN, *supra*, nota 15, págs. 302 y sigs. Por su parte, para TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, pág. 118, «la desnaturalización del pagaré como efecto de comercio llega a su punto culminante en esta emisión en que el acuerdo prevé que los pagarés emitidos puedan estar representados... ¡por anotaciones en cuenta!»

cidas en el artículo 3 del Real Decreto 291/1992 implican para su emisor la obligación de cumplir los requisitos establecidos en los artículos 26 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores y desarrollados en los artículos 5 y siguientes del propio Real Decreto 291/1992. Es precisamente en torno a estos requisitos donde se plantea la siguiente pregunta.

2.^a *¿Qué especialidades fundamentales presenta la emisión y colocación de pagarés de empresa?*

Los pagarés de empresa presentan varias especialidades fundamentales consistentes en su emisión a través del sistema de programas y su colocación a través de las subastas entre entidades financieras.

a) *Emisión por medio de programas*

Los pagarés de empresa plantearon, desde la entrada en vigor de la LMV (que se produjo, con carácter general, el día 29 de enero de 1989), graves problemas de calificación jurídica debidos, en gran medida, a la existencia de una cierta paradoja. En efecto, aun cuando en todo momento ha existido la conciencia clara de que los pagarés de empresa pertenecientes a una misma emisión son valores negociables que responden a un mismo «impulso emisor» o «causa contractual unitaria», presentaban con frecuencia caracteres tan dispares en cuanto a su importe nominal, a su período de vida, al interés que devengan, etc., que hacían difícil apreciar la existencia de una auténtica «emisión» en el sentido del artículo 2 de la LMV.

La solución de aquellas dudas ha sido uno de los objetivos del artículo 4 del Real Decreto 291/1992, que ha implantado una generosa concepción de los “criterios de homogeneidad” que identifican a los valores pertenecientes a una misma emisión. En especial, el número 3 del citado artículo señala que

«la homogeneidad de un conjunto de valores no se verá afectada por la eventual existencia de diferencias entre ellos en lo relativo a su importe unitario; fechas de puesta en circulación, de entrega material o de fijación de precios; procedimientos de colocación, incluida la existencia de tramos o bloques destinados a categorías específicas de inversores; o cualesquiera otros aspectos de naturaleza accesorias».

El número transcrito, aun cuando flexibiliza en gran medida la noción de emisión, no resulta plenamente satisfactorio para el caso de los pagarés de empresa por cuanto entre los pertenecientes a una misma emisión se dan con frecuencia diferencias no sólo accesorias, sino también sustanciales. De

ahí que haya sido necesario establecer un número 4 del artículo 4 del citado Real Decreto en el sentido de que

«en el caso de programas de emisión continua o abierta de valores homogéneos, tales como programas de emisión de pagarés de empresa, o de emisiones con períodos de suscripción indefinido o de larga duración, el Ministro de Economía y Hacienda o, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a los efectos de poder considerar los valores integrados en una misma emisión, podrán establecer límites al saldo vivo o importe de los valores emitidos, a la duración del programa de emisión o del período de suscripción o a la diferencia máxima entre los plazos de amortización de los valores emitidos».

Así pues, el concepto de «programa de emisión» constituye un recurso técnico-jurídico para unificar en torno a una serie de caracteres mínimos comunes y más allá de diferencias no sólo accesorias, sino también sustanciales, un conjunto de pagarés que responden a una misma causa contractual y que presentan a su emisor actuando con una unidad de voluntad frente a los inversores. En términos de calificación jurídica, los programas constituyen contratos marco de préstamo más flexibles que los empréstitos instrumentados por medio de las emisiones de obligaciones en sentido estricto (35).

En nuestra práctica financiera los programas de emisión de pagarés de empresa delimitan las características fundamentales de dichos instrumentos de financiación que la sociedad emisora irá desarrollando según las necesidades que se planteen, adaptándose a la curva oscilante de sus necesidades de financiación. En dichos programas se establecen las características prin-

(35) La distinción entre la rigidez de la emisión de obligaciones tradicional y la flexibilidad de los programas de emisión de pagarés financieros tiene una fuerza evocadora y presenta una cierta analogía en el plano causal con la tradicional distinción en el ámbito de los contratos bancarios entre el contrato de préstamo y el de apertura de crédito, distinción que se puede ver reflejada en J. GARRIGUES, *Contratos bancarios* (Madrid, 1975), págs. 179 y sigs, y recientemente en M. C. SÁNCHEZ MIGUEL, «Préstamos, anticipos bancarios, apertura de crédito», en GARCÍA VILLAVERDE (dir.), *Contratos bancarios* (Madrid, 1992), págs. 155 y sigs. No es casual, por otra parte, que la emisión de pagarés se haya basado, como veremos más adelante, en una estructura de contratos entre los que se halla uno de apertura de un crédito denominado «subsidiario». Conviene señalar cómo el instrumento del «programa» —y de la consiguiente colocación por medio de subastas competitivas entre entidades financieras— ha sido utilizado no sólo para emitir pagarés de empresa, sino también para emitir obligaciones. En este sentido destacan en nuestra práctica financiera los «programas continuos de emisiones de obligaciones» realizados por Telefónica de España, S.A., en septiembre de 1991 (ver el anuncio en el *BORME*, núm. 164, del 28 de agosto de 1991) y en noviembre de 1992 (ver el anuncio en el *BORME*, núm. 211, del 2 de noviembre de 1992).

cipales del importe máximo, del precio de emisión, de la amortización de las entidades partícipes, del plazo, del régimen fiscal, de la admisión en mercados secundarios de valores, de suscripción o colocación, de publicidad, etc. El sistema del programa es más ágil que el de la emisión tradicional por cuanto la previsión del importe máximo, con frecuencia ampliable, permite que el emisor establezca distintos plazos y distintos precios (36).

Cabe añadir, por último, que estos programas son susceptibles de «renovación» por períodos sucesivos o de «modificación» de sus parámetros, fenómenos calificables como novaciones contractuales de carácter objetivo o circunstancial (37).

b) *La colocación por medio de subasta*

La segunda característica especial de la emisión de pagarés de empresa consiste en su colocación a través de subastas. Estas subastas se producen entre las entidades financieras seleccionadas por el emisor y definidas en el programa y con una frecuencia semanal, quincenal, mensual, etc. (38). Los emisores vienen aceptando —cada vez con mayor frecuencia— solicitudes

(36) La CNMV señalaba en su *Informe anual 1989*, pág. 84 «Debido a las características de corto plazo de los pagarés, la CNMV registra programas de emisión en los que, por un volumen máximo prefijado y el horizonte temporal de un año, pueden irse graduando las emisiones cuando las entidades emisoras lo consideren oportuno» Tomado como ejemplo el reciente programa de emisión de pagarés mediante subastas de Electra de Viesgo, S.A., al que hacíamos referencia en *supra*, nota 31, cabe señalar que el mismo abarca pagarés cuyo importe nominal será de 250 000 pesetas, 500.000 pesetas, 1 000 000 de pesetas o cualquier otra cantidad múltiplo de 1 000 000 de pesetas y cuyos plazos de amortización pueden oscilar entre tres, seis, doce y dieciocho meses.

(37) Podemos recordar, en el primer sentido, la primera renovación del programa de emisión de pagarés que hacía Santander de Factoring, S.A. citado en *supra*, nota 32, y en el segundo sentido, la «modificación de nominales del segundo y tercer programas de emisión de pagarés» que realizaba Banesto Leasing, Sociedad de Arrendamiento Financiero, S.A (cuyo anuncio fue publicado en el *BORME*, núm. 65, del 3 de abril de 1992).

(38) En nuestra práctica abundan las condiciones de los programas en las que se mencionan las entidades colaboradoras. En este sentido, el «programa de emisión de pagarés al portador» realizado por Nissan Motor Ibérica, S.A. (cuyo anuncio fue publicado en el *BORME*, núm. 245, de 23 de diciembre de 1992), señalaba en su condición número 6, relativa al «procedimiento de adjudicación y emisión», que éste se realizaría «mediante subasta competitiva al descuento (con un máximo de dos mensuales) entre las siguientes entidades colaboradoras. «... se observan, asimismo, referencias genéricas a aquellas entidades en casos como el del «programa de pagarés al portador seriados» de Telefónica de España, S.A., citado en *supra*, nota 31, que delimitaba la categoría de «entidades partícipes» diciendo. «Entidades de crédito, entidades financieras en general u otras que, a juicio de Telefónica, sean operativas en el mercado», produciéndose las subastas con una frecuencia máxima semanal».

directas de particulares que se gestionan en una cualquiera de las entidades financieras en un plazo inmediatamente posterior a la fecha de subasta. Incluso cuando la propia entidad emisora de los pagarés es una entidad de crédito se excluye el mecanismo de subasta, que se ve sustituido por la suscripción directa de los adquirentes (39).

Esta especialidad de la subasta nos remite a la estructura de contratos entre el emisor y entidades financieras que subyace a la emisión.

c) *La estructura de contratos subyacentes a la emisión y colocación de pagarés de empresa*

El proceso de emisión y colocación de los pagarés de empresa se ha sustentado tradicionalmente en una estructura de contratos que la entidad emisora suscribe con intermediarios financieros (40). Tal estructura está compuesta por los siguientes contratos:

c.1) El contrato de «compromiso de descuento», que a la vista de la prestación asumida por la entidad financiera (descrita generalmente como el compromiso de promover la venta en nombre y por cuenta del emisor de las sucesivas emisiones de pagarés) no responde tanto al concepto de descuento, sino más bien al de mandato o comisión de colocación, por lo que

(39) En nuestra práctica, podemos encontrar sistemas mixtos de colocación por subasta y por suscripción directa, y sistemas de exclusiva suscripción directa. Entre los primeros podemos hacer referencia al «programa de pagarés al portador seriados» de Telefónica de España, S.A., citado en *supra*, nota 31, en el que se establecía el «procedimiento de suscripción» en los siguientes términos: «La suscripción de los pagarés se llevará a cabo a través de las dos modalidades siguientes. Tramo mayorista: Suscripción a realizar por las entidades partícipes en las subastas. El volumen de pagarés a suscribir por las entidades partícipes en las subastas y el precio de suscripción serán adjudicados para cada una de ellas en la resolución de cada subasta. Tramo minorista: Se establecerá un sistema de venta directa destinado al inversor minorista a través de las oficinas financieras de Telefónica, no admitiéndose peticiones superiores a cuatro pagarés por suscriptor y para cada plazo. El importe máximo de pagarés a comercializar por este procedimiento será igual al 10 por 100 de lo adjudicado para cada plazo en cada una de las subastas. El tipo de colocación coincidirá con el tipo medio resultante en cada uno de los plazos. El inversor que esté interesado en adquirir estos pagarés se dirigirá a cualquiera de las oficinas financieras de Telefónica. El plazo para la adquisición de pagarés estará comprendido entre la fecha de resolución de cada subasta y la fecha de desembolso correspondiente». Como ejemplo de los sistemas de suscripción y adjudicación directa podemos citar la renovación del programa de pagarés de Uninter, citada en *supra*, nota 31, donde señala: «Para proceder a la suscripción el inversor deberá ponerse en contacto con el departamento financiero de Corporación Financiera, S.A., o de cualquier oficina de la red comercial de Hispamer Servicios de Intermediación Financiera, S.A., y Banco Central Hispano, S.A., donde se atenderá el servicio financiero de esta emisión y podrá obtener el folleto informativo de forma gratuita».

(40) Ver sobre tales contratos SACRISTÁN, *supra*, nota 15, págs. 317 y sigs., y DÍAZ MORENO, *supra*, nota 26, pág. 623.

hemos de remitirnos con carácter general a la ponencia correspondiente, sin dejar de reseñar, no obstante, que este tipo de contratos presenta caracteres específicos cuando tienen por objeto pagarés de empresa (41).

c.2) El contrato de «crédito subsidiario» que abre el intermediario acreditante en favor del emisor acreditado garantizando de este modo el pago de los pagarés cuando a su vencimiento no haya saldo disponible en cuantía suficiente.

c.3) El contrato de «admisión al mercado bursátil» mediante el cual el intermediario financiero prestaba determinados servicios al emisor de conformidad con lo exigido por las normas establecidas al efecto por las distintas Bolsas de Valores (42).

(41) Podemos extraer de nuestra práctica financiera un modelo-tipo de estos contratos. En este sentido, el contenido típico de un «contrato de colaboración para la emisión de pagarés mediante subasta» establecería, tras unos breves «antecedentes», un conjunto de «estipulaciones» relativas a los siguientes aspectos:

1. «Definiciones».
2. «Compromisos generales» sobre el importe total de las emisiones, el compromiso de colaboración (en virtud del cual «las entidades colaborarán en el emisor en las expresadas emisiones de pagarés para su adjudicación mediante subastas, sin asegurar su colocación»); la eventual exclusión de entidades por parte del emisor cuando «sus ofertas se sitúen reiteradamente fuera de las condiciones de mercado»; el compromiso de descuento (en cuya virtud «las entidades adjudicatarias se obligan a facilitar al emisor según el resultado de la subasta, los fondos correspondientes a las ofertas adjudicadas, en su caso»); el carácter independiente de las obligaciones y derechos de las entidades adjudicatarias.
3. «Requisitos de los pagarés» en cuanto a su carácter al portador, su conformidad con el modelo anexo al contrato, su firma por persona facultada, su importe nominal, sus fechas de emisión y de amortización, su domicilio de pagos, etc.
4. «Subasta de pagarés», con referencia a las entidades licitadoras, al número de subastas, al plazo de vencimiento de los pagarés, a la convocatoria de subasta, a la presentación de ofertas, a la adjudicación de los pagarés, a su entrega, a su amortización, etc.
5. «Compromiso del emisor» de no colocar en el mercado nacional pagarés propios fuera del sistema establecido en el contrato.
6. «Duración del contrato» de un año, con prórroga tácita y salvo decisión en contrario.
7. «Declaraciones del emisor» respecto a su capacidad para otorgar el contrato.
8. «Adhesión al contrato» por parte de entidades financieras interesadas.
9. «Cómputo de fechas y plazos».
10. «Gastos y tributos».
11. «Forma y domicilio para notificaciones».
12. «Ley aplicable, jurisdicción y sumisión a fuero».

A este sentido contractual propiamente dicho se unen con frecuencia numerosos anexos en los que se describen los modelos de pagaré, de télex para solicitar la convocatoria de una subasta, de documento de oferta de descuento de pagarés, de télex de aceptación o rechazo de las ofertas presentadas, de la denominada «carta de adjudicación de pagarés», de «documento de adhesión», de «certificado de propiedad de pagarés», etc.

(42) Con fecha de 1 de octubre de 1982 la Junta Sindical del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Madrid publicó unas «Normas provisionales del mercado de

c.4) El contrato de «mandato de emisión» mediante el cual la entidad financiera se encarga de completar un determinado número de pagarés que se hallan en su poder y ponerlos posteriormente en el mercado.

3.ª *¿Qué mecanismos se establecen para garantizar la liquidez de los pagarés de empresa?*

Tras el declive del mecanismo tradicional de la admisión de los pagarés de empresa al mercado bursátil, conforme a las normas y contratos respectivos (43); en las emisiones recientes de pagarés pueden contemplarse otros mecanismos alternativos. Entre ellos, se contemplan los «contratos de liquidez» celebrados entre los emisores y los intermediarios financieros al amparo de la Orden de 31 de julio de 1991 «sobre valores de elevada liquidez», que desarrolla, para los FIAMM, las previsiones contenidas en el artículo 49 del Reglamento de la Ley 46/1984, reguladora de las instituciones de inversión colectiva. Asimismo se contempla expresamente la solicitud y posterior admisión de los pagarés al mercado de AIAF de renta fija, cuyo funcionamiento como mercado secundario organizado no oficial de valores fue autorizado por Orden de 1 de agosto de 1991 (44).

III. LAS OBLIGACIONES CONVERTIBLES

A) ANTECEDENTES, FUNCIÓN ECONÓMICA Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

1. *Antecedentes*

La LSA de 1951 consagraba la posible emisión de obligaciones convertibles en acciones, sin contener, sin embargo, un régimen específico de las mismas. En concreto, el artículo 95 establecía tres reglas básicas relativas a la necesaria previsión inicial de la convertibilidad, a la exigencia del consentimiento de los obligacionistas afectados y al respeto al principio de equilibrio entre capital y patrimonio social. Las anteriores previsiones, unidas a las contenidas en los artículos 88 y 128, eran claramente insufi-

pagarés de empresa» que contemplaban los aspectos relativos a su inclusión, su subasta, la liquidación, la custodia y la exclusión. Sobre el nacimiento y declive del mercado secundario de pagarés de empresa creado por la Bolsa de Madrid se pronuncia CACHÓN BLANCO, *supra*, nota 1, tomo I, pág. 300.

(43) Sobre los aspectos jurídicos de los contratos, ver URÍA MERUENDANO, *supra*, nota 16, págs. 73 y sigs. y 84 y sigs.; y sobre los mecanismos de liquidez bursátil, ver M. DE LA CONCHA, «La Bolsa y el mercado secundario de pagarés financieros», en AA.VV., *El mercado de pagarés de empresa*, cit., págs. 105 y sigs.

(44) Ambos mecanismos están previstos, v.gr., en el «programa de pagarés al portador seriados» de Telefónica de España, S.A., citado *supra*, nota 31. Al mercado AIAF en relación con los pagarés hace referencia CACHÓN BLANCO, *supra*, nota 1, pág. 300.

cientes a la vista de la práctica de nuestro mercado financiero, que venía acudiendo con frecuencia e intensidad a este tipo de emisiones (45).

La necesidad de establecer un régimen desarrollado para este tipo de obligaciones ya se percibió en el Anteproyecto de 1978, que introdujo un régimen específico para las mismas muy semejante al vigente (46).

El Proyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la CEE en materia de Sociedades de 22 de abril de 1988 incluyó una regulación de las obligaciones convertibles inspirada en el Derecho italiano (47) que se plasmó en el artículo 9 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, y finalmente en los artículos 292-294 del Texto Refundido de la LSA.

Este nuevo régimen constituye uno de los aspectos más conflictivos de la reforma de la LSA por cuanto se ha afirmado que supone una importación apresurada de un modelo legislativo extraño a las prácticas de nuestro mercado de valores, causando los consiguientes efectos de «rechazo» por inadecuación (48).

2. Función económica

Tres son los aspectos a destacar en este punto:

- a) *Las ventajas comparativas de la deuda convertible.*—En primer lugar, las obligaciones convertibles ofrecen ventajas comparativas

(45) En general, lo expuesto a continuación es fruto de la síntesis de un estudio que hemos realizado sobre «Las obligaciones convertibles en el Derecho español», que se halla pendiente de publicación en el marco de una obra colectiva sobre «Capital, acciones, obligaciones y modificación de estatutos en la nueva Ley de Sociedades Anónimas». Sobre los problemas y rasgos básicos del régimen de la LSA de 1951, ver, en general, L. DE ANGULO RODRÍGUEZ, «Tipos y cláusulas especiales en la financiación mediante emisión de obligaciones», en la *RDM*, núm. 44 (1953), pág. 270. Ver, recientemente, TORRES ESCAMEZ, *supra*, nota 1, págs. 234 y sigs.

(46) Sobre el mismo se pronunciaba M. BROSETA PONT, «Reforma del Derecho de sociedades anónimas», en AA VV., *La reforma de la legislación mercantil* (Madrid, 1979), pág. 190.

(47) Sobre dicho régimen ver F. GALGANO, «Le società per azioni», en *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, vol. VII (Padua, 1984), págs. 357 y sigs., y J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le obbligazioni convertibili in azioni* (Milán, 1989), págs. 25 y sigs.

(48) Ver las apreciaciones críticas de J. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las obligaciones convertibles en acciones ante la reforma del Derecho de sociedades», en la *RDM*, núm. 185-186, 1987, págs. 263 y sigs., y J. M.^a DE PRADA GONZÁLEZ, «Problemas que plantea la nueva regulación de las obligaciones convertibles», en los *AAMN 1991*, pág. 410. Por otro lado y sin que sirva de consuelo, podemos constatar cómo en el propio Derecho italiano —tal y como recoge I. GERACI, «L'azione attraverso l'obbligazione. Note in tema di obbligazioni convertibili», en la *RDS* julio-agosto 1990, fasc. 4^o, pág. 794— las obligaciones convertibles han sido calificadas como «un elemento distorsionador en el ordenado panorama del Derecho de las acciones».

respecto de otros valores de renta fija, y ello tanto para las sociedades anónimas emisoras como para los inversores que las adquieren. A las primeras les permite la captación de capital como prima, diluyendo en el tiempo los efectos de un aumento de capital y representando, en términos generales, menores costes de financiación. Al inversor la deuda convertible le resulta atractiva porque le permite conservar, durante el período de conversión, la posibilidad de elección continua entre invertir en renta fija o variable, con la posibilidad de obtener de ese modo la máxima rentabilidad según las condiciones de mercado. Además, permiten superar la principal desventaja de las obligaciones simples, cual es la del efecto de la depreciación monetaria (49).

- b) *El carácter dual o híbrido de estas obligaciones.*—En segundo término, existe una tendencia consustancial de innovación del mercado de valores (cfr. epígrafe I.B de este estudio) que pretende lograr las mejores combinaciones posibles entre la seguridad, la rentabilidad y la liquidez, y que desemboca en la creación de valores mixtos o híbridos financieros que combinan características propias de la renta fija y de la renta variable, como son las obligaciones convertibles (50).
- c) *El diverso significado económico de las obligaciones con relaciones de conversión fija y variable.*—Por último, el significado financiero de las obligaciones convertibles difiere radicalmente según se estipule un tipo de conversión fija o variable. Las relaciones fijas de conversión son las que existen, por regla general, en los mercados de valores más desarrollados y permiten a las sociedades anónimas emitir acciones de modo diferido y con un precio de conversión superior al existente en el momento de emitirse el empréstito y a los inversores limitar los riesgos de la inversión, participar eventualmente en los beneficios sociales y especular. Las relaciones variables de conversión, predominantes en la práctica española, constituyen aumentos de capital diferidos a corto plazo que permi-

(49) En su momento, L. DE ANGULO RODRÍGUEZ, *La financiación de empresas mediante tipos especiales de emisiones* (Zaragoza, 1968), págs. 105 y sigs., hacía un «análisis económico de la convertibilidad». Ver recientemente TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, págs. 229 y sigs. En nuestra literatura económica destaca la aportación de A. CUERVO, «La problemática de los modernos medios y entidades de financiación de la empresa. Presentación», en la *Rev. Der. Fin. y Hac. Púb.*, núms. 106-107, 1973, págs. 889 y sigs. Recientemente, CACHÓN BLANCO, *supra*, nota 1, tomo I, págs. 270 y sigs., se refiere al «significado económico» de este tipo de obligaciones.

(50) Ver L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «La tipicidad de los valores mobiliarios. Valores mobiliarios híbridos», en la *RCDI*, núm. 605 (1991), págs. 1874 y sigs.

ten a los inversores obtener acciones en condiciones mejores a la del mercado dada la existencia de un descuento (51).

3. *Distinción respecto de determinadas figuras afines*

La circunstancia de que la sección tercera del capítulo X de la LSA haya tipificado una sola clase especial de obligaciones como son las convertibles no impide la emisión de otros tipos especiales de obligaciones. A esta conclusión contribuyen no sólo los argumentos materiales que genéricamente abogan por un *numerus apertus* de valores negociables (a los que nos referíamos en el epígrafe I.A de esta ponencia) y el propio contenido del artículo 17 del Real Decreto 291/1992 (al que nos referíamos en el epígrafe I.B de esta ponencia), sino también la referencia abierta que hace el artículo 282 de la LSA a «otros valores que reconozcan o creen una deuda». En relación con dicho artículo —y aun cuando nos extralitemos del ámbito fijado para nuestra ponencia—, podemos señalar que el folleto informativo de la emisión de aquellos otros tipos especiales de obligaciones, distintos de las convertibles, habrá de recoger en todo caso la información adicional prevista en el número 1 del artículo 17, por cuanto dichas obligaciones implican «variaciones sobre el régimen típico previsto en las disposiciones legales aplicables». Asimismo y dado que los tres tipos especiales de obligaciones a las que haremos una breve referencia son «valores distintos de las obligaciones convertibles que confieren opción a adquirir otros valores» (o a transformarse en ellos en el caso de obligaciones canjeables), el folleto informativo de su emisión deberá contener las informaciones adicionales establecidas en el párrafo primero del número 2 del artículo 17 del Real Decreto 291/1992. La aplicabilidad de los dos restantes párrafos del número 2 del artículo 17 dependerá, como veremos, del tipo concreto de obligación especial.

En concreto, de entre la amplísima gama de posibles tipos especiales de obligaciones que nos ofrece la práctica comparada (52), nos parece oportuno distinguir las obligaciones convertibles tipificadas en la LSA respecto de tres siguientes tipos de obligaciones:

(51) Sobre la distinción entre ambos tipos de conversión, ver J. E. CHACÓN BLANCO, «Las obligaciones convertibles: régimen jurídico», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 8, págs. 116 y sigs. Sobre la peculiaridad de la práctica española ver P. FERNÁNDEZ y M. A. ARIÑO, «Ampliaciones de capital en España: asimetría impositiva, iliquidez e implicaciones para las emisiones de bonos convertibles», en *Moneda y Crédito*, núm. 191 (1990), pág. 87. Por último, ver las consideraciones críticas que efectuaba J. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El significado de la nueva regulación de las obligaciones convertibles», en la *RDM*, núm. 195 (1990), págs. 16 y sigs.

(52) A las que se refiere ANGULO, *supra*, nota 45, págs. 987 y sigs. Ver también TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, págs. 100 y sigs.

- a) *Obligaciones indirectamente convertibles*.—Son aquellas obligaciones que son convertibles en acciones de una sociedad diversa de la que las emite, que generalmente es filial de la primera (53). Estas obligaciones plantean varios problemas fundamentales, consistentes respectivamente en la necesaria complementariedad entre los dos acuerdos (de emisión de obligaciones y de aumento de capital) de las dos sociedades implicadas que condicionarán la exigibilidad del derecho a la conversión de los obligacionistas, en la protección de los obligacionistas ante las diversas vicisitudes de las sociedades y en la exclusión del derecho de suscripción preferente respecto al aumento de capital, teniendo en cuenta, en particular, la dificultad añadida que debe implicar la interpretación estricta del interés social en el marco del artículo 159 de la LSA.

Dado que estas obligaciones incorporan una opción de adquisición (en sentido propio, de transformación) de acciones pendientes de emisión, les serán de aplicación como mínimo —conforme al peculiar párrafo tercero del núm. 2 del art. 17 del RD 291/1992— los artículos 293-294, números 2, segundo párrafo, y 3 de la LSA.

- b) *Obligaciones canjeables*.—Son las obligaciones que incorporan la facultad de transformarse en acciones «viejas» de la sociedad emisora (54). Procede calificarlos como valores atípicos cuya emisión es lícita y a los que será aplicable, en general, el régimen establecido en el capítulo X de la LSA.

Estas obligaciones plantean dos conjuntos de problemas: En primer lugar, la integración analógica de su régimen con el de las obligaciones convertibles, y en segundo lugar, el derivado de las prohi-

(53) En nuestro Derecho se refería a este tipo de obligaciones ANGULO, *supra*, nota 49, págs. 118 y sigs., y *supra*, nota 45, págs. 1011 y sigs.; y se refiere recientemente TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, págs. 238, 294 y sigs. En la doctrina italiana, ver G. F. CAMPOBASSO, «Le obbligazioni convertibili in azioni», en el *Trattato delle società per azioni* (dirs. COLOMBO/PORTALE), t. V (Milán, 1988), págs. 480 y sigs.

(54) Ver, en nuestro Derecho, ANGULO RODRÍGUEZ, *supra*, nota 49, pág. 142, TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, págs. 289 y sigs., CACHÓN BLANCO, *supra*, nota 51, págs. 119 y sigs., y en el Derecho italiano, CAMPOBASSO, *supra*, nota 53, págs. 476 y sigs. En nuestra práctica financiera reciente podemos hacer referencia a la «emisión de bonos canjeables por acciones viejas de Repsol, S.A., que realizó el Instituto Nacional de Hidrocarburos (ver el anuncio en el *BORME*, núm. 82, del 30 de abril de 1992), y a la «séptima emisión de bonos simples canjeables por acciones del Banco de Alicante, mayo 1992», realizada por el Banco Exterior de España, S.A. (ver el anuncio en el *BORME*, núm. 82, del 30 de abril de 1992). Respecto al problema de la autcartera que abordamos a continuación, la CNMV, en su *Informe anual 1990* (ver *supra*, nota 20), págs. 25-26, señalaba: «Debe añadirse también que la prohibición, contenida en la nueva Ley, de que las empresas prestasen asistencia financiera a los adquirentes de sus acciones afectaba directamente a una práctica habitual hasta entonces: el canje de obligaciones por acciones de la autcartera del emisor, valoradas, a tal efecto, a precio inferior al de mercado».

biciones inherentes a los «negocios sobre las propias acciones», y en particular el de la «asistencia financiera», prohibida en el artículo 81 de la LSA.

En relación con el segundo aspecto, cabe señalar que a este tipo de obligaciones le será de aplicación específica lo dispuesto en el párrafo segundo del número 2 del artículo 17 del Real Decreto 291/1992 siempre que el emisor de las obligaciones fuera el mismo que el de las acciones. En consecuencia, «deberá señalarse expresamente (en su folleto informativo de emisión) que el importe máximo de las acciones afectas al eventual ejercicio de opciones no excede del límite legal de autocartera del emisor».

- c) *Obligaciones con «warrants»*.—Son las obligaciones que incorporan un derecho de opción para adquirir acciones que es externo a la propia obligación. Por ello, cuando el titular de una obligación con *warrant* ejercita tal derecho no extingue su condición de obligacionista, sino que añade la de accionista (55).

A este tipo de obligaciones le serán aplicables los párrafos segundo o tercero del número 2 del artículo 17 del Real Decreto 291/1992, dependiendo respectivamente de que el *warrant* incorpore una opción de adquisición de acciones ya emitidas o pendientes de emitir.

(55) Ver en el marco de la LSA de 1951, ANGULO RODRÍGUEZ, *supra*, nota 45, págs. 994 y sigs, en el marco de la nueva LSA de 1989, FERNÁNDEZ DEL POZO, *supra*, nota 50, págs. 165 y sigs; J. L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, «Breves consideraciones sobre la problemática jurídica de los *warrants* y las opciones sobre valores negociables», en *La Ley*, 29 de julio de 1990, págs. 1 y sigs., CACHÓN BLANCO, *supra*, nota 1, tomo 1, págs. 284 y sigs, TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, pág. 103, y E. RODRÍGUEZ-ROVIRA, «Los *warrants*: especial referencia a su emisión», en la *RDM*, núm. 202, 1991, págs. 841 y sigs. En nuestra práctica financiera reciente podemos recordar la emisión de obligaciones Naarden convertibles con *warrants*, citada en *supra*, nota 7, cuya cláusula séptima señalaba. «Las obligaciones contienen seis cupones (*warrants*) que permitirán a los tenedores: a) Adquirir dos acciones nominativas de Naarden Internacional, S.A, mediante el oportuno desembolso en las fechas y condiciones siguientes. (...); b) Las acciones que se entreguen en cada ejercicio procedentes de los cupones (*warrants*) serán de nueva emisión, c) Transcurrido este plazo sin ejercer el derecho se considerará cancelado; d) Los *warrants* son títulos separables de las obligaciones desde la fecha de emisión y serán negociados separadamente una vez admitidos a cotización» Estos *warrants* fueron admitidos a negociación en la Bolsa de Valores de Madrid por acuerdo del Consejo de Administración de la sociedad rectora de dicha Bolsa con efectos de 30 de marzo de 1992 (ver el anuncio respectivo en el *BORME*, núm. 68, del 8 de abril de 1992) Cabe añadir, por último, que ciertas entidades financieras han emitido *warrants* sobre el índice Fiez-35 (ver los anuncios de las emisiones realizadas por Banque Paribas, sucursal en España, y por Bankers Trust, Sociedad de Valores, S.A, en los *BORMES*, núm. 126, del 4 de julio de 1991 y de 11 de julio del mismo año, respectivamente)

B) LA FASE DE EMISIÓN DE OBLIGACIONES CONVERTIBLES

Partiendo de la base de que a las obligaciones convertibles les son aplicables las disposiciones comunes a la emisión de obligaciones contenidas en el capítulo X de la LSA y de que la práctica totalidad de las sociedades anónimas están facultadas para emitir este tipo de obligaciones (con alguna excepción, como, v. gr., las SIMCAV en virtud del art. 15.9 de la Ley 46/1984), procede plantear a continuación los siguientes problemas en forma de preguntas:

1.ª *¿Son admisibles en nuestro Derecho las relaciones variables de conversión?*

El artículo 292.1 de la LSA establece que la Junta general, en el acuerdo de emisión de obligaciones convertibles, debe determinar las «bases y modalidades de la conversión», exigencia ésta que reitera en el artículo 274.2 del RRM.

Esta referencia abre, en principio, dos posibilidades a la sociedad anónima emisora, consistentes en establecer relaciones fijas de conversión en virtud de las cuales se determina en el momento de la emisión el precio de las acciones a efectos del momento o momentos de conversión (por ejemplo, «en todas las operaciones de conversión la valoración de los bonos será a la par y las acciones al cambio fijo del 140 por 100 del valor nominal de la acción»); o relaciones variables de conversión, en las que el precio de las acciones a efectos de conversión será determinable en aquel o aquellos momentos en función de un parámetro, generalmente relacionado con la cotización bursátil (por ejemplo, «las acciones de nueva emisión se valorarán por la media simple de las cotizaciones diarias de las acciones de X en la Bolsa de Madrid durante el período comprendido entre el día 1 de ... y el 15 de ... de 1993, con una rebaja del 20 por 100 de dicho cambio medio»).

Hemos tenido ocasión de indicar anteriormente (epígrafe III.A.2) cómo en nuestro mercado de valores han predominado tradicionalmente las relaciones variables frente a la utilización de relaciones fijas en la mayor parte de mercados desarrollados. Sin embargo, conviene hacer dos matizaciones al respecto. Por un lado, se observa en nuestro mercado una cierta tendencia favorable a las relaciones fijas de conversión desde la entrada en vigor de la LSA de 1989, si bien se siguen emitiendo obligaciones con un tipo variable de conversión. Por otra parte, en los mercados desarrollados se admiten las relaciones de conversión fijas pero flexibles, por cuanto no se trata tanto de establecer el número exacto de acciones que corresponderán a cada obligación convertida, sino más bien de fijar el mantenimiento del

valor relativo de la participación accionarial desde el momento de la emisión al de la conversión (56).

La interpretación sistemática del régimen establecido en la LSA —en particular de las exigencias contenidas en el art. 292.1 respecto al aumento de capital «en la cuantía necesaria»; en el art. 294, en sede de cláusula de antidilución forzosa, y en el art. 158, en sede de derecho de suscripción preferente— demuestra que el mismo no se adecua a las relaciones variables de conversión, lo cual no es de extrañar por cuanto se ha importado del Derecho italiano, donde se utilizan relaciones fijas de conversión (57). En este punto y partiendo de la base de que parece evidente la inadecuación del régimen tipificado en la LSA para las relaciones variables de conversión, se han formulado dos respuestas a la pregunta que antes formulábamos. Una primera respuesta «prohibitiva», conforme a la cual no es posible emitir obligaciones con relaciones variables de conversión (58). Una segunda solución «correctora», que admite la emisión de este subtipo de obligaciones convertibles, si bien matizando la aplicación del régimen típico establecido en la sección tercera del capítulo X de la LSA (59).

Por nuestra parte, a falta de una norma que prohíba expresamente la utilización de relaciones variables de conversión, dado que la tipificación de las obligaciones convertibles sobre bases fijas no impide, en principio, otras modalidades de emisión de obligaciones y dada la tendencia «permissiva» de nuestro Derecho positivo con relación a la emisión de valores negociables —más o menos— atípicos (v.gr., art. 17 del RD 291/1992), creemos que son preferibles las soluciones «correctoras» a las «prohibitivas». En este sentido hay que ser conscientes que las soluciones correctoras presentan la enorme dificultad de exigir una labor interpretativa adicional para ver en qué medida se aplica el régimen típico de las obligaciones convertibles sobre bases fijas a las que se emiten sobre bases variables.

(56) En este sentido cabe recordar lo señalado por CAMPOBASSO, *supra*, nota 53, pág. 453, y por M. BUSSOLETTI, «La posizione del possessore di obbligazioni convertibili nell'ordinamento italiano», en la *RDC* (1978), enero-abril 1980, págs. 36-37. Ver en nuestra doctrina TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, págs. 256 y sigs.

(57) Ver las observaciones críticas de GARCÍA DE ENTERRÍA, *supra*, nota 48, págs. 285 y sigs., y *supra*, nota 30, págs. 11 y sigs., y DE PRADA GONZÁLEZ, *supra*, nota 48, pág. 411, de las que se hace eco, entre otros, TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, pág. 238.

(58) Esta es la postura que se deduce de las certeras críticas formuladas por GARCÍA DE ENTERRÍA en las obras anteriormente citadas.

(59) Esta postura es sostenida por FERNÁNDEZ DEL POZO, *supra*, nota 50, págs. 160 y sigs., y *supra*, nota 4, págs. 163 y sigs., quien sostiene la necesaria introducción de una serie de «correcciones interpretativas», entre las cuales destaca el hecho de que «en caso de ampliación de capital con emisión de nuevas acciones no debe reconocerse un derecho de suscripción preferente a los obligacionistas» o de que «en los supuestos de ampliación de capital con cargo a reservas o por reducción por pérdidas no es necesario ajustar el cambio porque el ajuste es automático».

Asimismo tales soluciones exigen una previa «destipificación» de las obligaciones convertibles a cambio variable, tanto en el Derecho de sociedades anónimas (que las arroje, en parte, fuera de la sección tercera del cap. X de la LSA) como en el Derecho del mercado de valores (respecto del art. 17.2 del RD 291/1992).

En cualquier caso y aun cuando no podemos entrar —en el marco de esta ponencia— en un desarrollo detallado de la cuestión, nos parece útil señalar, en primer lugar, que es precisa una interpretación correctora y que para que esta interpretación sea efectiva exigirá un consenso de los principales intérpretes implicados (CNMV, Registradores mercantiles, Notarios y Jueces), sin perjuicio de la independencia de los mismos). En segundo lugar, que al folleto informativo de las obligaciones con un tipo de conversión variable le será aplicable, en todo caso, lo establecido en el número 2 del artículo 17 del Real Decreto 291/1992.

2.ª *¿Son aplicables los requisitos enunciados en los artículos 154.1 y 161.1 de la LSA a los aumentos de capital derivados de la conversión de obligaciones?*

Dando por supuesto que el aumento de capital coetáneo a la emisión de obligaciones convertibles le son aplicables, en principio, las exigencias comunes a todo aumento de capital con emisión de nuevas acciones, sus especiales características (es un aumento finalista, irrevocable, de ejecución diferida y con un propósito esencial de garantía en favor de los obligacionistas) han llevado a nuestro Derecho —al igual que sucede en el Derecho comparado (v.gr., en Alemania con la figura del «capital condicionado» o en el Derecho británico con las «unissued stocks»)— a establecer ciertas especialidades. Entre ellas y en lo que a nuestro Derecho positivo se refiere, podemos mencionar las siguientes:

- a) *Inaplicabilidad del artículo 154.1 de la LSA.*—En primer lugar, la exigencia del total desembolso de las acciones anteriormente emitidas establecida en el artículo 154.1 de la LSA no impide que una sociedad anónima pueda aumentar su capital con emisión de nuevas acciones y con un contravalor dinerario aun cuando tenga pendiente la conversión de obligaciones y el aumento de capital necesario para atender a dicha conversión. Ello es así por cuanto no se produce la emisión de acciones procedentes de la conversión hasta que esta última tiene lugar efectivamente (60).

(60) Así lo señalaba R URÍA en GARRIGUES/URIA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. II (Madrid, 1976), 3.ª ed., revisada y puesta al día por A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA, pág. 307, con referencia al artículo 89 de la LSA de 1951 y citando a ANGULO RODRIGUEZ.

- b) *Inaplicabilidad del artículo 161.1 de la LSA.*—En segundo lugar, tampoco procede aplicar al aumento de capital variable o elástico derivado de la conversión de obligaciones en acciones la consecuencia que para el caso de suscripción incompleta prevé el artículo 161.1 de la LSA (61).

3.ª *¿Es correcta la restricción de la delegabilidad del acuerdo de emisión de obligaciones convertibles prevista en el artículo 283.3 del RRM y cuál es su alcance?*

El artículo 283.3 del RRM prohíbe delegar en los administradores «la facultad de acordar la emisión de obligaciones convertibles en acciones» aun cuando les permite «determinar los extremos no fijados por la Junta general». Aplicando un criterio comparativo con el aumento de capital, podríamos señalar que se contempla una delegación ejecutiva del tipo de la prevista en el artículo 153.1.a) de la LSA, pero no una delegación decisoria del tipo del capital autorizado contemplado por el artículo 153.1.b) de la LSA.

En nuestra práctica, se puede constatar un triple fenómeno consistente en la progresiva adaptación de nuestras sociedades anónimas a la nueva restricción introducida por la LSA de 1989; en la influencia negativa que dicha restricción ha tenido en términos cuantitativos de emisiones registradas en la CNMV (62), así como en una utilización intensiva que se hace del margen de delegabilidad permitido.

La restricción señalada contradice la posibilidad de delegar reconocida tanto en el Derecho comunitario como en el Derecho comparado (así, por

(61) Esta era la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, *supra*, nota 48, pág. 278, y de R CABANAS TEJO, «La suscripción incompleta del aumento de capital», en la *RDM*, núm. 198, 1990, págs. 755-756.

(62) La progresiva implantación de esta restricción se constata cuando comparamos las dos siguientes emisiones (por lo demás, coetáneas en el tiempo): En primer lugar, el anuncio de la emisión de bonos convertibles en acciones realizadas por Prima Inmobiliaria, S.A. (ver *El País* de 29 de julio de 1991, pág. 16), empezaba señalando: «El Consejo de Administración de la sociedad, en su reunión del día 2 de julio de 1991, haciendo uso de la delegación conferida a su favor por la Junta extraordinaria de accionistas celebrada el día 26 de junio de 1991, acordó realizar una emisión de bonos convertibles en acciones de la sociedad (...)» Más ajustado al nuevo régimen parece el anuncio de la emisión de obligaciones convertibles de Vallehermoso, S.A. (ver *BORME*, núm. 143, del 29 de julio de 1991), cuando empieza señalando: «El Consejo de Administración de Vallerhermoso, S.A., en su reunión del día 7 de junio de 1991, adoptó el acuerdo de formalizar la emisión de obligaciones convertibles decidida por la Junta general ordinaria de accionistas de igual fecha» En el segundo de los sentidos indicados, la CNMV, en su *Informe anual 1990* (ver *supra*, nota 20), pág. 25, señalaba: «Un factor que pudo haber influido en el brusco descenso de las emisiones convertibles de renta fija fue la entrada en vigor de la nueva Ley de Sociedades Anónimas Al obligar a la aprobación por la Junta general de las emisiones convertibles, este instrumento financiero perdía la flexibilidad de antaño»

ejemplo, art. 221 de la Ley de Sociedades alemana o el art. 2.420.3 del CC italiano). En el primer ámbito contradice la posibilidad abierta por el artículo 25 de la Segunda Directiva de la CEE en materia de sociedades y por ello ha sido objeto de aceras críticas que han llegado a sugerir la derogación del citado art. 283.3 del RRM como consecuencia del efecto de la Directiva citada y de la primacía del Derecho comunitario y la procedencia de la inscripción en el RM de una emisión de obligaciones convertibles acordada por los administradores (63).

Por nuestra parte y sin desconocer lo fundamentado de las anteriores críticas, nos parece oportuno señalar el «riesgo interpretativo» del Registrador Mercantil que, en sede de la calificación de la legalidad de la emisión de obligaciones convertibles acordada por los administradores de una sociedad anónima decidiera inscribirla en contra de la limitación establecida en el artículo 283.3 del RRM. Dicho riesgo y consecuente responsabilidad interpretativa se acentúa con el análisis de la jurisprudencia de los Estados miembros de la CEE, especialmente celosos de sus competencias soberanas (64). La excepcionalidad del efecto directo de las Directivas y la interpretación restrictiva del mismo ha sido puesto de relieve también por nuestro Tribunal Supremo (si bien en ámbitos tributarios), entre otras muchas, en su Sentencia de 29 de noviembre de 1990 (Ar. 3441).

4.^a *¿Es posible excluir el derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones convertibles y en qué condiciones es admisible dicha exclusión?*

En nuestra práctica financiera más reciente, las exigencias crecientes en materia de recursos propios de las entidades financieras en general (a raíz de la ya citada Ley 13/1992) y de las entidades de crédito en particular, han llevado a varios importantes bancos privados a plantear la posibilidad de captar tales recursos en el mercado exterior por medio de la emisión de obligaciones convertibles en acciones, exigiendo la captación de tales recursos y la agilidad operativa la previa exclusión —distinta de la renuncia— (65) del derecho de suscripción preferente. Pues bien, en torno a esta realidad cabe plantearse dos preguntas sucesivas:

(63) Así se ha venido pronunciando GARCÍA DE ENTERRÍA en *supra*, nota 48, pág. 280; en *supra*, nota 52, pág. 10, y muy particularmente en «La prohibición de delegar en los administradores la facultad de acordar la emisión de obligaciones convertibles en acciones: ¿Un supuesto de incumplimiento de las Directivas comunitarias?, en *La Ley*, 3 de abril de 1990, págs. 1 y sigs. A tales críticas se han adherido TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, págs. 254 y sigs., y FERNÁNDEZ DEL POZO, *supra*, nota 50, pág. 157.

(64) Ver. por todos, V. LOUIS. *El Ordenamiento jurídico comunitario* (Luxemburgo, 1990), págs. 168 y sigs.

(65) Es interesante recordar lo señalado en el anuncio de la emisión de obligaciones convertibles de Telefónica Internacional de España. S.A (ver *BORME*, núm. 36, del

a) *¿Es posible excluir el derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones convertibles?*

Conviene recordar, en primer lugar, que el juego conjunto de los artículos 158 y 293.3 de la LSA lleva a reconocer el derecho de suscripción preferente de obligaciones convertibles tanto a accionistas como a obligacionistas convertibles de series anteriores. En segundo lugar, conviene tener en cuenta, asimismo, que el artículo 293.3 de la LSA se remite únicamente al artículo 158 de la misma LSA a los efectos de establecer el régimen del derecho de suscripción preferente de obligaciones convertibles.

La anterior laguna es susceptible de ser completada mediante un razonamiento *a contrario* o *a simile*: Según una interpretación «formalista» o «literalista», no es posible dicha exclusión por cuanto el artículo 293.3 de la LSA se remite únicamente al artículo 158 y no al 159 de la misma LSA (66). Conforme a una interpretación «sustancialista», parece conveniente completar la laguna legal admitiendo la exclusión en los términos del artículo 159, por cuanto no hay razón decisiva diferencial para romper la analogía establecida con carácter genérico (67).

Por nuestra parte, nos parece oportuna esta segunda opción, que es, por otra parte, la mayoritaria en nuestra doctrina, apoyada en el Derecho comunitario proyectado (68) y en el Derecho comparado (69). Admitida dicha

21 de febrero de 1992) respecto a la «suscripción» de las mismas en el sentido de que «la totalidad de las obligaciones emitidas serán suscritas por el Estado español a través de la Dirección General del Patrimonio, en el plazo de noventa días desde la celebración de la Junta general de accionistas previa renuncia de los demás accionistas a su derecho de suscripción preferente». En general, sobre la decisiva influencia del reconocimiento del derecho de suscripción preferente por la LSA de 1989 en el descenso de emisiones convertibles de renta fija se pronunciaba la CNMV en su *Informe anual 1990* (ver *supra*, nota 20), pág. 25.

(66) En este sentido se pronuncia F. VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo I, vol. 2 (Barcelona, 1991), pág. 800.

(67) En este sentido se pronunciaba M. BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil* (Madrid, 1990), pág. 339. Son especialmente categóricos en sus afirmaciones tanto URÍA, *supra*, nota 24, pág. 532, cuando dice: «Naturalmente, ese derecho queda sometido a cualquier eventual supresión total o parcial que pueda acordar la Junta general (art. 159) y no jugará en los supuestos de exclusión establecidos en el artículo 159.2», como A. MADRID PARRA, «Las obligaciones», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *supra*, nota 26, pág. 414, cuando señala: «Obviamente, no es de aplicación el derecho de suscripción preferente si la Junta general decide la supresión total o parcial del mismo en los términos previstos en el artículo 159 de la LSA». Ver también TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, pág. 254, donde se pronuncia a favor de la aplicación analógica del artículo 159 de la LSA, si bien añade ciertas dudas respecto a la concurrencia del interés social.

(68) El artículo 58.1 del proyecto de reglamento de la sociedad europea, al regular las obligaciones convertibles, considera aplicables a las mismas el artículo 44 del mismo proyecto, en cuyo número 3 se contempla la posibilidad de suprimir aquel derecho de suscripción preferente.

(69) El artículo 367.2 del Código de las sociedades comerciales portugués establece que «no puede tomar parte en la votación que suprima o limite el derecho de

exclusión, no podemos olvidar determinados problemas subsecuentes como los relativos a la posición asimétrica de accionistas y obligacionistas convertibles en cuanto a la participación de los primeros y la ausencia de los segundos en la adopción del acuerdo de exclusión o a las posibilidades de excluir aquel derecho sólo para uno de los colectivos de titulares (accionistas u obligacionistas convertibles) (70). En particular, parece oportuno plantear la siguiente pregunta:

b) *¿En qué condiciones debe ser excluido el derecho de suscripción preferente?*

Siendo coherentes con la remisión sistemática extensiva o analógica al artículo 159 de la LSA, la primera respuesta es que —parafraseando el núm. 1 de dicho artículo— «en los casos en que el interés de la sociedad así lo exija, la Junta general, al decidir la emisión de obligaciones convertibles, podrá acordar la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente» cumpliendo con los requisitos establecidos en el citado artículo.

La consecuencia inmediata consiste en admitir que el derecho de suscripción preferente de los obligacionistas convertibles en la emisión posterior de este tipo de obligaciones se suprima en Junta general de accionistas sin su participación. Ello nos puede llevar a plantear si estamos ante una modificación de las condiciones del contrato de emisión (art. 287 LSA) que deba ser objeto de acuerdo entre sociedad anónima emisora y sindicato de obligacionistas y posterior inscripción en el Registro Mercantil (art. 278 RRM) (71). En términos de estricta calificación de la legalidad, consideramos difícilmente exigible dicho acuerdo por varias razones. En primer lugar, porque el derecho de suscripción preferente de acciones que tienen los obligacionistas convertibles —simétrico al que recae sobre nuevas obligaciones convertibles— puede ser suprimido por decisión unilateral de los accionistas en Junta conforme al tenor literal estricto del artículo 159 de la

preferencia de los accionistas en la suscripción de obligaciones convertibles todo aquel que pudiera beneficiarse especialmente con tal supresión o limitación (...).

(70) A esta problemática hace referencia, en el Derecho italiano, GERACI, *supra*, nota 48, págs. 825 y sigs.

(71) En nuestra práctica financiera posterior a la LSA y al RRM de 1989 podemos destacar las múltiples convocatorias (con pago de primas de asistencia) de las diversas Asambleas generales de tenedores de bonos de tesorería del Banco de Santander que fueron publicadas en el *BORME*, núm. 96, del 23 de mayo de 1991, estableciendo como fecha de la reunión el día 8 de junio de 1991 y en cuyos órdenes del día se contenía un segundo apartado que decía «Resolver, en cuanto sea competencia de esta Asamblea, sobre el siguiente punto del orden del día de la Junta general de accionistas convocada por la sociedad emisora para los días 9 y 10 de junio de 1991: "5.º Emisión de títulos de renta fija, subordinados y convertibles, con exclusión del derecho de suscripción preferente, determinación de las bases y modalidades de conversión y acuerdo de aumento de capital social (tipo de emisión. A la par Tipo de conversión El de cierre de Bolsa de 7 de junio de 1991, rebajado en un 5 por 100)"»

LSA. En segundo lugar, porque cuando el artículo 278 del RRM habla de las «condiciones de la emisión» parece referirse a las pactadas en el contrato de emisión (ver art. 274.1.3.ª RRM) y no a las condiciones legales o forzosas como es la de concesión del derecho de suscripción preferente. En tercer lugar, porque no parece lógico que la decisión de la Junta general de accionistas de excluir el derecho citado quedara, de hecho, condicionada por un previo o posterior acuerdo de la asamblea o asambleas de obligacionistas convertibles, tanto más cuando el artículo 159 de la LSA otorga la capacidad decisoria exclusivamente a aquella Junta general.

En cualquier caso, los abusos que contra los intereses de los obligacionistas convertibles pueda cometer la sociedad anónima emisora en sede de exclusión del mencionado derecho pueden ser combatidos por la actuación tanto del propio sindicato de obligacionistas como, especialmente, de la CNMV. En cuanto a la actuación del primero, parece que el comisario debería convocar en tales supuestos la Asamblea, dada su atribución genérica o a solicitud del número previsto de obligacionistas (arts. 303.3 y 298 LSA), siendo aquella competente para adoptar, en su caso, el acuerdo de impugnar el de la Junta general (arts. 300 y 302 LSA). Desde el punto de vista práctico tiene mayor interés el hecho de que el Registrador Mercantil verá resuelto su problema previamente por la CNMV y ello porque esta CNMV actúa antes que el Registrador (art. 282 RRM), porque es a ella a la que compete la protección de los inversores (art. 13 LMV) y porque la CNMV tiene ciertas atribuciones de control de legalidad, especialmente aplicables en estos supuestos (art. 8.3 del RD 291/1992).

5.ª *¿Es posible convertir obligaciones en acciones sin voto?*

La respuesta es afirmativa, como así lo ha demostrado nuestra práctica financiera (72). Esta combinación —que habrá de respetar, evidentemente, los límites cuantitativos del capital sin voto— abre grandes posibilidades de financiación con recursos ajenos que se convierten en propios sin alteración del equilibrio de poder social.

6.ª *¿Existe asistencia financiera en los descuentos en la conversión de las obligaciones en acciones?*

Como antes señalábamos, las emisiones de obligaciones convertibles ofrecen tradicionalmente en nuestro mercado de valores las características de establecer relaciones variables con un descuento (que ronda en torno al 10 por 100) respecto a la cotización media en un determinado período anterior

(72) A esta posibilidad teórica nos referimos en TAPIA HERMIDA, *supra*, nota 4, pág. 824, y se vio confirmada después por la emisión de obligaciones Naarden convertibles con *warrants*, citada en *supra*, nota 7

al período de la conversión (73). Pues bien, en los casos de relaciones variables de conversión la previsión de un descuento no debe ser considerada como asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones prohibida en el artículo 81 de la LSA y ello porque tanto la sociedad anónima emisora como el inversor que adquiere las obligaciones asumen el riesgo inherente a la aleatoriedad propia de las cotizaciones. Sin embargo, si las relaciones de conversión son fijas, la aplicación de un descuento que las sitúa por debajo del valor actual de cotización podría conducir a apreciar la concurrencia de la citada asistencia financiera prohibida.

7.^a *¿En los aumentos de capital gratuitos gozan los obligacionistas convertibles de un derecho de asignación gratuita de nuevas acciones?*

La respuesta debe ser negativa por cuanto el derecho contemplado en el párrafo 2.º del número 3 del artículo 158 de la LSA juega de manera alternativa y no cumulativa con la cláusula antidilución prevista en el artículo 294.2 de la misma LSA al objeto de evitar una sobreprotección de los obligacionistas convertibles (74).

C) LA FASE DE DISTRIBUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES CONVERTIBLES

En este momento podemos plantear dos preguntas que ponen en relación a las obligaciones convertibles con el mercado primario de valores y con los mercados secundarios de valores, respectivamente.

1.^a *¿Son las obligaciones convertibles valores negociables?*

La respuesta es evidente en el sentido de que este tipo de obligaciones han constituido una categoría prototípica de valores mobiliarios que instrumenta jurídicamente un fenómeno de captación pública de ahorro para destinarlo a la inversión, por lo que han merecido también el calificativo de valores de inversión (75). Es por ello por lo que se les califica como valores negociables en el seno del artículo 2.1.b) del Real Decreto 291/1992.

Esta identificación como valores negociables tiene dos consecuencias fundamentales en el seno de la Ley del Mercado de Valores y de sus normas de desarrollo:

(73) Ver P. ALVAREZ, «Entidades de depósito Emisiones de empréstitos en 1988», en BANCO DE ESPAÑA, *Boletín Económico*, abril 1989, pág. 25.

(74) A este juego alternativo nos referíamos en A. J. TAPIA HERMIDA, «Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas sobre el informe de los auditores de cuentas en la emisión de obligaciones convertibles», en la *RDBB*, núm. 39 (1990), pág. 244.

(75) Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, *supra*, nota 47, págs. 21 y sigs.

- a) En primer lugar, abre las puertas a su representación por medio de títulos o de anotaciones en cuenta (arts. 5 y sigs. LMV y RD 116/1992) (76).
- b) En segundo lugar, la emisión de obligaciones convertibles en las condiciones establecidas en el artículo 3 del Real Decreto 291/1992 obliga a su emisor a cumplir los requisitos previstos en los artículos 26 y siguientes de la LMV y desarrollados en los artículos 5 y siguientes del Real Decreto citado. En este último sentido cabe señalar que el carácter convertible de las obligaciones implica la existencia de un contenido específico del folleto informativo tanto en nuestro Derecho como en el Derecho comunitario (77).

2.ª *¿Cuál es el régimen de las obligaciones convertibles en los mercados secundarios de valores?*

A este respecto, podemos destacar los siguientes aspectos:

- a) En primer lugar, la cotización de las obligaciones convertibles en un mercado secundario oficial califica a cualquier aumento de capital realizado por la sociedad anónima emisora como oferta pública conforme a la disposición adicional primera, número 3, de la LSA, con las consecuencias establecidas en el artículo 160 de dicha LSA.
- b) En segundo lugar, las obligaciones convertibles pueden ser negociadas únicamente en las Bolsas de Valores por imposición del artículo 46.a) de la LMV.
- c) En tercer lugar, en el mercado español de valores, las sociedades anónimas emisoras de obligaciones convertibles se comprometen en el momento de emitirlas a solicitar la admisión en Bolsa tanto de las propias obligaciones como de las acciones resultantes de la conversión, aun cuando, en ocasiones, la celeridad de los emiso-

(76) Sobre este último Real Decreto 116/1992, ver A. J. TAPIA HERMIDA. «El desarrollo reglamentario del régimen de representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles», en la *RDBB*, núm. 45 (1992), págs. 267 y sigs. En nuestra práctica más reciente interesa destacar, por ejemplo, el «anuncio de transformación de títulos en anotaciones en cuenta» efectuado por el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, S.A. (ver *BORME*, núm. 34, del 19 de febrero de 1993), conforme al cual se incluyeron, entre otros valores, diversas emisiones de obligaciones convertibles.

(77) En nuestro Derecho, valga recordar que la letra c) del epígrafe 2.3.8 del esquema que figura como Anexo II a la Orden de 17 de noviembre de 1981 exige que en el folleto de emisión se recojan menciones específicas cuando los valores a emitir sean convertibles en acciones. En cuanto se refiere al Derecho comunitario, existen requisitos específicamente previstos para «cuando la oferta pública se refiera a obligaciones convertibles, canjeables o con *warrants*» en el número 4 del artículo 11 de la Directiva 89/298/CEE.

res en el cumplimiento de tales compromisos deja mucho que desear (78).

- d) Por último, las obligaciones convertibles son relevantes a los efectos del origen y del destino de las OPAs reguladas básicamente en el artículo 60 de la LMV, y ello porque, por un lado, son computables a efectos de determinar el porcentaje de participación significativa que desencadena la obligación de formular una OPA (arts. 1.1 y 2.4 del RD 1197/1991) y, por otro lado, la OPA deberá dirigirse a los titulares de obligaciones convertibles (art. 1.6 del RD 1197/1991) (79).

IV. OBLIGACIONES HIPOTECARIAS EMITIDAS POR PARTICULARES

A) ANTECEDENTES Y FUNCIÓN ECONÓMICA

1. *Antecedentes*

Al amparo de lo establecido en la Ley Hipotecaria (arts. 154-156) y en su Reglamento (art. 247), los particulares han venido emitiendo obligaciones con garantía hipotecaria.

(78) A esta última preocupación hacía referencia el *Informe anual 1990* de la CNMV, en sus págs. 36 y sigs. Respecto a los compromisos asumidos, valga como ejemplo la «emisión de obligaciones convertibles en acciones» realizadas por El Encinar de los Reyes, S.A. —cuyo anuncio fue publicado en el *BORME*, núm. 120, de 25 de junio de 1992—, cuya condición número 11, relativa a la «cotización oficial» señalaba. «Se solicitará la admisión a cotización en la Bolsa de Valores de Madrid tanto de las obligaciones integrantes de la emisión como de las acciones que se emitan para atender las conversiones que tengan lugar en los plazos establecidos en el folleto informativo». En cuanto a la admisión de las obligaciones convertibles y de las acciones resultantes de la conversión, ver en nuestra práctica reciente, respectivamente, cómo han sido admitidas a negociación en la Bolsa de Valores de Madrid las obligaciones convertibles emitidas en ecus y en pesetas por Sarrió, S.A. en noviembre de 1991 (ver los anuncios respectivos en el *BORME*, núm. 31, de 16 de febrero de 1993). Ver asimismo la admisión a negociación en la Bolsa de Madrid de 16 023 acciones de METROVACESA emitidas «para atender a una opción de conversión en acciones de la propia sociedad de los bonos emisión diciembre 1991, durante el período comprendido entre los días 1 de abril y 30 de junio de 1992» (ver el anuncio en el *BORME*, núm. 46, de 9 de marzo de 1993).

(79) Ver, desde el punto de vista societario, TORRES ESCÁMEZ, *supra*, nota 1, págs. 230-231, y 275 y sigs., y desde el punto de vista del mercado de valores ver J. ZURITA Y SÁENZ DE NAVARRETE. «La adquisición de participaciones significativas y la OPA en el Real Decreto 1197/1991», en SÁNCHEZ ANDRES y otros, *La lucha por el control de las grandes sociedades. Las ofertas públicas de adquisición* (Bilbao, 1992), pág. 134, y A. J. TAPIA HERMIDA. «Regulación de las ofertas públicas de adquisición de valores en el Ordenamiento jurídico español», en MASCAREÑAS y otros, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas* (Madrid, 1992), pág. 227.

La entrada en vigor de la Ley del Mercado de Valores el día 29 de enero de 1989 provocó importantes incertidumbres en la labor calificadora de los Registradores de la Propiedad acerca de la eventual calificación de tales obligaciones como valores negociables y la consecuente exigencia de que su emisión cumpliera los requisitos generalmente exigibles a las emisiones de aquellos valores en el marco del título III de la LMV. Tales incertidumbres procedían tanto de la falta de una definición precisa de la categoría y las clases de valores negociables (ausencia «confesada» por la propia Exposición de Motivos de la LMV en su núm. 2) como de la inadecuación de los requisitos previstos en los artículos 26 y siguientes de la citada Ley a los supuestos en que el emisor era una persona física sin condición empresarial.

Las anteriores incertidumbres culminaron en la interposición de un recurso gubernativo contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 12 de Valencia a inscribir una hipoteca en garantía de títulos al portador que fuese resuelto por Resolución de la DGRN de 5 de noviembre de 1990 en la que se confirmó la denegación por existencia de un defecto de carácter formal en la escritura (80).

La situación de estas obligaciones hipotecarias emitidas por particulares ha experimentado una profunda modificación a raíz de la entrada en vigor del Real Decreto 291/1992, al que más adelante haremos referencia.

Por último, señalar que se trata de valores parcialmente «en vías de extinción» en lo que a los empresarios personas físicas y a las sociedades personalistas se refiere, por cuanto su anacronismo ha llevado a la ponencia encargada de la elaboración del Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada a proponer una disposición adicional conforme a la cual los empresarios individuales, las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples no podrán emitir ni garantizar la emisión de obligaciones u otros valores agrupados en emisiones.

2. *Función económica*

El recurso a la emisión de este tipo de obligaciones ha venido suscitando importantes recelos por parte de quienes tienen la responsabilidad de controlar la legalidad de tales emisiones (Registradores de la Propiedad y Mercantiles y CNMV). Estos recelos tienen su base en una cierta idea de

(80) Esta resolución fue objeto de comentario por A. J. TAPIA HERMIDA y A. GUTIERREZ GARCÍA, «Las obligaciones hipotecarias emitidas por particulares. Su inscripción en los Registros Mercantiles y de la Propiedad y su ubicación en el ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores», en la *RDBB*, núm. 42 (1991), págs. 459 y sigs., estudio en el que basamos las observaciones que se hacen a continuación.

fraude que se constata en la práctica diaria y que obedece a las siguientes razones:

1.^a El recurso a la emisión de obligaciones por un particular, al margen de los procesos de financiación empresarial y productiva, implica una desproporción respecto al mecanismo del préstamo hipotecario (81).

2.^a Estas obligaciones ocultan, en ocasiones, la existencia de préstamos usurarios (82).

3.^a Mediante la emisión de estas obligaciones, ciertos deudores han manipulado el orden de prelación de sus acreedores (utilizando, incluso, «testaferros» o «fiducias cum se ipso»).

4.^a Estas obligaciones han servido de vehículos para el fraude inmobiliario e incluso fiscal.

5.^a Por último, indicar que en la práctica se ha constatado la existencia de intermediarios profesionales en este tipo de emisiones no habilitados ni por la LMV ni por el Derecho bancario para la captación de fondos reembolsables del público (cfr. la referencia que hacíamos al art. 28 de la Ley 26/1988 en el epígrafe I.B de esta ponencia) (83).

B) LA FASE DE PRODUCCIÓN DE ESTE TIPO DE OBLIGACIONES

Procede formular, en esta fase, tres preguntas:

1.^a *¿Qué hipótesis de emisiones de obligaciones con garantía hipotecaria podemos diferenciar?*

De acuerdo con el criterio de su sujeto emisor, podemos distinguir dos grandes categorías:

(81) Valga como ejemplo de un expositivo típico de las escrituras de emisión de obligaciones al portador con garantía hipotecaria el siguiente: «Que precisando la obtención de fondos, ha decidido emitir determinadas obligaciones hipotecarias por los importes que ahora se dirán, lo que lleva a cabo por la presente y con sujeción a las siguientes (.)».

(82) Ver, en general, A. J. TAPIA HERMIDA, «La vigencia de la Ley de Usura como mecanismos de protección del consumidor a crédito», en la *RDBB*, núm. 25 (1987), págs. 145 y sigs.

(83) Valga señalar que en la práctica anterior a la entrada en vigor del Real Decreto 291/1992 se constataba la existencia de modelos normalizados de comunicaciones previas a la CNMV (normalización en principio contradictoria con la condición de particular y esporádico emisor del particular y más propia de intermediarios profesionales), que acababan señalando. «Que al objeto de inscribir en el Registro de la Propiedad dicha escritura de emisión de obligaciones es por lo que: Suplicamos a esta Comisión Nacional del Mercado de Valores tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y tener por hecha la comunicación que en el mismo contiene a los efectos expuestos».

- a) Emisión de obligaciones con garantía hipotecaria por personas jurídicas que pueden ser, a su vez, sociedades anónimas [arts. 284.1.a) LSA y 174.1.5.^a y 279.2 RRM], y otros tipos de personas jurídicas (art. 1 de la Ley 21/1964).
- b) Emisión de obligaciones con garantía hipotecaria por personas físicas, que pueden ser a su vez empresarios o meros particulares. Esta distinción se halla implícita en nuestro Derecho positivo (art. 22.1 del CCom) y es relevante, a nuestro juicio, a efectos interpretativos.

2.^a *¿En qué condiciones han de acceder estas obligaciones al Registro de la Propiedad?*

Los riesgos de fraude inherentes a este tipo de obligaciones deben conducir a los Registradores de la Propiedad a extremar las precauciones calificadoras en el momento de constituir la hipoteca al objeto de asegurar la vigencia de los principios esenciales de nuestro sistema registral hipotecario de indisponibilidad del rango hipotecario con carácter general y de protección de la prelación registral.

A la vista de lo que establece el número 6 del artículo 26 del Real Decreto 291/1992, el Registrador de la Propiedad puede encontrarse ante dos hipótesis:

- a) Emisiones de obligaciones hipotecarias por personas físicas que han cumplido los requisitos de emisión establecidos en el citado artículo, entre los cuales cabe destacar, conforme al número 2 del artículo 26 del citado Real Decreto, la aportación ante la CNMV, en calidad de «documento acreditativo», de la «escritura de emisión pendiente de inscripción».

Desde el punto de vista hipotecario y teniendo en cuenta que en la escritura habrán de consignarse no sólo las circunstancias relativas a la hipoteca, sino también a la emisión de las obligaciones garantizadas (art. 154, párr. 2.^o LH), esta primera hipótesis puede «desdoblarse» en otras dos. En efecto, el cumplimiento de aquellos requisitos de verificación por parte de la CNMV vendrá impuesto:

- a.1) En primer lugar, cuando la suscripción de las obligaciones no haya tenido lugar en el propio acto de otorgamiento de la citada escritura. Esta indeterminación inicial de los futuros suscriptores de las obligaciones no tiene cabida, a juicio de algunos autores, en el marco del artículo 154 de la Ley Hipotecaria y concordantes, por lo que obliga a recurrir a la figura de la hipoteca en garantía de obligación futura (arts. 142 y 143 LH, y 232, 238 y sigs. RH).

- a.2) En segundo lugar, cuando la suscripción haya tenido lugar en el propio acto de otorgamiento de la escritura pero su importe nominal global sea superior a 100 millones de pesetas.
- b) Emisiones de obligaciones hipotecarias por personas físicas que no han cumplido los requisitos previstos en el artículo 26 del Real Decreto 291/1992. Por aplicación analógica de lo dispuesto para el Registro Mercantil en los artículos 163.4.3.ª y 282.2 de su Reglamento, el Registrador de la Propiedad deberá comprobar que se trata de un supuesto excluido de aquellos requisitos porque en el mismo concurren, simultáneamente, un importe nominal global inferior a 100 millones de pesetas y la suscripción de obligaciones en el propio acto del otorgamiento.

3.ª *¿En qué condiciones pueden acceder estas obligaciones al Registro Mercantil?*

Importa distinguir ahora dos hipótesis según la cualidad «particular» o «empresarial» de la persona física emisora (teniendo presente que esta condición, en el caso de personas físicas, es un problema de papeles o *roles* que obliga a considerar la finalidad particular o empresarial de la emisión en cada caso):

- a) Cuando quien emite es un particular, la emisión no debe acceder al Registro Mercantil por razones tanto subjetivas, dado que éste ha quedado configurado como un «registro de empresarios» articulado en torno al sistema del «folio personal», como objetivas, puesto que la emisión no tendría el carácter de «acto de comercio» (art. 2 CCom). Debemos considerar como una hipótesis carente de realidad —a la vista de los requisitos exigibles para la admisión a cotización por el art. 32 de la LMV y por el Reglamento de Bolsas vigente— la del acceso a negociación bursátil de estas obligaciones, hipótesis en la que el párrafo 2.º del artículo 247 del Reglamento Hipotecario contempla su acceso excepcional al Registro Mercantil.
- b) Cuando quien emite es un empresario individual, la emisión debería acceder en atención a su naturaleza objetiva, puesto que se trata de una emisión de obligaciones (arts. 22.1 CCom y 87.7 RRM); pero únicamente podrá hacerlo cuando el empresario individual haya hecho uso previamente de su derecho a acceder al Registro Mercantil (art. 19.1 CCom) y tenga, por lo tanto, hoja abierta en el mismo (art. 22.1 CCom).

3. *La fase de distribución de estas obligaciones*

Procede en esta fase formularse dos preguntas básicas:

1.^a *¿Son valores negociables las obligaciones con garantía hipotecaria emitidas por personas físicas?*

Este tipo de obligaciones tienen cabida en los amplios términos de la letra b) del número 1 del artículo 2 del Real Decreto 291/1992 que considera como valores negociables «las obligaciones y valores análogos representativos de partes de un empréstito, emitidos por personas o entidades privadas o públicas».

Como vimos, la regla general exigiría que para que tales obligaciones estuvieran sometidas al cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 26 y siguientes de la LMV y desarrollados en los artículos 5 y siguientes del Real Decreto 291/1992, fueran emitidas en las condiciones previstas en el artículo 3 de dicho Real Decreto. Ello no es así porque, como veremos seguidamente, este tipo de obligaciones tiene un régimen «agravado» de sumisión en nuestro Derecho del mercado de valores.

2.^a *¿Qué especialidades presenta la emisión de obligaciones u otros valores con garantía hipotecaria por personas físicas?*

El artículo 26 del Real Decreto 291/1992 establece un régimen peculiar y «agravado» de sumisión de estos valores, agravamiento al que no es ajena la peligrosidad potencial de este tipo de emisiones (84). En efecto:

a) *El régimen agravado de sumisión*

A la vista de lo dispuesto en los números 1 y 6 del artículo 26 antes citado, el agravamiento se refleja en dos momentos:

a.1) En cuanto a la sumisión, el número 1 establece que «la emisión por personas físicas de obligaciones con garantía hipotecaria, cualquiera que sea su número, quedará sujeta al cumplimiento de todos los requisitos contemplados en el número 2 del artículo 5»; y ello «aunque no concurra ninguna de las circunstancias previstas en el número 1 del artículo 3» que se refieren a la previa admisión a negociación, a la realización de actividades publicitarias o a la utilización de intermediarios financieros.

a.2) En cuanto a la exclusión, del tenor literal del n.º 6 del citado artículo 26 y de una interpretación sistemática del Real Decreto, podemos deducir que las emisiones de este tipo de valores no estarán sujetas a los requisitos mencionados únicamente cuando se den las dos circunstancias a las que antes nos referimos (recordamos un importe nominal global inferior a 100 millones de pesetas y la suscripción en el propio acto de otorgamiento de la escritura de emisión y de hipoteca).

(84) En el comentario citado en *supra*, nota 80, págs. 478 y sigs., analizábamos el artículo 25 del Borrador de proyecto de Real Decreto en su versión de 10 de enero de 1991.

b) *El régimen específico de cumplimiento de los requisitos de las emisiones*

El número 1 del artículo 26 somete a estas emisiones al cumplimiento de los requisitos comunes, si bien «con las modificaciones que derivan de lo dispuesto en los apartados siguientes». Si efectuamos una interpretación conjunta de aquellos requisitos y estas especialidades, podemos señalar que las personas físicas que emitan este tipo de obligaciones deberán presentar ante la CNMV, para su verificación y posterior incorporación a los Registros públicos, los siguientes documentos:

b.1) En primer lugar, una comunicación de la emisión [art. 5.2.a)], con el contenido y efectos previstos en el artículo 9.

b.2.) En segundo lugar, de acuerdo con el número 2 del artículo 26, y haciendo las veces de «documento acreditativo» [arts. 5.2.b) y 10], la escritura de emisión de las obligaciones —y de constitución de la hipoteca que las garantiza (párrafo 2.º del art. 154 de la LH)— «pendiente de inscripción». Respecto a esta pendencia y posterior acceso al Registro de la Propiedad nos pronunciábamos antes.

b.3) En tercer lugar, conforme al número 3 del artículo 26 y cumpliendo las funciones de los informes de auditoría y cuentas anuales del emisor [art. 5.2.c) y arts. 11-14, ambos inclusive], «tasación de los bienes hipotecados por experto independiente si de ella resulta un valor superior de un 20 por 100 al importe global de la emisión» o, en otro caso, una valoración del patrimonio del emisor hecha por experto independiente (art. 11.7). La primera previsión nos permite afirmar que la suficiencia de la garantía hipotecaria se ve incrementada en estas emisiones en un 20 por 100 y la segunda es consecuencia del principio establecido en el artículo 105 de la Ley Hipotecaria conforme al cual la constitución de hipoteca no alterará la responsabilidad patrimonial universal del deudor establecida en el artículo 1.911 del Código de Comercio y que, en estos casos, se delimita preventivamente.

b.4) Por último, la persona física deberá elaborar un folleto informativo [art. 5.2.d) y arts. 15-22, ambos inclusive] cuyo contenido se ha de adaptar a las especiales características del supuesto, y en especial, según el número 4 del artículo 26, al sentido y finalidad de la operación, a las emisiones análogas realizadas en los últimos años, a la existencia de otros inmuebles o bienes de gran valor en el patrimonio del emisor, etc.

ALBERTO JAVIER TAPIA HERMIDA

Profesor Titular de Derecho Mercantil de la UCM
Abogado del Estudio Jurídico Sánchez Calero & Co

Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo con interés (*) (1)

SUMARIO: 1. EL MUTUO CON INTERES. NATURALEZA JURIDICA: CONTRATO REAL U OBLIGACIONAL.—2. SUJETOS. CUESTIONES DE CAPACIDAD.—3. OBJETO.—4. CAUSA.—5. CONTENIDO. PRINCIPAL Y ACCESORIO. LAS GARANTIAS.—6. FORMA.—7. CONCLUSIONES.

1. EL MUTUO CON INTERES. NATURALEZA JURIDICA: CONTRATO REAL U OBLIGACIONAL

ALBALADEJO (2) explica que «nuestro Código en el libro IV, título X, regula dos clases de contratos de préstamo: el comodato y el mutuo (aunque a éste lo denomine simple préstamo), también llamado préstamo de uso (porque en él sólo se transfiere el uso de lo prestado) el primero y préstamo de consumo el segundo (porque en él se transfiere la propiedad de lo prestado, que normalmente se recibe para ser consumido)».

Y el artículo 1.753 del Código Civil puntualiza:

«El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.»

(*) Este trabajo se enmarca en un estudio más amplio que se ha llevado a cabo sobre «Los nuevos criterios de responsabilidad y formación de la voluntad contractual», financiado por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica (DGICYT), ref. proy PB87-0767

(1) Todas las cláusulas transcritas en este trabajo corresponden a datos reales contenidos en escrituras y formularios de diversas entidades de crédito.

(2) M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, II. *Derecho de obligaciones*, vol. 2. Barcelona, 1989, págs. 377 y sigs.

Uno de los contratos de préstamo más corriente es el préstamo de dinero con garantía hipotecaria, en el cual se efectúa la entrega del dinero por parte de una entidad de crédito en el momento del otorgamiento. La característica de este tipo de contrato es que el prestatario adquiere la propiedad. No podía ser de otra forma tratándose de dinero. Aquí el préstamo es causa suficiente para la atribución patrimonial. Básicamente, en este trabajo voy a referirme a este tipo de contrato (3).

La terminología aplicada al mutuo con interés, cuando el objeto del contrato es una cantidad de dinero se concreta en «contrato de préstamo» o «contrato de crédito», a los que se añade el calificativo de «hipotecario» o «con garantía hipotecaria» si se garantizan las obligaciones nacidas de los mismos por medio de la constitución de hipoteca. Es evidente que contrato de crédito o de préstamo, aunque utilizado en ocasiones de forma indistinta, no tienen el mismo significado.

Así, crédito en sentido amplio equivale a confianza; sin embargo, al acotar el concepto nos encontramos, como mínimo, ante tres acepciones distintas de crédito:

- 1.^a Crédito como la confianza que tiene un acreedor en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor.
- 2.^a Crédito como equivalente a la solvencia del deudor.
- 3.^a Crédito referido a la relación que se establece entre partes (4).

Estas tres acepciones, perfectamente diferenciadas, se reúnen en la práctica cuando se identifica el crédito como una operación (negocio) jurídica consistente en dejar una determinada cantidad de dinero a otra persona, durante determinado período de tiempo, en base a la confianza que se tiene de ella, de su devolución. En el tráfico, el crédito tiene unos límites y unas garantías, porque tal confianza no es plena.

Los negocios de crédito tienen unos elementos comunes que ha explicado GRAZIANI recogiendo la noción de KNIES: el crédito es un intercambio diferido en el tiempo.

Es cierto que es una característica de los negocios de crédito la disposición presente de la riqueza y que una de las partes del negocio se obliga a restituir el equivalente de esta riqueza en un momento futuro. Se trata de bienes presentes que se intercambian por bienes futuros.

La cuestión es determinar si crédito equivale a intercambio de bienes. Se han establecido diferencias cualitativas y cuantitativas entre ambos ne-

(3) El tema de los préstamos de dinero lo he tratado específicamente en el libro de próxima aparición, titulado *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, ed La Ley

(4) A. GRAZIANI, «Crédito», *NDI*, IV, Torino. 1959. pág. 1079.

gocios; cualitativas porque en el intercambio se entrega una riqueza y se restituye el mismo género de riqueza. La diferencia cuantitativa supone que en el intercambio los bienes permutados son equivalentes, mientras en el crédito el acreedor exige al vencimiento de la deuda una cantidad superior a la entregada.

La objeción que suponen las diferencias establecidas entre crédito e intercambio de bienes las salva GRAZIANI (5) explicando que existe una equivalencia objetiva que resulta de la divergencia subjetiva de los valores comparados. Así, tanto en la permuta de los bienes como en el intercambio de un bien por dinero cada una de las partes atribuye al bien distinto valor subjetivo en el momento inicial y en el momento final. De esta forma, el deudor valora más el bien actual que el que deberá restituir, y el acreedor, a la inversa, valora más el bien que le restituirán en el futuro que el actual. Por tanto, las diferencias entre crédito e intercambio quedan superadas al atribuir un valor subjetivo a los bienes que, evidentemente, estará relacionado con la finalidad que cada una de las partes pretenda conseguir a través del negocio.

De todas formas, como veremos, la definición de crédito como intercambio diferido con el tiempo como elemento común a todos los contratos de crédito es difícil de encajar si tenemos en cuenta que intercambio en nuestro Ordenamiento supone causa onerosa (art. 1.274 CC) y el comodato es esencialmente gratuito (art. 1.740.2 CC) y el simple préstamo también lo puede ser (art. 1.740.3 CC).

La confianza del acreedor en el deudor no es total, por lo que a los negocios de crédito puede añadirse diversos tipos de garantía que aseguren al acreedor la recuperación del valor prestado. Estas garantías pueden ser reales y/o personales y darse de forma única (una sola garantía) o cumulativamente (varias garantías) en el mismo negocio (6). En las garantías reales se concede al acreedor un derecho sobre un determinado bien que queda sujeto al cumplimiento de la obligación por parte del deudor, y las personales se basan en la capacidad económica del deudor, teniendo en cuenta la posibilidad del concurso con otros acreedores.

(5) A GRAZIANI, «Crédito», *NDI*, IV, pág. 1079.

(6) En una escritura de préstamo se hace constar: «Undécima. El Banco queda formal e irrevocablemente autorizado por la parte prestataria para aplicar con destino al pago de cualquier cantidad vencida y no satisfecha cualesquiera posiciones acreedoras y depósitos de cualquier naturaleza de que fuere titular en el Banco que a todos los efectos se consideran en garantía de obligaciones vencidas. () Decimocuarta Sin perjuicio de su responsabilidad personal subsidiaria la parte prestataria constituye primera hipoteca en favor del Banco, que acepta, sobre la finca que se describirá al final de las estipulaciones de esta escritura, en garantía de la devolución del principal del préstamo por . pesetas, del pago de intereses remuneratorios devengados al tipo pactado .»

La articulación del contenido del negocio de crédito (cantidad y plazo) origina una variedad de contratos, en los que la combinación del límite, la finalidad de disposición, el plazo o plazos y las distintas garantías, junto con la particular finalidad de la aplicación de la cantidad obtenida y la competencia en las condiciones ofrecidas por las entidades correspondientes hacen que el crédito sea un negocio jurídico que en algunas modalidades sea asequible a la mayoría de las personas físicas y jurídicas y, para algunos fines, sea prácticamente el único medio.

La problemática que se plantea jurídicamente gira en torno a la diferencia entre un crédito y un préstamo, ya que tanto el Código Civil como el Código de Comercio se refieren solamente al préstamo (arts. 1.740-1757 CC, 311-324 CCom). Así, cuando el Código Civil se refiere al préstamo, exige la entrega inmediata al prestatario del bien (arts. 1.740 y sigs.) o, mejor, de la cantidad prestada (ej., préstamo con garantía hipotecaria común). En cambio, cuando hablamos de una operación de crédito parece que entren en juego tres partes: el acreditante, el acreditado deudor y los acreedores, en una relación entre los dos primeros de tracto sucesivo, como, por ejemplo, la relación derivada de un contrato de tarjeta de crédito. Sin embargo, este esquema no se ajusta a otros supuestos, como, por ejemplo, apertura de líneas de descuento, créditos en cuenta corriente con garantía hipotecaria, etc.

La distinción debe hacerse por otra vía. En efecto, los contratos a través de los cuales una parte posibilita a la otra la utilización de recursos que no tiene o de los que no puede disponer efectivamente, son créditos. Los préstamos son una especie del género de crédito que se caracteriza por la entrega o puesta a disposición de una sola vez (o en varias, de acuerdo con el contrato) de la cantidad objeto del préstamo. En los casos en que no hay ni entrega ni puesta a disposición, el dador del crédito se compromete a pagar las deudas futuras o determinado tipo de deudas futuras del acreditado o a poner a su disposición efectivo, todo ello hasta un límite prefijado.

Lo dicho sobre la distinción entre crédito y préstamo no aclara el interrogante en cuanto a calificar el préstamo de contrato real o contrato obligacional. En efecto, sólo se parte de la necesidad de la entrega, pero no se establece el momento de la misma, es decir, si la entrega debe realizarse en el momento en que se dé el acuerdo de voluntades o si la entrega es la primera obligación que nace del contrato y presupuesto de la obligación de devolución del bien entregado.

El artículo 1.740 del Código Civil dice:

«Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra

cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.»

El tenor literal del artículo transcrito parece que recoge el precedente romano de considerar al mutuo como contrato real. En Derecho romano, explica LACRUZ (7), la entrega era un elemento de perfección del contrato, el cual no se formaba sin ella: requisito de existencia o constitutivo.

Sin embargo, dicho autor parece apuntar otra interpretación cuando dice que no se puede pedir la restitución de lo que no se entregó, y en ese planteamiento los contratos de préstamo siguen siendo reales; pero, en cambio, la entrega no es requisito de existencia a falta del cual no existe contrato alguno, sino que nacerá otro contrato consensual atípico del real de préstamo.

La primera cuestión que surge a continuación es la determinación del concepto de contrato real y la justificación de la categoría «contrato real» frente a la de «contrato consensual» (8).

En cuanto al concepto, es general la consideración del contrato real como aquel contrato que precisa para su perfección, además del acuerdo de voluntades de las partes, la entrega de la cosa.

Tradicionalmente, se han considerado contratos reales el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda.

En estos contratos la entrega de la cosa actúa como un elemento constitutivo del contrato (junto con el acuerdo), de la que deriva la obligación de restitución de la cosa recibida, si se trata de cosa específica, o el equivalente si la cosa entregada era fungible. La justificación de la categoría de los contratos reales es la de ser «contratos de restitución» (9) por la importancia que en los mismos tiene la obligación de restituir, obligación principal (arts. 1.740-1.753 CC), que no tendría sentido de no darse con anterioridad la entrega de la cosa. Esta justificación puede soslayarse argumentando que si bien es cierto que la entrega de la cosa es un elemento necesario para que pueda reclamarse la obligación de restituir, no lo es para el perfeccionamiento del contrato del que nace la obligación. Así, LACRUZ (10) entiende que la

(7) J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, II. *Derecho de obligaciones*, vol 3, Barcelona, 1986, págs. 256 y sigs.

(8) P. MARÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXII, vol I, Madrid, 1982, *Comentarios a los artículos 1.740-1 756*, donde se analizan las principales tendencias, con cita de abundante bibliografía, págs. 19 y sigs

(9) G. OSTI, «Contratto», *NDI*, tomo IV, Torino, 1959, pág. 484

(10) J. L. LACRUZ y otros, *Elementos D C.*, II, vol. 3, Barcelona, 1986, págs 256 y sigs.

acción de restitución presupone la entrega, pero al amparo de la autonomía de la voluntad (art. 1.255) es indudable la validez y eficacia de un contrato por el que el prestamista se obligue a entregar la cosa o cantidad en tal o cual fecha y la otra parte a restituir en su día la cosa o la cantidad que recibirá en el futuro.

La hipótesis típica de los contratos reales es que junto con el acuerdo de voluntades se entrega la cosa (o se recibe), y ello está, en principio, de acuerdo con nuestra normativa (arts. 1.740, 1.758 y 1.863 CC). La cuestión es determinar, en el supuesto en el que la entrega no sea simultánea, si existe negocio y, en su caso, qué clase de negocio.

Existen varias posibilidades:

1. Que a falta de entrega el contrato de mutuo sea nulo porque ésta es un elemento esencial.
2. La entrega de la cosa no es elemento esencial sino natural, lo que supone que ésta podrá realizarse en un momento posterior. En este caso habrá de calificarse el negocio realizado:
 - préstamo consensual o
 - contrato preliminar.

En primer lugar, cabría determinar si de la normativa del Código Civil reguladora de estos contratos es deducible la no admisión del contrato consensual de préstamo. Entiendo que de los artículos 1.740-1.784 y 1.863-1.873 del Código Civil no puede derivarse la no validez de los contratos de préstamo, comodato, depósito y prenda en los que la entrega no se realice simultáneamente al acuerdo de voluntades de las partes.

Esta idea es la más extendida en la doctrina española; ya en su día, JORDANO BAREA (11) cuando enumeraba las justificaciones del requisito de la entrega decía que la entrega es un «elemento esencial del negocio, requisito de existencia o elemento constitutivo», o bien «es un requisito de cualidad que caracteriza la existencia de un particular contrato a falta del cual nace un negocio diverso; o un contrato preliminar o precontrato, o un contrato consensual atípico correspondiente al contrato real de que se trate».

ALBALADEJO (12) no está de acuerdo en la calificación como precontrato del préstamo no real porque, según dice, «o se admite la posibilidad legal de que además del contrato real de préstamo haya otro préstamo consensual, que es lo que verdaderamente sería esc llamado precontrato de préstamo, o negada la posibilidad legal del préstamo consensual hay que negar la admisibilidad del precontrato de préstamo».

(11) M. JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, págs. 97 y sigs.

(12) M. ALBALADEJO GARCIA, *D.C.*, II, vol. 2, págs. 367 y sigs

Antes de eliminar la posibilidad de la celebración de un precontrato de préstamo es necesario analizar el supuesto. En efecto, para la concepción tradicional el precontrato era un verdadero contrato por el que las partes quedaban obligadas en el futuro a la celebración de otro nuevo contrato, el cual, por ser distinto del anterior y preparatorio requería nuevas declaraciones de voluntad. El efecto del precontrato es crear la obligación de contratar a cargo de una o de las dos partes, según los casos: la de un *facere* consistente en celebrar otro contrato con nuevos consentimientos. Según esta concepción, sería posible la celebración de un precontrato de préstamo real, ya que no es necesario que el precontrato reúna todos los requisitos del contrato definitivo, uno de los cuales en el préstamo real es la entrega.

Esta concepción del precontrato ha sido criticada y superada por la teoría que considera el precontrato como una fase de un *iter* contractual complejo, expuesta por DE CASTRO (13), según la cual la promesa de contrato es un estadio del *iter* negocial de formación sucesiva, una etapa preparatoria del contrato en la que las partes convienen el contrato futuro atribuyendo a una o a las dos la facultad de exigir en un momento ulterior la puesta en vigor del contrato definitivo. Estas dos partes del *iter* tienen una unidad funcional, de ahí la necesidad de que los requisitos legales para la validez del contrato concurren en la fase inicial. Si aplicamos esta teoría, no es posible un precontrato de un préstamo real porque la entrega es requisito esencial del definitivo, y si ésta no se da estamos en presencia de un precontrato o de un contrato consensual de préstamo; y si se da la entrega y los demás elementos nos hallamos ante un contrato de préstamo real.

Nuestro Ordenamiento (arts. 1.862, 1.340 y 1.363 CC) recoge la posibilidad de efectuar promesas de donación y de constitución de prenda. Para el supuesto de las promesas de donación, ALBALADEJO (14) explica que al ser el precontrato un proyecto de contrato preparado que entrará en vigor sin necesidad de nuevo acuerdo cuando lo exija la parte que tiene esta facultad, sólo podrá darse para la donación obligacional, ya que de otro modo resultaría que el predonante, quedando ya vinculado a los efectos de la donación preparada, lo quedaría sin haber guardado quizá la forma exigida para la donación o sin tener la capacidad, lo que no puede aceptarse, pues burlaría el fin perseguido por la exigencia de tales requisitos. Esta opinión viene a confirmar la idea expresada más arriba de que no es posible un precontrato de préstamo real aunque se ponga énfasis, en el caso de las donaciones, a las cuestiones de forma.

En nuestra doctrina han sido varios los autores que han admitido, aparte del contrato de préstamo real, el contrato de préstamo obligacional. Sin

(13) F. DE CASTRO, «La promesa de contrato», *ADC*, 1950, pág. 1133.

(14) M. ALBALADEJO, *DC II*, vol. 2, pág. 122

embargo, admitidas ambas posibilidades, es necesario tener presente otro elemento: la forma, que ligada a la gratuidad u onerosidad del negocio lleva a analizar la unilateralidad o bilateralidad del contrato de mutuo.

DE CASTRO (15), ante la cuestión planteada de considerar el préstamo sólo como contrato real o también como contrato obligacional, opina que el problema en nuestro Derecho «puede resolverse sencillamente atendiendo al juego normal en su sistema de la forma y de la causa. El Código Civil siguiendo una tradición secular considera contratos reales el préstamo y el depósito, lo que se armoniza con el haberlos caracterizado de esencialmente (el comodato) o de naturalmente (simple préstamo y depósito) gratuitos (arts. 1.740 y 1.760 CC). Resulta entonces lógico que dichos contratos gratuitos necesiten para su eficacia de cierta forma que complete el consentir de los contratantes y que aquélla sea, como en el supuesto de la donación verbal, «la entrega simultánea de la cosa» (art. 632 CC). Esta construcción del tipo en la Ley como contrato real o formal no implica se niegue la posibilidad de negocios atípicos de préstamo y de depósito. Resulta, pues, reducida la exigencia de la entrega o recepción de la cosa a ser un requisito de forma (*ad solemnitatem*) para los préstamos y depósitos gratuitos contraídos verbalmente».

La misma idea puede observarse en la conclusión de ALBALADEJO (16) cuando dice que «el contrato de préstamo lo estima la Ley como contrato jurídico (y no como mero acuerdo simplemente social, pero desprovisto de eficacia jurídica) y como tal obligatorio para las partes en el plazo legal, tanto si al acuerdo de prestar se le une la entrega de la cosa prestada (art. 1.740 CC) como si el acuerdo, aun concertado sólo de palabra, es oneroso como aun no siendo oneroso se otorga por escrito (argumento ex art. 632, que para la eficacia jurídica de la donación de cosa mueble pide que se entregue simultáneamente o se otorgue por escrito)».

De lo dicho por estos autores se deduce que en el préstamo con interés, al tratarse de un préstamo oneroso no es esencial la entrega del dinero para la validez del negocio que desplegará sus efectos desde que exista el acuerdo de voluntades. Ahora bien, el Código Civil contempla tanto el préstamo gratuito como el oneroso (art. 1.740, 1.755 y 1.756 CC).

Así, podría afirmarse que la entrega de la cosa es un requisito de forma sin el cual no nace el contrato en los supuestos de contrato de comodato, préstamo y depósito gratuitos, cuya finalidad consiste en tener la certeza de la voluntad expresada por el comodante, prestamista o depositante. Para los supuestos de mutuo o depósito onerosos la entrega simultánea al acuerdo de voluntades, es decir, la necesidad de que el contrato sea real, toma un

(15) F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pág. 286

(16) M. ALBALADEJO GARCÍA, *D.C.*, II, vol. 2, pág. 370.

carácter dispositivo de forma que las partes podrán vincularse también sin la entrega inmediata de la cosa. En estos contratos primará el principio de libertad de forma.

Por su parte, GULLÓN BALLESTEROS (17) admite que la categoría de los contratos reales está sometida a una profunda revisión, y fruto de esos esfuerzos es la admisión de contratos consensuales de préstamo. El prestamista se obliga a la entrega de la cosa. El prestatario puede exigir el cumplimiento de dicha obligación. Una vez efectuada la entrega, entran en juego las obligaciones que el Código impone a este último y que parten de la existencia de la referida entrega.

En esta construcción caben tanto los préstamos reales como los obligacionales. En efecto, en los reales la entrega es elemento constitutivo (y requisito de la devolución), y en los obligacionales la entrega es requisito de la devolución, aunque no de otras obligaciones que contempla el contrato.

La siguiente cuestión que se plantea es determinar si el mutuo es un contrato unilateral o bilateral.

Partiendo de la posibilidad generalmente admitida por nuestra doctrina, como se ha visto, del mutuo consensual, será éste un contrato bilateral y oneroso, ya que del mismo nacerán las obligaciones de entrega para el mutuante y de restitución para el mutuuario, más el pago de los intereses.

En los supuestos de mutuo real, el contrato podrá ser gratuito u oneroso y en principio unilateral, porque es necesaria la entrega para la perfección del contrato y la única obligación que nacerá será la de restitución por parte del mutuuario, y en el mutuo oneroso, la de pago de los intereses, también a cargo del prestatario. Las obligaciones estarán a cargo de una sola de las partes, por lo que se calificará el contrato como unilateral.

La afirmación de que el mutuo real es unilateral conviene analizarla adecuadamente. El contrato de mutuo con interés es un contrato oneroso pero que no supone contraprestaciones recíprocas. Ello deja patente la distinción entre las categorías de contratos onerosos y gratuitos, por una parte, y, por otra, la de unilaterales y bilaterales. Mientras la primera categoría hace referencia a la causa, la segunda se refiere a las obligaciones nacidas del contrato para una o para ambas partes.

El artículo 1.274 del Código Civil establece que «en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor».

De ahí cabe deducir que son onerosos aquellos contratos en los cuales

(17) A. GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*, Madrid, 1972. pág. 238.

hay un intercambio de prestaciones. Dice LACRUZ (18) que deducen los autores que en tales casos el patrimonio no se altera, no pierde: experimenta un aumento y disminución correlativos e iguales. Son onerosos los contratos que plantean un cambio. Por otra parte, frente a los contratos onerosos se halla la donación, cuya causa según el artículo 1.274 del Código Civil es la mera liberalidad, que supone la prestación de cosas sin contraprestación. Aparte se hallan los contratos de prestación de servicios y concesión de uso de las cosas. La gratuidad de estos contratos se deduce de que al beneficio habido por el mutuatario o por el comodatario no corresponde ningún sacrificio de los mismos, y al sacrificio del mutuante y comodante privados por un cierto tiempo de la disponibilidad de las cosas propias no le corresponde ninguna contraprestación.

Para el mutuo gratuito la entrega es el presupuesto de la restitución y si es un contrato de cambio diferido en el tiempo cabría dudar de su gratuidad. No hay enriquecimiento-empobrecimiento definitivo de las partes. De hecho, el intercambio diferido en el tiempo incorpora un elemento (el plazo) que permite introducir el concepto de gratuidad. La diferencia básica entre el mutuo gratuito y el oneroso radica en los intereses que debe satisfacer el mutuatario por el uso o goce del bien prestado durante cierto tiempo.

En este sentido, CARRESI (19) entiende que el intercambio en el mutuo oneroso se da no entre la entrega del capital y la restitución del mismo, sino entre el goce del capital durante el plazo establecido y el precio del mismo, es decir, los intereses.

Según dicho autor, el problema reside en configurar un derecho del mutuatario distinto del derecho de propiedad adquirido sobre las cosas y en consecuencia individualizar la obligación que se contrapone a este derecho.

En el momento de la entrega el derecho de propiedad del mutuante sufre una modificación cualitativa, transformándose el derecho real en derecho personal. Pero este derecho de crédito está gravado o limitado por un derecho de goce, de naturaleza personal, que corresponde al mutuatario por todo el tiempo de duración del contrato. Los intereses que el mutuatario paga al mutuante en el mutuo oneroso son la compensación por la concesión del goce que el mutuante concede al mutuatario.

De ahí se deduce que mientras el mutuo sin interés es un contrato gratuito, unilateral si es real y bilateral si es consensual, del que sólo nacen las obligaciones de entrega y restitución, el mutuo oneroso es un contrato con prestaciones correspectivas (bilateral), independientemente de que sea

(18) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, II Derecho de obligaciones*, vol. 2, Barcelona, 1987, pág. 234.

(19) CARRESI. «El comodato. El mutuo», *Trat D C*, III, Torino, 1957, págs. 93 y sigs

real u obligacional, ya que aparte de la entrega y la restitución surge la obligación del mutuante de observar el plazo que limita su derecho de crédito y cuya contrapartida es la obligación del mutuuario del pago de los intereses y su derecho al goce de lo prestado durante el plazo establecido.

A la tesis expuesta se le han formulado objeciones (20) en el sentido de que en los negocios de crédito, y en particular en el mutuo, falta el bien que puede ser objeto de goce continuado, porque tratándose de dinero o cosas fungibles cuando ya son propiedad del mutuuario la alienación de los bienes no interesa a la relación contractual. De ahí surge la importancia no del goce de la cosa, sino de la esencia de la función crediticia del plazo.

La estructura del mutuo y de otros contratos de crédito se basa, según SIMONETTO, en la entrega-restitución, que denomina «sustitución». La entrega inicia entre las partes la relación de «sustitución» sobre la cual incide el elemento más característico del mutuo: el plazo. El plazo accede a la relación de sustitución atribuyendo un significado económico a un intercambio que por sí mismo sería económicamente indiferente.

El objeto del negocio no puede ser calificado como goce ni como intercambio de bienes, sino como una fórmula más compleja, como una operación de sustitución (entrega-restitución) y de un plazo que en el mutuo oneroso se concede a cambio de los intereses, mientras en el gratuito se concede por la liberalidad.

A esta teoría de SIMONETTO, si bien se le reconoce su importancia en el análisis de la problemática que presenta la naturaleza jurídica del mutuo, se le critica (21) que se limita a observar los intereses que se generan solamente en función del plazo que cubre la relación de sustitución, pero no contempla que también representan la compensación por el riesgo que asume el mutuante a lo largo de dicha operación.

En el caso del contrato de préstamo oneroso con garantía hipotecaria, la contraprestación a la entrega de la cantidad prestada es su devolución más los intereses, pero éstas no son las únicas obligaciones derivadas del contrato. Existen una serie de obligaciones accesorias que afectan a ambas partes, que van desde la información que debe el prestamista al prestatario (ej., tipo de interés), hasta la conservación del valor de la garantía por parte de este último; por tanto, no se trata de un contrato sinalagmático *ex post facto* (22) porque las obligaciones han de cumplirse durante la vigencia del contrato.

Así, puede decirse que existe, en primer lugar, o bien una prestación principal que es contrapartida de la entrega en los préstamos reales o una

(20) SIMONETTO, *I contratti de crédito*, Padova, 1953, págs. 93 y sigs

(21) A GRAZIANI, «Credito», *NDI*, tomo X, Torino, 1959

(22) L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1983. pág 107

prestación que es la entrega y una contraprestación que es la devolución; en segundo lugar, el intercambio del disfrute del dinero o del plazo concedido para la devolución más el riesgo del negocio, cuya contrapartida son los intereses, y por último existen importantes obligaciones accesorias para ambas partes. En ambos casos el contrato es sinalagmático, aunque en el préstamo real no exista equivalencia de las prestaciones en sentido estricto a pesar del nacimiento de obligaciones para ambas partes (23). El sinalagma es genético.

La tipificación del préstamo en el Código Civil como contrato real ha influido en su configuración en el tráfico. A continuación voy a transcribir varias cláusulas de un préstamo con garantía hipotecaria donde puede apreciarse este extremo:

«Que entre los señores ..., de una parte, y el Banco, de otra, se ha convenido llevar a cabo un contrato de préstamo con hipoteca que se formaliza por la presente escritura con sujeción a las siguientes cláusulas:

Primera.—El Banco entrega en este acto en concepto de préstamo a los señores ..., quienes la reciben la mitad cada uno de ellos, obligándose solidariamente a su devolución, la cantidad de ... pesetas.

La parte prestataria ingresa la cantidad expresada en la cuenta corriente número ..., de la agencia ... del Banco en ...

Para que pueda disponer la parte prestataria —de una sola vez y por su totalidad— de la expresada cantidad deberá estar presentada la primera copia de esta escritura en el Registro de la Propiedad, la finca hipotecada libre de otras cargas, gravámenes, limitaciones y condiciones que afecten a la libre disposición del

(23) J. L. LACRUZ BERDEJO mantiene que en el mutuo a interés también hay sinalagma y le es aplicable el artículo 1.124 del Código Civil. Dice: «Por mi parte, opino igualmente que el mutuo, llevando pacto de intereses, es un contrato sinalagmático, ya que la prestación del dinero va correspondida con la contraprestación de los intereses, sin que influya en tal calificación el hecho de que la obligación del prestatario comienza cuando el prestamista ha cumplido su parte, acaso, sin estar previamente obligado y constituyendo el contrato mediante la entrega. Pues siempre queda la relación de correspondencia entre el aplazamiento de la recuperación de la cosa por parte del mutuante y el pago de los intereses por el mutuuario, con obligación de saneamiento en caso de evicción o vicios ocultos (dinero falso, trigo averiado), como en los otros contratos sinalagmáticos, y devolución de los intereses en caso de prestación fallida del mutuante. Este responderá por los daños causados por la cosa entregada no sólo en los términos del artículo 1.752, sino también siempre que medie culpa suya. Y no pagándose el interés pactado, parece aplicable el artículo 1.124, pues el hecho de que la obligación de intereses no se inicie hasta la entrega de la cantidad prestada (como la obligación de pagar la renta del arriendo, etc.) no impide que la subsistencia del préstamo se deba al pago de la retribución y se justifique por ella». *EDC.* II, vol. 3, pág. 267.

hipotecante y la titularidad de la misma ser la que resulta de la presente escritura.»

Existe una entrega (préstamo real), pero al mismo tiempo se limita el poder de disposición de los prestatarios hasta el momento en que se cumplan el conjunto de requisitos enumerados en el último párrafo de la cláusula.

A efectos prácticos, para el prestatario la cantidad prestada está bloqueada, de manera que el resultado es el mismo que si se hubiera configurado el contrato como obligacional, estableciendo que el cumplimiento de la obligación de entrega estaba sometida a la realización de ciertos requisitos.

Para otro sector de la doctrina (24) se trata de un precontrato de préstamo que se ha perfeccionado, y el cliente podrá exigir del Banco la entrega del dinero porque su derecho nació al suscribirse la escritura. Esta idea se basa en un contrato de préstamo obligacional.

Configurado el crédito como obligacional, el deudor no pagaría intereses desde la perfección del contrato, sino desde la entrega. En cambio, configurado el crédito como real a pesar de la falta de poder de disposición sobre el dinero por parte del prestatario, los intereses empiezan a contar desde la entrega. Así, la siguiente cláusula:

«*Segunda.*—Este préstamo devengará desde el día de hoy y a favor del Banco un interés del 14,25 por 100 anual, calculado sobre la parte no amortizada del préstamo; igualmente devengará el presente préstamo una comisión del 0,50 por 100 de su importe por una sola vez y cuyo pago se realiza en el presente momento de formalización del préstamo.»

Así pues, los créditos con garantía hipotecaria se configuran como reales porque simultáneamente al acuerdo de las partes se hace entrega del importe objeto del crédito y a pesar de la falta de poder de disposición empieza a correr el plazo para la restitución y el devengo de intereses. La situación previa de negociaciones podría calificarse de tratos preliminares, aunque en realidad lo que ocurre es que la parte prestataria solicita a la entidad de crédito la concesión del préstamo, y cuando ésta accede se fija la fecha para el otorgamiento del contrato. Hasta este momento las partes no quedan vinculadas, ya que no puede considerarse una declaración de voluntad contractual la solicitud del futuro prestatario ni la respuesta positiva de la entidad de crédito; simplemente, se trata de comunicar a la otra parte la intención de llegar a celebrar el contrato (25).

(24) J MENÉNDEZ HERNANDEZ, «La tributación de los precontratos de préstamo generalizados por las entidades financieras». *La Ley*, 4/1990, pág. 1160.

(25) *Vid.* STS de 28 de marzo de 1983.

2. SUJETOS. CUESTIONES DE CARACTER. LEGITIMACION

El préstamo supone un acto de enajenación, de ahí que las partes deban tener plena capacidad de obrar y el prestatario además poder de disposición para transmitir la propiedad, aunque en el caso de entrega de cantidad de dinero la falta de poder de disposición no siempre supone la ineficacia de dicha entrega (art. 1.160 CC).

El tutor, en ejercicio de su función, necesitará la autorización judicial para dar y para tomar dinero a préstamo (art. 272.5 CC).

Por su parte, el menor emancipado no podrá tomar dinero a préstamo sin el consentimiento de sus padres o, en su caso, de su curador (art. 323 CC).

El Código Civil no prohíbe a los padres, en ejercicio de la patria potestad, tomar dinero a préstamo; pero si se trata de un crédito con garantía hipotecaria y el gravamen recae sobre una finca del hijo, sólo podrán constituir la carga «por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 166 CC).

Las entidades de crédito deben estar constituidas de acuerdo con la normativa vigente (art. 37 CC) y actuar según los fines establecidos.

En los supuestos más habituales la parte prestamista será una entidad pública o privada, entre cuyas finalidades se contempla la concesión de créditos, y la parte prestataria una persona jurídica o una o varias personas físicas.

Si el prestatario es una persona jurídica, los órganos de la misma deberán tener poder bastante para tomar el préstamo.

Si el prestatario es una persona física, basta su plena capacidad. Si son varias, generalmente quedarán obligadas solidariamente. El Código Civil, en el capítulo II del título X del libro IV, no establece la solidaridad y, de acuerdo con el artículo 1.137 del Código Civil, ésta ha de constar expresamente; sin embargo, se contempla la solidaridad en los artículos 1.748 del Código Civil para el comodato y 1.731 para el mandato.

Estos artículos no son aplicables por analogía, pero en la práctica en todos los contratos de préstamo se establece con carácter expreso la solidaridad de los prestatarios. En efecto, ya se ha visto que en la cláusula transcrita más arriba se puntualiza que el préstamo lo reciben los prestatarios por mitad cada uno, pero se obligan solidariamente a su devolución; luego la solidaridad la determina la obligación «expresamente» (art. 1.137 CC).

3. OBJETO

Objeto del contrato son aquellos bienes susceptibles de una valoración económica que corresponde a un interés de las partes (26).

(26) L. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid. 1983. pág. 146.

El objeto de contrato de mutuo es una cantidad de dinero u otras cosas fungibles (art. 1.740 CC), lo que posibilita la restitución en género, esto es, de objetos ontológicamente distintos pero económicamente iguales a los que en su momento fueron entregados.

La obligación del prestatario es devolver esta cantidad una vez transcurrido un determinado período de tiempo. En el caso de préstamo de dinero deben ser tenidos en cuenta dos conceptos distintos: cantidad de dinero y valor del dinero.

Está claro que el valor del dinero no es el mismo al inicio de la relación contractual que al final. Podría pensarse, incluso, que el préstamo sin interés no es tan sólo un contrato gratuito, sino una donación de la diferencia del valor del dinero más el lucro cesante del mismo (costes de oportunidad).

De ser así el prestatario se lucraría a costa del prestamista, que a la devolución del crédito recibiría un dinero equivalente a un valor inferior al prestado.

El Código Civil contempla el préstamo de dinero en el artículo 1.754 del Código Civil, que remite al artículo 1.170 del Código Civil. La deuda derivada del préstamo es una deuda dineraria simple (27), se debe una suma abstracta de moneda de curso legal y se basa en el principio nominalista.

BONET CORREA (28) dice que existen otros tipos de deudas de dinero: la deuda dineraria especificada, que necesita de un pacto sobre la moneda elegida por las partes para el pago. La deuda dineraria final o deuda de valor es aquella en la que el objeto inicial de la prestación es un poder adquisitivo o valor patrimonial concreto que se realiza en dinero.

En la deuda dineraria especificada es posible que se consiga mantener indirectamente el valor del dinero inicial si se fija el pago en una moneda que merezca confianza. En la deuda de valor, es claro que se trata de mantener el mismo poder adquisitivo. En cambio, en la deuda dineraria simple se acusan fluctuaciones de la moneda, de forma que cuanto mayor sea el plazo para el pago, más riesgo existe de modificación del valor del dinero. Para paliar estos inconvenientes pueden utilizarse las cláusulas de estabilización (art. 219.3 RH).

La finalidad que se persigue es evitar el perjuicio de una de las partes en beneficio de la otra. Es posible que el pago de la deuda por el deudor represente un sacrificio inferior al beneficio obtenido con el préstamo y una pérdida de valor para el acreedor.

En el caso del préstamo, el prestatario es deudor de una suma de dinero,

(27) J BONET CORREA. *Las deudas de dinero*, Paracuellos del Jarama (Madrid). 1981, pág. 291

(28) J BONET CORREA, *Las deudas*, págs. 300 y sigs

pero éste tiene un precio que varía según el importe prestado y el plazo pactado para su devolución. Este precio son los intereses. El pacto de intereses forma parte del contenido del contrato (art. 1.755 CC).

4. CAUSA

Hemos calificado al mutuo con interés como un contrato oneroso, podríamos decir, por tanto, que se trata de un contrato con causa onerosa.

Veamos distintas acepciones de causa.

DÍEZ-PICAZO (29) distingue entre:

1. Causa de la atribución patrimonial, que es la situación jurídica que autoriza, de acuerdo con el Ordenamiento jurídico, al tributario para recibir el desplazamiento patrimonial.

2. Causa de la obligación es el hecho constitutivo de la obligación, la fuente de la obligación (contrato, cuasicontrato, etc.).

3. Causa del negocio. Un negocio se concluye porque se quiere alcanzar un resultado empírico. La causa es, entonces, el propósito del resultado empírico. Hay que tener en cuenta que la causa es común en el negocio de dos o más partes; el propósito común del resultado empírico es presupuesto básico del negocio, y cuando no existe un propósito específico y definido la causa del negocio se encuentra simplemente en el propósito de alcanzar la finalidad genérica del negocio y se confunde con la voluntad negocial.

Según este esquema, para el mutuo con interés la causa de la atribución es la causa *credendi*, que justifica suficientemente dicha atribución. La causa de las obligaciones es el contrato del que derivan y la causa del mismo el resultado empírico, es decir, el mutuo beneficio de las partes que les proporciona el negocio.

LACRUZ (30), analizando los artículos 1.261.3 y 1.274 del Código Civil, explica que en el requisito del contrato llamado causa se ha querido ver una exigencia de seriedad, realismo y moralidad del contrato, «pero entonces la causa del contrato no constituye un quid distinto del contenido y representa sólo una cualificación del mismo, amén de la exigencia de que tal contenido sea real, todo lo cual es una cuestión de consentimiento o, en su caso, de objeto. Es a este consentimiento al que se refiere el artículo 1.262 del Código Civil cuando exige «el concurso de la oferta y la aceptación sobre

(29) L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, págs. 171 y sigs.

(30) J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil, I Parte general del Derecho civil*, vol. 3, Barcelona, 1984, págs. 209 y sigs.

la cosa y la causa que han de constituir el contrato»; y añade: «El sentido del elemento causa en el contrato queda mucho más claro si nos percatamos de que el precepto que más directamente la exige como requisito *sine qua non* de existencia no la considera como un componente inmediato del propio contrato, sino como un presupuesto de la obligación o las obligaciones que dan nacimiento a aquél».

Dicho autor opina que la causa de los contratos onerosos hay que verla, sustituyendo en el artículo 1.261.3 del Código Civil la expresión «causa de la obligación» por la definición de aquella en el artículo 1.274 del Código Civil; y dicho apartado 3 viene a decir que «no hay contrato oneroso sino cuando concurre para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra».

Siguiendo este criterio, en el contrato de préstamo real con interés la causa de la obligación de devolución y pago de los intereses no será una obligación en sentido estricto, sino el hecho de la efectividad de la entrega del dinero y el uso o goce que del mismo realice el prestatario durante un cierto tiempo.

El requisito de la causa ha provocado variadas opiniones doctrinales, algunas contrapuestas y otras simplemente distintas. En este trabajo me limito a recoger la normativa del Código de Comercio y a centrarme en la causa de las obligaciones, ya que uno de los problemas que aparece en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria es el de las obligaciones accesorias, a las que en algunas ocasiones es difícil hallarles causa.

5. CONTENIDO

El préstamo con interés es un contrato típico regulado en el título X del libro IV del Código Civil. Las partes podrán añadir los pactos y cláusulas que tengan por conveniente de acuerdo con el artículo 1.255 del Código Civil.

En efecto, los contratantes pueden pactar formas distintas para la devolución del capital prestado, así como plazos y tipos de interés, garantías, cláusulas penales, etc.

El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 CC). Sin embargo, es más rápido y eficaz en caso de incumplimiento de la obligación tener determinado bien del deudor o de un tercero sujeto directamente, de forma que el crédito pueda satisfacerse con la ejecución de este bien y ello con preferencia a los demás acreedores, que deberán buscar en el patrimonio del deudor los bienes sobre los cuales poder hacer efectivos sus créditos. De ahí la importancia de una garantía real como es la hipoteca.

Ahora bien, a pesar de que ciertos tipos de préstamo acostumbran a garantizarse con hipoteca, ello no quiere decir que no sean operativos otros tipos de garantía, tanto reales como personales. Es más, es posible que se dé una acumulación de garantías de diferente naturaleza (31).

De lo dicho es fácil deducir que el contenido típico del contrato formará el núcleo principal: la obligación de devolución del capital y la de pago de los intereses como contrapartida del sacrificio que para el prestamista supone verse privado de un bien fructífero como es el dinero durante el tiempo pactado en el contrato. Las restantes estipulaciones configurarán su contenido accesorio, si bien en el caso de constituirse garantía hipotecaria se tratará de dos negocios, préstamo e hipoteca, ambos típicos: uno principal, el préstamo, y otro accesorio, la hipoteca, de forma que ésta seguirá las vicisitudes del primero.

La obligación de devolución del capital se articulará mediante vencimientos fraccionados, mensuales, trimestrales, etc., generalmente calculados por una anualidad junto con los intereses correspondientes, de forma que a cada vencimiento el deudor satisface la misma cantidad, pero por dos conceptos distintos: amortización de capital e intereses. La imputación del pago a cada uno de estos conceptos variará a lo largo del plazo del contrato, pero no así la cantidad a satisfacer en cada vencimiento, que se mantendrá prácticamente invariable.

Los intereses comprenderán tanto la actualización del capital como el servicio del préstamo, porque de pactarse unos intereses que simplemente mantuvieran el valor del dinero a lo largo del plazo, nos hallaríamos ante un negocio gratuito en la realidad, ya que no habría contraprestación para el prestamista de su renuncia a la liquidez por la utilización del capital por parte del prestatario.

Esta idea de intereses con los dos componentes citados hace que la diferenciación entre deuda de capital y de intereses sea difícil de establecer, toda vez que en los intereses se contiene la actualización del capital. Siguiendo este razonamiento, en los préstamos onerosos, en la práctica, las deudas de capital y de intereses son obligaciones principales ambas, paralelas y claramente relacionadas; así, mientras la obligación de amortización

(31) En un contrato de préstamo, puede leerse «X Constitución de hipoteca. Sin perjuicio de su responsabilidad personal solidaria de la parte prestataria, ésta, de conformidad con el artículo 217 del Reglamento Hipotecario, constituye primera hipoteca a favor del Banco . sobre la finca de su propiedad descrita en el antecedente primero de esta escritura. en garantía de la devolución del préstamo, de dos años de intereses ordinarios al tipo...» «XV. Fianza D X. X. garantiza las obligaciones contraídas por la parte prestataria en las precedentes cláusulas del contrato de préstamo otorgado a favor de dicha parte por el Banco, en las condiciones antes reseñadas. con renuncia de los beneficios de excusión y división, con arreglo a los artículos 439 y siguientes del Código de Comercio, y 1 144, 1 822 y demás concordantes del Código Civil».

del capital es la contrapartida de la entrega del préstamo, la obligación de pago de intereses remunera el servicio que el préstamo proporciona al prestatario, aunque jurídicamente se haya configurado la deuda de intereses como accesoria de la de capital.

Así, LACRUZ (32) mantiene que, «en su nacimiento y devengo, la obligación de intereses es accesoria de la de capital y sigue en todo sus vicisitudes y tratamiento jurídico. Pero, después, la obligación de pagar los intereses ya vencidos tiene sustantividad propia y puede seguir vicisitudes independientes de la obligación de capital que los produjo, incluso sobrevivir a ella» (33). Precisamente para el supuesto de préstamo oneroso los intereses son accesorios del préstamo durante su devengo, ya que éste es la referencia obligada hasta el vencimiento; pero a partir del momento en que la deuda de intereses es exigible se desvincula del préstamo, apreciándose claramente su carácter de obligación independiente, contrapartida del servicio por el plazo estipulado.

Además, dada la configuración del cumplimiento de las obligaciones de amortización del capital y pago de intereses, hay que distinguirlas en otro sentido. La obligación de amortización de capital es una obligación a términos porque está sometida a una pluralidad de momentos en los que se realizan los pagos parciales, que son los vencimientos. En cambio, la obligación de pago de intereses es periódica, se trata de diversas obligaciones idénticas que nacen de un supuesto de hecho en el que está integrado el tiempo y, en general, la obligación de intereses es sólo la designación unitaria del conjunto de obligaciones periódicas (34). El tiempo es elemento principal en el devengo de los intereses.

Los intereses son el precio del dinero prestado, pero no son simplemente el resultado de la conjunción de varios componentes (remuneración del servicio, actualización y rendimiento de capital), sino que en la fijación del precio del dinero concurre el aleas de la fluctuación del valor del mismo. Es decir, que en la fijación del precio concurre, entre otros, el factor riesgo, propio de los negocios onerosos, que será mayor o menor en función del plazo establecido para la restitución.

La configuración de la obligación de pago de los intereses ocupa una parte importante del contenido del contrato, de ahí la conveniencia de matizar con cierto detenimiento el propio concepto de intereses.

En tema de intereses es imprescindible establecer un doble enfoque: económico y jurídico. Los intereses se han definido como la compensación por

(32) J. L. LACRUZ BERDEJO y otros. *Elementos de Derecho civil*, II *Derecho de obligaciones*, vol 1, Barcelona, 1985, pág. 154

(33) Teóricamente tal afirmación es cierta, si bien hay que tener en cuenta la imputación de pagos establecida en el artículo 1.173 del Código Civil

(34) F. BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, págs 157 y sigs

la utilización de un capital ajeno. Sin embargo, éste no es el concepto de intereses de la teoría económica tradicional. En efecto, para dicha teoría los intereses son el rendimiento de uno de los factores de la producción: el capital. La riqueza se produce por la conjunción de cuatro categorías de factores productivos, a cada uno de los cuales le corresponde una contraprestación por la contribución aportada para la producción. Así, el factor naturaleza (materias primas) o, mejor, a su propietario le corresponde la compensación del rendimiento; al trabajo, es decir, al trabajador, le corresponde el salario; a la capacidad organizativa, al empresario que coordina los demás factores de producción asumiendo el riesgo, le corresponde el beneficio, y al capital, a los capitalistas, los intereses. La recompensa de cada factor es, por tanto, mayor cuanto menor sea la cantidad disponible del propio factor (35).

Siguiendo la teoría tradicional, los intereses vienen determinados en cada período de tiempo por el ahorro y el empleo del dinero, es decir, por el deseo o posibilidad de ahorro de la colectividad en relación a la oportunidad de inversión existente; es un fenómeno real.

Esta teoría tradicional ya fue criticada en su día (36) al considerarse que el ahorro y la inversión no determinan el tipo de los intereses, sino el nivel del gasto global de la colectividad, el nivel de equilibrio del beneficio producido y de la ocupación. Los intereses, se dijo, son un fenómeno típicamente monetario, es decir, el tipo viene determinado por la oferta y la demanda de moneda.

Se ha dicho que la crítica de KEYNES a la teoría tradicional ha sido demasiado radical. Los intereses son un fenómeno real y monetario al mismo tiempo. JOSSA (37) explica que en la base de la crítica de KEYNES hallamos los motivos que regulan la elección de los individuos entre la liquidez (moneda) y los títulos de crédito (inversión). La demanda de moneda incide de forma importante en la determinación del alza del tipo de interés. Manteniéndose el nivel de ahorro constante, cada aumento de la demanda de dinero reduce la demanda de títulos de crédito (inversión), así como su precio, y aumenta el tipo de los intereses, esto es, el precio del crédito. El aumento del precio del crédito reduce el número de las oportunidades de inversión, así como la producción de nuevos bienes de capital, aumentando su rendimiento. La elección entre moneda o títulos como determinante de la preferencia por la liquidez es una de las causas fundamentales que regulan el alza del tipo de interés.

Los intereses sólo excepcionalmente son considerados como el tipo del rendimiento del capital; normalmente, en el uso corriente se entienden

(35) B. JOSSA, «Interesse», *NDI*, VI, Torino, 1959, pág. 837.

(36) J. M. KEYNES, *Ocupazione interesse e moneta*. Torino, 1953

(37) B. JOSSA, «Interesse», *NDI*, VI, pág. 838

como la recompensa por el préstamo del dinero. Sin embargo, en la búsqueda de las causas determinantes del alza del tipo de interés en los préstamos monetarios es necesario tener en cuenta el rendimiento del capital en la determinación del tipo de interés.

Los elementos mencionados sólo serían válidos para establecer un tipo de interés «puro», es decir, que supusiera una inversión sin riesgo y de duración perpetua. Pero la realidad es otra. El tipo de interés se verá afectado por el riesgo, de forma que cuanto mayor sea el riesgo tanto mayor deberá ser la recompensa. Por tanto, los distintos riesgos y plazos de las inversiones justifican la variedad existente de tipos de interés (38).

La calificación de los intereses como remuneración del capital que corresponde al capitalista por su renuncia a la liquidez es sólo un elemento en la determinación del tipo de los intereses de los préstamos porque la entidad de crédito no es el capitalista, sino el empresario al que le corresponde el beneficio, asumiendo el riesgo y los gastos que le permiten la prestación del servicio, entre los cuales se encuentra el rendimiento del capital.

En definitiva, puede decirse que en el contrato de préstamo oneroso el interés es el precio que el deudor debe satisfacer por el servicio que supone el dinero prestado.

En cuanto al precio, cabría diferenciar, en primer lugar, el precio de la demanda, que es el precio que el individuo está dispuesto a pagar por sucesivas cantidades de un bien y que deriva de la relación entre utilidad marginal de un bien que se desea adquirir y utilidad marginal de la moneda que el individuo ofrezca a cambio.

En segundo lugar, el precio de la oferta, que es el precio que el empresario necesita como mínimo para seguir produciendo el bien u ofreciendo el servicio.

Queda pendiente la cuestión de determinar el precio de mercado. El precio o razón de cambio es la relación en la que una cantidad de un bien se cambia por una cantidad de otro bien. El precio de mercado viene a expresar la utilidad de la última dosis de ventaja que adquiera cada parte (39).

Es conveniente retener de las explicaciones anteriores ciertos puntos:

1. Que los intereses como compensación por la utilización de un capital ajeno son el precio del servicio prestado.

2. En los préstamos de dinero es necesario tener en cuenta el rendimiento del capital, el riesgo de la operación y el plazo de la relación jurídica para determinar el tipo de interés.

(38) B. JOSSA, «Interesse», *NDI*, VI, pág. 838.

(39) G. V. PAPI, «Prezzi», *NDI*, t. XIII, Torino, 1957, págs. 821 y sigs.

3. El precio de mercado viene a expresar la utilidad de la última dosis de ventaja que adquiere cada parte.

La noción económica de intereses expuesta hasta ahora es útil para el contrato de mutuo o préstamo oneroso; sin embargo, este criterio no es aplicable a los intereses moratorios, compensatorios ni a los legales.

Algunos autores entienden que, a pesar de lo dicho, es posible encontrar un fundamento teleológico común a todos los tipos de intereses (40), incluso para los legales. La razón se sitúa en una consideración prejurídica representada por la equidad: los intereses legales son siempre atribuidos a la vista de situaciones jurídicas no previstas por el negocio jurídico, que probablemente derivarían en una situación de daño para un sujeto e injustificado enriquecimiento para otro.

Esta falta de equidad y enriquecimiento probable es una presunción que hace la Ley en todo caso. Esta presunción es inamovible porque está fundada en un dato objetivo seguro: la natural productividad del dinero en la medida considerada normal.

El segundo enfoque que puede darse a los intereses es desde el punto de vista jurídico. DIEZ-PICAZO (41) explica que «en términos económicos se denomina “interés” al precio o remuneración que una persona ha de pagar por la utilización o disfrute de bienes de capital de pertenencia ajena...»; pero en términos jurídicos el concepto de interés es más estricto, «jurídicamente son intereses las cantidades de dinero que deben ser pagadas por la utilización y el disfrute de un capital consistente también en dinero». De esta definición deduce dicho autor dos consecuencias: que la deuda de intereses es considerada como un fruto o producto del capital, y que se engloba dentro de la categoría de los frutos civiles.

La cuestión que se plantea es determinar si los intereses pagados por el prestatario por la fabricación de un capital ajeno son en su totalidad calificables de frutos civiles para el prestamista.

Nuestro Código Civil, después de afirmar que corresponden al propietario (art. 354 CC), divide los frutos en naturales, industriales y civiles, y el artículo 355 del Código Civil explica que:

«Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra y las crías y demás productos de los animales.

Son frutos industriales los que producen los predios de cualquier especie a beneficio del cultivo o del trabajo.

Son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del

(40) G. MARINETTI, «Interesse e Diritto», *NDI*, VI, Torino, 1959, pág. 869

(41) L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, Madrid, 1983, págs. 488 y sigs.

arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas.»

Esta tripartición ha sido discutida por la doctrina (42). ALONSO PÉREZ (43) explica que nuestro legislador recogió una trilogía que está en los orígenes del concepto de fruto. Dice dicho autor que «en el fondo se trata de una categoría jurídica que encierra dos conceptos distintos: el físico, de producto de la naturaleza, y el económico, de producto de la explotación, de rendimiento de la cosa en virtud de una relación jurídica con ella o construida sobre ella; en definitiva, el beneficio». ALONSO PÉREZ relaciona las siguientes connotaciones del concepto de fruto, puntualizando que deben ser entendidas con un valor relativo: separabilidad, reproductividad, accesoriedad, utilidad, conservación de la sustancia y destinación económica (44).

La connotación que aquí interesa destacar es la de la utilidad. Así, «los frutos sólo se consideran tales en cuanto exceden a los gastos de producción... Los frutos deben traducirse en un beneficio, en un incremento patrimonial para el receptor de los mismos» (45). Dice LACRUZ (46) que la doctrina se esfuerza ahora en formular un concepto unitario de frutos como categoría general a partir del concepto económico de beneficio que en uno y otro caso señalan el límite cuantitativo de lo que puede exigir el legitimado para reclamar aquéllos.

En cuanto a los frutos civiles, el artículo 355.3 del Código Civil (47) no los define, tan sólo hace una enumeración de supuestos que no contienen los intereses del capital, si bien deben considerarse incluidos en la fórmula abierta de «u otras análogas».

Los frutos civiles surgen en virtud de un contrato sobre la cosa fructífera (48). Son el rendimiento obtenido sobre la propia cosa mediante la

(42) En especial la italiana A MONTEL. *NDI*, tomo VII. Torino. 1957, págs. 667 y sigs.

(43) M. ALONSO PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo V, Madrid, 1980, pág. 206.

(44) L. DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid. 1992, págs 410 y sigs, rechaza la característica de la reproductibilidad argumentando que hay frutos orgánicos en los que no se da (la leche, la lana, etc.), y respecto a los frutos civiles, entendiendo que éstos no poseen los caracteres de accesoriedad ni separabilidad.

(45) En esta línea: C. MARTÍN RETORTILLO, «Clases de frutos en el Código Civil», *ADC*, 1951, págs 139 y sigs. M. ALONSO PÉREZ, *Comentarios* . . . tomo V, pág. 217. «Comentario al artículo 356 del Código Civil»: J. L. LACRUZ BERDEJO. *E.D.C.*, I, vol. 3, pág. 60

(46) J. L. LACRUZ BERDEJO. *E.D.C.*, I, vol 3, pág. 63

(47) Artículo 355.3 del Código Civil «... son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas»

(48) J. L. LACRUZ BERDEJO, *E.D.C.*, I, vol 3, pág 62

relación jurídica (49). Por tanto, el concepto se ajusta, en general, a los intereses remuneratorios pactados en un contrato de préstamo de dinero.

El artículo 356 del Código Civil dice que «el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación», lo que implica, según Díez-PICAZO (50), que «cuando alguien tiene derecho a los frutos en su valor, no en su individualidad, de la cantidad que aquél representa se deducen los gastos», de forma que la calificación de fruto civil corresponde al concepto económico de beneficio neto.

Llegado a este punto en el que al concepto de fruto civil se le da una connotación económica al introducir la idea de fruto-beneficio y después de incluir a los intereses en los frutos civiles, es necesario retomar las ideas desarrolladas más arriba sobre el concepto económico de intereses.

De ahí que si los intereses, desde el punto de vista económico, son considerados generalmente como el precio del servicio del préstamo y en este precio se comprenden los costes más el rendimiento de capital, los intereses desde el punto de vista jurídico sólo pueden ser considerados frutos en la parte que comporten un beneficio efectivo para el prestamista (incluidos los costes de oportunidad). Los llamados intereses remuneratorios devengados por un préstamo de dinero se ajustan al concepto económico de intereses, es decir, precio del servicio, no al concepto jurídico de fruto civil-beneficio. En efecto, la idea de fruto-beneficio coincide con el concepto de los intereses de la teoría económica tradicional como remuneración del factor capital, pero no es posible calificar de frutos los intereses a pagar por el deudor en un préstamo de dinero concedido por una entidad de crédito, porque para el acreedor-empresario el importe recibido en concepto de intereses no es todo beneficio, sino que éste se concretará al saldo resultante después de la deducción de los costes.

Para el caso, el artículo 356 del Código Civil funcionaría no *a posteriori* deduciendo los gastos del valor de los frutos a percibir, sino, *a priori*, sumando los gastos previstos a los beneficios programados (frutos civiles) para fijar el precio del servicio del préstamo que son los intereses.

Es clara la no coincidencia, en ciertos casos, entre los conceptos de intereses como contraprestación del servicio del préstamo e intereses como fruto civil-beneficio, en especial en los préstamos de dinero concedidos por entidades de crédito, si bien la coincidencia se dará en los supuestos en que desaparezca el intermediario (empresario) y la relación se establezca entre capitalista-prestamista y prestatario, en cuyo caso coincidirá el rendimiento

(49) A. MONTEL. «FRUITI», *NDI*, tomo VII, Torino, 1957, pág. 667, citando a WINDSCHEID

(50) L. Díez-PICAZO, *Sistema D.C.*, I, pág. 411.

del capital con el precio del servicio del préstamo y serán intereses para ambas partes.

6. FORMA

En nuestro Ordenamiento se establece el principio general de libertad de forma (art. 1.278 CC). El contrato de préstamo real queda perfeccionado con el acuerdo de las partes y la entrega, y el préstamo obligacional con el simple acuerdo. Estos contratos suelen ser de adhesión, y dadas las características exigidas por la normativa vigente, a las condiciones generales de sencillez y claridad en su redacción (art. 10 LGCU) deberán hacerse constar por escrito.

No es necesario el documento público (art. 1.280 CC), aunque en los supuestos en los que en el contenido del contrato se establezca la constitución de la garantía hipotecaria de ciertas obligaciones será necesario que el mismo esté documentado en escritura pública, ya que de otra forma no tendría acceso al Registro de la Propiedad (art. 3 LH) y al ser la inscripción de la hipoteca constitutiva (arts. 145 LH y 1.875 CC) el negocio de préstamo sería válido y eficaz, pero la garantía no quedaría constituida.

7. CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta aquí en torno al contrato de mutuo con interés, podría concluirse lo siguiente:

1. Los contratos de crédito o préstamo con interés son contratos corrientes cuya distinción podría explicarse del modo siguiente: Los contratos a través de los cuales una parte posibilita a la otra la utilización de recursos que no tiene o de los que no puede disponer efectivamente son créditos. Los préstamos son una especie del género crédito que se caracteriza por la entrega o puesta a disposición de una sola vez (o en varias, de acuerdo con lo establecido en el contrato) de la cantidad objeto del préstamo.

2. El Código Civil admite tanto el préstamo real como el préstamo consensual. La entrega es un requisito de forma, sin el cual no nace el contrato en los supuestos de préstamo gratuito, cuya finalidad consiste en tener la certeza de la voluntad expresada por el prestamista. Para el préstamo oneroso la entrega simultánea al acuerdo de voluntades tiene carácter dispositivo, de forma que las partes podrán vincularse también sin la entrega inmediata de las cosas.

3. El contrato de mutuo sin interés es un contrato gratuito, unilateral si es real y bilateral si es consensual, del que sólo nacen las obligaciones de entrega y restitución. El mutuo oneroso es un contrato con prestaciones

correspectivas, es decir, bilateral, independientemente de que sea real u obligacional, ya que aparte de la entrega y la restitución surge la obligación del mutuante de observar el plazo que limita su derecho de crédito y cuya contrapartida es la obligación del mutuante del pago de los intereses y su derecho de goce de lo prestado durante el plazo establecido.

4. Los contratos de préstamo con garantía hipotecaria se configuran como reales porque en el momento de la perfección se hace entrega del dinero objeto del préstamo. Cuestión distinta es la facultad de disposición que sobre el mismo tiene el prestatario que se ve pospuesta al cumplimiento de ciertos requisitos.

5. Los intereses en el contrato de préstamo de dinero comprenderán tanto la actualización del capital como el servicio del préstamo porque de pactarse unos intereses que simplemente mantuvieran el valor del dinero a lo largo del plazo nos hallaríamos ante un negocio gratuito en la realidad, ya que no habría contraprestación para el prestamista de su renuncia a la liquidez por la utilización del capital por parte del prestatario.

6. Los intereses son el precio del dinero prestado, pero no son simplemente el resultado de la conjunción de varios componentes (remuneración del servicio, actualización y rendimiento del capital), sino que en la fijación del precio del dinero concurre el aleas de la fluctuación del valor del mismo. Es decir, que en la fijación del precio concurre, entre otros, el factor riesgo, propio de los negocios onerosos, que será mayor o menor en función del plazo establecido para la restitución.

7. Los intereses desde el punto de vista económico son el precio del servicio del préstamo, y en este precio se comprenden los costes más el rendimiento del capital. Los intereses desde el punto de vista jurídico sólo pueden ser considerados frutos en la parte que comporten un beneficio efectivo para el prestamista. Los intereses remuneratorios devengados por el préstamo de dinero se ajustan al concepto económico de intereses, es decir, precio del servicio, no al concepto jurídico de fruto civil-beneficio, ya que para el acreedor-empresario el importe recibido en concepto de intereses no es todo beneficio, sino que éste se concretará al saldo resultante después de la deducción de los costes.

8. La coincidencia entre los conceptos de intereses como contraprestación del servicio del préstamo e intereses fruto civil-beneficio se dará en los supuestos en que desaparezca el intermediario (empresario) y la relación se establezca entre capitalista-prestamista y prestatario, en cuyo caso coincidirá el rendimiento del capital con el precio del servicio del préstamo y serán intereses para ambas partes.

¿Protección registral de hechos no inscritos? A propósito de la publicidad material negativa (arts. 21 CCom y 9 RRM)

SUMARIO: I TRANSPOSICION DE DIRECTIVAS COMUNITARIAS.—II. LA PRIMERA DIRECTIVA DE 9 DE MARZO DE 1968.—III. LA REFORMA DEL REGISTRO MERCANTIL.—ARTICULOS 21 DEL CODIGO DE COMERCIO Y 9 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL.—V. INSCRIPCION Y PUBLICACION EN EL *BORME*.—DISCORDANCIA ENTRE LO INSCRITO Y LO PUBLICADO.—VII ARRASTRE DE PRINCIPIOS HIPOTECARIOS AL REGISTRO MERCANTIL.—VIII. PUBLICIDAD MATERIAL NEGATIVA.

I. TRANSPOSICION DE DIRECTIVAS COMUNITARIAS

La adhesión de España a la Comunidad Económica Europea ha estado preñada de consecuencias en todos los órdenes, principalmente en el económico, y comportando también al mismo tiempo toda una serie de alteraciones jurídicas para adaptar nuestro Ordenamiento al comunitario, que como sistema jurídico es un orden dirigido a desarrollar un proceso de integración. El orden jurídico comunitario, si bien tiene su origen en los Tratados fundacionales, será ampliamente desarrollado por las instituciones comunitarias que en dichos Tratados se crean, las cuales disponen de un verdadero poder normativo, generador de lo que se ha dado en llamar Derecho comunitario derivado (1).

Particularmente decisivas al respecto son las Directivas emanadas del Consejo de la CEE, vinculantes para los Estados miembros en cuanto a los

(1) MOLINA DEL POZO, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid (1987), 277.

resultados que pretenden, pero dejando a salvo la forma y medios de llevarlos a cabo (2). Por lo que se refiere al objeto de nuestra atención, nos interesan las Directivas cuya esfera de aplicabilidad se delinea en el artículo 189 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, que sanciona:

«La Directiva vincula a los Estados miembros a los que va destinada en cuanto se refiere al resultado a conseguir, quedando a salvo la competencia de los órganos nacionales en cuanto a la forma y a los medios».

Se trata, en definitiva, de introducir vías para que los Estados miembros armonicen sus legislaciones adaptándolas a los principios comunitarios, cuyos objetivos han de alcanzar, pero dejando a cada Estado los medios y la forma en que ha de producirse esa armonización, adaptación imprescindible para llegar a una deseada uniformización de los Derechos de cada Estado miembro de la CEE, principio que venía enunciado de un modo genérico en el artículo 3.b) del Tratado de Roma, y con mayor especificidad en el artículo 100: «El Consejo, decidiendo por unanimidad, a propuesta de la Comisión, establecerá directrices para la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan una incidencia directa sobre la instauración o el funcionamiento del Mercado Común».

Pero si la amplitud del procedimiento de adaptación de cada Estado miembro (libertad de medios y formas para lograrla) parece dejar a la Directiva la mera función de fijar unos objetivos, hay que tener en cuenta que la Directiva es vinculante, obligatoria en lo que se refiere a los fines que impone, y como norma vinculante, si fuera incumplida por los Estados miembros, su incumplimiento podría dar lugar, según el artículo 169 del Tratado de Roma, a acciones interpuestas ante el Tribunal de Justicia de la CEE. No es que la Directiva sea una norma jurídica aplicable inmediatamente en cada Estado miembro, pues cada uno debe seguir los medios y formas que mejor les parezca para adaptar su ordenamiento a las Directivas, que normalmente fijan unos plazos para lograr esta adaptación, plazos, que todo hay que decirlo, al menos en España, no son respetados. Esta libertad de elección de medios y formas, sin embargo, cada vez se hace más ilusoria, pues las Directivas que son cada vez más técnicas y detalladas, y procediendo de la Comisión Europea de la que forman parte representantes de los Estados miembros, dejan cada vez menor ámbito de libertad para su adaptación, de modo que cada Estado miembro no tendrá otra opción que hacer suyo íntegramente el texto de la Directiva, introduciéndolo y haciendo las reformas necesarias

(2) Esto se deriva de la distinción entre fuentes constitutivas de la CEE, o sea, los Tratados, y fuentes derivadas de aquéllos debidas a los propios órganos comunitarios en el ámbito de la competencia que les atribuyen los Tratados y que se diversifican en Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes. Sobre el tema, vid. BERNINI, *Profili di diritto delle Comunità Europee*, Nápoles (1968). 143 ss

dentro de su Derecho nacional, desarrollando desde entonces toda su virtualidad inmediatamente aplicable. El propio Tribunal de Justicia comunitario así lo ha dado a entender en numerosas sentencias (Sentencias 41/1974, de 4 de diciembre de 1974; 51/1976, de 1 de febrero de 1977; 38/1977, de 23 de noviembre de 1977; 21/1978, de 8 de mayo de 1980), llegando a decir que las Directivas, o mejor, determinadas Directivas tienen una eficacia directa. Claro que las Directivas que el Tribunal de Justicia comunitaria declara de directa aplicabilidad son aquellas que otorgan inmediatamente derechos subjetivos a los individuos de los Estados miembros, que pueden apoyarse en ellas aun antes de su reconocimiento interno por cada uno de los Estados como fundamento de sus pretensiones. No parece ser éste el caso que nos ocupa de la Primera Directiva en materia de sociedades de 9 de marzo de 1968, dirigida fundamentalmente a unificar las reglas de publicidad aplicables a las sociedades capitalistas en el ámbito comunitario.

II. LA PRIMERA DIRECTIVA DE 9 DE MARZO DE 1968

La necesidad de armonizar dentro de la CEE el Derecho de sociedades, en cuanto las sociedades constituyen los agentes fundamentales del tráfico económico, fue advertida en el propio Tratado de Roma, que dentro del principio de libertad de establecimiento sanciona en el artículo 54.3.g) que el Consejo y la Comisión Europea deberán coordinar en la medida necesaria, y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades (civiles o mercantiles, cooperativas y demás personas jurídicas públicas o privadas que persigan un fin de lucro) para proteger los intereses de los socios y de los terceros.

Esta armonización era imprescindible para no provocar distorsiones dentro de la CEE, en cuanto que en la medida que hubiera sustanciales diferencias en el tratamiento legal de las sociedades, el peso de decisivas decisiones económicas pudiera trasladarse a aquellos países que tuvieran una legislación societaria más laxa; lo que se ha llamado el «efecto Delaware». De ahí la importancia, por ejemplo, del lugar de constitución de las sociedades, sometidas a su respectiva Ley nacional que regirá el momento contractual de su constitución (3). Precisamente la Primera Directiva trata de evitar este «efecto Delaware» (4), y de ahí la necesidad de armonizar la legislación societaria de cada país miembro de la CEE.

(3) Sobre el tema, muy sumariamente, pero con gran precisión, GONZÁLEZ CAMPOS et al., *Derecho internacional privado. Parte especial*, 4ª ed., Madrid (1991), 149-150.

(4) GÓMEZ SEGADÉ, «La publicidad de las sociedades de capital: la reforma del Derecho registral mercantil», en el vol. dirigido por ROJO, *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid (1987), 25.

En este sentido, la Primera Directiva se dirige esencialmente a armonizar las reglas y eficacia de la publicidad a que han de someterse las sociedades en el espacio de la CEE, siendo objeto de especial regulación toda una serie de actos e indicaciones objeto de inscripción obligatoria, que describe GOLDMAN (5) del siguiente modo:

A) Actos referentes a la estructura jurídica de la sociedad, como:

1) El acto constitutivo (en España, la escritura de constitución) y los Estatutos (cuando éstos figuren en documento aparte).

2) Su modificación (que en nuestra Patria se centra esencialmente en el aumento y reducción del capital, y el cambio de denominación o del domicilio de la sociedad).

3) La disolución de la sociedad, liquidación y cancelación registral.

B) Actos y hechos relativos a los órganos de gestión, representación y control, como el nombramiento y cese de administradores, auditores y liquidadores.

C) Factores de carácter financiero. Aparte de la inscripción obligatoria del capital social y sus eventuales variaciones, ha de ser objeto de publicidad el balance y la cuenta de resultados de cada ejercicio.

Junto a todas estas menciones esenciales en la inscripción de cada sociedad, la Primera Directiva se ocupa extensamente de la publicidad, tanto formal como material, y por lo que a nosotros interesa, los efectos de la publicidad material, que en la trasposición española (reforma del Código de Comercio de 25 de julio de 1989 y Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989) han venido a introducir sensibles modificaciones al régimen registral mercantil anterior. En primer lugar, porque si la Primera Directiva sólo se refiere a sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones, las reformas españolas también abarcan al empresario individual, al que se coacciona fuertemente hacia su inscripción, rompiendo la tradición jurídica española de su inscripción potestativa (salvo el naviero). Ciertamente es que la reforma no declara explícitamente obligatoria su inscripción, pero acaso sea más cierto que trata de coaccionarlo por toda serie de vías (la más importante, quizá, la de cierre del Registro de todo acto del empresario no inscrito) que hace su inscripción prácticamente obligatoria (6), especialmente para los actos enumerados en los artículos 22.1 del CCom y 87

(5) GOLDMAN, *Droit Commercial Européen*, París (1970), 579 ss.; su distinción es acogida por RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «La publicidad legal de la sociedad anónima europea», en el vol. dirigido por GIRÓN TENA, *La publicidad legal de la sociedad anónima europea*. Madrid (1978). 68 ss., distinción sustancialmente convincente.

(6) MENÉNDEZ, «La Primera Directiva de la CEE en materia de sociedades y el

del RRM. La reforma española ha ido más allá de lo que la Primera Directiva exigía, visión que hay que entroncar con la misión, considerablemente ampliada, que se atribuye ahora al Registro Mercantil como instrumento legal de esencial protección de los terceros, en el sentido de la evolución claramente descrita por MENÉNDEZ de haber pasado el Registro desde una inicial solución «corporativa» (matrícula de comerciantes) a una solución «negocial» en que la falta de publicidad repercute sobre la validez del acto inscribible, hasta la actual solución «registral», donde la publicidad no incide sobre la validez de las relaciones jurídicas sustantivas, sino sobre las consecuencias que produce la ignorancia o el conocimiento de los actos inscribibles por parte de los terceros (7). Con todo, podría decirse, como ya dijo PAZ-ARES (8), que con las últimas reformas se ha tratado de hacer del Registro Mercantil «un centro administrativo del tráfico jurídico en el ámbito mercantil, descargando por esta vía la ya de por sí saturada Administración de Justicia de tareas no estrictamente jurisdiccionales y aprovechando la infraestructura registral y los propios principios de funcionamiento del Registro para dotar de un mayor rigor el ejercicio y seguimiento de sus actividades». Comparto la visión de fondo de PAZ-ARES (9), pero no la de entender el Registro Mercantil como un mero centro administrativo; la calificación registral le aparta de esta visión estrictamente administrativa, para dotar de una eficacia que trasciende la esfera administrativa la decisión del Registrador sobre los documentos sujetos a inscripción.

Con la coacción hacia la inscripción del empresario individual se supera lo que había sido considerado como una grave distorsión perturbadora para el tráfico, como había sido hasta ahora mantener dos sistemas registrales distintos, uno para las sociedades y otro para el empresario individual (10). Con todo, hay que decir, desde el punto de vista práctico, que las reformas españolas inciden sustancialmente sobre el mundo de las sociedades, principales sujetos del tráfico económico.

Registro Mercantil español», en *Estudios Girón Tena*. Madrid (1991), 720, entiende que la inscripción del empresario individual es «muy dudosamente de carácter potestativo».

(7) MENÉNDEZ, «Panorama de la publicidad registral mercantil en el Derecho español y en otros Ordenamientos europeos», en el vol. *Curso de Conferencias sobre Derecho comunitario europeo*, Madrid (1976), 58; ideas que ya había expuesto en *El Registro Mercantil español*, Madrid (1975)

(8) PAZ-ARES, «La reforma del Registro Mercantil», en *Homenaje a Vallet de Goyusolo*. VI, Madrid (1988), 482

(9) Ideas de fondo que ya expuse a propósito de la incidencia registral de la nueva Ley de Costas: *vid* TORRENT, «Protección registral del dominio marítimo-terrestre», *RCDI*, 608 (1992), 62.

(10) En este sentido, GARCÍA VILLAVERDE, «El Registro Mercantil español ante el régimen de la publicidad de las sociedades en el Derecho comunitario», *La Ley* (31-12-1985), 1 ss. No puedo entrar ahora en estos temas por el momento; *vid*. GARCÍA VILLAVERDE, «La reforma del Registro Mercantil», *La Ley* (16-6-1990), 2

III. LA REFORMA DEL REGISTRO MERCANTIL

Ya el viejo Código de Comercio de 1829 había introducido en España un Registro público de comercio que, junto a la histórica matrícula de comerciantes, aporta la novedad de delinear un registro de documentos, siendo inscribibles las escrituras de sociedad, capítulos matrimoniales y poderes otorgados a los representantes. ¿Publicidad-noticia o publicidad-legal? Parece que el viejo Código se quedó en la publicidad-noticia; la sanción económica que se imponía por la falta de toma de razón de los documentos registrales hacía ineficaz la escritura entre los socios y entre sociedad y representante, siguiendo la inspiración francesa de que lo no inscrito afecta negativamente a la validez del acto inscribible. Pero como gran novedad directamente atribuible a SAINZ DE ANDINO (11), se establece (arts. 28, 29 y 177) que si bien aquellos documentos no inscritos eran ineficaces entre los otorgantes, sí podían ser eficaces en favor de los terceros interesados.

Aquí tenemos un punto de arranque hacia una publicidad material negativa del Registro. Según MENÉNDEZ (12), no parece arriesgado estimar que la necesidad de corregir la injusta aplicación de una nulidad radical del acto no inscrito frente a los terceros de buena fe permite enlazar con los primeros vestigios de una publicidad material negativa y convierte el Código de Comercio de 1829 en un Ordenamiento particularmente significativo en la evolución del Registro Mercantil.

Cuando el Código de Comercio de 1885 introduce el carácter potestativo de la inscripción del comerciante individual, parece desvalorizar el Registro en cuanto a los efectos de la publicación del comerciante no inscrito, reduciéndolo a una mera función probatoria de la inscripción que nada tiene que ver con la publicidad legal. El tema fue estudiado desde el punto de vista del comerciante individual inscrito que olvida cancelar su inscripción cuando deja de ejercer el comercio; en este caso, su inscripción sigue teniendo influencia en base a la publicidad material positiva, donde despliegan su eficacia los principios de legitimación y fe pública registral, pudiendo los terceros aprovecharse de la inscripción no cancelada en lo que les fuera favorable (13), como se desprendía del RRM de 1956, que básicamente delineaba la publicidad material positiva, sancionando la falta de inscripción exclusivamente en base a los efectos de la publicidad (14). Pero

(11) MENÉNDEZ *El Registro Mercantil español*, 17 ss.

(12) MENÉNDEZ, *Panorama*, 64.

(13) GARCÍA GIMÉNEZ, «Los principios registrales en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *RDN*, 17-18 (1957), 282; GONZÁLEZ ENRIQUEZ, «Notas sobre el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *RDN*, 19 (1958), 286.

(14) MENÉNDEZ, *Panorama*, 67.

de la misma manera se deriva la publicidad material negativa del Código de 1885, en que lo no inscrito no perjudica a terceros: no podía ir más lejos entonces la presunción de conocimiento de lo no inscrito.

De ahí la novedad que introdujo la Ley de 21 de julio de 1973, que aun afectando a los títulos II y III del Libro I del Código de Comercio por lo que concernía al Registro Mercantil, no desarrolló todo lo que podía haber dado de sí entonces, quedándose en una muy pacata innovación.

La reforma radical en torno a la disciplina registral del Código de Comercio la introdujo la Ley de 25 de julio de 1989 de «Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades», donde se acogió sustancialmente la Primera Directiva de 9 de marzo de 1968, que implicaba una nueva visión de la publicidad registral mercantil sobre sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comandatarias por acciones. Poco tiempo después las sociedades anónimas serían objeto de un tratamiento legal autónomo con la publicación del Texto Refundido de 29 de diciembre de 1989, que tenía que ir emparejado inevitablemente con la adaptación de España a la Primera Directiva.

Se pasa ya claramente de una publicidad-noticia a una publicidad legal, aunque inspirando el nuevo RRM un fondo hipotecarista, que se advierte en la aplicación de los principios hipotecarios, que a veces chirría en su aplicación a un registro de personas que nunca es exactamente igual que un registro de bienes. El vigente RRM introduce tres temas fundamentales como son la publicidad de la sociedad, la validez de las obligaciones contraídas en su nombre (con el complejo problema de la validez de la representación) y la validez de la sociedad. Nuestra atención se fijará esencialmente en el primer punto, no tanto sobre la publicidad de la sociedad en sí misma considerada, sino en cuanto a los efectos que se derivan de la inscripción o no inscripción de actos y hechos de la sociedad relevantes para la vida económica y que pueden aprovechar o perjudicar a terceros. Necesariamente tendré que examinar también una serie de problemas derivados de la nueva normativa, como la radical innovación que hace depender la eficacia de la inscripción de su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (15). En este punto, puede decirse que la Primera Directiva tomó en cuenta fundamentalmente el Derecho alemán, y de ahí las notorias protestas de los juristas franceses e italianos, especialmente de los franceses, que partían de un sistema registral notoriamente distinto del alemán. La Primera Directiva obligó a todos los Estados miembros a contar con un Registro público, a la publicación de los datos más relevantes en un boletín *ad hoc* y a la publicidad de ciertos datos económicos y financieros de las sociedades a efectos de su conocimiento.

(15) «Particularmente perturbadora» es calificada por GARCÍA VILLAVARDE. *La reforma*, 1

IV. ARTICULOS 21 DEL CODIGO DE COMERCIO Y 9 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL

La transposición de la Primera Directiva al Derecho español, realizada por Ley de 25 de julio de 1989 que reformó el Código de Comercio, arrojó el siguiente texto, que se repite en el Código y en el Reglamento:

Art. 21. 1. Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el *BORME*. Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción.

2. Cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos.

3. En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable.

Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al perjudicado.

4. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción.

Obviamente, por su sede material en el Código de Comercio la norma del artículo 21 va mucho más allá de su aplicación a las sociedades a que se refería la Primera Directiva, con implicaciones para todos los sujetos inscribibles y consiguientemente, para todos los actos y hechos inscribibles con trascendencia para terceros.

Se advierte inmediatamente la incongruencia de que aparezca esta norma (y otras más) duplicada en el Código de Comercio y en el Reglamento del Registro Mercantil, y parece totalmente superfluo lo que dice la Exposición de Motivos del Reglamento del Registro Mercantil: «a pesar de haber alcanzado rango legal los principios básicos que rigen la institución del Registro Mercantil, otros principios de menor alcance, reguladores del funcionamiento práctico del Registro, exigían también una consagración normativa, y de ahí que unos y otros aparezcan al frente del nuevo texto reglamentario». Da la impresión de que el legislador parte de un confusio-nismo entre lo que debe ser una Ley y lo que sea su desarrollo reglamen-tario, y en este caso el Reglamento del Registro Mercantil a veces es un duplicado superfluo del Código de Comercio; otras, va más allá de lo que sea una función reglamentaria invadiendo aspectos sustantivos que sólo deberían quedar reservados a la Ley. Desde luego que había que armonizar la puesta en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas (Texto Refundido de

22 de diciembre de 1989) y el RRM (aprobado por Decreto de 29 de diciembre de 1989), pero se ha hecho apresuradamente, sin contar con una suficiente madurez doctrinal en torno a los problemas nuevos que se traen a nuestro Ordenamiento, ni mucho menos previendo las grandes dificultades derivadas de su aplicación, que es en lo que se ha caído desde el 1 de enero de 1990, fecha de entrada en vigor del RRM. Alguno de estos problemas son los que trato de analizar en mi estudio.

V. INSCRIPCION Y PUBLICACION EN EL *BORME*

Cierto es que las Directivas, vinculantes en cuanto a los resultados a obtener, dejan en libertad a los Estados miembros en cuanto a la forma y medios idóneos para conseguir aquellos resultados, lo que suponía una cierta libertad de cada Estado en cuanto a lograr un sistema de publicidad, que era lo que pretendía la Directiva.

El artículo 3.1 de la Primera Directiva imponía: «En cada Estado miembro se abrirá un expediente para toda sociedad inscrita, en un registro central o en el registro de comercio o registro de las empresas», y en el artículo 3.4 se prescribía: «Los Estados miembros ordenarán que la correspondencia y hojas de pedido indiquen el registro en el que se haya abierto el expediente».

Esta libertad en cuanto a los medios dejaban implícitos dos sistemas: o bien el de expediente (sistema francés) o bien el de inscripción (sistema alemán, coincidente con el español), como se sancionaba en el artículo 3.2: «Todos los actos e indicaciones sujetos a la obligación de publicidad, conforme al artículo 2, se incluirán en el expediente o se transcribirán en el Registro». Esta dualidad de sistemas hace que en Francia el control en la constitución de las sociedades mercantiles sea un control judicial, pues el encargado del Registro de Comercio no parece tener potestad para examinar la legalidad de la constitución; pero esta misma libertad ha permitido mantener nuestro sistema de inscripción, que desde este punto de vista no se ha visto gravemente alterado por la recepción de la Primera Directiva, inscripción obviamente sometida a la calificación del Registrador.

La novedad está en el traslado de los efectos de la publicidad material, no desde la inscripción, sino desde su publicación en el *BORME*, descontando el enigmático inciso del artículo 21.1, «quedan a salvo los efectos propios de la inscripción», efectos que en nuestro sistema son esenciales: la validez de la constitución de la sociedad objeto de inscripción obligatoria, sin la que no alcanzan personalidad jurídica (art. 116 CCom) y que ha hecho pensar a algún sector de la doctrina en dos clases de inscripciones: unas, constitutivas, y otras, declarativas, que implicaban una distinta tras-

endencia para cada una de su publicidad registral, pero que pueden derivarse en nuestro sistema si observamos los distintos efectos que tienen, por ejemplo, de un lado, la publicidad de la constitución de la sociedad, y de otro, el depósito de sus cuentas anuales, distintos efectos, aunque ambos datos se publiquen en el *BORME*. Esta misma distinción tiene presupuestos distintos desde sus propias bases, pues mientras que para unos actos o hechos se exige titulación pública sujeta al control de legalidad que efectúa el Registrador en su calificación, para otros actos y hechos inscribibles no se exige este control ni la misma forma pública, limitándose a exigir la legitimación notarial de las firmas de quienes los suscribieron. Este tema se plantea respecto al depósito de las cuentas anuales (objeto de la Cuarta Directiva), que deben publicarse a través del Registro Mercantil y en el *BORME* (art. 334 RRM). Y aunque todo documento que accede al Registro debe ser objeto de presentación, calificación e inscripción, en estos casos la inscripción sólo produce efectos de publicidad formal, pues la calificación del Registrador no puede ir más allá de la verificación de los requisitos formales de suscripción del documento y la autenticidad de las firmas, pero no sobre la legalidad de su contenido (16) y, mucho menos, de su veracidad.

La trasposición de la Primera Directiva (art. 3.4) al prescribir que «los actos e indicaciones inscribibles serán objeto de publicación en el boletín oficial designado por los Estados miembros, íntegramente o en extracto, o en forma de mención de haberse producido el depósito del documento en el expediente o de haberse transcrito en el Registro», plantea el tema de los boletines que cada Estado miembro debe publicar para el conocimiento y difusión de los datos relevantes de la vida económica y consiguiente protección de los terceros, como asimismo plantea el tema de la naturaleza y eficacia de cada uno los boletines de cada Estado miembro. Refiriéndonos a España, este boletín fue previsto en la Reforma de 1973, pero sólo se hizo operativo con la Reforma de 1989, que le da carta de naturaleza en el artículo 18.3 del CCom: «Practicados los asientos en el Registro Mercantil, se comunicarán sus datos esenciales al Registro central, en cuyo boletín serán objeto de publicación. De esta publicación se tomará razón en el Registro correspondiente», desarrollado en los artículos 385 a 393 del RRM.

Pero ¿cuáles son estos datos esenciales? El problema es discutible a la vista de la remisión que el artículo 386 del RRM hace a los artículos 351 a 356 del mismo texto reglamentario. Según GARCÍA VILLAVERDE (17), parece que se han querido seleccionar las menciones que son objeto de la publicación de acuerdo con el Derecho comunitario, y por ello aparecen en

(16) VICENT CHULIA, «Las cuentas anuales», en el vol *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid (1987), 285

(17) GARCIA VILLAVERDE, *La reforma*, 4.

número inferior a los que se recogen como objeto de inscripción en el Registro Mercantil en el título II del RRM.

El artículo 21.2 del CCom, trasunto del artículo 3.4 de la Primera Directiva, plantea el tema de la publicidad material positiva no desde la inscripción en el Registro Mercantil, sino desde su publicación en el *BORME*, oponibilidad apta respecto a los terceros de buena fe que implica un doble mecanismo registral: inscripción y publicación en el *BORME*. Podría plantearse el tema de si la mera inscripción del acto inscribible no es ya publicidad en sí misma (que desde luego lo es; publicidad formal prevista en el art. 23 CCom y 12 RRM); sólo que se añade un plus a la inscripción, siendo sólo oponible a partir de su publicación en el *BORME*, publicación que ahora es decisiva para que se produzcan los efectos de la publicidad material.

En este punto puede observarse una discordancia entre el artículo 21.1 del CCom y el 343 del RRM relativo al objeto del Registro Mercantil central, al que corresponda: «a) La ordenación, tratamiento y publicidad meramente informativa de los datos que reciba de los Registros Mercantiles ordinarios: c) La publicación del *BORME*, en los términos establecidos en este Reglamento», que permite delinear una disfunción entre la publicidad formal, propia de la inscripción registral, y la publicidad material, propia de la publicación en el *BORME* de los «datos esenciales» que cada Registro ordinario envíe al Registro Mercantil central y que permite hablar de una cierta dicotomía entre inscripción y publicación, al menos a efectos de la publicidad material, y en sus dos vertientes: positiva y negativa.

Parece evidente que la inscripción registral sigue siendo el eje sobre el que gira la publicidad registral mercantil y que la necesaria publicación en el *BORME* no modifica la eficacia de la inscripción, sino que la publicación se superpone a la inscripción a efectos de la publicidad material; desde luego de la positiva: presunción de conocimiento por los terceros de los hechos publicados; respecto de la negativa: presunción de ignorancia de los hechos no publicados, ya veremos que está matizada por el juego de la buena fe. E incluso la publicidad material positiva tiene una especie de *vacatio* en el artículo 21.2 del CCom: «Cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos». La orientación germánica de la Primera Directiva permitiendo enervar la eficacia del acto inscrito y publicado antes del decimosexto día de la publicación, acogida por nuestro sistema, incide en la oponibilidad del acto frente a terceros que prueben su imposibilidad de conocerlo. Se desplaza en este caso la eficacia de la publicación a partir del decimosexto día de la misma, aunque la dificultad de la prueba de su desconocimiento por el tercero será muy ardua y, probablemente ante estas

dificultades prácticas, es muy posible que se haga escasa aplicación de esta norma.

Pero esto mismo plantea el conflicto entre publicidad legal y publicidad de hecho. Si el Registro Mercantil tiene por finalidad (entre otras) difundir los «datos esenciales» del tráfico económico, su contenido (art. 20.1 CCom) se presume exacto e íntegro y los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad, está claro que hay que atribuir un valor superior a la inscripción registral; pero esto nos lleva al dato empírico de que en el masivo tráfico económico de cada día rara vez se acude a consultar el Registro, y de ahí la necesidad o la conveniencia de contar con una publicación que reproduzca esos datos esenciales para el tráfico, ya inscritos. De esta forma, se trata de aproximar la cognoscibilidad legal del Registro Mercantil y el conocimiento efectivo de su contenido, anudando los efectos de la publicidad material a la publicación en el *BORME*. Es convincente GÓMEZ SEGADE (18) cuando dice que esta importante innovación que liga los efectos materiales de la publicidad a la publicación en el *BORME*, sin duda favorece la difusión de datos relevantes para el tráfico, aunque como contrapartida se pierde la seguridad total característica del sistema de simple inscripción registral vigente hasta ahora en España; es positivo el incremento de difusión originado por el nuevo sistema, aunque sea a costa de disminuir la seguridad proporcionada por la simple inscripción registral, en cuanto que la publicación en el *BORME* es decisiva para que se produzcan los efectos de la publicidad legal. Por eso entiendo que la publicación en el *BORME* se superpone a la inscripción en cuanto a aquellos efectos; no desvaloriza la inscripción en cuanto ésta es la base de lo publicado en el *BORME*, sino que desplaza sus efectos de la mera inscripción a la publicación.

Pero tampoco disuelve del todo la publicación la posible antinomia entre publicidad legal y publicidad de hecho en un tráfico tan masivo como el actual, donde la posibilidad de acudir a consultar el Registro Mercantil y la misma lectura del *BORME* se ven superados por la celeridad de las operaciones mercantiles, problema que incide de lleno en los actos y sujetos inscribibles en un mundo donde ante todo prima la publicidad de hecho. Por eso afirma GARCÍA VILLAVERDE (19) que la publicidad legal existe para subsanar las deficiencias de la publicidad de hecho y la sustituye sin desplazarla en tanto en cuanto se necesita para lograr esa finalidad. Por ello, el conocimiento de hecho tiene relevancia por sí mismo a los efectos de la oponibilidad. De todos modos no se superpone a la publicidad legal; sólo en ese plazo limitado

(18) GÓMEZ SEGADE, 34.

(19) GARCÍA VILLAVERDE, *El Registro Mercantil español*, 2.

de quince días, en que la imposibilidad de conocimiento entonces sí se superpone a la presunción de conocimiento de lo publicado.

Fuera de este caso, la función del Registro, y específicamente del español, va mucho más allá de la mera difusión de sus datos como tal misión informativa. En un Registro como el nuestro basado en el principio de legalidad que descansa sobre la calificación del Registrador, la publicidad legal tiene un alcance mucho mayor que la mera posibilidad de conocimiento que brinda, y de ahí la presunción del conocimiento efectivo aunque tal conocimiento no se hubiera producido en la realidad, posibilidad de conocimiento que hoy se conecta con la publicación en el *BORME*. Es cierto cuando dice RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (20) que en torno a esta «cognoscibilidad legal» se anudan los efectos que la publicidad produce en el ámbito jurídico, y que pueden centrarse en la idea de protección a las personas en cuanto pueden verse afectadas en su esfera de intereses por las consecuencias de actos en los que no han intervenido y de los que difícilmente podrían tener noticia si no se contara con los mecanismos de la publicidad legal.

Es esta publicidad legal la que se deriva de la publicación en el *BORME*; sólo a partir de entonces se producen los efectos de la cognoscibilidad legal de los actos inscritos, novedad que ha sido vista como un acierto, en el sentido que no implica una grave alteración de nuestro sistema de publicidad legal, pues simplemente traslada los efectos materiales de la inscripción a la publicación, e incluso ha sido vista como un perfeccionamiento técnico (21) del sistema en su conjunto, culminación de un proceso de publicación cuyo resultado final es una información dotada de especiales efectos jurídicos en cuanto a presunción de certeza y conocimiento por todos. Por eso la publicación en el *BORME* no tiene una mera función informativa (a pesar de lo que diga el art. 334 RRM), sino que va más allá con directos efectos materiales, tanto positivos como negativos, de la publicidad.

VI. DISCORDANCIA ENTRE LO INSCRITO Y LO PUBLICADO

Todo el sistema se vendría abajo si la publicación no coincidiera con la inscripción, lo cual es posible, y el propio legislador lo ha previsto en el artículo 21.3 del CCom con dos matizaciones: *a)* «En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable». *b)* «Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al perjudicado».

(20) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 84

(21) En este sentido RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 92, que lo decía, en general, comentando la Primera Directiva y antes del ingreso de España en la CEE.

Precisamente porque se impone la publicación en el *BORME* de los hechos inscritos para lograr los efectos de la publicidad material, el tema de las discordancias entre lo inscrito y lo publicado adquiere un relieve especial. Ya no es como antes que la publicidad legal nazca sólo de la inscripción, porque ahora nace de la publicación en el *BORME*. Ciertamente es que la Primera Directiva trata por todos los medios de evitar tal discordancia, señalando en el artículo 3.6: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para evitar cualquier discordancia entre el tenor de la publicación y el del registro o el expediente». Todo esto es lógico, pues si los efectos de la cognoscibilidad legal se conectan con la publicación en boletines *ad hoc*, se concede a esa información un valor superior, como dice RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (22), al de simple «ciencia» en un doble sentido: de un lado, desplazando a los interesados la carga del conocimiento efectivo y presumiendo que ha sido por su culpa si no ha llegado a alcanzarlo; de otro, concediendo a la información que se facilita una garantía especial de veracidad. Puede que lo publicado no sea cierto, pero en determinadas condiciones vale como si lo fuera.

La Primera Directiva da primacía a la inscripción, incluso en caso de discordancia, como preceptúa el mismo artículo 3.6: «En caso de discordancia el texto publicado no será oponible a terceros, pero los terceros podrán valerse de él, salvo que la sociedad pruebe que conocían el texto depositado en el expediente o transcrito en el Registro», fórmula transcrita en el artículo 21.3 del CCom y 9.3 del RRM, con una ligera variante: si la Primera Directiva se pone desde el punto de vista de la sociedad que puede oponer al tercero la discordancia cuando pruebe que éste la conocía, nuestro Código de Comercio se pone desde el punto de vista de protección al tercero, que podrá invocar la publicación «si le fuere favorable». Por supuesto que se trata del tercero de buena fe que no conociendo el texto inscrito, sino sólo el publicado, confía en la apariencia que muestra la publicación. Terceros de buena fe serían (23) aquellos que ni conocían ni debían conocer el contenido de la inscripción. Si lo conocían y pretenden utilizar en su beneficio lo publicado que no concuerde con lo inscrito, parece claro que actuarían de mala fe, y en este caso la sociedad podrá impedir mediante la prueba de su conocimiento de lo inscrito (negativamente de su mala fe) que hagan uso de lo publicado. Es más completa la Primera Directiva que la trasposición española, que sólo apunta a una parte del posible perjuicio de la discordancia, no afectando a terceros de buena fe que pueden utilizar la publicación en lo favorable.

El Código de Comercio se pone en la protección al tercero de buena fe

(22) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 98.

(23) GÓMEZ SEGADE, 42-43

en el párrafo 3 del artículo 21, viéndose inmediatamente obligado en el párrafo 4 a fijar lo que entiende por tercero de buena fe, concepto fundamental para entender la publicidad negativa. La buena fe del tercero en el artículo 21.3 es muy relativa, e incluso podría decirse que peligrosa por insegura; parece dar a entender que el tercero podría utilizar según su interés lo que quisiera de lo publicado, lo que le fuera favorable de la discordancia. En realidad de lo que se trata es de una opción para el tercero (24) ante la irregularidad de la publicación. No se producen para el tercero los efectos positivos de la publicidad, pero el tercero puede, si le interesa, no ignorar lo publicado, aunque tenga conocimiento de la situación inscrita disconforme con la publicada.

El artículo 21.3 del CCom es la mayor prueba del excesivo alcance que ha querido darse a la publicación. El legislador español no se atrevió a decir que primaba sobre la inscripción; todo el nuevo sistema se dirige a poner al alcance de los terceros los actos inscritos a través de la publicación, y aunque subyace la idea esencial de que la inscripción constituye el eje de todo el sistema registral, y de ahí los párrafos 1 y 2 del artículo 21, sobre todo en este caso el párrafo 2, que destacando el hecho de la publicación contempla la *vacatio* de quince días a partir de la publicación, queriendo dar tiempo a los terceros para recibir el *BORME*. La publicación evita las divergencias entre el conocimiento de hecho o conocimiento presunto (extrarregistral) y el conocimiento efectivo de los hechos que han sido objeto de publicidad legal (25); pero cuando la publicación diverge de la inscripción sólo favorece al tercero de buena fe. Su buena fe estriba en el conocimiento de lo publicado, no teniendo que averiguar lo efectivamente inscrito, y en este caso se invierte todo el sistema de seguridad que brinda la protección registral en base a la presunción de exactitud y veracidad de la inscripción. En este caso la protección a la confianza derivada de la publicación es más fuerte que la derivada de la inscripción. Pero la apariencia de la publicación sólo protege al tercero de buena fe que ignoraba la situación inscrita, ignorancia que ha de probarse positivamente por el titular registral, que para destruir la oponibilidad de lo publicado debe probar que el tercero tenía conocimiento de la situación inscrita, como se señala en el artículo 3.6 de la Primera Directiva, fórmula que siguieron los Derechos alemán e italiano (26) y que el nuestro silencio, para destacar solamente la buena fe del tercero.

Mayores problemas trae el segundo párrafo del artículo 21.3 CCom: «Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al

(24) GARCIA VILLAVARDE, «El Registro Mercantil y su reforma ante el Derecho comunitario», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, septiembre 1988. 69

(25) RODRÍGUEZ MARTINEZ, 42.

(26) *Vid* sobre el tema VAN OMMESLAGHE, «La première Directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière des sociétés», *Cahiers Droit Europ.*, 5 (1961), 551 ss.

perjudicado», que puede engendrar un doble orden de responsabilidades: a) Del Registrador Mercantil que dio erróneamente el extracto de los datos esenciales que deben publicarse en el *BORME*; b) Del propio Registro central que transcribe erróneamente aquellos datos, y en estos dos casos podría entrecerse o bien una responsabilidad personal del Registrador o, incluso, una propia responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de los servicios públicos. Según GARCÍA VILLAVARDE (27), quizá no hubiera venido mal una referencia a si se tratara o no de una responsabilidad por culpa; lo que en mi opinión no es necesario decirlo, pues siempre será aplicable el artículo 1.902 del CCom.

¿Quién es el perjudicado con derecho a resarcimiento por la discordancia que le hizo confiar en la publicación? Parece evidente que no puede ser el tercero, que claramente está protegido por el artículo 21.3 del CCom, sino el titular registral, el que abre una hoja registral en cumplimiento de un deber legal. Y es perjudicado el sujeto inscribible en la misma medida que es protegido el tercero de buena fe que puede aprovecharse de la discordancia en lo que le fuera favorable. Es lo que llama VICENT CHULIÀ (28) el riesgo de la publicidad registral; en este caso es el titular registral el que resulta perjudicado por la confianza en la apariencia que resulta de la publicación en el *BORME*, que disocia lo publicado y lo inscrito.

En definitiva, lo que pretende el Código de Comercio con esta norma es la protección a la seguridad del tráfico, y por eso la responsabilidad en caso de discordancia tiene que imputar el hecho de apariencia al titular registral por aquellos actos de publicidad legal obligatoria, objeto de publicidad positiva: sólo lo publicado es decisivo respecto a los terceros desde el punto de vista del sujeto inscrito. Pero está claro que sólo frente a terceros de buena fe. Si el tercero conoce positivamente la realidad que ha sido objeto de publicidad, aunque esta publicidad no coincida con lo inscrito ya no se precisa, como dice GÓMEZ SEGADE (29), que entre en juego el principio de protección de la seguridad del tráfico, y en consecuencia no es necesario ni posible acudir a las ficciones ligadas con la cognoscibilidad legal. Por eso, añade, la imputabilidad del hecho de apariencia no debe basarse en la culpa del titular registral, pues se perjudicaría gravemente la seguridad del tráfico si pudiera alegarse frente al tercero que la sociedad no es responsable de que la publicidad registral no refleje la realidad. La protección de la confianza de los terceros en los hechos de apariencia publicados en el *BORME* pone en un plano superior la apariencia registral que la posible imputabilidad de los efectos de la discordancia al titular

(27) GARCÍA VILLAVARDE, *La reforma*, 8.

(28) VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1, 3^a ed., Barcelona (1991), 138.

(29) GÓMEZ SEGADE, 39.

registral, que queda al margen del origen del perjuicio causado por la discordancia, pero no totalmente, pues según VICENT CHULIÁ (30) debe ser una imputabilidad por el riesgo que el titular registral asume razonablemente al servirse de la publicidad registral, y soportará el riesgo de que se produzca error en la transcripción de los datos del documento presentado.

Si la realidad fuese como piensa VICENT CHULIÁ, ello supondría una exasperación de los efectos de la publicidad material positiva, basada en la protección que brinda la publicación en el *BORME*; y sobraría la norma sobre la discordancia, que apunta claramente al derecho a ser resarcido el titular registral, sujeto perjudicado por la discordancia. El riesgo está en todo caso en la inoponibilidad de lo publicado respecto al tercero de buena fe, que ignorando la situación inscrita sólo tiene en cuenta lo publicado; y como de la discordancia resulta perjudicado el titular registral, debe ser resarcido por quien produjo la discordancia.

VII. ARRASTRE DE PRINCIPIOS HIPOTECARIOS AL REGISTRO MERCANTIL

Creo muy posible que gran parte del confucionismo que reina en la publicidad mercantil venga causado por el arrastre de los principios hipotecarios que han querido trasladarse —*sic et simpliciter*— al Registro Mercantil sin tener debidamente en cuenta que si el Registro de la Propiedad versa sobre objetos inertes como son las fincas, que siempre permanecen, y se estructura sobre la base del folio real; por el contrario, el Registro Mercantil versa sobre sujetos inscribibles, se estructura sobre la base de folio personal y afecta a situaciones de gran movilidad, donde la rapidez es la tónica dominante del tráfico económico y donde el tiempo y su aprovechamiento al máximo es fuente segura de ganancias. Y en este sentido no pueden ser puestos en un mismo plano Registro de la Propiedad y Registro Mercantil, ni tienen por qué coincidir los presupuestos esenciales —lo que llamamos genéricamente principios— en uno y otro Registro.

Un banco de prueba clarísimo de lo que acabo de decir lo tenemos en la publicidad material positiva con su esencial aspecto de oponibilidad de lo inscrito; en primer lugar, porque este efecto positivo no se deriva inmediatamente de la inscripción, sino de la publicación en el *BORME*. Parecería que no ha cambiado nada si tenemos en cuenta el artículo 20.2 del CCom: «La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. La declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a derecho», a

(30) VICENT CHULIÁ, *Compendio*, I.1. 139

cuyo amparo puede seguir manteniéndose que el efecto positivo de la publicidad se deriva de la inscripción y no de la publicación. Y esto sería cierto si el Registro Mercantil se moviera con los mismos criterios del sistema inmobiliario registral, y en principio es válida la afirmación del artículo 20.2. Pero en el tráfico mercantil, donde la movilidad es la tónica dominante, ya no es tan cierto. Sí puede serlo respecto a los datos que la doctrina llama constitutivos, pero incluso respecto a éstos, en los casos en que haya discordancia entre lo inscrito y lo publicado, ya no lo sería. Que estos casos sean marginales, como pretende PAZ-ARES (31), no desvirtúa la desvalorización de la inscripción frente a la publicación, porque en este caso al tercero de buena fe que confía en el hecho de apariencia publicado no puede oponérsele el contenido de lo inscrito.

Pero con el artículo 3.5 de la Primera Directiva no sólo es oponible lo publicado, sino incluso lo no publicado si el titular registral prueba que el tercero lo conocía antes de la publicación. Y yo entiendo que es oponible incluso no lo inscrito, a tenor de la Primera Directiva, artículo 3.7: «Los terceros podrán valerse siempre de los actos e indicaciones respecto de los cuales no han sido aún cumplidas las formalidades de publicidad, salvo que la falta de publicidad los convierta en ineficaces», incorporando a nuestro sistema desde el punto de vista de la consideración de la buena fe del tercero en el artículo 21.4 CCom; o desde otro punto de vista sobre el que más tarde insistiré, la norma comunitaria contiene una manifestación expresa del principio de buena fe proyectada sobre la eficacia del conocimiento de hecho (32) que se superpone a la eficacia de la misma publicidad legal, tanto positiva como negativa.

De ahí que los principios hipotecarios trasladados al Registro Mercantil no sean perfectamente funcionales, o al menos, no con la virtualidad que tienen en el sistema inmobiliario, donde el principio de publicidad fue admitido como un eje cardinal del sistema desde la formulación de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, con la matización de ROCA SASTRE que sustituye el término principio de publicidad por «principio de exactitud del Registro», y que obviamente se deriva de la propia publicidad de la inscripción derivada la legalidad de los títulos calificados por el Registrador, y que viene recogido en el artículo 20.1 del CCom.

Sin entrar en la polémica sobre si es adecuado o no hablar de principios hipotecarios (33), aunque sólo fueran entendidos como «notas que tiene o

(31) PAZ-ARES, 473.

(32) GARCÍA VILLAVERDE, *El Registro Mercantil español*, 2.

(33) Por la solución negativa se pronunciaba SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho hipotecario*, I. Madrid (1948), 226 ss., pero, por ejemplo, LACRUZ, *Derecho inmobiliario registral*, 2.ª ed., Barcelona (1984), 48, los consideraba «rasgos fundamentales del sistema registral español».

debe tener un determinado sistema hipotecario» al decir de GARCÍA Y GARCÍA (34), no cabe duda que los redactores de la reforma del Código de Comercio y del Reglamento del Registro Mercantil sí los han tenido en cuenta. Podría advertirse incluso en nuestro legislador una cierta visión hipotecarista al enfocar el tema registral mercantil, no sin ciertas disonancias. Tampoco puede decirse que fuera un tema totalmente nuevo, pues los reformadores de 1989 introdujeron como novedad formal más importante trasladar al Código de Comercio los principios generales de la publicidad registral que antes habían sido recogidos en el derogado RRM de 1956; y ya apuntó MENÉNDEZ (35) que, en buena parte, se ha procedido a un «traslado de esos principios tal como aparecían formulados en el Reglamento del Registro Mercantil (de 1956) a la nueva disciplina del Código de Comercio».

Y efectivamente el Código de Comercio da rango legal a una serie de los llamados «principios hipotecarios», que se reproducen además en el título preliminar del vigente Reglamento del Registro Mercantil, en mi opinión innecesariamente, aunque MENÉNDEZ (36) lo justifique no sólo por el propósito de que esos principios presidieran también la disciplina registral de carácter reglamentario («lo que abunda no daña»), sino también por la conveniencia de incorporar aquellos otros principios (significativamente, los de prioridad y tracto sucesivo) a la nueva disciplina registral. Pero precisamente a mi modo de ver, esto mismo implica una disonancia relevante, en el sentido que unos principios se legalizan (vienen contenidos en el propio CCom) y otros sólo tienen rango reglamentario (la prioridad y el tracto). Los principios que se legalizan son los de titulación pública (art. 18.1); legalidad (art. 18.2, con la significativa remisión de materia de recursos contra la calificación del Registrador Mercantil a los arts. 166 LH y 101 y 132 RH; art. 66 RRM); inscripción obligatoria (art. 19) salvo para los empresarios individuales (con la tradicional excepción del naviero). Este grupo de principios hacen relación a los presupuestos de la inscripción; el siguiente hace relación a los efectos de la inscripción: principio de legitimación (art. 20.1); de fe pública registral (art. 20.2); de publicidad material (art. 21.1); de publicidad formal (art. 23).

Si todos estos principios son aplicables directamente al sistema hipotecario, también lo son los de prioridad y tracto sucesivo, que, sin embargo, en su aplicación al Registro Mercantil no tienen reconocimiento legal, quedando relegados al inferior rango reglamentario (art. 10 y 11 RRM). ¿Es que son de menor alcance en la regulación del funcionamiento práctico del Registro

(34) GARCÍA Y GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, I, Madrid (1988), 48.

(35) MENÉNDEZ, *La Primera Directiva*, 711.

(36) MENÉNDEZ, *La Primera Directiva*, 713.

Mercantil, como dice la Exposición de Motivos del RRM? Si son esenciales en el sistema inmobiliario, ¿no serán también esenciales en el Registro Mercantil? Y sobre todo, ¿por qué unos principios se recogen en el Código de Comercio y otros sólo en el Reglamento del Registro Mercantil? Una explicación podría ser la rapidez con que se abordó la reforma del Código de Comercio y la publicación del nuevo Reglamento del Registro Mercantil, ciertamente muy criticada por toda la doctrina mercantilista; otra, que el Reglamento no está cumpliendo siempre una mera función reglamentaria, sino que está completando a la Ley que en teoría debería desarrollar (37); incluso podría pensarse que el legislador se diera cuenta de las peculiaridades del tráfico mercantil en relación con el tráfico inmobiliario.

Me fijaré especialmente en los últimos principios a través de algunos casos de la vida diaria muy significativos. Es un dato empírico en la vida de las sociedades, regidas muchas de las anónimas españolas por Juntas Universales que nombran un administrador único, inscrito o no, pero que funcionan como tal en el tráfico, en base a la publicidad legal (si se inscribió) o a la publicidad de hecho (en caso de no inscripción), y aquel administrador muere y es sustituido por otro, que actúa igualmente en el tráfico. Supongamos que ni se inscribió su nombramiento ni su cese (cese que también es exigida su inscripción por el RRM); en este caso, ¿cómo aplicar el principio de tracto sucesivo? O el funcionamiento del principio de prioridad: ¿qué administrador se inscribe cuando es nombrado uno distinto por cada grupo que domina el 50 por 100 de la sociedad? ¿El primero que acceda al Registro? Si se inscribe éste, podrá contar con la publicidad legal; pero los terceros de buena fe que contraten con el otro, la buena fe les protege en base a la publicidad de hecho de su actuación (38). Señalo estos supuestos prácticos para poner de relieve la dificultad de arrastrar simplemente los principios hipotecarios al Registro Mercantil. No se trata de un Registro inerte, de bienes, sino de personas y actos económicos en constante movilidad, donde frecuentemente puede la publicidad de hecho sobre la publicidad legal. Tiene razón FERNÁNDEZ DEL POZO (39) al señalar que es discutible que tracto sucesivo (al menos en el sentido en que estamos acostumbrados a entender el tracto sucesivo) sea lo que el artículo 11 del Reglamento dice de él; añadiendo que incluso es discutible el desglose del macroprincipio de publicidad material (legalidad, fe pública y oponibilidad) en tres principios distintos.

(37) GARCÍA VILLVERDE, *La reforma*, 2

(38) No veo tratado ninguno de estos temas en LANZAS, *Comentarios prácticos a la LSA y RRM en lo aplicable a dicho tipo societario*, Madrid (1991), a pesar del título de su obra.

(39) FERNÁNDEZ DEL POZO, *El nuevo Registro Mercantil; sujeto y función mercantil registral*, Madrid (1990), 15

En este sentido, creo que puede afirmarse que debido al arrastre al campo mercantil de los principios hipotecarios se ha ido más allá de lo que imponía la Primera Directiva, que no exige titulación pública ni conoce la prioridad ni el tracto sucesivo. Pero el tema no es nuevo tampoco. Desde 1930, don JOAQUÍN GARRIGUES (40) ya había puesto de relieve este arrastre mimético de principios hipotecarios al sistema registral mercantil. Indudablemente, hay muchas similitudes entre Registro de la Propiedad y Registro Mercantil, pero no son instituciones gemelas, y al ser el Registro Mercantil un registro de personas, los principios hipotecarios no son tan fácilmente trasladables. GARRIGUES fue más lejos al señalar (41) que entre ambos Registros no hay razón alguna de analogía, salvo el dato común de ser instrumentos de publicidad. Salvo esto, todo son diferencias que arrancan de la diversidad del objeto de la inscripción. Del lado opuesto, URÍA (42) sigue partiendo al exponer la materia de lo que llama principios básicos de la publicidad registral, recogiendo los que hasta ahora se venían llamando principios hipotecarios. Es obvio que diga que en este punto me siento más cercano al pensamiento de GARRIGUES.

VIII. PUBLICIDAD MATERIAL NEGATIVA

Si la publicidad registral mercantil española es una publicidad legal y cualificada, de ello se han derivado dos grandes vertientes incluidas en la publicidad material: la vertiente positiva (sólo es oponible lo inscrito) y la negativa (lo no inscrito no perjudica a tercero). Y es precisamente en esta materia de publicidad material negativa donde se aprecian las mayores novedades de la reforma del Código de Comercio de 1989 de adaptación a las Directivas de la CEE.

La doctrina española (paradigma de la de don JOAQUÍN GARRIGUES) hasta hace poco no admitía la oponibilidad de lo no inscrito en ningún caso, ni aun frente al tercero de buena fe que invocara la falta de inscripción aunque conociera el hecho inscribible (43). Frente a esta tesis se alzó desde 1951 GIRÓN TENA (44), dando entrada a la exigencia de la buena fe en el tercero para poder invocar la protección derivada de la publicidad negativa del Registro, tesis posteriormente acogida por la doctri-

(40) GARRIGUES, «El Registro Mercantil en Derecho español», *RCDI* (1930), 657 ss

(41) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I, 7.ª ed., Madrid (1976), 702.

(42) URÍA, *Derecho mercantil*, 10 ed., Madrid (1992), 89.

(43) GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I, Madrid (1949), 504.

(44) GIRÓN TENA, «Las sociedades irregulares», *ADC* (1951). recogido en *Estudios de Derecho mercantil*, Madrid (1955), 125 ss.; *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid (1952), 361

na (45) y hoy en la legislación, tomada de la Primera Directiva en el párrafo 4.º del artículo 21 CCom: «La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción».

Con esta dicción del artículo 21.4 se plantea frontalmente, de un lado, la colisión entre la publicidad de hecho y la publicidad registral, que, insisto, es esta última siempre publicidad legal; y de otro, la colisión entre la publicidad de hecho y los principios de legitimación y fe pública expresados en los artículos 20 del CCom y 7 y 8 del RRM. Especialmente interesante es el artículo 8 del RRM que recoge la fe pública:

Art. 8. La declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho.

Se entenderán adquiridos conforme a Derecho los derechos que se adquieran en virtud de acto o contrato que resulte válido con arreglo al contenido del Registro.

De mayor alcance el artículo 8 del RRM que el 20 del CCom, no deja de verse en el párrafo 2.º del texto reglamentario un eco de la doctrina del artículo 34 de la LH en conexión con el 32 del mismo texto legal, con lo que se incide una vez más en el arrastre de un enfoque hipotecarista en la redacción de los textos registrales mercantiles dentro de una pretendida analogía del tercero de buena fe en ambos sectores del Ordenamiento.

Dejando aparte la discusión sobre si el tercero hipotecario es sólo el tercero con los requisitos del artículo 34 de la LH y, obviamente, entre estos requisitos la buena fe, o si existen dos terceros, el hipotecario del artículo 34 y el tercero civil del artículo 32 de la LH (46) con la consecuencia de que el tercero civil es protegido en base a su buena fe, no afectándole la no inscripción de los títulos de dominio si ignoraba de buena fe la situación real, con lo que se abre un portillo a la protección de la buena fe frente a los pronunciamientos abstractos del mundo tabular, y dejando bien claro que no es lo mismo el tercero hipotecario que el tercero contractual, que es el que recibe la protección del Registro Mercantil, se hace evidente una distinta protección al tercero de buena fe en la LH que en el campo mercantil, donde la buena fe es un postulado imprescindible de la rapidez y

(45) *Vid.* por todos, MENÉNDEZ, «La buena fe y el Registro Mercantil», en el vol *Curso de conferencias sobre Registro Mercantil*, Madrid (1972), 169 ss.

(46) *Vid.* la discusión en AMORÓS GUARDIOLA, «La buena fe en la interpretación de los principios hipotecarios», *RCDI* (1967), 1.523 ss. Yo podría decir que si el tema de la inoponibilidad de títulos no inscritos y su relación con el principio de publicidad registral es fundamental en el Derecho inmobiliario registral, no lo es tanto en el campo registral mercantil.

seguridad del tráfico económico. Yo me voy a fijar fundamentalmente en el primer inciso del artículo 21.4 del CCom: «La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito»; en cuanto de los otros dos incisos, ya he tenido ocasión de exponerlos y ver sus consecuencias en líneas anteriores.

Por supuesto que este primer inciso, aparte de unos antecedentes doctrinales españoles que parten de GIRÓN TENA en 1951, obedecen en su redacción actual a la transposición patria de la Primera Directiva, artículo 3.5, y sobre todo del artículo 3.7: «Los terceros podrán valerse siempre de los actos e indicaciones respecto de los que aún no se hayan cumplido las formalidades de publicidad, salvo que la falta de publicidad los convierta en ineficaces», del que se desprenden dos consecuencias: 1.^a La posibilidad que se concede a los Estados miembros de determinar cuáles sean las inscripciones constitutivas, dejando abierto el portillo a la trascendencia de unas inscripciones sobre otras (las constitutivas respecto a las llamadas declarativas, o meramente informativas, que aun inscribibles permiten predicar una diversa función del Registro Mercantil según la naturaleza de las inscripciones). 2.^a Que la Primera Directiva recoge una defensa rotunda del principio de la buena fe, que permite, por otra parte, sentar en algún caso la supremacía de la publicidad de hecho sobre la publicidad legal, o desde otro punto de vista, el debilitamiento de la publicidad registral frente a la publicidad de hecho, aunque este efecto descansa exclusivamente sobre la buena fe del tercero.

Con todo ello, la vertiente de la publicidad material positiva conocida hasta ahora sobre la base de la presunción absoluta del conocimiento de los hechos inscritos y la vertiente negativa de desconocimiento de lo no inscrito se invierten en favor del tercero de buena fe, que desde la vertiente positiva es protegido frente al hecho inscrito cuando pruebe su imposibilidad de haber conocido la inscripción, al menos durante la *vacatio* de quince días que impone el artículo 21.2 del CCom. Pero también este argumento de protección al tercero de buena fe puede invertirse; de hecho, y respecto a la doctrina italiana, ya lo hizo FERRI (47), que comentando el artículo 2.193 del CC italiano preveía que la empresa obligada a inscribir que no inscribía, igualmente era protegida frente al tercero que conociera el hecho no inscrito, con lo que puede llegarse a la paradoja de la protección (¿registral?) de los hechos no inscritos.

Desde luego que parece un abuso del lenguaje hablar de protección registral de hechos no inscritos, y no tengo inconveniente en admitirlo o decir que es una paradoja. Pero hablo de protección registral al tercero de

(47) FERRI. *Imprese soggette a registrazione*, en el comentario al Código Civil italiano dirigido por SCIALOJA-BRANCA. V, Bologna-Roma (1964), 43.

buena fe que conoce los hechos sujetos a inscripción y no inscritos porque esa protección sólo se brinda frente a los hechos, actos e indicaciones inscribibles, es decir, frente a aquellos actos que teniendo trascendencia para el tráfico deberían haber sido inscritos y no lo fueron. El Registro protege por lo que dice y por lo que no dice; y en este caso se protege lo que no dice pero que debió haberlo dicho («actos sujetos a inscripción y no inscritos»). Precisamente porque debieron ser inscritos y no se inscribieron, porque se parte de la trascendencia del Registro Mercantil en torno a la publicidad de actos sujetos a inscripción, es lo que me permite hablar aunque sea de un modo indirecto de protección registral de hechos no inscritos. La protección de estos hechos no inscritos parte de su inscribibilidad; la sujeción a la inscripción no verificada es lo que conocido el hecho por el tercero le puede ser opuesto por el titular registral siempre que éste probara el conocimiento por el tercero de los actos sujetos a inscripción y no inscritos, porque invirtiéndose los efectos de la publicidad negativa, prima el conocimiento de la publicidad de hecho sobre la publicidad legal. Pero por la misma razón, y ya lo apuntó FERRI, asimismo el titular registral puede oponer estos hechos no inscritos al tercero que los conoce. Por eso el tercero mercantil es distinto del tercero hipotecario. Tercero mercantil protegido es el tercero contractual, contratante directo con la sociedad o el empresario; no actúa la protección respecto a la conexión del tercero con bienes, porque el Registro Mercantil es un Registro de sujetos y no de bienes. No se protege al tercero adquirente de derechos o bienes de buena fe, que sería el caso del tercero hipotecario del artículo 34 de la LH, sino que el tercero mercantil es el que está en relación de negocios con el sujeto inscribible o el titular registral que estaba obligado a inscribir y no lo hizo. Insisto en que aunque parezca una paradoja, y de hecho lo es, puede hablarse de protección registral de hechos no inscritos, porque precisamente la falta de inscripción de hechos que requieren su ingreso en el Registro, del hecho negativo de no haberse practicado la inscripción, siempre que el hecho fuera conocido por el tercero y se probara este conocimiento, trasciende para él como si el hecho hubiera sido inscrito. No se deriva su protección de su inscripción, que no se verificó, sino de la consecuencia negativa de su no inscripción, y en este sentido es el Registro y la protección que éste entraña lo que sigue gravitando sobre la protección de los hechos no inscritos. La buena fe del tercero le permite aprovecharse de la publicidad negativa respecto a lo no inscrito, pero si se prueba su conocimiento de los actos sujetos a inscripción y no inscritos, la no inscripción del acto que debió ser inscrito no es indiferente para el tercero, a quien el titular registral que no inscribió le podrá oponer igualmente el hecho no inscrito. Diríase que en este caso la publicidad negativa del Registro se transforma en positiva respecto al hecho no inscrito que debió inscribirse, protección

que se basa sobre el conocimiento del acto que debió inscribirse. Prima ahora la cognoscibilidad de hecho sobre la cognoscibilidad legal. Si apurásemos los términos podríamos decir apurando el razonamiento que en estos casos lo que sobra es la inscripción y el propio Registro, pero esto sería una idea falsa; precisamente si hay protección para el acto sujeto a inscripción y no inscrito es porque debió inscribirse y no se hizo conociendo el tercero esta circunstancia. La protección en este caso se deriva de la propia eficacia del Registro que pone al acto no inscrito bajo el mismo manto de protección que si hubiera sido inscrito. A primera vista parece una paradoja que pueda hablarse de protección registral de hechos no inscritos, pero creo que al menos sobre un plano lógico puede hacerse; diría que en estos casos el Registro proyecta su protección más allá de la mera inscripción; que protege la inscribibilidad de los actos sujetos a inscripción aunque no hubieran sido inscritos efectivamente; es la inscribibilidad lo que se protege, siempre que el acto sujeto a inscripción y no inscrito hubiera sido conocido por el tercero. Por eso el tercero de buena fe puede aprovecharse tanto de la inscripción, aunque ésta no reflejara la realidad de hecho, como de ésta misma cuando no se hubiera inscrito; es el derecho de opción del que hablábamos hace poco en favor del tercero de buena fe y que, desde luego, constituye una de las aporías de la reforma. Acaso tenga razón VICENT CHULIÁ (48) al concluir que la publicidad registral mercantil protege con sus medios la buena fe, pero no pretende impedir que se proteja la buena fe en el tráfico con mayor intensidad. Esta mayor intensidad en la protección al tercero de buena fe es lo que trasciende para éste respecto al conocimiento de los hechos no inscritos.

Esta dinámica lo que pone de relieve en un primerísimo lugar es el papel determinante de la buena fe, cuya protección se pone por delante de la misma publicidad legal. Si ésta protege hechos de apariencia y la protección es máxima cuando coinciden la realidad y la inscripción, del mismo modo se protege la apariencia, aunque no estuviera inscrita, respecto al tercero de buena fe. Está claro que la misión del Registro es proteger la confianza de los terceros en los hechos de apariencia, en lo inscrito y en lo no inscrito, en lo que dice y en lo que no dice el Registro; pero no es suficiente esta eficacia registral abstracta en el tráfico económico, donde la movilidad del tráfico va más rápida que los pronunciamientos registrales, y de ahí que la buena fe se ponga como criterio determinante en cuanto al conocimiento de los actos sujetos a inscripción aunque no se inscribieran, conocimiento del que se deriva la misma trascendencia que si el hecho hubiera sido inscrito, salvo que la inscripción fuera determinante para producir los efectos derivados de la inscripción (art. 8 RRM), y aun esto sería

(48) VICENT CHULIÁ. *Compendio*, I.1, 148.

discutible, como demuestra la *praxis* diaria a propósito de las sociedades irregulares.

Cae por tierra con ello el principio de inoponibilidad de lo no inscrito cuando se pruebe que el tercero conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, en cuyo caso sí le es oponible. Es lo que ha visto desde otro ángulo PAZ-ARES (49) al afirmar que se ha robustecido la posición del tercero, puesto que en materia de publicidad negativa se exige lo máximo para destruir su ignorancia, mientras que en materia de publicidad positiva se exige lo mínimo para proteger su confianza. Pero se queda corto PAZ-ARES cuando alega que se maximizan las cautelas para destruir la buena fe (publicación en el *BORME*) y se minimizan las necesarias para fundar la apariencia (inscripción en el Registro). Y se queda corto porque la buena fe se destruye no sólo por la publicación en el *BORME*, sino cuando se pruebe que el tercero conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, que le puede ser opuesto. Y llegados a esto punto, la publicidad material negativa del Registro sobre los hechos no inscritos se convierte en publicidad positiva de hecho con la misma trascendencia que la publicidad legal: oponibilidad de lo no inscrito conocido por el tercero, conocimiento que prima la publicidad de hecho sobre la legal.

Esta norma sí supone una auténtica novedad en nuestro Ordenamiento, proporcionando a los terceros el derecho a servirse de los actos no publicados; con ello se rompe la visión tradicional de la publicidad material negativa, exigiéndose para superarla el conocimiento efectivo por el tercero de los hechos no inscritos, hechos que le son oponibles en este caso; pero también es válido el caso inverso: los terceros pueden hacerlos valer contra el titular que no inscribió. La consecuencia última es evidente: el tercero que conoce extrarregistralmente los hechos no inscritos no puede aprovecharse de la eficacia de la publicidad negativa.

Todo esto plantea un tema de gran trascendencia que había sido examinado en la doctrina alemana por KARSTEN SCHMIDT (50), que consiste en si la protección de la confianza derivada de la apariencia puede ser más intensa que la derivada de la publicidad legal. Este es el sentido de que quien provoca una apariencia jurídica (por ejemplo, escrituras de sociedad no inscritas conocidas por los terceros) que es más fuerte que la publicidad registral, queda vinculado a las consecuencias (responsabilidad dice K. SCHMIDT, *Haftung*) derivada de la confianza en esa apariencia de hecho. Y es esta doctrina alemana la que inspira la Primera Directiva, en la que como ya apuntó RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (51) se parte del convencimiento de que la

(49) PAZ-ARES, 473

(50) SCHMIDT, *Handelsrecht*, 2^ª ed., Colonia-Berlín-Munich (1982), 291 ss : 310 ss., *vid.* también CAPELLE-CANARIS, *Handelsrecht*, 21 ed, Munich (1989), 47 ss

(51) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 40.

protección derivada de la apariencia sólo debe entrar en juego de forma complementaria, pero nunca sustitutiva de la publicidad de hecho.

No me parece que esto sea así exactamente, al menos en la transposición española de la Primera Directiva en el artículo 21 del CCom. De admitir aquella tesis, creo que se desvalorizaría totalmente la función del Registro Mercantil, donde es evidente que la publicidad legal tiene trascendencia por sí misma; es oponible por la propia eficacia de la inscripción, con la salvedad de que los terceros probaren que no pudieron conocer la inscripción (hoy la publicación en el *BORME*) dentro de los quince días siguientes a la publicación. Y si los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el *BORME*, la Ley se vio obligada a señalar qué se entiende por buena fe, destruyéndose la misma en los tres casos del artículo 21.4. En el Código de Comercio prima la publicidad legal, pero este efecto se sustituye por la publicidad de hecho cuando el tercero conociera el acto sujeto a inscripción y no inscrito. Y aquí no vale probar que el tercero no tuvo posibilidad de conocer los hechos objeto de publicidad registral, puesto que no habían sido inscritos. Estos hechos que entrarían en la publicidad negativa y que beneficiarían al tercero, que debe confiar en lo que dice y en lo que no dice el Registro, es lo que está a la base de la presunción absoluta de conocimiento de los datos registrales que contemplan los párrafos 1 y 2 del artículo 21 del CCom; pero ahora la presunción contraria de que estos hechos inscribibles si no se inscriben no son conocidos por los terceros no es una presunción absoluta, sino relativa, en cuanto que los terceros que podían ignorar la situación extrarregistral, si se prueba que los conocen, están afectados por esta publicidad de hecho. Ciertamente que el Código de Comercio parte de la presunción de desconocimiento por el tercero de la situación extrarregistral, por lo que hay que probar el conocimiento del tercero de la situación de hecho; pero probado esto, es la publicidad de hecho la que afecta al tercero y no la publicidad registral que no se ha practicado, aunque de un modo indirecto se produzca una protección registral de hechos no inscritos en el sentido que hemos dicho anteriormente.

Con ello se invierte totalmente la eficacia de la publicidad negativa. Lógicamente, el Código de Comercio sigue primando la inscripción como eje del sistema de la publicidad legal, y el Registro protege al tercero de buena fe que actúa conforme a los hechos de apariencia publicados; esta confianza en los datos publicados es lo que engendra seguridad en el tráfico. El problema se plantea cuando no existe inscripción; aquí es donde entra en juego la buena o mala fe del tercero que puede acogerse a la publicidad negativa, que podría tener consecuencias injustas para el tercero de mala fe que conociera la situación extrarregistral. Y esto es lo que pretende evitar el primer inciso del artículo 21.4, que pretende evitar que este tercero se

aproveche de la publicidad negativa registral, siguiendo una interpretación doctrinal que en España arranca de las formulaciones de GIRÓN TENA. La prueba del conocimiento de la situación extrarregistral (escrituras de sociedad, poderes no registrados) sustituye la falta de declaraciones inscritas; prima la realidad sobre el Registro, y el titular registral que no inscribió puede oponer estos hechos al tercero probando su conocimiento.

El Registro protege al tercero de buena fe; éste sí puede aprovecharse de la publicidad registral negativa; pero las declaraciones legales (art. 21.4 CCom) no permiten que el tercero de mala fe pueda aprovecharse de ella. Y en este sentido, como vio GÓMEZ SEGADE (52), el juego de la buena fe modula el automatismo de la publicidad legal, que, ciertamente, elimina la seguridad absoluta del sistema anterior. Pero también esta nueva visión protege al tercero de buena fe, que puede aprovecharse de los hechos sujetos a inscripción y no inscritos, o como dice el artículo 3.7 de la Primera Directiva, de aquellos actos e indicaciones respecto de los que aún no se hayan cumplido las formalidades de publicidad, salvo que la falta de publicidad los convierta en ineficaces. Esto es lo que ocurría con la inscripción primera de las sociedades, inscripción constitutiva, pues de ella dependía la adquisición de personalidad jurídica. Es lo que señala el último inciso del artículo 21.1 del CCom: «Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción», tema que se plantea respecto a otros actos inscribibles, como el administrador nombrado e inscrito cuya revocación no consta.

Llegados a este punto, el tercero de buena fe puede optar por atenerse a la situación registral con toda la fuerza que dimana de la publicidad legal o invocar el conocimiento de la realidad producida fuera del Registro; o para expresarlo con mayor crudeza, podría invocar en su favor el hecho ficticio inscrito o la autenticidad extrarregistral, doble opción que, según GÓMEZ SEGADE, impedirá al tercero volverse atrás cuando haya elegido una de ambas, e igualmente indefendible según VICENT CHULIÁ (53) por contrario al principio de buena fe que inspira precisamente la protección legal al tercero registral, que el tercero pueda apoyarse en parte en la situación publicada en el *BORME* y en parte en el contenido del Registro o en hechos extrarregistrales.

Si apurásemos hasta sus últimos extremos estos argumentos, la última consecuencia de todo ello sería la innecesariedad del Registro cuando el tercero conoce la realidad extrarregistral. No llega tan lejos GÓMEZ SEGADE, pero sí parece subyacente esta tesis (54) cuando dice que «si el tercero conoce positivamente la realidad que ha sido objeto de publicidad legal ya no se precisa que entre en juego el principio de protección de la seguridad

(52) GÓMEZ SEGADE, 45.

(53) VICENT CHULIÁ, *Compendio*, I.1, 146.

(54) GÓMEZ SEGADE. 39.

del tráfico, y en consecuencia ya no es necesario —ni posible— acudir a las ficciones ligadas con la cognoscibilidad legal». Lo que GÓMEZ SEGADE plantea como perfecta concordancia entre realidad y Registro, si se lleva a sus últimas consecuencias, hace innecesaria la publicidad registral, siendo suficiente la publicidad de hecho.

Pero yo parto del postulado de que la protección sólo puede entenderse desde las referencias registrales, y de ahí la paradoja de hablar de protección registral de hechos no inscritos. Citaré algunos ejemplos muy sintomáticos: el poder conferido para contratar con determinadas personas inscrito en el Registro, si se revoca la representación y se comunica a aquellas personas (art. 1.734 CC) la notificación permite a éstas prescindir de la cancelación registral del poder; es cuando aquellas personas no conocen la revocación por no haber sido inscrita o cuando tienen conocimiento de la revocación en la realidad extrarregistral cuando se plantea el choque entre realidad y Registro y entra en juego la buena o mala fe de aquellos terceros en orden a las consecuencias del acto sujeto a inscripción y no inscrito. Pero inscrito el conferimiento del poder, el tercero de buena fe que conoce su revocación puede aprovecharse de la publicidad de hecho sobre la declaración registral de subsistencia del poder. Y es en este sentido en el que hablo de protección registral de hechos no inscritos: se trata de actos e indicaciones inscribibles no inscritos que se superponen sobre otros actos e indicaciones inscritas, cuya protección se extiende al tercero de buena fe que los conociera extrarregistralmente, del mismo modo que se priva de esta protección al tercero de mala fe que pretendiera aprovecharse de la discordancia entre realidad y Registro. Es una protección que dimana de una realidad contraria a las declaraciones registrales, que la propia Ley protege en base al principio de la buena fe; la protección que se brinda va más allá de las mismas declaraciones registrales para cubrir una situación extrarregistral contraria, pero que la buena fe la cubre en base a los mismos pronunciamientos del Registro superados por la realidad extrarregistral. Es esta superación o yuxtaposición de los pronunciamientos registrales, y que se producen por la vía de hecho, al margen del Registro, la que es protegida por el artículo 21.4 del CCom en base a unos hechos contrarios no inscritos, pero cuya protección deriva precisamente de la declaración registral opuesta, siempre que el tercero actuara de buena fe.

En este orden de cosas puede decirse que hay hechos de apariencia notorios, como el factor de los establecimientos mercantiles, cuya persistencia en el cargo, aunque haya sido revocado, lo convierte en hecho de apariencia que se superpone a la realidad registral. El propio Código de Comercio contiene toda una serie de normas que protegen la confianza de los terceros en hechos de apariencia específicos, definidos legalmente o por vía consuetudinaria, que se superponen sobre las normas reguladoras de la

publicidad registral, lo que ya había sido puesto de relieve por la doctrina alemana y en España por GIRÓN TENA y, luego, por MENÉNDEZ (55), para quien el tercero protegido por el Registro Mercantil es no sólo quien no ha intervenido en el acto o contrato inscribible, sino también el que ignora el acto no inscrito.

El primer inciso del artículo 24.1 protege la buena fe del tercero que confía en los pronunciamientos registrales, pero su buena fe se destruye por la prueba de su conocimiento del acto sujeto a inscripción y no inscrito. El Código de Comercio parte de la presunción del desconocimiento por el tercero de la realidad extrarregistral. No se le puede imputar al tercero la obligación de conocer aquella realidad; basta para el de buena fe con las declaraciones del Registro, pero si se prueba que la conocía, cae su buena fe y debe pasar por la realidad extrarregistral, que es la que protege el artículo 21.4. Por tanto cabe oponibilidad por el conocimiento de la publicidad de hecho que se produce en el tráfico frente a lo inscrito en el Registro (56); cae la publicidad material negativa: la confianza del tercero en lo que no dice el Registro, para primar la publicidad de hecho, siempre que la empresa (normalmente una sociedad) pruebe el conocimiento de ésta por el tercero, como cae también la publicidad positiva; confianza del tercero en lo que dice el Registro, superada por la realidad extrarregistral conocida.

Ciertamente que en el Código de Comercio no está formulado con claridad el efecto negativo de la publicidad. Da la impresión que nuestros legisladores siguieron demasiado cerca las tesis germánicas recogidas en la Primera Directiva y su trasposición a la legislación española no me parece particularmente acertada, al permitir hablar de publicidad negativa sólo *a sensu contrario* de lo que se expresa en el artículo 21 del CCom y 9 del RRM.

ARMANDO TORRENT
Catedrático de Derecho Romano

(55) MENÉNDEZ, *La buena fe*, 180.

(56) GARCÍA VILLAVARDE, *La reforma*, 8.

El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral (1)

SUMARIO: I. LA CALIFICACION REGISTRAL COMO ACTIVIDAD DE CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES.—II. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS Y LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES: 1. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD O LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES. 2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O EL CONTROL DE LA LEGALIDAD INTRÍNSECA DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES.—III. LA CALIFICACION REGISTRAL Y LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN EL MARCO DE LA CONSTITUCION DE 1978.—IV. LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN EL AMBITO REGISTRAL: 1. LA INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO REGISTRAL. 2. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES IMPRECISAS: *Especial referencia a la Resolución de 23 de octubre de 1987.*—3. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS.—V. LA POSTURA DE LA DGRN ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LGDCU.—VI LA POSTURA DE LA DGRN ANTE EL ARTICULO 10 DE LA LGDCU: A) APLICACIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 10. B) EL ARTÍCULO 10 NO SE PUEDE APLICAR «IPSO IURE». C) EL REGISTRADOR NO TIENE MEDIOS PARA APRECIAR SI LAS CLÁUSULAS SON ABUSIVAS.—VII. LA APLICACION DEL ARTICULO 10 EN EL AMBITO REGISTRAL Y SUS DIFICULTADES: 1. LOS ÁMBITOS SUBJETIVO Y

(1) Este estudio se presentó como comunicación a las I Jornadas Interdisciplinarias de Derecho de Consumo, celebradas en Málaga los días 9 a 11 de marzo de 1993, siendo seleccionada por el Comité organizador para la ponencia «El control de las condiciones generales abusivas», expuesta magistralmente por el profesor J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, catedrático de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid. Dada la extensión de la comunicación, he considerado oportuno, y con la autorización del Comité organizador, encabezado por la profesora BLANCA SILLERO CROVETTO, su publicación en otro lugar, agradeciendo a sus organizadores esta posibilidad, felicitándoles públicamente al mismo tiempo no sólo por la magnífica organización, sino por la altura de los temas tratados en estas Jornadas, poniendo con ello de manifiesto que las universidades jóvenes, como la Universidad de Málaga, están poniendo el listón cada vez más alto. Quiero agradecer también a FRANCISCO JAVIER SANCHEZ CALERO, catedrático de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Granada, y a DIEGO HERMOSO MESA, Registrador de la Propiedad, más de una observación que han hecho al presente estudio, enriqueciendo con ello su contenido.

OBJETIVO. 2. ¿CUALQUIER CLÁUSULA ABUSIVA PUEDE SER OBJETO DE CALIFICACIÓN? 3. ¿ENTRAN EN EL AMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10 CLÁUSULAS QUE AFECTAN AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL? 4. ¿Y LAS CLÁUSULAS QUE AFECTAN TAMBIEN AL REGIMEN DE MULTIPROPIEDAD?—VIII. LOS EFECTOS QUE PRODUCE LA VULNERACION DEL ARTICULO 10 EN EL AMBITO REGISTRAL.

I. LA CALIFICACION REGISTRAL COMO ACTIVIDAD DE CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES (2)

En nuestro Ordenamiento jurídico la calificación registral, encaminada también a examinar el título y su contenido, brinda al Registrador la oportunidad de entrar en las cláusulas cuya publicidad es de interés para los terceros. Atrás queda la polémica de si el Registrador sólo puede calificar el negocio de disposición o también su contenido obligacional. Pero sólo

(2) Con motivo de un trabajo menor mío sobre las condiciones generales, negué entonces, sin mayores argumentaciones, la posibilidad de que el Registrador pueda realizar un control sobre la ineficacia de las condiciones generales [«Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre la buena fe en las condiciones generales del contrato (art. 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las condiciones generales del contrato —AGBG—)», *ADC*, 1989, pág. 883]. Entre las cláusulas que son objeto de examen hay una cláusula por virtud de la cual el vendedor podía resolver el contrato en el caso de que el comprador dispusiera a favor de terceros la finca adquirida. El «Rechtspfleger», en sustitución del Juez y del «Urkundenbeamter», se negó a la inscripción de esta cláusula por entender que el contenido de la misma iba en contra del apartado 2 del artículo 9 de la AGBG, lo que fue confirmado después por el Tribunal Superior de Justicia de Celle y por el Tribunal Supremo (BGH) en su Sentencia de 27 de febrero de 1980, si bien sobre la base de la infracción del Ordenamiento jurídico civil en general, por lo que no era necesario, a juicio de este último órgano jurisdiccional, invocar la normativa de la Ley de las condiciones generales del contrato. El Tribunal Supremo declina hacer una reflexión sobre si el «Rechtspfleger» tiene funciones para rechazar la inscripción de cláusulas abusivas en el Registro de la Propiedad. Responder a este interrogante es bastante complejo teniendo en cuenta la concurrencia de distintas normativas (Ordenación sobre el Registro —GBO—, Desarrollo de la Ordenación del Registro —AusFVOGBO—, Ley del «Rechtspfleger» —RPFLG—, Ley de Documentación —BeurKG— y Ordenación federal del Notario —BNotO—), aparte de la propia complejidad del sistema alemán de inscripción registral, condicionado por el previo acuerdo real abstracto, lo que dificulta, de alguna manera, el control sobre las cláusulas al formar parte del contrato causal. Por estas razones no he considerado oportuno hacer un estudio más detenido sobre la competencia del que ejerce en el Derecho alemán las funciones de Registrador —en realidad son dos los competentes: el «Urkundenbeamter» y el «Rechtspfleger»— para saber si está legitimado para controlar las cláusulas abusivas. Fue una conferencia organizada por el Ilustre Colegio Notarial de Granada la que finalmente me empujó a analizar el control de las cláusulas en el ámbito registral. La conferencia en cuestión, que tuvo lugar el 12 de junio de 1992, fue «El Registro de la Propiedad y la protección de los consumidores», a cargo de POVEDA DIAZ, quien analizó tanto la trascendencia que tiene para los consumidores la información que dispensa el Registrador y el Registro, como la posibilidad de poder calificar las cláusulas conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la LGDCU. Sus sugerencias sembraron las primeras semillas, cuyos frutos se recogen ahora en este trabajo que presento.

puede entrar en el contenido obligacional cuando tiene una trascendencia real. Cualquier otro planteamiento requeriría una reforma sustancial del sistema, como reconocen ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (3). Mientras, la facultad de poder examinar las cláusulas de trascendencia real permite al Registrador ejercer un cierto control sobre el tráfico jurídico no sólo real, sino también obligacional, que con la entrada en vigor de la LGDCU ha adquirido una mayor relevancia cuando las cláusulas forman parte de un contrato de adhesión. Aun cuando previo a este control está el control notarial, puesto que también los Notarios tienen el deber de velar por la correcta utilización del Derecho de las condiciones generales (recordado nuevamente por el RD 1209/1984, de 8 de junio, al insertar en el art. 147 "in fine" la posibilidad de consignar por el Notario si la minuta obedece a condiciones generales).

Con el expreso reconocimiento legal de las condiciones generales como instrumento jurídico distinto de las cláusulas individuales, el Registrador está obligado a tomar postura en su función de calificador, teniendo en cuenta que las condiciones generales tienen su ámbito subjetivo y objetivo propio. Pero, sobre todo, tiene que ser consciente de que una regulación legal expresa de las condiciones generales tiene por objetivo contrarrestar el poder de quienes tienen la predisposición en la contratación. Para ello se utilizan distintas formas de control que recaen directamente sobre las condiciones integradas en los contratos de adhesión; incluso hay una tendencia legislativa, sobre todo a nivel comunitario, de que las formas de control previstas se extiendan a las cláusulas negociadas o llamadas también individuales cuando se pactan junto a las condiciones generales insertadas en el contrato de adhesión para proteger así a los contratantes más débiles (expresamente recogido en la Directiva de la CEE sobre las cláusulas abusivas, recientemente aprobada). Lo dice ALFARO AGUILA-REAL con mucha claridad: «Hablar de las condiciones generales es hablar de control de contenido» (4). La misma LGDCU supone ya un control sobre las condiciones generales, aunque sea sólo un control formal mediante la sanción de nulidad de aquellas condiciones que son imprecisas o abusivas. No basta con la sanción de nulidad para proteger a los contratantes más débiles, ni siquiera cuando se establece, como también en la LGDCU aunque insuficientemente, un listado de cláusulas nulas sin posibilidad de ser valoradas por quienes tienen la facultad. Mientras no exista un control administrativo previo, cualquier control formal, recurriendo incluso a la técnica de las normas imperativas, resulta insuficiente, siendo necesario un control *a posteriori* que normalmente está encomendado a los jueces (5). Por las

(3) *Derecho hipotecario*, 7ª ed., tomo II, Barcelona, 1979, pág. 258

(4) *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pág. 81

(5) Sobre los distintos controles, *vid* el estudio de E. POLO, *Protección del contra-*

propias particularidades del sistema hipotecario español, también el Registrador tiene la facultad de poder ejercer un control, paralelo, independiente, pero no necesariamente coincidente con el control judicial, y posterior al notarial. Este control que ejerce el Registrador no es nuevo. Siempre ha ejercido un control sobre las cláusulas de trascendencia real, obligado además por dos principios hipotecarios de máxima importancia, como son el principio de especialidad y el principio de legalidad. Como también lo han realizado desde siempre, y con más intensidad, los Tribunales de Justicia. Era de esperar que con la entrada en vigor de la LGDCU se iba a acentuar el control por parte de los Registradores. La misma esperanza existía con respecto a los Tribunales. Sin embargo, después de ocho años de vigencia el artículo 10 de la LGDCU sigue siendo un gran desconocido. Esto, quizá, explica la poca aplicación que ha tenido hasta ahora, especialmente por parte de los Tribunales, ante los cuales apenas se invoca el artículo 10. Por las propias características de la contratación, tampoco es frecuente que el Notario ejerza un control, ni directo ni indirecto, sobre las cláusulas abusivas. En el ámbito hipotecario, la DGRN ha optado por una aplicación restrictiva del mencionado precepto, lo que para mí supone un retroceso en el control que ejercía ya antes tanto sobre las cláusulas individuales como de las condiciones generales con base en los principios de especialidad y de legalidad, sin olvidar nunca los principios civiles que rigen en el Derecho contractual, cuando ha realizado en más de una ocasión un control verdaderamente amplio, como tendremos ocasión de analizar después.

Un mayor o menor control por parte del Registrador sobre las cláusulas tiene su relevancia en el ámbito del tráfico jurídico contractual, que, como es lógico, comprende sectores muy concretos: préstamos hipotecarios, adquisición de viviendas, el contrato *leasing* inmobiliario... Un control auténtico por su parte, que supone entrar en la validez de las condiciones generales, y con ello la denegación (o en su caso suspensión) de la inscripción de la cláusula cuando contravenga el artículo 10 de la LGDCU no sólo evitaría que los terceros que confían en el Registro de la Propiedad tengan que soportar cláusulas muchas veces claramente leoninas, ya que no puedan atacarlas precisamente por su condición de terceros, sino, sobre todo, permitiría una mayor protección del consumidor que acepta sin más las condiciones generales que le son impuestas, si bien con una importante matización de la que soy consciente: la calificación denegatoria o de suspensión no afecta para nada a la relación interpartes. La cláusula cuya inscripción ha sido suspendida o denegada por ser abusiva sigue produciendo efectos entre las partes del contrato de adhesión, salvo cuando se trata

tante débil y condiciones generales de los contratos, Madrid, 1990, págs. 52 y sigs. y también págs. 67 y sigs

de la inscripción constitutiva (el caso de la hipoteca), debiendo ser impugnada por quien se considera perjudicado —normalmente, el contratante débil— ante los Tribunales. Es una consecuencia lógica del propio sistema hipotecario.

La mayor independencia del Registrador le permite ejercer un control verdadero que el Notario muchas veces no puede realizar por la presión a que se ve sometido por parte de los predisponentes (el contrato formalmente se suscribe entre las partes contratantes, si bien su contenido es impuesto por una de las partes sin una intervención directa del Notario, que sólo actúa como fedatario público) (6). Sin embargo, un control estrictamente registral, aunque no supone nunca una total desprotección del consumidor —ya que la inscripción no convalida las cláusulas que sean nulas con arreglo a la Ley (según se deduce del art. 33 LH)—, sí merma sus derechos, como también los derechos de los terceros.

El tipo de control que puede ejercer el Registrador respecto de las cláusulas de trascendencia real depende de la función que se le asigna, como también de cómo se concibe la actividad de la calificación registral. Todo ello en función del sistema inmobiliario, que, a su vez, forma parte y está condicionado por un sistema jurídico aún más complejo, dominado hoy por la Constitución. El control de las condiciones generales como un control más intenso que el que se ejerce sobre las condiciones individuales tiene su principal fundamentación en la Constitución de 1978, que si bien no antepone los derechos de los consumidores, sí concede un papel relevante a su protección. Una protección igualmente más intensa se debe ofrecer en el ámbito inmobiliario registral cuando quien presenta su título para su inscripción o forma parte de la relación jurídico-real tiene al mismo tiempo la condición de consumidor. El artículo 51 de la Constitución obliga claramente al Registrador a proteger a quienes tienen una posición contractual débil. Pero no sólo el mandato constitucional genérico contenido en este precepto obliga al Registrador a ejercer un control para una mayor protec-

(6) En nada afecta al tema que estamos tratando el RD 1558/1992, de 18 de diciembre, que reforma determinados preceptos del RN para intensificar la colaboración entre los Notarios y los Registradores de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, facultando sobre todo al Notario para realizar una «precalificación», previa información del Registro de la Propiedad sobre la descripción de la finca, su titular y las cargas que afecten a la finca registral. Ello no debe suponer, como se ha querido dar a entender por algunos en una lectura rápida de la reforma, una intromisión en las funciones del Registrador, ya que la calificación registral sigue siendo en el actual sistema hipotecario un presupuesto básico para las funciones que cumple el Registro de la Propiedad, subrayado nuevamente por el Registrador LACAL FLUJA en su conferencia «La calificación registral: una necesidad del sistema», organizada por la Academia Granadina del Notariado el 25 de marzo de 1993. Sobre la colaboración entre ambos véase el comentario a la Reforma realizado por MARTÍNEZ PIÑERO en el Boletín Informativo del Colegio Notarial de Granada, febrero 1993, págs. 477 y sigs.

ción de los consumidores, sino que los propios principios hipotecarios, como son los de especialidad y de legalidad, constituyen instrumentos jurídicos eficaces para combatir las cláusulas perjudiciales. Cuando las cláusulas objeto de calificación son propiamente condiciones generales, el control pasa necesariamente por la aplicación del artículo 10 de la LGDCU, sin que ello suponga una renuncia a los principios rectores del Derecho contractual, que siguen tan válidos para la protección de aquellos que no tienen poder contractual para influir en la configuración del contenido del contrato. Sin embargo, considero necesario un mayor acercamiento de los principios estrictamente hipotecarios a las particularidades que, sin duda alguna, están contenidas en el Derecho de las condiciones generales si realmente se quiere cumplir con los mandatos que imponen ambos sectores de nuestro Ordenamiento jurídico.

A lo largo de estas páginas analizaré precisamente cómo inciden las particularidades del Derecho de las condiciones generales en el Derecho inmobiliario registral, con una especial atención a la jurisprudencia elaborada por la DGRN que se ha pronunciado en algunas ocasiones sobre el alcance de las cláusulas de trascendencia real cuando son imprecisas o abusivas.

II. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS Y LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES

La calificación registral implica una comprobación, o mejor dicho, un acto de juicio con arreglo a los datos que suministra la escritura pública que se presenta para su inscripción. Cuando el Registrador interviene realiza en múltiples aspectos, como señala LACRUZ BERDEJO, una función de aplicación del Derecho, previo examen de la trascendencia real o personal. Ello supone el examen de todos los datos jurídicos del acto que aparecen en la escritura pública: forma, capacidad de los otorgantes, personalidad y legitimación, posibilidad y licitud del contenido, identificabilidad del objeto, etc. (7). Esta amplitud de la calificación registral permite entrar también en las cláusulas individuales y condiciones generales cuando tienen una relevancia para el Registro de la Propiedad, cuyo control —la calificación es, al fin y al cabo, un acto de control— se realiza a través de dos principios hipotecarios importantes, como son el de especialidad y el de legalidad, los cuales han adquirido una dimensión nueva desde la aparición de la LGDCU cuando las condiciones de trascendencia real son generales.

(7) «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», *RCDI*, 1979, pág. 130.

1. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD O LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES

De acuerdo con el principio de especialidad, corolario del principio de publicidad, llamado también el principio de determinación en el ámbito de la hipoteca, exige la determinación de las circunstancias descriptivas de la finca, la naturaleza del derecho, la extensión, las cargas y limitaciones que afectan a la finca... JERÓNIMO GONZÁLEZ, que hace ya más de un lustro afirmaba que «el ámbito abarcado por el principio de especialidad es cada vez más extenso, mejor dicho, las sencillas reglas han evolucionado y ya no se concretan en la exigencia de una mayor precisión de describir la finca hipotecada, el contenido de la hipoteca o el rango registral, sino que trasciende al sistema entero y se infiltra en todos sus elementos orgánicos» (8). Hoy puede decirse, como señala CANO TELLO, que domina todo el campo registral (9). Este principio surgió para la concreción del derecho real de hipoteca y se fue extendiendo con el tiempo a los demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

El principio de especialidad está contenido específicamente en el artículo 12 de la LH, según el cual es necesario que se exprese el importe de la obligación asegurada y el de los intereses pactados en la hipoteca objeto de inscripción. La concreción que se exige para la hipoteca se exige para cualquier derecho real que se quiere inscribir. El artículo 9 de la LH exige, entre otras circunstancias, que se exprese el derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de inscripción (*vid.* regla sexta del art. 51 RH). Con ello se trata de cumplir uno de los objetivos básicos de cualquier sistema registral: la concordancia de la realidad registral con la realidad extrarregistral (sobre todo, en cuanto a la realidad jurídica). Cuanto mayor sea la concreción mayor es la protección que dispensa el Registro de la Propiedad a los que confían en él.

Esta concreción también es necesaria para las cláusulas de trascendencia real al estar sometidas igualmente a este principio hipotecario. Con la entrada en vigor de la LGDCU, la concreción de las cláusulas ha adquirido una mayor relevancia, puesto que se sanciona con la nulidad aquellas cláusulas en las que falta la concreción, claridad y sencillez [art. 10, ap. 1, letra a), en relación con el ap. 4]. Al menos es esta la interpretación mayoritaria de la doctrina, dado el tenor literal del apartado 4. Pero también cuando se entiende que no se integra en el contrato de adhesión la cláusula por su oscuridad o imprecisión no tiene lugar la inscripción de la misma (10). Por

(8) «El principio de especialidad», *RCDI*, 1926, pág. 82

(9) *Iniciación al estudio del Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 110.

(10) *Vid.* COCA PAYERAS y CLAVERIA GOSÁLBEZ en sus respectivos comentarios al apartado 1, letra a), y apartado 4 del artículo 10, en *Comentarios a la Ley para la*

lo tanto, cuando el título que se pretende inscribir tiene por base un contrato de adhesión, no sólo está obligado el Registrador a examinar la concreción de las cláusulas con trascendencia real por razón del principio de especialidad, sino por las consecuencias que se derivan de la sanción de la nulidad imperante en la LGDCU o de la no integración en el contrato de adhesión, con lo cual el Registrador tiene que entrar necesariamente en las propias particularidades del Derecho de las condiciones generales. Ello exige por parte del Registrador una toma de postura distinta de la protección, que al mismo tiempo debe dispensar al sujeto protegido por excelencia por la LGDCU que es el consumidor. Sólo de esta manera el artículo 10 de la LGDCU se integrará plenamente en el Derecho inmobiliario registral, es decir, cuando el principio de especialidad es interpretado al mismo tiempo de acuerdo con los postulados que imperan en el Derecho de las condiciones generales.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O EL CONTROL DE LA LEGALIDAD INTRÍNSECA DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES

Otro de los principios fundamentales que inspira nuestro sistema registral inmobiliario es el principio de legalidad, el cual no sólo requiere la validez formal del título que se presenta para su inscripción, sino que incide en otros requisitos que ha de cumplir el título en el ámbito registral, como se desprende claramente del artículo 18 de la LH. Este precepto permite un control amplio respecto de los títulos inscribibles, especialmente de las escrituras públicas. Este control se realiza mediante la tarea de la calificación cuya extensión viene dada por el mencionado precepto. En concreto, abarca la legalidad extrínseca de los documentos objetos de inscripción (notariales, judiciales y administrativos), la capacidad de los otorgantes y la legalidad intrínseca de estos documentos, atendiendo tanto a su contenido como a los asientos ya existentes en el Registro de la Propiedad.

El deber del Registrador de comprobar la validez de los actos, principalmente los actos dispositivos, contenidos en los documentos públicos le otorga un papel especialmente relevante en el ámbito del tráfico jurídico inmobiliario, siendo un eslabón más para lograr un sistema jurídico lo más perfecto posible, sobre todo desde un punto de vista técnico-jurídico. El examen de la legalidad intrínseca del título obliga al Registrador a entrar en el contenido del mismo, es decir, en el fondo, debiendo examinar, por tanto, el contrato que sirve de base para la constitución, modificación o

extinción de un derecho susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad. No sólo debe prestar atención cuando entra en el fondo del título a los elementos esenciales, como son el consentimiento, el objeto y la causa, así como la capacidad de los otorgantes, sino también deben ser objeto de examen todas aquellas cláusulas o condiciones del título que son de trascendencia real (11). En la calificación de la legalidad intrínseca del título el objeto sobre el que se centra básicamente el Registrador es la obligación principal del contrato, mas también debe tener en consideración los demás derechos y obligaciones que estén en función de la obligación principal, siempre y cuando existan razones o intereses que justifiquen que haya una constancia registral de estos derechos y obligaciones.

La trascendencia de esta amplitud de control, no ya sólo con respecto al título, sino al contenido del mismo, es evidente, como lo demuestra la amplia y rica jurisprudencia registral sobre cuestiones íntimamente ligadas al Derecho contractual. A su vez, el Registrador no puede estar ajeno a la evolución constante (o involución en su caso) en la que está inmerso el Derecho contractual. La aparición de nuevos contratos, la cada vez mayor estandarización de contratos, la irrupción de las condiciones generales del contrato... no pueden ser ignoradas por el Registrador en el ejercicio del control de la legalidad intrínseca de los títulos inscribibles. Una mayor conciencia de los nuevos postulados del Derecho contractual supone una mayor garantía de la legalidad que defiende el Registrador cuando califica, debiendo reforzarla en bien de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, lo que, en definitiva, es también una garantía para el propio sistema jurídico. Pocos han sido tan claros como GÓMEZ GALLIGO cuando, en relación con la LGDCU, afirma que el artículo 18 de la LH sirve de base para dar coherencia al establecimiento de un sistema de protección al consumidor inmobiliario (12). No comparto del todo su opinión, ya que el sistema registral inmobiliario no está pensado en y para el consumidor, sino que tiene por objeto la protección de los titulares registrales y terceros, confiando ambos precisamente en la seguridad jurídica que les ofrece la publicidad

(11) Lo ha subrayado AMOROS GUARDIOLA en «El "leasing" inmobiliario y su inscripción registral», *RCDI*, 1985. págs. 922-923, precisamente cuando analiza las cláusulas más usuales en este contrato financiero, subrayando su carácter abusivo en más de una ocasión, cuya sanción ha encontrado un enérgico apoyo legal a la declaración de nulidad en la LGDCU. Con la consecuencia de que se debe proceder a su exclusión en el ámbito registral al amparo del artículo 18 de la LH. en relación con el artículo 434 del RH. Idénticas consideraciones hace cuando estudia las cláusulas en los préstamos hipotecarios en *La causa del crédito hipotecario*, Madrid, 1990, págs. 19-20. 134-135, 141.. Con carácter general también lo defiende CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA. en *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, 1ª edición, 1990, pág. 54 (así como en la 2.ª ed., 1993).

(12) *Distinción entre faltas subsanables e insubsanables en la calificación registral*, Madrid, 1989. pág. 98.

de los derechos en un Registro público. Pero tiene el enorme mérito de hacernos reflexionar sobre el papel que debe desarrollar, a todos los niveles, el Derecho inmobiliario registral, teniendo en cuenta que el consumidor, cuando es parte del procedimiento de inscripción registral, merece la misma protección que el resto del Ordenamiento jurídico quiere dispensarle.

III. LA CALIFICACION REGISTRAL Y LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES EN EL MARCO DE LA CONSTITUCION DE 1978 (13)

La calificación registral como actividad de control por un órgano del Estado que, en definitiva, son los Registradores de Propiedad, en el marco

(13) En nada han cambiado, al menos sustancialmente, las funciones del Registrador con la entrada en vigor de la Constitución de 1978. El Registrador ocupa un lugar muy específico en la organización del Estado de Derecho, pero que apenas se ha visto alterado por la aparición del nuevo Estado constitucional. Las numerosas discusiones sobre cuál es la verdadera función de un Registrador no han quedado trastocadas con la Constitución de 1978. El Registrador sigue teniendo una función específica cuyo análisis pasa necesariamente por las normas reguladoras de la organización jurídica, si bien habrá que estar ante todo a la legislación hipotecaria, de la cual se deduce que la función que ejerce se aproxima más a un Juez por cuanto el Registrador puede entrar en aspectos sustantivos, como es la validez de los actos dispositivos. La pregunta clave, a mi modo de ver, es la siguiente: ¿Cuál es el límite para no realizar funciones que competen a los Tribunales de Justicia? Cuestión muy delicada a la que no es fácil encontrar una respuesta y en la que tampoco queremos entrar directamente. Quizá ha sido el profesor LACRUZ BERDEJO quien con más profundidad ha tratado estas cuestiones (aparte de la obra ya clásica de LÓPEZ MEDEL, *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, 3ª ed., reimp., Madrid, 1991, aunque se echa de menos una reflexión suya sobre la incidencia de la Constitución de 1978 sobre el Registro de la Propiedad en esta última edición, ya que las anteriores datan de 1958 y 1959). Desde una perspectiva además hipotecaria, como debe ser, LACRUZ BERDEJO analiza las funciones del Registrador con motivo de su dictamen realizado por encargo del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, que planteó dos cuestiones: si la función registral es y debe ser independiente tanto de la jurisdicción como de la Administración, y, en caso afirmativo, si el concepto de funcionario administrativo no es aplicable a la figura del Registrador, todo ello de acuerdo en el marco de la Constitución de 1978 (publicado en la *RCDI*, 1979, págs. 75 y sigs.). De sus reflexiones se obtiene una serie de conclusiones importantes. pretender una función distinta de la que ha tenido el Registrador con anterioridad no concuerda en absoluto con la legislación hipotecaria vigente, en la que, como él señala, «la actuación del Registrador consiste en una aplicación del Derecho —esencialmente del Derecho privado— semejante a la del Juez, necesitada de igual o mayor especialización, en igual posición de independencia jerárquica y alienidad al asunto y hasta con la misma obligación de juzgar (aquí, a efectos registrales)» (pág. 175). «Si la decisión judicial se basa en la existencia de un poder o jurisdicción que emana del Estado, la función calificadora responde igualmente a un poder (o si se quiere, jurisdicción) que, en principio, podríamos considerar especial» (pág. 107). Como él mismo subraya, «en nuestro Derecho positivo la organización de la publicidad registral viene ordenada por el Estado, que asume como propios los fines a realizar» (pág. 111). Para él es evidente que «el Registro constituye manifestación de una función

además de un Estado de Derecho, al que se le atribuye las características de social y democrático, ha sido, si no reforzada, sí confirmada por la Constitución de 1978 sobre la base de un principio fundamental de cualquier Estado que pretende ser de Derecho: el principio de legalidad consagrado en los artículos 9.3 y 103. El sometimiento a la Ley como máxima expresión de una organización jurídica democrática, al menos desde un punto de vista formal, irradia todo el sistema jurídico y, por tanto, con la misma intensidad, el sistema registral inmobiliario. Bajo esta piedra angular cualquier acto jurídico debe estar revestido de los requisitos necesarios que exige cada sector del Ordenamiento jurídico. Lo mismo se puede decir de cualquier título que pretende acceder al Registro de la Propiedad. Debe cumplir con los requisitos legales, fundamentalmente los impuestos por la legislación hipotecaria, la cual, en definitiva, determina el ámbito de extensión de legalidad, pero ahora siempre bajo la mirada atenta de la Constitución. Desde este punto de vista, me pregunto en qué medida la Constitución aumenta la protección del consumidor en el ámbito registral o es más bien ajena, proviniendo la protección, como antes, sustancialmente del Derecho inmobiliario registral, y ahora, además, de la LGDCU.

La razón de ser de nuestro sistema registral inmobiliario es la protección del tercer adquirente de buena fe y facilitar el crédito territorial, de conformidad con el orden público inmobiliario existente en cada momento. Sobre estos pilares —protección del tercer adquirente de buena fe, fomento del crédito territorial y el orden público inmobiliario— se ha ido perfeccionando el sistema registral, bien por la vía de la legislación o bien por la vía de la aplicación del Derecho, con el fin de lograr una mayor protección de quienes acuden y confían en el Registro de la Propiedad. Quien confía es el adquirente de un bien inmueble o de un derecho que recae sobre este bien, cuyo título pretende que tenga la máxima publicidad. Es precisamente la publicidad que ofrece el Registro de la Propiedad la que hace que los derechos inscritos adquieran una especial fuerza frente a terceros. La publicidad es también base esencial para el fomento del crédito territorial. La regulación expresa de la hipoteca de máximo, la sanción legal de las cláu-

del Estado distinta, por igual, de la jurisdicción y Administración» (pág. 121). Las particularidades, sin embargo, provienen de las funciones que se le han asignado al Registro de la Propiedad y al Registrador para llevar a cabo la publicación de aquellos datos que interesan al tráfico y a la seguridad jurídica. Conforme a nuestro sistema hipotecario, «El Registrador realiza un juicio “para la publicación”, con examen de circunstancias de hecho, de los antecedentes registrales y de los preceptos legales aplicables a la figura jurídica de que trata el negocio, sin cuya resolución favorable el documento no tiene acceso al Registro» (pág. 115). En definitiva, el Registrador está en una doble postura, «como órgano de una función parajudicial y como burócrata al servicio de la Administración» (pág. 131).

sulas de estabilización, la acogida favorable de la jurisprudencia registral de la cláusula de interés variable... son muestras claras de la necesidad de ofrecer nuevas instituciones jurídicas para fomentar el crédito territorial. Pero resulta irrelevante para la perfección del sistema registral inmobiliario, al menos en principio, una especial protección de los sujetos cuando tienen al mismo tiempo la condición de consumidor. En un primer momento de la evolución histórica del Derecho hipotecario, nos recuerda Díez-PICAZO, se quiso responder ante todo a las exigencias de los acreedores hipotecarios. Sólo después el sistema se completa con una más rigurosa protección de los adquirentes del dominio sobre inmuebles (14). Jamás se ha pensado que esta protección adquiere una dimensión distinta cuando los sujetos interesados en el Registro de la Propiedad tienen la condición de consumidores. Además, no podía ser de otro modo, ya que la entrada en escena del consumidor como sujeto del Derecho es bastante reciente. Distinto es que por razones de orden público tenga también entrada en el Derecho inmobiliario registral la figura del consumidor. Pensar que la protección del tercer adquirente de buena fe, a partir de la LGDCU, ha de responder ante todo a la defensa del consumidor es un planteamiento erróneo. La figura del tercer adquirente de buena fe cumple un cometido muy específico en nuestro sistema registral. Distinto es que el tercer adquirente tenga además la condición de consumidor. Una mayor protección no sólo es deseable, sino que es un deber impuesto por el artículo 51 de la Constitución. La base lo da además el orden público, que también está permanentemente presente en la aplicación y desarrollo del Derecho inmobiliario registral. El orden público inmobiliario registral, en el que tantas veces se ha apoyado la DGRN, debe estar imbuido necesariamente por un principio que tiene rango constitucional. El principio *favor consummatoris* puede y debe jugar un papel importante en la comprensión del orden público inmobiliario registral, como lo han hecho tantos otros principios generales del Derecho, especialmente del Derecho contractual (la autonomía privada, la buena fe, la equivalencia de las prestaciones...) (15). Cualquier aplicador del Derecho, y por tanto también el

(14) Es interesante el esbozo histórico que hace Díez-PICAZO del Derecho hipotecario en su magnífica obra *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol II, Madrid, 1986, págs 258 y sigs.

(15) Son interesantes las reflexiones de TORRES LANA sobre la *Protección del consumidor como principio general del Derecho* en su comunicación, presentada al Congreso Nacional de Derecho de Consumo, celebrado en Oviedo del 7 al 10 de marzo de 1989. En ella analiza la función informadora, que como todo principio general del Derecho cumple también el principio *favor consummatoris*, cuestionándose igualmente la aplicación directa de este principio, si bien admite su dificultad. También trata de encontrar una respuesta a interrogantes como los siguientes: ¿Hasta qué punto el principio puede obstaculizar una reforma legislativa *in peius*? ¿Y podría invocarse para configurar el propio concepto de consumidor? Sus reflexiones sobre este particular las

Registrador, debe tener presente este principio general, al menos como principio político —que no está dirigido exclusivamente al poder ejecutivo y al poder legislativo— y que está contenido en la misma Constitución. Precisamente en virtud de este principio, y también por la legalidad a que está obligado defender, el Registrador también debe asumir el papel de defensor del consumidor, como todas las demás instancias y órganos que integran el Estado de Derecho.

Con la importancia, además, de que la protección del consumidor en el ámbito registral tiene también un alcance para los terceros, sean éstos consumidores o no. Así lo entiende también la Resolución de 7 de septiembre de 1988, que, compartiendo la calificación registral de que la cláusula atenta contra los derechos de los consumidores, precisa: «con grave detrimento no sólo de los intereses del deudor, sino también del tercer poseedor y, por ende, del tráfico inmobiliario».

Aparte de estas funciones estrictamente registrales, cabe atribuir al Registrador otras funciones para proteger así específicamente a los consumidores, como la Ley catalana de 29 de noviembre de 1991, reguladora de las viviendas de primera construcción y de rehabilitación, disponiendo en el apartado 5 del artículo 15 que el Registrador deberá exigir el testimonio de la carta de garantía como requisito complementario para inscribir una escritura de transmisión de vivienda. Con ello los adquirentes de las viviendas tienen en el Registrador un colaborador más para que efectivamente se les concedan las garantías a que están obligados los vendedores/promotores por imperativo legal.

IV. LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN EL AMBITO REGISTRAL

El Derecho inmobiliario registral puede y debe ofrecer vías para una mayor protección de los consumidores. Una vía previa puede ser la información registral dirigida específicamente a los consumidores. Otra vía, ya posterior, es el control que puede ejercer el Registrador sobre las cláusulas imprecisas y abusivas. Aunque los instrumentos legales que tienen a su alcance el Registrador no están pensados específicamente para los consumidores, sí pueden coadyuvar a una mayor protección de ellos. Quizá en el futuro una política legislativa pudiera orientarse para reformar la legislación hipotecaria en la medida en que es necesario ofrecer una protección específica a los consumidores, aunque existen vías, como veremos; sólo que son insuficientes para cumplir con el mandato del artículo 51 de la Constitución.

expone nuevamente en «Derecho civil y protección de los consumidores», publicado en *Cuadernos Jurídicos*, núm. 4, 1993, págs. 6 y sigs.

1. LA INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO REGISTRAL (16)

Por parte de algunos hipotecaristas se ha querido ver en los Reales Decretos 3503/1983, de 21 de diciembre, 1935/1983, de 25 de mayo, y 3215/1982, de 12 de noviembre, una mayor protección de los consumidores para facilitar y mejorar la información que debe ofrecer el Registrador a los que acuden al Registro de la Propiedad. Sin embargo, no existe ninguna base para creer que estas reformas están pensadas específicamente en el consumidor. Con independencia del acierto de estas reformas parciales, la pretensión del legislador va más bien por otros caminos. En concreto, lo que se trata es, como se subraya expresamente en el Real Decreto de 21 de diciembre de 1983, «potenciar la función del Registrador en un doble sentido: por un lado, adoptando sistemas en los que la publicidad registral traiga consigo una actuación activa de información por parte del Registrador, lo que indudablemente supone una mayor comodidad para el destinatario de la publicidad registral, y, por otro, aprovechando el carácter profesional del Derecho del Registrador para la emisión de informes explicativos de la situación registral de las fincas o derechos inscritos». Concebido el Registro de la Propiedad también como una oficina, cuya función consiste precisamente en informar al público, debiendo ofrecer una información amplia y sin trabas burocráticas, lo que redundaría en beneficio de cualquiera que se quiera servir del Registro de la Propiedad, aunque a veces existe el peligro de que puede ser utilizada para fines que no tienen que ver nada con la protección que dispensa. Sobre estas premisas deben contemplarse estas reformas hechas con el fin de potenciar la información registral, siendo irrelevante, desde este punto de vista, la figura del consumidor. No es la condición de consumidor la que permite tener un mayor acceso a la información registral. Simplemente, el legislador ha considerado conveniente acercar el Registro de la Propiedad al ciudadano, sea o no consumidor, dentro de la política generalizada de que la Administración debe estar al servicio de todos. La novedad más importante por lo que respecta a la información registral es la información continuada, introducida por la Reforma de 21 de diciembre de 1983, que, como señala el apartado 1 del artículo 354 del RH, se refirirá a los asientos de presentación que afecten a la finca de que se trate, no pudiendo comprender, como matiza el apartado 2, más de una finca o derecho ni tener por objeto una finca no inmatriculada. Además, esta certificación sólo podrá ser pedida por los

(16) Para una mayor seguridad del tráfico inmobiliario se están introduciendo fórmulas para una mayor colaboración entre los Notarios y los Registradores que benefician al mismo tiempo a los contratantes, quienes pueden obtener indirectamente así una mayor información sobre ciertos datos de la finca registral. *Vid* RD 1552/1992, de 18 de diciembre; RD 1368/1992, de 13 de noviembre, y OM de 24 de febrero de 1993

titulares registrales de derechos sobre la finca a que la certificación se refiere, sus cónyuges o sus legítimos representantes (ap. 3). Para nada se refiere este precepto al consumidor. Tampoco el destinatario de la Reforma de 12 de noviembre de 1982 es el consumidor cuando se establece en el párrafo cuarto del artículo 434 del RH que «cuando la suspensión o denegación afecte solamente a algún pacto o estipulación..., en la nota deberá expresarse la causa o motivo de suspensión o denegación, salvo que el representante o el interesado hayan manifestado su conformidad en que se despache el documento sin esa estipulación o pacto...». En esta reforma ni siquiera se distingue entre pactos o estipulaciones individuales y generales, no necesario por otra parte, ya que, en principio, es indistinto para suspender o denegar la inscripción que la cláusula de trascendencia real sea individual o general. Cuestiones muy diferentes son, como tendremos ocasión de comentar después, las consecuencias que pueden darse en cuanto a la inscripción según las cláusulas sean individuales o generales.

Me parecen muy acertadas las afirmaciones que en la Resolución de 16 de marzo de 1990 se hacen por la Registradora en su informe. Aunque referidas al alcance que tiene la nota de despacho, recogen perfectamente el significado que tiene la información en el ámbito registral. Según ella, «toda persona que solicita un servicio público tiene derecho a la información veraz, eficaz y suficiente de las características esenciales del servicio que solicita y, en su caso, a la comprobación de la naturaleza, característica, condiciones y utilidad de la prestación realizada». Incluso va más lejos todavía cuando afirma que «éste es el espíritu y la letra de los artículos 7, 11 y concordantes de la LGDCU, si bien estos principios ya estaban en la legislación hipotecaria y en la normativa reglamentaria sobre el modo de llevar el Registro» (*sic*).

Aparte de la minuta que puede exigir el interesado en obtener datos registrales, con base en el artículo 258 de la LH, puede solicitar del Registrador un informe no vinculante —el art. 355 RH dice breve informe— sobre la situación jurídico-registral de la finca o derecho e, igualmente, sobre las cláusulas de trascendencia real. Al interesado le puede preocupar especialmente el carácter abusivo o no de las cláusulas, lo que obliga al Registrador a pronunciarse. Sin embargo, atendiendo a la doctrina jurisprudencial registral imperante últimamente, resulta absurdo que emita el Registrador un informe cuando se le impide entrar en las cláusulas abusivas (según las Resoluciones de 8, 9 y 10 de octubre de 1991 y 4 de junio de 1992, el Registrador no tiene medios para apreciar si las cláusulas son abusivas; y las Resoluciones de 16 de marzo de 1990 y 24 de abril de 1992 declaran que no se puede aplicar el art. 10 de la LGDCU *ipso iure*).

Igualmente tiene el Registrador la obligación de informar cuando emite la nota de despacho, dado que expresa el contenido y alcance de la operación

registral realizada. Cuando el título contiene un contrato con condiciones generales, como se precisa en el informe realizado por la Registradora en la citada Resolución de 16 de marzo de 1990, «la información sobre el contenido estricto del asiento practicado es mucho más necesaria para evitar que el contenido de la nota de despacho pueda prestarse a confusión sobre las cláusulas que han tenido acceso o no a la protección del Registro». En definitiva, como ella señala, «el derecho y el deber de informar sobre la naturaleza del derecho real que se ha inscrito, su régimen y sus límites es un claro reflejo de la depuración del título en el asiento registral practicado». Y esto rige también para las cláusulas de trascendencia real. Precisamente la nota de despacho constituye un instrumento idóneo para apreciar de oficio cláusulas de trascendencia real que contravienen la LGDCU, por mucho que niegue la DGRN que el artículo 10 se pueda aplicar *ipso iure* y que el Registrador tenga medios para apreciar si las cláusulas son abusivas.

Pero en cualquier caso, la actual legislación hipotecaria no dispensa una protección distinta al consumidor por lo que respecta a la información que deben prestar los Registradores. Hasta ahora no ha habido una voluntad legislativa de querer armonizar la normativa hipotecaria con la protección del consumidor. En realidad, no se ha planteado a fondo cómo se puede armonizar y articular la protección del consumidor con los principios hipotecarios, ni siquiera cuando se trata de la información registral. No obstante, el Registrador debe ser consciente de que la información es especialmente necesaria para quienes tienen una posición jurídica débil en la relación contractual. Con la actual legislación hipotecaria tiene el Registrador suficientes instrumentos a su alcance para prestar a ellos un verdadero servicio, al que está obligado además por formar parte de la organización jurídica del Estado.

2. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES IMPRECISAS

Dada su función de calificador, el Registrador debe ejercer un control directo sobre las cláusulas de trascendencia real (*vid.* art. 51, regla sexta del RH). Antes de comprobar la validez de las cláusulas, debe comprobar si las cláusulas son lo suficientemente claras y precisas para poder ser inscritas. Responde a las exigencias que impone el principio hipotecario de especialidad (o determinación cuando lo que se inscribe es una hipoteca y las cláusulas que son accesorias a ella).

Este control es aún más necesario cuando las cláusulas son condiciones generales. De ello es consciente la DGRN cuando en las Resoluciones de 20 de mayo y 5 de junio de 1987 afirma que «debe tenerse en cuenta que la creciente importancia del crédito territorial, así como el deseo de asegu-

rar la plena efectividad de la cobertura hipotecaria estipulada, han desembocado en una excesiva complejidad, cuando no ininteligibilidad, del mecanismo negocial instrumentado, en contra de la exigencia legal de claridad y precisión en la constitución de los derechos reales, con el consiguiente detrimento para el tráfico y el crédito territorial».

La LGDCU exige en el artículo 10.1.a) «concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual». Por consiguiente, cualquier condición general sujeta a esta Ley y con trascendencia real ha de cumplir los requisitos que se señalan, estando obligado el Registrador, por tanto, a examinar el cumplimiento de tales requisitos, no ya sólo por razón del principio de especialidad, recogido en numerosos preceptos de la legislación hipotecaria, sino por su sometimiento directo al artículo 10. Además, con la entrada en vigor de la LGDCU el principio de especialidad ha tomado otro cariz, otra dimensión. no siempre apreciado correctamente por la DGRN, aparte de obsecarse, a veces, excesivamente con el carácter abusivo de las condiciones generales cuando en muchas ocasiones la infracción apreciada por el Registrador procede más bien de la falta de claridad y precisión de la condición general objeto de calificación (véanse las Resoluciones de 8, 9 y 10 de octubre de 1991 y 4 de junio de 1992). La sanción de nulidad de las condiciones que contravienen el apartado 1.a) del artículo 10 provoca un efecto distinto en el ámbito registral que el incumplimiento de las exigencias que impone en cada caso el principio de especialidad. El incumplimiento de los artículos 9, 10 y 12 de la LH, por citar algunos ejemplos, puede dar lugar a la suspensión de la inscripción. Pero cuando al mismo tiempo se infringe el artículo 10 de la LGDCU, la consecuencia registral debe ser la denegación de la inscripción, ya que ninguna cláusula nula puede tener acceso al Registro de la Propiedad, como tampoco las cláusulas que no se integran en el contrato de adhesión. Al menos ésta es la consecuencia que se deriva de una aplicación estricta del artículo 10. No obstante, en ocasiones, quizá sea más aconsejable la suspensión de la inscripción, incluso de la escritura en su totalidad, sobre todo cuando no se quiere desvirtuar la voluntad contractual, aunque impuesta, del contrato de adhesión. En este sentido, son interesantes los pronunciamientos de la Resolución de la DGRN de 24 de abril de 1992 que defiende, según los casos, la suspensión o denegación de la inscripción de todo el documento si las cláusulas, entre ellas se había establecido una de interés variable, inciden en el total contexto «pactado por las partes» (17).

(17) El entrecomillado es nuestro.

La necesaria concreción de una cláusula puede venir predeterminada por una norma específica. Así, por Decreto de 17 de marzo de 1959, no sólo se despejó cualquier duda respecto de la admisibilidad de las cláusulas de estabilización, al menos en el ámbito estrictamente registral (así las Resoluciones de 3 y 4 de marzo de 1952), sino que en el artículo 219.3 del RH se fijaron las bases para poder ser inscritas. Pensadas para los préstamos hipotecarios, la fijación de unos módulos objetivos, aparte de evitar un posible desequilibrio entre las prestaciones, permite esa concreción y claridad que ahora exige específicamente, con carácter general para cualquier condición general, la LGDCU.

El artículo 219.3 del RH es una buena referencia para plantearse la conveniencia de una protección sectorial de los derechos de los consumidores mediante reformas legislativas parciales para regular así los problemas específicos que aparecen en cada sector del tráfico jurídico, en este caso hipotecario, sin perjuicio de la LGDCU como Ley general.

En ocasiones, la falta de claridad, concreción y sencillez de una cláusula puede desembocar en una situación que puede ser aprovechada abusivamente por quien la ha redactado. Estas cláusulas pueden ser denominadas cláusulas potencialmente abusivas. En sí mismas no son abusivas, pero cuando llega el momento de su utilización pueden servir para imponer exclusivamente la voluntad del predisponente, a su arbitrio, con lo que se puede crear una situación de desequilibrio en perjuicio del contratante débil, lo que se puede evitar mediante la exigencia de la necesaria claridad, concreción y sencillez de las cláusulas. Precisamente sobre la base de la especialidad o determinación que rige para los títulos que son objeto de inscripción, el Registrador puede evitar así situaciones de abuso mediante la suspensión o denegación de la inscripción de cláusulas potencialmente abusivas.

Especial referencia a la Resolución de 23 de octubre de 1987

[Cláusula de interés variable, cláusula de extensión hipotecaria indistinta a los intereses remuneratorios y moratorios y cláusula de extensión hipotecaria a los gastos (18)]

1) *La cláusula de interés variable.*—Un ejemplo claro de cómo opera el principio de especialidad en el ámbito de las condiciones generales son las cláusulas de interés variable. En virtud de ellas, cabe la posibilidad de variar durante la vida del préstamo hipotecario el interés inicialmente pactado, pudiendo ser ajustado al coste real del precio del dinero puesto a disposición del prestatario por el prestamista. Su trascendencia real no se cuestiona cuando la hipoteca se extiende también como garantía al pago de los intereses y

(18) De idéntico contenido es la Resolución de 26 de octubre de 1987

a su variación dentro de unos parámetros objetivos. Ello exige, en beneficio del prestatario y también de los terceros que se subrogan, especialmente los que se subrogan como terceros poseedores, la máxima transparencia, «muy necesaria —como precisa la Circular 13/1981, de 24 de febrero, del Banco de España—, dadas las características del contrato de adhesión que revisten comúnmente las relaciones de público en general con las entidades crediticias». Esta exigencia aún es mayor cuando el prestatario tiene la condición de consumidor, a favor del cual se declara la nulidad de las condiciones generales que contravengan los mandatos de la LGDCU de concreción, claridad y sencillez, lo que no está reñida con la complejidad cuando el contrato, por sus propias características, necesariamente es complejo. O según otras interpretaciones, al menos no llegan a integrarse en el contrato de adhesión, con lo cual tampoco tienen acceso al Registro de la Propiedad. Incluso pueden ser abusivas cuando la entidad prestamista pretenda que prevalezca como módulo de variabilidad el interés de la propia entidad acreedora (así la Resolución de la DGRN de 7 de septiembre de 1988).

Ya con anterioridad a la LGDCU, GARCÍA GARCÍA propugnaba por la necesidad de dar claridad a los términos en que se redacta la cláusula de interés variable, ya que lo impone el principio de especialidad, para lo cual señalaba como requisitos imprescindibles la objetividad del tipo de referencia y la configuración de la hipoteca como máximo, para evitar así situaciones de abuso (19). La realidad diaria demuestra que, en la práctica, las cláusulas de interés variable contienen una complejidad, sobre todo económica, incluso para quienes están familiarizados con el Derecho. Por ello es más necesaria aún la máxima concreción y claridad en este tipo de cláusulas, que al mismo tiempo son imprescindibles para el fomento del crédito territorial, como ha subrayado la Resolución de 16 de marzo de 1990: «Una protección que excluyera la posibilidad de interés variable se traduciría inmediatamente, en la práctica, en la exclusión del consumidor en las ventas de crédito a largo plazo» (subyace la idea de un orden público determinado).

Desde la entrada en vigor de la LGDCU, varias resoluciones se han ocupado de la cláusula de interés variable. Pero sólo dos resoluciones, de forma explícita, tuvieron su origen en la falta de claridad de la cláusula a juicio del Registrador (Resoluciones de 23 y 27 de octubre de 1987). Y en otra, ante la falta de concreción de la infracción del artículo 10 de la LGDCU por el Registrador, al denegar la inscripción de una cláusula de interés variable, el recurrente contra la calificación alega, entre otros extremos, que «puede formularse la hipótesis de que es el epígrafe a) del punto 1 del repetido artículo el que se considera en conflicto con la cláusula de variación del tipo de interés» (Resolución de 16 de marzo de 1990).

(19) *RCDI*, 1984, págs 48-49

Merece alguna reflexión la Resolución de 23 de octubre de 1987. En su informe, el Registrador parte de la licitud de la cláusula de interés variable, «al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC), siempre que responda a módulos plenamente objetivos, no unilaterales (art. 1.256 CC) y respete los límites que imponen la buena fe, el no abuso del derecho y el no perjuicio a terceros (arts. 7 y 6 CC), o los más específicos de la Ley de Represión de la Usura de 1908 (no derogada, aunque poco invocada), o los más modernos impuestos para los contratos tipo, en masa y de adhesión, por la LGDCU, que en su amplio artículo 10 sanciona con pena de nulidad de pleno derecho las cláusulas, condiciones o estipulaciones que carezcan de “concreción, claridad y sencillez en la redacción” o que contradigan el “justo equilibrio de las contraprestaciones”, como las “condiciones abusivas de crédito o los incrementos de precio por servicios... que no correspondan a prestaciones adicionales”».

Aunque el Registrador entendió que los criterios para la fluctuación del interés no estaban muy fehacientemente acreditados, fueron razones estrictamente hipotecarias las que motivaron su calificación al no establecerse en la misma cláusula una cifra máxima de responsabilidad; por tanto, no se cumple con el principio de determinación. Consideró que es un perjuicio para el propio deudor hipotecante, que no puede calcular de antemano las responsabilidades máximas que asume; también lo es para el posible tercero hipotecario, que tampoco podrá cuantificar, en su caso, el gravamen, aparte de si se cumple o no el tope legal de cinco anualidades marcado por los artículos 114 de la Ley y 220 de su Reglamento; finalmente, puede ir en detrimento de la publicidad registral al ser imposible facilitar puntualmente una información exacta sobre la responsabilidad hipotecaria.

Ciertamente, cuando el crédito que se concede y la obligación accesoria de intereses sean garantizados hipotecariamente, como señala la DGRN, el principio de especialidad y la trascendencia *erga omnes* del gravamen establecido impondrá la fijación de topes de responsabilidad. Pero cuando la cláusula de interés variable se desenvuelve en un plano puramente personal, no tienen —recuerda la DGRN— por qué circunscribirse los intereses a un límite máximo. En unas «apostillas» a la Resolución de 23 de octubre de 1987 se insiste que la principal aspiración era la claridad de redacción de las estipulaciones..., para provocar así una más amplia meditación del artículo 10. De este modo, «la claridad institucional permanente de la publicidad inmobiliaria, sin duda, saldría ganando...» (20) (21).

(20) CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA —que fue el autor de la calificación que motivó el recurso— amplía la información de esta importante resolución, efectuando al mismo tiempo algunas consideraciones para una mejor interpretación de la misma en la *RCDI*, 1988, págs. 497 y sigs.

(21) *Idem*, pág. 504

En realidad, la calificación estaba provocada más por la cláusula octava que por la cláusula segunda, en la cual sólo se fija el contenido de la cláusula de interés variable, que no es cuestionada propiamente por el Registrador, cumpliendo con el requisito de la objetividad al establecerse criterios objetivos para la determinación del tipo de interés referencial (22). La DGRN sintetiza perfectamente la cuestión que suscita el Registrador. En la cláusula segunda se estipula un interés inicial anual del 14,50 por 100 y, a la vez, se estipula la variabilidad del interés en función de determinados tipos de intereses preferenciales. Ya en la cláusula octava se establece que la hipoteca se constituye en garantía del capital prestado, de 810.000 pesetas de sus intereses de tres años al tipo de 18 enteros por 100 (el tipo es anual). Comparte la DRGN la objeción del Registrador de que no está claro si en la garantía hipotecaria están comprendidos los intereses ordinarios que se devengasen al tipo de interés variable durante los dos últimos años transcurridos y la parte de la anualidad corriente, que son objeto de *ministerio legis*, de la cobertura prevista en el artículo 114 de la LH. Tiene razón el Registrador cuando señala que debe resultar con claridad de la escritura que los intereses que la hipoteca garantiza —haya pasado o no la finca a un tercer poseedor— no son otros intereses que los variables que procedan según el contrato de préstamo, y que las cifras fijas —810.000 pesetas, 18 por 100— sólo tienen el valor de cifras máximas de responsabilidad.

2) *Otras cláusulas.*—A juicio de la DGRN, también se debió especificar que la hipoteca garantiza los intereses moratorios, cuando, sin embargo, se engloban tanto los intereses convenidos en retribución del préstamo como los intereses producidos por no cumplirse a su tiempo la obligación de devolver la cantidad prestada, contraviniendo, por tanto, totalmente el principio de determinación que rige para la necesaria especificación de la extensión de la hipoteca.

También fue objeto de calificación una cláusula frecuente en los préstamos hipotecarios: la inclusión en la responsabilidad hipotecaria de las costas y gastos que causa la hipoteca con carácter general, abarcando no sólo a las costas judiciales y de ejecución, sino también a toda clase de gastos accesorios, anticipos, impuestos y otros conceptos ajenos a la hipoteca, con imprecisión tan absoluta, según la nota de calificación, que imposibilitaría además en tiempo y forma legal la oportuna tasación judicial de costas. El Registrador, en su informe, insiste en que el concepto de gastos es tan desmesurado que «lo convierte en un auténtico “cajón de

(22) La extensión de la cláusula impide su transcripción, perfectamente recogida en la *RCDI*, 1988, pág. 498

sastre”, absoluta indeterminación de sus componentes». En respuesta a esta postura adoptada por muchos Registradores se pretende por las entidades prestamistas, ahora, constituir hipotecas mínimas, pero máximas al mismo tiempo, sobre cada uno de los conceptos de gastos, y del mismo rango que la hipoteca que garantiza la cantidad principal.

3) *Conclusión final.*—Son criterios estrictamente hipotecarios los que sirven de base para la calificación registral y su enjuiciamiento posterior. La necesaria determinación de la responsabilidad hipotecaria al amparo de los artículos 9.2, 12 y 114 de la LH justifican plenamente estos argumentos.

Pero no se puede pasar por alto que el contrato que sirve de base no sólo es un préstamo hipotecario, sino al mismo tiempo de adhesión, por lo que hay que tener en cuenta el artículo 10 de la LGDCU, aparte por razones de aplicación técnica, por la necesaria protección del consumidor cuando el prestatario tiene esta condición. Por lo tanto, junto a los principios hipotecarios han de ser tenidos en cuenta los principios propios del Derecho de las condiciones generales. Es más, cualquier cuestión que concierna específicamente a la posición jurídica del consumidor debe ser resuelta preferentemente a favor de él una vez calificada la cláusula como real, es decir, cuando el Registrador considera que la cláusula debe inscribirse en el Registro de la Propiedad. De este modo, los principios del Derecho de las condiciones generales tienen cabida en este otro Derecho que es el Derecho hipotecario. La falta de claridad, bien por imprecisión en la fijación de la responsabilidad hipotecaria, bien por posible contradicción entre una cláusula y otra, o bien por no precisar bien el concepto de gastos cuando con ello se dificulta la determinación de la extensión hipotecaria, no sólo encuentra su respuesta en el principio de especialidad o determinación, sino también en el mismo artículo 10 de la LGDCU cuando las cláusulas en cuestión son condiciones generales. Aparte de las consecuencias estrictamente jurídicas —la falta de claridad es causa de nulidad de las condiciones generales o al menos éstas no llegan a integrarse en el contrato de adhesión, y con ello se impide su entrada en el Registro de la Propiedad por la denegación de las mismas (o en su caso la suspensión)—, la tutela de los contratantes débiles obliga a un replanteamiento de los principios hipotecarios cuando afectan a condiciones generales. Se echa de menos en esta resolución una clara referencia al repetido artículo 10 y su incardinación en el Derecho inmobiliario registral y en cada uno de los problemas planteados, en especial por lo que respecta a la claridad de las cláusulas, más cuando no se cuestiona siquiera si lo procedente es la suspensión o la denegación de la inscripción, optando, sin más, por la suspensión.

2. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS

Un eslabón más en la protección del contratante débil, el último en el ámbito registral, es el control de las cláusulas abusivas. El deber de controlar también la legalidad intrínseca, lo que supone entrar en el fondo del título que se presenta para su inscripción, tiene su base legal en el artículo 18 de la LH. Los Registradores, dice el precepto, «calificarán... la validez de los actos dispositivos...» La exigencia de la validez de un acto jurídico implica la conformidad del acto jurídico con el Ordenamiento jurídico. De la propia lectura del precepto se deduce claramente que esta calificación abarca la legalidad intrínseca del título inscribible cuando previamente establece que los Registradores «calificarán la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes...» El enjuiciamiento de la validez de los actos jurídicos comprende también la de las cláusulas de trascendencia real. Como es obvio, la validez de las cláusulas viene dada sobre todo por su carácter no abusivo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 10 de la LGDCU. Aunque las cláusulas también pueden ser en sí mismas ilícitas (no se debe confundir ilicitud con abusivo), lo que dará lugar igualmente a la denegación de su inscripción.

Las cláusulas abusivas constituyen en la actualidad uno de los temas fundamentales del Derecho de las condiciones generales. Es más, las leyes que se ocupan de regular las condiciones generales giran necesariamente en torno a las cláusulas abusivas. El objetivo básico de las mismas consiste precisamente en combatir las cláusulas abusivas para poder frenar, en la medida de lo posible, la situación de prepotencia contractual de las grandes empresas, sobre todo cuando los consumidores no tienen ninguna posibilidad de intervenir en la configuración del contenido de las relaciones jurídicas (aunque a veces, con el comportamiento que adoptan en el mercado, pueden provocar un cambio más favorable en la actitud de los que predisponen el contenido de los contratos, sobre todo en épocas de crisis económica).

No resulta siempre fácil determinar cuándo una cláusula es abusiva. Las leyes de las condiciones generales contienen verdaderos listados de cláusulas abusivas que facilitan la tarea de los que aplican el Derecho, sobre todo en una primera etapa de vigencia legal. Pero después, con la lógica adaptación de los contratos de adhesión a estos listados para evitar conflictos, hay que recurrir nuevamente a la cláusula general que cada ley inserta, la cual establece los rasgos definidores de las condiciones generales para que no sean abusivas. La determinación del carácter abusivo de una condición general, sobre la base de estas cláusulas generales, obliga a los aplicadores del Derecho a realizar un análisis interpretativo de todo el contrato de adhesión y la posición jurídica que ocupa cada una de las partes.

El concepto de cláusula abusiva no se puede reducir a un concepto único. Una censura de las condiciones generales, por ser abusivas, puede hacerse, como subraya recientemente DIEZ PICAZO, a partir de algunas de las ideas siguientes: a) la validez y el cumplimiento de las obligaciones no puede dejarse nunca al arbitrio de una de las partes contratantes; b) cualquier desviación, especialmente si ésta se produce de modo notorio respecto de los principios y reglas de la obligación legal del tipo contractual, requiere una especial causa de justificación a riesgo de determinar, en otro caso, el carácter inequitativo de la ordenación establecida por las condiciones generales, y c) por último, está la utilización de los criterios de buena fe y de equivalencia o justo equilibrio de las prestaciones (23). En cuanto a la exigencia de la buena fe, MIQUEL GONZÁLEZ afirma que «los contratos con condiciones generales representan típicamente un peligro muy serio para la buena fe y el equilibrio de las prestaciones al sustituir las fuentes de integración del contrato por una reglamentación predisuelta por un solo contratante». Por ello, «el control de validez de las condiciones generales debe consistir precisamente en velar porque esta sustitución no se haga, en lo más mínimo, en contra de la buena fe y el equilibrio de las prestaciones». Para concluir que «en los contratos con condiciones generales debe reinar la buena fe del modo más exigente a cambio de las ventajas que proporcionan al predisponente» (23 bis).

No es pretensión mía hacer un estudio de cláusulas de trascendencia real que pueden ser abusivas. Falta para ello un cuerpo doctrinal, y sobre todo jurisprudencial, también a nivel registral (nos ha privado de ello la DGRN, dada su postura contraria a la aplicación del art. 10 LGDCU). Además de la dificultad que siempre existe si las cláusulas tienen realmente trascendencia real, como lo demuestra el extenso estudio registral realizado por AVILA HERRERO sobre las cláusulas en las hipotecas (24).

A lo largo de nuestro estudio haremos algunas referencias a la cláusula de fijación unilateral del interés variable, que en determinadas ocasiones puede ser claramente abusiva por el poder arbitrario que se atribuye a sí misma la entidad acreedora. Según la Resolución de la DGRN de 24 de abril de 1992, la suspensión o denegación debería extenderse a toda la escritura. Me pregunto si un interés usurario contenido en un contrato de préstamo hipotecario puede tener acceso al Registro de la Propiedad, bien

(23) *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Teoría general. Contrato*, tomo I, 4.ª ed., Madrid, 1993, págs. 352-353.

(23 bis) *Op. cit.*, trabajo inédito, págs. 22-23 del manuscrito que se me ha facilitado amablemente.

(24) *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991.

por aplicación de la Ley de Usura de 1908 (25), o bien por aplicación del número 4 de la letra *c*) del apartado 1 del artículo 10 de la LGDCU (26). En cualquier caso afectaría al contrato mismo, por lo que procedería la suspensión o denegación de la total escritura presentada al Registro. Es claramente abusiva la cláusula en virtud de la cual la entidad prestamista, cuando se estipula la amortización anticipada, puede cobrar una comisión o un incremento por la cantidad que se debe devolver [va en contra del núm. 5, letra *c*), del ap. 1 del art. 10 LGDCU] (27). A veces las cláusulas resolutorias a favor del predisponente son claramente discrecionales y, por tanto, abusivas según el número 2 de la letra *c*) del apartado 1 del artículo 10. O la cláusula, tan frecuente en el *leasing* inmobiliario, según la cual la falta de pago puntual de alguna mensualidad justifica la resolución del contrato, la devolución de los bienes y el pago inmediato de la totalidad o parte importante de las mensualidades aún no vencidas (28). Al haber dado carta de naturaleza real la DGRN a la cláusula penal, la misma, a veces, contiene una pena que excede sustancialmente de los daños y perjuicios que previsiblemente pueden ocasionarse [iría contra el núm. 3 de la letra *c*) del ap. 1 del art. 10].

Los Registradores no pueden ser ajenos a las cláusulas abusivas. Antes por razones sobre todo hipotecarias. Y ahora también por razones constitucionales y por la aparición de una regulación legal expresa de las condiciones generales que necesariamente se ocupa de las cláusulas abusivas.

Algunos hipotecaristas consideran que el control de las cláusulas abusivas puede realizarse a través del control de la causa (29). Es más, la razón no justificada de una cláusula —una cláusula abusiva— es una cláusula sin causa jurídica. La expresión «razón justificativa» a veces se utiliza también para fundamentar que una cláusula de carácter personal tiene trascendencia real, es decir, que hay una razón para su inscripción (30).

Para AMORÓS GUARDIOLA, «el pacto que impone al deudor un sacrificio desproporcionado es injustificado, carece de causa y resulta inválido» (31).

(25) Se refieren sólo incidentalmente a «cláusulas usurarias» las Resoluciones de 12 de septiembre de 1972 y 5 de junio de 1991

(26) Cuando se dan los condicionantes de la LGDCU, deberá prevalecer esta Ley y, en su defecto, la Ley de Usura

(27) También la considera abusiva SÁNCHEZ FRUTOS. «La hipoteca y la legislación en defensa de los consumidores», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, pág. 206.

(28) Vid AMORÓS GUARDIOLA, «El *leasing* inmobiliario », *op. cit.*, pág. 911, quien analiza otras cláusulas de este contrato de financiación

(29) Así, últimamente, PAVEDA DÍAZ en su conferencia sobre «El Registro de la Propiedad y la protección de los consumidores», *op. cit.*

(30) Así AVILA NAVARRO *op. cit.*, pág. 259.

(31) «La causa del crédito hipotecario», *op. cit.*, pág. 141.

«Esa inexistencia de causa produce como consecuencia no sólo que no son inscribibles los pactos, sino que también son inválidos» (32). Refiriéndose en particular a la hipoteca, denuncia la falta de examen de las distintas modalidades de causas y de la complejidad de problemas con ellas relacionadas, así como la omisión de la significación causal de las reglas pactadas, con lo cual además se facilita la presión ejercida por las entidades de crédito y las cláusulas abusivas (33). Esto no es sólo predicable, según él, del contrato de préstamo, sino de cualquier contrato que tenga acceso al Registro de la Propiedad. Sólo que el préstamo hipotecario es, junto con el *leasing* inmobiliario, el contrato de adhesión por excelencia en el Derecho inmobiliario registral. Considera ineficaz las cláusulas por falta de causa como las que siguen: prohibición de celebrar ciertos contratos inscribibles; vencimiento anticipado cuando no están cubiertas todas las contribuciones o por suspensión o por quiebra del deudor hipotecario; vencimiento anticipado por no estar en constante cuidado, conservación y cultivo la finca hipotecada o por embargo de la finca hipotecada; vencimiento anticipado por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el deudor hipotecario; renuncia al derecho de solicitar la cancelación parcial de cualquiera de las hipotecas constituidas; prohibición de enajenar; facultad unilateral de inspección y de determinación del abandono o derribo de la finca hipotecada... En todas estas cláusulas, entiende AMORÓS GUARDIOLA, falta lo que él llama «justificación suficiente» (34). Estas cláusulas suponen un perjuicio injustificado para el deudor hipotecante sin un beneficio correlativo para el acreedor garantizado. Son, en definitiva, pactos abusivos y, por tanto, sin causa jurídica (35) (36).

A la causa se refiere el Registrador, como elemento de calificación que se debe tener en cuenta, en la Resolución de 24 de abril de 1992, en la cual él entiende que es preciso examinar, en el orden obligacional, la causa del pacto adherido al contrato de préstamo. Se trataba de una cláusula de interés variable. Su causa, según el Registrador, está constituida por un suceso futuro e incierto que en el ínterin contractual hace depender el contenido de la contraprestación del deudor de sus vicisitudes. Ello implicaría, según el Registrador, «la configuración de la contraprestación no como conmutativa, sino como aleatoria, y los intereses no como variables, sino como

(32) *Idem*, pág. 141

(33) *Ibidem*, págs 19-20.

(34) *Ibidem*, págs 134-135.

(35) *Ibidem*, pág. 135.

(36) Esta tesis ya la defendió cuando analizó las cláusulas abusivas en «El *leasing* inmobiliario..», *op. cit.*, en concreto cuando dictamina la cláusula por virtud de la cual la sociedad *leasing* se exonera de responsabilidad si no encuentra el inmueble a disposición del arrendatario en la fecha convenida, pág 909.

aleatorios si se les denomina según su causa (arts. 1.261, 1.274 y 1.275 CC). Lo que es incompatible con la LGDCU, que impone el carácter estrictamente conmutativo del contrato, siendo nulos los pactos que alteran su causa». Insiste en que es una cláusula nula porque mediante ella «se trasladan los riesgos de las fluctuaciones económicas del mercado del prestamista al prestatario sin paliativos ni ponderación posible». Ello, lógicamente, tiene también una trascendencia real por lo que no cabe inscribir una cláusula que es ilícita por «falta de autoridad y competencia de la entidad prestamista para fijar el módulo y por falta de causa» del pacto adherido al contrato de préstamo.

Este planteamiento, el querer llevar el control de las cláusulas abusivas a la causa, merece alguna meditación por el eco que ha encontrado entre los hipotecaristas. Y también por la trascendencia jurídica que tiene al identificar la falta o ilicitud de la causa con las cláusulas abusivas. Sin embargo, considero erróneo este planteamiento, a no ser que la cláusula en cuestión altera todo el contrato, pudiendo afectar también a la causa del mismo, con lo que el contrato en sí mismo puede ser contrario a los derechos del consumidor. Pero normalmente no sucede esto. Es algo excepcional, lo que explica que la nulidad a que dan lugar las cláusulas abusivas es, por norma general, parcial.

La causa es un elemento estructural básico del contrato, cuyo control es bien distinto a las cláusulas abusivas. Mediante la causa se trata de controlar un elemento básico del contrato de acuerdo con criterios tales como la legalidad, el orden público (actualmente, sobre todo, el orden público económico) e, incluso, la moral (en su concepción social más que individual). Las cláusulas abusivas cuando se dan son, por el contrario, resultado de una situación jurídica en la que hay una clara desproporción entre las prestaciones desde el momento de la celebración del contrato, en perjuicio para el contratante que no ha tenido ningún poder de decisión contractual, limitándose su intervención a la mera aceptación del clausulado impuesto para obtener, así, el bien de consumo, que es su principal interés.

La causa por ser un elemento estructural del contrato afecta a la misma esencia del contrato. Esta cualidad no es predicable de las cláusulas abusivas, a no ser que tienen por objeto la regulación de la obligación principal del contrato. En este caso no son, según ALFARO AGUILA-REAL, condiciones generales (37). Incluso cuando son condiciones generales, de ser abusivas, la nulidad vendrá dada por aplicación pura y simple del artículo 1.261 del CC y no por el juego del Derecho de las condiciones generales (38). Esta solución puede argumentarse, según este mercantilista, «desde una interpretación

(37) *Op. cit.*, pág. 138

(38) *Idem*, pág. 140

de la LGDCU, conforme con la Constitución, dado que en los países de economía (social de mercado) la fijación de los precios y de las ofertas de bienes y servicios viene encomendada al mecanismo del mercado por medio de la competencia y sólo excepcionalmente (bienes en régimen de monopolio o en general intervenciones del Estado eliminadoras del mercado) los determina imperativamente el Estado» (39). No obstante, algunas matizaciones deben hacerse. Normalmente, los elementos esenciales son producto de un acuerdo individual (los objetos siempre están individualizados...), con la inclusión de unas cláusulas que pueden estar no negociadas, sino impuestas. En estos casos el control es doble. Por una parte, los elementos esenciales están sujetos a la normativa del Código Civil. Por otra, las condiciones generales están sometidas al artículo 10 de la LGDCU. En ambos casos la anomalía en los elementos esenciales (ilicitud de la causa o ilicitud del objeto) y en las cláusulas (su carácter abusivo) tiene como resultado la nulidad, que es total cuando proviene de los elementos esenciales y es parcial —por norma general— cuando tiene su origen en una cláusula abusiva. Pero la nulidad de las cláusulas abusivas, normalmente, no procedería si no hubiese una sanción legal prevista como ahora en el apartado cuarto del artículo 10 (en estos casos, cuando es viable, los Tribunales tratarían normalmente de corregir la desproporción existente entre una prestación y otra). No se debe confundir situaciones ilícitas con situaciones abusivas, aunque ambas, en la esfera de la contratación en masa, necesitan de una misma protección que se traduce, entre otras medidas, en la declaración de nulidad absoluta (total o parcial). En definitiva, los mecanismos correctores, diferentes antes de la aparición del Derecho de las condiciones generales, se aproximan en la actualidad. La inexistencia, la invalidez, la simulación absoluta..., provocadas por la anomalía en la causa, destruyen el contrato en su totalidad. Sin embargo, cuando el contrato contiene cláusulas abusivas individuales, se tratará ante todo corregir el posible desequilibrio causado por la cláusula abusiva o no se da por puesta en el contrato. Sólo últimamente se opta por sancionar por ley con la nulidad la cláusula que es abusiva cuando es una condición general, pero sin destruir el contrato que une a las partes contratantes. A nivel comunitario se va más lejos todavía, proponiendo que la nulidad se extienda, en determinados casos, a las cláusulas individuales o negociadas que forman parte de un contrato de adhesión.

Lo que ha variado también es el centro de atención. En los contratos individuales la causa sigue siendo un elemento tenido en cuenta. En los contratos de adhesión lo decisivo son las cláusulas abusivas. De ahí que se hayan acentuado en los sistemas jurídicos avanzados los mecanismos de control de las cláusulas abusivas.

(39) *Ibidem*, *op. cit.*, págs. 140-141

Por otra parte, por lo que se refiere a los préstamos hipotecarios, junto a la causa está la accesoriedad de la hipoteca, lo que obliga a los Registradores a comprobar la validez del título constitutivo, la existencia y validez de la obligación y de la garantía constituida. Si bien muchas cláusulas tendrán un carácter exclusivamente personal, ya que, como señala AVILA NAVARRO, «la posibilidad de asegurar con garantía real el cumplimiento de obligaciones personales está limitada por la consideración de que el estatuto de la propiedad inmobiliaria no puede quedar al arbitrio de uno de los interesados, la exigencia de una razón justificativa y el principio de libre circulación de los bienes» (40). No obstante, cada vez más, tienen acceso al Registro de la Propiedad cláusulas, especialmente cuando están recogidas en préstamos hipotecarios, que en realidad son de naturaleza personal, quizá porque, como dicen las Resoluciones de 5 y 20 de junio de 1987, «junto al contenido típico del derecho de la hipoteca se establece todo un conglomerado de deberes a cargo del deudor e hipotecante y correlativas facultades en favor del acreedor, con pretensión de constituir una situación jurídica unitaria de naturaleza real que reclama la inscripción en su totalidad» (prima el principio de accesoriedad sobre la distinción real o personal de los derechos...). Precisan las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 que «la plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente en función de la naturaleza básica, real u obligacional de cada una de sus estipulaciones, sino que, junto a este criterio, ha de procurar la no desnaturalización de la autornomación de los intereses particulares efectuada por los otorgantes dentro de los límites legales». Parece que se le quiere dar más relevancia a los intereses, obviamente patrimoniales, pero que son, sobre todo, los intereses del acreedor y, con ello, los intereses que subyacen en la política de fomento del crédito territorial.

Después de estas reflexiones, considero que el control de las cláusulas abusivas —aparte de ser necesario— no pasa por el control de la causa del contrato, sea individual o sea de adhesión. Es, en realidad, mucho más complejo, especialmente cuando se trata de préstamos hipotecarios. Por otra parte, como he explicado antes, son controles distintos, aunque pueden tener el mismo efecto jurídico. El control de la cláusula abusiva es también mucho más complejo, por cuanto hay que hacer una valoración de la cláusula si no está comprendida entre las cláusulas señaladas por el legislador ya de antemano como abusivas. Ello, sin embargo, no debe constituir, al menos en principio, un obstáculo para que este control también sea ejercido por el Registrador por su deber de controlar también la legalidad intrínseca de los títulos inscribibles. La cuestión, entonces, es si los Registradores pueden entrar en valorar una cláusula como abusiva, lo que supondría un

(40) *Op. cit.*, pág. 259

control amplio, o si la calificación es sólo factible cuando la cláusula viene previamente descrita como abusiva, con lo que el control será más bien exiguo (especialmente con la LGDCU, que sólo predetermina algunas cláusulas como abusivas). Esta cuestión está íntimamente relacionada con la función que ejerce el Registrador cuando realiza la actividad calificadora.

V. LA POSTURA DE LA DGRN ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LGDCU

Apoyándose en la necesaria validez de los contratos, la DGRN ha permitido a los Registradores, en numerosas ocasiones, ejercer un verdadero control tanto sobre los elementos esenciales del contrato que sirve de base para la inscripción de un derecho real como de sus cláusulas de trascendencia real, adentrando, por tanto, en la esencia del contrato mismo y de su estructura. Sobre esta base, la DGRN ha asumido como propio cuestiones de tanta envergadura como las siguientes:

- la autonomía privada y la libertad de contratación,
- la buena fe,
- la causa del contrato (41),
- el orden público, en especial el orden público económico,
- la licitud de las cláusulas...

La razón por la que la DGRN ha apostado en muchas ocasiones por una interpretación amplia del artículo 18 de la LH hay que buscarla en la función cuasijudicial o parajudicial que se ha asignado a sí misma. Una función que va más allá de un mero control formal, que se extiende también sobre aspectos sustantivos, como es la validez de los actos dispositivos, para lo cual está perfectamente facultado el Registrador en virtud del artículo 18 de la LH, con la consiguiente consecuencia de que la DGRN ha hecho igualmente valoraciones sobre aspectos fundamentales para la existencia y validez de los títulos en su doble contenido real y obligacional. Sin embargo, la doctrina registral no ha reflexionado especialmente sobre el alcance y el significado que tiene el término «validez» utilizado por este precepto, seguramente porque tiene claro que todo acto que no cumpla con los requisitos esenciales que impone el Ordenamiento jurídico implica invalidez, identificando la invalidez con la nulidad del contrato. La validez sustantiva de los actos no depende exclusivamente del cumplimiento de las normas

(41) A título de ejemplo, en la reciente Resolución de 5 de junio de 1991 se invocan, entre otros preceptos, los artículos 1.261 3 y 1.274 del CC para denegar la inscripción de la compraventa en garantía.

imperativas —es un planteamiento excesivamente legalista—, sino que está condicionada por la concepción que se tenga en cada momento histórico de los principios que configuran el sistema jurídico. De ello ha sido consciente la DGRN cuando ha compartido la denegación de la inscripción de una cláusula contraria al Derecho contractual, apoyándose en más de una ocasión en la autonomía privada (Res. de 25 de noviembre de 1935, 4 de noviembre de 1968 y 12 de septiembre de 1972, a título de ejemplo), en el orden público (Res. de 25 de noviembre de 1935) o más concretamente en el orden público económico (Res. de 18 de enero de 1971) como principios que se vulneran con una cláusula impuesta o arbitraria, aparte de tener en consideración las normas y los principios del Derecho hipotecario (como también en la esfera registral mercantil en la que se ejerce un control muy directo sobre el contenido de las escrituras de constitución de sociedades mercantiles, controlando igualmente la legalidad intrínseca de las normas estatutarias).

De acuerdo con el artículo 18 de la LH, es objeto de calificación registral la nulidad absoluta en cuanto el acto que lo padece carece *ipso iure* de efectos jurídicos. GÓMEZ GALLIGO incluso va más lejos, incluyendo también los actos meramente anulables por entender que, «de lo contrario, el Registro publicaría situaciones jurídicas de eficacia efímera o claudicante en contra del principio básico a que responde el sistema hipotecario, que es la seguridad del tercero que contrata en el ámbito inmobiliario» (42).

El deber de entrar en la validez también sustantiva de los actos dispositivos concede al Registrador un amplio control de los elementos esenciales de aquellos contratos que sirven de base para la realización de actos dispositivos sobre bienes inmuebles y de sus respectivas cláusulas —éstas cuando son de trascendencia real—, lo que nadie puede discutir mientras el sistema registral no sea un sistema meramente tabular. Por ello, resulta un tanto difícil comprender la postura que ha tomado recientemente la DGRN en cuanto a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de adhesión, negando que el Registrador pueda entrar a calificarlas como tales por no tener medios para ello. No ha sido ésta su postura cuando no existía el artículo 10 de la LGDCU. Ni siquiera lo llegó a cuestionar. Basta recordar algunas resoluciones de la DGRN.

En la Resolución de 25 de noviembre de 1935, la DGRN comparte la calificación registral de denegación de la inscripción de determinadas cláusulas. Entre otras razones, basa su decisión en que son pactos que contravienen el principio de libertad contractual al limitar hipotecariamente el derecho del dueño a disponer de sus bienes y constituye una sanción para el caso de que el deudor ejercite sus facultades dispositivas. Otra cláusula

(42) *Op. cit.*, págs. 107-108

cuya inscripción se deniega —se había impuesto la renuncia del derecho a pedir la cancelación parcial a la otra parte contractual— es porque es contraria al interés público y porque puede perjudicar a terceros. La DGRN va mucho más lejos que el Registrador, quien había denegado su inscripción por razones estrictamente hipotecarias. Rechaza las cláusulas, además, por ir en contra de principios que son fundamentales para el Derecho contractual y que vienen perfectamente recogidos en el artículo 1.255 del CC. La DGRN no puede ser ajena a estos principios y por ello, cuando es necesario, apoya sus decisiones en estos principios, además de los principios hipotecarios, como en el presente caso. Una cláusula limitativa que no tiene razón de ser es una cláusula abusiva, como pueden ser determinadas cláusulas de operaciones de descuento garantizadas mediante una hipoteca. En el mismo sentido, la Resolución de 18 de enero de 1979, que declara que no son admisibles los pactos limitativos del poder de disposición del hipotecante, argumentando, además, que tales limitaciones son contrarias al fomento del crédito territorial. El Registrador, cuando se encuentra con estas cláusulas, debe denegar su inscripción. Entonces, fundamentalmente sobre la base de los artículos 1.255, 1.256 y 1.258 del CC. En la actualidad, cuando se dan los requisitos de los ámbitos subjetivo y objetivo, sobre la base del artículo 10 de la LGDCU. No existe ninguna razón para cambiar de criterio. Los mismos medios para calificar una cláusula como abusiva los tiene el Registrador tanto antes como ahora.

Las Resoluciones de 5 de febrero y 27 de abril de 1945 analizan la validez de la siguiente cláusula para el caso de que haya de ejercitarse la acción hipotecaria: «Se puede acreditar el saldo deudor por certificación de los datos obrantes en los libros de contabilidad de la entidad acreedora». El Registrador entendió que este pacto iba en contra de los artículos 1.255 y 1.256 del CC, ya que se puede acreditar el saldo sin intervención o consentimiento del deudor. De lo contrario, la inversión de la carga de la prueba puede resultar excesivamente gravosa para el deudor. Dio la casualidad que ya entonces se había aprobado una reforma del artículo 153 de la LH, el cual expresamente concede a los bancos, Cajas de Ahorro y las sociedades de crédito debidamente autorizadas la potestad expresa de certificar el saldo, pero con la posibilidad de oponerse el deudor hipotecario cuando hay error o falsedad, ofreciendo la norma el cauce procesal para ello. Aunque la Reforma no había entrado en vigor, las dudas sobre las consecuencias jurídicas de este derecho —argumenta la DGRN— quedarán desvanecidas, en su día, cuando ya se pueda aplicar. Además, la DGRN en la Resolución de 16 de junio de 1936 se había pronunciado ya sobre la licitud de este pacto. Entre otras razones, esgrimió la seriedad de los bancos y la posibilidad del deudor de poder ejercer siempre las acciones en los juicios correspondientes. No era tan clara la posición del deudor cuando el legislador

tuvo que intervenir para darle la posibilidad de poder oponerse directamente, sin tener que acudir a los juicios declarativos correspondientes, limitando además esta potestad sólo a las entidades crediticias debidamente autorizadas. Estas resoluciones constituyen un claro ejemplo de cómo el Registrador y también la DGRN entran a analizar la estructura y la esencia de las cláusulas en relación con el contrato del que forman parte.

En las Resoluciones de 3 y 4 de marzo de 1952 se declara inadmisibles el pacto consignado en una escritura de reconocimiento de deuda e hipoteca, expresivo de «aceptar el valor del trigo, tasa oficial media como regulador del capital a reintegrar en caso de depreciación de la moneda». Aparte de la falta de claridad imputada a esta cláusula e indeterminación de la responsabilidad real, cuestiones ante todo hipotecarias, también la ilicitud de la misma impide, a juicio de la DGRN, su inscripción. Al menos lo es para la DGRN cuando forma parte de un contrato de préstamo sujeto al criterio nominalista, como lo es para un sector de la doctrina —al menos en aquella época—, para la cual es exorbitante, oponiéndose, por tanto, a la moral; beneficia, además, sólo al acreedor; y es contraria al orden público, en cuanto es incompatible con el interés de la comunidad (aunque el Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de enero de 1951, ya había abierto una brecha a favor de la validez de la cláusula de estabilización). En realidad, el tema central de este tipo de cláusulas es la claridad de las mismas y la predeterminación de unos criterios objetivos, como así lo entendió el legislador, acertadamente, en virtud del Decreto de 17 de marzo de 1959, dando con ello entrada a las cláusulas de estabilización en el Derecho registral (admitidas y reguladas en el núm. 3 del art. 219 RH). No obstante, basándose sobre todo en el artículo 1.255 del CC, la DGRN cuestionó hasta la licitud de las mismas por ser contrarias a la moral y al orden público (43), lo que pone de manifiesto claramente el control tan amplio que ha ejercido sobre la validez de los actos dispositivos. En la Resolución de 12 de septiembre de 1972 se determina claramente que la cláusula de estabilización es claramente incompatible cuando se inserta en préstamos hipotecarios destinados a la financiación de la adquisición de viviendas de protección oficial sujeta a la Orden ministerial de 17 de octubre de 1966, al entrar dentro de la prohibición del artículo 1.255 del CC. Aunque no estaba prohibida expresamente en la citada Orden ministerial, la DGRN dedujo de

(43) También niega la validez de estas cláusulas, por ser contrarias a la moral y al orden público económico, VALERIANO TENA en su estudio «Las fluctuaciones en el valor de la moneda y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1950, págs 705 y sigs. En contra, sin embargo, ROCA SASTRE, para quien estas cláusulas no suponen usura ni explotación de ninguna clase, y la utilidad económica también se da en ellas al constituir un freno contra el abuso de la inflación («Eficacia de la cláusula “valor oro”», *RDJ*, 1950, págs 1 y sigs).

su contenido, atendiendo a la protección social que dispensa, que esta cláusula no podía tener acceso al Registro de la Propiedad, compartiendo la denegación de su inscripción por el Registrador.

VI. LA POSTURA DE LA DGRN ANTE EL ARTICULO 10 DE LA LGDCU

No se puede decir que la DGRN haya tenido una línea uniforme ante el artículo 10 de la LGDCU. Pero, sobre todo, no ha sabido delimitar las cuestiones realmente relevantes del Derecho de las condiciones generales en el ámbito estrictamente registral, lo que ha provocado una jurisprudencia registral poco explícita, sin grandes pronunciamientos, y tampoco ha ahondado —quizá por prudencia— en qué medida incumbe al Registrador entrar en el carácter abusivo de las condiciones generales, especialmente importante por las últimas resoluciones que niegan esta posibilidad. Y tampoco ha matizado el alcance que tienen en el ámbito registral las cláusulas imprecisas.

Resulta muy poco explicativa la afirmación de las Resoluciones de 8, 9 y 10 de octubre de 1987 que «el Registrador no tiene medios para apreciar si las cláusulas son abusivas». Estas Resoluciones parecen dar a entender que el control de las condiciones generales abusivas no está incluido en el deber de calificar «la validez de los actos dispositivos», según establece expresamente el artículo 18 de la LH. Ni siquiera precisa si del control quedan excluidas las condiciones generales que en el artículo 10 de la LGDCU son descritas como abusivas.

Hubiera sido interesante, ya que ocasiones ha tenido la DGRN, que se hubiera planteado cómo se pueden incardinar los principios de especialidad y de legalidad, que tanta importancia tienen para el control de las condiciones generales, en el Derecho de las condiciones generales. Y viceversa, en qué medida el Derecho de las condiciones generales condiciona el Derecho inmobiliario registral.

En realidad, la DGRN se ha contentado con el principio de especialidad cuando las cláusulas carecen de la necesaria determinación, olvidando, sin embargo, que cuando son condiciones generales están sometidas a los requisitos que señala la letra *a*) del apartado primero del artículo 10, cuya vulneración se sanciona con la nulidad, por lo que debe denegarse la inscripción y no procede, por tanto, la simple suspensión como en los demás casos cuando se falta al principio de especialidad. O simplemente no procede su inscripción porque no llegan a integrarse las cláusulas imprecisas en el contrato de adhesión. Aunque, como ya se ha precisado, es conveniente en ocasiones la suspensión de la inscripción, incluso de la escritura para

no desvirtuar la voluntad contenida en el contrato de adhesión (así la Res. de la DGRN de 24 de abril de 1992). El mismo criterio ha de ser tenido en cuenta cuando se trata de cláusulas de trascendencia real que son calificadas como abusivas.

Ha faltado también una mayor explicación del artículo 10, sobre todo por parte de los Registradores cuando suspenden o deniegan la inscripción de una cláusula con base en este precepto. Sorprende, además, al menos desde el punto de vista de la estricta técnica jurídica, que muy pocas veces se cuestione el cumplimiento de los requisitos en cuanto al ámbito subjetivo y objetivo para la aplicación de la LGDCU (sólo mínimamente en la Res. de 7 de septiembre de 1988 cuando el Registrador nuevamente informa después del auto presidencial; se lo cuestiona, sin embargo, si se cumple con el requisito del ámbito objetivo, el Registrador en su nota de calificación que después provocó la Res. de 1 de junio de 1992 y las que la siguen). Como igualmente no se plantea, por razones que se derivan principalmente del principio de especialidad, que cuando dictamina el Registrador una cláusula imprecisa está dispensando, al mismo tiempo, una protección al consumidor. Sin embargo, este control —que es amplio— está vedado para las cláusulas abusivas, a pesar del principio de legalidad, lo que no deja de ser sorprendente teniendo en cuenta que la jurisprudencia registral anterior a la LGDCU defendía una postura mucho más favorable respecto de las cláusulas abusivas (bajo el manto de la ilicitud). Tampoco se comprende muy bien por qué la vulneración del artículo 10, en ocasiones, es causa de suspensión y, en otras, causa de denegación de la inscripción.

Tiene uno la impresión de que la LGDCU o está fuera del Registro de la Propiedad o es sólo una ley complementaria, cuando el artículo 10 constituye una norma central del Derecho contractual, como lo han sido, incluso en la actualidad, además con el mismo peso, los artículos 1.255, 1.256, 1.258 y 1.288 del CC. Y, por tanto, lo debe ser también para el Derecho inmobiliario registral. La frecuente relegación a un segundo plano del artículo 10 se comprueba en muchas Resoluciones en los que, en algún momento de su tramitación, se invoca expresamente la LGDCU, sin que después sea tenida en cuenta en la parte dispositiva de la resolución (por ejemplo, las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, en las que se hace expresa referencia en la fundamentación jurídica a los principios de determinación y legalidad, pero sin mencionar el art. 10 LGDCU, aplicado, sin embargo, en el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña). O se cita entre las normas que sirven de «fundamentos de Derecho» a la Resolución, pero sin ninguna alusión y desarrollo en la misma. El caso más claro, al menos para mí, es la Resolución de 26 de noviembre de 1990 en la que se menciona expresamente el número 8 de la letra c) del apartado 1 del artículo 10 como fundamentación jurídica, pero después,

cuando se dictamina por la DGRN la decisión del Registrador —que ni siquiera en ningún momento había hecho alusión al art. 10—, es totalmente silenciado (quizá porque en realidad no se daban los requisitos para la aplicación del art. 10) (44).

(44) El Registrador había optado por la suspensión de la inscripción del documento que fue objeto de calificación, en unión de la escritura subsanada, por una serie de defectos (se trataba de una hipoteca de máximo en garantía de una cuenta corriente de crédito): *a)* inconcreción de las obligaciones garantizadas por la hipoteca de máximo, *b)* extensión de la hipoteca a los intereses devengados por el saldo una vez cerrada la cuenta, *c)* tampoco se puede extender a los impuestos, como tampoco puede englobar costas y gastos; y *d)* el vencimiento anticipado no puede darse cuando el deudor hipotecario cae en suspensión de pagos o concurso de acreedores.

En el presente caso, como explica la resolución, una pluralidad de personas constituyen sobre una pluralidad de fincas una única hipoteca unilateral de máximo en favor de una pluralidad de bancos. No se pretende garantizar con ella un único crédito, presente o futuro, del que los bancos sean cottulares mancomunados o solidarios. Por el contrario, se asigna a cada Banco en la única hipoteca una cuota de máximo —las cuotas son desiguales— con la cual quedarán garantizadas las obligaciones, presentes o futuras, que el único deudor, una sociedad anónima, tenga con la entidad bancaria respectiva.

No se cuestiona la posibilidad de tan singular figura de hipoteca única, sino la indeterminación de la cláusula por la cual «las obligaciones garantizadas pueden ser cualesquiera que tenga su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de bancos de cualquier tipo, sin excepción alguna». También se pacta que «los bancos incluirán las obligaciones a cargos en la cuenta, cuyo saldo en determinado día será garantizado, sin tener en cuenta la forma de determinación de las obligaciones futuras que establece el artículo 238 del RH». Finalmente, «la parte acreditada no tendrá derecho a disponer de cantidad alguna con cargo a la cuenta».

Por la DGRN se argumenta, en cuanto al primer defecto, que «la indeterminación de las obligaciones (existentes, vencidas o no y futuras) y la atribución de su determinación a una sola de las partes, con efectos hipotecarios y, por tanto, procedimentales, infringe el contrato modificativo de las obligaciones que la escritura supone. Las normas que sustraen, como principio, la materia de la prueba y, en particular, la carga de la prueba a la autonomía de la voluntad, sobre todo para asegurar que la necesaria determinación del objeto del contrato (cfr art. 1.273) no quede al arbitrio de uno de los contratantes y para dar firmeza al contenido de un derecho, el de hipoteca, que por su carácter real tiene eficacia frente a todos»

Llama la atención que se cite expresamente el número 8 de la letra *c)* del apartado 1 del artículo 10 como norma aplicable cuando después ninguna alusión se hace a continuación. La referencia expresa, por el contrario, al principio hipotecario de especialidad y a principios propios del Derecho contractual del Código Civil puede explicarse por dos circunstancias bastante evidentes: *a)* difícilmente la sociedad mercantil tiene la condición de consumidor, dado que la amplitud de operaciones que se garantiza hace pensar que son para sus propias operaciones mercantiles, y *b)* dada la singularidad del contenido de la escritura, las cláusulas pactadas no pueden ser calificadas como condiciones generales. ¿Cómo, entonces, se recurre a la LGDCU?

Por otra parte, la invocación del principio de especialidad y los propios principios que inspiran la contratación individual, y por tanto conforme a los criterios del CC, ponen una vez más de manifiesto que la DGRN realiza en numerosas ocasiones un control amplio de las cláusulas que son imprecisas o abusivas. Cuando rechaza que «la carga de la prueba pueda sustraerse de la autonomía de la voluntad» y que «la necesaria

Para una mayor comprensión de la jurisprudencia registral respecto de la LGDCU, analizaremos algunas Resoluciones en las que el artículo 10 es tenido en cuenta, agrupándolas en razón de la viabilidad de la protección del consumidor en el ámbito registral:

- a) aplicación directa del artículo 10,
- b) el artículo 10 no se puede aplicar *ipso iure*, y
- c) el Registrador no tiene medios para apreciar si las cláusulas son abusivas.

a) *Aplicación directa del artículo 10*

Entre todas las Resoluciones que en algún momento se refieren al artículo 10, sólo he encontrado una que de forma clara aplica directamente este precepto, que es la Resolución de 7 de septiembre de 1988. Antes de entrar en su comentario, quizá sería conveniente destacar algunas particularidades. El Registrador sólo invoca la LGDCU después de que dictase auto el Presidente de la extinta Audiencia Territorial de Valladolid, en virtud del cual se revocó la nota registral que denegó la inscripción de una cláusula de interés variable, en la cual se facultaba a la entidad prestamista para la fijación del interés preferencial sobre criterios no objetivos, de forma unilateral y sin intervención del deudor. No hay, sin embargo, ninguna alusión a la LGDCU en el momento de la denegación de inscripción y tampoco después del recurso interpuesto por el Banco cuando defiende el Registrador nuevamente su postura. El Registrador, cuando invoca la LGDCU, considera que se dan las bases para su aplicación a tenor de los artículos 1.2 y 10.2, sin entrar en más valoraciones en cuanto al ámbito subjetivo y objetivo de la referida Ley. Cita igualmente sin ninguna otra consideración los números 2 y 5 de la letra c) del apartado 1 del artículo 10, en relación con el artículo 1.256 del CC.

La cláusula en cuestión (45), por la que se establece que el tipo de interés anual será el mismo que rija en el Banco prestamista como tipo de

determinación del objeto del contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes», está haciendo valoraciones sobre el carácter abusivo de las cláusulas». Por lo tanto, en el presente caso no sólo le preocupa la indeterminación de las obligaciones que son objeto de garantía hipotecaria, con lo cual está cumpliendo con el principio de especialidad o de determinación, sino el contenido abusivo de algunas cláusulas, lo que me parece totalmente acertado, ya que es un deber suyo como venimos defendiendo

(45) Se da por supuesto la trascendencia real de esta cláusula. Se pactó que la cláusula «sólo afectará a terceros en la medida en que la cuantía de los intereses reclamados esté cubierta por la cifra máxima de responsabilidad que para responder de los intereses devengados y no satisfechos se establece en la cláusula quinta» (se fijó como límite máximo en perjuicio de terceros la cantidad de 4.075.000 pesetas)

interés preferencial, más que dejar al arbitrio de una parte la fijación del interés (ya que los intereses están muy condicionados por el mercado financiero como razona el recurrente, que impide la fijación de cualquier tipo de interés), carece de la suficiente objetividad que permita conocer al prestatario los criterios de cómo se fija este interés variable (por ejemplo, mediante la referencia a tipos interbancarios como los de MIBOR o LIBOR). Esta falta de objetividad puede desembocar en situaciones de desequilibrio, por lo que, como prevención y beneficio de los consumidores, exige el artículo 10 en el apartado 1, letra a), la concreción, claridad y sencillez en las cláusulas. No es de aplicación el número 5 de la letra c) de este apartado, ya que el interés preferencial, como los intereses que cobra el Banco por la concesión de los préstamos, son prestaciones adicionales.

La falta de objetividad, que puede permitir un uso abusivo de la cláusula pone en relación el principio de especialidad con el principio de legalidad, por cuanto las cláusulas imprecisas, y por tanto abusivas potencialmente, no deben tener acceso al Registro de la Propiedad, debiendo dar lugar a la denegación de su inscripción, más ahora por ser cláusulas radicalmente nulas según el apartado 4 del artículo 10 —cuando son condiciones generales—. O no llegan a inscribirse porque no llegan a integrarse. De este modo se pueden evitar abusos posteriores. No obstante, si se considera que con ello se desvirtúa la voluntad contractual, especialmente la de la entidad prestamista, quizá sería mejor la denegación o suspensión de la escritura en su totalidad, como nos lo recuerda la Resolución de 24 de abril de 1992.

La DGRN pone especial acento en el carácter abusivo de la cláusula sobre la base de los artículos 1.256 del CC y 10.1.c).2 de la LGDCU. «Es evidente —señala— que la estipulación va contra la norma que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Es frecuente poner en relación el artículo 1.256 del CC, como otros preceptos claves del Derecho contractual (así, por ejemplo, los arts. 1.255, 1.258 y 1.288), con el artículo 10 de la LGDCU. Sin embargo, este precepto estaba pensado, como los demás, para los contratos individuales, en los que los contratantes se suponía que estaban en una situación de igualdad al menos formal. De esta premisa parte todo Código Civil decimonónico. Por el contrario, el artículo 10 de la LGDCU, como cualquier Ley de condiciones generales, parte de postulados más bien opuestos: contratos de adhesión, predisposición de una de las partes, especial protección del contratante más débil... Lo que ha sucedido es que las normas generales del contrato son interpretadas conforme a la evolución que se está produciendo desde hace ya bastante tiempo en el ámbito de la contratación (sobre la base del art. 3.1 CC). También el artículo 1.256 del CC se invoca para combatir las cláusulas que permitan a una de las partes utilizar arbitrariamente los derechos que le son confe-

ridos. Pero todavía se discute en torno al significado y sentido general de este precepto, pensando más en los contratos unilaterales, según apunta nuevamente Díez-Picazo (46). No obstante, tienen en común el efecto de la nulidad, que puede ser también parcial, cuando se aplica el artículo 1.256.

Facultar al predisponente para que pueda a su arbitrio determinar, en su interés, el desarrollo de la relación contractual viene sancionado, con carácter general, en el número 3, y más específicamente en el número 4 de la letra c) del apartado 1 del artículo 10. No existe ninguna razón para invocar, como hace la DGRN, el número 2, que declara como cláusula abusiva aquellas que «otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato» (47).

La DGRN entiende que la cláusula por la que se faculta a la misma entidad prestamista a utilizar sus propios tipos preferenciales permite que «el contrato quede al arbitrio del Banco, que podría ponerle fin, al término de cada año, por la vía práctica de aumentar a su capricho los intereses, con grave detrimento no sólo de los intereses del deudor, sino también del tercer poseedor y, por ende, del tráfico inmobiliario». Tanto como utilizar esta facultad de forma caprichosa es desconocer la realidad del mercado bancario. Pero en el momento en que puede haber una posibilidad de que una de las partes pueda utilizar un derecho o una facultad de forma arbitraria, se debe evitar que la cláusula produzca sus efectos recurriendo incluso a la nulidad, como lo hace la LGDCU. En el caso presente la posible arbitrariedad viene dada, por una parte, por la falta de objetividad, y por otra, pero en menor medida, por la utilización de la entidad prestamista de sus propios tipos preferenciales.

Sin embargo, ninguna alusión se hace por parte del Registrador en su calificación y, por tanto, tampoco por la DGRN, del resto del contenido de la cláusula que comprende el deber de comunicación por parte de la entidad prestamista de la modificación en el tipo de referencia y la concesión al prestatario del derecho de desistir del contrato de préstamo hipotecario. El silencio, probablemente, se debe a que estas cláusulas normalmente no tienen trascendencia real, aunque en ocasiones puede ser que a la entidad prestamista le interese su inscripción registral. Por lo que respecta al deber

(46) *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo II, págs. 432-433

(47) Para Díaz Alabart la cláusula discutida va contra varios apartados del artículo 10.1 c), «pues no sólo encontraría acomodo en las cláusulas abusivas recogidas en los apartados 2.º y 5.º del precepto como menciona el Registrador, sino que también lo tendría en el amplísimo apartado 4.º (condiciones abusivas de crédito)», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, dirigidos por R. Bercovitz y J. Salas, Madrid, 1992, págs. 282. También para los Registradores Álvarez Pérez y García García es una cláusula abusiva en sus *Notas prácticas y casos del seminario de Cataluña* (vid Bol del Col. Nac. de Reg., 1992, pág. 2608).

de comunicación mediante carta certificada al domicilio que figura en el contrato de préstamo, el plazo es excesivamente breve —un día hábil respecto del comienzo de un nuevo período—. Igualmente es muy reducido el plazo para el caso de que los prestatarios no aceptaran el nuevo tipo preferencial —antes de las nueve de la mañana del día en que se inicie el período de interés, entendiéndose, en caso contrario, que aceptan el tipo propuesto—. Más razonable es el plazo, en caso de no aceptación, para reembolsar el principal del préstamo y los intereses devengados con arreglo al último tipo aplicado —un mes—. Por último, ninguna consideración recibe por parte del Registrador el derecho del Banco de poder rescindir el contrato de préstamo y dar por vencido el préstamo al término del mencionado plazo de reembolso [si bien en el informe el Registrador invoca el núm. 2 de la letra c) del ap. 1 del art. 10, como también la DGRN, que se refiere expresamente a las cláusulas de resolución unilateral de los contratos cuando son discrecionales] (48).

Aunque la DGRN se centra exclusivamente en la arbitrariedad de la cláusula de interés variable, realiza un control amplio sobre la base del principio de legalidad, en este caso intrínseco, que subyace en el artículo 18 de la LH, el cual requiere, entre otras exigencias, la validez del acto objeto de inscripción, en este caso la cláusula de trascendencia real.

b) *El artículo 10 no se puede aplicar «ipso iure»*

Varias Resoluciones (16 de marzo y 26 de diciembre de 1990 y 24 de abril de 1992), ante la falta de concreción por parte del Registrador en su calificación denegatoria por vulneración del artículo 10, niegan que las cláusulas pueden ser tachadas de nulidad *ipso iure*. Desde un punto de vista de técnica jurídica no le falta razón a la DGRN, dado que la calificación, como cualquier actividad jurídica de interpretación y aplicación del Derecho, más cuando tiende a ser «cuasi o parajudicial» como en este caso, debe estar fundamentada jurídicamente, más cuando el artículo 10 contiene una expresa regulación legal de las condiciones generales. Pero por la trascendencia que tiene la aplicación del artículo 10 —nada menos que la protección del consumidor—, su invocación para denegar la inscripción de una cláusula debe ser suficiente para que la DGRN entre en valorar la cláusula. ¿Acaso no entraría si se invoca un apartado de este precepto que no corresponde a una cláusula apreciada como abusiva para mantener, no obstante, la calificación denegatoria?

(48) Consideran claramente abusiva esta cláusula los Registradores ALVAREZ PÉREZ y GARCÍA GARCÍA, *op cit*, pág. 2607

El Registrador (49), en su calificación de las escrituras que dieron lugar a las Resoluciones de 26 de marzo y 26 de diciembre de 1990, da a entender que no es necesaria la concreción de la vulneración del artículo 10, ya que puede ser apreciada de oficio. En estas Resoluciones, como en la de 24 de abril de 1992, la cláusula cuya inscripción se deniega es la cláusula de interés variable. Esta cláusula no necesariamente tiene que ser abusiva y su licitud no ofrece dudas por razones sobre todo económicas. Para la DGRN «es claro que no puede cualquier cláusula de variación de interés ser tachada con nulidad *ipso iure* sin invocar otro motivo que el de “ser cláusula de variación de intereses en la contratación con el público”». Pero puede suceder que los criterios objetivos no son lo suficientemente claros. En este caso procede la aplicación de lo dispuesto en la letra *a*) del apartado 1 del artículo 10, cuya infracción igualmente debe dar lugar a la denegación de la inscripción.

Entre las Resoluciones señaladas, la última contiene un fundamento jurídico enormemente interesante, favorable a mi tesis. Cuando el documento contiene cláusulas que a juicio del Registrador no deben tener acceso al Registro, debe suspender o denegar íntegramente el documento si entiende que estas cláusulas inciden en el total contexto del contrato. Este pronunciamiento da a entender que los Registradores pueden realizar una función «cuasi o parajudicial» cuando está admitiendo la DGRN que pueden suspender o denegar todo el documento si consideran que la cláusula es de vital importancia para el contrato, de tal manera que el predisponente no hubiera otorgado la escritura pública. Si esta función es de la incumbencia de los Registradores, ¿por qué negarles entonces la función de calificar el carácter abusivo de las condiciones generales conforme al artículo 10 de la LGDCU?

Resolución de 26 de marzo de 1990

Precisamente el recurrente en esta Resolución formula la hipótesis de que la vulneración apreciada por el Registrador deberá referirse al apartado 1, letra *a*), del artículo 10. Ninguna apreciación hace, sin embargo, en este sentido la DGRN, que opta por no hacer ninguna valoración de la cláusula en cuestión. Como he señalado antes, una vez calificada la cláusula, entendiéndolo el Registrador que vulnera el artículo 10, la DGRN pudo haber entrado en el análisis de la cláusula para dictaminar si la cláusula carece de la objetividad necesaria, incluso si es abusiva. No creo que con ello se

(49) Había denegado su inscripción también por el carácter personal de la cláusula de interés variable, lo que, en absoluto, es compartible si la responsabilidad hipotecaria se extiende también a los intereses y a su variación.

cause una indefensión a las partes (art. 24 de la Constitución), teniendo en cuenta que la infracción del artículo 10 es materia de orden público que recibe la sanción de nulidad absoluta, aunque normalmente afecte sólo parcialmente al contrato. Con su postura la DGRN implícitamente comparte las posiciones esgrimidas por el recurrente, que en su defensa no sólo invoca la licitud de esta cláusula, sino su cabal cumplimiento del principio de especialidad o determinación (en la escritura estaba cuantificada la responsabilidad hipotecaria máxima). Así ya lo entendió la DGRN en las Resoluciones de 12 de septiembre de 1972, 26 y 31 de octubre de 1984, según las cuales es válida la cláusula siempre que se fije una cifra máxima de responsabilidad y no quede al arbitrio del acreedor. No es suficiente el cumplimiento de estos requisitos, que son requisitos mínimos de cualquier cláusula de interés variable. Al mismo tiempo, se debe analizar en su totalidad la cláusula para dictaminar si se ajusta al artículo 10. Tendría además la ventaja de que se elaboraría una doctrina registral todavía más precisa sobre cuál deber ser el contenido de este tipo de cláusulas. Como no lo hizo el Registrador (50), tampoco lo hicieron el Banco recurrente, el Notario, el Presidente de la Audiencia Territorial y la propia DGRN.

Resolución de 26 de diciembre de 1990

También en esta Resolución el Registrador observa que la cláusula de variación de intereses en la contratación con el público se encuentra bajo la sanción del artículo 10, que es susceptible de apreciación de oficio, pero sin hacer ninguna otra precisión sobre qué extremo ha vulnerado la cláusula el señalado precepto. La respuesta de la DGRN es idéntica a la Resolución precedente. Aparte de recordar el requisito 4.º de la regla 3.ª del artículo 131 LH, que sirve de apoyatura legal a la cláusula, una vez más recurre al orden público económico: la no admisión de la cláusula de interés variable «se traduciría inmediatamente, en la práctica, en la exclusión del consumidor de las ventajas del crédito a largo plazo». Da por sentado, por tanto, su admisibilidad, lo que nadie niega actualmente en la doctrina. Pero implícitamente niega que se puede entrar de oficio para dictaminar si la cláusula es abusiva, aun cuando el Registrador ha invocado genéricamente el artículo 10. Con esta postura pueden entrar en el Registro de la Propiedad cláusulas que atentan contra el artículo 10; en definitiva, contra los derechos de los consumidores. Pienso que una vez suscitado por el Registrador la vulnera-

(50) Sorprende que en el informe el Registrador hiciera un amplio estudio sobre el alcance de la nota de despacho y nota de calificación y la importancia que tiene para la información que presta todo Registrador, sin hacer, sin embargo, ninguna nueva precisión sobre qué extremo del artículo 10 ha sido conculcado.

ción del artículo 10, y con ello los derechos de los que están protegidos por la LGDCU, no debería existir obstáculo para que la DGRN se pronuncie sobre este extremo, de enorme trascendencia para todo el tráfico jurídico. En definitiva, la denegación de la inscripción de una cláusula al amparo del artículo 10 es base suficiente para que la DGRN pueda examinar de fondo la cláusula en cuestión.

En la actualidad, cualquier cláusula de interés variable trata de cumplir con la especificación y el diseño de unas cláusulas de rescisión de las operaciones en función de la alteración de los tipos de interés. El posible abuso puede venir precisamente de cómo se diseña el contenido de estas cláusulas, de por sí muy complejas para el ciudadano de a pie.

Así, por ejemplo, en la cláusula de interés variable de la Resolución que estoy comentando se señaló, entre otros extremos, que «si en la publicación de los respectivos tipos preferenciales las entidades de referencia —especificadas con anterioridad— distinguiesen entre el aplicable a particulares (familias) y el aplicable a empresas, se tomará en consideración a efectos del cálculo del tipo de referencia el correspondiente a particulares». Si el tipo de referencia correspondiente a los particulares es más beneficioso, la cláusula no atenta contra la buena fe. De lo contrario, sí habría que calificarla de abusiva.

En esta cláusula se fija también, como es lógico, el modo de proceder para la comunicación de la variación del tipo referencial: «Fuera del marco obligacional de este contrato, la entidad prestamista remite por correo ordinario o por cualquier medio de reparto privado la citada información a la parte deudora a su domicilio, cumpliendo de esta forma lo que es uso del tráfico y práctica habitual informativa de la propia Caja». Aunque la entidad prestamista previamente se obliga a publicar en el *Boletín Oficial del Estado* y en un periódico de gran circulación, dentro de los últimos diez días del mes de noviembre de cada año, los tipos de interés de referencia, incluso se presta a dar información en cualquier Caja, no es suficiente que una vez transcurrido el plazo que se fija para la aceptación se considere que el deudor haya consentido la modificación. Por ello, resulta sorprendente que la notificación al domicilio del prestatario se sitúa «fuera del marco obligacional»... No basta sólo una información veraz, como requiere el artículo 13 de la LGDCU, sino, en este caso, que la modificación a que va a dar lugar el nuevo tipo referencial llegue claramente al conocimiento del deudor prestatario. Y que esta notificación se haga de forma obligada y fehacientemente. Sólo entonces se tiene la garantía suficiente de que el prestatario presta su conformidad con la variación producida para que conforme a ella se calcule nuevamente los intereses del préstamo.

Como en cualquier cláusula de interés variable, se concede igualmente al prestatario el derecho de desistir del contrato de préstamo hipotecario

cuando no le convenga el nuevo tipo de interés aplicable a cualquiera de los períodos anuales. «La parte deudora deberá comunicarlo a la Caja no más tarde de la fecha de entrada en vigor del nuevo tipo de interés, quedando obligada, en tal caso, a cancelar anticipadamente el préstamo en un plazo de seis meses, contados a partir de la aludida fecha, inclusive, durante cuyo plazo los intereses se satisfarán al tipo anterior». Nuevamente el deudor está en una situación de indefensión, ya que la facultad de poder desistir depende de que tenga conocimiento de la modificación producida. Con la particularidad de que la entrada en vigor del tipo de interés preferencial puede ser fijada unilateralmente, lo que supone una arbitrariedad que no debería ser admitida en la contratación bancaria.

Cualquiera de estas cláusulas señaladas suelen tener una trascendencia exclusivamente personal. De hecho lo son, por lo que no es necesario examinarlas en el ámbito registral, a no ser que se interese su inscripción y el Registrador accede.

Estas consideraciones son expresivas por sí solas para demostrar que no basta que se cumplan con los requisitos mínimos para dar por válida una cláusula, como se da a entender muchas veces cuando se invocan en los recursos gubernativos las circulares del Banco de España —que, por otra parte, no tienen fuerza vinculante por no tener valor de fuente normativa—. Todo ello pone de manifiesto que es necesario un mayor examen de las cláusulas, más cuando se invoca el artículo 10, incluso cuando se hace genéricamente.

Resolución de 24 de abril de 1992

En esta Resolución el Registrador, si bien no concreta tampoco la infracción del artículo 10, cuestiona al menos la validez de la cláusula de variación de intereses por considerar que provoca una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones en perjuicio del contratante débil, lo que, sin lugar a dudas, es encuadrable en el número 3.º de la letra c) del apartado 1 del artículo 10. En su amplio informe, ya comentado con anterioridad con motivo de la causa como elemento de valoración para dictaminar el carácter abusivo de una cláusula, considera el Registrador que con estas cláusulas el riesgo de las fluctuaciones económicas del mercado se traslada del prestamista al prestatario, sin paliativos ni ponderación posible. Bien supone un pacto aleatorio incompatible con el carácter esencialmente conmutativo del contrato de la empresa con el consumidor. O bien un pacto de repercusión de responsabilidades objetivas por riesgos del mercado. Ya se ha puesto de manifiesto que esta cláusula es perfectamente admisible en nuestro Ordenamiento jurídico siempre que los intereses preferenciales

puedan ser determinados en su día por un factor objetivo y se señale un límite máximo de responsabilidad hipotecaria, como precisa también la DGRN en esta resolución. Desde este punto de vista nada hay que objetar.

Pero en esta Resolución, como en tantas otras, parece que los Registradores sólo invocan el artículo 10 en relación con alguna cláusula, cuando todo el clausulado general está igualmente sometido a los criterios de este precepto. Por lo que resulta incongruente que otras cláusulas que son objeto de examen por parte del Registrador no sean analizadas bajo la misma lupa de la LGDCU. Así, por ejemplo, se deniega la inscripción de la hipoteca en pago de intereses de demora porque, tal como está constituida, no comprende sólo las demoras en el pago del capital, sino también conceptos diversos de la cuenta interna no garantizados ni determinados. También se deniega la inscripción por no indicarse cuáles son, ni a qué concepto se refieren o pueden referirse los gastos de la cuenta garantizados con la hipoteca, además de englobarse en la hipoteca las costas judiciales. También se deniega la inscripción de la cláusula de vencimiento anticipado por rebasar los límites permitidos por el Derecho para su eficacia respecto a terceros. En ningún momento se recurre a la tutela específica que dispensa el Derecho de las condiciones generales cuando hubiera sido lo más correcto, técnicamente hablando, además de la preferencia que debe tener siempre el artículo 10 cuando las cláusulas son condiciones generales. Por ello, no se comprende muy bien el modo de proceder en la calificación registral, invocando el artículo 10 sólo para la cláusula de interés variable y no para las demás. En el examen de todas las cláusulas debería haber estado presente este precepto, aparte de las normas estrictamente hipotecarias.

c) *El Registrador no tiene medios para apreciar el carácter abusivo conforme al artículo 10*

En las Resoluciones de 8, 9 y 10 de octubre de 1991 la DGRN asienta la doctrina de que los medios de calificación de que dispone el Registrador impide apreciar el carácter abusivo de las cláusulas. ¿A qué se refiere en realidad la DGRN cuando hace esta afirmación? ¿Que el Registrador no tiene facultad para enjuiciar si una cláusula perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o el desequilibrio que puede provocar una cláusula? ¿Incluso que no tiene la facultad jurisdiccional (o «cuasi o parajudicial», según se mire)? ¿O es porque no tiene más medio de enjuiciamiento que el propio contrato de adhesión, cuyas cláusulas de trascendencia real tienen acceso al Registro de la Propiedad al estar privado de poder recurrir a otros medios para determinar el carácter abusivo de las condiciones generales?

No ha sido muy explícita la DGRN en esta afirmación de vital importancia para la aplicación y desarrollo del artículo 10 en el ámbito registral. Incluso la basa en una doctrina ya sentada por este Centro directivo, cuando lo cierto es que las resoluciones anteriores dicen algo muy distinto cuando afirman que el artículo 10 no es aplicable *ipso iure*. La falta de una mayor precisión sorprende cuando los Registradores expresamente señalan que, en caso de vulneración del artículo 10, la calificación registral la debe tener en cuenta, además, por lo dispuesto en el artículo 18 de la LH. La expresa invocación del artículo 18 de la LH por la DGRN y por el propio planteamiento del que parten los Registradores hace pensar que se está negando a ellos la facultad de poder examinar el carácter abusivo de las condiciones generales de trascendencia real, extensible por igual cuando son condiciones individuales o negociables. De ser ésta la postura de la DGRN, el artículo 10 no tiene cabida en la calificación registral o al menos quedan fuera del ámbito de la calificación aquellas condiciones generales que no son consideradas específicamente como abusivas según la propia LGDCU, con lo cual se limitaría considerablemente el control de las cláusulas abusivas. Al mismo tiempo, esta postura supone una interpretación restrictiva del artículo 18 de la LH en cuanto a la exigencia de la validez de los actos jurídicos. Ambas consecuencias constituyen un claro retroceso en la protección de los consumidores. Con este planteamiento la DGRN está muy lejos de la Resolución de 7 de septiembre de 1988 que, por el contrario, aplica, sin dudar, el artículo 10 después de dictaminar el carácter abusivo de una cláusula por su arbitrariedad. La falta de medios de que hablan las Resoluciones no puede referirse, por tanto, a que el Registrador no tiene elementos suficientes para apreciar el carácter abusivo de una cláusula, ya que es evidente que basta la interpretación de las cláusulas, sin tener que recurrir a otros elementos de interpretación, para su valoración conforme al artículo 10. Aunque es cierto que no cuenta con muchos elementos para determinar si se cumplen los requisitos de ámbito subjetivo y objetivo para la aplicación de la LGDCU. Pero a esto no se refiere seguramente la DGRN.

En esta línea también están las Resoluciones de 1, 4, 5 y 29 de junio, 10 y 13 de julio y 1 de agosto de 1992, que igualmente niegan, de un modo muy genérico, que los Registradores tengan medios para entrar en las cláusulas abusivas, porque así lo impide el artículo 18 de la LH. Por ello, se echa de menos unas reflexiones más profundas sobre el alcance del artículo 10 en el ámbito registral y su incardinación en el artículo 18 de la LH. Incluso el papel que debe asumir la DGRN en la protección de los consumidores. Con estas Resoluciones al menos su protección queda bastante ensombrecida, casi nula, ya que con base en esta doctrina registral los Registradores, una vez apreciado el carácter real de la cláusula, no tienen que hacer ninguna otra apreciación cuando califican una cláusula, a no ser

que vaya en contra del artículo 1.255 del CC (y también los arts. 1.256 y 1.258), lo que no deja de ser un paradoja, ya que la misma protección, con el artículo 10 en la mano, se debe dispensar cuando las cláusulas son abusivas.

Resoluciones de 8, 9 y 10 de octubre de 1991

El Registrador entendió que los párrafos tercero a octavo de la cláusula tercera y el apartado *b*) de la cláusula segunda vulneran el artículo 10, especialmente en los números 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 8.º de la letra *c*) de su apartado 1. Al ser un precepto determinante de nulidad de pleno derecho de las cláusulas correspondientes, como defiende el Registrador, «entra en el ámbito de la función registral calificadora conforme al artículo 18 de la LH». No deja de ser una contradicción que después considere que son defectos subsanables, lo que no casa con la nulidad que establece la LGDCU cuando ésta es infringida. Aunque también admito que en ocasiones, quizá, sea más aconsejable la suspensión de la inscripción, bien de la cláusula o bien de la escritura en su totalidad. Pero en este caso lo debería justificar el Registrador. Por otra parte, se echa de menos, una vez más, una mayor concreción en cuanto a las razones que mueven al Registrador a invocar el artículo 10, aunque haya precisado los distintos puntos que considera infringidos; pero hubieran sido muy ilustrativas sus argumentaciones jurídicas para saber por qué considera que las cláusulas son abusivas.

El contenido de las cláusulas objeto de calificación es el siguiente: «1) La falta de pago a su vencimiento de dos cualesquiera de los plazos indicados, o del último de ellos, tendrá el carácter de condición resolutoria explícita a que se refieren los artículos 1.504 del CC y 11 de la LH, con los efectos que determina el artículo 59 de su Reglamento. 2) Ambas partes establecen de forma expresa, ratificando y confirmando la norma de imputación de pagos del artículo 1.173 del CC, que cualquier cantidad que se satisfaga en cada uno de los plazos se imputará primero a la cobertura de los intereses y en segundo lugar al precio de contado, por lo que no podrá entenderse nunca pagado éste sin estar previamente cubiertos aquéllos. 3) La resolución plena y automática de la venta se producirá por la notificación del vendedor al comprador y por el transcurso del plazo de gracia de treinta días, a contar desde el siguiente a la notificación, que ésta misma deberá conceder. 4) El título inscribible será el del vendedor, acompañado de los documentos que justifiquen haberse practicado la notificación en el transcurso del plazo de gracia y, en su caso, los justificantes de la consignación a que se refiere el artículo 175 del Reglamento Notarial. 4) Los contratantes pactan que en caso de resolución el comprador deberá pagar la

cantidad de 23.087 pesetas mensuales por cada mes o fracción del mismo, desde hoy hasta que se devuelva al vendedor la cosa objeto del contrato, en concepto de uso y utilización del piso vendido. 5) Las partes atribuyen a este pacto el carácter de determinación de los frutos de la cosa vendida, que será objeto de deducción, en su caso, a los efectos del artículo 175 del Reglamento Hipotecario. 6) Como cláusula penal, que forma parte de la escritura misma de la condición resolutoria pactada, ambas partes establecen, y la parte compradora consiente expresamente, que en caso de resolución la vendedora retendrá en su poder, en concepto de pena por incumplimiento, es decir, cláusula penal liquidadora del daño y estrictamente penal, la mitad de las cantidades que la parte compradora hubiese satisfecha hasta el momento de la resolución, sin que en ningún caso dicha cantidad, junto con la cantidad pagada en concepto de frutos, pueda superar el 20 por 100 del precio estatal de la finca vendida por cada año transcurrido desde la firma del presente contrato. 7) El vendedor, al consignar el precio pagado, en el momento de ejercitar la resolución podrá deducir directamente dichas cantidades, por entender que, en caso de ser aplicable el artículo 1.154 del Código Civil, correspondería al comprador solicitar judicialmente la moderación de la pena, y no al vendedor perjudicado por su incumplimiento. 8) Igualmente, quedarán en beneficio del vendedor en caso de resolución, y sin derecho a indemnización, cuantas obras e instalaciones de carácter fijo hubieren sido realizadas en la finca vendida por el comprador.»

Aunque niega la DGRN que los Registradores tengan medios para determinar el carácter abusivo de una cláusula, hace, sin embargo, un pronunciamiento anterior realmente sorprendente sobre la cláusula penal, en cuanto se acerca a postulados propios de la LGDCU. En su informe de defensa el Registrador había insistido en que la cláusula penal es inválida por infringir varios apartados del artículo 10 —no lo precisa en este momento—, ya que se está ante una cláusula estrictamente penal que va más allá de la indemnización del daño. Pues bien, la DGRN, después de entender que es susceptible de inscripción la cláusula penal, en los términos de las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, comparte una de las objeciones que hizo el Registrador. Para ella, «es necesaria la consignación, en caso de resolución, tanto del precio abonado como de los intereses satisfechos, pues uno y otro integran la contraprestación del comprador que equilibra la transmisión dominical perseguida, y que, ciertamente, el título calificativo no es suficientemente claro al respecto, pues al establecer que “el vendedor al consignar el precio pagado en el momento de ejecutar la resolución...”, naturalmente podrían entenderse excluidos de la consignación los intereses hasta el momento satisfechos, a pesar de que las partes han querido en este contrato que tengan la misma relevancia resolutoria que el precio».

Congruente con su postura —y por la actitud del recurrente que sólo

impugna la no inscripción de la cláusula penal—, a la DGRN no le merece ninguna consideración la infracción alegada de los números 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 8.º de la letra *c*) del apartado 1 del artículo 10. Sin embargo, exige que se precise claramente en la cláusula penal si la consignación por parte del vendedor sólo se refiere al precio o incluye también a los intereses. La claridad de las cláusulas no sólo es una exigencia del principio de especialidad, sino, a la vez, en el ámbito de las condiciones generales, un requisito imprescindible para el cumplimiento de la LGDCU, que exige igualmente la claridad en el contenido de las cláusulas. Por lo tanto, debió tener en cuenta, al mismo tiempo, el apartado 1 de la letra *a*) del artículo 10.

Tampoco lo tiene en cuenta cuando examina la objeción hecha al apartado *b*) de la cláusula segunda por el Registrador, considerando que «se hallan perfectamente definidos en todos sus aspectos y deslindados entre sí —con todas las consecuencias jurídicas inherentes— el precio al contado, el precio aplazado y la obligación de intereses».

Acertada es, sin embargo, la afirmación de la DGRN cuando señala que «no puede identificarse la facultad discrecional de resolución a que el número 2 de la letra *c*) del apartado 1 del artículo 10 —así como el art. 1.256 CC— se refiere con la resolución por impago al amparo del artículo 1.504 del CC». La discrecionalidad supone que la resolución es posible incluso cuando no hay motivo válido o justificado, lo que requiere que en cada caso se determine si falta un motivo suficiente para resolver un contrato (51). Se trata siempre de una cláusula susceptible de valoración. Obviamente, la facultad de resolución por incumplimiento de una obligación esencial, como es la falta de pago del precio, está lo suficientemente motivada cuando es insertada en un contrato como en la presente compraventa con precio aplazado.

Resolución de 4 de mayo de 1992

Tiene por objeto una escritura de idéntico contenido a las Resoluciones precedentes, planteándose las mismas cuestiones, por lo que huelga cualquier comentario que se refiere a la afirmación de la DGRN de que «respecto de la pretendida vulneración del artículo 10 de la LGDCU ha de

(51) *Vid* DÍAZ ALABART, «Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *op cit.*, págs 261-264 *Vid* también NIETO CAROL, «Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios», *AC*, 1993, núm 2. Analiza ampliamente la cláusula de resolución anticipada del contrato y sus causas que lo pueden justificar —expresamente previstas—, como el incumplimiento por el prestatario o acreditado de las obligaciones que les competen, la pérdida de solvencia o la resolución del contrato laboral con el prestamista (págs 35-38)

recordarse la doctrina sentada por este Centro conforme a la cual los medios de calificación de que dispone el Registrador —art. 18 LH— impiden a éste apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha Ley». Aun cuando el Registrador precisó, después de denegar la inscripción de la escritura, que era de aplicación la LGDCU por tratarse de cláusulas, condiciones o estipulaciones que con carácter general utiliza la parte vendedora, según resulta de su identidad con otras escrituras presentadas (el hecho es que son objeto de calificación varias escrituras al mismo tiempo).

Resolución de 1 de junio de 1992 (52)

Entre las cláusulas pactadas de la escritura de compraventa interesa la referente al resto del precio que queda aún por pagar, la cláusula resolutoria y la cláusula penal. Se determinó que el resto del precio será satisfecho en plazos mensuales, incrementado con un interés anual (de acuerdo con un cuadro de amortización que se acompaña a la escritura, firmado por ambas partes, en el que se especifica, siguiendo el sistema francés, la composición de cada una de las cuotas constantes, o sea, la parte que de las mismas corresponde a amortización de capital y de ésta al abono de interés, sin que lo que en cada año ha de abonarse por intereses exceda de una anualidad de los mismos, computados mes a mes, sobre el total del capital garantizado). La falta de pago a su vencimiento de dos o del último de los plazos tendrá el carácter de condición resolutoria explícita a que se refieren los artículos 1.504 del CC y 11 de la LH, con los efectos que determina el artículo 59 del RH. La resolución se producirá por la notificación del vendedor al comprador. Y la vendedora retendrá en su poder la mitad de las cantidades que la compradora hubiese satisfecho hasta el momento de la resolución, sin que pueda superar el 20 por 100 del precio total por cada año transcurrido. El vendedor al ejercitar la resolución podrá deducir dichas cantidades.

Entre otras razones para no practicar la inscripción, el Registrador alegó la infracción de la LGDCU, especialmente sus números 2, 3, 4, 5 y 8 de la letra c) del apartado 1 del artículo 10, debiéndose aplicar a esta escritura el apartado 2 de dicho precepto. En su nota de defensa precisa que las escrituras han sido redactadas unilateralmente por la parte compradora en contra de lo declarado en el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de octubre de 1990. Principalmente se infringen

(52) En el mismo sentido las Resoluciones de 4, 5 y 29 de junio, 10 y 13 de julio y 1 de agosto de 1992.

los números 5 y 8 del apartado *c)* del artículo 10.1. Por tanto, demostrada la infracción de este precepto es evidente que la calificación registral ha de comprender los preceptos de la referida Ley en virtud de lo establecido en el artículo 18 de la LH y 101 del RH, en relación con el artículo 10, apartado 4, de la LGDCU, debiéndose destacar las Resoluciones de 7 de septiembre de 1989 y 11 de mayo de 1990.

Una vez más, la DGRN recuerda al Registrador que no tiene medios para apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha Ley. Lo que no impide a la propia DGRN declarar que la cláusula resolutoria es válida y que la cláusula penal responde a una exigencia de equilibrio de las prestaciones una vez operada la transmisión dominical a favor del comprador. No deja de ser sorprendente que se hagan este tipo de valoraciones jurídicas, para negar después que los Registradores pueden calificar el carácter abusivo de una cláusula, cuando precisamente la calificación abusiva viene determinada en muchas ocasiones por el desequilibrio de las prestaciones, con lo cual se cuestiona, por tanto, su validez. Es decir, lo que se está negando en el ámbito de las condiciones generales —determinar la validez de una cláusula—, sin embargo, se utiliza, por parte de la DGRN, como argumento para defender la inscriptibilidad de cláusulas (sobre todo cuando son cláusulas nuevas, cuya utilización viene impuesta por las necesidades del tráfico jurídico).

En lo que sí disentimos del Registrador es en cómo aplica la LGDCU al no distinguir que el apartado *c)* determina, por una parte, con carácter general, qué se entiende por cláusula abusiva y, por otra, recoge una serie de cláusulas que se consideran abusivas. Por lo tanto, lo que debió hacer el Registrador es determinar si las cláusulas de trascendencia real están comprendidas en la lista de cláusulas abusivas, y sólo después debe acudir a los preceptos que determinan cuándo una cláusula es abusiva. En el caso presente, la cláusula resolutoria es una de las cláusulas específicamente comprendidas entre las señaladas como abusivas, pero sólo cuando la facultad es discrecional. Lo que excluye, por otra parte, la aplicación del número 8. Tampoco estamos de acuerdo con la invocación del número 5 de la letra *c)*, ya que el pago de los intereses ha de considerarse como una prestación adicional, debiendo ser aplicado, por tanto, el número 4 que se refiere a las condiciones abusivas de crédito (no deja de ser una redundancia del núm. 3 como ha subrayado la doctrina). Por otra parte, el examen de carácter abusivo de la cláusula penal habrá que hacerlo conforme a las disposiciones generales de la letra *c)* del apartado 1 del artículo 10. Entrando ya en el examen concreto de las cláusulas, comparto con el Registrador el carácter abusivo de la cláusula resolutoria, teniendo en cuenta que basta que dos de cualesquiera de los plazos (en total 144 plazos mensuales), o del último de ellos, se incumpla para poder resolver la compraventa. Una resolución

automática por el incumplimiento de sólo dos plazos (además cualesquiera de ellos), o del último de ellos, habiendo un gran fraccionamiento del pago del precio, como en el presente caso, me parece excesivamente prepotente, es decir, excesivamente discrecional. Además, se estipula la notificación sin más por parte del vendedor de dar por resuelto el contrato de compraventa, lo que viola directamente el artículo 1.504 del CC que exige que sea judicialmente o por acta notarial. Por lo que respecta a los intereses pactados, es difícil hacer una valoración sin conocer el cuadro de amortizaciones que se acompaña a la escritura de compraventa. Para considerar que una cláusula penal sea abusiva habrá que estar a si la cantidad establecida excede sustancialmente de los daños y perjuicios que previsiblemente puedan ocasionarse (así el art. 21 del tercer Anteproyecto sobre «Condiciones generales»). En el caso presente, sin lugar a dudas, la pena resultante por un posible incumplimiento resulta excesiva, teniendo en cuenta que el vendedor puede quedarse con la mitad del precio pagado hasta el momento de la resolución (aunque no puede exceder del 20 por 100 del precio total de la compraventa, que es de 35.000.000 de pesetas por cada año transcurrido desde la firma del contrato).

VII. LA APLICACION DEL ARTICULO 10 Y SUS DIFICULTADES EN EL AMBITO REGISTRAL

1. LOS ÁMBITOS SUBJETIVO Y OBJETIVO

El ámbito de aplicación del artículo 10 está condicionado por dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo, que necesariamente ha de tener en cuenta el Registrador cuando califica el contenido clausular de trascendencia real de una escritura pública que se presenta para su inscripción. Ha de saber que una de las partes en el contrato de adhesión debe tener al mismo tiempo la condición de consumidor. Y que las cláusulas calificadas cumplan con las características de las condiciones generales.

El Registrador se encuentra bastante limitado en los medios para poder calificar que en una escritura pública se dan estos dos requisitos, porque, por norma general, no se indican en las escrituras estas características, que, sin embargo, son de vital importancia para la aplicación del artículo 10. En su tarea de calificación tiene a su alcance sólo la escritura pública objeto de inscripción. Como señala GÓMEZ GÁLIGO, no puede acudir en la calificación a datos extrarregistrales; no puede desempeñar un papel activo en la investigación; no puede basarse en meras presunciones; y tampoco puede tener en consideración circunstancias que no son demostrables en el proce-

dimiento registral (53). «El Registrador —dice LACRUZ BERDEJO— juzga con arreglo a los datos que suministra la parte, pero además —y en esto se distingue del Juez— con arreglo a los antecedentes que constan en el Registro. Mas ahí termina el material a tener en cuenta por él: en particular no puede introducir en su razonamiento el conocimiento que hubiera obtenido particularmente sobre la verdadera situación de los derechos cuyo registro se solicita, y mucho menos tiene el deber ni aun la posibilidad de emprender especiales averiguaciones en relación con posibles obstáculos que se opongan a la inscripción» (54).

Resulta, por tanto, difícil al Registrador averiguar el cumplimiento de los requisitos en la LGDCU, sobre todo la condición de consumidor de quien suscribe un contrato de adhesión atendiendo exclusivamente a los datos que puede proporcionar la escritura pública. En ésta, al menos, puede haber una referencia expresa que el contenido clausular está comprendido por condiciones generales, en virtud del párrafo cuarto *in fine* del artículo 147 del RN, según el cual «el Notario consignará, en su caso, si la minuta obedece a condiciones generales de su contratación».

El carácter restrictivo de los elementos con que cuenta el Registrador para calificar la escritura pública (relativizado en materias como Ley de Costas, coordinación Catastro-Registro, Urbanismo...) debe suavizarse en opinión de GÓMEZ GÁLLIGO, quien parte de la propia jurisprudencia registral. Según él, cuando se califica, el Registrador puede tener en cuenta la titulación presentada en el Registro, incluso la de fecha posterior, a pesar de lo establecido en el artículo 17 de la LH. Además, puede exigir la titulación complementaria. También puede acudir a las reglas generales de interpretación de los negocios jurídicos (55). Estos criterios también pueden ser tenidos en cuenta cuando en la escritura pública no existen datos para determinar que la misma ha sido aceptada por un consumidor y el contenido clausular es de condiciones generales.

Sin embargo, en la jurisprudencia registral consultada no hay criterios que nos permitan saber que estos otros elementos han sido tenidos en cuenta para la aplicación del artículo 10.

Resulta, no obstante, muy significativo que cuando se presentan varias escrituras de contenido idéntico, siendo una de las partes siempre la misma —una entidad crediticia, un promotor inmobiliario, una entidad financiera *leasing*...—, estas circunstancias parece que son tenidas en cuenta para aplicar, en su caso, el artículo 10 cuando, a juicio del Registrador, las escrituras contienen cláusulas que infringen este precepto (en este sentido

(53) *Op. cit.*, pág. 83.

(54) *Op. cit.*, pág. 129.

(55) *Op. cit.*, pág. 94.

se pueden citar las Res. de 23 y 26 de octubre de 1987; 5, 6 y 7 de febrero de 1990; 8, 9 y 10 de octubre de 1991). En la Resolución de 1 de junio de 1992 el Registrador expresamente parte de esta consideración al establecer que la LGDCU es de aplicación, atendiendo a la identidad de contenido con otras escrituras presentadas para su calificación. En realidad supone acudir a presunciones cuya utilización como instrumento de calificación es negada, sin embargo, por la DGRN. Ni siquiera la propia LGDCU parece contemplar las presunciones para deducir de las mismas que los contratos pueden estar sometidos a esta normativa.

El Registrador sólo califica lo que tiene delante, que es el documento notarial, por lo que la remisión a otros documentos le resulta totalmente indiferente [los problemas de integración que suscitan las letras *a*) y *b*) del ap. 1 del art. 10 no se dan, por tanto, en el ámbito registral]. Sólo excepcionalmente debe tener en cuenta otros documentos. Así el artículo 15 de la Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, prohíbe a los Registradores inscribir las escrituras de venta de viviendas de primera construcción o rehabilitación si no van acompañadas de testimonios de las cartas de garantía. En realidad, sólo tienen el deber de controlar que estas garantías existen (sometidas, además, al art. 11 LGDCU), ya que no son objeto de inscripción normalmente. Pero se convierten por esta obligación en colaboradores para garantizar que se concedan garantías a los adquirentes para cubrir la reparación por deficiencias en la construcción.

La LGDCU, en su artículo 1, apartado 2, considera consumidores o usuarios a quienes «adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones». También al ámbito registral llegan operaciones en las que uno de los sujetos es un destinatario final. Tal es el caso del adquirente de una vivienda para su uso personal, del deudor hipotecario en virtud de un préstamo hipotecario, del arrendatario de un *leasing* inmobiliario, del adquirente de un derecho de multipropiedad... Estos sujetos, perfectamente identificados en el mercado, no lo están en el ámbito registral, teniendo en cuenta los medios que tiene a su alcance el Registrador (curiosamente, entre las circunstancias de las inscripciones se deberá hacer constar, según la regla 9.^a del art. 51 RH, la profesión de la persona natural a cuyo favor se practique la inscripción. ¿Y la condición de consumidor, teniendo en cuenta que tiene un estatuto jurídico propio...?). Mientras no le proporcionan datos que le permiten atribuir a estos contratantes la condición de consumidor, el Registrador se tiene que guiar por otros, por ejemplo, atendiendo al bien que es objeto de adquisición o de concesión de un préstamo hipotecario (una vivienda familiar, pongamos por caso).

En principio, como ya se ha puesto de manifiesto, al Registro de la Propiedad le resulta indiferente que uno de los intervinientes en la relación

jurídica objeto de inscripción tenga la condición de consumidor si no fuera por la mayor protección que ahora le dispensa el Ordenamiento jurídico. Al Derecho inmobiliario registral le interesa la protección del tercero, con independencia de que quien aparece como titular de derechos en el Registro de la Propiedad sea consumidor o no. Quizá es en el ámbito registral donde la noción de consumidor resulta menos adecuada para determinar el ámbito subjetivo (56). Sólo por la amplitud del contenido de la calificación registral, que comprende también la legalidad de los actos dispositivos, y en virtud de que la propia LGDCU tiene, desde mi punto de vista, igualmente aplicación en el ámbito registral, la figura del consumidor como sujeto contratante ha entrado también en el Derecho inmobiliario registral, en tanto y en cuanto se le debe dispensar la protección que otorga el Derecho de las condiciones generales. GÓMEZ GÁLLIGO llega incluso a defender que con el artículo 18 y la LGDCU el sistema hipotecario dispensa una protección al consumidor «inmobiliario» (57).

La especial protección que se debe otorgar al consumidor tiene en el ámbito registral dos efectos que no se pueden desconocer. Por una parte, la suspensión o denegación de inscripción de una cláusula en el Registro de la Propiedad en virtud de la LGDCU beneficia por igual al tercero, quien, sin ser necesariamente un consumidor, recibe de esta manera, aunque sea indirectamente, la misma protección (lo que no se ha conseguido, por razones obvias, aún en el Derecho judicial español —en el que la sentencia no tiene una eficacia «ultrapartes», a diferencia de otros países— se puede conseguir indirectamente en el Derecho inmobiliario registral). Por otra, la suspensión o denegación de la inscripción de la cláusula no afecta a su validez y eficacia en la relación interpartes, ya que el Registrador no está facultado para declarar su nulidad.

Se ha puesto, y se sigue poniendo, el acento en el consumidor, pero no se puede desconocer la condición de empresario del que impone las condiciones generales (o profesional, como se dice en la Directiva sobre cláusulas abusivas de la CEE). Sobre todo como un elemento interpretativo a tener en cuenta para aplicar la LGDCU. Precisamente en las escrituras que llegan al Registro de la Propiedad quien figura normalmente como predisponente en los préstamos hipotecarios o en los contratos de adquisición de viviendas son entidades crediticias y sociedades mercantiles (58).

Los Registradores son mucho más conscientes de que las cláusulas han de reunir las características de las condiciones generales para que pueda aplicarse el artículo 10. El apartado 2 de este precepto describe con la

(56) ALFARO AGUILA-REAL lo cuestiona en general, *op. cit.*, págs 179-180.

(57) *Op. cit.*, pág. 98.

(58) Para ALFARO AGUILA-REAL la noción de empresario se revela mucho más adecuada para la aplicación de la LGDCU. *op. cit.*, pág. 180.

suficiente claridad lo que se entiende por condiciones generales. Ninguna duda debe tener el Registrador cuando así vienen señaladas como tales en la escritura pública, bien porque se ha expresado claramente en el contrato de adhesión, o bien porque así lo ha hecho saber el Notario en virtud de lo dispuesto del artículo 147 del RN (59). Fuera de estos casos, el Registrador lo tiene bastante difícil. ¿Cómo puede saber que las cláusulas han sido predispuestas y además impuestas? Dos condiciones que necesariamente han de darse a tenor del apartado 2 del artículo 10. A diferencia de la contratación privada en masa, en la que se utiliza casi siempre un formulario impreso, en el ámbito registral se parte necesariamente de un documento notarial cuyo contenido no se diferencia en nada de un contrato individual, a no ser que existan datos que indiquen que las cláusulas son condiciones generales (como consecuencia de una minuta presentada previamente). En su defecto, sólo la comparación de unas escrituras con otras, en las que el contenido clausular es el mismo, predispuesto por la misma parte contratante, previa identificación de su condición de empresario o profesional, pueden llevar al Registrador al convencimiento de que está en presencia de un contrato de adhesión, es decir, cuyo clausulado es de condiciones generales. Pero no basta que las cláusulas que son objeto de calificación hayan sido predispuestas por una parte, sino que también hayan sido impuestas a la otra parte, cuya determinación en el ámbito registral es aún más difícil. Ante la falta de otros elementos que la propia escritura pública, el Registrador se sirve, casi siempre, de la existencia de otras escrituras que se presentan al mismo tiempo para su inscripción —cuando el contenido es idéntico en todas ellas— y tiene también en cuenta la noción de empresario del que aparece como otorgante de los documentos notariales. En cualquier caso, de errar el Registrador, puede impugnarse la calificación por estos motivos.

2. ¿CUALQUIER CLÁUSULA ABUSIVA PUEDE SER OBJETO DE CALIFICACIÓN?

A lo largo de estas páginas debe haber quedado claro que propugno la aplicación del artículo 10 en el ámbito registral por lo que respecta a las

(59) ¿Es de aplicación el artículo 10 de la LGDCU también cuando ha sido el Notario quien ha redactado las cláusulas o ha ofrecido sus propios formularios? Esta cuestión la ha planteado HABERSACK en «La veracidad jurídica de los contratos documentados notarialmente» («Richtigkeitsgewahr notariell beurkundeter Verträge»), *ACP*, 1989, págs. 403 y sigs. Para este autor no cabe este control si el Notario es quien ha propuesto las condiciones generales y no las partes del contrato de adhesión, debiendo prevalecer entonces la veracidad jurídica del Notario. En el mismo sentido, pero por otras razones, concretamente porque falta la autonomía privada bilateral, ALFARO AGUILA-REAL (*op cit.*, págs. 131-133). Según este autor, la falta de una regulación equilibrada daría lugar sólo a una responsabilidad civil del Notario

cláusulas abusivas. Cuando son cláusulas abusivas las que son objeto de calificación, el Registrador puede enjuiciarlas, sin que tenga que limitarse a comprobar si la cláusula en cuestión está incluida entre las señaladas como abusivas. Por lo tanto, cuando entiende que una cláusula es contraria a la buena fe, rompe el justo equilibrio, perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor —términos utilizados por el art. 10—, la cláusula no debe ser inscrita a pesar de su trascendencia real. Para ello basta la misma escritura que es objeto de calificación, sin que tenga que recurrir a otros elementos para dictaminar el carácter abusivo de una cláusula. La facultad de poder examinar el carácter abusivo no se debe confundir con las dificultades que pueden surgir cuando se interpretan las cláusulas, aunque, insisto, para ello basta la misma escritura presentada al Registro de la Propiedad.

Se me puede oponer que esta función no corresponde a los Registradores, que es una función propia de los Tribunales. Pero no se puede olvidar el marco legal en el que opera el Registrador. El artículo 18 de la LH obliga al Registrador a entrar en la legalidad intrínseca de los documentos que se presentan para la inscripción. El control de la validez de los actos dispositivos abarca a todos aquellos actos que al menos son nulos radicalmente. Y entre los supuestos de nulidad absoluta están las condiciones generales, según se deriva claramente del apartado 4 del artículo 10 (¿cómo se va a proteger a los consumidores si no se sancionan las cláusulas abusivas con nulidad radical? ¿Acaso con la rescisión por lesión como parecen propugnar algunos...?). Sólo por el artículo 18 de la LH ya está obligado el Registrador a rechazar las cláusulas abusivas. Si no, ¿qué sentido se quiere atribuir a la expresión «validez de los actos dispositivos»?

Además, contra la objeción de que con la calificación registral sobre las cláusulas abusivas se invaden funciones típicamente judiciales cabe alegar el artículo 66 de la LH. En virtud de este precepto, los interesados podrán acudir a los Tribunales para que éstos se pronuncien sobre la validez o nulidad de la cláusula en cuestión (el precepto se refiere expresamente a la validez o nulidad del título, con lo cual está comprendido también su contenido obligacional en la medida en que se interese su inscripción, es decir, las cláusulas de trascendencia real). Así es como se procede en el Derecho registral alemán, en el que el Registrador puede denegar la inscripción de una cláusula por ser contraria a la buena fe, pero quien dictamina realmente la validez de esta cláusula, a instancia de los interesados —normalmente el predisponente—, son los órganos judiciales (puede consultarse la Sentencia del Tribunal Supremo federal de 27 de febrero de 1980, que tuvo su origen en una calificación registral, denegatoria de la inscripción de una cláusula considerada como abusiva por el Registra-

dor) (60). La opción prevista en nuestro sistema hipotecario podría convertirse en el procedimiento idóneo cuando la calificación afecta al contenido obligacional del título que se presenta para su inscripción. Con ello se obtendría seguramente una protección todavía más eficaz de los contratantes débiles. Podría, además, dinamizar la actividad judicial en materia de condiciones generales del contrato, un tanto adormecida en la actualidad.

Se me puede objetar, igualmente, que el Registrador sólo puede denegar la inscripción cuando conforme a la Ley un acto viene descrito como contrario a Derecho. Es el caso de las cláusulas abusivas de la lista negra, que es una técnica utilizada en muchas leyes de condiciones generales, en virtud de la cual se establece una lista de cláusulas que son abusivas, sin ninguna posibilidad de poder ser valoradas y que, por tanto, son nulas de por sí. Aunque la LGDCU no ha recurrido a esta técnica propiamente, sí incluye una serie de tipos de cláusulas que cuando se dan se entienden abusivas y, por consiguiente, son nulas. Pero la nulidad es predicable por igual para las demás cláusulas que son abusivas. Reducir el control de las cláusulas abusivas a las incluidas en la lista negra se convierte con el tiempo en un control inexistente, como se puede comprobar fácilmente en el Derecho comparado, ya que las empresas tratan normalmente de adoptar sus cláusulas a las exigencias del Derecho. Por otra parte, la sanción de nulidad impide que estas cláusulas puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad. Un recorrido por la jurisprudencia registral —por algo se llama jurisprudencia...— pone de manifiesto que siempre se ha realizado una función que va mucho más allá de un mero control formal de los actos jurídicos, realizando en multitud de ocasiones una función judicial o, mejor dicho, una función «cuasi» o «parajudicial», que es la tesis predominante entre los hipotecaristas a la hora de determinar qué función se cumple cuando se califica (61), perfectamente defendible también después de la Constitución de 1978 (62). Si lo ha realizado cuando los actos son individuales, ¿por qué la DGRN ahora niega esta función a los Registradores

(60) *Vid.* K. J. ALBIEZ DOHRMANN, «Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre la buena fe en las condiciones generales (art 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales del Contrato)», *ADC*, 1989, *op. cit.*, págs. 883-884.

(61) No hay Registrador que no lo ha tratado. Para todos, no obstante LÓPEZ MEDEL, quien ha tratado con amplitud qué funciones cumple el Registro de la Propiedad en una organización jurídica en su obra *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, 3.ª ed., Madrid, 1991. Para él, está claro que cumple una función jurisdiccional, sea especial o no, lo que depende de cómo se concibe la jurisdicción voluntaria. «Si nuestros preceptos hipotecarios estuviesen en el Código Civil, se vería más fácil cómo el Registrador actúa en funciones de jurisdicción, pero en una función especializada, por los derechos y por las consecuencias de ellos, cuando el tráfico inmobiliario puede poner en peligro la seguridad jurídica general» (pág. 231).

(62) Así lo ha puesto de manifiesto muy claramente LACRUZ BERDEJO en su dictamen realizado, *op. cit.*

cuando son contratos de adhesión? ¿Cómo es que no se puede incardinar el artículo 18 de la LH en el artículo 10 de la LGDCU cuando éste prevé en su apartado 4 la nulidad, que es radical? La jurisprudencia registral ha servido a lo largo de decenios para reconducir en multitud de ocasiones el Derecho contractual a su verdadera esencia. Y ello por las amplias facultades que siempre se ha atribuido a los Registradores para entrar en los actos jurídicos, al menos para controlar la nulidad sustantiva de los mismos. De este modo, la DGRN ha podido incidir con sus resoluciones en la formación del Derecho contractual. Sería enormemente positivo para el Derecho de las condiciones generales que esta labor se continuara, ya que como última instancia en el orden registral la DGRN puede no sólo encauzar un sector importante de la contratación, controlando las cláusulas contrarias a Derecho, sino también puede tecnificar las condiciones generales —tarea mucho más difícil— fijando criterios de cómo deben redactarse las cláusulas para no perjudicar a los consumidores. La base legal existe a tenor de los dos preceptos citados para que el Registrador entre a valorar las cláusulas abusivas. Negar esta facultad supone una interpretación del artículo 18 de la LH que no corresponde en absoluto con la línea mantenida por la DGRN. Y supone que la nulidad tiene entrada en el Registro de la Propiedad cuando son condiciones generales abusivas. Un planteamiento distinto va contra algo tan fundamental, también para el Registro de la Propiedad, como es la seguridad en el tráfico jurídico.

Se me puede argumentar, finalmente, que el Registrador debe estar fundamentalmente a los criterios estrictamente hipotecarios. Y son muchas las resoluciones que con base en criterios exclusivamente hipotecarios suspenden o deniegan la inscripción de determinadas cláusulas (sobre todo sobre la base del principio de especialidad o determinación). Pero una buena técnica jurídica, cuando hay otra normativa distinta de la hipotecaria que incide por igual en lo que es objeto de calificación, requiere tenerla presente, como también se tienen presentes siempre los artículos 1.255, 1.256, 1.258 y 1.288 del CC cuando se trata de cláusulas negociadas o individuales. Por la misma razón no se puede desconocer el artículo 10, que parece más ser, para muchos, una norma complementaria, cuando constituye en realidad una norma fundamental del Derecho de la contratación (es cada vez más común la afirmación de que el Derecho de la contratación hay que reconducirlo al Derecho de las condiciones generales). Cuestión muy distinta es que en la misma legislación hipotecaria se preste una mayor atención a las cláusulas que mayor incidencia tienen en el tráfico jurídico para proteger así más eficazmente a los contratantes débiles. Una protección sectorial es cada vez más necesaria, pudiendo ser la legislación hipotecaria un instrumento legal más para combatir las cláusulas abusivas, dado que, cada vez más, hay cláusulas que se redactan con la finalidad de que accedan al Registro de la Propiedad.

3. ¿ENTRAN EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10 CLÁUSULAS QUE AFECTAN AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL?

Nunca me hubiera imaginado que la aplicación del artículo 10 pudiera plantearse cuando se trata de un régimen de propiedad horizontal si no fuera por el sugerente dictamen de SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA con motivo de una cláusula de escritura de obra nueva y división horizontal (63). La cláusula en concreto era la siguiente: «Los departamentos del edificio que no se hubieren vendido por la entidad mercantil X, S.A. (promotora del edificio), mientras no permanezcan en posesión de dicha sociedad no contribuirán a los gastos de reparación, conservación o entretenimiento del portal de entrada a las viviendas y escaleras de acceso, así como a ningún otro gasto que se genere por la utilización de elementos comunes». En el hipotético caso de que se solicitase su inscripción en el Registro de la Propiedad, ¿podría denegarla el Registrador sobre la base del artículo 10? SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA lo analiza en cuanto a la autorización de la escritura por el Notario, proponiendo que no procede, entre otras razones, por «oponerse frontalmente al criterio constitucional y legal de protección y defensa del consumidor, que el Notario no puede obviar en ningún caso a la hora de formular el juicio previo de legalidad que el artículo 145 del RN le impone» (64). No hay que dudar del carácter abusivo de esta cláusula, lo que me parece evidente, como lo subrayan SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA y ALFARO AGUILA-REAL (65), pero no comparto que este control pase por la aplicación directa o analógica del artículo 10. Y ello por una razón elemental: las cláusulas que contiene una escritura de declaración de obra nueva y división horizontal no son condiciones generales, como tampoco es un contrato de adhesión. La formulación de esta cláusula, aunque tenga una vigencia temporal, tiene por objeto la regulación de un régimen de comunidad que, como tal, no se puede encuadrar en la figura del contrato de adhesión; y por la misma razón, las cláusulas que se insertan no son condiciones generales. ¿Acaso lo son las cláusulas societarias de un contrato de sociedad? No deja de ser llamativo que la legislación en materia de condiciones generales excluye expresamente del ámbito los contratos sometidos al Derecho de sociedades (66), criterio igualmente predicable cuando se trata de comunidades contractuales más o menos complejas. La imposición,

(63) «Dictamen: Estatutos de propiedad horizontal, abuso de derecho, defensa de los consumidores», *RCDI*, 1988, págs. 1647 y sigs

(64) *Idem*, pág. 1669.

(65) *Op cit*, pág. 119, nota 16, a pie de página.

(66) Así la Directiva sobre cláusulas abusivas (art. 2), la Ley alemana de las condiciones generales del contrato (art. 23 1), los Anteproyectos españoles de 1988 y 1991 sobre condiciones generales (arts. 2-3 respectivamente), etc.

por una parte —el promotor inmobiliario—, y la adhesión sin más por los adquirentes de las viviendas —destinatarios finales— del contenido de la escritura de obra nueva y división horizontal no son razones suficientes para la aplicación del artículo 10. Distinto es que esta cláusula se inserte también para todos los contratos de adquisición de las viviendas. Entonces procede el control de acuerdo con la LGDCU. Pero la presente cláusula se concibe como una norma estatutaria que, como tales, dan lugar a un régimen de comunidad muy singular, cuya regulación jurídica, además, está condicionada por una normativa especial, cual es la Ley de Propiedad Horizontal. La aceptación de estas normas implica la integración en un régimen jurídico *sui generis* del que forman parte tanto quien han redactado previamente las mismas como los demás que adquieren una vivienda o un local en el edificio. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 23 de mayo de 1984 (RA 2544), de modo muy meritorio explica en el antepenúltimo Considerando que «no se debe confundir tres figuras distintas y perfectamente diferenciadas: el negocio jurídico de compraventa del piso o local, el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal y los estatutos...» «Estos tres conceptos pueden concurrir, tal acontece cuando en el título se contienen los estatutos y a su vez aquél se incorpora en todo o en parte al contrato de compraventa, lo que no les priva de su individualidad ni de su caracterología y, desde luego, no provoca que el título pueda calificarse de contrato de adhesión, naturaleza jurídica ésta que podría tener la compraventa de los pisos y locales, mas no dicho título constitutivo que carece de carácter negocial, en cuanto su naturaleza jurídica es la de un acto mixto real y convencional». Con independencia de las tesis contractualistas, que también imperan cuando las comunidades de bienes son más complejas, cualquier lesión de los derechos de los adquirentes (futuros), por lo que se refiere al régimen de comunidad, debe ser resuelta por la legislación especial, en este caso la Ley de Propiedad Horizontal —directamente o por analogía—, y con carácter subsidiario por las normas generales del CC. Es decir, incluso si se llegase a compartir las tesis contractualistas de este tipo de cláusulas, la legislación especial es la que determina la validez de las mismas. Por ello, una vez dictaminado que la cláusula es abiertamente contraria a la regla 5.ª del artículo 9 de la LPH, como propugna SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, resulta contradictorio que después se quiera aplicar por igual el artículo 10 de la LGDCU, precisamente por referirse aquélla a un régimen especial no trasladable a las relaciones jurídicas que contempla éste (sin que ello suponga prejuzgar el carácter especial de la LGDCU, cuestión compleja que no puede tratarse aquí). Estos criterios, a mi entender, deben regir también cuando corresponde al Registrador examinar normas estatutarias contenidas en la escritura de constitución de la propiedad horizontal, debiendo denegar su inscripción cuando son contrarias a Dere-

cho, pero no con base en la LGDCU, al faltar un requisito de aplicación —el requisito objetivo— y existir, en todo caso, un régimen legal especial que es el que prevalece.

4. ¿Y LAS CLÁUSULAS QUE AFECTAN AL RÉGIMEN DE MULTIPROPIEDAD?

La aún mayor complejidad de la multipropiedad, en sus múltiples facetas jurídicas, aconseja que una Ley especial se ocupe de sus problemas específicos, además por la necesidad de ofrecer una protección más intensa y eficaz a los que optan por esta forma de propiedad compartida. Mientras habrá que estar a las normas generales del Ordenamiento jurídico. Me cuestiono nuevamente si procede la aplicación del artículo 10, defendible para mí sólo cuando las condiciones generales están contenidas en los contratos de compraventa en virtud de los cuales se adquiere un derecho de multipropiedad. Pero por lo que respecta a las normas de funcionamiento, deben ser tenidos en cuenta los preceptos de instituciones afines, como la propia Ley de Propiedad Horizontal, cuando se refieren, por ejemplo, a la designación de administradores, reservándose el promotor-vendedor esta facultad, incluso designando de antemano una persona determinada... (67). No deja de ser significativo que en el ámbito comunitario la última proposición de la Directiva sobre cláusulas abusivas, de 24 de marzo de 1992, ya en vigor, haya eliminado cualquier referencia a la multipropiedad. Aparte de la especificidad de su régimen jurídico —principal razón aducida por

(67) A favor de la aplicación del artículo 10 de la LGDCU, sin mayores distinciones, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS en su ponencia «La protección de los consumidores ante el *Time-Sharing*. técnicas de promoción y venta, condiciones contractuales, régimen de intercambio, garantías de conservación y mantenimiento», presentada en el I Congreso Internacional sobre Multipropiedad y Defensa de los Consumidores, celebrado en Torremolinos los días 7 y 8 de mayo de 1992. Esta ponencia viene recogida en el *BICNGR*, núm. 137, 1992, págs. 1325 y sigs. Ninguna reflexión hace HERRERO GARCÍA sobre la incidencia de las cláusulas en el ámbito registral, analizando la protección sólo con carácter general, en su monografía «La multipropiedad», Madrid, 1988, págs. 50 y sigs. Tampoco PAU PEDRÓN, en su conferencia «Aspectos notariales y registrales de la multipropiedad de inmuebles en el tiempo», refiriéndose exclusivamente a las cláusulas propiamente estatutarias (publicada en «Jornadas técnicas sobre multipropiedad de inmuebles en el tiempo ("time sharing")», por el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de España, 1988). Igualmente no hay ninguna consideración sobre este punto en el estudio de LUZÓN CÁNOVAS sobre «Publicidad y técnicas de venta en multipropiedad. La protección del adquirente». *PJ*, núm. 30, 1993, págs. 65 y sigs., en particular págs. 68-70. El último trabajo que yo conozco sobre la multipropiedad se centra sobre todo en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, dejando al margen esta cuestión, realizado por DE PABLO CONTRERAS, «El aprovechamiento de inmuebles por turnos ("multipropiedad") en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios del Ministerio de Justicia», *AC*, 1993, tomo I, Sección doctrinal, págs. 63 y sigs.

quienes propusieron la supresión de la letra g) del anexo de cláusulas abusivas—, cuando se trata de cláusulas impuestas que tienen por objeto regular las relaciones entre los que forman la propiedad a tiempo compartido y su funcionamiento no son condiciones generales según el artículo 10 de la LGDCU. En el mismo sentido debe proceder el Registrador: tener en cuenta las instituciones más afines al régimen de propiedad compartida y, en su caso, el artículo 10 de la LGDCU para las condiciones generales que propiamente forman parte de los contratos onerosos para la adquisición del derecho de multipropiedad.

VIII. LOS EFECTOS QUE PRODUCE LA VULNERACION DEL ARTICULO 10 EN EL AMBITO REGISTRAL

El artículo 10 determina en el apartado 4 la nulidad de las condiciones generales que vulneran este precepto. En principio, esta sanción tiene en el ámbito registral el efecto de la denegación de la inscripción cuando la condición general tiene al mismo tiempo trascendencia real. La nulidad supone una falta insubsanable, lo que impide que cualquier acto dispositivo, inclusive las cláusulas de trascendencia real, tenga acceso al Registro de la Propiedad. La denegación de una condición general para su inscripción, por ser contraria a Derecho, se basa, en primer lugar, en la legalidad que debe defender el Registrador; en segundo lugar, en la propia seguridad del tráfico jurídico; y en tercer lugar, por la protección que se dispensa a los terceros. Ni siquiera la inscripción convalida el acto dispositivo contrario a Derecho, como dispone claramente el artículo 33 de la LH.

No obstante, habría que preguntarse si con la denegación se obtiene realmente una tutela efectiva de los contratantes débiles o si sería mejor la suspensión de la inscripción aun cuando se trate de cláusulas nulas. Es más, una denegación o una suspensión de la inscripción de una cláusula puede desvirtuar el contrato que sirve de base para la calificación, incluso la voluntad contractual, aunque se trate de una voluntad impuesta por el pre-disponente. En estos casos, quizá, sería mejor que la suspensión o la denegación afectase a toda la escritura. Para GÓMEZ GÁLLIGO no existe ninguna duda de que «la LGDCU regula un supuesto específico de calificación denegatoria que afectará a aquellas cláusulas abusivas para el consumidor». «Se trata en todos los casos de faltas insubsanables, pues son determinantes de una nulidad absoluta por sanción expresa de la Ley» (68). Los perjuicios que pueden causarse a los consumidores cuando se deniega la inscripción no son tales si se opta por la inscripción de los demás derechos y estipu-

(68) *Op cit*, pág 98.

laciones —la llamada inscripción parcial—, tal como lo prevé el artículo 434.4 del RH. El único problema es que, como se ha señalado, puede no responder a la voluntad contractual del predisponente. En este caso quizá sea más aconsejable la suspensión de la inscripción, pero de toda la escritura presentada al Registro. No obstante, se salva este problema, en cuanto para poder inscribir el contrato, una vez excluidas las cláusulas contrarias al artículo 10, exista conformidad por quien solicita la inscripción, según establece el artículo 434.4 del RH.

Por otra parte, a pesar de la denegación de la inscripción, la cláusula va a seguir produciendo efectos interpartes, por lo que la protección no es total, debiendo el contratante perjudicado dirigirse, en todo caso, a los Tribunales para obtener la declaración de nulidad si entiende que la cláusula es abusiva. Sólo entonces deja de tener una eficacia vinculante para el contratante débil que ha contratado con el predisponente, debiéndose estar, entonces, a los mecanismos de integración del contrato (69). Pero al menos tiene a su favor un primer pronunciamiento contrario a la validez de la cláusula cuya inscripción ha sido denegada por ser abusiva. Como subraya AMORÓS GUARDIOLA, «la calificación negativa de parte del contrato priva de legitimación para el tráfico jurídico a las cláusulas excluidas y sirve de advertencia a los intereses (partes y terceros) respecto a su ilegalidad e ineficacia» (70).

Ciertamente, con la suspensión o denegación de la inscripción de una cláusula se pueden causar unos gastos, normalmente a cargo del consumidor, cuando se pretende nuevamente su inscripción mediante la escritura de rectificación, o, cuando se ha suspendido la inscripción, mediante la escritura aclaratoria. El interés del consumidor de obtener la contraprestación principal le puede llevar a aceptar una escritura de rectificación o aclaratoria que disponga o subsane lo que ha sido denegado por el Registrador. No sería equitativo que asumiera el consumidor los gastos que ello acarrea cuando la suspensión o la denegación tuviera su origen en una infracción provocada por el propio predisponente. En este caso debería existir una norma específica que obligase a los predisponentes a pagar los gastos que se causen por el otorgamiento de la escritura de rectificación o aclaratoria. Mientras, el consumidor sólo tiene la posibilidad de dirigirse a los Tribunales para reclamar lo desembolsado sobre la base de que el predisponente ha actuado «abusivamente».

Con la denegación de la inscripción de una o varias cláusulas puede suceder que el contrato de adhesión inscrito ya no responda a los intereses del predisponente, pudiendo dar lugar a que no tenga interés siquiera en la inscripción del título presentado. En este caso es mejor la suspensión o

(69) *Vid* ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 354 y sigs.

(70) «El *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 923

denegación de la misma escritura que contiene el contrato de adhesión. Pero esto sucederá en muy pocas ocasiones, ya que raramente una cláusula afecta al interés principal del predisponente, quizá cuando por ella se altera la garantía que necesita el acreedor o queda fuera del Registro una cláusula de sustancial importancia para el contrato. En este sentido, es significativa la Resolución de la DGRN de 24 de abril de 1992, según la cual «el funcionario calificador tiene que denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento si entiende que las cláusulas que no deben acceder al Registro inciden en el total contexto pactado por las partes. Pero lo que no puede hacer es alterar su contenido y transformar, como en este caso, una hipoteca que garantiza intereses variables en otra que sólo garantiza intereses fijos, inscribiendo lo que las partes no estipularon en la escritura pública».

Soy consciente de que la protección que se puede dispensar al consumidor mediante el control registral es bastante reducida, teniendo en cuenta que la mayoría de las cláusulas no se inscriben por su carácter personal.

Se puede cuestionar si la denegación también procede cuando es por infracción del apartado 1, letra *a*), del artículo 10. En principio, dado el tenor literal del apartado 4, cuando una cláusula es oscura, imprecisa o excesivamente compleja para la comprensión del contratante débil debe ser calificada como una cláusula nula. Esta es también la interpretación de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, para quien la nulidad se aplica a los casos de total oscuridad o incomprendibilidad de las cláusulas (71). En el ámbito registral tiene como consecuencia, de seguir esta tesis, la denegación de las cláusulas que no se ajustan a estos requisitos. Por lo tanto, es una falta insubsanable. Pero también se argumenta que estas cláusulas no llegan siquiera a integrarse en el contrato (72), con lo cual no es necesaria la sanción de nulidad. Lo que no se integra en una relación jurídica no puede ser objeto de una sanción jurídica. Ello tendría como consecuencia que la cláusula contraria al apartado 1, letra *a*), no podría inscribirse en el Registro de la Propiedad, pero siempre sería susceptible de subsanación.

Hay quien piensa que la nulidad que prevé el artículo 10 debe considerarse más bien como un supuesto de rescisión por lesión (73). De ser así, las cláusulas abusivas no pueden ser objeto de calificación, ya que la jurisprudencia registral es unánime en que la rescisión por lesión queda fuera del ámbito de la actividad calificadora al referirse el artículo 18 de la LH a la validez de los actos dispositivos, con lo cual podrían siempre inscribirse. En

(71) «Comentarios a la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *op. cit.*, pág. 340.

(72) *Vid.* COCA PAYERAS, «Comentarios a la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *op. cit.*, págs. 236 y sigs.

(73) Así ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 457-461.

todo caso, al menos yo lo entiendo así, la nulidad que prevé el artículo 10 es una nulidad especial, pero nunca una rescisión por lesión.

En la mayoría de las veces, cuando se declara el carácter abusivo de una cláusula, la nulidad no afecta a todo el contrato, sino sólo a la cláusula en cuestión. Es la llamada nulidad parcial (74), plenamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia. En consecuencia, cuando es el Registrador quien califica una cláusula como nula, la suspensión o denegación de la inscripción no ha de afectar a todo el contrato, sino exclusivamente a la cláusula dictaminada. También cuando entiende que la cláusula no se integra en el contrato. En cualquier caso, ello no impide la inscripción del resto del contrato que sea trascendente para el Registro de la Propiedad, a no ser que se den los presupuestos de la Resolución de 24 de abril de 1992.

La inscripción parcial está expresamente prevista en el RH, con lo que se da una respuesta, en el ámbito registral, a aquellos actos jurídicos cuya nulidad es parcial. Dispone el párrafo 4 del artículo 434 del RH: «Cuando la suspensión o denegación afecte solamente a algún pacto o estipulación..., en la nota deberá expresarse la causa o motivo de la suspensión o denegación, salvo que el representante o el interesado hayan manifestado su conformidad en que se despache el documento sin esa estipulación o pacto o hubieran desistido de que se practique operación alguna respecto de la finca o derecho a los que el defecto se refiera...» (en este sentido también la Res. de 24 de abril de 1992). Sobre esta base legal el Registrador tiene siempre la facultad de admitir la inscripción parcial de la escritura, mientras no se altere con ello la voluntad contractual, cuando alguna cláusula es contraria a Derecho, como las cláusulas imprecisas y las abusivas en el marco del artículo 10 de la LGDCU.

K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

(74) *Vid*, en especial, RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Ed Lex Nova, Valladolid, 1993

Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada (*)

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—1. La disolución y la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada en el Derecho español vigente.—1.1. La Ley de 17 de julio de 1953.—1.2. La reforma del artículo 30 L.S.R.L. por la Ley 19/1989, de 25 de julio.—2. La disolución y la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada en el Anteproyecto de Ley de 1993.—II. LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD.—1. Las causas de disolución.—2. La «constatación» de determinadas causas.—3. La reactivación de la sociedad disuelta.—III. LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD.—1. Hacia una liquidación ágil y rápida.—2. La tutela de acreedores y de socios.—2.1. La tutela de los acreedores sociales.—2.2. La tutela de los socios.—IV. LA SUSPENSION DE PAGOS Y LA QUIEBRA.—1. Los «errores persistentes».—2. La postergación legal de créditos.—2.1. La «concepción societaria» y la «concepción concursal».—2.2. Las fases de elaboración del régimen jurídico proyectado.—2.3. La prevalencia de la «concepción societaria».

I. INTRODUCCION

1. La disolución y la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada en el Derecho español vigente

1.1. *La Ley de 17 de julio de 1953*

Como es sabido, la Ley de 17 de julio de 1953, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, dedicaba a la disolución y a la liquidación el Capítulo VII, integrado únicamente por tres artículos (arts. 30 a 32): el primero de ellos enumeraba las causas de disolución total

(*) Texto de la conferencia pronunciada en Madrid, en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el 4 de octubre de 1993.

de la sociedad, con reproducción de las contenidas en la Ley de 17 de julio de 1951, sobre Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas (art. 150); el segundo regulaba la exclusión de socios como supuesto de disolución parcial; y el tercero contenía una remisión a lo dispuesto en la escritura de constitución y en el Código de comercio para la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada.

La mera lectura del Capítulo VII ponía de relieve no sólo la insuficiencia, sino también la deficiencia normativa. Como ha escrito L. CARLÓN, quizá fuera éste uno de los capítulos más deficientes de la Ley de 1953. Probablemente el aspecto más criticable era —y es— esa remisión a la escritura y al Código de Comercio de toda la materia relativa a la liquidación de la sociedad (art. 32 L.S.R.L.). En la práctica española no es infrecuente que la escritura o los estatutos sociales carezcan de normas sobre esta materia, razón por la que el régimen jurídico de la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada queda íntegramente remitido al Código de Comercio (arts. 227 y sigs.), cuya regulación «muestra una muy escasa protección a los acreedores por considerar la liquidación como un asunto de interés exclusivo de los socios».

1.2. La reforma del artículo 30 L.S.R.L. por la Ley 19/1989, de 25 de julio

Ni el Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la Legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, de 1987, ni el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno modificaban el contenido de este Capítulo, limitándose a cambiar la numeración del mismo —de Capítulo VII a Capítulo VIII—, como consecuencia de la introducción de un nuevo Capítulo previo sobre fusión y escisión, de contenido remisorio. Esta falta de reforma del régimen jurídico de la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada podía explicarse por cuanto que la materia tampoco experimentaba variación alguna en la Ley de Sociedades Anónimas. Sin embargo, carecía por completo de explicación la falta de reforma del régimen jurídico de la disolución de la sociedad de responsabilidad limitada, dada la sustancial modificación de la enumeración legal de las causas de disolución de la sociedad anónima y, en general, del régimen legal de la disolución (art. 6.º del Proyecto).

Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley se eliminó este defecto en el Congreso de los Diputados, mediante la extensión de la reforma al artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, aceptando una enmienda del Grupo socialista (enmienda número 349) por la que se daba la siguiente redacción a dicho artículo 30:

«La sociedad de responsabilidad limitada se disolverá por las mismas causas y con los mismos efectos que la sociedad anónima».

Esta redacción se mantendrá en el Senado. De este modo, de las tres materias que integran el Capítulo VIII de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sólo la relativa a la disolución total de la sociedad experimentó modificación respecto de la versión originaria de 17 de julio de 1953.

El nuevo artículo 30 tiene el indudable mérito de unificar la enumeración de las causas de disolución de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada; pero, al lado de este aspecto positivo, presenta el inconveniente de abrir un delicado problema de interpretación. En efecto, con gran economía legislativa, el nuevo artículo 30 contiene una remisión al régimen jurídico de las sociedades anónimas tanto por lo que se refiere a las causas de disolución como por lo que se refiere a los efectos de esa disolución. Sin duda alguna, al señalar que la sociedad de responsabilidad limitada se disolverá por las mismas causas y con los mismos efectos que la sociedad anónima, la Ley pretende que no exista diferencia sustancial entre el carácter de las distintas causas de disolución por razón de la sociedad afectada y, sobre todo, que cualquier interesado pueda solicitar la disolución judicial de la sociedad de responsabilidad limitada en los mismos casos que respecto de la sociedad anónima (ver art. 262.3 L.S.A.), pesando la obligación de esa solicitud sobre los administradores de la sociedad cuando el acuerdo social, en Junta general de socios o fuera de ella (art. 14 L.S.R.L.), fuese contrario a la disolución o no pudiese ser logrado (ver art. 262.4 L.S.A.), con responsabilidad solidaria por las obligaciones de la sociedad a cargo de los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando el acuerdo hubiere sido contrario a la disolución (ver art. 262.5 L.S.A.). Por ello, carecen de fundamento las dudas y vacilaciones de algunos jueces y magistrados acerca de si esa responsabilidad solidaria de los administradores es o no aplicable a los administradores de sociedades de responsabilidad limitada.

Con todo, forzoso es reconocer que la nueva previsión normativa según la cual las sociedades de responsabilidad limitada se disuelven «con los mismos efectos» que las sociedades anónimas (art. 30) parece estar en contradicción con la vieja previsión normativa, todavía vigente, según la cual la liquidación de estas sociedades se rige por lo dispuesto en la escritura y en el Código de Comercio (art. 32). Esta aparente contradicción puede salvarse —siguiendo a J. BOLÁS— si se entiende que la Ley de Sociedades Anónimas se aplica al régimen de la disolución y a la apertura

de la liquidación como efecto de la disolución (con lo que también será de aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada el artículo 266 L.S.A., de manera que la liquidación propiamente dicha, como efecto de la disolución, no será necesaria en el caso de cesión global del activo y del pasivo), mientras que el nombramiento de liquidadores, el estatuto jurídico de los mismos y el procedimiento liquidatorio quedan sujetos a lo previsto en la escritura social y en el Código de Comercio.

2. La disolución y la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada en el Anteproyecto de Ley de 1993

Al afrontar la reforma global del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada, el principal problema que, en materia de disolución y liquidación, se planteaba a la Ponencia especial designada en 1990 por el Ministro de Justicia en el seno de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, era el de encontrar un punto de equilibrio entre dos principios básicos de política legislativa: de un lado, el de facilitar la extinción de sociedades, del mismo modo que se facilitaba la constitución de las mismas; de otro, el de respetar, con la máxima fidelidad posible, respecto de la sociedad de responsabilidad limitada, aquellas partes de la Ley de Sociedades Anónimas que habían sido objeto de reforma por la Ley 19/1989, de 25 de julio.

Ciertamente, en la realidad española la frecuencia de sociedades extintas no canceladas constituye motivo de meditación sobre la necesidad de articular un régimen jurídico suficientemente ágil y flexible para facilitar la extinción de la sociedad, sin mengua de la tutela de acreedores y de socios. La prevista disolución de pleno derecho y cancelación de oficio de los asientos correspondientes a las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada que no hayan presentado a inscripción registral el aumento del capital social hasta el mínimo legal o el acuerdo de transformación dentro del plazo legalmente establecido (disp. trans. 6.^a Ley 19/1989, de 25 de julio), «limpiará» el Registro Mercantil, eliminando un elevado número de sociedades (algunas de las cuales —muy pocas— pasarán a ser irregulares sobrevenidas), pero no eliminará la duda acerca de si la falta de cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para la extinción de la sociedad se debe única y exclusivamente a desidia de los interesados o si, en alguna medida, es la complejidad de la normativa aplicable la razón de esa falta de cumplimiento de los requisitos legales.

El propósito de establecer un adecuado régimen de la liquidación de las sociedades de capital chocaba, sin embargo, con la tarea encomendada a la

Ponencia, que no era sino la de elaborar una nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para sustituir a la muy insuficiente Ley de 17 de julio de 1953. Se podía, pues, establecer un régimen jurídico de la liquidación de esa forma híbrida que es la sociedad de responsabilidad limitada, pero no se podía incidir en el régimen jurídico de la liquidación de la sociedad anónima. Partiendo de la coexistencia de dos leyes especiales, lo correcto en el plano teórico hubiera sido establecer un régimen general de la liquidación de las sociedades de capital, en la Sección segunda del Capítulo IX de la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 266 a 281), limitándose Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada a un artículo de remisión, en el que se contuvieran únicamente aquellas especialidades que se juzgase conveniente introducir. Pero esta primera posibilidad estaba vedada a la Ponencia.

Se podía, como alternativa, seguir el modelo de la Ley 19/1989, de 25 de julio, es decir, remitirse a la Ley de Sociedades Anónimas en lo relativo al régimen jurídico de la disolución, separándose de dicho modelo en la parte relativa a la liquidación, la cual, en lugar de regirse por lo establecido en la escritura social y en el Código de Comercio, pasaría a regirse por las normas a introducir en la Ley especial, confiando en que este régimen pudiera servir de modelo en su día a la también proyectada Ley General de Sociedades mercantiles. Pero tampoco esta segunda solución llegó a abrirse camino. En su lugar se optó por la regulación global tanto de la disolución como de la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada, con lo que, de mantenerse esta solución en la futura Ley, se producirá la coexistencia de dos normativas de la disolución y de la liquidación para las sociedades de capital —una aplicable a la anónima y a la comanditaria por acciones, y otra a la sociedad de responsabilidad limitada— sin que existan razones de fondo suficientes que justifiquen esa diversidad de régimen jurídico.

Esta posible incoherencia del Derecho español es consecuencia del proceso de reforma del Derecho societario: en lugar de la reforma parcial y la adaptación del régimen jurídico de la sociedad anónima, seguida ahora de una nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, hubiera sido deseable una Ley General de Sociedades Mercantiles, en la que —como acontece, por ejemplo, en el Derecho portugués (arts. 141 a 165 del «Código das Sociedades Comerciais», aprobado por Decreto-Ley 262/1986, de 2 de septiembre)— pudiera contarse con un régimen general de la disolución y de la liquidación, sin perjuicio de las especialidades oportunas en las distintas formas sociales. Los responsables de la reforma quizás no fueron suficientemente conscientes de que la dispersión normativa del Derecho de las sociedades mercantiles —contenido básicamente en un Código de Comercio, cuyas concepciones fundamentales hace tiempo que han sido supe-

radas, y en las Leyes especiales de Sociedades Anónimas y de Sociedades de Responsabilidad Limitada —no sólo obligaba a reiterar conjuntos normativos y a acudir a las siempre peligrosas remisiones, sino que podía ocasionar —como se comprueba en las materias ahora analizadas— la coexistencia injustificada de normativas de distinto contenido. Si se persiste en la idea de una nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, posponiendo para un futuro indeterminado la necesaria Ley General de Sociedades Mercantiles, la denunciada coexistencia sólo podrá evitarse extendiendo el ámbito de la proyectada Ley especial hasta convertirla —y hay base para ello (V. disposiciones adicionales)— en la Ley de segunda reforma parcial y adaptación, en la que, entre otras normativas de vocación general se contenga un nuevo régimen de la disolución y de la liquidación de las sociedades anónimas —o, al menos, de la liquidación—, el cual, por remisión, se declararía aplicable en lo sustancial a las sociedades de responsabilidad limitada con las especialidades indispensables.

Pues bien, en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993, la materia ahora contenida en el Capítulo VIII de la Ley especial se divide en dos Capítulos distintos. El actual artículo 31 sobre disolución parcial ha servido de germen del Capítulo IX, que regula con criterio quizá demasiado tradicional la separación y la exclusión de socios (arts. 99 a 106): la exclusión de socios —tema del que ahora no podemos ocuparnos— consigue así emanciparse de la disolución propiamente dicha, rompiendo las amarras con aquella concepción del Código de Comercio que está presente en la Ley de 1953; los artículos 30 y 32, por su parte, han generado las dos primeras secciones del Capítulo X, cuyo objeto es la disolución total y la liquidación de la sociedad (arts. 107 a 127). Se trata de una normativa no sólo más extensa que la contenida en la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sino también más extensa que la contenida en la Ley de Sociedades Anónimas. Es también —como a continuación se verá— una normativa más ágil y adecuada que aspira a solucionar los principales problemas que conoce la práctica.

II. LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD

La decisión de regular la disolución de la sociedad de responsabilidad limitada animó a los miembros de la Ponencia redactora del Anteproyecto de Ley a ensayar una disciplina basada en la existencia de distintas «formas de disolución»: disolución de pleno derecho, disolución por simple acuerdo social (adoptado con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos sociales), disolución por causa legítima, legal o estatutaria, previa constatación de la misma por acuerdo de la Junta general

o por resolución judicial, y disolución por acuerdo social en caso de quiebra. Como ha señalado E. BELTRÁN, no existe un régimen jurídico homogéneo de la disolución, sino un régimen propio para cada «forma de disolución», con problemas distintos en cada una de ellas. La Ponencia consideró que la redacción de una nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada constituía buena ocasión para ese ensayo. Sin embargo, tras distintos intentos desistió —probablemente con desacierto— de ese propósito original ante la complejidad de una regulación que rompía, más en la forma que en el fondo, con la tradición legislativa española.

1. Las causas de disolución

Por ello, el régimen jurídico de la disolución se inicia con la enumeración de las causas legales (art. 107.1 Ant. L.S.R.L.), al igual que la Ley de Sociedades Anónimas o la primera redacción de la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Alguna de esas causas es poco probable que se dé en el futuro: en efecto, el cumplimiento del término fijado en los Estatutos sociales (arts. 107.1-1.º y 110 Ant. L.S.R.L.) será aún menos frecuente en las sociedades de responsabilidad limitada que en las sociedades anónimas, ya que, en la proyectada Ley, la sociedad, salvo disposición contraria de los Estatutos, tiene duración indefinida (art. 14 Ant. L.S.R.L.).

Entre las causas que se enumeran quizá llame la atención que falte una causa enumerada en la Ley de Sociedades Anónimas y que aparezca otra que, por el contrario, no figura en la relación contenida en dicha Ley. La causa legal que desaparece es la fusión o escisión total de la sociedad (art. 260-1-6.º L.S.A.), que, como también ha señalado E. BELTRÁN, no es, en rigor, causa de disolución, sino de extinción de la sociedad. La Ley 19/1989, de 25 de julio, prescinde de la referencia a la disolución al describir la fusión (art. 233 L.S.A.) y la escisión total (art. 252.1, letra «a», L.S.A.), pero incurre en la contradicción de conservar la fusión y la escisión total en el catálogo de causas legales de disolución, reiterando así, respecto de la fusión, el error de las Leyes de 1951 y de 1953 que, con la inclusión de esa causa en el catálogo, evidencian la recepción acrítica de una terminología histórica en la que «disolución» y «extinción» eran términos que, con frecuencia, se utilizaban como equivalentes. El Anteproyecto corrige el error, suprimiendo dicha pretendida causa.

De otro lado, en la enumeración de causas legales aparece una nueva: la falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social durante dos años consecutivos (art. 107.1-4.º). Con esta nueva causa (de la que es antecedente el art. 103-5.º L.G. Cooperativas de 2 de abril de 1987, el cual exige que esa paralización no tenga causa justificada; V. tam-

bién el art. 142.1, letra «c», C.S.C. portugués, en el que, sin embargo, se requiere falta de ejercicio de cualquier actividad durante cinco años consecutivos) se pretende tutelar al socio, facilitándole que, a través de la cuota de liquidación pueda recuperar la plena disponibilidad de aquella parte de su patrimonio integrado en un patrimonio social inactivo. Los Estatutos sociales pueden reducir el plazo de dos años consecutivos de inactividad fijados por la Ley, pero, obviamente, no pueden ampliar dicho plazo.

Respecto de las demás causas legales de disolución comunes a la sociedad anónima y a la sociedad de responsabilidad limitada, merece una específica referencia la reducción del capital social por debajo del mínimo legal. Separándose del modelo de la Ley de Sociedades Anónimas (art. 260-1-5.º L.S.A.), el Anteproyecto, al mencionar esta causa, añade una quizás enigmática expresión: la de que la reducción del capital por debajo del mínimo legal debe ser «consecuencia del cumplimiento de una Ley» (art. 107.1-6.º Ant. L.S.R.L.). Con esta expresión —no demasiado afortunada— se pretende señalar que la sociedad no puede adoptar el acuerdo de reducir el capital social por debajo de dicho mínimo más que en los casos en que tal acuerdo sea legalmente obligatorio. Como el Anteproyecto no conoce el supuesto de reducción obligatoria por pérdidas, los casos en que el capital social tiene necesariamente que reducirse, incluso por debajo de ese mínimo, son los de la amortización de participaciones, bien para suprimir las participaciones propias adquiridas derivativamente por la sociedad (art. 43.2 Ant. L.S.R.L.), bien por separación o exclusión de socios (art. 105.2). En tal eventualidad, cuando la reducción del capital social por debajo del mínimo legal sea consecuencia del cumplimiento de una obligación legal, la sociedad queda disuelta de pleno derecho si, transcurrido un año (a contar desde el acuerdo de reducción en caso de amortización de participaciones propias y a contar desde la fecha del reembolso o de la consignación del valor de las participaciones del socio separado o excluido) no se hubiese inscrito en el Registro Mercantil la transformación de la sociedad, la disolución de la misma o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior a dicho mínimo legal (art. 111.1 Ant. L.S.R.L.). Transcurrido ese plazo sin que se hubiese inscrito la transformación o la disolución de la sociedad o el aumento del capital social, los administradores responden de las deudas sociales personalmente entre sí y con la sociedad (art. 111.2 Ant. L.S.R.L.).

Entre las causas legales de disolución no figura la unipersonalidad sobrevenida. Aún más: al incorporar la Directiva 89/667/C.E.E., de 21 de diciembre, y regular la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada —por cierto, muy someramente y partiendo de una concepción hartamente discutible—, el Anteproyecto se preocupa de señalar que «la unipersonalidad sobrevenida no será causa de disolución de la sociedad» (art. 134.1 Ant.

L.S.R.L.). Ahora bien, en el Derecho proyectado es principio fundamental el de la publicidad registral de la unipersonalidad: la constitución de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, la adquisición y la pérdida del carácter unipersonal, así como el cambio del socio único, deben hacerse constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil, con expresión de la identidad del socio único (art. 130 Ant. L.S.R.L.). Por ello, transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se haya inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de la unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad (art. 134 Ant. L.S.R.L.). En contra del criterio de la Ponencia, la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación suprimió la norma que extendía a la sociedad anónima el régimen de la sociedad unipersonal propuesto para la sociedad de responsabilidad limitada. Con esta desafortunada supresión, el Derecho español proyectado sitúa en mejor posición a la sociedad anónima con unipersonalidad sobrevenida que a la sociedad de responsabilidad limitada en la que todas las participaciones sociales se encuentren en la misma mano.

Por lo que se refiere a las causas estatutarias de disolución (art. 107.1-7.º Ant. L.S.R.L.), la identidad de fórmula con la Ley de Sociedades Anónimas (art. 260.1-7.º L.S.A.) no debe impedir apreciar el distinto juego de la autonomía de la voluntad como consecuencia de los límites tipológicos de las respectivas formas sociales. Es evidente que determinadas causas estatutarias de disolución admisibles en la sociedad de responsabilidad limitada chocan frontalmente con los «principios configuradores» de la sociedad anónima (art. 10 L.S.A.). Así, deben considerarse válidas en la sociedad de responsabilidad limitada, y no en la anónima, aquellas causas estatutarias de disolución referidas a las personas de los socios, como, por ejemplo, las que enumera el Código de Comercio para las sociedades personalistas (art. 222 C. de C.), e incluso no debiera encontrar excesiva dificultad la configuración de la denuncia de cualquiera de los socios o de una determinada minoría como causa estatutaria de disolución de la sociedad de responsabilidad limitada, y ello aunque la sociedad no tuviera duración indefinida (V. art. 224 C. de C.; V. también, sin embargo, art. 270.2 C.S.C. portugués).

2. La «constatación» de determinadas causas

Al igual que en la Ley de Sociedades Anónimas (art. 262.2 L.S.A.), el Anteproyecto impone a los administradores la obligación de convocar Junta general de socios cuando concurren determinadas causas legales (las com-

prendidas en los números 3.º a 7.º del artículo 107.1 Ant. L.S.R.L.) o causas estatutarias de disolución. Pero el plazo de dos meses para el cumplimiento de esta obligación legal, establecido por dicha Ley, deja paso en el Anteproyecto a una expresión con la que se quiere poner de manifiesto la inmediatez del cumplimiento de esa obligación: los administradores están obligados a convocar Junta general «tan pronto como tengan conocimiento de la existencia de alguna de estas causas» (art. 108.1 Ant. L.S.R.L.). Si la Junta general no fuera convocada por los administradores, no llegara a celebrarse o no adoptara el acuerdo de disolución o aquél o aquéllos que fueran necesarios para la remoción de la causa legal o estatutaria, cualquier interesado puede instar la disolución judicial de la sociedad (art. 108.3 Ant. L.S.R.L.). A diferencia de la Ley de Sociedades Anónimas, el Anteproyecto no impone a los administradores la obligación de solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social sea contrario a la disolución o no pueda ser logrado (ver art. 262.4 L.S.A.), y, como consecuencia de ello, limita la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales al caso de incumplimiento de obligación de convocar la Junta general (art. 108.4 Ant. L.S.R.L.). Se reconoce, pues, el derecho de cualquier interesado —socios, usufructuarios o acreedores pignoratícios de las participaciones sociales, administradores, trabajadores, etc.— a instar la disolución judicial de la sociedad; pero la obligación de solicitar esa declaración judicial está completamente ausente de la normativa proyectada: ni sobre el socio mayoritario, ni sobre los administradores pesa tal obligación. Es de temer, por consiguiente, que, en el futuro, permanezcan en fase activa muchas sociedades a pesar de la concurrencia de una causa legal o estatutaria de disolución.

3. La reactivación de la sociedad disuelta

Además de estas novedades, es menester destacar la previsión normativa de la reactivación de la sociedad disuelta: salvo en los casos de disolución de pleno derecho (art. 109.2 Ant. L.S.R.L.), la Junta general de socios, con los requisitos y con la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos sociales puede acordar el retorno de la sociedad a la vida activa siempre que haya desaparecido la causa de disolución, el haber social no sea inferior al capital social (lo que, por cierto, no exigía el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979, a pesar de establecer un capital mínimo —V. art. 246, párrafo segundo—, y tampoco exige el art. 105 de la Ley General de Cooperativas de 1987) y no haya comenzado el reparto del patrimonio entre los socios (art. 109.1 Ant. L.S.R.L.).

Entre las causas legales de separación de los socios se recoge expresa-

mente el caso de la reactivación de la sociedad (art. 99-4.º Ant. L.S.R.L.). Así, el socio que no haya votado a favor del acuerdo de reactivación tiene derecho a separarse de la sociedad en tanto no transcurra un mes contado desde la publicación de dicho acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o desde el envío por los administradores de una comunicación escrita a dicho socio (art. 100.1 Ant. L.S.R.L.). De este modo se ofrece una solución adecuada a muchos de los problemas que plantea el acuerdo de reactivación.

La Ponencia también consideró la posibilidad de reconocer a los acreedores sociales el derecho de oposición al acuerdo de reactivación, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos en la Ley para el caso de fusión, pero esta sugerencia no llegaría a prosperar.

III. LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD

En el régimen jurídico de la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada, dos son los postulados generales a los que el Anteproyecto de Ley pretende ser fiel: el primero, el de la ágil y rápida liquidación; el segundo, el de la efectiva tutela de acreedores y de socios.

1. Hacia una liquidación ágil y rápida

Esta finalidad se manifiesta tanto en el nombramiento de los liquidadores y la atribución del poder de representación durante la liquidación como en el procedimiento de liquidación.

Por lo que se refiere a los liquidadores, el propósito de conseguir una ágil y rápida liquidación está presente en el sistema de nombramiento. Partiendo de una norma formulada, aunque deficientemente por el Código de Comercio (art. 228 C. de C.), norma legal muy frecuente en otras legislaciones (V., entre otros, § 66 GmbHG alemana; art. 151.1 C.S.C. portugués), y de una norma estatutaria no ausente de la práctica española (que el Reglamento del Registro Mercantil ha querido potenciar: V. art. 205.1), el Anteproyecto señala que quienes fueran administradores al tiempo de la disolución quedan convertidos en liquidadores, salvo que se hubieren designado otros en los Estatutos sociales o que, al acordar la disolución, los designe la Junta general (art. 113.1 Ant. L.S.R.L.). De este modo, se pretende evitar el vacío que, en el Derecho vigente, se produce a veces entre la apertura de la liquidación y el nombramiento de los liquidadores. Con esta conversión automática de los administradores en liquidadores, se consigue también la continuidad entre el órgano encargado de la

gestión durante la vida activa y el órgano encargado de la liquidación en el período final de existencia de la sociedad.

La regla de la conversión automática no juega cuando los Estatutos sociales hubieran designado expresamente a los liquidadores (art. 113.1 Ant. L.S.R.L.). Este nombramiento estatutario expreso será muy infrecuente en la práctica y, incluso aunque la sociedad cuente con una disposición estatutaria en este sentido, procederá la conversión automática de los administradores en liquidadores cuando los nombrados en los Estatutos sociales hubieran fallecido o hayan sido inhabilitados.

La segunda excepción a la regla de la conversión automática es la de que, al acordar la disolución, la Junta general de socios proceda al nombramiento de liquidador o liquidadores (art. 113.1 Ant. L.S.R.L. en relación con el art. 47-2.º del mismo Ant.). Para que sea válido este nombramiento será necesario que esté expresamente previsto en el orden del día (art. 49.4 Ant. L.S.R.L.), sin que pueda entenderse incluido en el punto relativo a la disolución de la sociedad.

Esta norma de la conversión se completa con aquella otra por cuya virtud, en caso de fallecimiento o de cese del liquidador único, de todos los liquidadores solidarios, de alguno de los dos liquidadores que actúen conjuntamente, o de la mayoría de los liquidadores que actúen colegiadamente, sin que existan suplentes, cualquier socio o persona con interés legítimo puede solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la convocatoria de Junta general para el nombramiento de los liquidadores. Además, cualquiera de los liquidadores que permanezca en el ejercicio del cargo puede convocar la Junta general para completar el órgano de liquidación mancomunado o colegiado (art. 113.2 Ant. L.S.R.L.). Sin embargo, estas previsiones son insuficientes. El Anteproyecto hubiera debido reconocer a cualquier interesado el derecho a solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social el nombramiento de liquidador o liquidadores cuando la Junta general, a pesar de haber sido convocada por quien corresponda o por el Juez, no adopte acuerdo alguno sobre este particular.

El Anteproyecto no establece la duración del período de liquidación. La extensión temporal de ese período dependerá, lógicamente, de las dificultades que ofrezca la conversión en dinero del patrimonio social (composición, importancia, etc.), el pago a los acreedores y la división del líquido resultante entre los socios. Por esta razón, a fin de evitar la renovación del nombramiento de los liquidadores, se ha previsto que éstos ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo disposición contraria de los Estatutos sociales (art. 114.1 Ant. L.S.R.L.). Es dudoso que, en el caso de que los Estatutos sociales hayan establecido un plazo determinado de duración de los administradores (V. art. 63.1 Ant. L.S.R.L.), dicho plazo también sea de aplicación a los liquidadores (V. art. 117 Ant. L.S.R.L.).

Sin embargo, se ha tratado de evitar que las liquidaciones se prolonguen excesivamente, como, con demasiada frecuencia, acontece en la práctica. Frente a la técnica directa de establecer la duración legal máxima del período de liquidación, transcurrido el cual la liquidación voluntaria se convierte en liquidación judicial (V. art. 150 C.S.C. portugués), el Derecho español proyectado utiliza una técnica indirecta, en la que se combina la iniciativa de cualquier interesado con la discrecionalidad judicial. A tal fin señala el Anteproyecto que, transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la Junta general el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo puede solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la separación de los liquidadores. El Juez, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiera causa que justifique la dilación, nombrando liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente (art. 114.2 Ant. L.S.R.L.). A diferencia de los liquidadores nombrados por el sistema de conversión o de los designados en los Estatutos sociales o por la Junta general, que no son retribuidos salvo que los propios estatutos señalen lo contrario (arg. *ex art.* 117 en relación con art. 69 Ant. L.S.R.L.), los liquidadores de nombramiento judicial tendrán la misma retribución que la establecida para los síndicos en caso de quiebra (art. 114.2 *in fine* Ant. L.S.R.L.).

El propósito de agilidad se manifiesta igualmente en el régimen del poder de representación de los liquidadores. Por lo que se refiere a la atribución del poder de representación, el Anteproyecto contiene una solución original: mientras que en el caso de los administradores la atribución del poder de representación sigue similares reglas a las establecidas para la sociedad anónima (V. art. 124.2 Regl. R.M. y art. 65 Ant. L.S.R.L.), en el caso de los liquidadores, salvo disposición contraria de los Estatutos sociales, el poder de representación corresponde a cada liquidador individualmente (art. 115.1 Ant. L.S.R.L.). Así, dos administradores mancomunados se convierten en dos liquidadores solidarios, y el Consejo de administración deja paso a tantos liquidadores solidarios como miembros tuviera dicho Consejo, todo ello —como ya se indicó— en defecto de disposición estatutaria. En cuanto al ámbito de dicho poder de representación, el Anteproyecto —siguiendo un discutible criterio más protector de los socios que de los terceros— señala que la representación de los liquidadores se extiende «a todas aquellas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad» (art. 115.2 Ant. L.S.R.L.).

Al tratar del procedimiento de liquidación, el Anteproyecto enumera las facultades de los liquidadores con un criterio más flexible que el de la Ley de Sociedades Anónimas. Así, la obligación y la facultad de enajenar los bienes sociales no está sometida a requisitos especiales (art. 119-4.º Ant.

L.S.R.L.): a diferencia de lo exigido para las sociedades anónimas, los inmuebles no tienen por qué venderse en pública subasta (V. art. 278, letra «d», L.S.A.).

Pero, al lado de la liquidación individualizada de los elementos del activo —es decir, bien por bien—, el Anteproyecto prevé un sistema especial de liquidación: el de la cesión global del activo y del pasivo a uno o varios socios o a terceros, que puede acordar la Junta general, con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los Estatutos sociales, fijando las condiciones de la cesión (art. 120.1 Ant. L.S.R.L.). Al regular este sistema especial, el Anteproyecto se separa de la Ley de Sociedades Anónimas, la cual —como bien es sabido— se limita a mencionar la cesión global, sin establecer norma alguna de tutela de los acreedores sociales. En el Anteproyecto, la tutela de los acreedores sociales en caso de cesión global del activo y del pasivo se procura a través del derecho de oposición a la cesión (que es una solución más adecuada que la del Derecho portugués, que exige el previo consentimiento escrito de todos los acreedores sociales: V. art. 148.1 C.S.C.): publicando el acuerdo de cesión en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, con expresión de la identidad del cesionario o cesionarios (art. 120.2 Ant. L.S.R.L.), los acreedores de la sociedad cedente y los acreedores del cesionario o cesionarios pueden oponerse a la cesión, durante el plazo de un mes a contar desde la fecha del último anuncio publicado, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión (art. 120.3 Ant. L.S.R.L. en relación con art. 98.1, que se remite al régimen del derecho de oposición establecido para la fusión de sociedades anónimas). En caso de incumplimiento de estas formalidades, la cesión no afecta a los derechos de los acreedores que lo fueren al tiempo de la misma, respondiendo el cesionario o cesionarios solidariamente con la sociedad de las deudas objeto de la cesión (art. 120.4 Ant. L.S.R.L.).

2. La tutela de acreedores y de socios

2.1. La tutela de los acreedores sociales

Naturalmente, la liquidación tiene como finalidades la satisfacción de los acreedores sociales y el reparto del líquido resultante entre los socios. Los liquidadores no pueden satisfacer la cuota de liquidación a los socios sin la previa satisfacción de los acreedores o la consignación del importe de sus créditos (art. 123 Ant. L.S.R.L.). Pero el propósito de agilizar el desarrollo de la liquidación ha influido en los mecanismos de tutela de los acreedores sociales.

En primer lugar, en la escritura pública de extinción de la sociedad, los liquidadores deben manifestar que se ha procedido al pago de los acreedores o a la consignación de sus créditos (art. 124-2.º Ant. L.S.R.L.). Con esta preceptiva manifestación, que cumple funciones disuasorias, se intenta impedir que la escritura pública de extinción de la sociedad se otorgue antes de la satisfacción de los acreedores: el riesgo de una falsedad en documento público pesa sobre los otorgantes de la escritura de extinción (V. art. 303 Código Penal).

Pero, en segundo lugar, si a pesar de ello subsistieran deudas sociales no satisfechas, el Anteproyecto tutela a los acreedores a través de un doble mecanismo: de un lado, mediante el reconocimiento de la responsabilidad de los liquidadores que hubieran procedido con dolo o simple culpa (art. 117 Ant. L.S.R.L., que se remite al art. 72 del mismo Ant., y éste a los arts. 133 a 135 L.S.A., colmando así una laguna de la L.S.R.L. y separándose del régimen privilegiado, carente de justificación, que para los liquidadores de las sociedades anónimas contiene el Derecho vigente: V. art. 279 L.S.A.); de otro, mediante la responsabilidad solidaria de los antiguos socios por las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación (art. 126.2 Ant. L.S.R.L., que sigue la solución del art. 2.456 C.C. italiano, aplicable también a la sociedades de responsabilidad limitada, y del art. 163.1 C.S.C. portugués). A fin de que los acreedores puedan hacer efectiva esta responsabilidad solidaria, a la escritura pública de extinción debe incorporarse la relación de los socios, en la que conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación que hubiere correspondido a cada uno (art. 124, párrafo segundo, Ant. L.S.R.L.), y esta relación debe hacerse constar por el Registrador al inscribir dicha escritura en el Registro Mercantil como requisito previo para la cancelación de todos los asientos relativos a la sociedad (art. 125.2 Ant. L.S.R.L.).

Mención especial merece la formalización de actos jurídicos «post cancellationem». Es dato conocido que, en la actualidad, es muy frecuente encontrar sociedades mercantiles canceladas —especialmente inmobiliarias— a pesar de que aún no han elevado a público los documentos privados de compraventa de bienes inmuebles. En tales casos, los compradores encuentran extraordinarias dificultades para conseguir el acceso de su derecho sobre el inmueble al Registro de la Propiedad. Pues bien, sensible a las exigencias de esta realidad, el Anteproyecto establece que, para el cumplimiento de requisitos de forma relativos a actos jurídicos anteriores a la cancelación de los asientos de la sociedad, o cuando fuera necesario, los antiguos liquidadores pueden formalizar actos jurídicos en nombre de la sociedad extinguida con posterioridad a la cancelación registral de ésta. En defecto de liquidadores, cualquier interesado podrá solicitar la formalización por el Juez de Primera

Instancia del domicilio que hubiere tenido la sociedad (art. 126.3 Ant. L.S.R.L., norma que quizás sea demasiado escueta).

Las normas proyectadas de las que se ha hecho mención son exponente de esa preocupación por facilitar el proceso extintivo de la sociedad. Globalmente consideradas, recibirán una positiva acogida a medida que se difunda el texto articulado del Anteproyecto. Al someter dicho texto a información pública se da ocasión para mejorar algunas de las soluciones que el propósito de facilitar la liquidación ha aconsejado introducir. Con todo, es preciso lamentar que el Anteproyecto no haya podido contar con una norma que, con ese mismo propósito, habilitara a los liquidadores para dar por vencidas anticipadamente las deudas sociales o, al menos, permitiera obtener, en breve plazo, la oportuna declaración judicial. En el texto de la Ponencia se había incluido la previsión de que, para hacer posible la extinción de la sociedad, los liquidadores estaban legitimados para solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la declaración del vencimiento anticipado de créditos y deudas a plazo. La decisión quedaba confiada así a la discrecionalidad judicial. Pero, al aceptar la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación una de las muchas enmiendas presentadas por G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ al texto del Anteproyecto elaborado por la Ponencia, la proyectada norma fue suprimida.

Por la misma razón, se echan de menos algunas previsiones para permitir —con las debidas cautelas—, en caso de absoluta falta de activo, la extinción de la sociedad, sin necesidad de acudir a un procedimiento judicial —que, carente de finalidad, inevitablemente está condenado a ser clausurado por falta de masa— o sin necesidad de esperar a la prescripción de los créditos. En fin, quizá hubiera sido oportuno igualmente arbitrar algún mecanismo para que, en determinados supuestos, el Registrador pudiera cancelar aquellas sociedades claramente inexistentes (acudiendo para ello al modelo que para la «defunct company» establece la Sect. 652 de la «Companies Act» inglesa de 1985).

2.2. *La tutela de los socios*

Durante el período de liquidación, muchos y muy variados son los mecanismos establecidos para la adecuada tutela de los socios. El primero de ellos hace referencia a la conveniente información durante el período de liquidación. Si la liquidación se prolonga por un plazo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales, los liquidadores están obligados a presentar a la Junta general, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, un estado anual de cuentas (expresión que sigue sin ser clara en el Derecho español) y un informe pormenorizado que permitan apreciar con

exactitud la situación de la sociedad y la marcha de la liquidación (art. 118.2 Ant. L.S.R.L.).

Además de esta información, el socio está tutelado mediante el reconocimiento de su legitimación individual para solicitar la convocatoria de la Junta general para el nombramiento de los liquidadores cuando el órgano esté incompleto o vacante (art. 113.2 Ant. L.S.R.L.) y con el reconocimiento del derecho a instar la separación judicial de los liquidadores cuando hubieran transcurrido tres años desde la apertura de la liquidación sin que dichos liquidadores hubieran sometido a la aprobación de la Junta general el balance final de liquidación (art. 114.2 Ant. L.S.R.L.). Al lado de estos instrumentos legales es preciso mencionar también que la separación de los liquidadores no designados judicialmente puede ser acordada por la Junta general aún cuando no conste en el orden del día (art. 116.1 Ant. L.S.R.L.) y que la responsabilidad de los liquidadores se rige por las mismas reglas que las establecidas para los administradores de las sociedades anónimas (arts. 117 y 72 Ant. L.S.R.L.), con legitimación de la minoría para el ejercicio de la acción social de responsabilidad (V. art. 134.4 L.S.A.).

Pero la tutela del socio se manifiesta también una vez concluidas las operaciones de liquidación. Los liquidadores están obligados a someter a la aprobación de la Junta general de socios el balance final de liquidación, un informe completo sobre dichas operaciones y el proyecto de división entre los socios del activo resultante (art. 121.1 Ant. L.S.R.L.). El acuerdo aprobatorio es susceptible de impugnación por los socios que no hayan votado a favor del mismo —y sólo por ellos— en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su adopción (art. 121.2 Ant. L.S.R.L.). Con la fijación de este plazo se eliminan las graves dudas que se suscitan en el Derecho vigente tanto respecto de las sociedades anónimas como en relación con las sociedades de responsabilidad limitada. El Anteproyecto precisa que hasta que no haya transcurrido este plazo sin que se hayan formulado impugnaciones o hasta que no alcance firmeza la sentencia que las resuelva, los liquidadores no pueden otorgar la escritura pública de extinción de la sociedad (art. 124.1 Ant. L.S.R.L.).

Por lo que se refiere a la cuota de liquidación, que el socio tiene derecho a percibir en dinero, salvo acuerdo unánime en contrario (art. 122.1 Ant. L.S.R.L.), es novedad importante respecto del Derecho vigente el expreso reconocimiento de la admisibilidad de la cuota de liquidación «in natura». Los Estatutos sociales pueden establecer en favor de alguno o varios socios el derecho a que la cuota resultante de liquidación les sea satisfecha mediante la restitución de las aportaciones no dinerarias realizadas o mediante la entrega de otros bienes sociales, si subsistieren en el patrimonio social, que serán apreciados en su valor real al tiempo de aprobarse el proyecto de división del activo resultante entre los socios. En ese caso, los liquidadores

deben enajenar primero los demás bienes sociales y si, una vez satisfechos los acreedores, el activo resultante fuera insuficiente para satisfacer a los demás socios su cuota de liquidación, los socios con derecho a percibirla en especie deberán pagar previamente en dinero a los consocios la diferencia que corresponda (art. 122.2 Ant. L.S.R.L.). El Anteproyecto no precisa el plazo dentro del cual debe realizarse este pago previo, como hubiera sido deseable a fin de evitar los problemas que pueden producirse por el retraso en dicho pago.

En fin, la tutela del socio no finaliza con la cancelación de los asientos relativos a la sociedad. Cancelada la sociedad, si aparecieran bienes sociales, los liquidadores deberán adjudicar a los antiguos socios la cuota adicional que les corresponda, previa conversión de los bienes en dinero cuando fuera necesario (art. 126.1, inciso primero, Ant. L.S.R.L., que acusa la influencia del art. 164.1 C.S.C. portugués). El Anteproyecto no ha considerado la posibilidad de que, además de aparecer bienes, subsistan deudas sociales no satisfechas. Aunque la futura Ley silencia el tema, es preciso entender por analogía que los liquidadores deberán comparecer ante Notario para rectificar la escritura pública de extinción o para otorgar otra nueva, dejando sin efecto la anterior, e incorporar al protocolo, convenientemente modificados, el balance final de liquidación y la relación de socios, con la expresión de su identidad y del valor total de la cuota de liquidación que les hubiera correspondido a cada uno (arg. *ex art.* 124-3.º, apartado segundo, Ant. L.S.R.L.). Lógicamente el correspondiente documento deberá presentarse a inscripción en el Registro Mercantil, y ello a pesar de que los asientos registrales relativos a la sociedad se encuentran cancelados (art. 125 Ant. L.S.R.L.). De lo contrario, los acreedores sociales no estarán en condiciones de conocer la cuantía de lo efectivamente recibido por los socios (V. art. 126.2 Ant. L.S.R.L.). Por ello —y aún reconociendo que el tema suscita delicadísimas cuestiones, tanto de orden teórico como práctico— es oportuno interpretar la normativa proyectada en el sentido de que el Registrador Mercantil debe dejar sin efecto dicha cancelación, e inscribir en el Registro la rectificación o la nueva escritura de extinción, procediendo después a la cancelación definitiva.

Transcurridos seis meses desde que los liquidadores hubieran sido requeridos para la adjudicación de la cuota adicional de liquidación, o en defecto de liquidadores, cualquier interesado puede solicitar del Juez de 1.ª Instancia del antiguo domicilio social el nombramiento de persona que los sustituya en el cumplimiento de sus funciones (art. 126.1, inciso segundo, Ant. L.S.R.L.).

IV. LA SUSPENSIÓN DE PAGOS Y LA QUIEBRA

1. Los «errores persistentes»

El Capítulo X del Anteproyecto de Ley contiene algunas referencias a la suspensión de pagos y a la quiebra en las que se manifiestan «errores persistentes». La primera referencia a la quiebra aparece a continuación del catálogo de las causas de disolución: la quiebra de la sociedad determina su disolución «cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare» (art. 107.2 Ant. L.S.R.L.). Mucho se ha discutido sobre esta fórmula que, como bien es sabido, también aparece en la Ley de Sociedades Anónimas (art. 260.2 L.S.A.) y que también aparecía en la redacción originaria de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 30, párrafo segundo, L.S.R.L.). Al reproducir este texto, el Anteproyecto no sólo ha renunciado a sustituir una conflictiva norma, sino que ha renunciado también a la más humilde tarea de aclarar su significado. En realidad, la declaración judicial de quiebra debería haberse configurado como un supuesto de disolución legal en pleno derecho, en la que la liquidación, a cargo de los síndicos —y no de los liquidadores—, se realiza en el marco de un procedimiento concursal de ejecución colectiva. El eventual convenio de continuación, concluido por la sociedad deudora y sus acreedores concursales, una vez aprobado por el Juez, sería causa bastante para que la Junta general de socios aprobara la reactivación de la sociedad. En tal supuesto, el propio Juez, al aprobar el convenio, o —si se prefiere— el Comisario, debería convocar la Junta general de socios para acordar dicha reactivación y el nombramiento de los administradores.

La segunda referencia a la quiebra y a la suspensión de pagos que hace el Anteproyecto es a propósito de la obligación legal que, en caso de insolvencia de la sociedad, se impone a los liquidadores. En el término de diez días a partir de aquél en que se haga patente la situación de insolvencia, los liquidadores deben solicitar la declaración de suspensión de pagos o de quiebra, «según proceda» (art. 127 Ant. L.S.R.L.). Al igual que en el caso anterior, estamos ante una norma traída de la Ley de Sociedades Anónimas (V. art. 281 L.S.A.) que no figuraba en el texto del Anteproyecto elaborado por la Ponencia —como tampoco figura en la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada—, y que no hubiera debido incorporarse al texto aprobado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Las razones contrarias a la incorporación son de naturaleza heterogénea. Así, de un lado, no parece que tenga sentido imponer esa obligación legal a los liquidadores cuando es altamente dudoso que subsista en el Derecho español el deber del deudor insolvente de manifestarse en estado de quiebra. De otro lado, la formulación legal parece

partir de una distinción entre la quiebra y la suspensión de pagos que, aunque teóricamente correcta, no se corresponde con la legislación en vigor, la cual, como es notorio, ha desdibujado la distinción (arts. 8 y 10 L.S.P.). Pero, además, en determinados casos, la apertura de un procedimiento concursal carece de sentido. Tal acontece —como antes ha habido ocasión de apuntar— en los supuestos de absoluta falta de activo (salvo que, a través de la reintegración de la masa, algo pudiera obtenerse).

2. La postergación legal de créditos

Al trazar las líneas maestras de la labor a desarrollar, la Ponencia discutió si procedía o no introducir en el Anteproyecto la declaración de postergación legal de créditos en caso de «infracapitalización nominal» de la sociedad. Algunos miembros de dicha Ponencia albergaban dudas sobre si el encargo de redactar la Ley especial podía entenderse que comprendía la preparación de la normativa sobre esta materia. De un lado, el ejemplo de la Ley alemana de 4 de julio de 1980 —la «GmbH-Novelle»— militaba en favor de incluir la regulación en la proyectada Ley especial. Pero, de otro —como la propia experiencia alemana pone de manifiesto—, carecía de lógica limitar la regulación a una sola de las sociedades de capital. Por supuesto, el fenómeno de la infracapitalización nominal es más frecuente en las pequeñas y medianas sociedades —por lo general, cerradas— que en las grandes —por lo general, abiertas— en forma de sociedades anónimas. Pero el fenómeno no es privativo de una específica forma social, como la realidad española ha puesto y pone de manifiesto, y, a veces, de modo clamoroso.

Solicitado el parecer de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación acerca de la oportunidad de afrontar esta tarea, la Sección, en su reunión del 17 de julio de 1990 encomendó a la Ponencia la redacción de la normativa sobre la postergación legal de créditos en caso de «infracapitalización nominal» de sociedades de capital, a fin de poder pronunciarse sobre dicha oportunidad a la vista de una propuesta concreta.

Dos órdenes de problemas ocuparon muchas horas de trabajo: la cuestión sistemática, es decir, la de la ubicación del régimen jurídico de la postergación legal, cuestión que, tras distintos ensayos (introducción de la Sección 14.^a en el Título I del Libro II del Código de Comercio, sustitución de la Sección 8.^a del Título I del Libro IV del mismo Código), habría de resolverse incluyendo en el Anteproyecto una disposición adicional (disp. ad. 12.^a) por la que se crea un nuevo Capítulo en la Ley de Sociedades Anónimas —el Capítulo XI (arts. 311 a 316)—, el cual, por remisión, se declara aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada

(V. art. 128 Ant. L.S.R.L.); y el problema de fondo, esto es, el del contenido normativo, tema que suscitó una interesante confrontación de concepciones. Precisamente por ello la tarea de la Ponencia fue mucho más complicada de lo que hubiera podido sospecharse.

2.1. *La «concepción societaria» y la «concepción concursal»*

Entre los partidarios de regular la materia se delimitaron progresivamente dos concepciones antagónicas: la «concepción societaria» (o de la «infracapitalización») y la «concepción concursal» (o del «antiprivilegio»). La primera, claramente influida por la «GmbH-Novelle» de 1980, pretendía incorporar a la legislación española normas muy directamente inspiradas en el texto actual de la Ley alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada (§§ 32a y 32b); la segunda, por el contrario, pretendía continuar una línea ya iniciada en el Anteproyecto de Ley concursal de 1983, el cual había suprimido el derecho de voto en la Junta de acreedores de todas aquellas personas que en algún momento a partir del año anterior a la fecha de retroacción hubieran sido socios de responsabilidad ilimitada, socios de responsabilidad limitada con participación superior a la décima parte del capital social, administradores o gerentes de la sociedad concursada o de una sociedad del mismo Grupo, así como el derecho de voto de las sociedades del mismo Grupo de la sociedad concursada (art. 73-2.º y 5.º Ant. L.C.). Los partidarios de esta segunda concepción defendían la declaración de la postergación legal automática de dichos créditos en las suspensiones de pagos y quiebras, hubiera o no «infracapitalización nominal». Para esa declaración legislativa podía aprovecharse la ocasión ofrecida por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, aunque no fuera materia que propiamente perteneciera al Derecho de sociedades, o, por el contrario, podían introducirse las correspondientes normas en la revisión del Anteproyecto de Ley Concursal. Para los partidarios de esta «concepción concursal», la imposibilidad técnica —o, al menos, la extrema dificultad— de exigir legalmente una concreta proporción entre fondos propios y fondos ajenos condena inevitablemente a la inseguridad jurídica a cualquier régimen basado en la «filosofía de la infracapitalización».

Esta diferencia de concepciones se traducía en dos normativas muy diferentes. Si la postergación legal se considera efecto de la «infracapitalización nominal» es necesario para que ese efecto se produzca que se demuestre que tales créditos —para utilizar la fórmula alemana— se han contraído por «necesidades de financiación que un ordenado comerciante habría cubierto mediante aportaciones de capital» (V. § 32a GmbHG). Frente a la concepción societaria, la concepción concursal se fundaba en

una nueva concepción de los privilegios concursales: al lado de la tan necesaria «poda» de privilegios, se considera imprescindible introducir la técnica del «antiprivilegio», es decir, postergar automáticamente en todo procedimiento concursal determinados créditos por razón de su titularidad. La idea central de esta segunda concepción era que, en caso de suspensión de pagos o de quiebra de sociedad anónima, de responsabilidad limitada o comanditaria por acciones, los créditos que, por si o por persona interpuesta, tuvieren frente a la sociedad los socios con participación en el capital social superior a un determinado porcentaje (el 5 por 100, el 10 por 100), o los administradores, quedan postergados de pleno derecho hasta la íntegra satisfacción de los demás acreedores.

2.2. *Las fases de elaboración del régimen jurídico proyectado*

La elaboración de las normas que habrían de presentarse a la Sección de Derecho mercantil pasó por tres fases sucesivas: en la primera fase se sometió a crítica la redacción fundada en la «concepción societaria» por considerar que la referencia a las «necesidades de financiación que un ordenado comerciante habría cubierto mediante aportaciones de capital» era imprecisa y vaga. Pero, al mismo tiempo, la mayoría de los miembros de la Ponencia consideraron excesivamente dura la postergación automática de los créditos por razón de la titularidad, que patrocinaba la «concepción concursal», postergación que podía conducir, en algunas ocasiones, a resultados inequitativos.

Para superar los problemas de una y otra concepción, en una segunda fase se ensayó una solución intermedia basada en la enumeración taxativa de los supuestos de postergación legal, tratando de reducir el ámbito de la función normativa de los paradigmas abstractos, que se mantenían, sin embargo, en una cláusula colectiva o de cierre del sistema. A tal fin se tuvieron en cuenta aquellas legislaciones europeas que, con alcance diverso, se han ocupado de la «infracapitalización nominal» y, en particular, la Ley belga de 4 de agosto de 1978, la ya mencionada Ley alemana de 4 de julio de 1980 y el Decreto-Ley portugués de 2 de septiembre de 1986. Pero ninguna de estas Leyes, como tampoco la muy interesante jurisprudencia norteamericana, se tomaron como modelo de la proyectada solución intermedia, la cual buscaba en ellas más inspiración que modelos legislativos.

El primer caso de postergación legal se configuraba para la hipótesis de que la suspensión o la quiebra se produjese antes de que transcurrieran tres años desde la constitución de la sociedad. Los datos estadísticos ponen de relieve que la «mortalidad» de sociedades es muy elevada en estos primeros años de vida, evidenciando así un error de cálculo de las efectivas necesi-

dades financieras de la sociedad. Precisamente para aminorar esta «mortandad», en el Derecho belga, antes de la constitución de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, los fundadores deben remitir al Notario un «plan financiero» en el que se justifique el importe del capital de la sociedad a constituir. Este documento se conservará en el protocolo notarial, pero no es objeto de la publicidad a la que, por el contrario, está sometida la escritura de constitución (arts. 29 *ter* y 120 *ter* L. Coord., introducidos por la Ley de 4 de agosto de 1978). Si la sociedad es declarada en estado de quiebra en los tres años siguientes a la constitución, los fundadores responden, en la proporción fijada por el Juez, de las obligaciones contraídas en ese período por la sociedad, si el capital social fuera «manifiestamente insuficiente» para asegurar el ejercicio normal de la actividad proyectada, al menos, durante un período de dos años (art. 35-6.º y 23-7.º L. Coord., introducido por la Ley de 4 de agosto de 1978). Ciertamente, no parecía oportuno incorporar al Derecho español una regulación semejante. De un lado, la exigencia del denominado «plan financiero» añadiría un nuevo requisito a la constitución de sociedades y encarecería el coste de la misma. De otro, atribuir al Juez la determinación de si el capital originario es o no manifiestamente insuficiente y la medida de la responsabilidad de los socios suponía la judicialización inevitable del tema. Por ello, en la regulación ensayada no había declaración de responsabilidad de los socios, sino únicamente postergación legal de los créditos que los propios socios o los administradores hubieran concedido a la sociedad durante la fase inicial, si la suspensión o la quiebra tenía lugar antes de que transcurriese el indicado período de tiempo. La mera existencia de créditos de socios o de administradores evidenciaba *per se* que la sociedad se había constituido con un capital manifiestamente insuficiente.

En esa enumeración taxativa, el segundo caso de postergación era el del crédito que tuviera como causa una entrega a cuenta de una futura ampliación de capital. La entrega a cuenta es una hipótesis extraordinariamente frecuente en la realidad española. En sociedades cerradas y de pequeñas dimensiones se repiten los casos en los que —a veces por malicia y otras por simple desidia— la adopción del acuerdo de aumento del capital social se pospone una y otra vez, realizando los socios sucesivas entregas que se contabilizan por la sociedad en la forma indicada. Es evidente que el concepto en el que tales fondos se suministran o facilitan aconseja impedir que, de abrirse el procedimiento concursal antes de la adopción o de la ejecución del acuerdo de aumento, las cantidades correspondientes reciban un tratamiento distinto del de meros créditos ordinarios.

El tercero de los supuestos de postergación legal se fundamentaba en la distinción entre necesidades transitorias y necesidades no transitorias de financiación. Los socios que acudan en ayuda financiera de la sociedad para

la realización de una operación ocasional —v. gr.: un crédito de campaña— no deben sufrir postergación en la satisfacción de ese crédito, si la sociedad suspende pagos o quiebra antes del reembolso o de la amortización de ese crédito; pero, cuando los créditos tengan un vencimiento superior a un determinado plazo, constituyen expresión inequívoca de que esas exigencias financieras no eran transitorias u ocasionales. Esta distinción entre créditos o préstamos transitorios y créditos o préstamos dotados de cierta permanencia es precisamente la que utiliza el Código portugués de las Sociedades Comerciales para la delimitación del «contrato de suprimento» que, como modalidad del préstamo de socios, regula específicamente para las sociedades de responsabilidad limitada (arts. 243 a 245). Precisamente índice del carácter de permanencia es la estipulación de un plazo de reembolso superior al año (art. 243.2). En ese Derecho, declarada la quiebra de la sociedad, tales créditos de socios no pueden ser satisfechos si previamente no han recibido satisfacción los créditos de terceros (art. 245.3). Inspirándose en la señalada distinción, se propuso a la Ponencia que los créditos y préstamos dotados en determinada permanencia, fijada convencionalmente en un año, quedasen legalmente postergados si hubieran sido concedidos por socios o por administradores.

En fin, la enumeración terminaba con una fórmula semejante, aunque no idéntica, a la alemana, que previsoramente posibilitaba extender la postergación a supuestos diferentes de los antes señalados.

Sin embargo, esta solución intermedia no habría de recibir el apoyo mayoritario de los miembros de la Ponencia. Tras muy largos e intensos debates, rectificaba ésta su criterio originario, prefiriendo acoger la «concepción societaria» y seguir el modelo alemán. Así lo propuso a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y así fue aprobado por dicha Sección en una sesión memorable por la altura del debate.

2.3. *La prevalencia de la «concepción societaria»*

El principio fundamental es aquél según el cual, en caso de suspensión de pagos, quiebra o intervención administrativa en la liquidación de una sociedad anónima, comanditaria por acciones o de responsabilidad limitada, los créditos que, por sí o por persona interpuesta, tuviere frente a la sociedad cualquier socio con participación en el capital superior al 10 por 100 quedan postergados de pleno derecho «cuando se hubieran contraído por necesidades de financiación que un ordenado comerciante habría cubierto mediante aportaciones de capital», presumiendo la norma que esta última circunstancia concurre «cuando los créditos hubieran sido concedidos sin

determinación de vencimiento o en condiciones que manifiestamente la sociedad no hubiera podido obtener en el mercado» (art. 311.1 L.S.A.). Quedan igualmente postergados de pleno derecho los créditos de terceros con garantía de cualquiera de los socios con participación superior a dicho porcentaje, en los que concurren las circunstancias señaladas (art. 311.2 L.S.A.).

Al traducir la «concepción societaria» en norma jurídica, se plantean los clásicos inconvenientes de las fórmulas basadas en un parámetro de conducta genérico. No parece arriesgado prever que el recurso a ese incierto paradigma de conducta aumentará la litigiosidad en el interior de los procedimientos concursales, quedando la decisión de la postergación al arbitrio de Jueces y Magistrados, los cuales tardarán tiempo en unificar criterios. La suspensión de pagos y la quiebra que no soportan fácilmente en la actualidad la falta de normas sobre postergación legal de créditos, tampoco soportarán en el futuro la falta de automatismo de las normas que se promulguen sobre dicha postergación legal.

No obstante, el triunfo de la «concepción societaria» no ha sido absoluto. Si ha podido prevalecer, ha sido mediante importantes concesiones a la «concepción concursal».

La primera de estas concesiones radica en la ampliación subjetiva de los acreedores postergados: al lado de los socios con participación superior al 10 por 100 del capital social —única categoría de acreedores respecto de la cual tiene sentido hablar propiamente de «infracapitalización»—, el Derecho proyectado declara también postergados de pleno derecho los créditos concedidos por los administradores de la sociedad o los créditos de terceros con garantía de los administradores cuando se hubieran contraído por necesidades de financiación de la sociedad que un ordenado comerciante habría cubierto mediante aportaciones de capital (art. 311 L.S.A.).

La segunda concesión a la «concepción concursal» se encuentra en la postergación legal de los créditos de sociedades pertenecientes al mismo Grupo: en caso de suspensión de pagos, quiebra o intervención administrativa en la liquidación, los créditos de sociedades pertenecientes al mismo Grupo que la sociedad deudora quedan postergados de pleno derecho, sin necesidad de entrar a considerar si han sido contraídos o no por necesidades de financiación que una ordenada sociedad habría cubierto mediante aportaciones de capital (art. 312 L.S.A.). Cualquier profesional del Derecho que conozca la realidad tendrá que reconocer que esta hipótesis de postergación —en la que había comenzado a trabajar muy tempranamente la Ponencia—, caso de alcanzar rango legal, está llamada a jugar un decisivo papel. Muy lamentable sería que presiones de muy variado signo —por otra parte, previsibles— lograsen la supresión de tan importante norma proyectada.

La tercera concesión a la «concepción concursal» aparece al tratar de

los efectos de la postergación legal. Por supuesto, los créditos postergados no pueden ser satisfechos hasta la íntegra satisfacción o la adecuada garantía de los demás créditos existentes en el momento en que haya sido admitida a trámite la solicitud de suspensión de pagos, declarada judicialmente la quiebra o acordada la intervención administrativa de la liquidación de la sociedad. Pero la normativa proyectada prevé también que tales créditos no atribuyen a su titular derecho de voto en las quiebras y suspensiones de pagos de la sociedad, deduciéndose del pasivo su importe para el cómputo de las mayorías correspondientes (art. 313 L.S.A.).

Como toda solución de compromiso, la que se ha dado al tema de la postergación legal no satisface plenamente. No son difíciles de identificar las críticas que puede recibir la normativa proyectada, según la perspectiva de la que se parta. Los partidarios de la «concepción societaria» no tardarán en denunciar las «contradicciones» que, en el Derecho proyectado, introducen estas concesiones a la «concepción concursal»; los defensores de esta última no dejarán de denunciar la peligrosa judicialización a que conduce la prevalencia de la «concepción societaria». Con todo, el Anteproyecto tiene el mérito indudable de convertir en proposición prelegislativa lo que hasta ahora no eran sino propuestas doctrinales. Se da así un importante paso en el camino hacia la regulación legal de la materia, una materia que exige imperiosamente una inmediata intervención del legislador. Como recuerda la Exposición de Motivos del Anteproyecto, «pocas cuestiones suscitadas en el ámbito del Derecho mercantil moderno requieren una intervención legislativa más urgente». Cualquiera que sea el destino del Anteproyecto, la regulación del tema de la postergación legal de créditos —valga el juego de palabras— no debiera postergarse por más tiempo.

ANGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO
Catedrático de Derecho mercantil
de la Universidad Autónoma de Madrid

DICTAMENES Y NOTAS

Alteración humana del curso natural de aguas pluviales. Carácter objetivo de la responsabilidad derivada

Dictamen sometido a Pleytex Manati Corp. y otros, en el caso Civil CS89-798, por solicitud de la firma de Abogados Taylor, Porter, Brooks & Phillips, Baton Rouge, Louisiana.

Se solicita al Letrado que suscribe dictamen con referencia al punto de Derecho que se precisa en la siguiente

C O N S U L T A

Si en una finca que sufre el curso natural de las aguas pluviales la alteración por mano del hombre de dichas circunstancias, caso de provocar daños, impone una responsabilidad subjetiva que requiere la intervención de culpa o negligencia o meramente objetiva.

A N T E C E D E N T E S

La firma «Pleytex, Inc.», de Manatí, se sitúa en un solar que limita: norte, carretera estatal número 2, por servidumbre de paso; Este, finca en que se ubica una estación de gasolina y un proyecto de viviendas conocido como «Villas de Manatí»; Oeste, lindero, camino sin pavimentar, que sirve de acceso a terrenos situados al sur de la finca en que se sitúa «Pleytex, Inc.», y a varios edificios; Sur, terrenos sin desarrollar, pertenecientes a la sucesión Ortiz Acevedo.

Como características del terreno, se señalan (1):

- a) La zona tiene una conformación de colinas escarpadas, denominadas «mogotes», rodeadas de áreas llanas. No hay cursos de drenaje definidos, que suele realizarse por filtración en el terreno, particularmente por medio de sumideros.
- b) La carretera estatal número 2, límite norte de la finca en que se sitúa «Pleytex, Inc.», discurre en una elevación sobre los terrenos que corren paralelos a la propia carretera, de modo tal que ésta sirve de divisoria de aguas respecto de los terrenos que se hallan a sus lados.
- c) El terreno al lado sur de dicha carretera (en que se sitúa «Pleytex, Inc.») desciende gradualmente hasta una línea de mogotes, a cuyo pie existe un sumidero natural, situado a unos 8,70 metros bajo el nivel de elevación de la finca en que se encuentra «Pleytex, Inc.».
- d) Resulta, así, que los terrenos en que se halla «Pleytex, Inc.», están a un nivel inferior al de la propia carretera estatal número 2 y de los terrenos que rodean la finca hacia el este y el oeste. Pero se hallan en un nivel superior respecto de la finca colindante, situada al sur, perteneciente a la sucesión Ortiz Acevedo.
- e) En esta finca perteneciente a la citada sucesión se sitúa un sumidero, que recibe la escorrentería pluvial de la cuenca tributaria de dicho sumidero, infiltrándose luego el agua en el terreno.

Al desarrollarse el proyecto «Villas de Manatí», la finca en que el mismo se viene realizando fue rellenada, elevando su nivel en unos tres metros aproximadamente. A su vez, se instaló un sistema de recogida de aguas, provenientes de los terrenos situados al este y al sur de «Villas de Manatí», junto con las propias del terreno en que se sitúa dicho proyecto, en fase actual de construcción. Este sistema de recogida de aguas descarga, por medio de un tubo de sesenta pulgadas de diámetro, en una zanja abierta en terrenos de la sucesión Ortiz Acevedo, zanja que dirige el agua hacia la zona baja del sumidero.

Informes técnicos apuntan: por razón de dichas obras, la capacidad del sumidero se vio superada en función de dos factores concomitantes:

- 1) la propia acometida de las aguas pluviales, pues se sustituyeron terrenos permeables por y con superficies impermeables, ampliándose de este modo la recogida de las aguas con destino al sumidero, con incremento de la velocidad de caída por modificarse la pendiente natural y eliminarse factores de retraso en el discurrir del agua (v.gr.: hierbas, raíces, etc.);

(1) Fuente: CMA, ARCHITECTS & ENGINEERS, *International Pleytex, Inc.*, Manatí, Puerto Rico. Informe sobre inundaciones del 10 y 11 de mayo de 1988, enero 1990, *passim*, de las págs. 6-9.

2) disminución de la capacidad de desalojo del sumidero al incrementarse el arrastre de partículas por consecuencia de la obra realizada con motivo del proyecto «Villas de Manatí» y sus implicaciones sobre la configuración natural del terreno (2).

Por consecuencia de unas lluvias sensibles, aunque no las máximas habidas en la zona, se produjo una inundación en terrenos de «Pleytex, Inc.», con daños en maquinaria y mercancía almacenada.

D I C T A M E N

1. LOS ANTECEDENTES SON EXPRESIVOS DE RELACIONES DE VECINDAD ENTRE LOS PREDIOS

Los hechos que sirven de antecedentes son claramente indicativos de un sistema de relaciones de vecindad entre los predios, que el Derecho puertorriqueño —como su inmediato antecedente, el español, y tantos otros Ordenamientos decimonónicos— trata dentro de las denominadas «servidumbres legales», no empee las diferencias existentes entre ambos tipos de instituciones jurídicas.

Por ello es pertinente separar y distinguir ambas figuras: relaciones de vecindad y servidumbres legales.

a) *Relaciones de vecindad*

El término hace referencia, como se sabe, al conjunto de normas (Derecho objetivo, pues) que regulan una serie de relaciones entre vecinos, con referencia a la propiedad inmobiliaria y en trámites del ejercicio de los respectivos derechos subjetivos, de titulares próximos y contiguos. Proximidad que —como resalta el Presidente del Tribunal Supremo de España y Presidente del Poder Judicial del Estado español, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL— implica una idea «extraordinariamente variable y cambiante, ya que depende del grado de influencia que la utilización de un bien pueda ejercer sobre otros bienes» (3). La idea tiene importancia por lo que luego se dirá acerca de la nota de *reciprocidad* en estas relaciones (4).

(2) *Ibidem*.

(3) HERNÁNDEZ GIL, A, *Las relaciones de vecindad en el Código Civil*. Discurso leído por el excelentísimo señor presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 28 de enero de 1985, Madrid, 1985, pág. 11.

(4) Continúa Hernández Gil: «A su vez, ese grado de influencia no depende sólo del destino de un bien determinado, sino también del destino (explotación, cultivo, utilización, etc.) a que se hallen sujetos aquellos otros bienes que resulten afectados. El

Las relaciones de vecindad y las normas que las regulan tienen por fin facilitar la convivencia. Y ofrecen como característica ir dirigidas al derecho de propiedad como expresión de las limitaciones impuestas en ejercicio normal de tal derecho. En cuanto tales, no responden a un particular enfoque político o histórico de ver la propiedad, sino que siempre ha sido así (5).

Como es sabido, la noción y regimentación de las relaciones de vecindad —como concepto dogmático o doctrinal— se elabora en la más moderna doctrina del primer tercio del presente siglo. Y corresponde a BONFANTE (6) el tratamiento sistemático del tema, que ha servido de modelo a los estudiosos y a la jurisprudencia de los Tribunales de numerosos países, siquiera revisando los propios criterios de aquel romanista italiano.

Se explica por ello que el Código Civil de Puerto Rico, como el español y tantos otros, silencie el concepto —aunque no sus efectos—. Que no obstante es objeto de regulación, siquiera deducido como principio general referido al derecho de propiedad, tomando como base algunas normas dispersas en y a lo largo del Código Civil y en otras leyes especiales.

Concretamente, y como ya se ha apuntado, el Código contempla algunas relaciones de vecindad bajo la nomenclatura de «servidumbres legales» no obstante sus diferencias.

destino llega a ser en algunas hipótesis tan relevante, que se superpone a los bienes en sí y la misma idea de relación, en su aspecto material, se desvanece. Esta aparece muy acusada cuando el conflicto de vecindad y la limitación dispuesta para evitarlo procede de que las dos fincas son contiguas o colindantes, como sucede con el supuesto tradicional y típico del desagüe de edificios, mientras que, por el contrario, cuenta mucho menos en las inmisiones de humos o de sustancias nocivas que puedan tener orígenes distintos al del fundo vecino» (*ibidem*)

(5) «Las antiguas sociedades agrarias, y en general la sociedad preindustrial, conoció los conflictos de vecindad, que consiguientemente provocaron numerosas previsiones jurídicas. La propiedad privada romana configurada a imagen de la soberanía, como expresión del más fuerte y omnímodo poder sobre las cosas, si debía reconocerse en la misma proporción no sólo a un individuo aisladamente considerado, sino a cada uno en su condición de propietario, traía como consecuencia forzosa el establecimiento de reglas por virtud de las cuales el ejercicio del derecho, si bien podía llegar al grado máximo, no debía, en cambio, desbordar los confines del bien sobre el que se ejerciera. El reconocimiento de una propiedad rigurosamente atributiva y permisiva determinaba, si había de ser igual para todos, la exclusión del exceso. El derecho dentro del fundo carecía de límites, aunque resultara perturbado el interés público, mas la presencia de otro interés individual equivalente venía a imponer el oportuno correctivo

Las relaciones de vecindad no son, por lo dicho, el resultado de una concepción social de la propiedad en el plano de la teoría ni de una organización práctica de la misma en tal sentido, ya que en el seno de la concepción individualista romana y en la Edad Media tuvieron ya un amplio reconocimiento. Claro es que se trata de un reconocimiento dentro del sistema y subordinado al mismo, con el que no choca, sino que lo realiza. En la medida en que tal sistema se rectifica o sobrepasa, el derecho de vecindad, lógicamente, experimenta los correspondientes cambios.» (*ibidem*, págs 11-12).

(6) BONFANTE, P., *Las relaciones de vecindad*, trad. GARCIA VALDECASAS, Reus, Madrid, 1992.

b) *Diferencias entre las relaciones de vecindad, en cuanto limitaciones del derecho de propiedad y servidumbres legales*

El citado HERNÁNDEZ GIL las indica:

1.ª Las servidumbres legales se imponen por Ley, pero no nacen directamente de ésta por cuanto requieren un expreso *acto de constitución*, ya sea éste la exigencia que se hace al obligado y que éste acepta sin oposición, ya sea porque se declaren mediante sentencia judicial si se da tal oposición por el titular del fundo llamado a ser sirviente.

Por el contrario, las limitaciones derivadas de relaciones de vecindad no reclaman acto alguno de constitución, ya que la Ley las crea y las constituye al mismo tiempo como modo de delimitar el ejercicio del derecho.

2.ª Las limitaciones por razón de vecindad son impuestas recíprocamente entre fundos, a ambos, sin que la tolerancia del titular de uno de ellos signifique derecho alguno para el otro.

A la inversa, la servidumbre supone subordinación de un fundo respecto de otro dominante, sin reciprocidad alguna.

3.ª La servidumbre, para su constitución, exige que el titular del fundo dominante satisfaga un precio como expresión del valor económico inherente a su carácter de derecho real.

Opuestamente, en las relaciones de vecindad no hay precio o indemnización, que solamente es dable en caso de infracción y existiendo daños.

4.ª Las servidumbres se extinguen por no uso.

Diversamente, las limitaciones por razón de vecindad nunca prescriben (aunque pueda prescribir el derecho a ser indemnizado, derivado de la infracción de aquéllas), porque acompañan siempre al dominio como delimitación de sus fronteras en el ejercicio correspondiente (7).

5.ª Las servidumbres son susceptibles de adquirirse por usucapión, con las restricciones impuestas por el artículo 473 respecto del artículo 487, ambos del Código Civil (8).

De modo antagónico, las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad por razones de vecindad no se adquieren por usucapión, sino que el beneficiado por ellas puede reclamarlas en todo caso. Aunque es dable que pueda adquirirse como servidumbre un contenido real contrario a la limitación que la relación de vecindad entraña.

(7) *Op cit.*, págs. 20-24.

(8) Artículo 473 del Código Civil: «Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título o por la prescripción de veinte años». Artículo 487 Código Civil: «Las servidumbres que impone la Ley en interés de los particulares o por causa de utilidad privada se regirán por las disposiciones del presente título, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales o locales sobre policía urbana o rural .»

6.ª En términos procesales, mientras la protección de la servidumbre se ejercita mediante acciones de carácter real, en y con referencia a las relaciones de vecindad su protección se actúa por medio de una clara acción personal *in rem scripta*, y ello solamente respecto de fundos vecinos, pues en otros casos (v.gr.: humos excesivos, art. 1.802 CC) es meramente personal, al no ser necesaria la condición de propietario para responder (8 bis).

c) *Algunas servidumbres legales del Código Civil son verdaderas limitaciones en el ejercicio del derecho de propiedad, por razones de vecindad, entre ellas la de aguas pluviales*

La tesis, que el Código Civil confunde en sus preceptos las limitaciones legales por razón de vecindad con las servidumbres legales, es criterio común entre los autores y la jurisprudencia (9). Y es asimismo constante la opinión que estima como auténticas limitaciones por razón de vecindad la siguiente serie —en nomenclatura del Código Civil— «servidumbres» legales: a) el derecho temporal de paso (art. 505 CC); b) vertiente natural de

(8 bis) HERNÁNDEZ GIL, A., *loc. cit* ULPiano (D., L. 6. 5 de aqua pluv. 39. 3) dice: «Aquee pluviae arcendae actionem sciendum est, non in rem sed in personalem esse» Igualmente, MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, IV, pág. 822 (7ª ed., 1972).

(9) Así MANRESA, *Comentarios*, cit., IV, págs. 819-828, y los autores allí citados. HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, págs 17-19; MUCIUS SCAEVOLA. *Código Civil*, X, 4.ª ed., 1947, págs. 221 y sigs. y 532 y sigs.; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil*, II (*Derechos reales*), Madrid, Edersa, 1968, págs. 86 y sigs. (hay ediciones anteriores y posteriores que sustentan misma tesis); PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, III, vol 1, Bosch, Barcelona. 1971, 2.ª ed., págs 271 y sigs.; HERNÁNDEZ GIL, A., *Dictámenes*, Ed Autor, Madrid. I. 1968, págs. 241 y sigs., PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil*, II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1971. págs. 171 y sigs.; DE DIEGO, F. C., *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1959, págs 391-392; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, II. *Derecho de cosas*, Ed. Reus, Madrid, 1957, 6ª ed., págs. 162 y sigs. (hay ediciones anteriores y posteriores en que se sustentan las mismas tesis); PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus *Notas* a ENNECCERUS, KIPP, WOLF, III, vol 1, al cuidado de PUIG BRUTAU, Ed. Bosch, Barcelona, 1970, 3ª ed., págs. 358-359, y III, vol. 2. misma ed., págs 61 y sigs., Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, 2ª reimpr. de la 3ª ed., págs 159 y sigs y 438 y sigs., SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil Teoría y práctica*, II (*Derecho de cosas*), Ed Rev. Der. Priv., Madrid, pág 130 La antigua jurisprudencia española calificaba estas limitaciones como *servidumbres necesarias* (cfr. STS de España 22 abril 1892).

En la vieja doctrina comparten tal tesis LAURENT, *Principes de Droit civil*, VII, parágrafo 357, DE FILIPPI, *Diritto civile*, III, pág 240, PACIFI-MAZZONI, *Trattato delle servitu legale*, t. I, parágrafo 7. Y en la moderna concomitante con nuestros Códigos: CARBONNIER, J., *Derecho civil*, II, vol 1, *Situaciones jurídico-reales*, trad y anot. ZORRILLA RUIZ, Ed Bosch, Barcelona, págs. 299 y sigs., y 303 y sigs; 308. 310 y 312, ENNECCERUS-KIPP-WOLF, *Tratado de Derecho civil alemán*, cit., III, vol. 1. pág. 705, parágrafo 102, II, usando la expresión impuesta por el B.G.B., «derecho forzoso». Cfr. *González vs. Calderón*. 51 DPR 152, *Ramos vs Quiñoes*, 55 DPR 924.

aguas (art. 488 CC); c) desagüe de tejados (art. 522 CC); d) luces y vistas (arts. 516 a 520 CC); e) distancia en las construcciones y plantaciones (arts. 525 a 528 CC, en íntima vinculación con el art. 1.806 CC), y f) en fin, la medianería (arts. 507 y sigs. CC) (10).

De todas ellas, aquí sólo interesa la de vertiente natural de las aguas pluviales.

2. LIMITACIÓN DOMINICAL DE VERTIENTE NATURAL DE LAS AGUAS

a) *Normativa por la que se rige*

Se refiere a ella el artículo 488 del Código Civil y la Ley de Aguas en sus artículos 69 a 74, por función de la expresa remisión que hace el artículo 486 del Código Civil (11).

La Ley especial de Aguas es la vigente de 1903, modificada por la Ley número 136, de 3 de junio de 1976. A su vez, la Ley de 1903 es sustitutiva de la española de 1879, si bien mantuvo su exacto tenor literal, no modificado en este punto.

b) *Carácter de esta limitación dominical por razón de vecindad*

Todos los autores admiten su carácter de limitación dominical. Sin embargo, alguno en concreto (ESPÍN CÁNOVAS) señala como excepción que no le acompaña la nota de reciprocidad inherente a estas relaciones de vecindad.

Craso error. Cuando el artículo 488 del Código Civil señala: «Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, así como la piedra o tierra que arrastren», añada un segundo párrafo, que dice: «Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven».

Esta norma impide modificar la servidumbre, prohibición referida a ambos fundos, imponiendo claramente reciprocidad en el ejercicio de los respectivos derechos de propiedad: no puede impedirse el descenso natural de las aguas, pero tampoco puede hacerse más gravoso.

(10) Los antes citados en nota 9.

(11) Artículo 486 del Código Civil: «Todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan y, en su defecto, por las disposiciones del presente título».

Se olvida, además, la propia noción de reciprocidad. Escribe HERNÁNDEZ GIL:

«La estructura de la relación de vecindad se muestra especialmente clara en esta hipótesis. Más que una relación entre dos fincas, hay una cadena de relaciones. Dentro de ella, las posiciones del predio superior e inferior pueden ser concurrentes. La finca *R* puede ser superior respecto de *S* e inferior respecto de *T*, y así sucesivamente. Como consecuencia de ello, la nota de reciprocidad aparece muy marcada.

La dicotomía superior-inferior, aplicada a un lugar, quiere decir que una finca ocupa una posición más alta que otra. Así sucede y se ve muy claramente, por ejemplo, en una ladera de una sierra. No es indispensable, sin embargo, que se muestre a la vista la colocación o el emplazamiento de los predios. Lo esencial es que el agua discurra de uno a otro. Ello supondrá una cierta inclinación o diferencia de planos. Aunque no sea perceptible, predio superior será aquel de donde proceda el agua que se introduce en el inferior. La dirección de la corriente de agua es, por tanto, lo realmente decisivo.

El Derecho se pliega, pues, ante la naturaleza. A ella se acude en busca del criterio ordenador. Como el agua es fluyente (...) su uso es compartido y supone una distribución. La regla más elemental es la formulada por el artículo [488]» (12).

Pero el carácter de verdadera limitación dominical surge de la propia Ley de Aguas, que usando la expresión de la época califica a la figura objeto del presente análisis como *servidumbre natural*, que contrapone a las legales; aquélla regulada en el capítulo VIII y éstas en el capítulo IX del título III.

El artículo 488 del Código Civil recoge, pues, una limitación, mientras que los restantes preceptos, en general y salvo lo ya apuntado, se refieren a servidumbres (13).

Esta dualidad o diferenciación tiene su antecedente inmediato en el artículo 69 de la española Ley de Aguas de 1879, que lo toma del artículo 111 de la también española Ley de Aguas de 1866; que, a su vez, se fundamenta en *Las Partidas* (Ley 14, Tít. XXXII, P. 3.^o). El modelo original se encuentra en el *Digesto* (L. 1, 14, *de aqua et aq. pluv. arc.* 39, 3) (14).

(12) *Las relaciones..*, cit, pág. 97.

(13) Así, por todos, ESPÍN CANOVAS, *op. cit.*, loc. cit., pág. 91; PUIG BRUTAU, *loc. cit.*, pág. 275; MANRESA, *loc. cit.*, págs. 854-856, etc.

(14) «Respecto a éste —el fundo superior—, debe decirse también que no compete esta acción cuando es la misma naturaleza del terreno la que perjudica a un propietario, pues entonces se podría decir que es aquélla y no el agua la que perjudica» (*El Digesto de Justiniano*, trad. de D'ORS y otros, III. Aranzadi, Pamplona, 1975, pág. 168)

Como limitación, pues, al ejercicio del derecho de dominio por razones de vecindad, el artículo 488 del Código Civil y sus correspondientes de la Ley de Aguas vigente imponen una conducta a los propietarios vecinos en el modo de ejercer sus respectivos derechos, y una recíproca tolerancia en el ejercicio de uno para con el otro.

c) *Alcance de esta limitación. Posibilidad de superarla mediante la constitución de la correspondiente servidumbre*

La limitación expresa un deber de respeto mutuo con referencia al estado natural de las cosas, como defensa del *statu quo*, consistente en tolerar (el fundo sirviente) y en no agravar (el fundo dominante) la caída natural de las aguas pluviales, así como el sedimento naturalmente arrastrado.

¿En qué términos se cifra tal tolerancia? Aunque el párrafo primero del artículo 488 del Código Civil «parece excluir cualquier intervención de la obra del hombre como modo de hacer posible el curso natural de las aguas, éste no puede ser el estado de hecho a mantenerse en todo caso, porque supondría la intangibilidad del agua y de la propia finca por donde discurra. Esto no puede ser, sin embargo, así. Los matices ordenadores proceden del párrafo segundo del artículo [488]. Conforme a él, lo prohibido al propietario del predio superior es realizar obras que *agraven la servidumbre*. Hay que partir, por tanto, de que el propietario utiliza la finca, la explota y se sirve de ella. Consiguientemente, habrá de realizar las obras requeridas para el desarrollo de esa actividad. Sería contrario a la naturaleza de las cosas en su significado social-jurídico el absoluto respeto a un idílico estado de naturaleza que supusiera la condena del hombre a la inactividad. Lo que importa es encontrar un equilibrado comportamiento que, sin contrariar esencialmente el discurrir de las aguas de un predio a otro, sea compatible con su utilización. No agravar la *servidumbre* (desde nuestro punto de vista que la niega, no agravar la recepción de las aguas dentro de una relación de vecindad) significa no hacer que las aguas se agolpen o que su recepción se convierta en intermitente o que, por efecto de usos industriales o de otra clase, lleguen sucias. Pero agravación es, en conjunto, alterar el curso de las aguas, por lo que también la hay si el predio inferior se viese privado de ellas» (15).

Ahora bien, si por consecuencia de la explotación del predio fuese necesario o conveniente acometer obras que alteren ese curso natural, ello no está impedido por la Ley, pero se reclama, entonces, la constitución formal de la respectiva servidumbre, que el Código Civil configura como

(15) HERNÁNDEZ GIL, *Las relaciones*, cit., págs. 97-98; igual, MANRESA, *loc. cit.*, págs. 861-862.

de acueducto. Lo que no es otra cosa que reconocer la posibilidad de alterar el *statu quo*, si bien dicha alteración debe concretarse mediante el cumplimiento de prefijados requisitos y conforme a un procedimiento asimismo determinado. A este fin, el artículo 497 del Código Civil indica: «Para los efectos legales de la servidumbre de acueducto será considerada como continua y aparente...»; señalando el artículo 473 del Código Civil que «las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por virtud de título o por la prescripción de veinte años». Los artículos 75 y siguientes de la Ley de Aguas regulan el procedimiento.

De no establecerse la servidumbre de acueducto, la propia Ley de Aguas previene algunas facultades de los propietarios de los fundos dominante y sirviente.

Así, el artículo 69, párrafo primero, proposición segunda, previene el derecho del dueño del predio sirviente de reclamar daños si las aguas no tuviese origen pluvial, sino de alumbramiento artificial o sobrantes de actividades agrícolas o industriales, pudiendo oponerse a la recepción de estos últimos (art. 69, párrafo segundo). Ambos titulares de los fundos sirvientes y dominantes tienen derecho a efectuar obras de regularización de las aguas. Pero si por consecuencia de ello «se irrogare daño a tercero, podrá éste exigir indemnización o resarcimiento» (art. 73 LA), en correspondencia con el artículo 70, que autoriza al propietario del predio inferior, bien aprovecharse de las aguas modificadas, bien reclamar resarcimiento de daños (sentido ya mantenido por SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 540, vuelto de la 539; SSTs de España de 22 de abril de 1892 y de 5 de mayo de 1896 y 7 de noviembre de 1861).

d) *Ausencia de servidumbre legal según los antecedentes y el estado de Derecho*

Los antecedentes de hecho que justifican el presente dictamen nada indican sobre la existencia de título constitutivo de servidumbre legal y manifiestan la imposibilidad del transcurso del tiempo para invocar una adquisición por usucapión si fuere pertinente. Recuérdese que el artículo 488 del Código Civil se aplica en función del *origen* de las aguas.

En conclusión, reitero mi afirmación que nos hallamos ante relaciones de vecindad que imponen límites al ejercicio del derecho de propiedad.

3. EJERCICIO DEL DERECHO MÁS ALLÁ DE SUS LÍMITES. ABUSO. RESPONSABILIDAD

Los límites impuestos al ejercicio de un derecho —sean estos límites claramente definidos o simplemente nebulosos, en cuanto determinados por

la conciencia social del momento histórico concreto y, por ello, cambiantes— son límites impuestos por la norma jurídica. Excederse en ellos es abusar del propio derecho; transgrediendo aquélla, implica una infracción al mandato de la norma misma, así como al mismo principio de buena fe (16).

Un ejercicio extralimitado reclama dos consecuencias inmediatas: la cesación del comportamiento abusivo si fuere factible; además, la indemnización del daño causado, volviendo las cosas a su origen.

Evidentemente, cuando ya se ha ejercitado un derecho más allá de sus límites legales, la reconducción de tal ejercicio a sus más propios límites impedirá daños de futuro, pero no los ocurridos por lo ya actuado. Podrá cesar el abuso posterior, pero no los daños ya producidos, que reclaman entonces imponer el *statu quo ante* por correspondiente indemnización.

Ahora bien, mientras para ciertos comportamientos lesivos la Ley exige, en vías de imponer responsabilidad, un matiz subjetivo (actuar por y con culpa o negligencia), como ocurre con el artículo 1.802 del Código Civil, en otros casos la responsabilidad se atribuye objetivamente, siendo suficiente el hecho del daño, con independencia del comportamiento del obligado a reparar.

4. CARÁCTER DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL EJERCICIO EXTRALIMITADO DEL DERECHO DE PROPIEDAD, EN RELACIONES DE VECINDAD INHERENTES A LA CAÍDA NATURAL DE AGUAS PLUVIALES

a) *La regla del artículo 1.802 del Código Civil*

El Código Civil de Puerto Rico deriva dos fuentes de vinculaciones entre sujetos de derechos: las obligaciones propiamente dichas, que surgen por virtud de negocio jurídico, y las cargas reales de origen extranegocial, a que se refiere el artículo 1.802, cuando dictamina la responsabilidad ante todo daño si el autor actúa mediando culpa o negligencia. Principio de responsabilidad subjetiva o aquiliana que, tradicionalmente, se ha configurado como *sedes materiae* de la responsabilidad extracontractual. Criterio, por otro lado, muy común a todos los Códigos que, como el de Puerto Rico por interposición del español, ha tomado como modelo al *Code Napoléon*.

No es menos cierto, sin embargo, que en los países que han seguido dicha pauta se han producido dos alteraciones fundamentales al principio *no hay responsabilidad sin culpa*. De un lado, porque la legislación especial ha

(16) DE LOS MOZOS, J. L. *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, Bosch, 1965

venido imponiendo el principio opuesto de responsabilidad objetiva (legislación sobre circulación de vehículos de motor, producción de alto riesgo, responsabilidad del fabricante, etc.). De otro, mediante una reinterpretación de los principios de responsabilidad subjetiva, que han sufrido un auténtico proceso de objetivación, sea mediante inversión en la carga de la prueba, sea mediante la presunción de que el daño que supone negligencia sin más prueba en contrario que la fuerza mayor, sea por el recurso a un conjunto de teorías (riesgo, beneficio económico, etc.), que disuelven el principio subjetivista.

Ciertamente, que la legislación posterior y especial a los Códigos imponga criterios de responsabilidad objetiva no ha de significar modificación del principio *no hay responsabilidad sin culpa*, al menos mientras los Códigos sigan siendo, cual es el caso de Puerto Rico, Derecho general.

Ahora bien, dentro de los propios Códigos, o coetáneamente a ellos, se enraizan criterios de responsabilidad objetiva que abundan más de lo que una primera impresión puede producir.

b) *Otras reglas, dentro del Código Civil, que responden e implican la responsabilidad objetiva*

El artículo 1.802 no está sólo en el concierto de normas acerca de la responsabilidad. Desde siempre se han mantenido criterios —que se convierten en auténtico principio respecto a su esfera o campo de aplicación— que imponen responsabilidad objetiva. Aquí es pertinente citar: la responsabilidad del propietario por el mero hecho de serlo; la responsabilidad del que ejercita un derecho de forma abusiva, así como la actuación enfrentada al principio de buena fe. Ello aparte las situaciones en que *debe ser así* (por ejemplo, en el contrato de seguro, depósito, etc.).

1) *Responsabilidad del propietario por el hecho de serlo*

Acostumbrados a los simplificados modelos docentes (en que el acreedor lo puede todo y solamente el deudor viene obligado) y en una dogmática individualista del derecho de propiedad superada por los tiempos (el dominio es soberano y lo que el titular no puede hacer son *simples* limitaciones), hemos perdido de perspectiva que el tranquilo disfrute de mi propiedad puede requerir limitar la del otro, y *viceversa*. Precisamente porque el hombre vive en sociedad y no aislado y es menester armonizar todos los intereses para lograr un adecuado equilibrio.

De ahí que en los viejos *manuales* (y en muchos no tan viejos) sea raro encontrar, por ejemplo, que en la relación de obligación *también el acreedor* viene sujeto por ciertas cargas impuestas legalmente, dirigidas a facilitar la liberación del deudor y su pago (17). Tampoco es frecuente en dichos textos dedicar algunas páginas a la responsabilidad del propietario; ello no empece la afirmación constante que todo derecho implica obligaciones. También el propietario las tiene, y abundantes, por el mero y simple hecho de serlo. Y por ser propietario, si su propiedad causa daño a otro, responde objetivamente.

Así, se citan como situaciones de responsabilidad objetiva del propietario los recogidos en los artículos 1.808.3.º y 1.810 del Código Civil (18). Su carácter objetivo es resaltado por la doctrina más diversa de distintos países, cuyo Ordenamiento mantiene preceptos similares. Así, en la española, basta citar a CAVANILLAS (19), PUIG BRUTAU (20), MUCIUS SCAEVO-LA (21), ESPÍN CÁNOVAS (22), Díez-PICAZO (23), etc.

Mismo criterio es sostenido en Alemania por, entre otros, LEHMANN-HEDEMAN y ENNECERUS, KIPP y WOLF (24). En Francia por los hermanos MAZEAUD y TUNC (25) y CARBONNIER (26). Para el Derecho brasileño, DA

(17) Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1970, págs. 364-373; 2.ª ed., 1973, págs. 374 y sigs.

(18) Artículo 1.808 del Código Civil: «Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

(...)

3.º Por la caída de árboles colocados en sitio de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor.»

Artículo 1.810 del Código Civil: «El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojaran o cayeren de la misma»

(19) CAVANILLAS, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1987, págs. 141 y sigs., recogiendo como supuestos los artículos 1.905, 1.907, 1.908.3.º y 1.910, correspondientes con los artículos 1.805, 1.807, 1.808 y 1.810 del Código Civil de Puerto Rico

(20) *Loc. cit.*, II, vol. 3, *Responsabilidad civil*, Barcelona, 1983, pág. 126

(21) *Op. cit.*, XXXI, págs. 611 y sigs., cita precisa págs. 613-615, 621.

(22) ESPÍN CÁNOVAS, *loc. cit.*, III, pág. 502, siguiendo a BATLLE, *Los daños por filtración o caída de líquidos y el artículo 1.910 del Código Civil*, Anales de la Universidad de Murcia, 1962-63, 5.

(23) *Sistema...*, cit., 4.ª ed. 1983, II, págs. 649 y sigs. Hay ediciones anteriores y posteriores manteniendo igual criterio.

(24) LEHMANN-HEDEMAN, *Tratado de Derecho civil*, vol III, *Obligaciones*, trad SANTOS BRIZ, Ed. Rev. Der. Priv., págs. 527 y sigs., cita precisa pág. 532.a); con referencia al parágrafo 826, B.G.B., igual, ENNECERUS-KIPP-WOLF, III, vol. 1, parágrafo 53, V, pág. 357.

(25) MAZEAUD, H. y L., TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, trad. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, EJEJA, Buenos Aires, tomo II, vol. 1, parágrafo 1, págs. 20 y sigs., y parágrafo 3, págs. 115 y sigs.

(26) CARBONNIER, *op. cit.*, II, vol. 3, págs. 116-118

SILVA PEREIRA (27). En Perú por el actual decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Lima, DE TRAZEGNIES (28). DE GASPERI y MORELLO para los Derechos argentino y uruguayo (29).

En Derecho puertorriqueño, el tema no ha sido tratado sistemáticamente por la doctrina. Una excepción lo es el profesor de la Universidad de Puerto Rico GODREAU, quien defiende el carácter objetivo de esta responsabilidad entre tantas otras del propietario (30). Criterio asimismo aceptado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo directamente (31) o inducidamente (32).

Sin olvidar que es común en la doctrina relacionar directamente el artículo 1.808 con el artículo 526 del Código Civil en tema de distancias de construcciones y plantaciones, precepto éste que impone una total responsabilidad objetiva.

La condición de titular de determinadas masas patrimoniales implica asimismo correspondiente responsabilidad. Así, en tema de régimen económico del matrimonio, la nueva redacción dada a los artículos 93 y 1.313, párrafo tercero, del Código Civil por virtud de la Ley número 51, de 21 de mayo de 1976, fija una responsabilidad patrimonial objetiva de un cónyuge por los actos del otro; así, en actos de administración del patrimonio conyugal, cualquiera que sea el régimen económico (art. 91), como en daños derivados del ejercicio de la profesión, industria o comercio (art. 1.313, párrafo tercero, CC).

En efecto, determina el artículo 93: «Salvo lo dispuesto en el artículo 91, cualquiera de los cónyuges podrá presentar legalmente a la sociedad conyugal. Cualquier acto de administración unilateral de uno de los cónyuges obligará a la sociedad legal de gananciales y se presumirá válido a todos los efectos legales».

E indica el párrafo tercero del artículo 1.313: «El cónyuge que se

(27) DA SILVA PEREIRA, C. M., *Instituições de Direito civil*, III, Ed. Forense, Sao Paulo, 3.^a ed., 1975, pág. 509.

(28) DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad contractual*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica, tomo I, 2.^a ed., 1988, págs. 439 y sigs., cita precisa pág. 444

(29) DE GASPERI, L., y MORELLO, A. M., *Tratado de Derecho civil*, IV. *Responsabilidad extracontractual*, Ed TEA, Buenos Aires, 1964, págs. 483 y sigs.

(30) GODREAU, M., en Solicitud de reconsideración civil, número 85-5960. Aunque el Tribunal de instancia no admitió la solicitud por razones procesales, sin llegarse a entrar en el fondo

(31) *Cole vs Escambrón Development Co.*, 73 DPR 520.

(32) *Ramos vs. E.L.A.*, 91 DPR 471; *Vázquez vs Antuñano*, 61 DPR 770. En la jurisprudencia española, Sentencias de 14 de marzo de 1968, 14 de mayo de 1963, 12 de abril y 10 de diciembre de 1984. Ver, igualmente, STONE, «Liability for damage caused by things», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI (Torts), 5, págs. 18-19 Para Italia, artículos 2.051 y 2.053, «Codice civile», en *I Codici e le leggi speciali*, a cura di De Matteo & Di Majo, Giuffrè, Milano, 1981

dedicare al comercio, industria o profesión podrá adquirir o disponer de los bienes muebles dedicados a esos fines, por justa causa, sin el consentimiento del otro cónyuge. No obstante, será responsable por los daños y perjuicios que pudiere ocasionar por dichos actos a la sociedad legal de gananciales. Esta acción se ejercitará en el momento de la disolución de la sociedad legal de gananciales».

En fin, hay responsabilidad objetiva en un sinnúmero de situaciones en que, incluso actuándose de buena fe, luego sin culpa ni negligencia, se impone, sin embargo, la obligación de indemnizar. Por ejemplo, en tema de unión de bienes o accesión de buena fe (arts. 296, 297, 298, 299, 310, 315 y 318.1.º y 3.º) y, en general, en las decisiones jurisprudenciales que reconocen la accesión invertida; igualmente, en caso de daños producidos por consecuencia del derecho de persecución del enjambre de abejas (art. 552 CC) (CAVANILLAS).

En otras palabras, no le es extraña al Código Civil la responsabilidad objetiva.

Y nada hay que decirse en una Ley que aunque especial es muy próxima al Código, la de Propiedad Horizontal, en que la responsabilidad objetiva informa a casi todas sus disposiciones.

2) *Responsabilidad por ejercicio abusivo del derecho*

La teoría del abuso del derecho, configurada originalmente como actuación dirigida a provocar un daño ajeno sin beneficio o utilidad para el sujeto actor, devino pronto en sanción por actos lesivos por criterios puramente objetivos o circunstanciales, en función de cuyo significado usar del derecho más allá de los límites genera automáticamente responsabilidad, con independencia de culpa o negligencia en el sujeto agente.

La noción del abuso del derecho, en cuanto concepto, se elabora por la dogmática decimonónica. Pero la idea a que responde es antiquísima, pues el propio Derecho romano prohibía el ejercicio abusivo (*abutere*, abusar, significaba solamente poder consumir el objeto en el uso propio o inherente al derecho; no abusar como mal usar), proscribiéndose el ejercicio del *ius tollendi*, el excavar una fuente con intención de desviar la corriente de agua y la desviación de la corriente de agua de la propia finca (33). *Las Partidas* señalaban, radicalmente, que «maguer el home haya poder de facer en lo suyo lo que quisiere, pero debelo facer de manera que non haya daño ni tueto a otro», que se prescribe, precisamente, al regular el libre deslizamiento de las aguas (34).

(33) *D*, 6, 1, 38. *D*, 39, 3, 1, 9; *D*, 39, 3, 2, 9

(34) *Partidas*, Ley 13, Tit. XXXII, P 3

En el Código Civil no hay expresa referencia al abuso del derecho, si bien su implicación tiene recepción (v.gr.: arts. 166, 224, 328; 425, la norma de conversión del art. 427, párrafo cuarto; 431, 462; 1.048; 1.084, párrafo segundo; 1.085, párrafo segundo; 1.208; etc.); pero sí estaba recogido su concepto en el artículo 166 del Reglamento Hipotecario anterior, que se mantiene en el actual 169 de la Ley Hipotecaria vigente, de 1976, al regular la acción de devastación.

Pero se citan como preceptos del Código Civil informados en el repudio del abuso del derecho los artículos 449 y 464 por abuso de la cosa usufructuada, con grave perjuicio para el propietario y extinción de los derechos de uso y habitación por abuso del derecho del usuario o habitacionista; así como el artículo 1.540 ante un posible comiso del inmueble por deterioro grave realizado por el enfiteuta. Se cita, incluso, el artículo 1.210 del Código Civil, que obliga a cumplir los contratos conforme con la buena fe, sin olvidar un amplio conjunto de disposiciones que hacen descansar en dicho principio la eficacia de las relaciones jurídicas (35).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, renuente como siempre a elaborar doctrinas sistemáticas, no ha tratado del abuso del derecho metodológicamente (36). Sin embargo, el anteproyecto de reforma del título preliminar del Código Civil, que bajo la dirección del último Juez-Presidente del Tribunal Supremo, don José Trías Monge, viene elaborando la Academia puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación, ha dado entrada a un artículo 7.2, que dice:

«La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

La Memoria explicativa que acompaña al precepto —de convertirse en Ley— reconoce ser copia literal del correspondiente artículo 7.2 del Código español vigente, reformado en 1973-74. Asimismo, se indica en dicha Memoria que el concepto del abuso del derecho, en cuanto deducido de las reglas de la buena fe, había sido tomado en consideración por la jurisprudencia puertorriqueña —se citan *Soriano vs. Rivera*, 108 DPR 663, 1979;

(35) DE LOS MOZOS, *op. cit.*, *passim* En Derecho español se ha recurrido a los artículos 543 y 545.2.º (479 y 481 2.º CC de Puerto Rico) para fundamentar expresamente el abuso, hasta la reforma del título preliminar, que le da franca y amplia entrada en su artículo 7.

(36) Pero sí intrínsecamente: *H.U.C.E. de América vs. V & E Engineering Construction*, 115 DPR 711; *Ramírez vs. Club Cala de Palmas*, y tantos otros. Cfr. GODREAU, M., «Lealtad y buena fe contractual», en *Rev. Jur. UPR*, LVIII, 3, 1989.

Velilla vs. Pueblo Supermarkets, Inc., 111 DPR 585, 1981). Y es interesante por demás la cita que se hace de este último caso, *Velilla*, al indicarse, que del principio de la buena fe «diversas doctrinas se desprenden claramente de este concepto general, tales como la de los actos propios, la del abuso del derecho, y la del fraude a la ley...»

Esto es, como ya se apuntaba en *Soriano vs. Rivera*, antes citado, parece aceptarse plenamente la concepción del Código Civil español. Lo que nos autoriza a ver si el abuso del derecho deriva de un comportamiento culposos, por el contrario, puede derivar de responsabilidad objetiva precisamente.

La fórmula del proyectado 7.2 es clara: reclama la presencia de abuso si hay intencionalidad por consideraciones puramente objetivas o por evaluaciones circunstanciales.

En este tema se cita por todos los tratadistas como fundamental la Sentencia de 14 de febrero de 1944, de la que fue ponente CASTÁN TOBEÑAS, posterior Presidente del Tribunal Supremo de España.

Se trataba en el caso de una reclamación realizada por una compañía de electricidad a otra empresa que había obtenido la concesión para la extracción de arena de playa. La empresa demandante implicaba abuso en la extracción, reclamando indemnización por daños. La arena se extraía de la playa, cerca de la cual se producía la desembocadura de un río, en cuyas inmediaciones se situaba la empresa de electricidad, demandante como se ha dicho. Alegaba la demandada que extraía arena por ser la concesión ilimitada en la cuantía. Pero tal extracción había provocado una depresión en la zona de playa, por cuya razón unos temporales originaron la invasión por las aguas de la zona de playa y desembocadura del río, originándose los daños.

La sentencia de instancia dictó sentencia a favor de la demandante, fundándose en el artículo 1.902 del Código Civil de España (art. 1.802 CC de Puerto Rico), imputando, pues, culpa o negligencia, que estimó probadas.

Sorprendentemente, el Tribunal Supremo elabora una sentencia que hace descansar en el abuso del derecho y que prescindiendo de toda culpa o negligencia fundamenta el fallo en «el gran volumen de arena extraída», con la «destrucción de una plantación de cañas que servía de defensa contra las aguas», y en que la actividad extractiva hizo «desaparecer las defensas naturales», lo que facilitó la acción destructora. Y procedió el Tribunal a precisar los requisitos del abuso del derecho. «a) uso de un derecho objetiva o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) inmoralidad o antisocialidad de este daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con intención de perjudicar o sencillamente sin fin serio y legítimo) o bajo la forma objetiva (cuando el daño proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)».

Esta línea se mantendrá desde entonces en una diversidad de sentencias (24 de febrero de 1959, 22 de septiembre de 1959, etc.).

Como indica MARTÍN BERNAL (37), luego de un razonado análisis, en la teoría del abuso del derecho elaborada por la jurisprudencia española, la relación de causalidad entre actuación y daño no existe directamente ni es necesaria, resaltando Díez-Picazo (38), con referencia a la citada Sentencia de 14 de febrero de 1944, que la extracción no generó el daño, producto éste directo de la naturaleza, pero aquélla se estimó como causa suficiente. Claro es que también el Código conoce situaciones en que ni el caso fortuito ni la fuerza mayor excusan de responsabilidad, con independencia a que haya o no culpa o negligencia (cfr. arts. 413 y 427; 426 con responsabilidad objetiva).

Bajo aquel esquema se redactó el actual artículo 7.2 del Código Civil español, que, como se ha dicho (39), contempla el abuso como manifestación intencional, como simple resultado objetivo o como resultado circunstancial. De donde, bajo estas dos últimas consideraciones la responsabilidad deviene siempre objetiva, traduciéndose en el deber de indemnizar, sin perjuicio de frenar en lo futuro un ejercicio del derecho en similares términos, por cuanto el acto abusivo es, en sí mismo, valorado como nulo (S. 4 de marzo de 1967).

Consecuentemente con lo expuesto, si la proyección reformista del Código Civil de Puerto Rico recoge el criterio del Derecho español, parece sensato concluir que se admite plenamente responsabilidad objetiva en situaciones de abuso del derecho aunque esté ausente la intención de culpa o negligencia por parte del sujeto titular que actúa.

En el Derecho comparado, la amplitud de la recepción de la teoría del abuso del derecho es sensible. Códigos hay que imponen un criterio objetivo de sanción y consiguiente carácter de esta responsabilidad (así, § 823, *B.G.B.*, de especial aplicación en las relaciones jurídico-reales, puesto en relación con el § 826) (40). El *Z.G.B.* recoge en su artículo 2 el imperativo uso conforme del derecho que su doctrina y jurisprudencia entienden total-

(37) MARTÍN BERNAL, J. M., *El abuso del derecho*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1982, págs. 144 y sigs.

(38) *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, Tecnos, I, 1973, págs. 171 y sigs., comentando la Sentencia de 14 de febrero de 1944

(39) ROCA JUAN, J., *Comentarios a las reformas del Código Civil*, obra colectiva, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, págs. 371 y sigs., cita precisa pág. 393. Igualmente, DE LA VEGA BENAYAS, C., *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil* (título corregido de errata), Ed. Cívitas, Madrid, 1976, pág. 272. También, Díez-Picazo, L., «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo título preliminar del Código Civil y sus recíprocas relaciones», *Documentación Jurídica*, núm. 4, Ministerio de Justicia, Madrid, 1974, págs. 1.329 y sigs. (págs. 203 y sigs. del núm. 4).

(40) LEHMANN-HEDEMANN, *Tratado...*, cit., III, págs. 522 y sigs., siendo esencial la interpretación de la jurisprudencia alemana, que da enorme alcance al precepto. Cfr. págs. 523 *in fine*, 527 y 529, 533; también vol. I, págs. 160 y sigs.

mente receptor de criterios objetivos de valoración y responsabilidad. El derecho soviético, ya desde su Código Civil de 1922 (41); etc.

3) *Actuación objetivamente contraria a la buena fe*

La buena fe, concebida como principio general del Derecho que informe a todo el Ordenamiento jurídico (42), hay que concebirla objetivamente (43) por cuanto, entre otros factores, acompaña como exigencia ineludible al ejercicio de los derechos (*Velilla vs. Pueblo Supermarkets, Inc.*, citado) y tiene su más plena expresión en el artículo 1.210 del Código Civil cuando señala la obligatoriedad de todo contrato, con total independencia hacia la intención de las partes, conforme con las reglas de la buena fe. De ahí que una actuación opuesta al principio provoca un atentado contra la norma y la consiguiente obligación de indemnizar —aparte cualesquiera otras consecuencias— (44). Pero dicho precepto no agota la expresión legislativa del principio, que es recogido en artículos cuales 479, 480 y 482, en materia de servidumbres y relaciones de vecindad, o 329 en tema de comunidad de bienes. De modo, pues, muy similar a como opera en Derecho alemán (45).

Como criterio objetivo de regimentar la conducta, su infracción no tiene que estar determinada —no suele estar determinada— por la culpa o negligencia del infractor. De hecho, éste puede actuar con buena fe subjetiva infringiendo, sin embargo, aquel principio general que impone un criterio social opuesto o diverso (sentido, entre otros, del art. 1.210 del CC). De donde resulta que el infractor al recibir las consecuencias de su infracción responde de modo totalmente objetivo.

Así se concluye, por ejemplo, ante y en el caso *Utility Consulting Services, Inc., vs. Municipio de San Juan*, 115 DPR 89, en que se hace uso del principio por parte del Tribunal Supremo con referencia a la modificación sobrevenida de las circunstancias contractuales (tema en que la jurisprudencia de numerosos países invoca el principio de buena fe). Difícilmente puede aceptarse que haya culpa o negligencia cuando se produce una modificación sobrevenida que, por definición, es inesperada por las partes. Y la sanción impuesta, repercusión patrimonial sobre el infractor de la buena fe, aunque con frecuencia es correctora de desequilibrios asimismo patrimoniales, es expresión, obviamente, de responsabilidad objetiva.

(41) Una enumeración, aunque referida a Códigos hoy sustituidos por otros más modernos, en MARTÍN BERNAL, *op cit.*, págs 64 y sigs.

(42) *Velilla vs. Pueblo Supermarkets, Inc., cit.*, *López de Victoria vs. Rodríguez*, 113 DPR 517; *International General Electric vs Concrete Builders*, 104 DPR 871

(43) Cfr DE LOS MOZOS, *op cit* , págs. 124 y sigs.

(44) MONTES, V , en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, I, *cit* , pág. 365.

(45) ENNECCERUS, KIPP, WOLF, *op. cit.*, III, vol. 1, pág 705.

5. CUANDO SE INFRINGEN LOS LÍMITES ESTABLECIDOS AL DERECHO DE PROPIEDAD POR RAZÓN DE VECINDAD, MODIFICANDO EL CURSO NATURAL DE LAS AGUAS PLUVIALES, SE RESPONDE OBJETIVAMENTE, SEGÚN LA LEY DE AGUAS Y LA JURISPRUDENCIA

Cuando el agua tiene origen pluvial, la norma imperativa es no impedir ni agravar su curso natural (art. 488, párrafo segundo, CC).

¿Qué ocurre en caso que la norma se infrinja? La infracción puede darse de varios modos. Por ejemplo, no se respeta el curso natural de las aguas que son recogidas intencionalmente y luego lanzadas al curso. Al respecto, en *Ramos vs. Quiñones*, 55 DPR 924, se dice, haciendo propia la opinión de MANRESA:

«En sus comentarios al artículo 552 del Código Civil español, que es el equivalente del 488 del nuestro, dice MANRESA:

“Según el texto expreso del Código, en su artículo 552 se habla de las aguas que *naturalmente* y *sin obra del hombre* descienden de los predios superiores a los inferiores; *la condición fundamental es que las aguas desciendan por sí de un modo natural, de predio a predio*, lo cual implica que el agua surja o caiga naturalmente por los fundos. Infiérese de aquí que la servidumbre se establece para todas las aguas que reúnan las condiciones, sean aguas procedentes de las lluvias y que por sí mismas se deslizan o arrollan, sean procedentes de fuentes naturales, de filtraciones y deshielos; con lo cual quedan excluidas todas las aguas alumbradas intencionalmente o intencionalmente recogidas”, tomo 4, pág. 683 (bastardillas nuestras) (*sic*).

“La servidumbre que establece el artículo 488, *supra*, es una servidumbre natural, nacida de la situación natural de los predios. El agua que cae sobre el predio superior, siempre que corra naturalmente, debe ser recibida por el predio inferior, sin que el dueño de éste tenga el derecho de impedirlo. Esta limitación de uno de los atributos de la propiedad, del derecho a excluir de ella a todos los demás, es lo que constituye la servidumbre” (*loc. cit.*, pág. 926). Y el Tribunal, por tratarse de predios en zona urbanizada, determinada no ser de aplicación el artículo 488, sino el artículo 524, ratificando la tesis del Juez de instancia.»

En *Reyes vs. Hernández*, 98 DPR 484, «la posición física de la finca del demandante recurrido como predio inferior es causa de que reciba las aguas pluviales que se deslizan de la carretera número 3 y otras aguas que se derraman de ciertas edificaciones construidas por el demandado recurrente en su finca que descienden hasta la propiedad del demandante. En cuanto a las aguas pluviales que descienden por sí mismas de la carretera, es claro que el predio del demandante está obligado a recibirlas (...) por tratarse de aguas que descienden naturalmente de predios superiores, sin que pueda

afirmarse que la actuación del demandado recurrente al colocar un tubo en la cuneta que separa la carretera de ambos predios para darle acceso a su parcela constituya una agravación de la servidumbre por no aumentarse con ello el caudal de las aguas recibidas (...). En cuanto a las aguas sobrantes de las utilizadas de la estación de servicio de automóviles y el restaurante edificado por el demandado recurrente, llamadas "aguas sucias" (MANRESA, *op. cit.*, pág. 626), igualmente es claro que su decurso hacia el predio del demandante se produce por obra del hombre». Hay nota al calce, que dice: «Para construir las edificaciones el demandado realizó cierta labor de relleno en su finca...» Y continúa la sentencia: «En esta última situación ya los predios no se encuentran en su condición original y la variación topográfica excluye la llamada servidumbre natural de las aguas». Y falla el Tribunal ordenando modificar la sentencia para excluir de tolerancia a las aguas sobrantes procedentes de edificaciones existentes en la finca del demandado recurrente.

En ambas sentencias hay un criterio que parece disímil, aunque sea realmente el mismo. En la primera se destaca *el origen de las aguas*, para que las de lluvia sean toleradas (art. 488 CC). En la segunda, se hace una afirmación, «la variación topográfica excluye la llamada servidumbre natural de las aguas», dando la impresión que no es el origen, sino la alteración del curso por obra del hombre lo que cambia el carácter de la limitación dominical. Pero el fallo es claro: las aguas que tienen un origen en las edificaciones quedan excluidas del artículo 488 y no tienen que tolerarse por el dueño del fundo sirviente. Es decir, que la variación topográfica provoca otro origen de ciertas aguas.

En *González vs. Calderón*, 51 DPR 152, dice el Tribunal: «Si del curso de las aguas pluviales solamente se tratara sin que la topografía del terreno hubiera sido variada, aplicable sería para regular el caso el artículo 488 del Código Civil, ed. 1930, que es el 559 del Código Civil revisado y el 552 del Código Civil español, y que dice: (...).

«Pero la situación varió y con ella la Ley reguladora de la misma. La finca se dividió en solares. Se trazaron y construyeron calles... Levantó en sus solares el demandado no sólo la fábrica de hielo, si que el garage y el establo..., dando salida a sus aguas naturales y artificiales (...). Esas aguas no son las que tuvo en mente el legislador al decretar el artículo 488».

Nuevamente parece que la variación topográfica determina la aplicación o no del artículo 488. Cuando realmente lo que es determinante es el origen de las aguas. En el caso, a las de lluvia (art. 488 CC) se unen otras, lo que lleva al Tribunal a negar la existencia de una verdadera servidumbre por la que el fundo sirviente reciba aguas que no son solamente de lluvia.

Los casos citados tienen su razón de ser: los antecedentes para los que se solicita el presente dictamen indican *variaciones topográficas* por el

rellenado en «Villas de Manatí», la modificación de alturas en pendiente, etc. Pero las aguas acumuladas por consecuencia de ello han sido siempre aguas de lluvia. Es, pues, de aplicación, el artículo 488 según la jurisprudencia.

Que las aguas pluviales pueden recogerse y ser luego lanzadas al curso natural es obvio, siempre que NO AGRAVEN LA LIMITACION DOMINICAL IMPUESTA, esa «servidumbre natural de aguas» que cita el capítulo VIII, artículos 69 y siguientes, Ley de Aguas.

Pero ¿y cuándo tal recogida agrava?

El actual capítulo VIII de la Ley de Aguas, artículos 69 a 74, recoge varias hipótesis: *a)* caída natural de aguas de lluvia (art. 488, párrafo primero, proposición primera); *b)* agua surgida de alumbramientos artificiales o sobrantes de acequias de riego o de establecimientos industriales que carezcan de servidumbre de acueducto (art. 69, párrafo primero, proposición segunda y final); en este caso, que los sobrantes lleven o no sustancias nocivas: si no las llevan, los causantes pueden pedir servidumbre de acueducto, previa indemnización; si los llevan, los propietarios de los predios inferiores pueden oponerse a recibir las aguas (art. 69, párrafo segundo).

El artículo 70 se refiere al artículo 69 en las hipótesis en que se confiere derecho de resarcimiento al predio inferior; esto es, conforme al párrafo primero, proposición segunda de dicho artículo 69, por darse alumbramiento artificial o sobrantes de acequias de riego o de establecimientos industriales. Y este artículo 70 ofrece una alternativa: el fundo sirviente puede, o aprovechar las aguas o darles salidas inmediata para eximirse de tolerarlas (y esto sin perjudicar al predio superior o a un tercero), haciéndolo a su costa.

Y a tenor de los artículos 71 y 72 de dicha Ley de Aguas, los dueños de los fundos dominante y sirviente tienen derecho a ciertas obras de canalización («ribazos, malecones o paredes») para regularizar las aguas, aprovecharlas o suavizar su caída. Todo ello sin detrimento de la impuesta tolerancia, esto es, sin agravar ni impedir la servidumbre.

Extraño es el artículo 73, que alude a una variación de salida de las aguas contempladas en los artículos «21 y 68», decía el texto original. SCAEVOLA indica, con acierto, que el texto debía referirse a los artículos 22 y 70 (*op. cit.*, VII, 4.^a ed., pág. 602, nota). Pues el artículo 21 alude a una autorización administrativa para abrir pozos, mientras que el 22 se refiere al alumbramiento de aguas subterráneas; y el artículo 68 se refiere a la identidad de régimen de beneficios de terrenos dedicados a cultivo por desecación como medida administrativa de fomento; pero el artículo 70 sí contempla la posibilidad de modificación de la salida de aguas. Y aquel artículo 73 impone la indemnización para cualquier tercero perjudicado.

La reforma de 1976 derogó, entre otros, los artículos 21 y 68 de la vieja Ley de Aguas, pero ha dejado subsistente el artículo 73, que no tendría

significado alguno referido a los artículos 21 y 68, pero sí lo tiene referido a los artículos 22 y 70 porque no queda derogado, sino en vigor. En efecto, variar la salida de aquellas aguas (dándosela inmediata para eludir la servidumbre o aprovecharlas eventualmente) puede significar daños a tercero, siendo entonces pertinente indemnizar. ¿Quién ha de indemnizar? El precepto es tajante: el dueño del predio, no quien con culpa o negligencia haya realizado la variación (arrendatario, usufructuario).

Por consiguiente, de los preceptos del capítulo VIII solamente es aplicable al artículo 488, párrafo primero, proposición segunda, lo dispuesto en el artículo 74, a cuyo tenor «cuando el agua acumule en un predio piedra, broza u otros objetos que embarazando su curso natural puedan producir embalse con inundaciones, distracción de las aguas u otros daños, los interesados podrán exigir del dueño del predio que remueva el estorbo o les permita removerlo. Si hubiere lugar a indemnización de daños será a cargo del causante».

Hay, pues, una clara obligación de indemnizar. Que en el texto original de la Ley española se ratificaba en su artículo 253 al fijar la competencia de los tribunales contencioso-administrativos: «4.º En las cuestiones que se susciten sobre resarcimiento de daños y perjuicios a consecuencia de las limitaciones y gravámenes de que habla el párrafo anterior»; y ese párrafo decía: «3.º Cuando se imponga a la propiedad particular una servidumbre forzosa o alguna limitación o gravamen en los casos prescritos por esta Ley».

¿Qué carácter tiene esta responsabilidad? El artículo 74 de la Ley de Aguas alude al dueño para exigir la remoción de obstáculos; y se refiere en tema de indemnización al causante. Ciertamente, en ambos casos se fija un criterio de responsabilidad objetiva: por ser dueño se responde del desbroce o remoción del estorbo, y por ser causante de los daños se responde. En ningún caso se requiere culpa o negligencia.

Pero es que la referencia alternativa dueño-causante no es sino un modo de expresión a efectos de evitar reiteraciones. SCAEVOLA es claro:

«Dentro, por último, de las servidumbres naturales en materia de aguas que dice la Ley de 1879, incluye ésta (art. 74) el derecho de los interesados en ello (dueños de los predios inferiores o colindantes) de exigir al dueño del fundo en que el agua acumule piedra, broza u otros objetos que, dificultando su curso natural, puedan producir embalse, con inundaciones, distracción de aguas u otros daños, que quite el estorbo o permita quitarlo, respondiéndolo también de los daños ocasionados o que se ocasionaren» (*op. cit.*, tomo X, ed. 1947, págs. 540-541).

Por su parte, MANRESA, luego de admitir, vía artículo 71 de la Ley de Aguas, la posibilidad que tiene el propietario del fundo sirviente de hacer obras de defensa siempre que se cuide de «no modificar las condiciones de las corrientes o caídas de aguas en daño del fundo superior», añade:

«Por otra parte, estos derechos y obligaciones del dueño del predio sirviente, ¿implican en él el deber de cuidar de los fosos o caídas de las aguas destinadas a recibir las del predio superior para impedir un daño a éste? Naturalmente, si la interrupción fuese obra suya, desde luego está obligado a limpiar de obstáculos los conductos naturales; pero no así en otro caso, porque la esencia de esta servidumbre está más en tolerar que en hacer. Sin embargo, es preciso tener siempre en cuenta lo que dispone el artículo 74 de la Ley de Aguas, según el cual...» Tampoco hay distinción alguna.

La sentencia recaída en *Collazo vs. The Sell Co. (P.R.), Ltd.*, 110 DPR 327, tiene aquí destacadísima importancia. Son los hechos:

La Shell Company construyó un puesto de gasolina, necesitando alterar el nivel del terreno, dándole un leve declive para el desagüe de las aguas pluviales. Las aguas de Shell discurrían hasta un muro de la colindante finca que separa ambos fundos, muro con boquetes por los que las aguas pasaban a la propiedad del demandante; aparte, la inspección ocular acreditó que también pasaban residuos propios de la estación de gasolina. Al poco de construir la estación de gasolina, la demandada la arrendó.

El Tribunal, al referirse a los fundamentos de Derecho, indica que la materia está regida por leyes especiales, la de Planificación y la de Aguas, y el Código Civil como supletorio. E invocando el artículo 488 del Código Civil, reconoce que la *servidumbre* de aguas queda limitada a las de lluvia, no a las aguas impuras. Y planteada la cuestión de la pertinencia de responsabilidad por parte de Shell o del arrendatario de la estación de gasolina, el Tribunal, citando el párrafo de SCAEVOLA, relativo al artículo 1.902, párrafo tercero (art. 1.802, párrafo 3.º, CC de Puerto Rico), en que SCAEVOLA configura una auténtica responsabilidad objetiva del propietario por el simple hecho de serlo, lo admite francamente. Dice textualmente el Tribunal Supremo:

«Sobre el particular se han expresado casi unánimemente los comentaristas españoles. Veamos, por ejemplo, las siguientes expresiones:

“[S]erá el propietario responsable, aunque la finca estuviere arrendada y aunque pueda acreditar no le corresponde culpa alguna en la falta de reparaciones, que no realizó, por ejemplo, porque no le diera el arrendatario aviso de la necesidad de las mismas... o porque la desidia en reparar no fue suya, sino de anteriores propietarios. Sin embargo, cabrá que ejercite acción de regreso, basada en el artículo 1.902, contra los verdaderos culpables del daño...” (31 SCAEVOLA, *Código Civil*, 1961, pág. 520).

“[E]l artículo 1.907 hay que entenderlo en relación con el párrafo tercero del artículo 1.559 y con la disposición general y amplísima del 1.902. Según el primero de ellos, el propietario podrá repetir contra el arrendatario, si estuviese arrendada la finca y éste no pusiere en conocimiento de aquél,

en el más breve plazo posible, la necesidad de las reparaciones precisas... Resulta, pues, que la falta de noticia o la ignorancia de la necesidad de las reparaciones no exime al propietario de la obligación de reparar los daños de que nos ocupamos, pero le da derecho para repetir contra el arrendatario que omitió el aviso necesario...

Además, si la falta de reparaciones... dependió no de la voluntad del propietario, sino de un tercero..., podrá repetir contra el que le dio ocasión al daño con arreglo al principio consignado en el artículo 1.902" (MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, 1973, pág. 910).

"El actor perjudicado ha de probar en este caso las siguientes circunstancias: la realidad del daño, que ha sido ocasionado por la ruina del edificio y que esta ruina ha sido debida a la falta de las reparaciones necesarias. Demostrados tales extremos, la acción ejercitada por el actor surtirá efectos, con independencia de la valoración subjetiva de la conducta del demandado..." (PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, 1956, t. II, vol. II, pág. 696).

Habiendo establecido la prueba que existían desagües que descargaban el agua... sobre el solar del demandante, éste tiene derecho a ser compensado. Siendo condenado el propietario, *Shell Co.*

Con esta sentencia el Tribunal Supremo no asume una posición aislada. Porque si bien lo llamativo es vincular el artículo 1.808 del Código Civil con la temática de la responsabilidad objetiva, fijándola en el propietario, y hecha abstracción de un posible usufructuario, arrendatario u otro ocupante por cualquier título, lo cierto es que no está solo el Tribunal. Porque uno de los principios de responsabilidad objetiva opera, precisamente, en tema de —empleando la vieja terminología del Código Civil—, *servidumbres*.

Véase CARBONNIER (*Derecho civil*, tomo II, vol. 1, trad. ZORILLA, Barcelona, Bosch, 1965, págs. 303-306) y los comentarios del traductor con referencia al Derecho español; se dice: el propietario responde, aunque el daño lo haya ocasionado otro ocupante; si ha cumplido los reglamentos administrativos, elude la responsabilidad penal, pero nunca la civil; ello porque se recogen criterios de responsabilidad objetiva. Y bajo el epígrafe «Práctica judicial» (pág. 311), se dice (pág. 312) que la responsabilidad del propietario está reconocida desde la Sentencia de 20 de febrero de 1849, siendo copiosa y reiterada la jurisprudencia posterior.

CAVANILLAS, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, ya citada en nota al calce, señala entre las situaciones de responsabilidad objetiva, incluso cuando el acto es lícito pero origina un daño, las situaciones de verdaderas servidumbres y las relaciones de vecindad entre predios, entre otras situaciones (*op. cit.*, págs. 147-148). Y aunque él no cita de modo técnicamente adecuado el artículo 552 del Código Civil español (art. 488 del CC de Puerto Rico), ello es debido a que se configura en

Derecho español como limitación por razón de vecindad, que CAVANILLAS recoge en la página 148.

PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, vol. 1, págs. 267-275) configura igualmente como expresión de responsabilidad objetiva la inherente a las limitaciones del dominio, destacadamente las derivadas de relaciones de vecindad.

DA SILVA PEREIRA (*Instituições de Direito civil*, IV, ed. Forense, 3.ª ed., Sao Paulo, págs. 176-178, y sus internas referencias) lo señala asimismo invocando el apoyo de AGUIAR *Da Responsabilidade civil*, II, en cita de DA SILVA, que en el tomo III señala como situaciones de responsabilidad objetiva las mismas que indica la doctrina española.

SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, ed. Montecorvo, Madrid, 2.ª ed., 1977, págs. 602 y sigs., señala asimismo el carácter de responsabilidad objetiva de situaciones del propietario, con referencia a los artículos del Código Civil español correspondiente al artículo 1.807 (recogidos en los fundamentos de *Collazo vs. The Shell Co.*) y relacionados del de Puerto Rico.

En fin, es la tesis del profesor GODREAU (citado en la nota al calce núm. 30 de este dictamen).

En la antigua jurisprudencia, común a Puerto Rico y España, la Sentencia de 7 de noviembre de 1861, con referencia a la legislación de *Partidas*, Ley 19, Título 32, Partida 3.ª, en tema de aprovechamiento de aguas naturales, sanciona la responsabilidad, con total independencia hacia un reclamo de culpa o negligencia. La Sentencia de 22 de abril de 1892, que eludiendo, por razón de los hechos, la aplicabilidad del artículo 552 del Código Civil, 69, 71 y 72 de la Ley de Aguas, sanciona el criterio de responsabilidad del propietario, sin indagación de una posible culpa o negligencia. La citada y aludida en extenso, de 14 de febrero de 1944, que pudiendo ampararse en el criterio de culpa o negligencia del artículo 1.902 del Código Civil español (art. 1.802 CC de Puerto Rico), los elude para configurar una responsabilidad por abuso del derecho, con abstracción de intencionalidad o no. La de 30 de octubre de 1963, que acoge la tesis de responsabilidad por riesgo, asimismo con independencia de culpa o negligencia. En fin, la serie de sentencias citadas por los autores en que he basado este dictamen, destacadamente las que recoge PUIG BRUTAU.

CONCLUSIONES

Primera. En tanto en cuanto la relación de antecedentes resulte en hechos probados, la misma manifiesta una clara relación de vecindad entre predios, que lleva inherente límites en los respectivos derechos de propiedad.

Segunda. Este tipo de limitaciones se tratan en el Código Civil con la denominación de «servidumbres» —aunque se diferencian claramente de éstas—, de las cuales interesa aquí la de vertiente natural de aguas pluviales.

Tercera. Este tipo de limitaciones, relativa a la vertiente natural de aguas pluviales, se regula por la Ley de Aguas de 1903, modificada por la Ley número 136, de 3 de junio de 1976.

Cuarta. Esta concreta limitación responde a todas las características de las limitaciones por razón de vecindad, no empuja la opinión de algún autor aislado.

Quinta. Dicha limitación puede obviarse mediante la constitución de la oportuna servidumbre de acueducto, pero de los antecedentes no surge que haya sido así, figurando, pues, como limitación dominical.

Sexta. Tal limitación impone a los titulares de ambos predios, dominante y sirviente, la obligación, respectivamente, de no agravar ni impedir el ejercicio legalmente establecido. Cualquier actuación que agravase o impidiese el ejercicio legalmente establecido supone transgresión de los límites del propio —recíprocamente— derecho de propiedad, implicando, así, abuso del derecho de quien de tal manera actúa.

Séptima. La responsabilidad derivada del ejercicio abusivo es exigible, con independencia de culpa o negligencia del actor.

Octava. Si bien es cierto que el principio general del Código Civil de Puerto Rico parece serlo el artículo 1.802, que sanciona el principio «no hay responsabilidad sin culpa», no es menos cierto que dentro del Código Civil se delimitan campos jurídicos e instituciones en que rige la regla de responsabilidad objetiva.

Novena. Así ocurre con el propietario, que frecuentemente responde por el simple hecho de serlo, aunque actúe diligentemente; aunque también se dan otras situaciones en que, incluso actuando con buena fe, responde por caso fortuito o fuerza mayor.

Décima. Asimismo responde el actor que ejercita abusivamente su derecho de propiedad, abuso valorado objetiva o circunstancialmente. Y si bien en el Código Civil no existe una directa y expresa referencia a tal noción, son numerosos los preceptos que se informan en dicha idea, imponiendo un ejercicio o sancionando el abusivo.

Undécima. Si bien en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico no hay una doctrina sistemáticamente formulada al respecto, los trabajos de reforma del título preliminar al Código Civil que elabora la Academia puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la española, proponen un artículo 7.2 que recoge expresamente el abuso del derecho y su condena, en iguales términos que el artículo 7 del Código Civil español. Lo que permite una identidad de pensamiento.

Duodécima. Que, no obstante, la jurisprudencia de Puerto Rico ha reconocido reiteradamente que con fundamentos en el principio de buena fe es de condenarse el abuso del derecho.

Decimotercera. Que son de admitir las características que para el abuso del derecho ha elaborado la jurisprudencia española, que consciente y expresamente ha rechazado la exigencia de culpa o negligencia para sancionarlo.

Decimocuarta. Que iguales criterios imperan en Derecho comparado.

Decimoquinta. Igualmente, se fija responsabilidad objetiva cuando una actuación de un sujeto es contraria a la buena fe, concebida como principio de significación objetiva, hecha abstracción de la culpa o negligencia del actor. Pues incluso se le hace responsable ante alteraciones en una relación jurídica que no ha podido prevenir. Y así ha sido sancionado por la jurisprudencia de Puerto Rico.

Decimosexta. Cuando en el ejercicio de su derecho de propiedad un sujeto se extralimita, incurriendo en ejercicio abusivo que causa daño al vecino, responde objetivamente.

Decimoséptima. Igual responsabilidad se da, y por idénticas razones, cuando la extralimitación se produce ante la limitación de la vertiente natural de aguas pluviales, según viene admitiendo incidentalmente la jurisprudencia, que reconoce aquella limitación siempre que las aguas tengan origen natural, sin intervención humana.

Decimooctava. Aquella extralimitación supone infracción del artículo 488 del Código Civil y del artículo 69 de la Ley de Aguas.

Decimonovena. La Ley de Aguas recoge varias situaciones en que se provoca responsabilidad objetiva y consiguiente indemnización, que impone siempre al propietario cualquiera que sea el ocupante del fundo en que se genera el daño.

Vigésima. Quien infringe el artículo 488 del Código Civil y el artículo 69 de la Ley de Aguas, si causare un daño provoca la obligación del dueño del fundo en que el daño se genera, aunque no haya sido el autor de dicho daño. Así lo dispone tajantemente el artículo 74 de la Ley de Aguas, en sentido interpretado armónica y unitariamente por los autores, en ausencia de jurisprudencia específica en Puerto Rico.

Vigésimo primera. Que la jurisprudencia de Puerto Rico no haya estudiado el alcance del artículo 74 no excluye, por el contrario, que no haya definido al propietario como responsable por el hecho de ser propietario, aunque el daño se realice por otro ocupante del fundo. Responsabilidad que es normal en diversas instituciones jurídicas y común al Derecho comparado de mayor afinidad en el puertorriqueño.

Vigésimo segunda y última. Si los antecedentes quedan probados en cuanto hechos, «Pleytex, Inc.», tiene derecho a ser indemnizada en todos

sus daños derivados de la inundación reseñada, viniendo obligado el propietario del fundo dominante a sufragar dicha indemnización por ser objetivamente responsable; todo ello sin perjuicio del derecho que pueda tener dicho propietario para perseguir en vía de regreso la oportuna compensación a quien, por culpa o negligencia, haya sido el autor directo del daño.

Este es mi dictamen, que someto a cualquier otra opinión mejor fundada.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Doctor en Derecho
Profesor de la Universidad de Puerto Rico



Problemas que plantea la llamada «cancelación» de asientos posteriores a la nota marginal de reparcelación o compensación

El número 4 del artículo 310 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, recogiendo el precepto correspondiente de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, establece lo siguiente:

«4. Tomada la nota a la que se refiere el número 1 (se refiere a la nota marginal de iniciación del expediente de reparcelación o compensación en las fincas originarias), se producirán los siguientes efectos:

- a) Si el título adjudicare la finca resultante al titular registral de la finca originaria, la inscripción se practicará a favor de éste.
- b) Si el título atribuyere la finca resultante al titular registral de la finca originaria según el contenido de la certificación que motivó la práctica de la nota, la inscripción se practicará a favor de dicho titular y se cancelarán simultáneamente las inscripciones de dominio o de derechos reales sobre la finca originaria que se hubieren practicado con posterioridad a la fecha de la nota.
- c) En el caso al que se refiere la letra anterior, se hará constar al margen de la inscripción o inscripciones de las fincas de resultado la existencia de los asientos posteriores que han sido objeto de cancelación, el título que los motivó y su respectiva fecha.
- d) Para la práctica de la inscripción de la finca o fincas de resultado a favor de los adquirentes de la finca originaria bastará la presentación del título que motivó la práctica de asientos cancelados posteriores a la nota, con la rectificación que corresponda y en la que se hagan constar las circunstancias y descripción de la finca o

fincas resultantes del proyecto, así como el consentimiento para tal rectificación del titular registrado y de los titulares de los derechos cancelados conforme al apartado *b*). Mientras no se lleve a cabo la expresada rectificación, no podrá practicarse ningún asiento sobre las fincas objeto de la nota marginal a que se refiere la letra *c*)».

Este precepto plantea varios problemas que se observan cuando se tiene a la vista un supuesto de la práctica registral, que es el que ha movido a redactar estas breves notas.

I. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA ESPECIAL DE ESTA CANCELACIÓN

El primer problema que se plantea es si estamos ante un supuesto de cancelación de asientos como el que prevé la legislación hipotecaria, con efecto totalmente extintivo de tales asientos y de los derechos en ellos comprendidos, o si se trata de una cancelación de efectos especiales, diferentes de la extinción de derechos.

Si nos atuviéramos exclusivamente a la letra del precepto que habla de «cancelación» de inscripciones y nos limitáramos a relacionarlo con el concepto de cancelación que resulta de la Ley Hipotecaria, llegaríamos a las dos siguientes conclusiones, que de antemano considero absurdas:

1.^a La cancelación de asientos posteriores de dominio y derechos reales, posteriores a la nota de iniciación de la reparcelación y compensación, extingue no sólo tales asientos, sino los derechos comprendidos en ellos, que quedarían así sin prioridad ni efectos.

2.^a La ulterior inscripción del dominio o de los derechos reales sobre la finca de resultado en base a la rectificación a que se refiere el apartado *d*) del número 4 del citado artículo 310 del Texto Refundido sería una inscripción completamente nueva, con efectos a partir de la nueva presentación en el Registro de la rectificación.

No compartimos ninguna de esas conclusiones.

Otra posibilidad más coherente con la naturaleza de la reparcelación y de la compensación, aunque ofrezca algunas dificultades interpretativas, es considerar que no se produce la cancelación del derecho, sino una cancelación de la hoja registral con conversión en una reserva de rango a favor de los derechos cuyos asientos «se cancelan».

En concreto, llegaríamos a estas dos conclusiones:

1.^a La cancelación de tales asientos posteriores sería una cancelación de asientos sin extinción de los derechos, es decir, una cancelación de

asientos en la finca originaria, para así facilitar el tracto sucesivo a efectos de obtener la inscripción de las adjudicaciones derivadas de la reparcelación o de la compensación.

2.º Al quedar esos derechos sin asiento de inscripción en la finca originaria, se arbitra la fórmula de mantenerlos en estado latente de reserva de rango, a través de una nota marginal en la finca de resultado, mientras se produce la inscripción ulterior en dicha finca.

Se trataría, en definitiva, de una nueva figura: la cancelación de asiento sin extinción del derecho, con conversión en reserva de rango en estado latente.

En favor de esta segunda solución tendríamos los siguientes argumentos:

1.º El efecto de subrogación real que tienen tanto la reparcelación como la compensación, señalado imperativamente en el artículo 167.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, que alude, siguiendo la pautas de la antigua legislación, a la «subrogación, con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas, siempre que quede establecida su correspondencia». Es así que «subrogación real» no implica «extinción», sino mantenimiento de la misma situación jurídica sobre las fincas de resultado; luego la cancelación que se regula no puede ser la «cancelación extintiva de los derechos», sino únicamente la «cancelación formal extintiva de los asientos».

2.º La analogía con el sistema de «cancelación de hoja registral de las fincas originarias», que establece el número 3 del propio artículo 310 del Texto Refundido. Ese sistema de cancelación de hoja registral de las fincas originarias implica únicamente la extinción material y formal de las citadas fincas, pero no la extinción jurídica de titularidades ni de derechos reales, que pasan de modo idéntico por subrogación real a las fincas de resultado. Por tanto, aunque se establece el concepto de «cancelación de hojas registrales de las fincas originarias», ello sólo significa la cancelación de los asientos de tales fincas, pero no la extinción de los derechos a que dichos asientos se refieren, que pasan por subrogación real a las fincas de resultado. Si la cancelación de hojas registrales del número 3 del artículo 310 es una «cancelación especial» extintiva de asientos, pero no de derechos, la cancelación de «inscripciones de dominio o derechos reales» a que se refiere el número 4.b) del propio precepto es, por analogía e interpretación sistemática, otra cancelación de asientos sin producir extensión de derechos. La diferencia entre una y otra cancelación es que mientras la cancelación de hoja registral produce directamente la apertura de hoja registral por subrogación real, la cancelación que estamos comentando produce una conversión del derecho en situación latente, interina o transitoria, con reserva de rango, a través de una nota marginal.

3.º En el propio apartado 4 del artículo 310 que estamos estudiando hay base para mantener tal interpretación; puesto que, en él no se regula exclusivamente una «cancelación», sino que simultáneamente con ella se prevé la práctica de esa «nota marginal» a que venimos aludiendo, que ha de interpretarse conjuntamente con el asiento de cancelación, porque están íntimamente enlazados y coordinados entre sí.

Efectivamente, según el apartado c) del número 4 del artículo 310, al mismo tiempo que la cancelación de tales asientos posteriores se ha de extender una nota marginal con un contenido que no puede ser más significativo. En dicha nota marginal, que se extiende en la finca de resultado, es necesario expresar «los asientos posteriores que han sido objeto de cancelación, el título y su respectiva fecha».

Obsérvese que no se ha de expresar que «han sido objeto de cancelación tales asientos», sino que han de expresarse «los asientos que han sido objeto de cancelación». Esto es sintomático de que no se trata sin más de una cancelación, sino que siguen expresándose tales asientos en las fincas de resultado. Si se hubiera tratado de una cancelación propiamente dicha, hubiera bastado decir que quedan cancelados los asientos posteriores y, sin embargo, no basta ello, sino que hay que expresarlos *nomnatin*, hay que enumerarlos y concretarlos, señalando su título y su respectiva fecha. Esto demuestra que de algún modo se consideran vigentes. Ese «de algún modo» consiste en que se han extinguido los asientos en las fincas originarias, pero se conservan los derechos en las fincas de resultado.

Más significativa todavía es la necesidad de expresar su título, es decir, su nacimiento y causa, lo que demuestra que se parte de que viven y no de que han muerto, pues el título es la causa de su nacimiento y no de su muerte.

Aún más concluyente es la necesidad de expresar «su respectiva fecha». Esta fecha respectiva es la de los asientos, pues la de los títulos ya queda expresada al referirse al título mismo. La fecha de la inscripción de esos asientos «cancelados» es la fecha de su prioridad (art. 24 LH), lo que demuestra que ésta se trata de mantener, si bien en estado latente, a través de una nota marginal, en espera de acontecimientos posteriores. En definitiva, una verdadera reserva de rango.

Hay todavía más: el apartado d) del número 4 del citado 310 atribuye a esta nota marginal un efecto de cierre registral hasta que se produzca la reinscripción de los derechos cuyos asientos se cancelaron. Este cierre significa que se trata de mantener el rango de tales derechos, de modo que no resulte perjudicado por inscripciones intermedias y no se produzcan confusiones en la prioridad.

4.º Hay más argumentos. Supóngase que se produce una quiebra con fecha de retroacción anterior a la reinscripción, pero sin comprender la

inscripción de tales derechos en la finca originaria. Haría falta una buena dosis de insensibilidad jurídica para entender que la quiebra afecta a tales derechos porque «quedaron extinguidos y nacieron de nuevo con posterioridad». Y así podrían ponerse toda una serie de ejemplos en que fuera importante la fecha del nacimiento de los derechos. ¿Es que la hipoteca sobre la finca originaria dejó de existir y nació otra nueva sobre la finca de resultado? No cabe defender este absurdo jurídico contando con la subrogación real derivada de la reparcelación y de la compensación.

5.º En fin, la penalización de tratarse de asientos posteriores a la nota marginal de iniciación de la reparcelación o de la compensación no puede llevar al extremo de producir la muerte de unos asientos y de unos derechos comprendidos en ellos. Lo lógico es que al ser asientos posteriores a la nota marginal citada queden afectados por la reparcelación o a la compensación aunque no hayan sido notificados en el expediente, pero no que sus derechos queden extinguidos, pues de tal extinción no les advierte la nota ni el expediente ni es lógica consecuencia de éste.

Por todo ello, llegamos a la conclusión de que la naturaleza de la «cancelación de las inscripciones de dominio y derechos reales posteriores a la nota de iniciación de la reparcelación o de la compensación» es una «cancelación de los asientos de la hoja de la finca originaria unida a un mantenimiento de los derechos en la hoja de la finca resultante a través de una nota marginal de reserva de rango».

Unida a esta cuestión, es cómo debe redactar el Registrador esa «cancelación especial» y esa «nota también especial».

Ante todo, por razones de seguridad jurídica, el Registrador al redactar los asientos ha de atenerse estrictamente a la Ley (principio de legalidad), por lo que no ha de proceder siguiendo una determinada interpretación.

Pero teniendo en cuenta todos los intereses en juego, ha de redactar los asientos, como en este caso en que no hay modelo aprobado, de tal manera que quepan todas las posibles interpretaciones, y ello lo consigue adaptándose a los términos de la Ley.

Concretamente, por lo que se refiere al modelo de cancelación de asientos posteriores a la nota, hay que tener en cuenta que tal cancelación va unida a la cancelación más general, la de la hoja registral de la finca originaria, a que se refiere el número 3 del citado artículo 310 del Texto Refundido. Pero mientras la cancelación general de la hoja de la finca originaria (núm. 3 del art 310) es una cancelación que lleva consigo una inscripción simultánea en otra hoja de la finca de resultado por subrogación real con todas las titularidades anteriores a la nota marginal de iniciación de la reparcelación o compensación, la otra cancelación, es decir, la cancelación específica de los asientos posteriores a dicha nota va conectada con

la práctica de la otra nota marginal, o sea, la del apartado c) del número 4 del artículo 310, que es la nota marginal de reserva de rango, según la interpretación que venimos manteniendo.

Para conjugar todo ello, proponemos la siguiente redacción del asiento mixto de «cancelación de hoja registral de la finca originaria y de cancelación de asientos posteriores a la nota en la finca originaria»:

«Cancelada la hoja registral de esta finca originaria como consecuencia del expediente de reparcelación (o compensación)..., siendo la finca resultante que sustituye por subrogación real a ésta, la finca ..., al folio ..., libro ..., tomo ..., inscripción ..., donde consta la titularidad de dominio y las cargas anteriores a la nota marginal de iniciación de la reparcelación (o compensación), al margen de la inscripción ... Quedan canceladas las inscripciones de dominio y/o de derechos reales..., sobre esta finca originaria por haberse practicado con posterioridad a la citada nota marginal de iniciación del expediente de reparcelación (o compensación), y respecto a tales asientos cancelados se extiende simultáneamente la nota marginal en la referida finca de resultado, registral... en la que se expresan tales asientos, el título que los motivó y su respectiva fecha...»

En el supuesto de que se hubiera seguido el sistema alternativo de «agrupación» y no de cancelación de hoja registral, a que también se refiere como posible el número 3 del citado artículo 310, entonces tendríamos que practicar en la finca originaria dos asientos: la nota marginal de agrupación y la «cancelación especial de asientos posteriores de dominio y derechos reales». Seguidamente se practicaría la agrupación, con alusión a las cargas trasladadas y a las titularidades cuyos asientos se «cancelan». Y después, una vez practicada la división formando las fincas de resultado, se haría constar, al margen de cada una, la nota marginal relativa a los asientos posteriores «cancelados».

En cuanto al modelo de nota marginal del apartado c) del artículo 310.4, podría ser el siguiente:

«Los asientos posteriores a la nota marginal de iniciación de la reparcelación (o de afección por compensación) que se han cancelado en la hoja de la finca originaria son los siguientes: ... (relación de cada uno, con expresión de su título y fecha de cada inscripción). Esta nota tiene el efecto de cierre registral que señala el artículo 310.4.d) del Texto Refundido de la Ley del Suelo».

Hasta aquí el modelo de la nota marginal. Si se solicitara certificación de título o de cargas sería necesario relacionar los asientos correspondientes expresados en esa nota marginal, que si bien están cancelados en las hojas de las fincas originarias, están pendientes de solicitud de la inscripción que prevé el citado artículo 310.4.d), señalando en la certificación el indicado efecto de cierre registral y ese estado de pendencia de solicitud de inscripción.

Con estos modelos de asientos que se proponen se mantiene la literalidad de los preceptos legales y, con ello, se posibilita la interpretación resultante de los mismos, que en nuestra opinión es la de «cancelación de asientos y subsistencia de derechos», según hemos tratado de defender anteriormente.

Es más, debería aclararse todo ello, en la forma indicada, en el Proyecto de Reforma del Reglamento Hipotecario para su adaptación a la normativa urbanística, pues creemos que nuestra interpretación resulta del sentido de la Ley y de la interpretación lógica y sistemática, aunque la letra de la Ley sea bastante inexpresiva, y de ahí la necesidad de que el Reglamento desarrolle estas cuestiones. Pero nada de ello se dice en el Proyecto.

II. EL PROBLEMA DE LA CANCELACIÓN Y CIERRE RESPECTO A DERECHOS REALES

El citado artículo 310.4.b) que estamos analizando se refiere no sólo a la cancelación de inscripciones de dominio, sino también de derechos reales.

El primer problema que se plantea respecto a esta cancelación de inscripciones es si ha estado acertado el legislador al regular de modo paralelo el supuesto de dominio con el de derechos reales, dándole idéntica regulación.

En relación con esto, entendemos que debería haberse seguido distinto camino para los derechos reales que respecto al caso del dominio.

En cuanto al dominio, que abarca por definición la total titularidad de la finca o la esencia de la titularidad potencial de ella, entendemos que puede aceptarse ese sistema de cancelación en la finca originaria y simultánea reserva de rango y cierre registral a través de la referida nota marginal, pues, además, es una forma plausible de protección de la titularidad dominical.

En cambio, respecto a los derechos reales, al referirse a aspectos limitados de la titularidad, debería haberse seguido el sistema de traslado directo por subrogación real a las fincas de reemplazo, pues no debería haber ningún problema para ello, ya que uno de los requisitos del proyecto de reparcelación y de compensación es la expresión de la correspondencia de las fincas de resultado con las fincas originarias, lo que facilita enormemente la aplicación directa de la subrogación real.

Al no haber seguido el legislador ese camino del traslado directo por subrogación real se produce una desigualdad inadmisibles entre las cargas anteriores a la nota marginal de iniciación de la reparcelación o compensación y las cargas posteriores a dicha nota, pues las primeras se trasladan directamente a las fincas de resultado y no producen cierre registral para los

actos ulteriores y, en cambio, las segundas «se cancelan», se expresan en la nota al margen y producen cierre registral para los actos posteriores.

¿Cómo es posible que derechos reales rezagados que llegan al final del expediente puedan producir ese efecto tan fuerte de cierre registral respecto a los actos posteriores a la reparcelación?

Imagínese una hipoteca de escasa cuantía o una servidumbre que se inscriben después de la nota marginal de iniciación del expediente y que, en definitiva, producen el fuerte efecto del cierre registral. A efectos de «negociación» con el propietario tendrán la tentación de ser mucho más fuertes que los derechos reales anteriores, pues se saben portadores del «cierre registral».

La nota marginal de iniciación de la reparcelación no debería producir ese efecto cancelatorio respecto a derechos reales posteriores a ella, pues lo único que produce es que sus titulares quedan avisados de la reparcelación o compensación en marcha, sin necesidad de notificarles y, por tanto, quedan afectos a las resultas del sistema, que, son entre otras, la subrogación real en las fincas de resultado y no el cierre registral.

Bien está que para las inscripciones de dominio se haya ideado esa fórmula que facilita la inscripción de la reparcelación y compensación evitando problemas de tracto sucesivo; pero respecto a las titularidades limitadas nunca debería haber obstáculo para practicar la inscripción de los expedientes, bastando haber previsto su traslado por subrogación real a las fincas de resultado.

No creemos, en cambio, que el efecto de cierre sea tan fuerte que impida inscribir adjudicaciones judiciales derivadas de hipotecas o anotaciones de embargo anteriores a la nota marginal de iniciación de la reparcelación o compensación, pues en tal caso se produciría un efecto cancelatorio de asientos posteriores por parte de la hipoteca y anotación de embargo que incluiría a los derechos reservados en la nota marginal del apartado c) del número 4 del artículo 310 del Texto Refundido de la Ley del Suelo. En otro caso, la situación sería absurda y en consecuencia no admisible por falta de lógica.

Volviendo al tema de la cancelación de inscripciones de derechos reales, cabe preguntar si existe alguna solución para minimizar ese efecto fuerte y fulminante de «cierre registral» que asigna a la nota marginal de reserva de rango el apartado d) del número 4 del citado artículo 310.

No cabría interpretar que el efecto de cierre no se produce en el caso de los derechos reales, alegando que el apartado d) del número 4 del artículo 310 comienza refiriéndose al supuesto de «adquirentes de la finca originaria», porque en esa expresión se comprende no sólo «la adquisición del dominio, sino también la adquisición de derechos reales. Y sobre todo, porque dicho apartado cita expresamente a los titulares de derechos reales

al aludir al consentimiento del «titular registral y de los titulares de los derechos cancelados conforme al apartado b)». Y que no se diga que el supuesto de ese apartado d) es el de «adquisiciones de dominio existiendo también derechos reales», pero no el de existencia exclusiva de «derechos reales», pues los términos amplios del precepto y su contexto en relación con otros apartados no permite otra interpretación que la equiparación del efecto de cierre de la nota marginal, tanto respecto al dominio como en el caso de los derechos reales.

Pero puesto que nos parece exagerado predicar este efecto de cierre registral en relación con los derechos reales, pues cabría perfectamente vender el dominio respetando los derechos reales, es por lo que creemos que se debe minimizar ese efecto de cierre para los derechos reales.

Ahora bien, como dentro del artículo 310 del Texto Refundido de la Ley del Suelo no hay medios hábiles para flexibilizar el supuesto de cierre, la solución ha de venir por la vía reglamentaria.

El apartado d) del número 4 del artículo 310 alude al «consentimiento de los titulares de los derechos cancelados», sin especificar si el consentimiento ha de ser expreso o cabe el consentimiento tácito.

Naturalmente, mientras no haya un precepto reglamentario en tal sentido, el Registrador ha de atenerse al consentimiento expreso, que es la regla general en Derecho hipotecario, mientras no se establezca otra cosa.

Pero el Reglamento que se dicte debería regular este supuesto y prever un sistema de notificaciones a los titulares de derechos reales, de modo que si transcurriera un plazo de treinta días sin contestación fuera posible el traslado de sus derechos a las fincas de resultado en virtud de la subrogación real y a instancia del dueño de la finca.

Hay que tener en cuenta que dado el citado requisito de expresar la correspondencia de la finca de resultado con la originaria y dada la existencia de nota marginal de iniciación de la reparcelación o compensación, no cabe ningún perjuicio por admitir el silencio ante una notificación, pues no trata de privar de ningún derecho, sino de aplicar directa y automáticamente el efecto legal de la subrogación real resultante del expediente de reparcelación o compensación.

El citado Proyecto de Reforma del Reglamento Hipotecario para su adaptación a la normativa urbanística contiene importantes elementos para avanzar en este sentido, pues refiriéndose a otro supuesto parecido dice lo siguiente en el apartado 2 de su artículo 22:

«2. Cuando no pudiere obtenerse la conformidad del titular de la finca de resultado a efectos de la rectificación procedente, ésta podrá practicarse en virtud de acuerdo firme de la Administración actuante en el que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se adopte a solicitud de todos o alguno de los titulares de derechos cancelados formalmente conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 22.

b) Que se notifique el proyecto de rectificación al titular registral adjudicatario de la finca de resultado y a los de derechos y cargas formalmente cancelados y que no hubieran instado el acuerdo. La notificación se hará en el domicilio que constare del Registro y en otro caso por edictos.

3. No será necesario la conformidad del titular registral y bastará instancia, ante el Registrador, del titular del derecho cancelado cuando la correspondencia entre la finca de origen y la finca de resultado se deduzca directamente de los asientos del Registro».

Esta regulación del Proyecto de Reglamento nos merece, en general, crítica favorable, si bien en relación con el supuesto que nos ocupa tenemos que hacer las siguientes consideraciones:

1.^a Que se limita a regular el supuesto en que no pueda obtenerse «la conformidad del titular de la finca de resultado» y debería tratar también el supuesto de no poder obtenerse la «conformidad de los titulares de derechos reales».

2.^a Que alude al acuerdo firme de la Administración actuante cuando todos estos supuestos ofrecen un automatismo de subrogación real que hace innecesaria la intervención de la Administración actuante, por resultar incluso del propio título de constitución del derecho real sobre la finca originaria, ya que estando avanzado el proyecto se suele describir también la finca resultante.

3.^a Que en consecuencia se debería prever un plazo —treinta días por ejemplo— a partir de la notificación fehaciente en que si no contesta el titular del derecho real el dueño podría instar el traslado por subrogación real.

4.^a Que únicamente cabría reservar el trámite de acudir a la Administración actuante cuando el titular del derecho real se opusiera, pues entonces sí podría enfocarse como cuestión complementaria del proyecto de reparcelación o compensación.

5.^a Que respecto al sistema flexible que implanta el apartado 3 del Proyecto, antes transcrito, debería adaptarse al caso que hemos planteado, en el sentido de bastar entonces instancia del «dueño» de la finca y no «del derecho cancelado», pues el supuesto que contemplamos es precisamente el de falta de colaboración del titular del derecho cancelado para obstaculizar al titular del dominio sus transmisiones apoyándose en el mecanismo del cierre registral.

Proponemos, pues, estas medidas u otras similares con tal de flexibilizar

o minimizar ese fulminante cierre registral que ha implantado el artículo 310.4.d) del Texto Refundido de la Ley del Suelo.

Al propio tiempo debería preverse alguna regulación para el supuesto en que en sustitución de las fincas originarias se adjudican participaciones indivisas de las fincas de resultado, pues en tal caso la existencia de derechos reales «cancelados» en las fincas originarias y mencionados en la nota marginal de reserva de rango de las participaciones indivisas de las fincas de replazo no sólo puede producir cierre registral para tales participaciones indivisas, sino en muchos casos, por efecto indirecto, puede afectar a las restantes participaciones indivisas no gravadas con derechos reales.

Me estoy refiriendo al caso en que todos los titulares indivisos de la finca de resultado pretendan otorgar una declaración de obra nueva, constitución en régimen de propiedad horizontal y seguidamente venta o adjudicación de los pisos. En este supuesto el efecto de cierre registral, que en teoría sólo afectaría a una participación indivisa, afecta en definitiva a todos los titulares restantes que no pueden, sin contar con el afectado, otorgar los citados documentos inscribibles.

Este supuesto hace ver una razón más para flexibilizar ese cierre registral a través del sistema de notificaciones que hemos propuesto.

B) Otro problema que se plantea, relacionado con el anterior, es cuál ha de ser el sentido que ha de darse a la expresión «inscripciones de derechos reales», y concretamente si tiene un sentido estricto o un sentido amplio comprensivo también de las anotaciones preventivas y de las inscripciones de derechos personales.

Si se pone este problema en relación con lo dicho anteriormente, se comprenderá que tratemos de dar una interpretación restrictiva a la expresión «inscripciones de derechos reales».

Ahora bien, el legislador no nos lo ha puesto demasiado fácil, pues podría decirse que donde la razón es la misma idéntica debe ser la consecuencia, y que si las anotaciones de demanda y de embargo, en concreto, tienen naturaleza y efecto real, la misma normativa ha de aplicarse a las mismas. Pero obsérvese que no son «inscripciones».

Además, podría alegarse que si no se aplica la cancelación a las anotaciones preventivas se podría producir el caos y una desigualdad inadmisibles entre derechos reales y anotaciones, pues resultaría que las inscripciones de derechos reales se cancelarían y, en cambio, las anotaciones preventivas se trasladarían directamente por subrogación real.

A pesar de todo, somos partidarios de mantener una interpretación estricta de la expresión «inscripciones de derechos reales», que en el fondo no es «restricta», sino que se atiene a la letra de la Ley. En tal sentido, no se comprenden en ella las anotaciones ni las notas de afección fiscal.

Y no se trata sólo de la literalidad, sino de que es la interpretación «más

conveniente» para el sistema jurídico. Como dirían los juristas americanos de la escuela de Chicago, es la interpretación que no produce «externalidades» y que disminuye los costos innecesarios de la transacción. O como dirían los juristas continentales, es la interpretación que más favorece el tráfico jurídico.

Efectivamente, la interpretación estricta se acomoda mejor al principio de libertad de tráfico que inspira todo el sistema civil e hipotecario y que se manifiesta fundamentalmente en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria al negar efecto real a las prohibiciones de disponer. El cierre registral del artículo 310.4.d) del Texto Refundido de la Ley del Suelo produce un efecto similar al de las prohibiciones de disponer.

Por otra parte, la naturaleza jurídica y efectos de la reparcelación y de la compensación como manifestaciones del principio de «subrogación real» favorecen la interpretación que fomenta el traslado directo de cargas a las fincas de resultado, en lugar de esa cancelación con cierre y reinscripción que predica el texto legal, por lo que al ser una excepción o modalización del efecto directo de la subrogación real la expresión legal «inscripciones de derechos reales» ha de interpretarse tal como resulta de su letra, porque esa letra representa en este caso su espíritu.

Con ello se consigue minimizar una vez más —de acuerdo con las ideas de estas notas— el efecto de cierre registral del artículo 310.4 del Texto Refundido.

Pero para que se pueda mantener la interpretación que defendemos es necesario hacer algunas precisiones, pues lo que sería inadmisibile es que se produjera la desigualdad y el caos más arriba apuntados.

Si se mantiene esta interpretación estricta, habrá que poner especial cuidado en mantener el orden y la prioridad registral de todos los derechos comprendidos en los asientos posteriores a la nota marginal de iniciación de la reparcelación o compensación.

Las inscripciones de derechos reales «se cancelan» y, según la interpretación apuntada al principio, «se reserva su rango» en la nota al margen de las inscripciones de resultado.

Las anotaciones preventivas, las notas marginales de afección fiscal y las inscripciones de derechos personales se trasladan directamente por aplicación de la subrogación real a las fincas de resultado, pero con la misma prioridad que tenían, es decir, respetando, en su caso, las reservas de prioridad de los derechos reales anteriores. Esto es condición indispensable para mantener esta interpretación.

¿Se atreverá el Registrador de la Propiedad, que se mueve con límites en la práctica diaria, a mantener esta interpretación?

No pedimos una heroicidad de este tipo, con todos los riesgos que conlleva, a juristas abrumados en la difícil práctica jurídica actual. Pero, en

todo caso, proponemos que en el Proyecto de Reglamento Hipotecario que está en tramitación, aunque sea a última hora, se añada algún precepto que prevea esta solución en beneficio del tráfico jurídico y de la libre circulación de bienes. Incluso se podría añadir que el Registrador, al hacer el traslado de anotaciones, notificará el mismo al Juzgado correspondiente y hará constar al pie del mandamiento el orden de prioridad resultante del Registro.

C) Un último problema que se plantea es si cabe prescindir del sistema de cancelación y consiguiente reinscripción cuando en el documento en que se constituyó el derecho real ya consta descrita la finca de resultado que ha de corresponderle en la reparcelación o compensación.

En la misma línea de minimizar el efecto de cierre registral del artículo 310.4.d), creemos que en ese caso se ha dado un consentimiento para el futuro a efectos de dicho precepto, por lo que resulta innecesario practicar las cancelaciones y reinscripciones, pudiéndose realizar directamente la subrogación real y el traslado en base al título inscrito. Claro que ello requerirá o bien que conste en la inscripción la descripción de esa futura finca de resultado o bien que se aporte el título inscrito en que tal descripción figure.

Ha de tenerse en cuenta que esta situación es muy frecuente en la práctica, sobre todo cuando se trata de títulos posteriores a la nota marginal en que casi está ya ultimada la reparcelación o compensación.

Con todo ello creemos que se consigue minimizar el efecto de cierre registral tan perjudicial para el tráfico jurídico inmobiliario.

D) En todos los supuestos anteriores nos hemos referido a los derechos reales, anotaciones y notas que, si bien son posteriores a la nota marginal de iniciación de la reparcelación o compensación, fueron constituidos por el primitivo titular de la finca originaria, es decir, se trata de supuestos en que o bien no existe adquirente de dominio posterior a la nota o aun, existiendo éste, los derechos reales y anotaciones son anteriores a él.

En el supuesto de que los derechos reales, anotaciones, etc., sean posteriores al adquirente de dominio posterior a la nota por haber sido constituidos por él, entonces, por aplicación del principio de tracto sucesivo, tales derechos no podrán inscribirse o trasladarse a la finca de resultado si no es por el procedimiento del apartado d) del número 4 del artículo 310 sobre la base de la necesidad de traslado de la adquisición de dominio que les sirve de antecedente o causa.

Quizá los redactores del artículo 310 del Texto Refundido tuvieron *in mente* únicamente este supuesto, pues la redacción del apartado d), citado, parece que se refiere a un supuesto de existencia conjunta de adquisición de dominio y titulares de derechos reales, como si éstos fuesen posteriores a aquél. Pero ya dijimos que no hay términos concluyentes para llegar a tal

resultado, dado que el apartado *b)* del propio número 4 del artículo 310 no distingue supuestos al aludir a las inscripciones de derechos reales.

Desde luego que si se llegara a la conclusión de que el artículo 310 no se refiere a las inscripciones de derechos reales constituidos por el primitivo titular de la finca originaria, sino únicamente por el adquirente de dominio posterior a la nota marginal, entonces se habría encontrado un nuevo camino para minimizar el efecto de cierre registral que regula el apartado *d)* del artículo 310.4. Pero no vemos forma de llegar a esa conclusión, salvo que por vía reglamentaria se interpretase de ese modo el precepto, lo que podría plantearse dada la escueta regulación de la Ley. No obstante, siempre se tropieza con el obstáculo de que la Ley no distingue.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y normas comunitarias

1. *Instrumento de ratificación del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la elusión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio entre España y Ecuador, firmado en Quito el 20 de mayo de 1991* (publicado en el BOE, núm. 107, de 5 de mayo de 1993).

2. *Reglamento (752/93/CEE) de la Comisión de 30 de marzo de 1993 relativo a las disposiciones de aplicación del Reglamento (3911/92/CEE) del Consejo relativo a la exportación de bienes culturales* (publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. L 77, de 31 de marzo de 1993).

3. *Reglamento (761/93/CEE) de la Comisión de 24 de marzo de 1993 por el que se modifica el Reglamento (3037/90/CEE) del Consejo relativo a la clasificación estadística de actividades económicas en la Comunidad Europea* (publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. L 83, de 3 de abril de 1993).

4. *Dictamen 93/C108/01/CEE del Comité Económico y Social de 12-19 de abril.*—Protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido.

1. Introducción

1.1. El fenómeno jurídico denominado *timeshare* o multipropiedad (utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido) ha conocido en las últimas décadas, en el ámbito del alojamiento turístico, un incremento y una importancia social que no pueden ser pasados por alto a nivel comunitario.

1.1.1. Los complejos problemas con que se enfrentan los consumidores al adquirir un derecho de *timeshare*, el carácter internacional que caracteriza el fenómeno, las divergencias y lagunas registradas en las legislaciones nacionales, la ambigüedad de las informaciones facilitadas por algunos vendedores y los métodos de venta agresivos son razones que han motivado

la elaboración por parte de la Comisión, a petición de varios Estados miembros, de una propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido.

1.1.2. El Comité ya se había pronunciado sobre la necesidad de que se estableciese legislación comunitaria en la materia.

1.2. La presente propuesta de Directiva tiene como finalidad:

A) Proporcionar obligatoriamente a los consumidores de *timeshare*, en el marco de la formación del contrato, informaciones pertinentes y pormenorizadas sobre las cláusulas contractuales a que se comprometen cuando firman el contrato, ya que dicho conocimiento determina la libre formación de la voluntad de contratar.

B) Contribuir a la creación de un marco legislativo armonizado por lo que respecta a determinados aspectos fundamentales en materia de *timeshare*, tanto en los países dotados de legislación en este ámbito como de aquellos sin legislación al respecto. Sólo cuatro países comunitarios —Francia, Grecia, Portugal y el Reino Unido— cuentan con marcos jurídicos específicos, que además son manifiestamente divergentes entre sí:

- En Francia la multipropiedad se concibe como un derecho personal, de carácter obligacional.
- En Grecia la multipropiedad se concibe como un derecho de arrendamiento.
- En Portugal la multipropiedad se concibe como un derecho real y también de carácter obligacional.
- En el Reino Unido la multipropiedad se concibe en la modalidad «Club trustee».

C) Proporcionar al consumidor adquirente un período de reflexión suficientemente amplio que le permita analizar atenta y plenamente las cláusulas contractuales a las que se ha comprometido con la firma del contrato.

D) Prever la ratificación contractual de un plazo de reflexión más extenso cuando el consumidor firme el contrato de adquisición del título de *timeshare* en un país extranjero, teniendo en cuenta que la mayor parte de los ciudadanos de los Estados miembros de la CE que poseen derechos de multipropiedad los ostentan en inmuebles situados en un Estado distinto al de su domicilio.

1.3. La propuesta de Directiva cubre, aunque modestamente, una laguna que se hacía sentir en este sector de la actividad económica, dejando bajo responsabilidad de los Estados miembros la adopción de disposiciones re-

lativas al establecimiento de garantías jurídico-financieras, las modalidades de estas garantías, así como la definición de la naturaleza jurídica del *timeshare*.

1.4. La actual divergencia legislativa tiende a agravarse, puesto que España e Italia preparan legislación específica sobre *timeshare*.

2. Observaciones generales

2.1. La propuesta de Directiva se fundamenta en el artículo 100.A del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

2.1.1. Dicha disposición tiene como objetivo la adopción de medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales que tienen por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

2.1.2. Cabe plantearse si el artículo 100.A del Tratado constituirá el fundamento jurídico más adecuado, en la medida en que el tema del *timeshare* no se enmarca en la aproximación de las legislaciones nacionales, que tiene por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, pues no se trata en muchos casos de un bien mueble o derecho mobiliario sujeto a circulación. Se nos antoja por lo tanto más correcto resolver el asunto a partir de un convenio de uniformización legislativa.

2.1.3. La experiencia de los trabajos preparatorios que preceden a los convenios europeos actualmente en vigor, la morosidad que caracteriza al proceso y la complejidad que reviste el mismo nos llevan a aceptar este fundamento jurídico propuesto por la Comisión.

2.2. La propuesta de Directiva garantiza el derecho del consumidor a la información y a la libre contratación, en la medida en que prevé un mecanismo de defensa contra los artificios del *marketing* agresivo de que se sirven los promotores de venta al permitir a los consumidores adquirentes un período de reflexión.

2.3. Cabe destacar que la presente propuesta de Directiva asume claramente un carácter minimalista en el que se respeta plenamente el principio de subsidiariedad, que el Comité apoya.

2.3.1. La reglamentación de los demás aspectos, especialmente lo relativo a la naturaleza jurídica del derecho, queda a la libre elección de los Estados miembros, manteniendo la diversidad de los estatutos existentes actualmente.

2.3.2. Sin embargo, la propuesta no aborda con suficiente profundidad las regulaciones financieras para proteger al adquirente. Por ello el Comité sugiere que se exija que todas las operaciones de «tiempo compartido» se inscriban en el Estado miembro en que esté ubicado el bien que puedan proporcionar garantías financieras y que actúen de acuerdo con un código

de conducta en el que se defina claramente el contenido de esta Directiva y otras normas legislativas encaminadas a proteger al adquirente.

2.4. Cabe temer que el marco legislativo propuesto, que reconocemos como el posible, no sea el adecuado para apaciguar la futura conflictividad en las relaciones entre los titulares de *timeshare* y el verdadero propietario/gestor e, incluso, entre los titulares de *timeshare* entre sí.

2.4.1. La exclusiva división y complejidad de las relaciones jurídicas entre el bien y los titulares acabarán por plantear complejos problemas en el ámbito de las grandes obras de restauración y conservación y, en caso extremo, del abandono de la explotación turística por parte del gestor, cuestiones extremadamente difíciles que las legislaciones nacionales específicas antes citadas, salvo la portuguesa, apenas abordan y para las cuales, naturalmente, la Directiva no apunta soluciones.

2.5. La propuesta establece como período mínimo de división temporal de derecho una semana (siete días).

2.5.1. Parece razonable fijar como plazo mínimo de constitución del derecho el período de tres años.

2.5.2. En la Exposición de Motivos la Comisión menciona que el *timeshare* puede abarcar otros bienes además de los inmuebles construidos (patrimonio edificado). Históricamente es así y siempre lo fue, desde animales de labor a vehículos y embarcaciones.

2.5.3. Por tanto, se rechaza que la disciplina comunitaria abarque inmuebles en general, ya que, a nuestro parecer, debe atenderse —como afirmamos en las observaciones específicas— a las áreas de conflictividad: los edificios y sus partes destinadas a actividades turísticas o de ocio.

3. *Observaciones específicas*

I. Artículo 2. Contrato

3.1. El derecho que un vendedor transfiere o se compromete a transferir a un adquirente mediante la celebración de un contrato de *timeshare* es un derecho real o personal, nunca una relación de arrendamiento, puesto que en el arrendamiento no hay enajenación.

3.2. El derecho transferido recae sobre una parte indivisa de una cosa, un apartamento indiviso, y asume o puede asumir el carácter de un derecho real inmobiliario, por lo que se deben excluir del ámbito de aplicación de la Directiva los contratos de alquiler, aun por períodos cortos, en lugares de vacaciones.

3.3. Aunque algunos países elaboraron el marco jurídico recurriendo a los principios del arrendamiento, no por ello deja de tratarse de realidades

distintas, ya que el alquiler es la figura típica más próxima o análoga para suplir la falta de reglamentación específica.

3.4. Por tanto, consideramos que lo dispuesto en la Directiva no se debe aplicar a los contratos de arrendamiento, ni siquiera por períodos cortos de tiempo, sobre todo en lugares de vacaciones, es decir, en los casos en que el titular (inquilino) establece su relación con la cosa (objeto) de forma mediata, es decir, a través del arrendador, que puede en casos especificados poner fin al contrato, lo que no sucede en el *timeshare*.

II. Artículo 2. Objeto inmobiliario

3.5. En la definición del concepto la propuesta excluye las propiedades inmuebles no edificadas, en particular un parque para actividades recreativas temporales, utilizando medios móviles o desmontables.

3.5.1. De cualquier forma, si fuera necesario, como parece serlo, excluir los terrenos sin construcciones, habrá de mejorarse la definición, ya que siendo la indicación ejemplificativa huelga utilizar, por manifiestamente tautológicas, las expresiones «por ejemplo» y «etcétera».

3.6. En la Exposición de Motivos de la Comisión se cita como uno de los métricos del *timeshare* su utilización en actividades no turísticas (pabellones de exposiciones).

3.6.1. En la definición no se excluye dicha situación, aunque no se omite en el ejemplo.

3.7. En nuestra opinión, es preciso delimitar el concepto de objeto para excluir los inmuebles que por naturaleza no se destinen a actividades recreativas o vacaciones.

3.8. Es importante estabilizar los problemas mencionados en el sector del turismo, donde la situación es manifiestamente anárquica, renunciando a intervenir en otras áreas donde la armonización no es necesaria y la intervención es inútil.

3.8.1. Por consiguiente, la Directiva debería mencionar el carácter exclusivamente turístico del *timeshare*, ya que en caso contrario se correría el riesgo de legislar sobre temas en relación con los cuales no existe ninguna razón de oportunidad que justifique la intervención.

3.8.2. De otro modo, se crean elementos negativos en el sector inmobiliario, que se enfrenta con dificultades que no pueden pasar por alto.

III. Artículo 2. Vendedor

3.9. La definición de «vendedor» del artículo 2 no incluye la aplicación a los vendedores que no actúan en el marco de su actividad profesional de las normas que figuran en la Directiva.

3.10. Las definiciones de «contrato de utilización de un bien inmueble en régimen de disfrute a tiempo compartido» y de «bien inmueble» no hace referencia a la posibilidad de que el consumidor adquiera en el momento de la firma del contrato más de un título de *timeshare* para su disfrute personal.

3.10.1. La Directiva deberá, pues, tomar este aspecto en consideración en una disposición específica sin modificar los conceptos básicos del artículo 2, que deben constituir el punto de referencia.

3.10.2. Recurrir a la denominación genérica «vendedor» en el texto de la Directiva permitiría la aplicación de sus disposiciones a quien, sin ejercer la actividad profesional de vendedor, decidiese revender su *timeshare*.

3.11. En nuestra opinión, aunque en ese caso el vendedor no sea un profesional, nada justifica que se le niegue al consumidor adquirente la máxima protección a que tiene derecho y se evita que por el mecanismo de la reventa algunas empresas escapen al cumplimiento de la Ley.

IV. Artículo 2. Adquirente

3.12. En el artículo 2, y por lo que respecta a los adquirentes, se delimita el campo de aplicación de la Directiva a las personas físicas.

3.12.1. No obstante, es previsible la adquisición de títulos de *timeshare* por personas jurídicas sin fines lucrativos, es decir, fuera de una actividad profesional.

3.12.2. Sería el caso, por ejemplo, de un club de pensionistas o de personas de la tercera edad que adquiere *timeshare* para las vacaciones de sus miembros o bien el caso de una empresa que, aparte de su actividad específica, adquiere *timeshare* para proporcionar vacaciones a algunos de sus trabajadores.

3.13. Se nos antoja que las personas jurídicas que no persiguen fines lucrativos deben ser abarcadas por las disposiciones de la Directiva como sucede con los adquirentes físicos.

3.14. Con esto no defendemos la modificación del concepto de consumidor (persona física que adquiere para uso propio o de su familia), sino su ampliación, como ya ha sido adoptado en diversos textos legislativos y por meras razones prácticas de equidad.

3.15. La protección del adquirente de un derecho de residencia periódica sobre un bien futuro, obra que aún no está siendo construida, deberá implicar la obligatoriedad para el vendedor de presentar un pliego de condiciones detallado, especialmente en lo referente a las características y calidades del material de construcción utilizado. Este aspecto debe ser considerado en el anexo.

3.15.1. La transparencia del pliego de condiciones deberá servir para que el comprador no se limite a comprar sobre la base de una maqueta o un proyecto de construcción de la futura obra que, posteriormente, se compruebe que no tiene nada que ver con la realidad.

3.15.2. El adquirente debe disponer del derecho a examinar la propiedad antes de ocuparla y antes de efectuar el pago final para asegurarse de que las especificaciones son correctas.

V. Artículo 3.a) Construcción

3.16. Se llama la atención sobre la necesidad de armonizar las versiones en la lengua alemana e inglesa con la versión francesa.

3.17. La Directiva o el anexo como cláusula esencial deberían prever una disposición relativa al plazo de construcción, fijando un límite temporal para la edificación del bien inmueble o de las instalaciones conexas, salvaguardando así los derechos de los adquirentes de un derecho de ocupación periódica relativo a las urbanizaciones todavía no construidas.

3.18. La expresión «...en condiciones de obtener de las autoridades del Estado...» debe formularse de nuevo para que tenga en cuenta a las distintas organizaciones administrativas, por lo que es más correcto: «...en condiciones de obtener de las autoridades estatales, regionales o locales...», o «autoridades competentes...»

VI. Artículo 3.b) Transmisión

3.19. Habida cuenta del imperativo del artículo 100.A del Tratado, la letra *b)* del artículo 3 de la propuesta de Directiva debería incluir la mención de que la venta o transmisión se realiza «... libre de cualquier hipoteca u otros gravámenes y cargas sobre el edificio o el terreno, salvo los previstos en el contrato de *timeshare*».

3.19.1. Esta referencia debería figurar expresamente en el anexo como información esencial que se debe facilitar al comprador de forma más evidente que la utilizada en su letra *b)*.

3.20. Uno de los problemas que se han planteado con frecuencia es aquel con el que se enfrentan los adquirentes por el hecho de que el inmueble se encuentra gravado por una hipoteca para garantizar los créditos de un terreno contra el constructor/vendedor cuando ésta ha sido constituida antes de la enajenación de los derechos al titular. Una vez ejecutada la hipoteca, los derechos del *timeshare* se extinguen, con graves consecuencias para los adquirentes que se ven privados de su derecho.

3.20.1. A fin de resolver esta cuestión, especialmente en los sistemas de «club trustee», la Directiva debería establecer la obligación de informar al adquirente durante las negociaciones cuando el vendedor pueda estar contrayendo una hipoteca o vendiendo su participación a otro contratante. En este último caso debe transferirse a todos los titulares de *timeshare* el derecho a ser informados respecto a una hipoteca sobre el edificio o el terreno.

VII. Artículo 3.d) Participación

3.21. Se garantiza al adquirente el derecho a participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a la administración del régimen de disfrute a tiempo compartido y en la gestión y el mantenimiento del bien inmueble sobre el que el adquirente dispone de un derecho de ocupación periódica.

3.21.1. También se le garantiza el poder de delegar de forma unilateral en terceros el ejercicio de dicho derecho.

3.22. La experiencia de las asambleas de copropietarios, constituidas por decenas de consumidores/propietarios a quienes compete deliberar sobre la administración de las zonas comunes de los edificios en propiedad horizontal, nos lleva a reflexionar sobre el recurso a la participación, tal como figura en el texto de la propuesta de Directiva. Se trata de reunir a centenares de personas dispersas por varios países casi siempre. La participación, tal como está concebida en la propuesta de Directiva, es un principio saludable y correcto, pero de difícil aplicación práctica, lo cual es necesario tener presente.

3.23. Es claramente complejo el recurso al proceso de adopción de decisiones por asambleas constituidas por cientos de consumidores/propietarios, por lo cual, además de prever el voto por correo, es más importante recomendar al legislador nacional que prevea mecanismos de solución de conflictos mediante la intervención del Juez o de una instancia dependiente que pueda decidir rápidamente sobre las cargas de administración y costes considerados excesivos o que pueda designar a un administrador en caso de abandono del gestor o de conflicto entre los titulares de *timeshare* y el propietario.

VIII. Artículo 3, apartado 2. Garantías

3.24. La Directiva debería, a nuestro modo de ver, ir más lejos en este ámbito y consagrar la obligatoriedad de la firma de un contrato de seguro destinado a salvaguardar los derechos de los adquirentes en caso de que no se construya por cualquier causa el bien inmueble en el plazo acordado en el contrato, ya que resulta vago el concepto de «garantías suficientes» incluido en la propuesta.

3.24.1. El plazo armonizado de reembolso, en caso de no conclusión del bien inmueble, debería también ser objeto de mención en el texto de la Directiva.

3.24.2. Se debería invitar a los Estados a que adopten medidas para prohibir la intervención en el mercado de intermediarios u operadores de *timeshare* sin capacidad técnica y financiera.

3.25. De esta forma, habría de preverse en el anexo un punto sobre seguro-caución relativo a los vicios de construcción del edificio de viviendas y edificios y equipamientos complementarios, al pago de las indemnizaciones en caso de incumplimiento e incluso a la garantía contra vicios, por un plazo que habría de establecerse en una norma comunitaria específica. De ese modo, el apartado 2 tendría un contenido menos vago.

IX. Artículo 4. Derechos y obligaciones del adquirente

3.26. Esta disposición debería contemplar los derechos y obligaciones mutuos de las partes y no sólo los del adquirente.

3.26.1. Consideramos que la redacción podría mejorarse para subrayar el carácter bilateral de la relación, aunque se reconozca que la parte contratante más débil debe ser especialmente protegida por imperativo del artículo 100.A del Tratado.

X. Artículo 5. Idioma

3.27. El consumidor adquirente debe poder tener derecho a escoger el idioma de redacción del documento en que se concretará el contrato, así como el del texto informativo previsto y que figura en el anexo.

3.27.1. Este principio debe salvaguardarse en el texto, ya que, en nuestra opinión, es más objetivo que el propuesto.

XI. Artículo 6. Contrato escrito

3.28. La presente disposición se aprueba en el entendimiento de que el documento informativo que figura en el artículo 5 o en anexos al contrato no podrá modificar o reducir las disposiciones del contrato, que deberán prevalecer siempre.

3.28.1. En el caso de que por circunstancias especiales tenga lugar la firma de contratos complementarios (añadidos), éstos tendrán carácter subsidiario y deberá aplicárseles lo dispuesto en los artículos 6 y 7.

XII. Artículo 7. Retrocompra

3.29. El apartado 1 del artículo 7 de la Directiva consagra genéricamente el derecho de retrocompra del adquirente y lo fija en catorce días naturales.

3.29.1. La legislación en Portugal prevé un plazo de siete días y la del Reino Unido de catorce días.

3.29.2. Las legislaciones francesa y griega no prevén plazo alguno de retrocompra.

3.29.3. La propuesta de Directiva prevé además un plazo de veintiocho días naturales para el ejercicio del derecho de retrocompra cuando el derecho de disfrute a tiempo compartido se ejerce en un Estado diferente de aquel de la residencia habitual del adquirente, incluso cuando el contrato se firma en el lugar de residencia del adquirente.

3.30. Para evitar toda confusión, debería establecerse un único período de reflexión de veintiocho días. Ello permitirá al adquirente solicitar asesoramiento legal en su propio Estado miembro de residencia. Esta solución garantizaría al consumidor el mayor nivel de protección, observando al mismo tiempo la necesaria honradez en las transacciones comerciales.

3.31. En cuanto al tratamiento conceptual del derecho de retrocompra, no explica la Comisión en el, por otra parte, extenso y bien elaborado informe, las razones por las que ha optado por una vía divergente de la del artículo 5 de la Directiva sobre ventas fuera del establecimiento. Defendemos un tratamiento doctrinario idéntico para conseguir un mayor rigor y operatividad en el derecho comunitario salvo si razones de índole científica o de jurisprudencia justificaran otra solución, lo cual no se ha mencionado ni en los considerandos ni en la Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva.

XIII. Artículo 7. Enriquecimiento injustificado/regalos

3.32. La cuestión relativa a los regalos hechos por los vendedores antes de la firma del contrato de *timeshare* o durante las reuniones sociales no plantea dudas.

3.32.1. Se trata de una técnica publicitaria de captación de futuros adquirentes de títulos de *timeshare* y parece legítimo que los regalos entren en la esfera patrimonial del consumidor.

3.33. Es discutible, sin embargo, el destino final que se dé a los regalos realizados tras la firma del contrato y que sin la firma del adquirente no habrían sido efectuados.

3.34. El Comité considera que este tipo de incentivo resulta potencial-

mente perjudicial en muchos aspectos tanto para el vendedor como para el adquirente, y sugiere que este último sólo debería recibir el regalo prometido cuando el contrato sea definitivo (es decir, al final del período de reflexión de veintiocho días). Con ello se subsanaría tal perjuicio tanto para el vendedor como para el adquirente. Sin embargo, esto no se aplicaría a los casos en que estos ofrecimientos se refieran a viajes o estancias destinadas específicamente al conocimiento directo del proyecto por el adquirente.

3.34.1. Es una cuestión distinta la restitución de los importes (cantidades) citados en la letra *a*) del apartado 4 del artículo 7 del presente documento, que sume, casi siempre, carácter bilateral.

3.34.2. La cuestión es tanto más importante cuanto que el regalo no pecuniario condiciona, a veces, la firma del contrato y, tras su rescisión, su devolución representaría una situación de enriquecimiento sin motivo para el ex adquirente de un título de *timeshare*.

3.35. En la nota explicativa, la Comisión informa de que el concepto de enriquecimiento no justificado debe ser interpretado en el sentido de la Directiva 87/102/CEE de 22 de diciembre de 1986, relativa a créditos al consumo. La solución no parece adecuada, si bien para que se garantice la armonización efectiva, que es de lo que se trata, deberá añadirse en el texto del artículo 7 un nuevo apartado en el que se mencione expresamente que el concepto de enriquecimiento no justificado debe ser interpretado en el sentido del artículo 7 de la Directiva 87/102/CEE.

XIV. Artículo 7. Plazo de reembolso

3.36. La letra *b*) del apartado 4 del artículo 7 de la Directiva confía a los Estados miembros la fijación de un plazo de reembolso. lo cual puede suscitar disparidades legislativas y eventualmente situaciones discriminatorias entre los ciudadanos comunitarios.

3.37. Por lo tanto, cabe considerar una previsión del plazo de reembolso en el propio texto de la Directiva o, si no, una mención obligatoria que habrá de preverse en el anexo, que no debe superar el plazo de reflexión fijado en el artículo 7 de la propuesta de Directiva. El reembolso no debería ser afectado por penalidad o deducción alguna.

XV. Artículo 8. Nulidad del negocio

3.38. El texto de la Directiva debería dedicar una disposición a la publicidad engañosa, que constituye a menudo uno de los elementos más

complejos susceptibles de inducir al consumidor a firmar un contrato de *timeshare*.

3.38.1. Hay que admitir la existencia de cláusulas con indicios de informaciones o sugerencias engañosas que ocasionan la nulidad del propio contrato de *timeshare*, tal como el que se establezca confusión entre meros derechos de uso y el derecho de propiedad en su formulación clásica. En estos casos el «remedio» de la rescisión unilateral (o condición resolutoria, en el lenguaje del art. 7) no constituye la solución adecuada para garantizar un marco de buena fe, libertad y voluntad para negociar.

3.38.2. El artículo 8 de la Directiva, por consiguiente, debería incluir en sus disposiciones un tercer apartado «que establezca la nulidad de cualquier cláusula que induzca a error al consumidor en cuanto a las características esenciales del bien objeto del contrato».

3.38.3. Hay casos en que la nulidad de la cláusula o la violación de normas de obligado cumplimiento de la Directiva, por su carácter esencial deben llevar a la anulabilidad o en la resolución del contrato a iniciativa del comprador, en términos generales.

3.39. La propuesta no trata de la utilización de la publicidad ilícita y de ventas directas agresivas, normalmente fuera del establecimiento, que dan lugar a que se faciliten informaciones incompletas, artificiosas o incluso falsas al consumidor adquirente de un derecho de *timeshare* y a una gran violencia psicológica por parte de vendedores adiestrados. Se dirá que el asunto está reglamentado en legislación específica. No es exacto.

3.40. Nos parece de importancia primordial la introducción en el texto de la propuesta de Directiva de disposiciones que contemplen y sancionen el recurso a la publicidad o informaciones engañosas o a la utilización de métodos de gran agresividad comercial, tanto más cuando las promesas y el contenido de las informaciones facilitadas por los vendedores especialmente adiestrados en el momento de la captación de futuros titulares de *timeshare* resultan determinantes para la firma del contrato.

3.41. Habría que prever además la prohibición absoluta de las ventas a distancia y aceptar que los agentes comerciales de bienes inmuebles se sometan a una inscripción previa en el país en el que promueven la comercialización y en el de la sede.

XVI. Artículo 9. Conflictos de derecho

3.42. La solución alcanzada (art. 9) para prevenir los conflictos derivados del carácter internacional de los negocios relativos al *timeshare* parece adecuada, aunque no exenta de conflictividad dado que la propuesta no contiene una opción clara sobre la Ley aplicable.

XVII. Método de pago (nuevas disposiciones)

3.43. En el momento en que el adquirente firme un contrato de *timeshare* sólo debería efectuar un pago a cuenta, que tendrá carácter de arras si así se ha acordado. El resto del precio se pagará cuando la propiedad esté disponible para ser ocupada.

3.44. Debería concederse al adquirente el derecho a inspeccionar la propiedad para asegurarse de que se ajusta al pliego de condiciones. Podría renunciar a este derecho o delegarlo a un tercero.

3.45. La cuantía inicial abonada por el adquirente debería mantenerse en depósito fiduciario (*trust*) a su nombre hasta que la propiedad pueda ser ocupada.

XVIII. Anexo

3.46. El anexo constituye un elemento de gran valor pedagógico, por un lado, y es una pieza fundamental en la protección que se pretende crear para garantizar la plena libertad de contratar a partir de la información objetiva y sincera del vendedor y de un conocimiento correcto del adquirente respecto al contenido y la naturaleza del derecho.

3.47. Creemos, sin embargo, que el anexo, en la medida en que se aplica el articulado de la Directiva e incluso la descifra para mejor comprensión de los destinatarios, no debería mencionar disposiciones específicas del texto, ya que ello puede dar lugar a dificultades de interpretación y de aplicación por parte de los Estados miembros, lo que es preciso evitar.

3.47.1. En la letra *k*) la mención del artículo 3 ha de ser descifrada, puesto que las letras *a*) y *m*) del anexo ya se refieren al artículo 3.

3.47.2. La parte final de la letra *i*) relativa al arrendamiento debe suprimirse por las razones que ya hemos mencionado.

3.47.3. El anexo debe contener una previsión sobre la existencia o no de un seguro que cubra el cumplimiento puntual de las obligaciones del vendedor, en particular el pago de una indemnización si se diera el caso (véanse los puntos 3.23 y 24, *supra*), así como de la restitución de las garantías abonadas por el consumidor en caso de retrocompra.

3.47.4. En el caso de que el bien o el derecho esté integrado en una Bolsa internacional de intercambio deberán especificarse las cargas inherentes y las condiciones de acceso al sistema de intercambios.

3.47.5. En los apartados *b*) o *d*) del anexo debe hacerse mención expresa de la naturaleza del derecho, su naturaleza real o personal y la determinación del vínculo jurídico establecido en el caso de los clubes.

3.47.6. Información clara y transparente sobre el sistema de reventa y condiciones de exigibilidad del mismo.

3.47.7. Consecuencias específicas de la falta de pago de los cargos exigibles, especialmente de los gastos de mantenimiento por el adquirente, debiendo también indicarse cuál será la Ley aplicable y la jurisdicción competente en caso de conflicto entre el propietario y el titular.

3.47.8. En el caso de que el precio cuando se trata de bienes futuros pueda ser objeto de modificación, deberá dejarse la fórmula de actualización.

3.47.9. En el caso de los bienes de construcción futura debe fijarse un plazo para la firma del contrato en el momento de disponibilidad del derecho, informándose al adquirente de los derechos que tiene en el caso de que el vendedor que hace la oferta no cumpla el contrato en el plazo estipulado.

3.48. A estas observaciones se añaden las formuladas incidentalmente sobre el anexo cuando se han analizado los artículos.

4. Conclusiones

4.1. Las principales cuestiones planteadas en el ámbito de la multipropiedad han sido tratadas correctamente en la propuesta de la Comisión a pesar de las observaciones formuladas, que se espera sean tenidas en cuenta.

4.2. A reserva de las recomendaciones efectuadas, la propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido debe merecer el apoyo del Comité Económico y Social.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La única disposición de rango legal promulgada en los dos últimos meses ha sido un Real Decreto-Ley 14/1993, de 4 de agosto, por la que se prorroga el plazo para publicar el Reglamento de adecuación a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de los distintos procedimientos administrativos hasta dieciocho meses.

En relación con dicha Ley se ha publicado el Real Decreto 1388/1993, de 4 de agosto, aprobando el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

En el Ministerio de Hacienda, por Real Decreto 1393/1993, de 4 de agosto, se modifica la regulación del número de identificación fiscal.

En el Ministerio de Justicia, por Orden de 2 de agosto, se desarrolla el

Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, sobre colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad para la seguridad jurídica del tráfico jurídico inmobiliario.

C) COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Durante los meses de julio y agosto se han publicado las siguientes disposiciones de carácter autonómico:

- En Baleares, Ley de 15 de junio de 1993 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares.
- En Galicia, Ley de 23 de junio reguladora de la Administración hidráulica y otra Ley de 15 de julio sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia.
- En el País Vasco, Ley de 24 de junio de Cooperativas.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Curso de verano de la Universidad Complutense.*—Como en otros años, el Colegio de Registradores ha participado en estos cursos, que han tenido lugar en la Universidad María Cristina de San Lorenzo del Escorial, habiéndose desarrollado un «encuentro» bajo el título «El Registro y la reforma procesal», con el siguiente programa:

Día 13 de julio:

- «El embargo», por don RAFAEL ANTONIO RIVAS TORRALBA.
- «Procedimiento extrajudicial», por don PEDRO AVILA NAVARRO.
- Mesa redonda sobre «Comunicaciones, requerimientos y notificaciones en los procedimientos», por don XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, don JUAN UCEDA GÓMEZ, don JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ POYO-GUERREIRO, don JAIME VEGAS TORRES y doña CARMEN DE GRADO SANZ.

Día 14 de julio:

- «Derechos de los terceros adquirentes de bienes en el proceso», por don JUAN MANUEL REY PORTOLÉS.
- «Los problemas de las quiebras y suspensiones de pagos», por don CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO.
- Mesa redonda sobre «Hipoteca y arrendamiento», por don JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA, don ABEL RAMÓN CABALLERO ALVAREZ, don

CARLOS LASARTE ALVAREZ, don ALFONSO CARO SANTACRUZ, don AGUSTÍN MANUEL GÓMEZ SALCEDO, don JUAN ROMERO-GIRÓN DELEITO, don DANIEL LOSCERTALES FUERTES y don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA.

2. *Jornadas sobre nacionalidad y extranjería en Barcelona.*—En los últimos días de junio y primeros de julio se han celebrado estas Jornadas en la Delegación del Colegio de Registradores de la Propiedad en Barcelona, bajo la moderación del Registrador don JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD.

Los temas expuestos fueron los siguientes:

- «El derecho administrativo sancionador y la extranjería», por don JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD, Registrador de la Propiedad.
- «Pérdida y recuperación de la nacionalidad española», por doña AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, Profesora titular de Derecho internacional privado en la Universidad de León.
- «Tipología y procedimiento de obtención de los visados y permisos de residencia en España», por don JOSÉ MANUEL PAZ AGUERAS, Ministro plenipotenciario.
- «Adquisición de la nacionalidad española en la Ley de 17 de diciembre de 1990», por don JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, Registrador de la Propiedad. Notario excedente y Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ex subdirector general de Nacionalidad y Estado Civil.
- «Consecuencias de la posesión de la nacionalidad española», por don JESÚS DIEZ DEL CORRAL Y RIVAS, Registrador de la Propiedad y Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «Libre circulación de trabajadores en la CEE», por don JOSÉ CONESA BALLESTERO, Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona.
- «Problemática de la estancia en España de los extranjeros no comunitarios», por doña LILIANA ISABEL ORSI OLIJNYK, Abogada del Ilustre Colegio de Barcelona.
- «Consideraciones sobre asilo y refugio de los extranjeros en España», por don EDUARDO SAGARRA TRÍAS, profesor de Derecho internacional privado.
- «La suspensión jurisdiccional del acto administrativo dictado en sede de extranjería», por don EMILIO ARAGONÉS BELTRÁN, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

3. *Universidad Nacional de Educación a Distancia.*—En el Centro Regional de Extremadura, en su capital sita en la ciudad de Mérida, se ha celebrado la VIII Universidad de Verano, habiéndose desarrollado los siguientes cursos en la Facultad de Derecho:

- «Policía y seguridad ciudadana» (16-19 junio).
- «Quinto curso de Derecho autonómico extremeño» (21-25 junio).
- «La seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario español» (25-26 junio).
- «La difícil protección internacional de los derechos humanos en un mundo convulso» (30 junio-2 julio).
- «Problemática de las uniones de hecho» (1 de julio).
- «La profesión del Abogado y del Procurador en el Derecho interno y en el Derecho comunitario» (2-3 julio).
- «¿Qué reforma penal necesita España?» (5-8 julio).
- «XXII Curso de Informática y Derecho: Ley de Protección de Datos Personales» (14-16 julio).
- «Nuevas orientaciones jurisprudenciales sobre Derecho matrimonial» (14 julio).
- «Derecho comunitario» (19-23 julio).
- «VIII Curso de los Juzgados de Paz: Organización y funciones» (21-22 julio).

LA REDACCIÓN

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 12 marzo de 1993.—COMPETENCIA AUTONOMICA EN DERECHO FORAL.—Ley de Aragón sobre equiparación de hijos adoptivos —Ple- no.—Ponente: Sr. Rodríguez Bereijo

Hechos —La Ley de 25 de abril de 1988 de las Cortes de Aragón dio nueva redacción al artículo 19 de la Compilación de Derecho civil de Aragón equiparando los hijos adoptivos a los demás. La Abogacía del Estado presentó recurso de inconstitucionalidad por estimar que no había competencia legislativa en esta materia, ya que la adopción no aparecía regulada en la Compilación.

Fallo —El Tribunal Constitucional entiende que sí existe tal competencia, aunque con dos votos particulares contrarios.

Fundamentos jurídicos. Primero —Antes de entrar en el examen de las impugnaciones deducidas en el recurso es preciso exponer algunas consideraciones previas relativas tanto al carácter de la Ley impugnada como a los títulos competenciales invocados para negar y defender, respectivamente, su constitucionalidad.

a) La Ley 3/1988 de las Cortes de Aragón por la que se da contenido al artículo 19.1 de la Compilación del Derecho civil aragonés en orden a la equiparación de los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza, no pretende establecer, claro está, un régimen jurídico completo del instituto de la adopción ni ordenar, en particular, su modo de constitución, limitándose, más bien, a disciplinar un aspecto, bien que general, del contenido o de los efectos de la adopción, consistente en el establecimiento de la referida equiparación. Ciertamente que en el artículo 2 de esta Ley se viene a anunciar o, mejor, a prever la hipótesis de «una legislación propia sobre la adopción» dictada por las Cortes de Aragón, pero esta consideración de futuro no puede empañar la evidencia de que el contenido normativo del texto legal que aquí hemos de enjuiciar tiene, en su artículo 1, el alcance estricto que queda dicho, con independencia de que la propia Ley incorpore también una regla sobre la aplicación del Derecho (art. 2, último inciso) cuya constitucionalidad, sin embargo, no ha sido específicamente controvertida.

Otra constatación es aún preciso hacer en este punto. La Abogacía del Estado ha subrayado que la vigente Compilación del Derecho civil de Aragón (en su día aprobada por la Ley 15/1967 y después adoptada e integrada, con modificaciones, en el Ordenamiento jurídico aragonés por Ley 3/1985, de las

Cortes de la Comunidad Autónoma) no se contiene regla alguna sobre la adopción ni sobre el *status* familiar de los hijos adoptivos, advertencia ésta a la que en el recurso se liga —según quedó expuesto en los Antecedentes— la primera y principal tacha de inconstitucionalidad contra la Ley, que así habría venido a ordenar *ex novo*, más allá de la propia competencia autonómica, un instituto del todo ajeno al Derecho civil especial de Aragón. Si esta última valoración puede o no ser compartida es algo que consideramos después, aunque desde ahora se ha de confirmar aquella constatación de la Abogacía del Estado, pues, en efecto, la referida Compilación no contenía antes de su modificación por esta Ley precepto alguno atinente, de modo expreso y directo, a la adopción y a sus efectos, si se exceptúa la mención a los hijos adoptivos que a propósito de la sucesión paccionada recoge su artículo 99.1. Veremos después si el que esto haya sido así ha de influir, y en qué medida, en la valoración constitucional de la Ley sometida a nuestro enjuiciamiento.

b) El recurso se promueve con invocación de la exclusiva competencia estatal en orden a la «legislación civil», según dispone el artículo 149.1.8 CE. Esta es la norma que, a decir de la Abogacía del Estado, habría resultado contrariada por la Ley que se impugna, cuya regulación no sería reconocible como válido ejercicio de la correlativa competencia autonómica que, con fundamento también en el artículo 149.1.8, atribuye el Estatuto de Autonomía de Aragón (en adelante, EAA) para la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés» (art. 35 1.4). Unas y otras reglas, constitucionales y estatutarias, son las que aquí han de ser canon de validez de las impugnadas, sin que a tales efectos resulte pertinente —en contra de lo argüido por la Diputación General de Aragón— la consideración de lo que establece la disposición adicional primera de la Constitución en orden al amparo y respeto de los «derechos históricos de los territorios forales» y a la actualización general de tal régimen, en su caso, «en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía». Ni esta previsión, ni la que se contiene en la disposición adicional quinta del EAA han de ser tomadas ahora en consideración, no ya sólo porque los derechos históricos de las Comunidades y Territorios forales no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los Estatutos (SSTS 123/1984, fundamento jurídico 3.º; 94/1985, fundamento jurídico 6.º, y 76/1988, fundamento jurídico 4.º), sino, sobre todo y en primer lugar, porque el sentido de la disposición adicional primera CE no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado exclusivamente en el art. 149.1.8 y en la disposición adicional segunda CE), sino el de permitir la integración y actualización en el Ordenamiento postconstitucional, con los límites que dicha disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación.

Ya en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, es aún necesario realizar otra puntualización a propósito de determinado argumento expuesto por las representaciones de la Comunidad Autónoma, según el cual la reserva «en todo caso» al Estado, por aquel precepto, de determinadas regulaciones vendría a suponer, a contrario, la permisión para las Comunidades Autónomas de desplegar sus competencias estatutarias para el «desarrollo» del Derecho civil, foral o especial en todo el campo no cubierto por aquellas específicas reservas, por ajena que fuera la legislación a introducir al ámbito regulado, cuando entró en vigor la Constitución, por el respectivo Derecho civil. Esta

interpretación de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 no puede ser, sin embargo, compartida por el Tribunal.

El citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la «legislación civil», introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra, pues, en la intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su «conservación, modificación y desarrollo». Son estos los conceptos que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables y con arreglo a los que habrá que apreciar —como después haremos— la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en tal ámbito dictadas por el legislador autonómico. La ulterior reserva al Estado por el mismo artículo 149.1.8 de determinadas regulaciones «en todo caso» sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinda aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél —vale reiterar— la Constitución le atribuye ya la «legislación civil», sin más posible excepción que la «conservación, modificación y desarrollo» autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de ésta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del artículo 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho.

Segundo.—Es ya posible, a partir de lo dicho, entrar a examinar el problema central que el recurso plantea, el de la constitucionalidad de una ordenación, siquiera parcial, por la Comunidad Autónoma, de un instituto —el de la adopción— que no aparecía regulado en la Compilación preconstitucional de su peculiar Derecho civil ni en el texto de la Compilación adoptada e integrada en el Ordenamiento jurídico aragonés por la Ley 3/1985, de 21 de mayo, del Parlamento de Aragón. Abordaremos esta cuestión primordial y consideramos después, a la luz de la respuesta que la misma merezca, cada una de las concretas impugnaciones formuladas contra la Ley 3/1988.

Importa reiterar, a tales efectos, que este juicio de constitucionalidad lo hemos de realizar, estrictamente, a partir de lo dispuesto en los artículos 149.1.8 CE y 35.1.4 EAA, lo que supone dejar de lado *ab initio* otras perspectivas de examen aludidas en las alegaciones, como son, en primer lugar, la relativa a si la equiparación de los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza es o no un imperativo constitucional (art. 39.2 CE) y la atinente, de otra parte, a la coincidencia o no de la regulación establecida por la Ley de Aragón con la que ya se contenía, a estos efectos, en el Código Civil (art. 108, párrafo segundo, y art. 3 de la Ley 21/1987, que modificó dicho Código y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores). El Tribunal no debe pronunciarse ahora sobre lo mismo, pues es claro que la aducida exigencia constitucional de igualar hijos adoptivos e hijos por naturaleza nada diría sobre cuál fuera el legislador competente para llevar a cabo tal equiparación y tampoco puede extraer consecuencia alguna de aquella invocada coincidencia, porque la misma ni haría buena una extralimi-

tación competencial de la Comunidad Autónoma (SSTC 10/1982, 35/1982, 38/1982 y 143/1985, entre otras) ni pondría en cuestión, claro está, la validez de la Ley autonómica adoptada con respecto al propio ámbito competencial. El problema es sólo, pues, si la Ley hoy enjuiciada puede considerarse o no resultado de un correcto ejercicio de la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil de Aragón.

Que no estamos ante un supuesto de «conservación» de aquel Derecho es cosa bien patente. El concepto constitucional de «conservación» de los derechos civiles, forales o especiales» permite, por lo que ahora importa, la asunción o integración en el Ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su Ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (STC 121/1992, fundamento jurídico 1^o), pero ninguna de estas operaciones normativas es aquí reconocible. La integración de la Compilación del Derecho civil de Aragón en el Ordenamiento de la Comunidad Autónoma la llevó ya a cabo la Ley de las Cortes aragonesas 3/1985, antes citada, y en cuanto a la conversión en Ley de un hipotético Derecho consuetudinario, no cabe sino constatar que la Ley 3/1988 ni pretende en su Exposición de Motivos justificarse así ni ha sido defendida con esos argumentos, pues no cabe tener por tales, desde luego, las referencias que en las alegaciones se han hecho, con éstas u otras palabras, al «Derecho aragonés de tiempos remotos». Lo que la Constitución permite es la «conservación», esto es, el mantenimiento del Derecho propio, de modo que la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE.

Tampoco la Ley impugnada puede considerarse como «modificadora» del Derecho especial aragonés preexistente, visto que en el mismo no se contenía regla alguna, directa y expresa, sobre la adopción y sus efectos, y ello pese a que la propia Ley se presente, en su título, como norma que «modifica el artículo 19.1 de la Compilación», precepto éste, sin embargo, vacío de contenido hasta la adopción del presente texto legal. Un mayor pormenor exige, sin embargo, la determinación de si esta Ley puede ser considerada como «desarrollo» de aquel Derecho propio.

Tercero.—El concepto constitucional (art. 149.1.8) y estatutario (art. 35.1.4 EAA) de «desarrollo» del propio Derecho civil, especial o foral debe ser identificado a partir de la *ratio* de la garantía autonómica de la foralidad civil, que establece —según indicamos en el fundamento jurídico 1.º— aquel precepto de la norma fundamental. La Constitución permite así que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de «conservación» y «modificación», sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, y reconoce de este modo no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales Ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término «allí donde existan» a que se refiere el artículo 149.1.8 CE al

delimitar la competencia autonómica en la materia ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas.

Sin duda que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su Ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1 8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar

El criterio expuesto permite ya una valoración de conjunto —esto es, sin perjuicio del posterior examen de cada precepto impugnado— de la Ley 3/1988, de las «Cortes de Aragón. Esta Ley —hemos de reiterar— no disciplina la constitución de la adopción, sino un aspecto general de sus efectos, y en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación, al vigente Derecho civil aragonés, no puede calificarse, sólo por ello, de inconstitucional. Existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón. Para demostrarlo basta, en efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el *status familiae* del adoptado aparece en indiscutible conexión. Así ocurre, significadamente, con la regulación tanto «de las relaciones entre ascendientes y descendientes» (título II del libro I) como «de las relaciones parentales y tutelares» (título III del mismo libro), y lo mismo cabe predicar de la disciplina del «Derecho de sucesión por causa de muerte» (libro II), regulaciones, unas y otras, en las que la Compilación se refiere, expresa o tácitamente, a la posición jurídica (derechos y obligaciones) de los «hijos y descendientes», normativa ésta, por lo tanto, que bien puede decirse complementada o integrada (esto es, desarrollada) por la que introduce la Ley que hoy enjuiciamos, Ley, por consiguiente, que no puede tacharse de inconnexa respecto del Ordenamiento, que viene así a innovar parcialmente

No basta lo anterior, con todo, para poner término a este proceso, pues lo que ahora hemos de ver es si el sentido así genéricamente acomodado a la Constitución y al Estatuto de la Ley impugnada se ha articulado en cada uno de sus dos preceptos también de modo compatible con las normas del bloque de la constitucionalidad que venimos tomando en consideración.

Cuarto —El artículo 1 de la Ley 3/1988 da nueva redacción al capítulo II del título III del libro I de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, introdu-

ciendo en su artículo 19 (vacío hasta entonces de contenido) las dos siguientes determinaciones:

«1.^a Los hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturaleza

2.^a Siempre que la legislación civil aragonesa utilice expresiones como "hijos y descendientes" o similares, en ellas se entenderán comprendidos los hijos adoptivos y sus descendientes.»

Ninguna duda cabe ya, visto lo expuesto, sobre la constitucionalidad del número 2 de este artículo 19, que constituye, en rigor, una norma sobre la interpretación de reglas ya contenidas en la Compilación, interpretación que al venir dada por el legislador que asumió dicha Compilación (Ley 3/1985) bien puede calificarse de «auténtica». En todo caso, este número 2 responde cabalmente al sentido, ya examinado, de lo que puede reconocerse como «desarrollo» del propio Derecho civil, tanto si la interpretación que impone se ve como aclaratoria de las «fundadas dudas» a las que la Exposición de Motivos se refiere en orden a la previa equiparación de hijos adoptivos e hijos por naturaleza, como si se concibe en términos de una compilación legislativa del ámbito personal de aplicación de anteriores preceptos, complementaria, por tanto, de la regla igualadora que contiene el número 1 del mismo artículo 19.

Este último precepto (art. 19 1) puede entenderse naturalmente y sin esfuerzo de un modo acorde con la Constitución y el Estatuto. La norma equiparadora que contiene no merece tacha alguna de inconstitucionalidad, pues la igualación «en Aragón» de los derechos y obligaciones de hijos adoptivos e hijos por naturaleza se entiende ceñida a las relaciones e instituciones jurídicas ordenadas en el Derecho civil aragonés propio, como reconoce, por demás, en sus alegaciones la Diputación General de Aragón.

Quinto —El artículo 2, y último, de la Ley 3/1988 dice así: «En tanto las Cortes de Aragón no aprueben una legislación propia sobre adopción, en la Comunidad Autónoma será de aplicación la normativa del Código Civil y demás leyes generales del Estado en la materia». En el recurso se constata que este precepto, «aunque sin un auténtico contenido normativo de presente», realiza «una afirmación explícita de competencia sobre la institución jurídica de la adopción», apreciación que lleva al Abogado del Estado, con fundamento en sus alegatos anteriores, a instar también su declaración de inconstitucionalidad. Nada se dice en contra del último inciso de este artículo 2, cuya valoración constitucional depende, como es claro, de la que merezca la hipótesis a la que tal determinación se liga.

No puede compartirse el reproche de inconstitucionalidad que así se formula. En su primer inciso, el artículo 2 se limita, en efecto, a considerar la hipótesis de una futura normación autonómica sobre la adopción, y es claro que en el recurso de inconstitucionalidad no cabe enjuiciar simples manifestaciones de intenciones o de propósitos (STC 137/1986, fundamento jurídico 1.º) que sólo cuando se hayan llegado a materializar podrán ser, si así se estimare procedente, controvertidas ante el Tribunal. La solución contraria conduciría, como bien se comprende, a un enjuiciamiento conjetural, desligado de toda concreción normativa y, en cuanto tal, estéril y perturbador, desnaturalizándose también en definitiva este proceso constitucional, que no existe para controlar *a priori* la legitimidad constitucional de normas meramente proyectadas, por más que a ellas se haga referencia en preceptos concretos,

sino para enjuiciar la validez de las determinaciones jurídicas adoptadas por el legislador. Es cierto que la estructura típica de todo precepto jurídico contiene siempre un supuesto enunciado en términos hipotéticos cuya sola mención puede llegar a ser objeto de control de constitucionalidad; pero si tal supuesto consiste, precisamente, en la adopción futura de una norma y si el contenido de la misma queda, como aquí ocurre, indefinido, no cabe pronunciamiento alguno al respecto por parte de éste de Tribunal. Distinta solución cabría dar, desde luego, si el propio objeto, no ya el contenido, de la norma anunciada fuera inequívoca y radicalmente ajeno a las competencias aquí consideradas de la Comunidad Autónoma, pero no es así. Acabamos de razonar, en efecto, que el legislador aragonés puede, en conexión con el contenido de su Derecho civil propio, ordenar determinados aspectos del *status* de los hijos adoptivos. Basta con constatarlo así, sin aventurar ahora juicios prematuros para descartar esta impugnación.

Voto particular.—Que formula el Magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer a la Sentencia de 12 de marzo de 1993, recaída en el recurso de inconstitucionalidad número 1392/1988.

Coincido con el fallo desestimatorio del recurso, no así con una parte de la fundamentación que le sirve de base. Concretamente discrepo del ámbito material que la sentencia atribuye a la competencia que el artículo 35.1.4 del EAA reserva a la Comunidad Autónoma sobre el Derecho civil aragonés. La sentencia parte de la premisa de que las facultades de conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho deben referirse a «instituciones conexas con las ya reguladas» en el mismo. En definitiva, según esta tesis, la competencia autonómica no tiene su límite material únicamente en las materias que de forma explícita reserva el segundo párrafo del artículo 149.1.8 de la Constitución al Estado, sino que ese Derecho civil foral o especial preexistente constituye el punto de partida y el límite de la referida competencia.

Ciertamente, debe reconocerse que la sentencia adopta esta premisa de forma amplia. Así, por ejemplo, el Derecho que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia pueden conservar, modificar o desarrollar no es solamente el compilado, ni tan siquiera éste y las normas consuetudinarias —de extraordinario relieve en el Derecho civil aragonés—, sino que se refiere más ampliamente a «la Compilación y otras normas derivadas de las fuentes propuestas de su Ordenamiento». Tampoco se exige explícitamente que todas esas normas susceptibles de conservación, modificación y desarrollo estuvieran vigentes en el momento de entrar en vigor la Constitución, ni se propugna que ese desarrollo debe producirse siempre a expensas del propio Derecho, es decir, sin entrar a regular cuestiones que al aprobarse la Constitución estaban reguladas por el Derecho civil estatal. Es más, el criterio delimitador de la función de desarrollo que se acoge en la sentencia es un criterio extensivo que tiene en cuenta «los principios informadores peculiares del Derecho foral».

Con todo, la concepción de la que parte la mayoría que sustenta la sentencia continúa perpetuando la configuración del Derecho civil del Estado como Derecho común o general, y los Derechos civiles de las Comunidades Autónomas como Derechos especiales formados por normas e institutos aislados y asistemáticos. A mi juicio, esta concepción tiene menores apoyos en los textos constitucional y estatutario que la que defendí en el Pleno y que de forma muy sintética puede resumirse así: la competencia autonómica sobre el Derecho civil aragonés se extiende a toda la materia del Derecho civil, con excepción de los ámbitos materiales que el artículo 149.1.8 de la CE reserva al Estado de

forma explícita. El «Derecho civil aragonés» al que alude el Estatuto de Autonomía no puede ser concebido como una serie más o menos residual de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino como un sistema normativo dotado de la sistematización y conexión interna y de la plenitud propias de un Ordenamiento que tiene además constitucionalmente reconocida la posibilidad de determinar sus específicas fuentes de producción normativa.

Frente a los argumentos literales y sistemáticos que se utilizan en la sentencia para rechazar la referida configuración competencial y para afirmar de contrario que el inciso encabezado por la locución «en todo caso» del artículo 149.1.8 CE no establece el límite de la competencia estatal sobre Derecho civil en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, pueden oponerse, a mi entender, no sólo argumentos literales y sistemáticos, sino también otros de mayor calado todavía.

Así, si nos ceñimos en primer lugar al tenor literal de los preceptos, debe advertirse que la Constitución utiliza la expresión «Derecho civil» —foral o especial— para referirse al ámbito material de la competencia autonómica, no habla de «instituciones». Este hecho se reafirma de forma muy especial en el EAA que se refiere textualmente al «Derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado». Ciertamente, los Estatutos de Autonomía deben interpretarse conjuntamente con la Constitución e incluso a la luz de la misma, pero cuando la Constitución permite la interpretación realizada por un Estatuto, es decir, cuando el legislador estatutario ha establecido un entendimiento de la Constitución no contrario al texto constitucional, esta interpretación debe ser cuando menos tenida en cuenta al realizar el juicio de constitucionalidad.

También desde la perspectiva lógico-sistemática existen numerosos argumentos a favor de la tesis que aquí defiendo. Por ejemplo, si se parte como hace la sentencia de la premisa de que las competencias de conservación, modificación y desarrollo de las Comunidades Autónomas, se limitan a las normas de Derecho civil propio preexistentes al aprobarse la Constitución, mal puede entenderse el hecho de que algunas de las materias que el artículo 149.1.8 CE reserva «en todo caso» al Estado nunca han formado parte de ninguno de los Derechos forales o especiales de ninguna Comunidad Autónoma (v.gr., la regulación de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio). Es contrario al principio interpretativo del legislador económico interpretar el precepto constitucional en el sentido de que en él se reservan al Estado instituciones que ya le correspondían porque no figuraban en los Derechos civiles, forales o especiales a los que presuntamente se refiere la Constitución.

Ya en otro orden de consideraciones, el hecho de limitar la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil autonómico al preexistente al entrar en vigor la Constitución supone hacer depender el alcance de ese Derecho de datos perfectamente aleatorios, difícilmente justificables a la luz de los principios constitucionales, ligados a los avatares por los que pasaron esos Derechos durante el régimen político preconstitucional. Por ejemplo, como es sabido, la mayor o menor extensión de las Compilaciones dependió del momento en el que estas disposiciones fueron aprobadas. Así las de principios de los años sesenta tienen un alcance mucho menor que las aprobadas en los años setenta en las que se recoge la casi totalidad de las instituciones de Derecho civil. En algunos casos, institutos de Derecho civil propio no se incorporaron a las Compilaciones «para no reproducir» preceptos del Código Civil

e, incluso, la extensión de ese Derecho dependió de las vicisitudes que experimentaron esos Derechos ante los órganos judiciales que anularon o inaplicaron algunos de sus preceptos, empleando para ello razonamientos que hoy resultarían más que discutibles

No obstante, el argumento más de fondo radica en el hecho de que la concepción del Derecho civil aragonés que se desprende de la sentencia se compadece poco con los principios de los que, a mi juicio, parte la Constitución al delimitar esta materia competencial, sobre todo si se sitúa el texto constitucional en el seno de la compleja evolución histórica de la diversidad legislativa española en materia de Derecho civil. En efecto, la sentencia concibe el artículo 149.1.8 como simple «garantía de la foralidad a través de la autonomía política», es decir, como garantía de la capacidad de conservación, modificación y desarrollo únicamente del Derecho preexistente, que queda así configurado, como ya he apuntado más arriba, como un Derecho especial, más o menos residual, más o menos sistematizado, pero en todo caso enmarcado dentro de un Derecho común o general. Esta concepción encaja mal con una Constitución que rompe abiertamente con la tendencia seguida durante los dos últimos siglos —con la excepción del período republicano— según la cual el reconocimiento de los Derechos forales era provisional, ya que el objetivo último era la nulidad del Derecho civil para consagrar solemnemente el pluralismo legislativo en esta materia, fruto de la autonomía política y del hecho difícilmente controvertible de que el Derecho civil constituye, sin duda, una de las ramas del Derecho más condicionada por las características específicas de los diversos pueblos

En definitiva, a tenor de estos argumentos, estimo que cuando el artículo 149.1.8 reserva al Estado «la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales allí donde existan», debe entenderse que esta última frase —allí donde existan— no es un criterio que limita la materia de la competencia autonómica a ese Derecho preexistente, sino que todo el inciso sirve para determinar cuáles son las Comunidades Autónomas que pueden asumir competencias en la materia de Derecho civil —son todas las que posean un Derecho civil propio—. Al Estado le corresponde todo el Derecho civil en las Comunidades que no tengan ese Derecho —o, teniéndolo, no asuman esa competencia— y las materias que explícitamente le reserva este precepto constitucional en su segundo apartado. Así entendido, cobra pleno significado la competencia exclusiva sobre «Derecho civil aragonés» que reserva a la Comunidad Autónoma el artículo 35.1.4 de su Estatuto, «sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado».

Voto particular.—Que formula el Magistrado don Julio Diego González Campos a la Sentencia de 12 de marzo de 1993 recaída en el recurso de inconstitucionalidad número 1392/1988.

Primero —Aun coincidiendo con el fallo desestimatorio del recurso y con los fundamentos jurídicos específicos referidos a los artículos 1 y 2 de la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, mi discrepancia versa sobre ciertos elementos de la interpretación del artículo 143.1.8 CE en relación con el artículo 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, que se contienen en los fundamentos jurídicos 1.º a 3.º En concreto, los que se refieren a la competencia sobre el «desarrollo» del Derecho civil de Aragón por obra del legislador autonómico.

Segundo —La sentencia —acertadamente a mi entender— afirma, de un

lado, que el artículo 149.1.8 CE permite «la asunción o integración en el Ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su Ordenamiento». Y de otro, admite también el «desarrollo» del Derecho civil propio, innovando o actualizando su contenido «según los principios informadores peculiares del Derecho foral». Lo que es relevante en términos generales, y específicamente en el caso del Derecho civil de Aragón al que se refiere el presente proceso constitucional.

En efecto, el artículo 1.1 de la Compilación del Derecho civil, tras la adopción e integración en el Ordenamiento jurídico aragonés verificada por la Ley 3/1985, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón, dispone que el Derecho civil de esta Comunidad Autónoma lo constituyen «las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su Ordenamiento jurídico». Relevancia tradicional de la costumbre en el Derecho de Aragón que evidencia el artículo 1.1 de la citada Compilación, al igual que el artículo 3 respecto al principio *standum est chartae*, cuyo alcance puede apreciarse en la expresión «pactos rompen fueros». Existe, pues, una amplia posibilidad de «desarrollo» del Derecho civil de Aragón, pues el legislador autonómico, para innovar esta materia, puede partir no sólo de la ordenación de concretas instituciones civiles reguladas en todo o en parte en la Compilación, sino también de la costumbre —cuyo desarrollo histórico ha sido una de las características del Derecho aragonés— y, además, del contenido normativo que encierran los principios informadores de su Ordenamiento

Tercero.—Ahora bien, la sentencia encierra dos conclusiones sobre el «desarrollo» de los Derechos civiles, forales o especiales que me parecen menos acertadas. En primer lugar, si bien el posible «desarrollo» del Derecho civil propio constituye una competencia autonómica que «no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su Ordenamiento» —lo que comparto—, no estimo justificado constitucionalmente que se exija, como hace la sentencia, una conexión necesaria entre el contenido de las nuevas normas que adopte el legislador autonómico y el ya existente en el Ordenamiento civil. Esto es, que las normas del legislador autonómico «regulen instituciones conexas con las ya reguladas».

Este criterio de proximidad en los contenidos entre el nuevo Derecho civil y el ya existente no va acompañado de otras precisiones y, por tanto, aun poseyendo una evidente flexibilidad, deja abiertas no pocas interrogantes. Entre ellas si la proximidad de la materia regulada con la legislación de desarrollo del Derecho civil debe ser inmediata o también puede ser mucho más remota. Pues si nos situamos, por ejemplo, ante el libro III de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón (relativo al «Derecho de bienes»), es indudable que al regularse allí únicamente las «relaciones de vecindad» y «las servidumbres» el legislador autonómico podría innovar en uno y otro ámbito, pero cabe preguntarse si por proximidad con lo regulado puede innovar y desarrollar otras instituciones del «Derecho de bienes» *uti singuli*, aunque éstas hoy no se hallen reguladas en la Compilación, bajo la cobertura de esa rúbrica del libro III.

De otra parte, es de observar que las referencias al dato histórico para establecer el contenido del Derecho civil no son acogidas en el fundamento jurídico 2.º de la sentencia pese a que el tema merecía un más detenido análisis por las raíces coexistentes en España y su evolución desde la Modernidad, y en particular a lo largo del siglo XIX. Pero en atención a estos datos, preci-

samente cabe preguntarse si la conexión o proximidad sólo puede establecerse respecto al Derecho civil, foral o especial existente en el momento de entrar en vigor la Constitución o también en relación con el contenido de su Derecho histórico. Lo que no es irrelevante aquí si se tiene en cuenta que la adopción o «prohijamiento» a fines sucesorios ya figuraban en la ordenación de los *Fueros de Aragón* conocida como *Compilación o Código de Huesca*, acordada por las Cortes de Aragón en 1247; a lo que se agrega, con independencia de la posible continuidad de esta institución como derecho consuetudinario, que en 1988 los juristas aragoneses consideraban que los Fueros, las Observancias y Costumbres y las Consultas de Justicia, junto a la costumbre alegada y encomendada a la investigación del Juzgador, constituían en aquel momento el Derecho civil de Aragón. A mi entender, el Derecho propio es la más significativa de las señas de identidad de Aragón, y esta identidad, innegablemente, hunde sus raíces en la historia.

Cuarto —La irrelevancia del dato histórico genera, de otra parte, una contradicción interna cuando se establece la segunda de las proposiciones que se contienen en la sentencia de la que discrepo. En efecto, en el fundamento jurídico 1.º se afirma que el artículo 149.1.8 CE entraña una «garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política», garantía que se cifra en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en las que «rigieran a la entrada en vigor de la Constitución» los Derechos civiles especiales o forales «puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su conservación, modificación y desarrollo». Y de este presupuesto se extrae la segunda conclusión, expuesta en el fundamento jurídico 3.º. Que la competencia legislativa en materia civil de la Comunidad Autónoma no es «ilimitada *ratione materiae*», pues ello «impugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podrá reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar».

Aun admitiendo que el precepto contenga una garantía constitucional respecto a la continuidad de los Derechos civiles, forales o especiales coexistentes en España y, correlativamente, que ello entrañe el definitivo abandono de la idea de el único Derecho civil, como ha puesto de relieve la doctrina, es obvio que tal garantía, en todo caso, sólo sería indirecta y, a mi parecer, externa al precepto. De manera que sería aplicable aquí lo dicho en la STC 75/1984 respecto a «la debilidad de una interpretación teleológica en la que el *telos* es extrínseco a la norma». Pues debe tenerse en cuenta que la provisionalidad con que concibió la continuidad de los Derechos civiles particulares en el momento de redactarse el Código Civil ya fue superada por la Constitución de 1931 y también, posteriormente, al admitirse «el pleno respeto» a estos Ordenamientos civiles en la redacción dada al artículo 13 del Código Civil por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo. De manera que la idea de garantía foral, en atención a estos antecedentes, ni puede elevarse a última *ratio* del precepto ni servir adecuadamente para establecer el contenido y la finalidad del artículo 149.1.8 CE.

En realidad, basta tener en cuenta el encuadramiento del precepto en la Constitución para concluir que ésta lleva a cabo la delimitación de las competencias que en materia de «legislación civil» corresponden, respectivamente, al Estado y cada una de aquellas Comunidades Autónomas donde exista un Ordenamiento civil, foral o especial. Y la delimitación se establece atribuyendo al Estado tanto una competencia genérica en materia de «legislación civil» como mediante la reserva competencial que se contiene en el inciso «En todo

caso.. » Pues en este punto el precepto no se ha apartado de su antecedente inmediato, el artículo 15.1 de la Constitución de 1931. Mientras que en lo que respecta a las Comunidades Autónomas donde exista Derecho civil, foral o especial, la atribución competencial comprende la «conservación, modificación y desarrollo» del propio Derecho civil y, asimismo, por la reserva del inciso final del artículo 149.1.8 CE («con respeto») la determinación de las fuentes de dicho funcionamiento

De este modo, es innegable que el ámbito de la competencia del Estado sobre la «legislación civil» no posee ninguna limitación por razón de la materia. Y ello con independencia de cuál sea posteriormente su ámbito de aplicación en el espacio dentro del territorio español en atención a la coexistencia en el mismo de otros Ordenamientos civiles. Pero también es obligado admitir, en contrapartida, que el ámbito del Derecho civil, foral o especial existente en una Comunidad Autónoma tampoco se halla limitado materialmente por la Constitución más allá de la reserva competencial en favor del Estado del inciso «En todo caso...», ámbito material que comprende (también «en todo caso» cabría decir, pues la reserva competencial operada aquí en favor de las Comunidades Autónomas) aquellas normas que constituyen las fuentes del Ordenamiento civil, foral o especial.

Quinto.—En suma, la competencia de la Comunidad Autónoma respecto a su Derecho civil propio viene definida en la Constitución precisamente por la posibilidad de su «desarrollo». Y si ninguna otra limitación de este ámbito material de los Derechos civiles, forales o especiales se desprende expresamente del tenor del artículo 149.1.8 CE o de los Estatutos de Autonomía, no parece justificado, a mi parecer, ampararse en la idea de una «garantía de la singularidad civil» para reducir el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas en esta materia.

F. C. D

II. Resoluciones de la Dirección General

Por ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES
y ALVARO JOSÉ MARTÍN MARTÍN

PARA LA CANCELACION DE UNA INSCRIPCION DE HIPOTECA NO ES SUFICIENTE EL CONSENTIMIENTO CANCELATORIO DEL ARTICULO 82, PARRAFO PRIMERO, DE LA LEY HIPOTECARIA, SIENDO NECESARIO PRECISAR LA CAUSA POR LA QUE EL TITULAR REGISTRAL PRESTA ESE CONSENTIMIENTO. LA MANIFESTACION DE QUE «LA FINCA QUEDA LIBERADA DE TODA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA HIPOTECA» HAY QUE INTERPRETARLA COMO UNA RENUNCIA A LA MISMA. (RESOLUCIÓN DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1992, BOE DE 17 DICIEMBRE DE 1992.)

Hechos —I. El día 10 de abril de 1991, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Valencia don Manuel Angel Rueda Pérez, Caja Rural de Valencia, Cooperativa de Crédito Valenciana, canceló parcialmente una hipoteca, de conformidad con el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, respecto de la finca que se describe en la escritura citada, a la que liberó de toda responsabilidad derivada de la hipoteca. En el Dispone se establece literalmente que con objeto de facilitar el tráfico jurídico normal de la parte prestataria y de conformidad con el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, cancela la hipoteca constituida en favor de Caja Rural de Valencia en la escritura antes referenciada en el exponendo A), única y exclusivamente en cuanto dicha hipoteca afecta a la finca que se ha descrito en el exponendo B), a la que libera de toda responsabilidad derivada de la hipoteca, consintiendo la práctica del oportuno asiento en el Registro de la Propiedad. En lo demás, queda inalterada, sin modificación alguna, la repetida escritura de constitución de hipoteca y prenda, autorizada el 30 de noviembre de 1982 por el Notario de Valencia don Rafael Azpitarte Camy

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Albaida, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendido el asiento de cancelación solicitado en el precedente documento por el defecto subsanable consistente en la inexpressión de la causa o razón jurídica que justifique la cancelación pretendida, de constatación preceptiva en los documentos cancelatorios, según los artículos 193.2, 188 y 173 del Reglamento Hipotecario, en concordancia con los artículos 79.2, 80.2 y 18 de la Ley Hipotecaria y la inscripción causalista que preside el sistema de Derecho privado español. No

practicada anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado. Al-baida, 20 de junio de 1991.—El Registrador.—Firma ilegible.

III El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó. Que el problema planteado en el recurso se centra exclusivamente en la necesidad o no de expresar en la escritura y en el asiento registral «la causa o razón jurídica de que justifique la cancelación pretendida (en este caso parcial) de una hipoteca cuando no se manifiesta que haya pago de la deuda garantizada». Que en el caso de cancelación de hipoteca es de plena aplicación la presunción general de existencia y licitud de la causa del artículo 1.277 del Código Civil. Que hay que tener en cuenta la naturaleza estrictamente registral de la hipoteca, ya que siendo constitutiva la inscripción sólo nace a la vida cuando se inscribe y sólo se extingue cuando se cancela. Que el precepto aplicable es el artículo 82.1, que no exige para practicar el asiento de cancelación más que la declaración de voluntad del titular del derecho el negocio jurídico unilateral que determina la extinción sustantiva del derecho real. Que no es argumento en contra lo establecido en los artículos 188 y 193.2 del Reglamento Hipotecario, pues aparte de que no pueden contradecir la Ley, en ambos artículos se habla de la causa o razón «de la cancelación», es decir, del asiento registral, que nada tiene que ver con la causa del negocio jurídico cancelatorio. Se trata de una causa en sentido formal, no material. Que el Registrador no cita el artículo 103 de la Ley Hipotecaria, verdadero tronco del que proceden los artículos citados anteriormente, que al enumerar las circunstancias del asiento de cancelación, en su apartado segundo, se cita «la razón determinante de la extinción del derecho inscrito» en los casos del artículo 82.2, pero no en los del 82.1, porque la única razón es la voluntad del titular, requisito que ya está citado en el artículo 103, párrafo 1.º, circunstancia 3.ª En este sentido hay que citar la Resolución de 22 de agosto de 1978, de la que se deduce que el único contenido necesario y suficiente de la escritura es la «voluntad del titular de derecho ya extinguido». Esto lo confirman dos preceptos que cita el Registrador en apoyo de su tesis 79 2 de la Ley Hipotecaria y 173 del Reglamento Hipotecario, que se refieren a la «extinción del derecho» entre los casos de cancelación, que se canaliza por el vehículo de los artículos 82.1 de la Ley Hipotecaria y 174 del Reglamento, y de este último resulta que el título cancelatorio en el supuesto del artículo 82.1 es una «nueva escritura» de la que resulte la voluntad del interesado de extinguir el derecho. Que esta idea de tránsito a otra igualmente valiosa que desde el punto de vista estrictamente formal no se puede negar valor a lo que los autores han denominado «la renuncia a la protección registral», partiendo del artículo 4.º del Código Civil, se admite también la publicación de la renuncia a un derecho de carácter formal, como es el de la titularidad registral, al menos en la titularidad de derecho como cosa ajena. La renuncia a la protección registral está expresamente regulada en el caso de anotaciones preventivas en los artículos 206 12 y 208 del Reglamento Hipotecario, distinguiendo el primero con nitidez entre la renuncia al derecho inscrito (consentimiento material) y la renuncia al asiento, es decir, a la protección formal del registro (consentimiento formal). Que la renuncia formal o registral adquiere especial relevancia en el caso de la hipoteca al ser un derecho de constitución registral, pues al practicarse el asiento de cancelación no juega la presunción de extinción del derecho del artículo 97 de la Ley Hipotecaria, sino que el derecho real de hipoteca efectivamente se extingue, pero ello no le añade ni suprime ningún requisito en relación con los restantes derechos reales; al contrario, la decla-

ración de voluntad del acreedor dirigida a renunciar al derecho que ostenta es suficiente (art 82 LH) para producir la mutación registral y el asiento de cancelación, sin que tenga que consignarse en el documento público ni en el asiento cuál es la causa gratuita u onerosa de esta renuncia, y todo ello con total independencia de las vicisitudes que pueda sufrir el crédito hasta ahora garantizado con la hipoteca, ya que el Derecho Real de Hipoteca sigue siendo un accesorio de crédito, según la Resolución de 24 de abril de 1991. Que la escritura calificada contiene todos los requisitos necesarios para su inscripción: 1) La expresión del consentimiento material, 2) La expresión del consentimiento formal, y 3) La expresión del motivo

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó. Que la nota de calificación se funda en los siguientes argumentos: I En que es preceptivo, según la normativa hipotecaria vigente, la expresión de la causa o razón jurídica que se funde en la cancelación, tanto: A) en el propio asiento de cancelación, B) como en las certificaciones literales o en las que expresamente se solicite la constancia de este extremo, y para que pueda cumplimentarse esta exigencia es ineludiblemente necesario que C) el título cancelatorio exprese tal circunstancia, pues el Registrador no puede inventársela. Que lo anterior está fundado en dos grupos de preceptos: A) Preceptos reglamentarios a) que exigen la constatación en el asiento cancelatorio de la causa de cancelación: artículos 193.2 y 188 del Reglamento Hipotecario. En virtud de lo expuesto, también es obligatoria la mención de la causa de cancelación en las certificaciones registrales que se expidan sobre asientos cancelatorios, pues así lo exige el artículo 232 del citado Reglamento. b) Que exigen no sólo la expresión de la causa en el título cancelatorio, sino su prueba plena o acreditación total, no siendo suficiente la mera alegación de hecho o negocio extintivo: artículos 173 y 174 del Reglamento Hipotecario B) Preceptos contenidos en la Ley Hipotecaria artículos 1, 2, 79.2 y 80.2 de la Ley Hipotecaria. Que, en definitiva, en materia de cancelación no rige el llamado principio de consentimiento formal, sino la regla general de que en nuestro Registro se asientan títulos para practicar una cancelación se toma razón del título que acredita la extinción del derecho 2 La inexpressión de la causa imposibilita la calificación registral de la validez del acto dispositivo o hecho extintivo en que se funda la cancelación, y con ello el control sobre la validez de la misma. Que teniendo en cuenta el carácter de garantía y accesoriedad que posee el derecho de hipoteca respecto de una obligación es necesario distinguir a) Causas de extinción de la hipoteca por extinguirse la obligación. Hay que señalar que ciertas modalidades de extinción las sanciona el Código Civil con nulidad; por ejemplo, en los artículos 1.165, 1.200, 1.196, 1.204, 1.209 y 1.192. Que en estos casos y otros, la extinción de la obligación garantizada es nula y, por lo tanto, también la pretendida extinción de la hipoteca, y por ello absolutamente improcedente el asiento de cancelación que debe ser rechazado por el funcionario calificador. El control de aplicación de dichas normas deviene imposible en los títulos abstractos, b) Causas de extinción autónomas de la garantía: La inexpressión causal imposibilita aplicar las normas sustantivas de carácter limitativo en materia de renuncia de derechos. En base al artículo 6.2 del Código Civil y la aplicación analógica del artículo 107.1 de la Ley Hipotecaria, la renuncia voluntaria del titular de la hipoteca gravada es ineficaz respecto de terceros perjudicados, por lo que debe denegarse su cancelación, sin el consentimiento de dichos terceros perjudicados. Pues bien, la formulación abstracta del título cancelatorio, de tal manera que no se sabe si cancela por

renuncia u otra causa, impide la aplicación por el Registrador de esta normativa limitativa de los actos de renuncia en perjuicio de terceros; c) La inexpressión de la causa de los títulos cancelatorios imposibilita la aplicación por el Registrador de ciertos preceptos reglamentarios, establecidos en función de la tipología de ciertas causas de extinción, y que en función de éstas se prevén efectos especiales. En este sentido se citan los artículos 178.2 y 180 del Reglamento Hipotecario, y d) La inexpressión de la causa imposibilita incluso, en algunos casos, la calificación registral de los aspectos de legitimación y capacidad del consentimiento cancelatorio. 3. La solicitud de cancelación no es un negocio jurídico. El llamado negocio cancelatorio no es más que una solicitud o rogación para recabar una actuación concreta del Registrador, la cancelación del asiento, que está reglamentada en sus requisitos formales y materiales: artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 178 del Reglamento Hipotecario. Que la configuración del título cancelatorio como negocio jurídico regido por el Derecho privado carece de respaldo normativo en nuestro Ordenamiento, pues tiene un objeto nulo: asientos de los Registros Públicos (art. 1 271 CC), el pretendido negocio cancelatorio sólo puede producir, en efecto, la cancelación de la inscripción, y este efecto no admite que se sujete a condición o término ni se modalice el alcance de sus efectos a voluntad del titular registral. De ello se deduce la innegociabilidad de los asientos registrales, que constituyen entidades en sí mismas instrumentales de los derechos privados cuyas vicisitudes siguen. Se inscribe porque se ha transmitido o creado un derecho real, se cancela porque se ha extinguido. No cabe la negociación autónoma de los asientos. La pretensión de aplicar en nuestro país el principio de consentimiento formal supone un incorrecto traslado de sistema alemán que no encuentra acomodo en un Ordenamiento causalista como es el nuestro. 4. El carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca no es argumento a favor del título cancelatorio y abstracto: 1.º Porque no hay ninguna conexión entre inscripción constitutiva y cancelación abstracta, y 2.º Porque partiendo de un sistema abstracto de cancelación se llegaría a resultados totalmente absurdos. 5. Los títulos cancelatorios abstractos posibilitan la discordancia entre el Registro y la realidad jurídica. Que admitir la cancelación sin expresión de la causa de extinción del derecho implicaría dar al titular registral la plena disponibilidad directa del asiento, sin que el funcionario calificador pudiera constatar la disposición en el mismo con la preexistencia de causas válidas según el derecho sustantivo que la justifique, pudiendo dar lugar a una discordancia posterior. 6. El artículo 97 de la Ley Hipotecaria también es aplicable a la cancelación de las hipotecas. Que el precepto se basa en el principio de legitimación en su vertiente negativa, pronunciación *iuris tantum* de extinción del derecho. 7. El argumento del Notario recurrente a favor de título cancelatorio abstracto basado en la literalidad del artículo 82 de la Ley Hipotecaria no es válido. 1.º Porque la interpretación de los preceptos, según jurisprudencia constante no debe ser nunca aislada, sino teniendo en cuenta el contexto normativo (art. 3.º CC). 2.º Porque los presupuestos o elementos de fondo del consentimiento a que se refiere el citado precepto los establece el artículo 79 de la Ley Hipotecaria en concordancia con el sistema instaurado por los artículos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria, y 3.º Que el Registrador no se equivoca cuando en la nota de calificación alega el artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria, pues el precepto aludido no ha sido nunca citado, sino el 80.2 de la misma Ley. 8. Los argumentos del recurrente en torno al artículo 103 de la Ley Hipotecaria no se sostiene por los siguientes argumentos: a) La escritura al contener un

consentimiento cancelatorio puramente abstracto no puede desprenderse en cuál de los supuestos de hecho del artículo 79 de la Ley Hipotecaria se funda la presente cancelación, ni tampoco si constituye uno de los casos previstos por el párrafo 1.º ó 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria a efectos de aplicar o no el párrafo sexto del artículo 103 de dicha Ley; b) No debe considerarse ilegal el Reglamento Hipotecario en cuanto al artículo 193 en relación con el 103 de la Ley por cuanto que están en plena concordancia por cuanto el artículo reglamentario es una interpretación auténtica de la Ley, y c) Que el artículo 103 citado presupone un sistema causalista cuando en el número 4 exige que se exprese la cancelación. 9. El artículo 1 277 del Código Civil no es aplicable en esta materia: 1.º Porque el destinatario de este precepto es el Juez y no el Registrador. 2.º Se trata de un precepto de alcance personal. 3.º Se trata de una presunción de carácter procesal y mero alcance *iuris tantum*. 4.º Dicho precepto responde a la orientación espiritualista o aformalista que sigue el Código Civil en materia de contratación, que se cumplía si se exigiera la expresión formal de la causa. 5.º Que se crearía confusión al trasladar al ámbito hipotecario la aplicación del artículo 1 277 del Código Civil. 10. La resolución que cita el recurrente en apoyo de su tesis, de 22 de agosto de 1978, no apoya la tesis a favor de las cancelaciones abstractas, sino todo lo contrario. 11 Debe rechazarse la alegación del recurrente a favor de la renunciabilidad de la protección registral: 1.º Es nula de pleno derecho en virtud del artículo 6.º del Código Civil; 2.º Es improcedente la mención de los artículos 206.12 y 208 del Reglamento Hipotecario, y 3.º No puede sostenerse que la titularidad registral sea un derecho de carácter formal ni siquiera en los derechos sobre cosa ajena. 12. No es correcta la alegación del recurrente que ha cumplimentado en la escritura calificada los requisitos necesarios para su inscripción. 13 Los títulos cancelatorios abstractos imposibilitan la aplicación del artículo 254 de la Ley Hipotecaria y facilitan la elusión fiscal de los conceptos impositivos derivados de la extinción del derecho inscrito.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana revocó la nota del Registrador en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, siendo suficiente el consentimiento meramente formal para la cancelación. Este consentimiento es un acto unilateral y constituye un negocio de disposición que requiere la adecuada capacidad y no necesita expresión de causa o razón jurídica.

VI. El Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió. Que el consentimiento cancelatorio del artículo 82 de la Ley Hipotecaria es requisito necesario pero no suficiente para integrar un título hábil para cancelar. A esta conclusión se llega si se procede a interpretar el precepto conforme a los criterios del artículo 3 del Código Civil, en particular con el contexto normativo en que está insertado en la Ley Hipotecaria, artículos 1, 2, 18, 79, 80 y 97 de la Ley Hipotecaria, 173.1 y 174, apartados 2 y 3, y 193.2 del Reglamento Hipotecario, lo que conduce: a) El título cancelatorio es un documento completo integrado, necesariamente al menos, por dos elementos: el título extintivo del derecho junto con la autorización del titular de que se cancele su asiento, b) Que el consentimiento del artículo 82 no es requisito suficiente para integrar un título cancelatorio inscribible en virtud de lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 79 de la Ley Hipotecaria y 173.1 del Reglamento, y c) Que la presentación y acreditación del título extintivo del derecho en el Registro por sí solo tampoco es requisito suficiente para completar el título cancelatorio, por lo que exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Como

se deduce de los artículos 174.3 del Reglamento; 1.3, 6.3 y 20 de la Ley Hipotecaria, y 24 de la Constitución española y del principio de interdicción de la indefensión contenido en el mismo precepto constitucional, en los que se enmarca el consentimiento del citado artículo 82, no se trata de un consentimiento negocial, sino de una garantía procesal o procedimental y participa de la naturaleza del concepto de «autorización» y cuyo destinatario es un funcionario público: el Registrador. El sistema cancelatorio español descansa en dos principios. 1.º Sólo se puede cancelar cuando se ha extinguido el derecho inscrito (arts. 79 LH y 173.1 del Reglamento). 2.º Extinguido extrarregistralmente un derecho inscrito, se debe cancelar (por imperativo del art. 79 de la Ley). Este mecanismo impide la aplicabilidad en nuestros Registros del consentimiento abstracto. Que la causa del artículo 1.277 del Código Civil y la del artículo 193.2 del Reglamento son conceptos radicalmente distintos. Que la expresión «causa» del artículo 193, número 2, del Reglamento debe conectarse con el artículo 173.1 del citado texto legal, en el sentido de que la causa la constituyen los «títulos o documentos que acrediten la extinción del derecho» y que son variables en cada caso concreto de cancelación.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 6.º, 609, 1.261, 1.275, 1.277 y 1.284 del Código Civil; 2.º, 6.º, 18, 20, 76, 79, 80, 82, 97 y 103 de la Ley Hipotecaria; 173, 174, 178, 188, 190, 192, 193, 206, 208 y 240 del Reglamento Hipotecario; Sentencia de 14 de enero de 1935; Resoluciones de 31 de junio de 1928, 22 de agosto de 1978, 25 de septiembre de 1990 y 21 de enero de 1991.

1. El Registrador suspende el asiento de cancelación solicitado porque aunque consta el consentimiento para la cancelación otorgado por el titular registral, no consta, según él, la causa o razón jurídica que justifique la cancelación pretendida. El Notario autorizante de la escritura impugna esta calificación porque, a su entender, el párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria «no exige para practicar el asiento de cancelación más que la prestación del consentimiento para la cancelación de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción», si bien también invoca que en la escritura se hace constar un negocio jurídico unilateral que determina la extinción sustantiva del derecho real inscrito (una hipoteca).

2. Discute la doctrina y se cuestiona en este recurso si lo que quiere expresar el párrafo 1 del artículo 82 de la Ley Hipotecaria es que el asiento de cancelación es procedente por el solo consentimiento formal del titular registral y sin necesidad de precisar la causa por la que el titular registral presta este consentimiento.

3. El párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria no puede ser interpretado aisladamente, sino en congruencia con el conjunto del Ordenamiento, y de él resulta que la admisión del puro consentimiento formal como título bastante para la cancelación no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, las cuales responden a su vez a nuestro sistema civil causalista. Ha de advertirse, en primer lugar, que no hay razón suficiente para hacer, en el sistema general, una excepción cuando de lo que se trata es de reflejar en el Registro, por vía de asiento de cancelación, la extinción o la reducción de un derecho real inscrito (cfr. arts. 79 y 80 LH), pues en estos casos el asiento de cancelación, aunque con forma propia, tiene naturaleza genérica y los efectos de las inscripciones. Son objeto de inscripción, en sentido genérico, los títulos por los que se produce cualquier vicisitud en el dominio o en los derechos reales y, entre ellos, los títulos por los que los dere-

chos reales se modifiquen o *extingan* (cfr. art. 2.º LH), aunque el modo formal de reflejar registralmente la procedente inscripción de extinción o reducción sea precisamente por vía de cancelación total o parcial del derecho inscrito (cfr. arts. 79 y 80 LH). También rigen respecto de los asientos de cancelación los principios registrales que rigen en materia de inscripciones: de rogación, legalidad (cfr. arts. 19 y 99 LH), prioridad, tracto sucesivo, etc. Para la presunción de que se concreta la fuerza legitimadora del Registro hay que tener en cuenta todos los asientos, también las cancelaciones. «Cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere» (art. 97 LH) y, por tanto, si el asiento se refería a la constitución de un derecho real, producida la cancelación, el dominio se presume libre (cfr. arts. 38.1 LH). El asiento de cancelación también sirve, en favor del tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para medir la amplitud de facultades del que aparece como titular en el Registro (cfr. arts. 76 y 144 LH) y constituye igualmente la cancelación del asiento por sí suficiente para que quien por él se beneficie pueda, conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, invocar, en su caso, que ha quedado inscrito debidamente el acto a título oneroso —por ejemplo, redención de servidumbres, pago del crédito hipotecario— del que resulta que el titular registral ha adquirido un derecho (el que impone la planificación del dominio al ser liberado de la carga). Esta igualdad de naturaleza y efectos entre la inscripción y las cancelaciones que tienen por fin consignar en el Registro la extinción de un derecho real exige que, en general —y a salvo la preferente aplicación de las reglas especiales sobre cancelación—, sea aplicable a estas cancelaciones las reglas de las inscripciones.

4 Es doctrina de este Centro Directivo que para que pueda registrarse cualquier acto traslativo se requiere la expresión de la naturaleza del título causal, tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser la causa presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda, en primer lugar, cumplir con la función calificadora en su natural extensión y, después, practicar debidamente los asientos que procedan. Esta misma doctrina ha de regir cuando, por consistir en la vicisitud jurídico-real en la extinción o en la reducción de un derecho real inscrito, el asiento que proceda practicar sea un asiento de cancelación total o parcial (cfr. arts. 79 y 80 LH), no ya sólo por exigirlo su naturaleza genérica de inscripción, sino también porque resulta impuesto por las normas específicas sobre cancelaciones: en aplicación del principio de determinación registral se exige, entre las circunstancias del asiento de cancelación, la expresión de la «causa o razón de la cancelación» (cfr. art. 193 2.º RH). La expresión de la causa de cancelación es presupuesto obligado para la calificación registral, pues, obviamente, no son los mismos los requisitos que se exigen, por ejemplo, para la extinción de un derecho real limitado por redención, para la extinción por pago si del crédito hipotecario se trata o para la extinción por donación (o condonación), no son las mismas la capacidad o las autorizaciones exigidas para un acto de extinción que implique una enajenación a título gratuito o para una renuncia (cfr. arts. 99 LH y 178.1 RH), que para el que implique una enajenación a título oneroso (cfr., por ejemplo, arts. 166 y 271 CC). Y también de la causa o razón de la cancelación dependerá que sean unos u otros los asientos procedentes (cfr., por ejemplo, art. 240 RH).

5 En esta interpretación —la única que permite la congruencia sistemática— no carece de sentido el texto del párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Su finalidad no es la de introducir un disonante y excepcional

consentimiento formal, sino otra mucho más modesta que resulta de su contexto. Se trata con este artículo y con los que le siguen de señalar en qué casos —los más frecuentes— rige la doctrina general sobre nuevas inscripciones en relación con un dominio o derecho real ya inscrito (se necesita título otorgado por el titular registral o sus causahabientes o sentencia en juicio ordinario seguido contra ellos; cfr. arts. 1.º III, 20.I, 40, 82.I y 85.I y II LH, y 105 y 213 RH), en qué casos ni siquiera se exige un título especial (cfr. arts. 82 II y concordantes LH) y en qué casos, por el contrario y aunque el titular registral esté de acuerdo en la cancelación, no basta para conseguirla un título simplemente otorgado por él (cfr. arts. 83 y 85.I LH).

Entender, en cambio, que es posible la cancelación en virtud de un mero consentimiento formal equivaldría a admitir la desinscripción al arbitrio del titular del derecho que el asiento publica, siendo que no sólo a él interesa la inscripción, que pudo, por eso, haber sido solicitada y costeada por persona distinta (cfr. art. 6.º LH); de poder ser cancelada así la inscripción de la última adquisición del dominio o de un derecho real, habría cuestión sobre si la inscripción precedente, que formalmente pasaría a ser la última, habría recobrado su plena eficacia a pesar de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley Hipotecaria; y sí, por tanto, proclamaría a todos los efectos —también a los efectos que perjudican— que el titular del dominio o del derecho real transmitido (un derecho de censo, un crédito hipotecario, etc.) es el anterior titular, a pesar de que con él no se hubiera contado para la cancelación y para la consiguiente reviviscencia de efectos del asiento precedente.

6. Ahora bien, si ciertamente no puede aceptarse que para la cancelación baste el mero consentimiento formal del titular registral —y en esto habría de ser confirmada la nota y revocado el auto apelado—, debe observarse que en la escritura no se da un mero consentimiento abstracto para cancelar, sino que en ella y en nombre del acreedor hipotecario se dispone unilateralmente que la finca quede liberada «de toda responsabilidad derivada de la hipoteca». Hay que interpretar que estamos ante la abdicación por el titular registral del derecho real de hipoteca, es decir, ante una renuncia de derechos, acto que por sí tiene eficacia sustantiva suficiente, conforme al artículo 6.º 2 del Código Civil, para, por su naturaleza, producir la extinción y, consiguientemente, para dar causa a la cancelación conforme a lo dispuesto en los artículos 2.º 2 y 79 de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso del Registrador Madrid, 2 de noviembre de 1992.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*

Comentario —El artículo 179 del Reglamento Hipotecario establece que «aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el párrafo primero del artículo 82 de la Ley o, en su defecto, en virtud de ejecutoria».

Este artículo plantea dos cuestiones fundamentales en materia de cancelación de las hipotecas voluntarias, que son. a) Si el consentimiento del acreedor hipotecario debe ser un *consentimiento material*, es decir, dirigido a producir una mutación jurídico-real (ej., la extinción del derecho de hipoteca) o un *consentimiento formal* encaminado directa y exclusivamente a producir como resultado una modificación registral (ej., asiento de cancelación), con indepen-

dencia de si se corresponde o no con una modificación efectiva de la realidad jurídica, es decir, una manifestación del consentimiento cancelatorio del artículo 82.1 de la Ley Hipotecaria tal como este artículo ha sido tradicionalmente interpretado. En otras palabras, cuál de estos consentimientos es condición *sine qua non* para practicar el asiento de cancelación, y b) Si ha de expresarse *la causa* generadora de la declaración unilateral de voluntad en que se traduce ese consentimiento y que es la sustancia de la resolución que comentamos.

La naturaleza causal del negocio cancelatorio ha sido discutida por algunos autores (JERÓNIMO GONZÁLEZ, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, CAMY SANCHEZ-CAÑETE y numerosos Registradores en la práctica registral diaria) fundándose en la propia dicción del artículo que no exige la expresión de la causa ni que se acredite la extinción de la hipoteca, sino que se limita a exigir siempre el consentimiento del titular registral (incluso si se probase el pago o dicho titular lo confesase); en el principio de salvaguardia de los asientos por los Tribunales del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, que sólo puede ser suprido por el consentimiento del titular registral, y en la configuración de ese consentimiento como un *consentimiento formal* de tipo germánico, abstracto y, por tanto, suficiente por sí solo para obtener la cancelación registral, sin necesidad de apoyarse en ningún acuerdo, acto o título de derecho material, configuración que a su vez tiene su fundamento en las razones anteriores y en que el artículo 179 del Reglamento Hipotecario habla de «consentimiento para la cancelación», no para la extinción de la hipoteca; y en nuestro Derecho inmobiliario registral la «cancelación» tiene un significado preciso y concreto referido a obtener la extinción de un asiento registral.

Pero la generalidad de los autores considera, partiendo del carácter causal de nuestro sistema registral, que el consentimiento para la cancelación es también causal, es decir, que no puede producir los efectos que le son propios sin justa causa. Dentro de esta postura causal existen, sin embargo, dos opiniones diferenciadas en torno a la necesidad o no de expresión de la causa.

Así, autores como ROCA SASTRE, DIEZ-PICAZO, LACRUZ BERDEJO, CHICO ORTIZ y BONILLA entienden que la causa, aunque necesaria, no es preciso que se exprese en la declaración de voluntad y puede presumirse dado que, según el artículo 1.277 del Código Civil, aunque la causa no se exprese en el contrato se presume que existe y que es lícita. Además, el artículo 103 de la Ley Hipotecaria dispone que cuando la cancelación se practique en el caso del párrafo segundo del artículo 82 de expresará la razón determinante de la extinción del derecho inscrito o anotado, de lo que deducen estos autores que cuando la cancelación se practique en el caso del párrafo primero, que son los más frecuentes, no es necesario dicha expresión.

Otros autores, por el contrario, se muestran partidarios no sólo de la existencia de la causa, sino también de su expresión en el negocio cancelatorio. Entre los mismos cabe citar a AMORÓS GUARDIOLA, LA RICA, VAZQUEZ CAMPOS, SANZ FERNÁNDEZ, ZUMALACÁRREGUI, TIRSO CARRETERO, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS y GARCÍA GARCÍA, los cuales fundan su tesis en diversos argumentos, que, refundidos, son los siguientes:

1. El artículo 82.1 de la Ley Hipotecaria se limita a exigir el consentimiento del acreedor hipotecario, sin regular los requisitos del mismo, para cuya determinación ha de ponerse en relación con. A) El artículo 2.2 de la misma, que señala que lo que se inscribe es el título por el que se extingue la hipoteca, es decir, el mecanismo idóneo para producir esa concreta modificación jurí-

dico-real, por lo que mientras el título no se haya producido no es posible practicar la inscripción (en este caso cancelación), B) Con los artículos 79 y 80 de la Ley Hipotecaria que determinan cuáles son las causas de cancelación de las inscripciones (ej., extinción del derecho inscrito), y C) Con los artículos 173.1 y 174.2 del Reglamento Hipotecario que establecen la necesidad de presentar los títulos que acrediten la extinción del derecho inscrito; de lo que se desprende la exigencia de que el título exprese la causa determinante de la cancelación en los términos que resultan de los mismos

2. El artículo 193.2 del Reglamento Hipotecario que exige la expresión en todo asiento de cancelación, entre otras circunstancias, de la *causa o razón de la cancelación*, y si ha de expresarse en el asiento deberá figurar en el título. Esta causa en sentido literal podría entenderse que es el propio negocio cancelatorio (causa de cancelación del asiento), pero relacionada con los artículos del punto anterior debe concluirse que ha de expresarse también la causa extintiva del derecho de hipoteca inscrito (pago, condonación de la deuda, renuncia a la garantía, compensación, confusión, convenio, etc.), pues sólo es posible aquella cancelación que responda a una real extinción del derecho inscrito.

3. El artículo 103 de la Ley Hipotecaria antes visto, que exige la expresión de la causa cuando la cancelación se practique por el procedimiento del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria: « cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción . », pues en realidad todo derecho real se extingue por declaración de la Ley, en el sentido de que es la Ley la que liga a un determinado supuesto de hecho una determinada consecuencia jurídica, y, así, es la Ley la que regula las causas de extinción de las hipotecas, ya sean éstas propias, genéricas o de las obligaciones que garantizan

Este tercer argumento llevado hasta sus últimas consecuencias excluiría la necesidad del consentimiento del titular registral para las cancelaciones en general (excepto para las hipótesis de renuncia y convenio extintivo), bastando la prueba de la extinción del derecho y su causa, pero no es aplicable a aquellos tipos de cancelación que, como el de las hipotecas (art. 179 RH), tienen una norma concreta que lo exige, aparte de que lo forzado de su argumentación choca frontalmente con la intención clara del legislador, que en el artículo 82.1 de la Ley Hipotecaria recoge la regla general en materia de cancelación y en el artículo 82.2 la excepción. No deja, sin embargo, de haber autores (p.ej., TOMÁS ZUMALACÁRREGUI) que reclaman para todos los casos de cancelación de hipotecas, excepto los citados en este mismo párrafo que sólo dependen de la voluntad de las partes, la supresión del consentimiento, por exigirle así una mejor adaptación del Registro a la realidad extrarregistral y la seguridad del tráfico jurídico, pues no debe olvidarse que, según el artículo 97 de la Ley Hipotecaria, «cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera»

4. Los artículos 76 y 144 de la Ley Hipotecaria, que al establecer que «las inscripciones no se extinguen, en cuanto a tercero, sino por su cancelación...», y que «todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago..., no surtirá efecto contra tercero como no se haga constar en el Registro por medio de...», parece responder a un criterio antiformalista y permite suponer que la cancelación debe servir ante todo para hacer oponible a tercero la extinción del

derecho que se cancela, extinción que presupone ha tenido ya lugar en la realidad extrarregistral (TIRSO CARRETERO).

5. El principio de especialidad o determinación, que exige que estén perfectamente delimitados en todos sus caracteres los negocios inscribibles, siendo la causa uno de ellos (art 1 261 CC) y el principio de calificación (arts. 18 y 99 LH) que impone la expresión de la causa para poder apreciar la validez, la susceptibilidad de inscripción y los requisitos de dichos negocios.

Del análisis conjunto del artículo 179 del Reglamento Hipotecario y de los cinco argumentos antes expuestos, el tercero sólo en su sentido de exigencia de causa, se deduce que en la situación actual de nuestro Derecho para la cancelación de las hipotecas no es suficiente ni el título que meramente acredite la extinción del crédito personal u otra causa de extinción de la hipoteca (causa de la extinción del derecho), ni el que sólo contenga el consentimiento del acreedor hipotecario, sino que únicamente es admisible aquel que recoja ambos factores

La DGRN no había tenido hasta ahora oportunidad de ocuparse de este discutido tema, y así la Resolución de 22 de agosto de 1978, alegada por el Notario en favor de la tesis del negocio cancelatorio abstracto, se limita a afirmar que es suficiente para la cancelación la declaración de voluntad cancelatoria junto con la expresión de la causa, sin pronunciarse sobre si la misma es posible si la causa no se expresa.

La resolución que comentamos por fin aborda esta cuestión y se inclina abiertamente, en base prácticamente a los argumentos ya expuestos, *por la solución causalista*. Así, dice: «El párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria no puede ser interpretado aisladamente, sino en congruencia con el conjunto del Ordenamiento, y de él resulta que la admisión del puro consentimiento formal como título para la cancelación no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, las cuales responden a su vez a nuestro sistema civil causalista», y añade, citando a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que «entender que es posible la cancelación en virtud de un mero consentimiento formal equivaldría a admitir la desinscripción al arbitrio de titular del derecho que el asiento publica, siendo que no sólo a él interesa la inscripción, que pudo, por eso, haber sido solicitada y costeada por persona distinta (cfr art 6 LH)»

Hasta aquí la resolución es irreprochable, pero no lo es tanto cuando afirma que la declaración del acreedor hipotecario de que «la finca quede liberada de toda responsabilidad derivada de la hipoteca» ha de ser interpretada como suficientemente expresiva de una causa: *la renuncia al derecho real de hipoteca*, porque parece más bien una manifestación del consentimiento material cancelatorio al que luego nos referiremos, como lo prueba el hecho de fundar el Notario su recurso en la suficiencia del mero consentimiento cancelatorio, y porque de admitirse como manifestación de causa expresiones tan vagas, aparte de dificultarse la labor calificadora, se estaría en el fondo negando este requisito.

No cabe duda que la renuncia abdicativa del derecho de hipoteca que conste en escritura pública (válida según el art 6, párrafo segundo, CC) entra dentro de los actos inscribibles recogidos en el número segundo del artículo 2 de la Ley Hipotecaria en cuanto declaración jurídica de la voluntad unilateral y no recepticia, suficiente por sí sola, sin necesidad de aceptación por el beneficiado para producir en la realidad jurídica extrarregistral la extinción de un derecho real. Ahora bien, la renuncia abdicativa para ser inscribible, aparte

de cumplir los requisitos formales, de capacidad, etc., que le sean aplicables, debe ser expresa, pues en nuestro Registro no se inscriben declaraciones implícitas de voluntad, sino actos explícitos. Esto no quiere decir que deba usarse necesariamente la expresión «renuncia a la hipoteca», pero sí que no debe existir la menor duda acerca de la voluntad de declarante, dado que según cuál sea ésta los requisitos a exigir pueden ser distintos (ej. si en vez de ser renuncia al derecho de hipoteca es condonación de la deuda, debe exigirse la aceptación del deudor por la remisión que el art. 1.187 CC hace a las normas de las donaciones, etc.)

En el supuesto concreto de la resolución comentada falta el requisito del carácter expreso de la renuncia, sin que pueda, a nuestro juicio, entenderse cumplido con la declaración de que «la finca quede liberada de toda responsabilidad derivada de la hipoteca», por lo que al faltar la expresión de la causa de extinción del derecho debió rechazarse la cancelación. Puede ser que la escritura de cancelación contuviera otras manifestaciones que, solas o interpretadas conjuntamente, llevaran a admitir la tesis de la renuncia del acreedor hipotecario; pero si ello es así en dichas manifestaciones es en las que se debió apoyar la resolución y no exclusivamente en la antes citada.

En este sentido, debo decir que en mi experiencia profesional me he encontrado en ocasiones con cláusulas iguales o similares a la siguiente: «otorga carta de pago cuanto se le adeuda, da por extinguido el derecho real de hipoteca y consiente expresamente que en el Registro se cancelen las inscripciones que hubiere producido, con el fin de que la finca quede libre y exenta de responsabilidad hipotecaria», y de admitirse sin más la postura de la resolución, tendríamos dos causas de la extinción del derecho en este caso: el pago y la renuncia a la garantía, lo que pone de relieve lo discutible de la afirmación de fundamento sexto de la resolución.

Por último y sin extendernos, por no ser objeto de este recurso, conviene analizar el primero de los problemas planteados al inicio de este comentario, esto es, cuál es el consentimiento exigible para cancelar el material, el formal o ambos. Indudablemente, el ideal sería que la escritura de cancelación contuviera (lo que ocurre en algunas, como las expresadas en el párrafo anterior) una cláusula de carta de pago o de otra forma de extinción del crédito, otra de extinción del derecho real de hipoteca y otra de consentimiento o solicitud del correspondiente asiento de cancelación registral; pero ante lo infrecuente de dicha escritura debe precisarse cuál es en realidad el consentimiento necesario y suficiente para la constancia registral de la extinción de una hipoteca.

La DGRN no se ha pronunciado claramente sobre la cuestión y así, por ejemplo, en Resolución de 28 de junio de 1909, al considerar suficiente para la cancelación la expresión «hallándose reintegrado por completo del capital e intereses, cancela y deja sin efecto la hipoteca que grava la finca, la cual queda libre de toda responsabilidad», se limita a decidir si estos términos implican el consentimiento exigido por la Ley Hipotecaria, sin entrar en distingos entre el consentimiento material y el formal. Y la Resolución de 22 de agosto de 1978 parece, no obstante, inclinarse por el consentimiento formal al afirmar que «con la expresión *cancela la hipoteca* se cumple el objetivo perseguido por el legislador de que en la escritura conste la voluntad de la persona a quien perjudica la cancelación, dirigida a la consecución de ésta», y que «la expresión *cancelación* tiene un significado preciso, referido a obtener la extinción de un asiento registral».

La resolución que comentamos, sin tratar expresamente el problema, pare-

ce en principio estimar también que el consentimiento formal es el exigible al referirse siempre a él como el que debe ir complementado por la causa. Pero en su fundamento quinto afirma que «la finalidad del artículo 82 1 de la Ley Hipotecaria no es la de introducir un consentimiento formal, sino... establecer la necesidad un título otorgado por el titular registral», lo que unido a sus argumentos en pro de la causa permite apreciar que considera también como suficiente un consentimiento material.

La doctrina tampoco es en este punto unánime, y así, siguiendo a TIRSO CARRETERO (*RCDI*, núm. 534, pág. 1103) podemos sintetizar las siguientes posturas: ROCA SASTRE y CHICO ORTIZ se inclinan por el consentimiento formal; SANZ, ZUMALACARREGUI y PEÑA por el material, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA entienden que es suficiente cualquiera de los dos, BONILLA, que en realidad ambos son el mismo consentimiento; TIRSO CARRETERO estima la conveniencia de los dos, pero con prevalencia del material, y por último, otros autores como DIEZ-PICAZO y AMORÓS GUARDIOLA no se plantean la cuestión.

Por mi parte, entiendo, no obstante la dicción literal del artículo 179 del Reglamento y del criterio de las resoluciones antes vistas, que el consentimiento exigible es el material, porque todos los argumentos dados anteriormente en favor de la expresión de la causa nos conducen a él: para cancelar el asiento de hipoteca es necesaria una escritura que acredite la *extinción* de la misma y, además, porque la intención de los particulares cuando acuden al Notario es hacer constar en el Registro de la Propiedad la extinción de la hipoteca, no dar un consentimiento formal para la cancelación registral, y si se pronuncian en tales términos es únicamente por mera fórmula notarial.

Ahora bien, el consentimiento material no es totalmente independiente del formal, sino que (y más en la hipoteca por ser su inscripción constitutiva) ambos guardan estrechas relaciones, de tal manera que el consentimiento formal va engarzado en el material, es decir, en el consentimiento manifestado en los actos extintivos de derechos inscritos; y el formal, si de la escritura no se deduce otra cosa, puede entenderse que también implica el material, pues éste es el sentido en que deben interpretarse los artículos 82 1 de la Ley Hipotecaria y 179 de su Reglamento, que tienen una evidente finalidad de facilitar la concordancia del Registro con la realidad extrarregistral. Así debe considerarse, como de hecho ocurre en la práctica jurídica, igual y suficientemente expresivas del consentimiento cancelatorio tanto las expresiones «extingue el derecho real de hipoteca» o «libera la finca de toda responsabilidad hipotecaria», que, inequívocamente, recogen un consentimiento material, como la frase «consiente expresamente que en el Registro se practiquen los asientos de cancelación correspondientes» dirigida a prestar el consentimiento formal, o la híbrida «el acreedor cancela la hipoteca».

Existiendo, pues, un consentimiento cancelatorio del acreedor hipotecario en alguna de las formas vistas, debe completarse éste siempre con la expresión de la causa o razón determinante de la cancelación en los términos y con el alcance ya analizados, siendo de lamentar que la Dirección en la resolución comentada después de proclamar contundentemente dicha exigencia infiera la causa de expresiones tan dudosas como la del supuesto presente, así como que no haya precisado qué causa es la exigible y hasta dónde deben llegar los detalles concretos de toda la cadena de causas.

SI EL ACREEDOR HIPOTECARIO OPTA POR LA VIA DEL JUICIO EJECUTIVO ORDINARIO Y EL EMBARGO SE DENIEGA POR NO ESPECIFICARSE LA ACCION EJERCITADA Y ENCONTRARSE LOS BIENES EN PODER DE UN TERCER POSEEDOR NO DEMANDADO, NO ES POSIBLE ACCEDER A LA INSCRIPCION DE LA ESCRITURA DE VENTA EN SUBASTA, PORQUE EL REQUERIMIENTO AL MISMO DEBE HACERSE AL INICIO DEL JUICIO EJECUTIVO ORDINARIO Y NO UNA VEZ FIRME LA SENTENCIA DE REMATE. (RESOLUCIÓN DE 3 DE FEBRERO DE 1992)

Hechos.—I. En 1 de diciembre de 1982 «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca», afianza un préstamo que el «Banco de Bilbao, Sociedad Anónima», había concedido a don Miguel P. F., y en escritura del día 3 del mismo mes y año ante el Notario señor Gil el deudor hipoteca a favor de la sociedad avalista dos fincas de su propiedad —la número 9 702 y la número 10 811—, sitas en el distrito hipotecario de Inca, hasta la suma máxima de 7 000.000 millones de pesetas, más los intereses al 14 por 100 de 1 000.000 de pesetas para costas y gastos.

II. En escritura de 23 de marzo de 1984, ante el Notario de Muro don Eduardo Martínez-Piñero, la finca 10.811 fue vendida al matrimonio alemán L., quienes la inscribieron en el Registro el 5 de junio de 1984.

III. En 24 de octubre de 1984 «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca» —acreedor hipotecario—, formula demanda de juicio ejecutivo ordinario contra el deudor don Miguel P. y su esposa al amparo de la cláusula sexta de la escritura de constitución de hipoteca al no haber satisfecho al Banco de Bilbao y haberlo tenido que satisfacer la sociedad avalista. El 29 de dicho mes se dicta auto por el Juez para requerir el pago a los deudores y de no hacerlo proceder al embargo correspondiente, dando lugar a la traba el 9 de noviembre de 1984, declarándose en rebeldía a los demandados el 13 de diciembre de ese mismo año y dictándose sentencia de remate el 17 de ese mes, y por providencia de esa misma fecha se libra mandamiento de embargo sobre las dos fincas hipotecadas, practicándose en cuanto a la una —la número 9.702— y denegándose respecto de la otra —la 10 811— por constar inscrita a nombre de un tercero —los cónyuges L.— nota de calificación que no fue recurrida. En dicho mandamiento no se hacía referencia a que se ejercitaba la acción precedente de la hipoteca pactada.

IV. En providencia de 10 de abril de 1985, siendo firme la sentencia de remate, se acuerda proceder a su ejecución y se recaba del Registro de la Propiedad conforme al artículo 1.485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil certificación de cargas, gravámenes e hipotecas, así como la titularidad de dominio, pero sólo en cuanto a la finca 9.702, expidiéndose la certificación en 11 de junio de 1985. Y en 17 de febrero de 1986 se expide otro certificado referido a la finca 10.811, en el que aparecen como dueños el matrimonio H. y M. L., según la escritura señalada en el apartado segundo de estos hechos, y que dicha finca está gravada con la hipoteca a favor de «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca», una anotación de embargo a favor de «Central de Leasing, Sociedad Anónima», y otra también de embargo a favor de «Fibrotubo Fibrolit, Sociedad Anónima».

V. Por providencia de 6 de diciembre de 1985 se acuerda por el Juzgador proceder al avalúo de las fincas embargadas por peritos designados por las partes al no haber sido tasadas en la escritura de constitución de hipoteca.

VI. En providencia de 19 de marzo de 1987 se acuerda requerir a los

actuales propietarios —señores L.— a fin de que dentro del término de diez días abonasen a la parte actora el principal de que responda la finca, sus intereses y costas, requerimiento que tiene lugar el 9 de abril del mismo año, manifestando los requeridos que nada tenían que satisfacer ya que compraron la finca libre de cargas y gravámenes. Seguidos los trámites de procedimiento de apremio se adjudicaron los inmuebles a la actora «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca».

VII Por providencia de 2 de junio de 1988, y a petición de la parte actora, se acordó requerir a los consortes L. para que se aviniesen a otorgar la escritura pública de venta, lo que tuvo lugar el 23 del mismo mes y año, infructuosamente, ya que conforme informaron varios vecinos, dicho matrimonio se había ausentado definitivamente del lugar, por lo que fueron de nuevo citados en estrados del Juzgado, según providencia de 28 de noviembre de 1988

VIII Con fecha 10 de febrero de 1989, y ante el Notario de Palma de Mallorca don Jaime Cerdá Serra, se otorga la escritura de compraventa en la que la ilustrísima Magistrada-Juez de Primera Instancia de dicha ciudad comparece en representación y por rebeldía de don H. y doña M. L. y vende a «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca», las dos fincas números 9.702 y 10.811 en precio de 2.000.000 de pesetas.

IX. Presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Inca, causó la nota del tenor literal siguiente: Inscrito este documento sólo en cuanto a la finca primera, donde indica el cajetín puesto al margen de su descripción; denegada la inscripción en cuanto a la finca segunda, por el presente título, redactado a la vista de los autos del juicio ejecutivo 2244/1984, y del contenido del Registro, resulta que la anotación preventiva de embargo ordenada en aquellos autos sobre dicha finca fue denegada por constar vendida a tercera persona. No constando del mandamiento en que se ordenó la anotación de embargo que el crédito ejecutado fuese el hipotecario inscrito a favor de tercera persona con anterioridad al embargo, incluso antes de la demanda de ejecución, no puede inscribirse el título derivado de dicha ejecución sin el consentimiento del titular inscrito. Contra la anterior nota calificadora, el interesado podrá reclamar gubernativamente dentro del plazo de cuatro meses desde la misma, de acuerdo con los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 113 y concordantes de su Reglamento.—Inca, a 19 de abril de 1989.—El Registrador.—Firma ilegible —Firmado. Carlos T Pérez Giralda.

X Don Pedro Ferrer Amengual, Procurador de los Tribunales, en nombre de «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca», interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación y alegó Que lo funda en el artículo 1.477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 71, 126 y concordantes de la Ley Hipotecaria y 222 y siguientes del Reglamento para su ejecución, como asimismo en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado de no estar obligado el acreedor a dirigirse contra los terceros poseedores, pudiendo dirigirse contra el deudor en juicio ejecutivo y embargar en ejecución de sentencia la finca hipotecada (Sentencia de 30 de enero de 1906), y que en cualquier caso los terceros poseedores fueron requeridos judicialmente de pago una vez advertido el cambio de la titularidad del dominio, sin que se opusieran a la ejecución ni a la venta judicial.

XI. El Registrador de la Propiedad de Inca número 1 informó y puntualizó en cuanto a los hechos Que en los autos del procedimiento que se examina se produjo un mandamiento de embargo de las fincas registrales números 9.702 y 10.811 en el que no se hace referencia alguna a la ejecución de la

hipoteca que gravaba las dos fincas ni por razón de la cuantía que se expresaba podía ponerlo el Registrador en relación con dichas hipotecas, por lo que al haber pasado la finca 10.811 a poder de un tercer poseedor con anterioridad a la presentación de dicho mandamiento se denegó la anotación, sin que la nota fuese recurrida, lo que justifica con xerocopia de los documentos correspondientes; que en el curso de dicho juicio ejecutivo se solicitó por mandamiento la expedición de certificación de cargas sólo en cuanto a la finca 9.702, pero no la de la 10.811 —lo que justifica igualmente con xerocopia de dicho mandamiento— por lo que resulta paradójico que en la escritura de compraventa y en el escrito del recurso se haga referencia a ambas certificaciones, que en todo caso podrían haberla obtenido por cualquier otro medio de publicidad formal de la finca 10.811 y que sería ajeno al juicio ejecutivo, que de éste resulta que los consortes L., nuevos propietarios, no fueron requeridos de pago, después de serlo el deudor al iniciarse el procedimiento, sino unos tres años después del comienzo y cuando ya había tenido lugar el trámite de embargo; que a los trámites de peritaje, tasación, subasta, venta y adjudicación fueron ajenos los terceros poseedores a los que se requirió para otorgar la escritura una vez concluido el juicio ejecutivo; que de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, así como de la doctrina más autorizada, se deduce que el requerimiento de pago ha de verificarse precisamente al iniciarse el procedimiento y que la actitud del tercer poseedor —pagando, desamparando y oponiéndose— le sirve de legitimación para seguir el procedimiento con su consentimiento u oposición, pero en todo caso con su conocimiento, y termina citando en su apoyo las Resoluciones de 30 de mayo de 1898 y 11 de diciembre de 1937.

XII. La Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca informó: Que seguido el juicio por sus trámites se embargan las fincas números 9.702 y 10.811 y previo requerimiento de pago al deudor de dicha Sentencia de 17 de diciembre de 1984, mandando seguir la ejecución, y que al denegarse la anotación de embargo respecto a la finca 10.811 por constar vendida a tercero, la parte actora interesó del Registro de la Propiedad certificación acreditativa del dominio y cargas, que fue expedida con fecha 17 de febrero de 1986 y que fue aportada a las actuaciones del juicio, procediéndose entonces al requerimiento de pago de los nuevos titulares dominicales, que la doctrina de las Resoluciones de 30 de mayo de 1898 y 11 de diciembre de 1937 citadas en el informe del Registrador no tienen similitud con el que ahora nos ocupa, ya que se verificó el requerimiento a los terceros poseedores una vez vendida la finca, mientras que ahora se ha hecho una vez tenido conocimiento y antes de iniciarse la vía de apremio, por lo que entiende debe rectificarse la nota de calificación.

XIII El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las islas Baleares confirmó la nota del Registrador, ya que la finca discutida fue adquirida por los terceros poseedores sin que constase en el Registro embargo alguno; es más, con anterioridad al mandamiento de embargo e, incluso, a la demanda ejecutiva.

XIV «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca», representada por el Procurador don Pedro Ferrer Amengual, interpone recurso dentro del plazo insistiendo en los argumentos de su anterior escrito y en el hecho de no haberse producido indefensión de los terceros poseedores aunque no fueren citados al iniciarse el procedimiento.

Fundamentos de Derecho —Vistos los artículos 1.834, 1.853, 1.879 y 1.911

del Código Civil; el título XV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 38.4, 126, 127 3 y 134.2 de la Ley Hipotecaria y 143, 222 y 223 del Reglamento para su ejecución, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1848, y las Resoluciones de este Centro de 30 de mayo de 1898, 27 de abril de 1921, 29 de septiembre de 1924, 11 de diciembre de 1937 y 30 de junio de 1989.

1. De los hechos expuestos en este expediente cabe destacar por su incidencia en la resolución del mismo *a)* Una de las dos fincas hipotecadas —la número 10 811— fue transmitida en pleno dominio a un matrimonio antes de iniciarse el procedimiento ejecutivo ordinario por impago del crédito hipotecado, *b)* No se practicó la anotación de embargo de este bien hipotecado por aparecer inscrito a nombre de dichos terceros, y así se hizo constar en el mandamiento que la ordenaba; *c)* La certificación que con arreglo al artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se solicitó del Registrador únicamente se hacía referencia a la otra finca embargada —la número 9 702—, pero no a la 10 811. Si bien se aportó al Juzgado certificación de títulos y cargas de esta última finca que pudo ser obtenida por cualquiera de los procedimientos reglamentarios, y *d)* El requerimiento a los terceros poseedores tuvo lugar una vez firme la sentencia de remate y antes de iniciarse la vía de apremio

2. A la vista de lo anterior, la cuestión que plantea este recurso es la de si el requerimiento a los terceros poseedores se hizo en momento procesal oportuno o si, por el contrario, debió haberse realizado al iniciarse el juicio ejecutivo ordinario. Esta última postura es la sostenida por el Registrador y confirmada por el auto presidencial, mientras que la primera es la mantenida por el recurrente y en el informe de la Magistrada-Juez que intervino en el juicio.

3. En los preceptos contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de juicio ejecutivo ordinario no se contempla en ningún momento el requerimiento al tercer poseedor de bienes hipotecados; es más, cuando —art. 1.489 de dicha Ley— se solicita la certificación registral lo es ya en el procedimiento de apremio y una vez superada la sentencia de remate que pone fin a dicho juicio y tal certificación aparece referida exclusivamente a las cargas del inmueble, sin hacer mención del titular de dominio, por lo que parece en principio que el legislador sólo tiene *in mente* el supuesto de que deudor y propietario de la finca sean una misma persona, pero no el caso relativamente frecuente en que ambos conceptos estén disociados por haber transmitido el deudor la finca —en este caso gravada con hipoteca— a un tercero, y se ha ejercitado no sólo la acción personal derivada del crédito, sino la acción real derivada de la hipoteca. Para este segundo supuesto, además de la Ley de Enjuiciamiento Civil habrá que tener en cuenta lo dispuesto en la legislación hipotecaria —arts. 126 y 127 3 de la Ley y 222 y 223 de su Reglamento, entre otros—, que completan la normativa legal en las relaciones entre acreedor y tercer poseedor de los bienes hipotecados

4. De los procedimientos que el actor podría elegir se inclinó por el juicio ejecutivo ordinario, sin que de la documentación aportada pueda colegirse si ejerció sólo la acción personal derivada del crédito, caso en el que únicamente procedería dirigirse contra el deudor, o si además ejercitó la acción real derivada de la hipoteca y entonces habrá de dirigirse también contra el propietario del inmueble como después se examinará, al ser en este supuesto concreto persona distinta de deudor, según se ha relatado. Las consecuencias en una y otra situación son distintas, pues en el primer caso sólo pueden embargarse

los bienes propiedad del deudor, quedando fuera aunque sobre ellos recaiga la hipoteca, los que hubiesen salido de su patrimonio y posesión —arts. 1.111 y 1.911 CC—, mientras que en el segundo caso al perseguirse directa o inmediatamente los bienes hipotecados —art. 104 LH— el propietario, en este caso tercer poseedor, que no está obligado a pagar, debe, eso sí, tolerar o sufrir la ejecución.

5. Ahora bien, además de esta diferencia sustancial en cuanto a la acción elegida —personal o real— también existe una diferencia importante cuando ejercitada la acción real se opta por el acreedor —dentro de la variedad de procedimiento— por el ejecutivo ordinario en lugar del judicial sumario. En efecto, este último, mucho más simplificado, presenta un menor número de causas de oposición —véase art. 132 LH— que las recogidas en el artículo 1.464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, causas que en el juicio ejecutivo se ventilan antes de la sentencia de remate; y ello nos lleva al punto central de este recurso, a saber el momento procesal oportuno en que el tercer poseedor ha de tener conocimiento del procedimiento y en concreto si ha de ser parte en esta fase a fin de que pueda invocar las alegaciones y excepciones procedentes y de este modo pueda hacer efectiva la tutela judicial de sus intereses legítimos en la finca que a consecuencia de la sentencia de remate sufrirá la ejecución.

6. Para ello habrá que distinguir entre *a)* Que el tercer poseedor ya conoce o pueda conocer al tiempo de efectuar su adquisición la existencia del procedimiento ejecutivo ordinario en marcha sobre el bien derivado del crédito hipotecario insatisfecho, dado que en los libros registrales está ya practicada la correspondiente anotación de embargo, *b)* Que al tiempo de la adquisición ese tercero conozca sólo la existencia de la hipoteca que grava la finca comprada, por no haberse iniciado todavía el procedimiento de ejecución en el juicio ejecutivo ordinario. Al ser este segundo supuesto el caso discutido en este recurso únicamente a él se hará referencia, y como si la Ley de Enjuiciamiento Civil que recoge la normativa básica del procedimiento ni ningún otro texto de rango legal imponen expresamente el que haya de ser el tercer poseedor parte o incluso notificado o requerido en el procedimiento, habrá de examinarse si de los preceptos complementarios —arts. 126 y 127 LH y 143 RH— puede resolverse la cuestión.

7. Tema este último muy discutido en la doctrina que mantiene diversidad de opiniones, este Centro directivo en su Resolución de 30 de junio de 1989, siguiendo el criterio mantenido en la de 30 de mayo de 1898, establece que resulta claro en nuestro Ordenamiento que de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria el requerimiento que imponen al tercer poseedor ha de hacerse como trámite previo para que el acreedor pueda dirigirse contra el bien hipotecado, ya que: *a)* Este carácter previo y complementario aparecía con toda claridad en la Ley Hipotecaria de 1861, pues en ella se declaraba que era requisito para que el acreedor pueda pedir «que se despache mandamiento de ejecución contra los bienes hipotecados» —art. 133 LH de 1861—, aclarando además su exposición de motivos que «ha de acudir al deudor principal para que pague, antes de molestar al que por un título legítimo de adquisición es el dueño de la finca hipotecada»; y si requerido el tercer poseedor tampoco paga éste ni desampara los bienes hipotecados, entonces el acreedor puede ya entablar «la ejecución ejecutiva contra los mismos bienes», y *c)* Del propio tenor de los artículos 126 y 127 de la Ley vigente, sólo el requerimiento previo es el que abre las amplias posibilidades que para el tercer poseedor señalan

esos artículos: Pagar, desamparar u oponerse a ser por tanto considerado como parte respecto del procedimiento, aparte de que sólo así pueden entenderse con él todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes

8 A mayor abundamiento, en el presente supuesto concurre: a) De una parte, que en el requerimiento personal hecho a los cónyuges que compraron la finca hipotecada no se manifestó por éstos su voluntad de desamparar la finca, que obligaría entonces a considerarla en poder del deudor y sólo contra éste se dirigiría el procedimiento ejecutivo, ni tampoco manifestaron la de oponerse, sino que se limitaron a declarar su intención de no satisfacer el crédito hipotecario, por lo que su conducta entra de lleno en la actitud que las Resoluciones de 27 de abril de 1921 y 11 de diciembre de 1937 interpretan de oposición, por lo que desde el principio debieron ser demandados en el juicio ejecutivo; b) De otra parte, al no haber sido tasada la finca cuestionada a efectos de subasta al constituirse la hipoteca, se inician las actuaciones para su avalúo en diciembre de 1985, siendo requerido el matrimonio propietario el 23 de marzo de 1987, por lo que es evidente que ni siquiera los trámites de la fase de apremio se entendieron con el tercer poseedor que ni ha pagado ni desamparado el inmueble, no dándose cumplimiento a lo establecido en el artículo 127 de la Ley Hipotecaria, confirmado por el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento, dado el trato que dispensa a los titulares de segundas o posteriores hipotecas que no van a ser de mejor condición que el titular del dominio.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

Comentario —La Resolución de la Dirección General antes transcrita presenta la particularidad de enfrentarse con una delicada incidencia surgida de un procedimiento de ejecución de hipoteca por la vía del juicio ejecutivo regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil —lo que no es frecuente—, tal vez ante la imposibilidad de promover el del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por no haberse pactado valor que sirviera de tipo a la subasta, requisito necesario de conformidad con el artículo 130 de la misma Ley y según se desprende del fundamento de Derecho 8, letra b)

Creo que desde el punto de vista de los principios lógicos del sistema a los que hay que acudir en defecto de una regulación más precisa en la Ley Procesal, la solución del problema suscitado es acertada: Si de entre los procedimientos posibles para obtener el pago de su crédito «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca», utiliza el juicio ejecutivo ordinario contra P y una de las dos fincas que en su día fueron hipotecadas por dicho señor ha pasado antes de formularse la demanda a poder del matrimonio L sin asomo de subrogación, ya que compran libres de cargas (hecho VI), es de todo punto razonable considerar que no podemos estar sino ante el ejercicio de una acción real (puesto que ningún vínculo obligatorio conocido relaciona al actor con los titulares registrales) y que, sin perjuicio de que en el procedimiento deba ser parte también el deudor principal (conforme a los arts. 126 y 127 LH), el verdadero protagonismo de la contienda se establece entre acreedor y tercer poseedor, sin perjuicio de que éste pueda hacer «mutis por el foro» mediante el desamparo.

Si esto es así es perfectamente coherente que, aplicando la doctrina de la

Resolución de 30 de junio de 1989, se considere que a ese tercer poseedor ya existente al tiempo de deducirse la demanda ejecutiva debió requerirsele de pago y seguirse con él el juicio desde el momento en que P. dejó de atender el que se le hizo en primer lugar.

Ciertamente, la aplicación íntegra de la doctrina de la Resolución de 30 de junio de 1989 (y su cuasi gemela de 7 de julio del mismo año) merece un detallado estudio a la vista de la reforma de la Ley de Ritos de 30 de abril de 1992 (en particular la nueva redacción de los artículos 1.489.1.º, 1.490 y 1.518) y de la operación en paralelo en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario por Real Decreto de 13 de noviembre del mismo año, que presenta la particularidad de dar nueva redacción al precepto sin modificar su párrafo primero, virtualmente «derogado» por dicha resolución. Sin embargo, tales innovaciones se han producido después de dictarse la resolución que hoy comentamos, por lo que la Dirección General no pudo tenerlas en cuenta (para los interesados en la materia las resoluciones de 1989 fueron objeto del comentario de GALO RODRÍGUEZ en esta misma sección de la REVISTA correspondiente a los meses de septiembre-octubre de 1990, núm. 600).

Además, conviene señalar que la interpretación de dichas resoluciones de 1989 cuya doctrina aparece transcrita en el fundamento de Derecho 7 de la estudiada ahora, tiene hoy en día un fundamental apoyo en la obra recentísima publicada por el Letrado de la Dirección JUAN SARMIENTO RAMOS (*En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, edición del Centro de Estudios Registrales), en la que sin las limitaciones de la elaboración de un proyecto de resolución el autor desarrolla toda una construcción de la figura estudiada, que, sin duda, dará lugar a un interesante debate y del que por mi parte quiero anticipar que, después de leerlo con cierto apresuramiento, me ha dejado la sensación que se experimenta al ver una buena película: admiración por la obra bien hecha aunque el final pueda no ser de tu agrado.

Desde el punto de vista de la posición del recurrente, la solución de no practicar la inscripción de la escritura de venta judicial, aun incómoda, no le priva de la posibilidad de cobrar mediante nueva demanda encaminada a hacer valer el derecho de hipoteca a su favor constituida, sin que pueda eludirse la constatación de cierta negligencia por su parte en punto a la adecuada fundamentación de sus pretensiones. Parece lógico considerar que si no tuvo la precaución de consultar la situación tabular de las fincas antes de deducir su demanda ejecutiva debieron de encenderse todas las señales de alarma al constatar que el Registrador denegaba la anotación preventiva de embargo sobre la finca que es objeto del recurso precisamente por estar inscrita a favor de tercero.

Si desde finales de 1984 o principios de 1985 (no consta la fecha exacta de denegación de la anotación) se sabía registrada la venta de la finca a favor de L., no llega a entenderse que se continúen los trámites hasta marzo de 1987 (hecho VI) sin tener en cuenta a los nuevos titulares y teniendo siempre presente que el título que se presentó ante el Juzgado para que se despachara la ejecución debió ser la propia escritura de constitución de hipoteca (hecho III), por lo que no es presumible que la invocación del carácter hipotecario del crédito haya sido hecha *a posteriori* a los fines dialécticos de dar soporte al recurso gubernativo interpuesto.

Se me ocurre en este punto que la escasa utilización del procedimiento ejecutivo como vía de satisfacción procesal del crédito hipotecario desde que en la Reforma de 1909 se alumbró el procedimiento sumario hace que cues-

ciones aparentemente complejas no hayan sido objeto de demasiada atención doctrinal.

Me estoy refiriendo al régimen de la anotación preventiva de embargo y de la inscripción de hipoteca cuando ambas tienen por objeto el mismo crédito.

En un caso como el que comentamos en el que la finca ha pasado a manos de un tercer poseedor antes de iniciarse el juicio ejecutivo, es evidente que sólo por tener la acción real derivada de la hipoteca podía «ISBA, Sociedad de Garantía Recíproca», solicitar su embargo.

Estando inscrita la finca a favor de L., es evidente también que para la práctica de la anotación no bastaba que del mandamiento resultara dirigido el procedimiento contra P, ni siquiera haciendo constar —que no se hizo— que se ejercitaba la acción surgida de la hipoteca inscrita en mi opinión tenía que constar, bien que se seguía el procedimiento también contra los compradores o bien que éstos habían desamparado la finca.

Supuesto que se prescinde de la anotación, se plantea si en caso de haberse solicitado la certificación de cargas del artículo 1 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior resolución, la nota marginal prevenida en el artículo 143 de Reglamento Hipotecario hubiera debido extenderse al margen de la inscripción de hipoteca y, en todo caso, las consecuencias de la nota respecto de L. y, también, respecto de «Central de Leasing, Sociedad Anónima», y «Fibrotubo Fibrolit, Sociedad Anónima», que tenían a su favor anotaciones de embargo (hecho IV) sobre la misma finca posteriores a la hipoteca de «ISBA, Sociedad de Garantía Recíproca», pero necesariamente anteriores a la anotación de embargo a favor de esta última sociedad, cuya anotación, como sabemos, fue denegada por el Registrador.

No es este lugar para volver sobre la nota del artículo 143 del Reglamento cuando no está anotado el procedimiento en que se interesa. Para quienes tengan interés me remito al resumen de los principales puntos de vista doctrinales y jurisprudenciales sobre el particular recogidos en la obra anotaciones de embargo que acaba de publicar RAFAEL RIVAS TORRALBA a través del Centro de Estudios Registrales y que, por cierto, reúne todos los ingredientes para convertirse en un *best-seller* de la literatura jurídica española.

Sin embargo, señalaré que el nuevo segundo párrafo de dicho artículo 143 introducido por Real Decreto de 13 de noviembre de 1992 (posterior a la obra de Rivas) tercia y zanja la polémica en cuanto a que si no existe anotación de embargo prohíbe extender la nota de haberse expedido certificación de «cargas» (debió decir «dominio y cargas» para ser congruente con la nueva redacción del art. 1.489 LEC)

Pero, no obstante, se sigue planteando si en el caso de procedimiento ejecutivo ordinario en el que se ejercita una acción real derivada de hipoteca constituye o no un trámite más que se practique la anotación de embargo correspondiente, sin que ésta sea sustituida por la inscripción de hipoteca.

Ciertamente, no he encontrado en la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil ninguna excepción a la anotación por el hecho de tratarse de crédito hipotecario, todo lo contrario, el primer párrafo del artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil presupone que, en primer lugar, se embargarán los bienes especialmente hipotecados en garantía del crédito que motiva el juicio ejecutivo, mientras que el artículo 1.453 dispone que del embargo se tome anotación preventiva en el Registro, sin distinguir en absoluto (otra cosa es la mayor o menor utilidad de la anotación en este caso, sobre el particular, y en general sobre los aspectos que a continuación expondré, puede consultarse el

comentario del propio RAFAEL RIVAS a esta resolución en *Lunes 4,30*, núm. 103. págs. 8 y sigs.)

En el caso que nos ocupa se observa también que no se llegó a solicitar la certificación del artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la finca del recurso, aunque en el procedimiento existía otra aportada por la parte actora (hecho XII), lo que suscita la duda sobre si es procedente que en vez del mandamiento prevenido en el artículo citado de la Ley de Ritos se presente por el acreedor una solicitud de certificación de dominio y cargas en el Registro y que pueda la librada en tales condiciones suplir eficazmente a la que no se solicitó

Naturalmente, la mayor o menor trascendencia de estas peculiaridades del procedimiento seguido contra la finca 10.811 de Inca se hubieran puesto aún más de manifiesto si se hubiera presentado y calificado el mandamiento de cancelación de inscripciones y cargas en general posteriores a la hipoteca que semiclandestinamente servía de base a la ejecución.

Hay que tener en cuenta que al aparecer otorgada la escritura de venta judicial por el Juez en nombre de los L., no podía el Registrador denegar la inscripción por hallarse la finca inscrita a favor de tercero como habría sucedido en caso de otorgarse la escritura en nombre de P. En este segundo caso se hubiera visto obligada «ISBA, Sociedad de Garantía Recíproca», a pedir el mandamiento de cancelación de inscripciones y anotaciones posteriores y habría resultado, respecto de los L., lo que se desprende de los fundamentos jurídicos de la resolución, es decir, que su llamada a los autos había sido extemporánea. Y respecto de los acreedores con anotación de embargo citados en el hecho IV, que verían extinguidos sus respectivos asientos en virtud de un procedimiento del que no tendrían la más mínima noticia registral al no haberse extendido anotación de embargo ni nota marginal de certificación, procediendo en consecuencia la denegación del despacho de dicho mandamiento.

Existe, sin embargo, un extremo que no siendo objeto específico del recurso me permito introducir para completar el comentario y que consiste en las facultades del Registrador para denegar la inscripción de la escritura que se le presentó

Ciertamente, la nota de calificación transcrita en el hecho IX resulta poco significativa del verdadero problema que expone el informe del propio Registrador recogido en el hecho XI y que, en definitiva, supone no tanto que sea necesario el consentimiento del titular inscrito (L.) según expresa la nota, sino que el Juez no podía ejercitar su potestad jurisdiccional supliendo la inactividad o rebeldía de dicho titular registral por existir defectos graves en la tramitación de los autos.

En condiciones normales, es sabido que el Juez está plenamente facultado para el otorgamiento de la escritura por rebeldía del obligado a ello (nótese que con la nueva redacción de la LEC ni siquiera existirá tal documento), ejercitando así las facultades derivadas de su potestad jurisdiccional, que, como dijo la Resolución de 20 de julio de 1988, «se imponen a los dueños con, sin o contra su voluntad»

Por tanto, otorgada la escritura por el Juez en nombre de los titulares registrales (hecho VIII), el defecto esencial que el Registrador y la Dirección General aprecian es que los terceros poseedores debían haber sido parte en el procedimiento en una fase procesal anterior a aquella en que efectivamente lo fueron (fundamentos 5, 7 y 8)

Precisamente en la Resolución de 30 de junio de 1989, que, como sabemos,

aparece citada en el fundamento 7 de la que comentamos como decisiva, ya había alegado el recurrente que se excedía en sus competencias el Registrador al denegar la inscripción del documento por defectos procesales que habían motivado incluso un incidente de nulidad de actuaciones promovido por la parte favorecida por la calificación registral y que había resultado desestimado es decir, que se quejaba el recurrente que lo decidido por el Juez quedaba revocado a efectos del Registro por la calificación desfavorable.

La Dirección General dedicó al problema el fundamento de Derecho 2, que, literalmente, dice: «Esta cuestión plantea otra previa: Si tratándose de actos emanados de la autoridad judicial, como ocurre con la adjudicación en que termina un juicio ejecutivo, el Registrador puede calificar si se han cumplido o no en el procedimiento determinados requerimientos, citaciones o notificaciones o si tal apreciación excede de los límites que a la calificación registral de los documentos judiciales impone el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Cuando para el acto que afecta a derechos inscritos no se cuenta con el consentimiento del titular registral, sino que a él se llega conforme a la Ley en virtud de un procedimiento y sin o contra el consentimiento del titular registral, el principio de tracto sucesivo exige que el procedimiento haya sido seguido contra el titular registral y que, por tanto, se hayan cumplido con él aquellos trámites (requerimientos, notificaciones, citaciones, expresiones registrales) que garantizan la defensa, en este procedimiento, de los intereses del titular inscrito; y de no haberse cumplido, debe negar el Registrador la inscripción porque se oponen a ella obstáculos que surgen del Registro al resultar incumplido el exigido enlace entre el acto cuya inscripción se pretende y los derechos del titular registral.»

Únicamente debe tenerse en consideración que en aquel caso la Dirección acababa dando la razón al recurrente aunque por razones distintas de las que había alegado, por lo que el fundamento transcrito no constituía *ratio decidendi*.

Después de esta resolución se han dictado otras en materias relacionadas con la que estamos comentando cuya orientación es sutilmente distinta. En particular me refiero a las colaterales del caso Burgos (Resoluciones de 13 de febrero y 21 de octubre de 1992), en que se discutía, en definitiva, si cabía anotación del embargo judicial practicado de bienes patrimoniales del Ayuntamiento de dicha ciudad y de las que transcribo a continuación el fundamento de Derecho único de la segunda: «El respeto a la función jurisdiccional que corresponde en exclusividad a los Jueces y Tribunales impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, y también a los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes (cfr. art. 17.2 LOPJ). No obstante, ni siquiera las resoluciones judiciales pueden entrar automáticamente en el Registro sin pasar por el tamiz de la calificación registral. Ahora bien, la obligación general de cumplir las resoluciones judiciales exige que el Registrador limite su calificación sobre las resoluciones judiciales al exclusivo fin de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si en el procedimiento en el que se dicta la resolución no ha tenido la intervención prevista por la Ley en las condiciones exigidas, según el caso, para conseguir que el titular registral no sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal, y en este sentido —como una garantía más del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva— deber ser entendido el artículo 100 del Reglamento Hipotecario en congruencia con los artículos 1.º, 20 y 40 de la Ley.

En modo alguno puede el Registrador ir más allá, y al calificar determinada resolución dictada por el órgano judicial competente para resolver en procedimiento adecuado enablado contra el titular registral, enjuiciar si los razonamientos jurídicos por los que el Juzgador concluye su fallo están ajustados a Derecho o si el fallo ha de ser tachado de ilegal aunque limite esta tacha a los efectos registrales. No es entonces ya el Registrador, sino el titular registral, parte en el procedimiento, a quien incumbe por los medios procesales oportunos la defensa contra la posible ilegalidad».

Sobre el particular caso que estudiamos aquí cabe decir que ocupa una posición intermedia: a diferencia del que motivó la Resolución de 30 de junio de 1989, aquí no se produce una intervención de tercer poseedor posterior al otorgamiento de la escritura de venta, es decir, cuando el procedimiento estaba concluso, sino en marzo de 1987, otorgándose la escritura en febrero de 1989.

En relación con la doctrina de las resoluciones de 1992 que he transcrito, hay que resaltar que las mismas dejan a salvo la facultad de calificar si el afectado ha tenido en el procedimiento «la intervención prevista por la Ley en las condiciones exigidas» y por ello no puede hablarse de contradicción abierta.

Sin embargo, la relación que estas dos resoluciones establecen entre la facultad calificadora y el principio constitucional de tutela judicial efectiva a efectos de centrar el alcance del artículo 100 del Reglamento Hipotecario me hacen dudar sobre el acierto de considerar factible la calificación desfavorable de la escritura que nos ocupa basada en el motivo de fondo que ha quedado expuesto.

Desde el punto de vista estrictamente procesal es evidente que no toda infracción de las reglas del procedimiento determina la nulidad de lo actuado. Incluso en materias tan sensibles como aquellas que rozan la indefensión de las partes se distingue entre indefensión formal e indefensión material. La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1992 (Aranzadi 8403) recoge la doctrina sentada sobre el particular por el Tribunal Constitucional (SS. 119/84, 56/85, 133/86 y 194/88) en estos términos: «La omisión de emplazamientos, notificaciones y citaciones o su práctica incorrecta vulnera el derecho de defensa, pero ha de añadirse que la indefensión ha de ser material, es decir, se ha de producir en circunstancias tales que el interesado no pueda ejercitar sus derechos, y que no existe tal indefensión cuando conoce por otros medios el contenido del acto de comunicación omitido o incorrectamente realizado».

En el caso concreto que nos ocupa, se me antoja que, prescindiendo del momento procesal exacto en que L. es interpelado —entre otras razones no queda totalmente claro del texto de la resolución, existiendo contradicción sobre este punto entre el fundamento de Derecho 1, apartado *a*), y el fundamento 8, letra *b*)—, así como entre el informe del Registrador (hecho XI) y el de la Magistrada-Juez (hecho XII), lo que puede haberse producido por no haberse tenido a la vista los autos completos—, parece que en vez de limitarse a constituirse en rebeldía tácita al manifestar que nada tenían que satisfacer ya que compraron la finca libre de cargas y gravámenes (hecho VI), bien podían haber interesado que se retrotrajeran las actuaciones al momento que a sus legítimos intereses conviniera, pues, en definitiva, del hecho VI *in fine* resulta que no había concluido el procedimiento de apremio cuando los titulares registrales fueron requeridos.

Mi opinión es que la tensión entre el deber de calificación que tiene el Registrador y el efectivo cumplimiento de las resoluciones judiciales tiende a traducirse en soluciones cada vez más restrictivas cuando el resultado de la primera es contrario a lo dispuesto en las segundas por razones que rozan el fondo de la cuestión.

La Dirección General viene elaborando una línea doctrinal que restringe el alcance del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento en base al artículo 24 de la Constitución española y al deber de colaboración con la Administración de Justicia que incumbe a toda autoridad o funcionario según el artículo 17 de la LOPJ, cuya última manifestación se encuentra en el fundamento de Derecho 3 *in fine* de la Resolución de 23 de marzo de 1993.

Puede argüirse que el Registrador colabora fielmente con la Administración de Justicia tanto si inscribe como si suspende o deniega la inscripción por cuanto en estos dos últimos casos trata de evitar que nazca un asiento viciado y que, no obstante ello, por el hecho de extenderse pase a gozar de la protección o salvaguardia de los propios Tribunales según el artículo 1 de la Ley Hipotecaria

No obstante, y con esto concluyo, la denegación o suspensión de documentos judiciales por existir obstáculos del Registro, es decir, el último motivo del artículo 100 del Reglamento Hipotecario creo que se va a ver cada vez más constreñido a los supuestos en que se haya prescindido del titular registral en términos que éste no haya podido combatir en el mismo procedimiento o en aquellos en que la documentación presentada no permita extender un asiento que reúna, en sí mismo o por conexión con otros, las condiciones exigidas por la legislación hipotecaria, como ocurrió en el caso resuelto por la Resolución de 17 de marzo de 1993 que acaba de aparecer cuando se escriben estas líneas

ALVARO JOSÉ MARTÍN MARTÍN
Registrador de la Propiedad de Elche III

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA
y VICENTE ESPERT SANZ

SOCIEDAD CIVIL: LAS NORMAS RELATIVAS A LA COMUNIDAD DE BIENES NO RIGEN PARA EL CASO DE DISOLUCION (SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia —Si bien es cierto que la sociedad civil irregular se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes, conforme preceptúa el párrafo segundo del artículo 1.669 del Código Civil, ello ha de entenderse referido exclusivamente al régimen de las relaciones internas entre los socios durante la vida de la sociedad, pero no para el supuesto de disolución de la misma, la cual no puede regirse estrictamente por lo preceptuado en los artículos 400 y 404 del Código Civil, pues al estar el patrimonio de la sociedad integrado por un heterogéneo activo y pasivo, para poder conocer cuál sea el haber partible entre los socios es absolutamente imprescindible llevar a efecto su previa liquidación, liquidación que si se trata de sociedad civil habrá de efectuarse conforme a las reglas de la partición de herencia, a las que se remiten los artículos 1 708 y 406 del Código Civil

EL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA NO ES APLICABLE AL CASO DE CULPA EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1992.)

Hechos —Un menor de catorce años compró en un comercio una carabina de aire comprimido y al dispararla causó lesiones en el ojo a otro niño. El comerciante y los padres son condenados a indemnizar

Doctrina de la Sentencia.—La trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos *in potestate*, con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad

en el autor material del hecho (el menor), pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia, sin que exonerare de responsabilidad el dato de no hallarse presentes el padre o madre cuando se comete el hecho ilícito o que aquellos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, ya que de seguirse otro criterio se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad, quebrantándose criterios de equidad de dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud importantes daños.

No puede entenderse conculcado el principio de presunción de inocencia, aparte de que el artículo 24.2 de la Constitución, establecedor de tal presunción, no es aplicable al caso de culpa extracontractual, habiendo de referirse en todo caso a normas represivas, punitivas o sancionadoras cuyo carácter no tienen los artículos 1 902 y 1 903 del Código Civil, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación para conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efectos de la indemnización y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente al que tenía antes de haberlo sufrido.

La doctrina de la equivalencia de las condiciones llevada a sus últimos extremos puede conducir al absurdo, y por eso se matiza con la de la causalidad adecuada o eficiente, admitiéndose la concurrencia de causas, culpas y responsabilidades siempre que una de ellas no tenga virtualidad suficiente para anular las otras

LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO NO ES OBLIGADA NI NECESARIA. (SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Aunque existe alguna antigua posición dispar en la jurisprudencia, es preciso inclinarse por el punto de vista más unánime y reciente, que establece como momento de partida la fecha en que se realizó el embargo causante de la posible privación posesoria e, incluso, de la propiedad del bien embargado por ser éste el momento en que se produjo la decisión perturbadora. Por naturaleza, la acción de tercera de dominio tiene por objeto facultar al tercero para que pueda demostrar que el bien embargado era de su propiedad y no del deudor cuando se realiza la traba; así pues, sólo en el caso de que la anotación preventiva del embargo tuviese naturaleza constitutiva habría de tenerse en cuenta (como en la hipoteca) la fecha de su inscripción registral; en cualquier otro caso, la práctica de la diligencia judicial tiene virtualidad por sí misma, y este acto constituye el objetivo de la reclamación del tercerista. La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que la anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria, pese a los términos literales de los artículos 1 453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 43.2 de la Ley Hipotecaria, lo que permitiría pasar a la realidad forzosa de la finca o derecho aun sin aquel asiento, debiendo tener en cuenta el Juzgador en cada caso concreto, más que el aspecto doctrinal de si la anotación ha de entenderse como acto constitutivo o meramente complementario, las circunstancias de las personas interesadas, no permitiendo que se amparen en la falta de publicidad formal del embargo ni el deudor ni quienes con él contrataran, cooperando a la realización de cualquier acto fraudulento de los derechos del embargante. La garantía de la anotación preventiva de embargo sólo otorga rango

preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y no en cuanto a los actos de disposición ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado, anotación que no altera la situación jurídica existente

PREFERENCIA DE LOS CREDITOS HIPOTECARIOS SOBRE LOS ANOTADOS PREVENTIVAMENTE. (SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia — Resulta indudable que en los ordenes preferenciales establecidos en el artículo 1.923 del Código Civil ostenta mejor rango el del número 3, «Créditos hipotecarios», que el del número 4, «Créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad» «sólo en cuanto a créditos posteriores», y en la misma línea está la doctrina que establece que la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la tiene preferencia respecto de otros anteriores ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados solamente contra los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación. Verdaderamente la indicada preferencia no es desconocida por el Tribunal *a quo*, siendo lo acontecido que dicho Tribunal entendió cual incorrecta e ineficaz la acción de tercería por el hecho de no promoverse con anterioridad el oportuno procedimiento para la realización y exigibilidad de la hipoteca constituida; pero esta tesis no se encuentra ajustada a derecho en cuanto que la repetida preferencia es digna de protección, con independencia del ejercicio de cualquier acción tendente a la exigibilidad del crédito que la mereciese

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: PUEDE LLEGARSE EN ALGUNOS CASOS A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA. (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia — La evolución jurisprudencial sobre responsabilidad extracontractual arranca desde la Sentencia de 10 de julio de 1943, de cuya evolución se puede colegir que a mayor engendro de peligro, mayor responsabilidad, llegándose en algunos casos a la conocida como responsabilidad objetiva, de la que no sólo se ha hecho eco la doctrina científica, sino el mismo legislador, asumiendo o injertando en el dispositivo legal ordinario la fuente que proporciona el Derecho internacional a través de los Tratados y Acuerdos de esa índole. Así, por ejemplo, la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, la Ley sobre Expropiación Forzosa; la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, e incluso la Ley de Policía de Ferrocarriles, marcan hitos en la historia de la evolución de la responsabilidad, en que bien por el enorme riesgo que supone su uso o explotación o la simple tenencia de los enseres, artefactos o industrias, unas veces por su carácter lucrativo y otras por su simple disfrute u ostentación, han de llevar inherente la responsabilidad de los eventuales daños que produzcan, salvo caso de fuerza mayor o por culpa de la víctima; y tal responsabilidad sube de punto en su objetivación cuando se trata de la prestación de servicios de carácter monopolístico o similar

EL «ANIMUS NOVANDI» SE EXTERIORIZA CUANDO HAY INCOMPATIBILIDAD ENTRE LAS OBLIGACIONES. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1992)

Doctrina de la Sentencia —Resulta de todo punto necesario, como primer y fundamental requisito para que una obligación sea sustituida por otra, que aquélla se halle subsistente, es decir, que ha de haber una obligación antigua verdaderamente existente que se extinga por la novación que viene a crear otra obligación en sustitución de la que por éste fenece. La novación en sentido propio, con su efecto específico de sustituir la antigua obligación por la nueva, requiere *animus novandi*, pero éste no sólo se exterioriza en forma de manifestación dirigida a tal fin, sino también cuando existe una incompatibilidad total entre ambas relaciones obligatorias.

DERECHOS DEL DUEÑO DE LA OBRA ENTREGADA CON DEFECTOS. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Aunque el Código Civil español (art. 1.588) no determina cuáles sean los derechos que asisten al dueño de la obra cuando la entregada no reúne las condiciones pactadas o las adecuadas a su finalidad, claramente se deduce de las normas generales sobre obligaciones y contratos, incluidos el de compraventa, que tiene derecho a que se subsanen por el contratista los vicios y defectos sin abono de cantidad suplementaria alguna, o a la reducción del precio en proporción a dichos efectos, o a pedir la nueva realización o la resolución del contrato cuando hay una absoluta imposibilidad de reparar o esencial inadecuación al fin. Siendo responsable de las obras de reparación el contratista, ya que ha de garantizar el resultado de la obra contratada.

EL ARTICULO 1.128 DEL CODIGO CIVIL NO ES APLICABLE A LAS OBLIGACIONES PURAS. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia —La aplicabilidad del artículo 1.128 del Código Civil, que contempla el llamado plazo «tácito» o «implícito», requiere ineludiblemente la existencia de una obligación en la que aun sin señalar expresamente un plazo, «de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor», lo que evidentemente presupone una labor hermenéutica del contrato del que nazca la obligación, ya que dicho precepto en ningún caso es aplicable a las obligaciones puras en las que no aparezca la intención de conceder plazo al deudor para el cumplimiento de la prestación (SS de 2 junio 1953 y 15 diciembre 1982, entre otras), y por otro lado, deviene superflua e improcedente la aplicación del citado precepto cuando el plazo que hubiera querido o debido concederse ha transcurrido con exceso antes de la iniciación del litigio (SS. de 3 febrero 1965 y 15 diciembre 1984).

ES BASICO EN NUESTRO ORDENAMIENTO EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1992)

Doctrina de la Sentencia —La denominada responsabilidad por riesgo viene a significar que las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conduc-

tas, aun lícitas y permitidas, deben recaer sobre el que ha creado un peligro para tercero, doctrina que llevada a sus últimas consecuencias conduce a la pura objetivación del daño y desemboca en la obligación de responder por el peligro puesto por sí mismo, pudiendo decirse que no es necesario basar la responsabilidad en la culpa del sujeto, resulta evidente que es básico en nuestro Ordenamiento positivo el principio de responsabilidad por culpa acogido en el artículo 1 902 del Código Civil, de tal suerte que se da por punto general la necesidad ineludible de que el hecho pueda ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable, estando reconocido así por unánime jurisprudencia de esta Sala, y si bien es cierto que la jurisprudencia ha ido evolucionando en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que ese desarrollo se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba o manteniendo el rigor de la diligencia requerida

EL FRACASO DE UNA ACCION NO IMPLICA EL CARACTER ABUSIVO DE SU EJERCICIO. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1992.)

Hechos.—El actor en este proceso había sido previamente objeto de una querrela criminal por injurias por parte de los ahora demandados. Esa situación le ocasionó una intranquilidad que derivó en depresión. Una vez sobreseída la querrela demanda a su vez a sus acusadores. No prosperó su acción.

Doctrina de la Sentencia.—El proceso en sí es ejercicio de un derecho constitucional a la tutela efectiva que si no siempre ha de producir el éxito de la acción no permite en modo alguno extraer y generalizar que el fracaso o el abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio.

La mera posibilidad jurídica de admitir un proceso tendente a obtener la reparación de los daños causados por otro proceso está admitida en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Código Civil (art. 7 1 y 2) cuando exigen respetar en los procesos la buena fe y proscriben las actuaciones procesales constitutivas de abuso de derecho o fraude procesal. También lo admite la jurisprudencia. Pero la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal supuestamente abusiva para no coartar el ejercicio de acciones, así como con estricto estudio de las resoluciones judiciales cuyo contenido puede ser esclarecedor. Y en el caso de autos ningún dato abona la afirmación de que la querrela fuera tan gratuita e injustificada que mereciera el calificativo de abusiva.

EL ARTICULO 1.501.2.º DEL CODIGO CIVIL NO PUEDE SER APRECIADO AISLADAMENTE, SINO EN RELACION CON LOS QUE REGULAN LA MORA (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia —Si bien el artículo 1.501.2.º establece que el comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio, si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta la sanción de este artículo ha de entenderse establecida para el supuesto de que la no entrega del precio tenga lugar por culpa del que está en la obligación de satisfacerlo, reteniéndolo en su poder y gozando del fruto o renta de la cosa vendida; y el precepto mencionado no puede ser apreciado aisladamente, cual

se dice en la Sentencia de 13 de abril de 1931, sino en relación con los que definen y regulan la mora del deudor.

LA FIANZA DEBE INTERPRETARSE RESTRICTIVAMENTE (SENTENCIA DE 5. DE FEBRERO DE 1992)

Doctrina de la Sentencia —La fianza, aunque no sea subsidiaria sino solidaria, como en el caso que nos ocupa, constituye siempre una obligación accesoría que depende del incumplimiento de la obligación principal, y aunque no requiere una forma especial ha de ser contraída de forma expresa, sin que puedan admitirse ni la presunta ni la tácita, debiendo interpretarse restrictivamente, excluyendo toda posibilidad de extenderla a obligaciones distintas de las comprendidas en ella (SS de 18 noviembre 1963 y 22 diciembre 1972).

EN LAS OBLIGACIONES BAJO CONDICION SUSPENSIVA EL ACREEDOR TIENE LAS FACULTADES PARA ASEGURAR LA TUTELA DE SUS DERECHOS. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1992)

Doctrina de la Sentencia.—Las condiciones suspensivas durante la fase o período del *pendet*, aunque la obligación en realidad ya ha nacido, no producen la plenitud de sus efectos, no obstante lo cual es lo cierto que el acreedor tiene ya las necesarias facultades para asegurar la tutela o garantía de sus derechos, evitando en la medida de lo posible que en tanto la *condictio* se cumple pueda verse perjudicado en sus intereses, consecuencia de lo cual es que, cumplida la *condictio*, el contrato, negocio jurídico u obligación a ella sometido no solamente adquieran éstos su plenitud, sino que además y por virtud de lo prevenido en el artículo 1.114, en relación con los 1.113 I y 1.120.I, inciso primero, del Código Civil esos plenos efectos se retrotraen al momento de la celebración del contrato, negocio jurídico u obligación.

NO PUEDE EXCLUIRSE EL PRINCIPIO BASICO DE RESPONSABILIDAD POR CULPA. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1992)

Doctrina de la Sentencia.—La evolución de objetivación de la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y en modo alguno permite la exclusión sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro Ordenamiento positivo; ha afirmado igualmente esta Sala (SS. de 13 y 18 febrero de 1991 como más modernas) que en los supuestos en que consta acreditada debidamente la culpa de la víctima no es aplicable la doctrina de la inversión de la carga de la prueba.

ACCION PAULIANA: EL FRAUDE NO REQUIERE UN «ANIMUS NOCENDI». (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—La fraudulencia no requiere, según constante jurisprudencia, la existencia de un *animus nocendi* y sí únicamente la *scientia*

fraudis, esto es, una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio; según esa doctrina jurisprudencial, el fraude puede acreditarse por otros medios que los indicados en el artículo 1 297.3° (SS. de 16 mayo 1904 y 29 mayo 1985).

LA JURISPRUDENCIA YA NO EXIGE LA «VOLUNTAD DELIBERADAMENTE REBELDE» PARA DAR LUGAR A LA RESOLUCION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1992)

Doctrina de la Sentencia.—La actual jurisprudencia de esta Sala se separa del anterior criterio subjetivo conforme al cual la voluntad deliberadamente rebelde o contraria al cumplimiento era requisito inexcusable para la aplicación del artículo 1 504. Se mitiga el rigor del lenguaje por entender que la «voluntad deliberadamente rebelde» es más bien propia del incumplimiento doloso. Las sentencias actuales, como las de 21 de agosto de 1990 y 5 de septiembre de 1991, afirman que deben entrar en el ámbito resolutorio del artículo 1.504 aquellos casos en que el incumplimiento de la obligación de pagar es duradera, persistente, frustra para el vendedor la finalidad del contrato y no encuentra para el comprador explicación razonable alguna de su postura.

DURANTE EL PERIODO ENTRE LA DISOLUCION DE UNA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y SU LIQUIDACION EXISTE UNA COMUNIDAD EN LA QUE CADA COMUNERO OSTENTA UNA CUOTA ABSTRACTA (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1992.)

Hechos.—Se disolvió la sociedad de gananciales de un matrimonio por la sentencia canónica de separación. Todavía sin liquidar la extinta sociedad, uno de los cónyuges contrajo deudas y ante su impago el acreedor trabó embargo sobre un bien integrante del patrimonio de la referida sociedad de gananciales disuelta. El otro cónyuge interpone tercería de dominio, que el Supremo estima en cuanto a su parte.

Doctrina de la Sentencia.—Es criterio doctrinal y jurisprudencialmente admitido (SS. de 21 noviembre 1987 y 8 octubre 1990) el que durante el período intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad patrimonial sobre la antigua masa ganancial cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria y en la que cada comunero (cónyuge *superstite* y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de tal disolución fuera otra) ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que mediante las oportunas operaciones de liquidación y división se materialice en una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros. La antedicha doctrina carece en absoluto de aplicación al supuesto de embargo de bienes gananciales trabado durante la plena vigencia de la sociedad conyugal por deudas contraídas por uno o por ambos cónyuges

Partiendo del supuesto de que el éxito de toda tercería de dominio se halla condicionado por la titularidad dominical que el tercerista acredite pertenecerle sobre el bien que trata de liberar del embargo y por su ajeneidad a la deuda reclamada, ha de llevarnos a la conclusión de que si bien es cierto que el demandante-tercerista (cónyuge no deudor) no tiene acción para obtener el alzamiento total y absoluto de la traba, pues el piso embargado no le pertenece en exclusividad, no lo es menos que tiene un indudable derecho a dejar a salvo de dicho embargo la cuota abstracta que le pertenece sobre el mismo.

NO SON ABSOLUTAMENTE NULAS LAS CAPITULACIONES SUSCRITAS EN FRAUDE DE ACREEDORES (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1992)

Hechos.—Un matrimonio casado en régimen de gananciales era deudor de una cierta cantidad a Hacienda. Pactan en capitulaciones matrimoniales el régimen de separación y adjudican a la esposa la mayoría de los bienes. El Supremo rechaza la demanda de tercería de la esposa.

Doctrina de la sentencia —Existe una responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de la atribución a un cónyuge, lo que determina que aun después de la disolución de la sociedad puedan accionar los acreedores contra los bienes consorciales que hubiesen incluso sido adjudicados al cónyuge no deudor, lo que dentro del juego de la inoponibilidad del cambio capitular frente a los acreedores de la sociedad de gananciales y del principio de conservación de los negocios explica la confirmación de la tesis de la sentencia apelada dentro de la jurisprudencia de intereses, que aúna así aquella indemnidad afectando los bienes adjudicados y el mantenimiento del nuevo régimen capitular, siguiendo así una doctrina especializada que afirma. «Frente al fraude de acreedores la acción rescisoria debe tener efecto en la parte necesaria para satisfacer los derechos de un tercero», y cabe negar la nulidad absoluta de las capitulaciones en fraude de acreedores, pues parece que ha de buscarse la subsistencia del acto en virtud del principio del *favor negotii* a salvo de declarar la ineficacia del acto en cuanto perjudique al acreedor, pues parece que con la declaración de nulidad y amortización de efectos que conllevaría se iría más lejos de lo que ante el fraude de acreedores se pretende evitar y que es efecto típico incluso de la acción pauliana: que el acto resulte ineficaz frente al acreedor que la interpuso y, por tanto, los bienes sobre los que aquel recayó queden sometidos a la acción del acreedor como si estuviesen en el patrimonio del deudor, en definitiva, la vulneración del artículo 1.317 no origina la nulidad radical del acto impugnado, sino que de conformidad con el espíritu que informa el artículo 64 del Código Civil hay que pensar que los efectos de tal vulneración son distintos a la propia nulidad.

PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE SUMINISTRO RESPECTO A LA COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1992)

Doctrina de la Sentencia —Si los pactos de suministro cabe su encuadre jurídico y genérico en los de compraventa, no obstante aquéllos están asistidos de ciertas particularidades que les dan una fisonomía especial. En este sentido el suministro parte de un convenio único y previo que se ejecuta mediante una serie de prestaciones periódicas y continuas por medio de entregas diferidas,

englobadas en el contrato general que las disciplina y contempla en relación al resultado final pretendido, que por ello las vincula, ya que obedecen a una finalidad previsoras y suponen para su abono las necesarias operaciones de liquidación de cuentas.

DECLARADA LA NULIDAD DE UN CONTRATO, PROCEDE LA RESTITUCION RECÍPROCA DE LAS COSAS OBJETO DEL MISMO (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia —Es doctrina reiterada de esta Sala que declarada la nulidad de un contrato procede la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece, por lo cual no necesita de petición expresa de la parte, pudiendo ser declarada por el Juez en cumplimiento del principio *iura novit curia*, con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito, el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra.

LA SITUACION DE LITISPENDENCIA PUEDE SER APRECIADA DE OFICIO POR EL JUEZ. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1992)

Doctrina de la Sentencia —En función del principio de aportación de parte, se confía a los litigantes no sólo la iniciativa para incoar el proceso y producir pruebas, sino también, por razones prácticas, la denuncia y acreditamiento de vicios, óbices o excepciones procesales; a veces, como ocurre con nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, inspirada en el liberalismo decimonónico, con notable exageración, pues al carecer del contrapeso que representarían los poderes de oficio del Juez hacen a las partes dueñas del proceso, incluso en perjuicio del interés público. Pero leyes posteriores vienen corrigiendo estos excesos, y así la Ley 34/1984 reconoce poderes de oficio al Juez, al margen de lo que aduzcan las partes, para revelar estos obstáculos procesales y adoptar las medidas conducentes a su corrección o subsanación si su naturaleza lo permite o, en otro caso, a ordenar sin más el sobreseimiento. Entre estos obstáculos debe entenderse comprendida la situación de litispendencia. Parece razonable en interés de la función judicial y del mejor cumplimiento de sus fines, cara al servicio que el poder judicial presta a los ciudadanos, que no deba admitirse un uso abusivo del derecho a la jurisdicción, manifestando en la reproducción de peticiones idénticas ante diferentes órganos judiciales o sucesivamente ante el mismo órgano.

LA EQUIVALENCIA ENTRE POSESION Y TITULO DE LOS BIENES MUEBLES ES IGUAL A TITULO DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—La más reciente jurisprudencia de esta Sala sienta la regla de irrevindicabilidad de la cosa mueble cuya posesión se haya adquirido de buena fe, por lo que el inciso primero del párrafo primero del artículo 464 del Código Civil se refiere a título de dominio, que atendiendo a la interpretación germanista, que aunque no en una línea pacífica y uniforme

predomina en la jurisprudencia, la equivalencia entre posesión y título es igual a título de dominio, que hace a las cosas irreivindicables (S. de 15 febrero 1990).

El recurrente adquirió mediante auto judicial consecuencia de una subasta pública, la propiedad y la correspondiente posesión de los bienes reclamados, sin que se haya cuestionado su buena fe. Está protegido por la regla de equivalencia de esa posesión a título dominical, sin que pueda alegarse que son bienes muebles sustraídos. Al verbo «sustraer» del párrafo segundo del artículo 464 del Código Civil, que concreta la expresión «privación ilegal» del párrafo antecedente, ha de dársele un sentido restrictivo en consonancia con la regla general de irreivindicabilidad que contiene y que queda circunscrito a los casos de hurto y de robo, como del propio Código Civil se deduce por lo dispuesto en los artículos 1.962 y 1.955. Esta orientación es la que está más en consonancia con la seguridad del tráfico de bienes muebles, en el que, con excepción de los susceptibles de publicidad registral, su posesión suscita la apariencia de propiedad como norma general, y en esa confianza se realizan negocios jurídicos con los mismos.

LA JURISPRUDENCIA SIGUE EL PRINCIPIO DE LA CAUSALIDAD ADECUADA. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Para la determinación de la existencia de relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto—, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo entenderse por consecuencia natural aquella que propicia entre el acto inicial y el resultado dañoso una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados, y debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que, por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño. Y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de las cargas de la prueba, aplicables en la introducción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, pues el «cómo» y el «porqué» se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso.

QUIEN NO FUE PARTE EN UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL PUEDE PEDIR LA NULIDAD DEL MISMO. (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala viene reconociendo la procedencia de declarar la nulidad de actuaciones en un procedimiento judicial a través de un juicio declarativo posterior instado por quien no fue parte en aquel en cuanto

se den los requisitos precisos al respecto, cuales son las de lesión o perjuicio derivado de un resultado desfavorable a quien solicita la nulidad. Debe admitirse la posibilidad de que quienes no fueron parte en el juicio anterior, en el que se lesionan sus derechos y se ven privados del ejercicio de éstos, puedan hacerlo posteriormente en juicio distinto, lo cual no es más que el lógico reconocimiento de la precisión de arbitrar un adecuado marco procesal para que un tercero en un determinado proceso y que por no figurar como parte en los autos no puede normalmente insertarse en él como parte, pueda actuar en defensa de los atentados que a su derecho pudieran derivarse, dando vida a lo que ya en modernas orientaciones legislativas se regula expresamente, cual sucede en el procedimiento civil italiano, y que ya viene teniendo acogida en la legislación española, como el artículo 132 de la Ley Hipotecaria que autoriza el planteamiento por terceros a través de juicio declarativo, de reclamaciones sobre nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la misma Ley y, en igual sentido, los artículos 85 y 93 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria

J. Q. S.

CAMBIO DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO DE LA EXIGENCIA DE LA VOLUNTAD DELIBERADAMENTE REBELDE AL CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL COMPRADOR EN LA COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO [SALA 1.ª] DE 4 DE MARZO DE 1992)

El artículo 1.124 del Código Civil, que establece la resolución del contrato que contiene prestaciones recíprocas y sinalagmáticas, tanto en cuanto a un sinalagma genético como en un sinalagma funcional, es decir, durante la vida, quizá, de tracto sucesivo de las obligaciones, encuentra una redacción favorable al comprador en el artículo 1.504 del Código Civil en materia de compraventa de bienes inmuebles, puesto que ya no se produce una resolución automática, sino que el comprador puede pagar aunque haya pasado el plazo mientras no se le requiera judicial o notarialmente.

Pero esta condición resolutoria expresa o explícita de resolver en caso del impago del precio aplazado en compraventa de bienes inmuebles (se discutió mucho a efectos registrales acerca de la palabra «expresa» o «implícita», hasta que los Registradores entraron en razón y admitieron que eran palabras sinónimas), evolucionó con el transcurso del tiempo y se convirtió, en vez de una facilidad para el comprador, en una garantía para el vendedor, que si en el caso de que se enfrentase a un incumplimiento de pagos aplazados, sobre todo si estos pagos estaban representados por letras de cambio, se pensaba que se podía resolver el contrato mediante un requerimiento notarial y reinscribir la finca a nombre del vendedor

En el terreno registral se funcionaba con este sentido de automaticidad, quedando en la penumbra qué es lo que pasaba con las cantidades que el comprador ya había pagado, discutiéndose si había que dar o no un plazo de gracia para pagar, si era un requerimiento de pago que, incumplido, producía la resolución o bien era una simple notificación resolutoria que no concedía ningún plazo de gracia y que ni siquiera permitía el pago de la cantidad aplazada en el mismo acto de la notificación resolutoria.

Por el contrario, el Tribunal Supremo mostraba su preferencia por la apli-

cación del artículo 1.124 antes que del 1.504, y siempre exigía que se probase que en el comprador concurría «una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento». El Tribunal Supremo insistía una y otra vez en la necesidad de esta demostración de una «voluntad deliberadamente rebelde en cumplimiento».

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de diciembre de 1982, siendo director general de los Registros y del Notariado el señor Mata Pallarés, destrozó el convencimiento que se tenía de que la condición resolutoria era una garantía para el vendedor y la recondujo a la doctrina del Tribunal Supremo, de forma que quedaba mucho más protegido el comprador y el vendedor tenía que desconfiar de la efectividad de la condición resolutoria como un instrumento de resolución de la compraventa con facilidad para la reinscripción a favor de dicho vendedor.

En la sentencia que comento, el Tribunal Supremo concede la resolución, aunque no ha quedado acreditada «la voluntad de incumplimiento rebelde de los compradores» (cito textualmente), y sigue diciendo que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte y que haya un incumplimiento «inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte».

Lo que me interesa destacar de esta sentencia es que ya no se exige una «voluntad deliberadamente rebelde» al cumplimiento que lleva consigo la idea de algo subjetivo y la idea de resistencia obstativa, bastando un «incumplimiento inequívoco y objetivo».

Vemos, pues, que el Tribunal Supremo automatiza más el efecto resolutorio del incumplimiento y se aproxima más a la idea primitiva del efecto de la condición resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil antes de la célebre Resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de diciembre de 1982.

La sentencia habla también de la frustración del fin del contrato, materia que fue objeto de mi tesis doctoral, pero por carecer de los antecedentes de hecho de la sentencia que comento no puedo determinar si exactamente se ha comprendido el sentido de lo que es frustración del fin del contrato.

Afortunadamente, agotada la edición de mi tesis, para la comprensión de la frustración del fin del contrato puedo recomendar la lectura del capítulo correspondiente del libro *Il contratto del Diritto inglese*, de GIOVANNI CRISCUOLI (Cedam, 1990), y más recientemente un pequeño libro interesante titulado *La modificación del contrato*, de FERNÁNDEZ HIERRO (Editorial Aranzadi, 1992). También es útil la consulta de la obra de LUIGI DEVOTO, *L'obbligazione a esecuzione continuata*

COMPRAVENTA.—RESOLUCION.—VOLUNTAD REBELDE· FRUSTRACION DEL FIN DEL CONTRATO.—PROCEDENCIA: INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR.—FALTA DE PAGO DE PARTE DEL PRECIO: INNECESARIO PACTO RESOLUTORIO EXPRESO, COMPATIBILIDAD ENTRE LOS ARTICULOS 1.124 Y 1.504 DEL CODIGO CIVIL.—EFECTUADO EL REQUERIMIENTO NO PUEDE CONCEDERSE NUEVO PLAZO. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1992.)

Doña Ascensión D-F. B-B. formuló demanda contra don Antonio H.Q. sobre resolución de contrato de compraventa de vivienda e indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Madrid dictó sentencia el 7 de septiembre de 1988 estimando en parte la demanda, declarando resuelto el contrato si en el plazo de sesenta días los demandados no acreditan pagar al actor la suma que les falta por pagar, quedando, en caso contrario, en poder del demandante las cantidades entregadas por el comprador y con la condena al demandado a dejar libre y expedito y a disposición del actor la referida vivienda, bajo apercibimiento de desalojo si no lo hiciera en el plazo legal.

La actora y el demandado apelaron y la Sección 12 de la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 2 de octubre de 1989, estimó la apelación de la actora revocando parcialmente la apelada y declaró haber lugar a la demanda y a la resolución del contrato de compraventa con las demás declaraciones complementarias, sin concesión de plazo al demandado para pagar y desestimando el recurso de éste

La parte demandada interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

Fundamentos de Derecho. Primero.—El primero de los tres motivos —todos ellos amparados en el art. 1.692 5º LEC— en que se funda el recurso invoca infracción del artículo 1.504 del Código Civil, alegándose que no ha quedado acreditada «la voluntad de incumplimiento rebelde de los compradores», a cuyo respecto ha de acordarse, en primer lugar, que según la más reciente doctrina jurisprudencial, para la resolución del contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso tener una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte (SS. 24-2-1990 [RJ 1990, 713] y 7-6-1991 [RJ 1991, 4430]), así como que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria —y no sanada por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SS. 14 febrero y 16 mayo 1991 [RJ 1991, 1268 y 3706]), siendo, en definitiva, aplicable el artículo 1.504 a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quebra de la finalidad económica del contrato, el impago duradero, prolongado, injustificado (S. 20-12-1989 [RJ 1989, 8849], con cita de otras anteriores)

Estando probado —y así se declara en la sentencia recurrida— que el precio pactado en la compraventa de un piso, celebrada en 4 de diciembre de 1984, ascendió a un total de 3.050.000 pesetas, parte del cual (2.350.000 pesetas) «se abonaría en noventa días, acordándose que los compradores se comprometían a gestionar la solicitud de un crédito por ese importe ante una Caja de Ahorros, Banco Hipotecario o entidad pública o privada de crédito o cualquier otra, y que se cobraría en cuanto fuera concedido», los compradores no abonaron esta importante parte del precio ni procuraron «nunca solicitar el crédito» para pagarla, es evidente que cuando los vendedores notificaron, en julio de 1987, mediante carta certificada remitida con intervención del Notario, su decisión de resolver el contrato, se había producido un incumplimiento sustancial de los compradores, que hacía aquella precedente; y como consta también en la sentencia impugnada que el vendedor había cumplido «todo lo que le correspondía, incluso cancelando la condición resolutoria del negocio jurídico que le permitió la adquisición del piso vendido después a los demandados, condición que se dejó pendiente cuando hacía ya tiempo que habían sido pagadas las cincuenta mil pesetas del precio que quedaron aplazadas,

produciéndose la cancelación en el Registro de la Propiedad mediante escritura notarial de 5 de septiembre de 1985», o sea, casi dos años antes de notificarse la resolución contractual, ha de concluirse que la actitud pasiva de los compradores carece de la mínima justificación, de todo lo cual se sigue el decaimiento del motivo examinado.

Segundo.—Se acusa en el motivo segundo infracción del mismo artículo 1.504 porque, a juicio de los recurrentes, este precepto «exige para la resolución por falta de pago estipulación expresa», y en este caso se pactó únicamente para la parte de precio aplazado que debía abonarse mediante dieciocho letras de cambio, pero no en cuanto al resto de 2.350.000 pesetas que se adeudaba. Así es, pero el motivo ha de rechazarse porque el supuesto a que se refiere el artículo 1.504 es la compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado, por lo cual, háyase o no convenido pacto comisorio, al dejar de pagar los compradores parte del precio incurren en incumplimiento determinante de la resolución contractual, teniendo aplicación el precepto también cuando se dé la condición resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas siempre que concurren los requisitos de falta de pago del precio —o de parte del mismo— y el requerimiento del vendedor de que da por resuelto el contrato (SS. 30-12-1955 [RJ 1956, 241], 30-10-1956 [RJ 1956, 3425], 16-10-1961 [RJ 1961, 3304] y 7-6-1963 [RJ 1963, 3002]), habiéndose declarado asimismo jurisprudencialmente que se hace una exégesis equivocada del artículo 1.504 «al sostener que sólo si se hubiese pactado la resolución por falta de pago tiene lugar previo requerimiento, siendo así que el precepto lo que dice es que aun cuando se hubiese pactado expresamente, pero sin que deje de poder interesarse en los casos en que nada se hubiese hecho constar al respecto» (S. 20-10-1964 [RJ 1964, 4575]).

Tercero.—En el último motivo del recurso se invoca infracción del artículo 1.124 del Código Civil, insistiéndose en que el vendedor no cumplió sus obligaciones ni hubo voluntad de los compradores deliberadamente rebelde al pago, así como en que no existió pacto resolutorio expreso por impago de la parte del precio ascendente a 2.350.000 pesetas; y se refiere este motivo a que la sentencia de primera instancia hizo aplicación del párrafo tercero del artículo 1.124, lo cual es un dato intrascendente.

Para el rechazo de este motivo basta advertir que «los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil son compatibles y complementarios, constituyendo el segundo una especialidad de la regla general contenida en el primero, y cuando ha existido un correcto requerimiento judicial o notarial queda vedado para el Juez el otorgamiento de un nuevo plazo» (S. 5-9-1990 [RJ 1990, 6854]) y que las alegaciones aquí formuladas ya se han examinado al estudiar los motivos anteriores razonándose su inviabilidad.

Cuarto.—La desestimación de la totalidad de los motivos del recurso comporta la de éste con la consecuencia preceptiva (art. 1715 *in fine* LEC) de la imposición de costas a los recurrentes, pero con devolución del depósito indebidamente constituido.

CONCEPTO EQUIVOCADO Y APLICACION INADECUADA DE LA DOCTRINA DE LA FRUSTRACION DEL FIN DEL CONTRATO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO [CIVIL, SALA 1.ª] DE 14 DE MAYO DE 1992.)

El concepto de «frustración del fin del contrato» como una causa sobrevenida de ineficacia del mismo no aparece en nuestra bibliografía hasta mi tesis

doctoral, magistralmente dirigida por el profesor Díez-Picazo y publicada por la Editorial Tecnos en 1968. Desde entonces hasta tiempos recientes la materia queda olvidada y se hacen algunas referencias de pasada a la materia, sin entrar, ni mucho menos, en su estudio.

Pero hace relativamente poco tiempo, observando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vengo constatando que el Alto Tribunal habla con mucha frecuencia de que se ha «frustrado el contrato o el fin del contrato», ante cualquier motivo de insatisfacción en el devenir de un contrato, que experimenta una de las partes contratantes, y sobre todo se utiliza esta figura jurídica en materia de resolución de compraventa (ex arts. 1.124 y 1.504 CC), cuando se resuelve el contrato de compraventa por frustración de su fin, por algún tipo de incumplimiento de una de las partes contratantes.

Creo que me corresponde reconducir el concepto de frustración del fin del contrato a su verdadero sentido.

En mi tesis, yo sostenía que para que se produjese la frustración del fin del contrato era necesario que se tratase de un contrato de tracto sucesivo, bilateral y con sinalagma genético y funcional, y que en el devenir del mismo la prestación que tenía que realizar el contratante A dejaba de ser útil para el contratante B. y, por consiguiente, el contratante A. no podía empeñarse en concluir el contrato en los términos en que se había concertado, sino que era necesario detener la marcha del contrato de forma que el contratante A. tuviera que detenerse en realizar sus prestaciones, ya que no eran útiles para B., si bien B. tenía que restituir al contratante A. el *id quod interest* para resarcir al contratante A. de los gastos que había realizado para prepararse para cumplir. Por ejemplo, una fábrica de instrumentos de precisión para el uso de la artillería antiaérea, en Alemania Nacional Socialista, no podía empeñarse en seguir suministrando dichos instrumentos de precisión a un ejército alemán que prácticamente había desaparecido y ya no necesitaba artillería antiaérea. Alemania, que había sufrido una devastación sólo igualable a la que Cartago sufrió a manos de los romanos, no existía como Estado y no podía considerarse obligada a seguir comprando los instrumentos de precisión de la artillería antiaérea.

El Tribunal Supremo, en los últimos tiempos y en tema de resolución de la compraventa (ex arts. 1.124 y 1.504 CC), resuelve el contrato cuando hay una insatisfacción que recae en alguna de las partes contratantes, que puede consistir, por ejemplo, en que el comprador no pague el precio aplazado o en que el vendedor no otorgue escritura de compraventa. Esto no es frustración del fin del contrato; veámoslo en materia de compraventa:

A) Compraventa en que se entrega todo el precio en el momento de perfeccionar el contrato y la cosa se va entregando paulatinamente. Esto puede ocurrir en la venta de una colección de libros con precio de publicación e incluso de fabricación, pero si el fabricante de la cosa no puede continuar fabricándolas es una imposibilidad sobrevenida, culpable o fortuita, que produce la resolución del contrato, y hay que devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses.

B) Compraventa en que se entrega íntegramente la cosa y el precio se paga a plazos. Es el típico caso de aplicación de los artículos 1.124, 1.504 y 1.505 del Código Civil. Todo lo que se ha dicho y escrito sobre la condición resolutoria, expresa y explícita, y sus efectos sustantivos y registrales, lo doy por sabido y no continúo en su estudio.

C) Compraventa en que se van entregando las cosas a una cierta cadencia y se van pagando, más o menos, en la misma cadencia. Este convenio puede considerarse como varias compraventas o como una compraventa única de ejecución parcial en el tiempo o como un contrato de suministro. El contrato de suministro lo define el artículo 55, número 2, del Decreto de 6 de abril de 1967 al referirse a las transmisiones patrimoniales *inter vivos*, y lo define fiscalmente como «un contrato por cuya virtud una persona se obliga a entregar a otra mediante precio en dinero o signo que lo represente, en plazos sucesivos y cuantía que, condicionada a las necesidades del adquirente, no puede fijarse de antemano más que en términos sujetos a rectificación, una pluralidad de objetos muebles, unidades métricas de agua, gas o electricidad, u otras cosas susceptibles de ser pesadas, medidas o contadas».

En estas tres posibilidades de contratar, compraventas aisladas que forman un contrato complejo o compraventa única con prestaciones a una cierta cadencia o contrato de suministro, es cuando se debe aplicar la doctrina de la frustración del fin del contrato. En cuanto las prestaciones del contratante A. dejen de tener sentido para el contratante B. hay que detener el contrato. El contratante B. no debe ser obligado a seguir recibiendo prestaciones y está obligado a indemnizar al contratante A. en todo cuanto perjudique la interrupción del contrato.

Toda insatisfacción que un contratante sufra porque no se cumpla al pie de la letra un contrato, aunque sea de tracto sucesivo, no es frustración del fin del contrato. Sólo lo es la ineficacia sobrevinida por la pérdida de sentido del cumplimiento completo del contrato cuando para una de las partes ya no tiene razón de ser.

Lo que sí hay que señalar, ya lo hice al comentar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1992, es que el Tribunal Supremo cambia en la interpretación de la resolución de la compraventa; ya no exige el elemento subjetivo en el comprador de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, sino que se conforma con un incumplimiento objetivo y claramente obstativo a la posibilidad de que la compraventa llegue a sus últimas consecuencias.

Si hay alguna ciencia en que la precisión terminológica es fundamental, es la ciencia del Derecho. Los juristas no podemos olvidar aquella frase de Ortega y Gasset, «en el principio era el Verbo, ese poco de aire estremecido que en la mañana confusa del Génesis tuvo potencia creadora».

COMPRAVENTA —RESOLUCION: ES SUFICIENTE CON QUE SE FRUSTRE EL FIN DEL CONTRATO PARA LA OTRA PARTE, SIN QUE SEA PRECISO QUE EL CONTRATANTE INCUMPLIDOR ACTUE CON ANIMO DELIBERADO DE CAUSAR EL INCUMPLIMIENTO.—INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR: BIEN INMUEBLE FALTA DE PAGO DEL PRECIO. OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA AL HACERLO EFECTIVO. (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1992.)

Doña María Jesús M. L. formuló demanda, en juicio declarativo ordinario sobre reclamación de cantidad, contra doña Estefanía y doña Clotilde F. L., quienes se opusieron a la demanda y formularon reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda y estimando parcialmente la reconvencción.

En grado de apelación, la Audiencia desestimó el recurso interpuesto por la actora.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Ponente: Excmo. Sr. don Teófilo Ortega Torres.

Fundamentos de Derecho—*Primero*. En el único motivo del recurso, amparado en el artículo 1.692 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se invoca «la indebida aplicación del artículo 1.504 del Código Civil, que no debió ser aplicado, desestimándose la reconvencción», y se alega, en síntesis, por la recurrente, doña María Jesús M. L., compradora —mediante contrato formalizado en documento privado de fecha 30-10-1981— de una vivienda propiedad de doña Estefanía y doña Clotilde F. L., que «la obligación de pago se pactaba para efectuarse de manera simultánea al otorgamiento de la escritura pública de compraventa», así como que no fue nunca requerida para dicho otorgamiento, por lo que «no debe abonar o satisfacer el precio pactado hasta tanto no se le ofrezca el cumplimiento de la obligación pactada de formalizar el contrato para su inscripción», de donde resultaría que son las «vendedoras, si quieren invocar su facultad de resolución, las que deberán acreditar haber requerido» a la señora M. «para el pago y otorgamiento de escritura»

Segundo.—La sentencia impugnada, que acepta y da por reproducidos los contenidos de la dictada en primera instancia, razona perfectamente la tesis contraria a la mantenida por la recurrente; en efecto, recuerda la cláusula primera, letra *d*), del contrato de compraventa, conforme a la cual se satisfarán dos millones de pesetas en un plazo de ciento cincuenta días, a contar desde el 30 de octubre de 1981, «en cuyo momento se formalizará la escritura pública de venta», sin que conste ninguna otra obligación de las vendedoras al respecto; vencía, pues, el plazo de pago el día 29 de marzo de 1982 —no el 19, como por error consta en la sentencia de segunda instancia, aunque sí figura correctamente en la del Juzgado—, y como no hay constancia de que la compradora cumpliera su obligación de pagar esta parte del precio, según lo pactado, ni siquiera de que ofreciese su pago, estima la Sala que se evidenció su voluntad rebelde al cumplimiento, que hace aplicable lo dispuesto en el artículo 1.504, dado que «son las vendedoras las que requieren notarialmente a la compradora por acta verificada el 14 de julio de 1982 —también hay error, ya que fue el 16, como consta en la sentencia del Juzgado—, haciéndola saber su voluntad resolutoria»

Tercero—Independientemente de que, según la más moderna doctrina jurisprudencial, para la resolución del contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte (SS. 24-2-1990 [RJ 1990, 713], 7-6-1991 [RJ 1991, 4430], 4-3-1992 [RJ 1992, 2157]), sin que sea preciso que el contratante actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento (SS. 14 febrero y 16 mayo 1991 [RJ 1991, 1268 y 3706]), han de rechazarse las alegaciones de la señora M. —y, por ende, el motivo examinado— porque es indiscutible que quien debía tomar la iniciativa para el otorgamiento de la escritura pública era la compradora, ya que el pago de los dos millones de pesetas al precio aplazado había de realizarse en dicho acto y las vendedoras no podían saber si la compradora se hallaba dispuesta a efectuarlo, cuanto menos cuando, como se dice en la sentencia impugnada, en cartas dirigidas por la señora M. a las señoras F., reconoce aquélla que no han podido pagar «los dos millones que habíamos convenido» (carta fechada 22-3-1982) y dice que «os ruego os pongáis en contacto conmigo lo antes posible para concertar una cita con el fin de decidir la forma de renovación del contrato inicial» (carta de fecha 5-6-

1982). Es, por tanto, meridianamente claro que el único incumplimiento habido es el de la compradora y que las vendedoras en ningún momento se opusieron al otorgamiento de la escritura según lo pactado ni lo demoraron injustificadamente. Es importante advertir, por último, que la obtención del crédito a que se refiere la recurrente, para facilitarla el pago de lo adeudado, no podía verse afectado por el hecho de demorarse el otorgamiento de la escritura pública, pues ésta había de otorgarse precisamente cuando se hiciera efectiva la suma debida, y si ha de relacionarse únicamente con los intereses devengados, respecto a los cuales se estipuló en el contrato que serían garantizados con hipoteca o condición resolutoria una vez liquidados, lo que había de realizarse al otorgarse la escritura pública.

Cuarto —La desestimación del único motivo del recurso comporta la de éste con la preceptiva consecuencia (art. 1.715 *in fine* LEC) de la imposición de las costas a la recurrente y la pérdida del depósito constituido.

VICENTE ESPERT SANZ
Doctor en Derecho
Notario de Valencia

c) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

RESOLUCION DE APARCERIA.—LA CASACION NO ES UNA TERCERA INSTANCIA, POR LO QUE NO PUEDE APRECIARSE UN MEDIO DE PRUEBA QUE HA SIDO VALORADO CONJUNTAMENTE POR LA SALA DE INSTANCIA. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1990.)

El Juzgado de Seo de Urgel estimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia de Barcelona.

No triunfa la casación. Todos los motivos se fundan en el documento privado de 24 de abril de 1944, pero éste fue valorado conjuntamente con los demás medios de prueba, teniendo como fundamento el recurso llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, olvidando que este recurso no es una tercera instancia, sino un mero remedio procesal encaminado a determinar si, dados unos determinados hechos, es o no correcta la solución dada por el órgano jurisdiccional de instancia.

DESAHUCIO.—EL VALOR DE LA FINCA ARRENDADA ES SUPERIOR EN DOS VECES AL PRECIO DE VENTA DE LAS FINCAS DE LA MISMA NATURALEZA EN LA MISMA ZONA, LO QUE SUPONE LA APLICACION DEL CODIGO CIVIL AL ARRENDAMIENTO, TANTO EN LA LEGISLACION VIGENTE COMO EN LA ANTERIOR. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1990.)

El Juzgado de Primera Instancia de Santoña estima la demanda y la Audiencia de Burgos desestimó la apelación.

No prospera la casación. La circunstancia de que el valor de la finca sea superior al doble del precio que corresponde en la zona a las de su calidad y cultivo agrario se acredita por el informe pericial del ingeniero técnico de 30 de octubre de 1984 y por otro posterior que ratifica éste y dice que incluso en 1987, fecha del contrato, la finca era urbanizable. La certificación del director general de Vivienda y Ordenación del Territorio en la que se dice que no era urbanizable no prueba que el valor de la finca no sea superior en dos veces al precio de venta de las mismas. La disposición transitoria primera de la Ley de 1980 sujeta a la misma a todos los arrendamientos de finca rústica, cualquiera que sea su fecha de celebración, y sentado como hecho inmovible que el valor en venta de la finca de autos supera en más de dos veces el precio que corresponda en la comarca a las de su misma calidad y cultivo agrario, obvio es que se den los elementos fácticos necesarios y suficientes para la aplicabilidad de la norma aludida. De otra forma, aun cuando el contrato se suscribió antes de la Ley de 1980, la legislación anterior preveía en forma análoga a la actual la aplicación de las normas del Código Civil a los arrendamientos de fincas rústicas cuyo valor excediese en dos veces el valor rústico de la misma y si las partes quisieron que se aplicara al arrendamiento de autos la normativa de la Ley Especial, mal puede entenderse que tal fórmula contenga una renuncia a la aplicabilidad de sus disposiciones, en este caso excluyentes, al arrendamiento cuestionado.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—ES VALIDA LA DENEGACION DE PRORROGA HECHA CON UN AÑO DE ANTELACION AL FINAL DEL CONTRATO.—EL ARRENDATARIO ES TITULAR DE EXPLOTACIONES AGRARIAS QUE SUPERAN LAS 500 HECTAREAS. (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1990.)

El Juzgado número 3 de Jerez de la Frontera estimó en parte la demanda, declarando resuelto el contrato por exceder del límite de 500 hectáreas de secano las explotaciones agrarias de las que es titular, pero no por cumplimiento de plazo. La Audiencia de Sevilla estimó que procedía también la resolución por vencimiento de plazo.

No procede la casación. Concertado el arrendamiento en 1982 por seis años, cuando faltaba un año se le denegó la prórroga al arrendatario por requerimiento notarial. El arrendatario es titular de varias explotaciones, que según la prueba pericial eran de 417 hectáreas, por una parte, y de 126 por otra, excluidos los terrenos con pendientes superiores a un 20 por 100, yacimientos, olivar, arroyos, eriales, matorral, monte bajo y sesmos. En el recurso se dice que ha terminado el arrendamiento de una de las fincas, pero si poseyó la finca hasta 31 de marzo de 1986, esa posesión no pudo ser más que en concepto de arrendatario, salvo infracción del artículo 1256 del Código Civil. El artículo 18 de la Ley de Arrendamientos Rústicos dice que si las fincas arrendadas incluyen superficies incultas, calificadas como eriales, matorrales, monte bajo, dichas superficies no se computarán a los efectos de este artículo, y ya la Sala tuvo en cuenta el informe pericial para fijar la extensión cultivable. La fecha de 1 de enero de 1982 que ha sido fijada como comienzo del contrato no puede desvirtuarse por la afirmación de que el contrato comenzó a regir el 1 de septiembre de 1981 para dejar sin efecto el requerimiento de denegación de prórroga verificado por la entidad recurrida. Nada demuestra que la inte-

pretación del contrato verificada por la Sala de instancia haya sido hecha en perjuicio del arrendatario ni que éste haya hecho renuncia alguna de sus derechos como tal.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO SE HAN CONSIGNADO LAS RENTAS DE UN TRIMESTRE HASTA DESPUES DE QUE LA OTRA PARTE DENUNCIO EL PAGO DE LAS MISMAS, POR LO QUE NO PROCEDE LA ADMISION DEL RECURSO (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1990)

El Juzgado de San Fernando declaró resuelto el contrato, confirmando la Audiencia en apelación

No prospera la casación. Establecido en el número 3 del artículo 36 de la Ley de Arrendamientos Rústicos que los plazos de renta que venzan durante la sustanciación del pleito deberán ser consignados, bajo pena de tener por desistido de la reclamación al arrendatario o al aparcerero y acreditado que los demandados, hoy recurrentes, dejaron impagado el primer trimestre del año agrícola 1988-89 que debían adelantar, de acuerdo con el contrato y que sólo consignaron después que por la contraparte se acusó su impago, obvio es que el Auto de la Audiencia de Sevilla de 7 de diciembre de 1988 en el que se tuvo por desistidos del recurso de apelación a los demandados, en modo alguno violó los preceptos citados ni infringió el artículo 24 de la Constitución. Sin que quepa tampoco aplicar la doctrina de la Sentencia de 6 de junio de 1988 en la que por constar al Juez, aunque no se hubiera alegado por la parte recurrente, que ésta se hallaba al corriente en el pago de sus rentas, procedía admitir el recurso toda vez que aquí, lejos de constar el pago de las rentas, aparece claramente su impago, como lo demuestra la tardía consignación de los recurrentes

RESOLUCION DE APARCERIA —LA FORMA ESCRITA NO TIENE CARACTER «AD SOLEMNITATEM» EN EL ARRENDAMIENTO Y SE PUEDE SUPLIR SU CARENCIA POR LAS CIRCUNSTANCIAS QUE RIJAN POR COSTUMBRE EN LA LOCALIDAD O EN LA COMARCA (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1990.)

El Juzgado de Plasencia estimó la demanda y la Audiencia desestimó la apelación.

No prospera la casación. La demanda solicita el fin de la aparcería por haber expirado el término señalado o por fraude o deslealtad en la entrega de los frutos a la propiedad. La parte demandada formuló reconvención pidiendo la conversión de la aparcería en arrendamiento, lo que desestimó tanto la primera como la segunda instancia, estimando en cambio la demanda. El informe de la Agencia Nacional del Tabaco en su Jefatura de Cáceres señala que los períodos correspondientes a los distintos cultivos del tabaco están sujetos a las variedades de esta planta y a las zonas, no habiendo especificado lo atinente al que corresponde a la situación de la finca y la variedad de la planta, entregándose la tierra por el propietario preparada para el cultivo, por lo que la cesión se hacía sólo de abril a noviembre de los años en que tal cesión se producía y la advertencia de que no existía prórroga tácita sin nuevo acuerdo por escrito. La aportación del demandado consistía en trabajar la

tierra y explotarla, sin que el aparcerero haya podido probar sus aseveraciones en contra de la sentencia recurrida. No se puede pretender que la aparcería se ha convertido en arrendamiento por no existir contrato durante el año 1983, ya que la exigencia escrituraria para la validez de la aparcería proviene del imperativo «deberá» que emplea el artículo 107 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, puesto que la norma no dice que cuando falte la forma escrita la relación contractual sea la del arrendamiento, porque el legislador otorgue carácter *ad solemnitatem* a la forma escrita, supliéndose su carencia por las circunstancias que rijan por costumbre en la localidad o en la comarca, por lo que esta exigencia viene a enmarcarse en la general del artículo 1.279 del Código Civil en relación con los artículos 1.278 y 1.280 del mismo Código y, además, la reanudación de la forma escrita en el año 1986 supone una novación que anula o modifica la ausencia de datos ciertos del año 1983, cuyas circunstancias son irrelevantes.

Arrendamientos urbanos

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTOS—NO ALTERA LA CONFIGURACION DEL INMUEBLE LA OBRA CONSISTENTE EN LA SUSTITUCION DEL PAVIMENTO, TAMPOCO LA ALTERA LA INSTALACION DE UN COBERTIZO QUE SE PUEDE SEPARAR DEL EDIFICIO SIN DETERIORO DEL MISMO (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1990.)

El Juzgado número 3 de Granollers desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior

Sí prospera la casación La sentencia de apelación además de apreciar la existencia de ciertas obras alegadas en la demanda se funda en la existencia de un cobertizo, pero la realidad es que en la demanda se habla de tal cobertizo, por lo que no existe la indefensión de los demandados que éstos pretenden, ya que tuvieron conocimiento de las obras en que el actor fundaba su demanda. Tampoco la pavimentación de un patio supone obras que modifiquen la configuración de la vivienda o del local La alteración de la configuración existe sólo cuando se altere el espacio comprendido en el local arrendado, sin que quepa entender como tal alteración las obras de sustitución del pavimento (S. de 10 de febrero de 1960) que sólo afectan a la superficie de elementos ya existentes en el local. En cuanto al cobertizo, no se ha tenido en cuenta la doctrina jurisprudencial en la que se proclama que las obras de carácter mueble que se pueden separar del edificio sin deterioro ni menoscabo no pueden considerarse implicadas en el artículo 1147 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que ocurre aquí por ser el cobertizo fácilmente desmontable.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—CONSTITUYE MAQUINACION FRAUDULENTE LA OCULTACION DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO CUANDO UNA MINIMA DILIGENCIA HARIA POSIBLE LOCALIZAR AL DEMANDADO (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1990.)

Prospera el recurso de revisión contra la sentencia del Juzgado número 2 de Barcelona. Fue designado por el demandante un domicilio de la demanda-

da, y ante la diligencia en la que se hacía constar no haber practicado el emplazamiento por hacer cinco años que la demandada se había ido, el actor instó el emplazamiento por edictos a pesar de que el Letrado y el administrador conocían la designación del domicilio de la referida demandada en dicho juicio en otro edificio, lo que pone de manifiesto que en la designación de domicilio desconocido ha mediado el ánimo de impedir la audiencia del demandado y consiguiente defensa en el relacionado juicio, generando con ello la maquinación fraudulenta determinante de revisión, conforme al número 4 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, conforme a reiterada jurisprudencia, la ocultación del domicilio constituye maquinaciones fraudulentas cuando una mínima diligencia, haciendo adecuadas gestiones, posibilitaría localizar a la demandada.

REPARACIONES NECESARIAS.—LAS REPARACIONES NECESARIAS NO SUPERAN EL 20 POR 100 DEL VALOR DEL EDIFICIO, POR LO QUE NO PROCEDE LA RESOLUCION DEL ARTICULO 118 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.—LA RESOLUCION POR TRASPASO INCONSENTIDO YA FUE JUZGADA EN OTRO LITIGIO. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1990.)

El Juzgado número 4 de Barcelona desestimó la demanda y estimó la reconvencción, declarando resuelto el contrato de arrendamiento de los locales, pero la Audiencia revocó, condenando al demandado a realizar las obras necesarias, desestimando la reconvencción.

No triunfa la casación. Admitida por el demandado la realidad de los desperfectos y necesidad de las reparaciones, la discusión gira en torno a la desestimación de la reconvencción en la que se pretende la resolución del contrato porque las obras de que está necesitada la finca arrendada supone el 50 por 100 de su valor, causa de resolución, además de diversos traspasos inconscitados llevados a cabo por el demandante. La Sala de instancia aprecia que según los diversos dictámenes periciales, entre ellos el de los servicios técnicos municipales en el expediente de ruina, el coste de las reparaciones apenas supone un 20 por 100 del valor de edificio, concluyendo con la improcedencia de la causa de resolución del número 2 del artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, contra lo que no cabe argumentar con el menor valor del inmueble y correlativa infravaloración del coste de las obras operando con los dictámenes más convenientes al propósito de resolución del contrato ni atribuyendo indiscriminadamente el importe de las obras haciéndolas recaer íntegramente sobre determinado local que es el objeto del arriendo con exclusión de los demás, sin acreditar objetivamente cuáles obras son las que necesariamente afectan sólo a los locales del demandado y cuáles han de ser excluidas del cómputo por su generalidad y naturaleza. En cuanto a los traspasos inconscitados, la sentencia impugnada considera que idéntica pretensión fue objeto de pronunciamiento y resolución en otro proceso entre los mismos litigantes, estimando el Juzgador de instancia que no ha habido alteración de la *causa pretendi*, y ante la ausencia de toda especificación que puntualice cuál de las diferentes situaciones contempladas en los artículos 22 (subarriendo) y 29 (traspaso), pues en uno y otro litigio el arrendador se limita a presentar la misma introducción de tercero, siendo apreciado en ambos pleitos la misma relación jurídica y no habiéndose introducido un tercero con

posterioridad al primer litigio, concluye con la existencia de cosa juzgada, ya que la pretensión objeto del proceso fue juzgada en el litigio anterior

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL HECHO DE QUE LA ACCION PARA RECLAMAR LAS RENTAS IMPAGADAS SE EJERCITE ANTES DE LA RESOLUTORIA NO SUPONE ABUSO DE DERECHO NI FRAUDE DE LEY EN EL EJERCICIO DE ESTA ULTIMA. (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1990.)

El Juzgado número 2 de Arrecife estimó la demanda y la Audiencia confirma.

No triunfa la casación. En la contestación a la demanda se reconoce haber cedido parte del negocio a los codemandados, lo que evidencia que se operó la cesión parcial de la sede sobre la que la industria se asienta como soporte del local. No puede admitirse que el actor, teniendo conocimiento de la cesión de una parte indivisa del negocio, ejercite la acción de reclamación de rentas, lo que implicaba un reconocimiento de la cesión, por lo que el ejercicio actual de la acción resolutoria comporta un acto en fraude de Ley y un abuso de derecho, pero no puede estimarse que existan fraude ni abuso porque preferiera el actor atender momentáneamente a hacer efectivas unas rentas impagadas, y sólo después de haberlas cobrado, y desde luego antes de que prescribiera la acción resolutoria, acudió en esta litis a su ejercicio, sin que integre abuso ni fraude. La jurisprudencia de esta Sala estima la existencia de traspaso tanto en los casos de sustitución de una sociedad por otra como en aquellos otros en que se aparta a uno de los comuneros del uso del local arrendado, quedando el otro como usuario del mismo, lo que no infringe los artículos 40 y 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos como erróneamente sostiene el recurrente.

DESAHUCIO.—LA ENTIDAD OCUPANTE DE LA VIVIENDA TENIA UN DERECHO AL USO DERIVADO DEL DE LA ARRENDATARIA, POR LO QUE EXTINGUIDO EL DERECHO DE ESTA ULTIMA CARECE AQUELLA DE TITULO PARA SEGUIR OCUPANDO LA VIVIENDA (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1991.)

El Juzgado número 11 de Barcelona estima la demanda, confirmando la Audiencia.

No prospera la casación. La dueña de la vivienda concertó el arriendo con una asociación, a la que autorizó para compartir el uso con otra, cuyo uso era derivado del arrendamiento anterior, atribuyéndose la propietaria la facultad de resolver el contrato anticipadamente en el caso de que la arrendataria no mantenga la finalidad propia. Esta otra asociación sólo ocupó algunas piezas de la vivienda mientras aquella fue arrendataria. Extinguido el derecho de la arrendataria, queda la otra asociación como poseedora sin título. La demandada sólo participó como cooperante en el cometido o en la obra de tipo social de la arrendataria, de forma que siempre se supeditó dicha intervención a la persistencia del contrato de arrendamiento, por lo que es obvio que, extinguido el mismo, la demandada carecía de causa que justificara su permanencia en el local, y tratándose de un poseedor sin título es viable que proceda la

acción reivindicatoria, al amparo del artículo 348 del Código Civil. La cooperación, tolerada por la arrendadora, estaba ligada al mantenimiento de la relación arrendaticia, por lo que extinguida ésta ha de extinguirse la relación derivada, sin que sea posible que recupere una cualidad autónoma.

C. R. R

4. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

LEGITIMACION ACTIVA — LA ACCION DECLARATIVA HA DE EJERCITARSE POR QUIEN DICE OSTENTAR EL DERECHO QUE RECLAMA O POR QUIEN TENGA SU REPRESENTACION VOLUNTARIA O LEGAL (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1992)

Ponente Excmo. Sr D. Matías Malpica y González-Elipe.

Hechos.—La Asociación denominada «Unión Profesional de Agricultores y Ganaderos del Monte Acotado de Erla» promovió demanda interesando la declaración de que sus miembros están poseyendo y cultivando distintas parcelas rústicas enclavadas dentro de mayores fincas que figuran inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre del Ayuntamiento de Luna, que dichas parcelas las vienen cultivando y poseyendo dichos miembros por sí mismos o por sus causantes, quieta, pacífica e ininterrumpidamente hace más de treinta años, sin oposición, y que no tienen dichas parcelas la naturaleza de bienes comunales.

A la demanda, dirigida contra los Ayuntamientos de Erla y de Luna, contestó el primero oponiéndose parcialmente a ella, y el Ayuntamiento de Luna se opuso alegando la falta de legitimación activa y solicitó en definitiva la absolución de la demanda. Esta última tesis fue aceptada por las sentencias de ambas instancias.

Planteado el recurso de casación es rechazado por el Supremo en base a la siguiente

Doctrina.—Siendo, como es, la acción declarativa una acción dimanante del dominio, ha de entenderse que quien la ejercita ha de ser el que dice ostentar ese derecho cuya declaración reclama; y que de no hacerlo personalmente el propietario ha de ejercitarlo otra persona natural o jurídica que venga a la litis investida de la representación de aquélla por acto individualizado de conferimiento o por atribución legal.

En este caso falta la primera hipótesis de representación voluntaria e igualmente tampoco existe aquí representación legal, puesto que la acción entablada no se refiere «a la defensa de los intereses profesionales en su actuación económica u otro concepto análogo que los trabajadores o empresarios determinen en sus Estatutos», como reza el artículo 1.º 1 y 2 y 3.º de la Ley 19/1977, de 1 de abril, a cuyo amparo se constituyó la Unión Profesional que actúa en nombre de sus miembros

Respecto a la violación de la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 24 de la Constitución, y alegado como motivo tercero del recurso por el recurrente, la Sala lo rechaza afirmando que la tutela judicial efectiva no

consiste en la obtención o logro del reconocimiento de un pretendido derecho de toda costa, sino en el concienzudo y razonado análisis del mismo por los Tribunales competentes y dentro de los cauces marcados por las leyes.

RECURSO DE REVISION.—ES DE CARACTER RIGUROSAMENTE EXTRAORDINARIO Y NO ADMITE INTERPRETACION EXTENSIVA ALGUNA DE SUS LIMITADAS CAUSAS. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1992.)

Ponente: Excmo. Sr D. Jesús Marina Pérez-Pardo.

Hechos —Se presenta recurso extraordinario de revisión contra una sentencia firme dictada por la Sala 2.ª de la Audiencia Territorial de Granada. La demanda de revisión se presenta al amparo del número 1.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual «habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1.º Si después de pronunciada se recobren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado».

En el presente caso se alega que después de dictada la sentencia en la que se ordenó el deslinde de fincas y una vez ejecutada la ocasión de unas excavaciones, han surgido viejos mojones que deslindaban las fincas y que, de haberse conocido, habrían variado el fallo de la sentencia.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso interpuesto en base a la siguiente *Doctrina*.—Aun admitiendo la certeza de los hechos, no cabe apoyar una sentencia estimatoria de la revisión porque no se ha recobrado documento alguno. No es documento recobrado el acta notarial levantada ni las fotografías de las excavaciones, y no se aprecia fuerza mayor. En consecuencia, no se da ninguno de los requisitos en que se apoya un recurso que por su propia naturaleza es de carácter rigurosamente extraordinario y no admite interpretación extensiva alguna de sus limitadas causas.

RECURSO DE REVISION—ES DE NATURALEZA EXTRAORDINARIA Y DE INTERPRETACION RESTRICTIVA. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1992.)

Ponente: Excmo. Sr D. José Almagro Nosete.

Hechos.—Se formula recurso extraordinario de revisión contra una sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Mérida número 1, de fecha 21 de septiembre de 1983.

El demandante en súplica de revisión aduce como fundamento de la misma el motivo 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por cuanto considera que la sentencia se ha ganado injustamente en virtud de maquinación fraudulenta, consistente en la ocultación de su verdadero domicilio a fin de que fuera emplazado, como así ocurrió, en domicilio erróneo, causándole indefensión al ser juzgado en rebeldía.

El Tribunal Supremo declara improcedente el recurso en base a la siguiente

Doctrina —Ni de las manifestaciones y reconocimiento de las partes ni de las pruebas practicadas se desprende ninguna actuación maliciosa de la entidad actora en el proceso causal. Además el propio actor en revisión reconoce

que no sólo tuvo conocimiento de la existencia del proceso pendiente y supo que figuraba como demandado, sino que como tal demandado prestó confesión en los autos principales

Por lo tanto, tuvo oportunidad de mostrarse parte y actuar en consecuencia, al menos con fecha cierta, desde el día 6 de mayo de 1983; y la demanda de revisión se interpone el día 15 de septiembre de 1988, fuera sobradamente del plazo de tres meses que establece el artículo 1.798, extemporaneidad tanto más ostensible si se piensa que el número 4º del artículo 1.798 en conexión con la naturaleza extraordinaria y de interpretación estricta de la revisión se refiere a un conocimiento devenido con posterioridad a la sentencia firme y nunca antecedente a la misma.

RECURSO DE REVISION —HA DE PROBARSE CON PRECISION EL DIA A PARTIR DEL CUAL HA DE CONTARSE EL PLAZO DE TRES MESES PARA INTERPONERLO (ART. 1.798 LEC) —EL RECURSO DE REVISION NO ES UNA SEGUNDA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1992.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández

Hechos —Se interpone recurso de revisión respecto de una sentencia firme dictada por la excelentísima Diputación Provincial de Valladolid de fecha 24 de mayo de 1985

En la demanda de revisión la recurrente alega en su encabezamiento, sin más, que «ha tenido conocimiento del procedimiento judicial en fecha reciente», y la fundamenta en supuestas maquinaciones fraudulentas (núm. 4º art. 1796 LEC) y en haber recobrado documentos decisivos detenidos por fuerza mayor (núm. 1 art. 1.796 LEC).

La Sala declara improcedente el recurso de revisión interpuesto en base a la siguiente

Doctrina.—El plazo de tres meses que señala el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para interponer el recurso de revisión es legítimo en cuanto tiende a preservar un principio constitucional como el de seguridad jurídica, plasmado aquí en la invulnerabilidad de la cosa juzgada.

El *dies a quo* de ese plazo ha de probarse con precisión, lo que en este caso no se ha hecho, siendo causa suficiente del fracaso del recurso.

Pero aunque no se diera esta causa insoslayable de fracaso del recurso, dice el Tribunal que tampoco concurren los motivos alegados.

Por un lado, la demandada, actual recurrente de revisión, fue citada para el juicio de menor cuantía promovido por el comprador en el domicilio que ella misma eligió espontáneamente en el documento privado, por lo tanto no hubo móvil por parte del entonces actor de dificultar o impedir que llegase a la demandada la citación para juicio ni ánimo deliberado de provocar su indefensión, como siempre ha exigido la Sala.

En cuanto a que se hayan recobrado documentos decisivos, en este caso no se alega ni siquiera tal circunstancia de que sean decisivos ni la circunstancia de que hayan sido detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiere dictado la sentencia. Y hay que tener en cuenta que el recurso de revisión no es de segunda instancia.

NO EXISTE INDEFENSIÓN CUANDO NO SE HA PEDIDO LA SUBSANACIÓN DE LAS FALTAS O TRANSGRESIÓN EN TODAS LAS INSTANCIAS, UTILIZANDO LAS FACULTADES Y LOS RECURSOS PREVISTOS (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1992)

Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

Hechos.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Mieres se plantea demanda solicitando la nulidad de determinados testamentos.

Desestimada la demanda se apeló a los interesados ante la Audiencia Territorial de Oviedo, la cual igualmente desestimó el recurso, confirmando la primera resolución.

Formulado recurso de casación es desestimado por la Sala en base a la siguiente

Doctrina.—El único motivo casacional admitido argumentó quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras que rigen los actos y las garantías procesales, determinante de indefensión en los recurrentes

La infracción formal se presenta bajo dos vías convergentes. Una que se refiere expresamente a la prueba pericial practicada en las actuaciones. Al efecto se aduce que la emisión de la pericia se llevó a cabo sin la intervención de los recurrentes. El quebrantamiento denunciado exige la concurrencia precisa de dos requisitos. El primero es que efectivamente se haya producido quebranto adjetivo, es decir, que no se hayan observado, infringiéndolas, las normas reguladoras de los actos y garantías procesales. Lo que en este caso no sucede, pues en el desarrollo de la referida prueba técnica se ha cumplido la normativa que la disciplina. El segundo requisito determinante de indefensión, conforme al artículo 1 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en todas las instancias, mediante las convenientes protestas, utilizando las facultades y los recursos previstos; lo que no han llevado a cabo en forma alguna los hoy recurrentes ni en la primera instancia ni en el trámite de apelación, por lo que se da un evidente y claro acatamiento.

También se proyecta el quebrantamiento alegado en una segunda dirección concretada a que se ocasionó privación de prueba a los recurrentes. La probanza de referencia consistía en dictamen sobre la autenticidad de las firmas que aparecen en los testamentos impugnados. Al tenerse que llevar a cabo el reconocimiento pericial sobre las matrices públicas, el Notario requerido manifestó, una vez más, que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Notariado el cotejo pericial debía de realizarse en la Notaría en la que se custodiaban los originales de dichas escrituras, por lo que lo más conveniente era el desplazamiento a dicha oficina de los funcionarios. Pero tanto en el trámite de alzada como en el de primera instancia la parte no prestó la colaboración necesaria, no planteó recurso alguno sobre la no práctica de la prueba de referencia y dejó transcurrir en la apelación el plazo probatorio que le restaba sin intentar aportar los medios necesarios para que la prueba pudiera efectuarse.

RECURSO DE REVISIÓN.—DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1992)

Ponente. Excmo Sr. D Luis Martínez Calcerrada.

Aprovechando la ocasión de un recurso de revisión, el Magistrado Ponente hace una brillante exposición y resumen de la doctrina del Tribunal Supremo en torno a este extraordinario proceso, que se refleja en los siguientes puntos:

A) El recurso de revisión, dado su carácter extraordinario y excepcional, aparece limitado en su alcance, condiciones precisas y plazo para su ejercicio por la normativa, de inexcusable observancia, contenida en los artículos 1.796 a 1.800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin posibilidad de extenderlo a casos supuestos distintos de los en ellos taxativamente señalados (SSTS de 1 y 15-2, 8-6 y 21-10-1992).

B) La interpretación de dichos supuestos ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no especificados en el texto legal, para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada, que no puede ponerse en entredicho (SSTS de 13-4 y 25-5-1981, 8-5 y 8-6-1982)

C) No es en última instancia ni este remedio formal puede servir para subsanar deficiencias procedimentales que pudo reparar la parte, ya que, rigiendo el principio dispositivo, al ejercitarse una facultad se ha de pechar con las consecuencias perjudiciales o cargas que de ello se deriven (STS de 21-12-1988).

D) No es posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada (SSTS de 30-6, 14-7 y 3-11-1989).

E) El plazo para interponerlo es el de tres meses, contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude (art. 1 798 LEC), y ello requiere de manera inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal *dies a quo*, que debe probarse con precisión (SSTS de 23-1-1965, 17-10-1969, 24-3-1972, 14 y 19-2-1981, 15-2 y 14-6-1982, 6-4-1985, 15-7-1986 y 11-5-1987).

F) Carece de alcance y efecto de documento decisivo recobrado, detenido por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor la sentencia fue dictada, requerido por el artículo 1.796, aquél concebido en los mismos términos del aportado en el juicio determinante de la sentencia recurrida en revisión (STS de 13-12-1988).

G) Es necesario que los documentos cumplan estos dos requisitos: que sean decisivos, esto es, con valor y eficacia bastante para que el fallo de la sentencia hubiese sido en sentido contrario o diferente al recaído, y segundo, que dichos documentos hayan sido detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado la sentencia (SSTS 3-2 y 2-10-1989).

H) Y no es procedente quedar acreditados los mismos extremos que en el excepcional recurso de revisión se pretenden replantear (SSTS de 18-1 y 4-10-1989)

RECURSO DE REVISION.—EL PLAZO QUE SEÑALA EL ARTICULO 1.798 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL PARA INTERPONERLO ES DE CADUCIDAD Y NO ADMITE INTERRUPCION. (SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1992.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

Hechos.—En el presente caso el recurso de revisión se interpone mediante demanda que se presenta en el Tribunal Supremo con fecha 29 de marzo de 1988. En la misma se dice que ha descubierto la demandante el fraude o maquinación que denuncia con fecha 4 de enero de dicho año, al negarse el Juzgado por auto a reponer la providencia de fecha 10 de diciembre de 1987.

En esta providencia el Juzgado acordó la ejecución de la sentencia firme de desahucio de piso arrendado por A. a la hoy recurrente en revisión contra dicha sentencia.

En providencia consta que le fue notificada personalmente a la misma el 16 de diciembre de 1987.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de revisión en base a la siguiente

Doctrina —Es evidente que en este caso el recurso de revisión se ha interpuesto fuera del plazo de tres meses que señala el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la maniobra fraudulenta que denuncia, consistente en la omisión por el actor en el juicio arrendaticio del verdadero domicilio de la demandada pudo serle inmediatamente conocida, a raíz de la notificación de aquella providencia

Por otra parte, siendo el plazo del artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de caducidad, no puede entenderse interrumpido por el recurso de reposición contra la providencia de 10 de diciembre de 1987 ni por el recurso de amparo, ambos interpuestos por la demandada, ahora recurrente en revisión

RECURSO DE REVISION.—NO ES NECESARIO LA EXISTENCIA DE UN PODER ESPECIAL PARA INTERPONERLO. (SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1992.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

Hechos.—Se formula recurso de revisión contra una sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Huelva, alegando como base del mismo el motivo 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil maquinación fraudulenta para ganar la sentencia

Emplazada la parte recurrida solicita que se estimen las excepciones de falta de poder suficiente y de caducidad para interponer el recurso de revisión o, en su defecto, se desestime la procedencia del mismo. El poder aportado a los autos es un poder general para pleitos

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de revisión en base a la siguiente

Doctrina.—1) La pretendida exigencia de un poder especial para interponer el recurso de revisión no aparece constatada en nuestras leyes procesales, pues la naturaleza especial del recurso no lleva aparejada de por sí el obligado

otorgamiento de esta excepcional representación, ya que en los casos en que se hace necesaria su presencia la Ley procura exigirlo de un modo literal (arts 410, 846, etc., LEC)

2) En cuanto a la excepción de caducidad, en base a la propia narración de los hechos que se hace en la sentencia, resulta absolutamente palmario que ha excedido con mucho el plazo de tres meses, contados a partir del descubrimiento de la supuesta maquinación fraudulenta, único motivo de fundamentación del recurso

3) En cuanto a la única causa consagrada como fundamento del recurso, también de la narración fáctica que se hace en la sentencia, se afirma que no es posible apreciar ni remotamente maquinación fraudulenta de clase alguna que pueda achacársele a la entidad demandante.

RECURSO DE REVISIÓN.—EL PLAZO DE TRES MESES PARA INTERPONERLO ES DE CADUCIDAD. EL MOTIVO 1.º DEL ARTICULO 1796 EXIGE QUE EL DOCUMENTO, SIENDO ANTERIOR A LA FECHA DE LA SENTENCIA, HAYA ESTADO DETENIDO, BIEN POR FUERZA MAYOR O POR OBRA DE LA PARTE EN CUYO FAVOR SE HUBIERE DICTADO, E IGUALMENTE SE REQUIERE QUE SEA DECISIVO. (SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1992.)

Ponente: Excmo Sr D. Pedro González Poveda.

Hechos —Por doña C se promueve demanda de juicio extraordinario de revisión contra la sentencia firme dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, la cual desestimó la demanda formulada por doña C en la que solicitaba se declarase el fallecimiento de su esposo como accidente profesional. Se alega como fundamento del recurso de revisión el apartado 1.º del artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual habrá lugar a la revisión de la sentencia firme si después de pronunciada se recobrasen documentos decisivos detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia. Los documentos que se dicen recobrados son dos fotocopias del expediente de averiguación de las causas del fallecimiento del esposo, cuyos originales se encuentran en la Audiencia Territorial con motivo de un recurso contencioso, documentos de los que se dice haber tenido conocimiento el 10 de mayo de 1990.

La demanda tiene entrada en el Registro General de la Secretaría de Gobierno del Tribunal Supremo el día 10 de septiembre de 1990

La Sala desestima el recurso de revisión en base a la siguiente

Doctrina.—1.º Establece con carácter imperativo el artículo 1798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que el plazo para interponer el recurso de revisión será el de tres meses, que en el presente caso se contarán desde el día en que se descubrieren los documentos nuevos, plazo que conforme tiene declarado reiteradamente esta Sala es de caducidad, por lo que no cabe que sea interrumpido. Y es claro que en el presente caso ha transcurrido con exceso dicho plazo

2.º Para que proceda la revisión de una sentencia firme con base en el número 1.º del artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se requiere que el documento en que se basa la demanda de revisión, siendo anterior a la fecha de la sentencia haya estado detenido por fuerza o por obra de la parte

en cuyo favor se hubiere dictado la resolución, cuya revisión se pretende. E igualmente se requiere que el documento sea decisivo, esto es, con valor y eficacia bastante para que el fallo de la sentencia hubiese sido en sentido contrario o diferente al recaído, no siendo admisible que a través de este recurso extraordinario se trate de desvirtuar extemporáneamente las apreciaciones fácticas a que, al respecto, con base en el material probatorio aportado al proceso entablado y tramitado, llegó el Juzgador que decidió sobre el juicio. Los documentos aportados no tienen el carácter de decisivos en el sentido antes dicho, ya que se trata de diligencias o actuaciones integrantes de un procedimiento administrativo, fundamentalmente declaraciones de testigos, certificado de defunción e informe del instructor, todo lo cual, excepto el certificado de defunción, que ya figura aportado a autos, carecen de toda eficacia probatoria en un proceso civil y tratándose las declaraciones de testigos de pruebas que la parte pudo y debió proponer en el pleito, sin que pueda este recurso suplir las deficiencias probatorias del juicio en que se dictó la sentencia que se pretende revisar, insuficiencia probatoria que, de existir, sólo es imputable a la ahora recurrente.

COMPETENCIA TERRITORIAL.—EN LOS JUICIOS EN QUE SE EJERCITEN ACCIONES PERSONALES SERA JUEZ COMPETENTE EL DEL LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION (ART 62.1º LEC).—EN EL CASO DEL CONTRATO DE COMISION HA DE ENTENDERSE POR LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION AQUEL EN EL QUE SE PRESTAN LOS SERVICIOS PROPIOS DE LA COMISION. (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1992.)

Ponente Excmo. Sr D. Francisco Morales Morales.

Hechos.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria se presenta demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la entidad mercantil CELSA, en reclamación de las comisiones correspondientes a una mediación mercantil realizada por el actor en favor de la demandada.

Al ser emplazada la entidad demandada, CELSA, promueve inhibitoria por entender que la competencia territorial correspondía a los Juzgados de San Feliú de Llobregat por tener en dicho partido judicial su domicilio social la demandada, que lo era en calidad de deudora. El Juzgado de San Feliú dictó auto declarando no haber lugar a requerir de inhibición a Las Palmas.

Apelado este auto, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó otro en que sí acordó que procedía el requerimiento de inhibición.

Al negarse el Juzgado de Las Palmas a este requerimiento, ambos Juzgados remiten las actuaciones a la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, quien resuelve en base a la siguiente

Doctrina.—En los juicios en que se ejerciten acciones personales será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación (art. 62.1 LEC). Y, por otro lado, es reiterada doctrina la que señala que cuando se trata del contrato de comisión ha de entenderse por lugar de cumplimiento de la obligación aquel en el que se prestan los servicios propios de la comisión.

Como en las actuaciones la actividad de mediación ha sido desarrollada en Las Palmas de Gran Canaria, que es donde tiene sus oficinas y a donde la entidad demandada CELSA le ha venido remitiendo las comisiones por otros

servicios anteriores, es evidente que la presente cuestión de competencia ha de resolverse en favor del Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria.

ADMISION RECURSO DE CASACION.—LAS SENTENCIAS DICTADAS EN JUICIO EJECUTIVO NO SON SUSCEPTIBLES DE CASACION. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1992.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales

Hechos.—En juicio ejecutivo recayó sentencia de remate, mandando seguir adelante la ejecución dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial, la cual confirmaba la de la primera instancia

Planteado recurso de casación el Tribunal lo desestima en base a la siguiente

Doctrina.—Dado el carácter de «orden público» que tienen las normas reguladoras del proceso, el Alto Tribunal *ex officio* declara que contra las sentencias dictadas en juicio ejecutivo no cabe recurso de casación, ya que las mismas no se hallan comprendidas en ninguno de los supuestos que enumera el artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de que, conforme preceptúa el artículo 1.479 de la citada Ley, las expresadas sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producen la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión

Esta causa que debió en su momento procesal oportuno ser motivo de inadmisión del recurso se convierte aquí en causa de desestimación del mismo.

DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER —HAN DE SOMETERSE A LA REGULACION LEGAL DANDO INTERVENCION EN ELLAS A LAS PARTES Y, UNA VEZ PRACTICADAS, HAN DE SERLE PUESTAS DE MANIFIESTO PARA ALEGACIONES (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1992.)

Ponente. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

Hechos.—Se interpone recurso, basándose como primer motivo del mismo en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y las garantías procesales, siempre que hayan producido indefensión para la parte; se invoca como infringido el artículo 342 de la Ley Procesal Civil al no darse por la sentencia de primera instancia como presentado el escrito de alegaciones que sobre la prueba acordada para mejor proveer presentó en tiempo la parte ahora recurrente.

El Juzgado número 17 de Madrid, por providencia de 9 de febrero de 1989, acordó poner de manifiesto a las partes el resultado de unas diligencias acordadas para mejor proveer por término de tres días, a fin de que pudiesen alegar lo que estimasen conveniente; esta providencia fue notificada al Abogado del Estado el día 15 del mismo mes de marzo.

El escrito de alegaciones del Abogado del Estado fue presentado ante el Juzgado número 9 de Guardia antes de las 24,00 horas del día de la fecha, 17 de marzo de 1989, para su remisión al Juzgado número 17.

La sentencia de primera instancia fue dictada el día 17 de marzo de 1989, sin que entre la notificación de la providencia de 9 de febrero y la sentencia medie actuación alguna excepto la incorporación material del escrito de alegaciones del Abogado del Estado, respecto del cual no se extiende diligencia expresiva alguna del momento en que tuvo entrada en el Juzgado.

El Tribunal Supremo estima el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—La facultad concedida al Juzgador por el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para acordar la práctica de diligencias para mejor proveer es ajena al impulso procesal de parte y al principio dispositivo. Pero esto no obsta para que, una vez acordadas tales diligencias, haya de someterse su práctica a la regulación legal, dando intervención en ellas a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley de 6 de agosto de 1984 a las partes de acuerdo con el último párrafo del artículo 340 citado; y una vez practicadas han de serle puestas de manifiesto por tres días para que aleguen por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia, según ordena el artículo 342 de la Ley Procesal. En el presente caso, si bien el Juzgado dictó providencia poniendo de manifiesto a las partes el resultado de las pruebas practicadas, es lo cierto que el Juzgado privó *de facto* a la parte demandada, hoy recurrente, de ese derecho a hacer las pertinentes alegaciones sobre aquellas pruebas, ya que es evidente que tal escrito no pudo tener entrada en el Juzgado número 17, que conocía de los autos, sino a partir del día siguiente, 18 de marzo. En consecuencia, se privó a la parte ahora recurrente de la oportunidad de formular las alegaciones a que se refiere el artículo 342, lo que ha causado a la parte recurrente una clara indefensión, con vulneración del artículo 24 de la Constitución española, lo que da lugar a la estimación del recurso.

COMPETENCIA DE JURISDICCION.—LA DISTINCION ENTRE LOS CONTRATOS CIVILES Y ADMINISTRATIVOS A EFECTOS DE SU CONOCIMIENTO POR LA JURISDICCION COMPETENTE ES QUE LA CAUSA DEL NEGOCIO SEA O NO LA PRESTACION DE UN SERVICIO PUBLICO (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Ponente Excmo Sr D. Antonio Gullón Ballesteros

Hechos.—Por escritura pública, C. G. B y E S V donaron una finca al Ayuntamiento de Otura «con la obligación de que éste lo done al Estado para que construya una casa-cuartel destinada a la Guardia Civil». Posteriormente, con fecha 16 de junio de 1961 el Ayuntamiento de Otura donó al Estado, representado por un jefe de la Guardia Civil, la misma finca, haciéndose constar en la escritura la carga que asumió el Ayuntamiento donante y que el Estado se obligaba a construir la casa-cuartel destinada a la Guardia Civil.

Mediante demanda de fecha 9 de febrero de 1988, C. G. B. solicita de los codemandados, Ayuntamiento de Otura y Administración del Estado, la revocación de la donación efectuada en 1957, ya que no se ha construido la casa-cuartel de la Guardia Civil, y la anulación de la enajenación posterior que hizo el Ayuntamiento al Estado.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y acogiendo las excepciones alegadas por las partes demandadas estimó la incompetencia de jurisdicción al ser materia de la jurisdicción contencioso-administrativa

Apelada esta sentencia, la Audiencia la confirmó íntegramente

Contra la sentencia de la Audiencia, D. G. B. interpuso recurso de casación, al amparo del artículo 1.692.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de dicho precepto al decretar defecto en el ejercicio de la jurisdicción. Se trata, dice el recurrente, de un contrato civil.

El Tribunal Supremo dice que debe desestimarse la demanda en base a la siguiente

Doctrina —La causa del negocio en este caso no deja de ser la de toda donación, esto es, la mera liberalidad del bienhechor (sin que cambie su naturaleza por el hecho de que la donación imponga una carga al donatario), por lo que su conocimiento compete a la jurisdicción civil. La causa del negocio no es la prestación de un servicio público aun entendido en su más amplio significado, criterio éste que la doctrina del Supremo ha establecido como distintivo entre los contratos civiles y administrativos, acorde con el artículo 3, párrafo a), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sin embargo, el Tribunal desestima la demanda, pues la donante carecía de acción para revocar la donación al manifestar en la escritura de donación que donaba «*inter vivos* e irrevocablemente». Esta renuncia no se encuentra prohibida por el Código Civil, a diferencia de otros supuestos de revocación de las donaciones (arts. 646, 652 y 655 CC).

E. C. C.

INFORMACION
BIBLIOGRAFICA

BALZARINI, P · *Le azioni senza diritto di voto*, EGEE, Milano, 1992.

Las acciones sin voto, en Italia *Azioni di Risparmio*, conocidas desde tiempo en Estados Unidos y Gran Bretaña, introducidas en Alemania en 1937 y reconocidas en la Sociedad Anónima Europea, fueron objeto de un previo y vivo debate doctrinal en Italia, tanto en lo relativo a su naturaleza jurídica, tan próxima a las obligaciones, como respecto a su utilidad, que finalmente prevaleció.

La necesidad de adecuar la norma a la distinción entre accionistas empresarios y simples ahorradores en las grandes sociedades y la de allegar fondos con un cierto incentivo a las empresas familiares o de dimensión reducida sin perder el control y la gestión, han motivado su aceptación en varios Estados. Nuestra autora examina las normativas italiana, con mayor amplitud, francesa, portuguesa, española y belga, y alude someramente a la Ley brasileña de 1976. En todas ellas se encuentran puntos comunes y especiales diferencias. En algunas no está admitida la emisión en el acto fundacional; en otras precisa que las ordinarias se hallen ya cotizadas en Bolsa; en unas se establece una cierta organización de los titulares de tales acciones, similar a la de los obligacionistas, con asamblea y uno o varios representantes. En otras no hay organización alguna.

Las diferencias aparecen en otros puntos, por lo general, hay identidad en lo que se refiere al dividendo preferencial, aunque a veces se señale uno supletorio o límites superiores o inferiores. Satisfecho este dividendo los restantes beneficios pueden distribuirse por igual entre todas las acciones o en forma que sólo resultan mejoradas en cierta cuantía las acciones sin voto. Cuando no puede satisfacerse en un ejercicio el dividendo a ellas asignado, debe efectuarse en los siguientes, normalmente de 2 a 5, de no ser posible pasan a adquirir el derecho de voto. Se discute si durante el período deficitario se hallan dotadas de un derecho de crédito que nace al aprobarse los siguientes ejercicios con beneficio.

Algunas normas no permiten la asistencia de los titulares de dichas acciones a las Asambleas o Juntas; otras lo autorizan ya directamente o por representante de su Asamblea, por considerarlo un derecho de información complementario, ya que, salvo el de voto, en ciertos casos el indicado y el de agruparse para designar administradores, les son reconocidos todos los demás derechos propios de los accionistas, como los de impugnación de acuerdos directamente o a través de los representantes designados en sus particulares Asambleas; las acciones de responsabilidad contra los administradores, los de opción en caso de aumento de capital onerosos e idénticos a los accionistas ordinarios en los supuestos de distribución de reservas a través de nuevas acciones o aumento de valor de las antiguas; etc.

En los supuestos de reducción de capital, la misma no afecta a las acciones

sin voto hasta haberse agotado el de las ordinarias. De desaparecer la proporción legalmente establecida y no recuperarse en un plazo que acostumbra a fijarse en dos años, procede la disolución de la sociedad. Y en los de liquidación, el reembolso preferente del nominal y, en algunas normas, el del sobreprecio o prima satisfecha. El resto del activo se distribuye por igual entre todos los accionistas.

BALZARINI plantea ciertos problemas, algunos de los cuales afectan exclusivamente a la normativa italiana. Así, GALGANO sostiene que las *azioni di risparmio* cuando son nominativas, como los títulos atípicos, pueden emitirse por sociedades sin acciones ordinarias cotizando en Bolsa y aun en el acto de constitución. Otros plantean el de si es posible emitir acciones ordinarias convertibles en *di risparmio*; parece que es pacífica la posible emisión con prima o sobreprecio; la dificultad de emitir otras *di risparmio* sin el consentimiento de los titulares de las existentes, ya que ello puede significar un serio perjuicio, el alcance del privilegio, al que preceden, indudablemente, la reserva legal y otras establecidas en los Estatutos, aparte asignaciones temporales a fundadores o promotores, si la retribución de los administradores se considera salario, debe estimarse igualmente preferente, pero sobre tal naturaleza existen muchas opiniones. El legislador parece haber querido dar sólo una preferencia respecto a las acciones ordinarias, no sobre otros derechos, pero de 50 casos examinados por la autora en la *Riv. delle Società*, en 1982, 27 reconocieron el derecho preferente de las acciones de ahorro frente a las asignaciones a la Administración, el derecho de separación de la sociedad en ciertos supuestos, y otros de menor interés.

Después de detallar y analizar las emisiones de tales acciones efectuadas en Italia, pasa a estudiar, aunque más someramente, las *Actions à dividende prioritaire sans droit de vote* de Francia, las *Ações preferenciais sem voto* portuguesas, establecidas en la reforma del Código de 1986; las *Acciones sin voto* de España, con su liberal legislación y referencia a las obras de MENÉNDEZ MENÉNDEZ, BELTRÁN SÁNCHEZ, ALBORCH BATALLER, TAPIA HERMIDA y otros, para concluir con las *Actions privilégiées sans droit de vote* de Bélgica, reguladas, en forma general, en 1989, pues ya existían para cuatro casos específicos.

El estudio de BALZARINI está enfocado esencialmente hacia la praxis. En las últimas páginas figuran los textos íntegros de las normas de los Estados que ha examinado. Su exposición de problemática, su principal preocupación, es nítida, diáfana. Por ello se lee pausadamente, con sumo placer.

J. M. PIÑOL AGUADÉ

GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Cívitas, Madrid, 1993

Estaba esperando este libro como «agua en mayo», pues mi curiosidad legislativa, de una parte, y mi valentía para comentar cosas novedosas me llevaron hace unos meses a escribir un artículo o comentario sobre el silencio administrativo en esta nueva Ley. Tenía ganas de saber —ante la autoridad de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (y ahora su continuador y colaborador)— si había o no acertado, y este libro era fundamental. La verdad es que él toca el gran problema del silencio como una desafortunada regulación del mismo en la nueva

Ley, y eso, aunque sólo sea eso, ya me conforta, pues mis comentarios iban críticos en otras direcciones más registrales.

Antes de esta obra y por razones de «prioridad» formal de asiento de presentación he hecho una recensión de un libro de B. PENDÁS GARCÍA, y me conforta —me vuelve a confortar— que la crítica que dirige a la nueva Ley es peyorativa. Siendo un lego en Derecho administrativo y aprendiz de Derecho privado, me siento incómodo con la lectura de ciertos preceptos de la nueva Ley sobre Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Con un antecedente de tanta categoría como la Ley de 1958, el legislador actual —con apoyo constitucional— debió de hacer un esfuerzo por ofrecernos un texto «inmaculado». No ha sido así tanto la «caja negra» de PENDÁS como la de GONZÁLEZ PÉREZ ofrecen unas irregularidades que suponen o una falta de imaginación legislativa y la visión de futuro o una carencia de principios filosóficos de Derecho. Digo esto porque me han contado la tremenda aplicación que las Comisiones redactoras de leyes del Congreso dan a la idea de *interés general*. Mezclar política con Derecho es peligroso —ya se vio en el régimen «legal» de la Alemania nazista— y comienza a manifestarse en este conjunto de normas que nacen «aisladas», sin la prueba de fuego de los informes de las Comisiones y Consejos y la depuración necesaria. Todo ello nos lleva a un régimen de «inseguridad jurídica». Y eso es lo que viene a denunciar GONZÁLEZ PÉREZ.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ aprueba la oposición de Registros bastante antes que yo, y creo recordar que —una vez aprobada la oposición— escribió, con la colaboración de PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, unos apuntes sobre Derecho Administrativo y Procesal. Humildemente estoy dispuesto a rectificar si me equivoco. Y en aquella publicación, JESÚS y su colaborador se manifestaron como auténticos gigantes del resumen, de la concentración, de la claridad y, sobre todo, de la sistematización. En aquellas publicaciones sobresalían la sistematización que facilitaba la comprensión y la «reproducción», y que iban desde el concepto, historia, hasta la naturaleza, elementos, efectos y extinción. Es decir, unos métodos expositivos que facilitaba el estudio y la exposición al opositor y que, trasladado al campo del profesional del Derecho, da un óptimo resultado, al cual hay que presuponerle el conocimiento de una serie de conceptos como los de legitimación, personalidad, representación, objeto, sujeto, forma y efectos, etc. Yo hasta creo que los legos o «alérgicos» están en disposición de seguir a GONZÁLEZ PÉREZ.

Bien. Esta «forma» (estilo, la llamaría yo) de exponer una materia tan complicada como el Derecho administrativo —*hecho, régimen y procedimiento*— supone un mérito indiscutible, valorable y con deseos de imitación. Esta es la forma o estilo en que tanto JESÚS como su colaborador, FRANCISCO (la rama al tronco sale), emplean para explicarnos minuciosamente los diez títulos de que se compone la Ley. Por supuesto que acompañan a la obra una serie de orientaciones en forma de abreviaturas empleadas, índices sumariales, analíticos y apéndices sobre disposiciones estatales y autonómicas, así como unos recursos de inconstitucionalidad y un índice de disposiciones legales.

Y al llegar a este punto hay que hacer una reflexión «optante»: o se decide uno a comentar capítulo por capítulo el contenido de la doctrina de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (lo cual sería una especie de «atrevimiento») o utilizar sus comentarios previos frente a la Ley, que son la síntesis de lo que luego viene a reflejar en su aportación. A esto último me acojo, sin perjuicio de reservar dos o tres comentarios que al hilo de la recensión *debo* hacer en relación con

el mecanismo y esencia del Registro de la Propiedad. La visión crítica que hace GONZÁLEZ PÉREZ es importante, pues toca las esencias legislativas en las que existe la equivocación, el error o la imprudencia legislativa. Suponen una visión global del texto de la Ley y a mí me ofrecen esa facilidad para redactar estas notas de recensión.

Las cuatro críticas serias y de tener en cuenta frente al nuevo texto que el autor hace debemos concretarlas en los siguientes puntos: acceso al procedimiento, garantías de la defensa, eficacia de la solución administrativa y tutela efectiva del procedimiento. Flecos quedan en la normativa, pero es preciso remitir al lector a la obra y su conjunto, como cuando a un jeroglífico se le apostilla: la solución, mañana.

I. EL ACCESO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El autor o los autores, después de hacer un panegírico de la Ley de 1958 —reconocida como prestigiosa en la Exposición de Motivos de esta nueva y declarada vigente en parte— señalan cómo el paso importante de aquella Ley exigía un esfuerzo para la solución de ciertos aspectos o lagunas que aquella Ley tenía y que, sin embargo, han conducido a resultados contrarios a los pretendidos, así como la falta de «técnica legislativa». Ello me confirma la falta de preocupación de quienes han intervenido en la formación legislativa.

Si el artículo 29 de la Constitución reconoce a todos los españoles el derecho de petición individual o colectiva, la efectividad de este derecho supone la máxima amplitud en la legitimación, la posibilidad de solicitar de la Administración todo aquello que sea necesario para la plena satisfacción del derecho y el correlativo deber de dictar resolución expresa. Aunque se habla de intereses individuales o colectivos, la legitimación ha quedado reducida y se ha desaprovechado reconocer la «acción pública». No se ha hecho tampoco el investir a un órgano administrativo de potestades con vistas a medidas cautelares drásticas encaminadas a asegurar el servicio público. Examinan los autores el tema de la resolución expresa y la teoría del silencio, junto con la expedición de certificación. La expedición de esta certificación de acto presunto cierra el camino a la Administración para dictar resolución expresa (art. 43.2) y tiene una gran trascendencia en los procesos triangulares, tanto con presunción positiva como negativa.

Las garantías del procedimiento no siempre resultan respetadas. El órgano que emite la resolución debe tener condiciones mínimas de objetividad, independencia e imparcialidad, posibilidad de defensa de todos los titulares y terminación en plazo razonable. El órgano administrativo es una de las partes de la relación jurídico-material que subyace en el procedimiento, y de ahí que la objetividad no se logre plenamente, aunque se intenta a través de la regulación de la competencia y la recusación y abstención. En materia de derecho de defensa y relacionado con el acceso al procedimiento de otros titulares, la nueva Ley —según los autores— ha desaprovechado una ocasión de haber hecho realidad los principios de «publicidad y participación» ciudadana. Queda igualmente lesionado el derecho de defensa al apartarse la nueva Ley del régimen de subsanación de notificaciones defectuosas, lesionando gravemente el derecho de defensa. En materia de plazos la Ley no puede hacer otras cosas que establecer un plazo supletorio y arbitrar debidas garantías para su cumplimiento.

En materia de terminación del procedimiento el principio que debe resplandecer es el de la «seguridad jurídica» y su consecuencia, la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos. A su lado se arbitran los procedimientos de revisión: nulidad y anulación que infrinjan la Ley. En materia de «nulidad» se han añadido ciertos actos muy discutibles, cuestión que podía haberse solventado creando un procedimiento sumario y expedito de protección de los derechos fundamentales que está previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. En materia de «revisión» de actos anulables las modificaciones legislativas son de mayor gravedad, ya que se eliminan garantías esenciales y se han aumentado los casos en los que la Administración puede volver sobre sus actos declarativos (se admite la infracción de norma *reglamentaria*, no sólo legal) y se suprime la garantía esencial del dictamen favorable del órgano consultivo.

Respecto del procedimiento administrativo y el proceso administrativo los autores señalan auténticos fallos en la regulación legal que van contra la tutela efectiva y, en este sentido, destacan cómo se elimina el recurso de reposición—incluso con carácter potestativo— y mantienen el de alzada siempre que el órgano que dictó el acto tenga superior jerárquico. A este recurso se le denomina ordinario y en vez del transcurso de un mes (como era el de reposición) ahora hay que aplicar el plazo de tres meses para ir a la vía contenciosa. La crítica se extiende también al plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo y el cómputo del plazo en relación con la teoría del silencio y la posible falta de resolución expresa de la Administración. Los autores citan, por último, a PODETTI, quien en una frase resume lo que ellos aplican a la reforma. «El procedimiento administrativo no nos lleva al aula magna de la justicia administrativa, sino solamente a su vestíbulo»

Tenía pensado haber hecho unas consideraciones sobre determinados puntos en relación con el Registro de la Propiedad partiendo del criterio que sustenta el autor o los autores, pero esta recensión se me desfasa si lo hago y he pensado que mejor será entresacar esas opiniones y hacer una nota aparte sobre problemas de la aplicación del silencio al campo urbanístico, repercusión que pueda tener la revisión por nulidad o anulabilidad de actos inscritos, anotaciones preventivas que proceden en caso de recursos, incidencia de tema de las notificaciones y sus efectos, etc. Dejemos descansar al lector. En todo o casi todo estoy con los autores, aunque para mí el recurso de «reposición» era un desconocimiento de la «forma de ser» del funcionario español.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

PENDÁS GARCÍA, B., y otros: *Administraciones públicas y ciudadanos. Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Editorial Praxis, 1993, Barcelona.

El sector administrativista de esta nación cuando se publica una norma de Derecho privado no suele tenerla en consideración o, por lo menos, no cuenta con ella para sus posibles desarrollos legislativos, olvidando que en la jerarquía normativa está la Comunidad Europea, la Constitución y el «resto» del Ordenamiento jurídico. En el «resto» del Ordenamiento jurídico para nada cuentan los preceptos que se refieren al Derecho privado en sus ámbitos respectivos. Y eso que, últimamente, parece que se va rectificando.

Postura distinta —aunque GARCÍA ENTERRÍA la califique peyorativamente como de «concepción plana del Derecho»— está la de los que militamos en el campo del Derecho privado, pero que estamos atentos a lo que pueda suceder en el campo público: primero, por curiosidad jurídica de estar al día, y segundo, porque el principio de legalidad nos vincula para que esto se cumpla en todos los órdenes. Por eso, nada más aparecer la Ley de la que se ocupa el presente volumen yo me lancé a escribir un artículo sobre el gran problema que para mí ha significado siempre la teoría del «silencio administrativo» y que califiqué en su día como una «grosería administrativa». Parece que la Ley ha rectificado algo, pero se ha metido en un buen túnel de difícil cumplimiento.

Como creo que esta Ley tiene relaciones importantes con ese campo registral que es objeto de nuestra competencia, se debe recensionar esta obra pionera (a la que sigue la de GONZÁLEZ PÉREZ, recientemente aparecida) para ofrecer una visión general y, si ello es posible, tocar los puntos que nos afectan.

La obra es de las que la nueva Ley de Propiedad Intelectual llama «obra colectiva», creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona, y está constituida por la aportación de diferentes autores cuya aportación personal se funda en una creación única y autónoma. Bueno, esto es lo que a mí me parece; pero a lo mejor se trata de una «obra que sea resultado unitario» de la colaboración de todos ellos. En la Comisión redactora de la Ley hubo un «iluminado» que trataba de definir y perfilar situaciones diferenciales haciendo de la Ley de principios un Reglamento de casos, y así estamos en las dudas en espera de jurisprudencia.

La presentación de esta obra a cargo de PENDÁS GARCÍA la hace invocando inicialmente la frase de IHERING de que se trata del «orden legal de la vida administrativa» del Estado español. A lo largo de su presentación este autor nos va a ir ofreciendo en forma muy resumida, pero muy clara, los puntos destacables de la reforma y los comentarios que merecen. Supone esta introducción una especie de «tentación» para el recensionista, ya que en ella, y sin ningún esfuerzo, podría tomarse lo necesario para esta recensión. No voy a caer en ello porque yo defendí a capa y espada la palabra «original» en el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual; no voy a a pasarme al bando contrario.

El introductor y coordinador de la obra parte de la base de la Ley de 1958, anterior legislación sobre el tema, que nace entre un Estado de gobierno y un Estado de administración, por lo que la Ley de 26 de noviembre de 1992 se enfrenta, sin apoyo de una generación normativa intermedia, con un nivel muy alto de exigencia: es mucho, cómo no, lo que puede y debe esperarse de la Ley estandarte de nuestro Derecho administrativo postconstitucional. Y hay que decir de inmediato que, sin desmerecer sus elementos positivos, la Ley 30/1992 es víctima casi inocente de las expectativas que su advenimiento había congre-

gado. En la introducción —pieza inigualable de síntesis— su autor da un repaso a la nueva Ley, y en sus «reflexiones preliminares» mantiene una postura que él considera intermedia: entre una sonrisa de complicidad o con el gesto irritado de la discrepancia. Yo me inclino por esto último al ver las puntualizaciones que hace sobre las consecuencias de la mutación administrativa, la carencia de la más elemental precisión terminológica, la ausencia de una legislación prometida como es la Ley de Gobierno, la formalización de los

mecanismos del federalismo cooperativo, la decepción que supone lo que la Ley calla es elogiabile en el respeto a la distribución territorial, pero es atacable en cuanto su primer conflicto interno no es solucionado, esto es, la tensión «hobessiana» y «rousseauiana» sobre la naturaleza de las Administraciones Públicas, al igual que la tensión entre la eficacia administrativa y las garantías jurídicas; el ingreso al lector en el mundo mágico de las «dinámicas» y «escenarios», de «técnicas informáticas» y «telemáticas», de «nuevas técnicas de transmisión de información», etc. Queda, por último, el tema del renacimiento o resurrección de la «discrecionalidad» administrativa, pues nadie puede pretender que la Administración se asfixie en un legalismo burocrático puramente artificial y formalista.

Con esta depresiva impresión de la «caja negra» de esta normativa vamos a intentar resumir el conjunto de colaboraciones que se sujetan a los diferentes títulos en que está dividida la Ley, esto es, diez, aunque el número de comentaristas asciende a dieciocho. Abre la marcha el estudio histórico que hace con su maestría acostumbrada MARTÍN BASOLS COMA, donde toca el tema del origen y evolución de la legislación sobre el procedimiento administrativo, señalando las primeras apariciones de 1868 y 1872; luego la Ley de Bases de 1889, la renovación doctrinal en el Derecho administrativo y la aparición de la Ley de 1958, las incidencias de la Constitución española en la misma y los preceptos que se consideran vigentes en la nueva Ley de 1992.

I. PRINCIPIOS GENERALES Y AMBITO DE APLICACION

El tema es tratado por FERNANDO SAINZ MORENO, quien estructura la materia distinguiendo los principios constitucionales (legalidad y dirección política) para luego pasar a los principios de organización (unidad y autonomía y participación ciudadana), de acción (objetividad, eficacia, oficialidad, normativa procedimental y publicidad) y principios del estatuto jurídico de los ciudadanos (confianza, imparcialidad, contradicción, colaboración e indemnidad). El estudio concluye con el tema del ámbito subjetivo y material de la Ley.

II RELACIONES ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

PABLO SANTOLAYA MACHETTI se encarga del comentario de esta materia (arts. 4-10), que se inicia con los principios que la rigen (cooperación, deber de información, coordinación), se sigue con los instrumentos de relación (conferencias sectoriales, convenios de colaboración, consorcios, etc.) y se concluye con las relaciones con la Administración local y las Comunidades europeas.

III. ORGANOS DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

Los artículos 11 al 29 comprenden la materia del enunciado (título II de la Ley) que aborda ENRIQUE LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y desarrolla en dos fases. el órgano u órganos y sus competencias. La potestad organizatoria y la dinámica de la distribución de competencias le llevan a examinar el ejercicio y los conflictos. Termina con el estudio de los órganos colegiados y sus clases, su composición y funcionamiento.

IV INTERESADOS

Bajo este título un tanto extraño se cobijan los artículos 30 a 34 de la Ley y su comentario corre a cargo de JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS y JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, quienes examinan la idea genérica de la participación, para luego pasar a la de la legitimación y sus clases, así como a los requisitos que habilitan o legitiman para su actuación.

V. DERECHOS DE LOS CIUDADANOS· LENGUAS Y ACCESO A REGISTROS

JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA estudia estos dos temas importantes, pero que no comprenden la totalidad del título que abarca los artículos 35 a 50. En los artículos 35 a 40 se contiene la materia que este autor expone y que comprende el derecho de información, el de economía procesal, el de exigencia de responsabilidad, el de la lengua en el procedimiento y el acceso a los archivos y registros. Tema este último que merecería un comentario más amplio, pues frente a la dinámica del Registro jurídico que produce efectos está el administrativo que sólo brinda noticias. Con ser tentador el tema, es preciso aparcarlo.

En este mismo título y abordando el importantísimo tema del silencio administrativo (arts. 41 a 50) escribe ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA. Sobre las ideas del deber de resolver por parte de la Administración y de las dos clases de silencio, positivo y negativo, así como los términos y plazos, se desarrolla la aportación del autor citado. También aquí habría que hacer un apeadero por la tremenda repercusión que este tema tiene en los actos sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad.

VI. DISPOSICIONES Y ACTOS ADMINISTRATIVOS

El título de la Ley va de los artículos 51 al 67, aunque en los comentarios también se hacen referencia a artículos del anterior título. Sus comentaristas son tres: ALBERTO DORREGO DE CARLOS y CARLOS GUTIÉRREZ VICEN, que estudian el tema de las disposiciones y actos administrativos, y JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA, que escribe sobre el de la nulidad o anulabilidad de los actos administrativos. Temas éstos que —para la materia registral— son decisivos, pero que con ellos tampoco puedo hacer una excepción en este estrecho marco informativo.

VII. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Dos autores se enfrentan con el tema. Uno de ellos, MANUEL TABOAS BENTANACHS, estudia el momento final del procedimiento o, lo que es lo mismo, su finalización y ejecución, mientras que JOSÉ MARÍA JIMÉNEZ CRUZ aborda el comienzo del mismo: su iniciación, ordenación e instrucción.

VIII. REVISION DE OFICIO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y RECURSOS

El primero de los temas se desarrolla por JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, quien además se encarga de desarrollar la materia de la reclamación administrativa previa a las vías civil y laboral que la Ley trata en el título siguiente. ANGEL AROZAMENA LASO estudia de pleno los recursos y sus diferentes clases.

IX. POTESTAD SANCIONADORA

CARMEN CHICHILLA MARÍN es la autora que expone la citada materia y lo hace sobre la base de los artículos 128 a 138, destacando los principios que rigen la misma: legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción, de *ne bis in idem*, terminando con las garantías, los derechos, las medidas provisionales, la presunción de inocencia y resolución.

X. RESPONSABILIDADES DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

Los artículos 139 a 146, últimos de la Ley, son comentados por JOSÉ LUIS FUERTES SUÁREZ, quien utiliza la técnica de los principios y las bases técnicas de la responsabilidad, para luego descender a los temas de la indemnización, procedimiento y la especial responsabilidad de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Quedan sin comentario las disposiciones adicionales, transitorias y derogatorias, pero a cambio se sirve al lector y al estudioso una bibliografía sobre el tema que PILAR BASELGA GARCÍA-ESCUADERO nos brinda perfectamente sistematizada, no sólo con referencia a la Ley de 1958, sino a la actual: la concordada según las diferentes materias objeto de la nueva ley. Como la cita bibliográfica de trabajos suele ser gratificante para el autor, debo confesar —con cierto pudor—, que yo sepa, ya son tres los artículos que he leído sobre el «silencio administrativo», uno hecho por mí, y ninguno se cita por la autora, quizá por haber cerrado la lista antes de sus apariciones. Lo dijeron en el Ejército: hay que estar presentes cuando se pase lista.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SOLDEVILLA VILLAR, A, con la colaboración de J. M.^a DE LA CUESTA. *Derecho agrario Lecciones para un curso*, volumen III, parte especial, Valladolid, 1993. Un tomo de 371 págs

Supongo la satisfacción del autor al ver coronada su obra en la que había puesto gran ilusión y no poco empeño. Con este tomo ANTONIO SOLDEVILLA, ya conocido de nuestros lectores, ha terminado su curso de Derecho agrario, del que habíamos ido dando cuenta en comentarios anteriores.

Escribir un libro no es nunca fácil. Si además la materia es tan móvil y dinámica como lo son las ramas sociales del Derecho, entre ellas la agraria, la dificultad sube bastante de tono. Por ello hay que tener una enorme voca-

ción al saber que lo que se escribe puede variar por las naturales evoluciones de los principios o ideas económicas. En todo caso, también, porque las disposiciones que pueden aparecer en los Boletines Oficiales, actualmente diecisiete además del nacional, cambian en un dos por tres todo el panorama.

Efectivamente, hace falta la doble vocación de agrarista y enseñante, tal como la tiene SOLDEVILLA, para meterse en tarea semejante. Por ello a las felicitaciones escalonadas que le hemos ido expresando en anteriores entregas se une ahora la plena y definitiva por haberse terminado la obra con la altura científica suficiente para justificar el parabien.

El autor ha sabido tomar lo mejor y más importante de la normativa y la doctrina existentes sobre el agrarismo, este sector cada vez más vapuleado por tirios y troyanos. Ahora parece que sólo está de moda la temática de la macroeconomía, el hablar de las grandes empresas, de los altos niveles y de los servicios. Pocas veces se habla del campo y, sin embargo, ahí está, donde siempre. Es nuestro sector primario, el que nos da los alimentos y sostiene la vida de todos.

Únicamente se ha hablado del campo con motivo de la «entrada en Europa». Eso iba a ser la bendición total, el gran remedio y la panacea, y ahora resulta que se dice a los agricultores españoles que no siembren, que arranquen sus vides y sus olivos, y a los ganaderos que sacrifiquen sus reses. La sorpresa no puede ser más desagradable, pues se les presenta un futuro lleno de incertidumbres y fantasmas, hay un telón de fondo compuesto por la indecisión de los gobernantes nacionales y la imprevisión y altibajos de los altos mandatarios de Bruselas dándoles unas ordenanzas de carácter utópico que denotan poco conocimiento de la realidad de cada país y cada comarca.

Pero no queremos poner paño al púlpito ni irnos por los cerros de Ubeda. Vamos a ceñirnos a resumir y comentar el libro, como está mandado.

El volumen que presentamos, tercero de la obra, empieza con el tema del agua en la agricultura, directamente afectado por el giro publicista de las nuevas normas hidrológicas. De la concepción romana, pasando por las viejas leyes de aguas y el Código Civil a la Ley de Aguas vigente, con su hijuela de Canarias, hay un cambio total que el autor recoge, detallando las características especiales de los riegos agrícolas y la regulación de las comunidades de regantes, terminando el capítulo con la consideración de la política de regadíos en España. Concomitante con este tema, SOLDEVILLA toca el novedoso de la ecología: la conservación de la naturaleza se manifiesta en nuestra esfera en la defensa del suelo rústico en relación con el medio ambiente, todo lo cual está siendo objeto de atención creciente en estos tiempos.

El crédito agrario ha sido siempre tema de interés para el campo. Fue uno de los primeros temas monográficos que abordó la Asociación Española de Derecho Agrario allá por los años sesenta, cuando varios de sus fundadores estudiaban animosamente diversos puntos de esta cuestión en el primer Congreso que se celebró. Aquí, en el libro, SOLDEVILLA, también fundador, recoge los problemas actuales del crédito, sus fuentes y las entidades crediticias que actualmente cubren en España las necesidades de financiación de la empresa agraria.

Después, en las lecciones 26 a 30, se estudian aspectos que aun pudiendo parecer formales y un tanto externos a la materia de la producción agraria configuran de modo importante el entramado del Derecho agrario y sus instituciones. Así se afronta el tema de las relaciones laborales y la seguridad social en el agro, de gran repercusión para los hombres campesinos. Ocurre

que tanto si éstos son trabajadores por cuenta ajena como si son autónomos, los recursos de esta especial Seguridad Social suelen ser bajos y eso se manifiesta de modo negativo en las prestaciones posteriores, los labradores son asegurados de segunda categoría y esto constituye un problema que reclama soluciones de mayor solidaridad.

Otro punto concomitante es el sindicalismo agrario, que se caracteriza porque las asociaciones tienen un tinte menos politizado y más profesional que los sindicatos al uso; también se caracteriza por la defensa que hacen los labradores de sus Cámaras agrarias frente al ataque injusto que sufrieron hace poco, sólo justificado por la ignorancia de quien redactó una norma tan descabellada

La enseñanza del Derecho agrario es defendida por SOLDEVILLA, profesor universitario de esta materia en una Escuela de Ingeniería, el cual preconiza una más amplia enseñanza de la materia en la Universidad, especialmente en las Facultades de Derecho, donde la asignatura está poco menos que ignorada. Por último, en este grupo de materias el libro contempla la organización administrativa agraria, ahora dispersa y deshilvanada por el reparto de las competencias autonómicas. De este modo, lo que para unas consejerías es blanco para otras es negro, y así no hay modo de entenderse. *Dura lex, sed lex.*

La última parte del libro ha sido redactada por el prestigioso civilista y agrarista JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA, profesor de Valladolid, el cual nos explica el Derecho agrario a la luz de las normas comunitarias especialmente la planificación, más conocida por Política Agraria Comunitaria. La exposición es muy completa, detallando los diversos puntos de la citada «PAC» con toda su organización tendente a controlar las producciones. Esto se hace mediante un complejo sistema de cuotas limitativas y retirada de tierras de cultivo quizá conveniente, pero que en su aplicación a España está resultando dura y extraña.

Huyendo de opiniones propias que ya hemos esbozado, acudimos a las propias expresiones de ANTONIO SOLDEVILLA, el autor, el cual nos dice que la adhesión de España al llamado Mercado Común se hizo por motivos políticos, con prisas y suponiendo el sacrificio de muchas explotaciones agrarias, nos han metido en Europa, dice, con la indigencia de quienes no entran de pie y por la puerta principal, sino de rodillas y por el desván trasero. Quizá sean algo rotundas estas afirmaciones, pero las reproducimos porque no deja de haber algo de verdad.

En definitiva, enhorabuena al autor por haber terminado dignamente su obra, donde pueden ser consultadas todas las cuestiones que integran el amplio abanico del Derecho agrario.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PAZ-ARES, CÁNDIDO: *La responsabilidad del socio colectivo*, Cuadernos Cívitas, 189 págs

Como el propio autor del libro pone de relieve en la introducción, la reciente promulgación de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico (en adelante, LAIE) ha supuesto una ocasión para volver a estudiar la vieja figura de la sociedad colectiva, a la que en los últimos tiempos se había dedicado, quizá, poca atención por la doctrina. La similitud entre la Agrupación de Interés

Económico y la Sociedad Colectiva (así como el carácter supletorio que tiene la regulación de esta última sociedad para la sociedad irregular. art 16 LSA) hará que, sin duda, asistamos nuevamente a la proliferación de estudios sobre la sociedad regular colectiva. Dentro de esta tendencia que empieza a aflorar aparece el libro debido al profesor PAZ-ARES que aborda uno de los temas esenciales de esta sociedad como es la responsabilidad del socio colectivo. Lo primero que hay que resaltar es que, como era de esperar tratándose de este autor, la obra está llena de profundidad y originalidad: profundidad como todo lo que sale de su pluma y originalidad que le lleva con gran frecuencia (yo diría que casi con generalidad) a rebatir viejas teorías, apoyando con argumentos de gran solidez doctrinas contrarias a lo que hasta ahora venía siendo común.

El libro se inicia con una Introducción en la que se esboza el propósito del trabajo, el sistema de exposición y la orientación del estudio. Resalta inicialmente que el objeto del libro es el estudio tanto de los artículos 127 y 137 del Código de Comercio a la luz del artículo 5 de la LAIE, como el estudio del propio artículo 5 de la LAIE a la luz de los citados artículos del Código de Comercio. Advierte también que todo el análisis de la problemática concursal (singularmente el art. 923 CCom) queda fuera del estudio de la obra. En cuanto a la orientación general de la obra, ante las alternativas que se ofrecen a la hora de enfocar la construcción de la responsabilidad del socio colectivo (o bien privilegiando la óptica del Derecho común, o más marcadamente la societaria, situándolo en la óptica del Derecho especial) se inclina por la segunda de estas teorías, subrayando el aspecto organizativo de la sociedad y la capacidad del Derecho especial para transformar el Derecho común.

La obra se estructura en nueve capítulos más, el segundo de los cuales aborda EL OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS. Obviamente, los socios responden de las deudas sociales, pero el problema consiste en determinar si por todas o sólo por algunas de ellas y, además, en averiguar qué ha de entenderse por deuda de la sociedad. En relación a la primera cuestión, la aparente contradicción entre la regulación de la LAIE y del Código de Comercio es resuelta brillantemente por el autor partiendo de la necesidad de una interpretación unitaria u homogénea de ambos textos, inclinándose por la teoría de que tanto los socios de la agrupación de interés económico como los de la sociedad colectiva responden de todas las deudas sociales. En relación a la extensión del concepto de deuda social, lo son por antonomasia las obligaciones contractuales concertadas por los administradores en uso de su poder, a las que se refiere el artículo 127 del Código de Comercio. Cuando los administradores han actuado en nombre de la sociedad pero no han expresado exactamente su razón social, entiende el autor que las deudas se imputan directamente a la sociedad, mientras que cuando la obligación se contrae por el Administrador en nombre propio pero en cuenta de la sociedad, igualmente se imputan a la sociedad, suponiendo por tanto una derogación del principio general del artículo 1.717 del Código Civil. Entiende igualmente que la deuda extracontractual es deuda de la sociedad y, por ende, por ella también han de responder los socios, si bien no resulta en principio fácil encontrar el fundamento normativo a esta afirmación. Tienen también la consideración de deudas sociales las obligaciones derivadas de cuasicontrato y las obligaciones legales, pero no las multas y demás sanciones pecuniarias de naturaleza penal o administrativa. Finalmente, la responsabilidad de los socios, aclara el autor, cubre también las deudas de la sociedad no inscrita.

El capítulo tercero aborda el estudio del SUJETO ACTIVO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS. Debe distinguirse, por un lado, el círculo de los sujetos que responden y el círculo de los sujetos frente a los que se responde. Esta última cuestión es la que aborda dicho capítulo tercero. Los socios responden, obviamente, frente a cualquier tercero que resulte acreedor de la sociedad, con la excepción del cesionario de un crédito derivado del contrato de sociedad. Aclara el autor que la responsabilidad de los socios, sin embargo, no puede ser hecha efectiva por la propia sociedad, y aborda a continuación la interesante cuestión de la posición del propio socio como acreedor de la sociedad. En un brillante análisis el autor entiende que ha de distinguirse en la responsabilidad de los socios frente al socio acreedor según cual sea el fundamento o título de la deuda: Si el título es societario la deuda no puede hacerse efectiva más que con cargo al patrimonio social, mientras que si el título de la deuda que reclama el socio es extrasocietario (por ejemplo, un préstamo, un contrato de obra, etc) es de aplicación general el régimen general de responsabilidad, si bien sujeta la reclamación a la especialidad de la «regla del descuento», con arreglo a la cual el socio acreedor ha de descontar del importe de su reclamación la cuota que le corresponde como socio. El autor no deja de reconocer que, en ocasiones, no resulta fácil distinguir entre el título de la deuda societario o extrasocietario, planteando finalmente el difícil supuesto de los casos de disolución parcial de la sociedad por exclusión o separación de un socio.

El capítulo cuarto estudia el SUJETO PASIVO DE LA RELACION DE RESPONSABILIDAD. Se trata de determinar el círculo de las personas que responden en base a los citados artículos 127 del Código de Comercio y artículo 5 de la LAIE. En principio, lógicamente, la responsabilidad recae sobre todos los socios, si bien el autor hace diversas puntualizaciones. Así, entiende que se aplica también al socio industrial, lo mismo que el socio oculto, el socio de hecho y el socio aparente. La responsabilidad de este último (socio aparente) la entiende, sin embargo, limitada a las obligaciones de la sociedad de origen negocial. En relación al socio entrante, entiende que indudablemente responde por las deudas de la sociedad o de la agrupación contraídas con anterioridad a su ingreso, si bien el problema está en el fundamento de su responsabilidad. El autor entiende que dicho fundamento está en que el centro de imputación de las obligaciones sociales es la organización autónoma que pone en pie el contrato de sociedad, y por ello la entrada de un nuevo socio no cambia o altera la identidad del deudor y que, por tanto, la responsabilidad queda independizada de la época en que ingresaron en la sociedad. Estudia a continuación dentro de este mismo capítulo el papel que puede atribuirse a la autonomía privada en la regulación de esta materia, es decir, si cabe un pacto de exclusión de la responsabilidad del socio nuevo por las deudas de la sociedad surgidas con anterioridad a su ingreso. Evidentemente, en este punto trae a colación el artículo 228 del nuevo Reglamento del Registro Mercantil, que aborda esta cuestión. No obstante el autor entiende que la solución ha de ser negativa dada la inidoneidad de la autonomía privada para reglamentar el régimen de responsabilidad del tipo social. Entiende que salvo disposición contraria del legislador las partes no pueden adoptar una cláusula de exoneración, y el hecho de que se inscriba en el Registro Mercantil es irrelevante a estos efectos. En el plano interno no se plantea problema, pudiendo lógicamente los socios acordar que la responsabilidad por las deudas anteriores recaiga sobre el so-

cio transmitente, en cuyo caso si el socio entrante paga podrá regresar contra el anterior por el importe satisfecho.

Enlaza esta cuestión con la determinación del régimen de la responsabilidad del socio saliente, que, como resalta de inmediato el autor, responde en todo caso de las deudas anteriores al momento en que se produce su cese, no respondiendo en cambio de las deudas posteriores a su salida de la sociedad, salvo que hayan sido contraídas frente a terceros de buena fe en el período que va desde la baja hasta el momento en el que tiene lugar su publicación en el *BORME* (el autor resalta como excepción, sin embargo, el supuesto en que la baja se produzca por la muerte del socio, pues la publicidad registral sólo tiene sentido en relación a modificaciones voluntarias, no en cuanto a modificaciones forzosas). Estudia el autor a continuación los problemas fundamentales en torno a determinados grupos de casos como son las relaciones obligatorias duraderas o de tracto sucesivo (al que la regla general llevaría al socio saliente a una «responsabilidad sin fin»), arbitrando la solución a través de una drástica reducción de la norma que contemporeice los intereses de los terceros y el interés del socio, distinguiendo a su vez las relaciones por tiempo determinado y los supuestos en que el contrato sea concertado por tiempo indefinido (entendiendo este último supuesto que la responsabilidad del socio saliente se limita a las obligaciones devengadas con anterioridad a su baja o en todo caso al primer momento en que la contraparte puede poner término a la relación), haciendo un pequeño inciso en las relaciones laborales, a las que se llega a una solución similar por aplicación analógica del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y la problemática que suscitan las obligaciones derivadas del contrato de cuenta corriente

Otro grupo de casos con especial dificultad es el formado por las obligaciones secundarias (obligaciones de indemnización y restitución derivadas del incumplimiento, anulación o resolución de contratos concertados antes de la baja del socio), entendiéndose que el socio saliente ha de responder de todas ellas. Igualmente objeto de controversia han sido los acuerdos de prórroga y demás acuerdos modificativos de obligaciones anteriores concertadas entre la sociedad y el acreedor en beneficio de éste, entendiéndose el profesor PAZ-ARES que tales acuerdos de novación en modo alguno perjudican al socio saliente (con aplicación analógica del art. 1.851 CC). Aborda finalmente el estudio de la posición del socio en las relaciones internas, entendiéndose que si no se ha previsto nada en el momento de la liquidación no hay responsabilidad alguna a cargo de quien sale de la sociedad. Ello si es por fallecimiento del socio, pues si la salida tuvo lugar en virtud de la transmisión de la participación no sería aplicable el régimen anterior, y ha de entenderse que, a falta de pacto en contrario, la responsabilidad pesa en el orden interno sobre el socio entrante, por lo que si el saliente se ve obligado a pagar podrá regresar íntegramente contra la sociedad o contra el adquirente.

Dentro de este mismo capítulo realiza el autor un detenido estudio de la posición del cónyuge del socio colectivo casado en régimen de gananciales. Se trata de determinar si el cónyuge del socio colectivo está sujeto al régimen de responsabilidad de los socios, entendiéndose el profesor PAZ-ARES que la respuesta es inequívocamente negativa. Partiendo de esta afirmación procede examinar el patrimonio sobre el que puede hacerse efectiva la responsabilidad del socio colectivo, distinguiendo según la participación se haya obtenido a cargo de bienes comunes (aplicando el art. 1.365.1.º CC) o el caso contrario, es decir, con cargo a bienes privativos, en cuyo supuesto sólo podrá hacerse efectiva la

deuda con cargo al patrimonio ganancial cuando el ejercicio ordinario de la actividad profesional del cónyuge tenga lugar precisamente a través de su participación en la sociedad colectiva. Aclara que la responsabilidad del patrimonio ganancial cuando proceda es una responsabilidad primaria y sin que el acreedor precise hacer excusión previa del patrimonio privativo del socio. Termina el capítulo con un breve análisis de la posición del usufructuario de la parte de socio (entendiendo que la responsabilidad externa pesa sobre el usufructuario) y un supuesto en que alguien que no es socio está sujeto a la responsabilidad por las deudas sociales, como es el supuesto del administrador no socio de la sociedad antes de su inscripción.

Los capítulos quinto, sexto y séptimo abordan el régimen legal de la responsabilidad de los socios, estudiando el carácter personal, subsidiario y solidario de dicha responsabilidad. EL CARACTER DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL hace que se trate de una responsabilidad ilimitada y provisional (pues en la hipótesis de que se haya visto obligado el socio a satisfacer una deuda social puede reclamar íntegramente de la sociedad el importe satisfecho, bien a través de un derecho de regreso, bien a través de la subrogación en un derecho originariamente ajeno) Analiza finalmente los supuestos en que el socio paga voluntariamente al acreedor antes de la excusión del patrimonio social, entendiendo el autor que aun en estos supuestos puede también proceder contra la sociedad.

El capítulo siguiente estudia EL CARACTER SUBSIDIARIO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS, analizando el profesor PAZ-ARES el significado que debe de tener la subsidiaridad, que se plantea en relación fundamentalmente a la agrupación de interés económico (dado el tenor del art. 5.2 de la LAIE) Entre las dos posibilidades interpretativas (o una subsidiaridad simple o extrema), el autor se inclina por una solución intermedia que denomina de subsidiaridad cualificada, de acuerdo con la cual la reclamación podría dirigirse contra los socios una vez acreditada la insuficiencia del patrimonio social. Entiende que el beneficio de excusión opera automáticamente como solución de procedibilidad de la acción ejecutiva contra el socio. Estudia el contenido de la excusión previa, problema de no fácil solución, radicando en la manera en que debe acreditarse la insuficiencia del patrimonio social, llegando a la conclusión que hay que demostrar de manera inequívoca que la sociedad se encuentra en un estado de incapacidad financiera para satisfacer el crédito. Aclara finalmente el autor que el beneficio de excusión no significa que no pueda entablarse una demanda conjunta contra el socio y la sociedad.

En el capítulo séptimo se analiza LA TERCERA CARACTERISTICA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS, COMO ES SU CARACTER SOLIDARIO. Aclara el autor que el nexo de solidaridad se produce solamente en las relaciones de los socios entre sí, pues en las relaciones entre la sociedad y los socios no existe tal solidaridad. Se analiza el significado de la solidaridad pasiva (así la reclamación ejercitada contra un socio perjudica a los demás). Brillantemente aborda el difícil problema de las excepciones oponibles, fundamentalmente si puede esgrimir el socio las excepciones personales de los demás consocios. El autor llega a la conclusión de la respuesta afirmativa, con diversas matizaciones. Analiza finalmente en este capítulo las posibilidades de recuperación de que dispone el socio que ha satisfecho la obligación frente a sus consocios, estudiando la vía de regreso, la difícil cuestión desde el punto de vista del Derecho del sociedades de si procede el regreso contra los conso-

cios antes de que la sociedad se disuelva y si el regreso está condicionado a otras circunstancias.

El capítulo octavo analiza la interesante cuestión de LA POSIBILIDAD DE MODIFICACION DEL REGIMEN LEGAL DE RESPONSABILIDAD. Suelen admitirse a este respecto las cláusulas contractuales que tengan por objeto el establecimiento de modalidades más rigurosas de responsabilidad, opinión que no comparte el autor al menos en su totalidad, entendiendo que este pacto no es objetable jurídicamente, pero no es idóneo para transformar el régimen legal, proyectándose su eficacia únicamente sobre las relaciones contractuales individuales. Analiza a continuación una cuestión discutida desde hace tiempo como es la posibilidad de reforzar la responsabilidad del socio mediante fianza prestada a favor de un acreedor social, llegando a la conclusión, mediante un análisis de las diferentes posiciones, de que debería admitirse la fianza del socio. Admite, como resulta obvio, la validez de los pactos de limitación de la responsabilidad en la esfera interna mientras el pacto no trascienda a la esfera externa, no considerando, sin embargo, admisibles las limitaciones en dicha responsabilidad externa, pues esta materia debe quedar sustraída, a su juicio, a la autonomía privada. Matiza, sin embargo, la posibilidad de limitaciones individuales de responsabilidad, es decir, el establecimiento de cláusulas específicas en los contratos que celebre la sociedad con terceros por medio de los cuales se limita o excluye, en relación a esa operación, la responsabilidad de algún socio. Incluso enlazando con esta cuestión estudia si podrían establecerse en el contrato de sociedad cláusulas por medio de las cuales se obligase a los administradores de la agrupación a celebrar los negocios con terceros, incluyendo siempre en los contratos la oportuna cláusula de limitación de responsabilidad de uno o varios socios. La respuesta dependerá de la cuestión relativa a la limitabilidad del poder de los administradores de la sociedad colectiva.

El capítulo novena aborda LA NATURALEZA JURIDICA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS. Es decir, cómo se estructura el vínculo de responsabilidad del socio. Se trata de determinar si la relación que media entre la deuda social y la deuda del socio es una relación de identidad o una relación de diferencia. A juicio del profesor PAZ-ARES, la obligación de la sociedad y las obligaciones de los socios han de mantenerse conceptualmente separadas. En realidad, entiende, esa falta de identidad entre ambas es el contenido normativo mínimo de la personalidad jurídica. La obligación del socio, a su juicio, supone o presupone la obligación de la sociedad, de manera que mientras que ésta es el supuesto de hecho de la norma contenida en los artículos 127 del Código de Comercio y 5 de la LAIE, aquélla constituye una consecuencia jurídica. Analiza a continuación el fundamento de la responsabilidad de los socios, y ante las dos explicaciones de alternativas posibles (el fundamento de la responsabilidad de los socios es negocial o bien de naturaleza legal) entiende que la responsabilidad de los socios es de naturaleza legal, pues al amparo de la llamada teoría de la accesoriedad, cuando se constituye la deuda de la sociedad surgen *ex lege* las obligaciones accesorias de los socios.

Se analizan las relaciones de interdependencia que median entre la obligación social y la obligación o responsabilidad de los socios, tema que no ha sido objeto de regulación expresa por parte del legislador español. No obstante, entiende, puede reconstruirse a la luz del paradigma de la accesoriedad: Partiendo de dicho principio analiza el profesor PAZ-ARES diversos supuestos que él mismo denomina «casos difíciles», como la condonación de la deuda de la

sociedad (entiende que la condonación de la deuda de la sociedad impide que subsista la responsabilidad del socio), la quita y la espera (con solución análoga a la anterior), la interrupción de la prescripción (entendiendo que la interrupción de la prescripción frente a la sociedad interrumpe la prescripción frente al socio), y en relación a estos problemas igualmente si la cláusula de arbitraje convenida por la sociedad vincula también al socio (la respuesta ha de ser afirmativa a su juicio) Termina el capítulo con un análisis breve pero profundo de las excepciones que competan a la sociedad, es decir, si el socio puede oponerlas al acreedor, el problema de la extensión de la cosa juzgada (si el socio puede esgrimir sus excepciones personales contra el acreedor ha de entenderse que al menos en esta parte no se extiende los efectos de la cosa juzgada) y la afirmación final que sólo con mucha cautela y previo contraste, caso por caso, puede extenderse analógicamente la disciplina de la fianza a la responsabilidad de los socios.

El décimo y último capítulo aborda el CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS. Partiendo de la duda de si el contenido de la responsabilidad del socio es una responsabilidad por cumplimiento (en cuyo caso el tercero estaría legitimado para reclamar del socio la misma prestación) o ante una responsabilidad genérica o responsabilidad por el interés en el cumplimiento (en cuyo caso el tercero no podría pretender del socio más que la indemnización de daños y perjuicios), entiende que la solución que haya de ofrecerse requiere una detallada justificación. En primer lugar, afirma el profesor PAZ-ARES, la respuesta no se desprende directamente de la relación de accesoriedad, sino que hay que decidirse mediante la interpretación de la Ley y específicamente de los artículos 127 del Código de Comercio y 5 de la LAIE, atendiendo a la finalidad de la norma y a la composición positiva de los intereses en juego. Con estas premisas afirma el autor que la tesis sin duda preferible es la que postula una responsabilidad genérica o responsabilidad por el interés en el cumplimiento, y en apoyo de esta afirmación entiende que pueden aportarse los siguientes argumentos: El propio modelo del que parte el legislador al configurar la sociedad colectiva, y especialmente la agrupación de interés económico; el significado del beneficio de excusión, que es incompatible con la atribución al socio de una responsabilidad por cumplimiento *in natura*; el tenor y sentido de la regla recogida en el artículo 127 del Código de Comercio (con arreglo al cual los socios responderán «con todos sus bienes»), una razón de concordancia valorativa con las sociedades de capital, y finalmente, cómo la doctrina que aboga por la responsabilidad *in natura* del socio colectivo se ve en la necesidad de introducir importantes matizaciones a la regla general, puesto que aplicarlas a rajatabla conduce a soluciones manifiestamente inocuas.

El propio profesor PAZ-ARES no deja sin embargo de reconocer que en ocasiones la responsabilidad de los socios un simple contenido indemnizatorio puede dar lugar a resultados poco equitativos, aludiendo a diversos mecanismos generales con arreglo a los cuales se podría imponer en determinadas situaciones al socio la satisfacción *in natura* de los intereses de acreedor: Así, por ejemplo, los supuestos en que la sociedad está obligada a entregar cosas determinadas que no puede cumplir por no haber sido proporcionadas por el socio obligado a ellos en virtud del contrato de sociedad, los supuestos en que el acreedor pueda ser reparado en especie cuando tal reparación no resulte especialmente onerosa para el deudor (arts 1.101-1.102 CC); supuestos en que pueden ayudar simples técnicas de interpretación e integración contractual

que permitan levantar el velo de la persona jurídica; casos de la existencia de un vínculo directo que puedan desprenderse de una adecuada interpretación del contrato; hipótesis de obligaciones de los órganos de la sociedad, así como cuando el acreedor pueda obtener la condena judicial del socio a que realice las actividades, bien entendido que esta condena nada tiene que ver con los artículos 127 del Código de Comercio y artículo 5 de la LAIE, sino que estaríamos condenando a un socio administrador a realizar un determinado acto de administración.

El simple enunciado de los capítulos nos revela ya la profundidad y alcance de esta obra. La originalidad de las opiniones expresadas frecuentemente por el profesor PAZ-ARES hacen que sea un libro de fácil lectura y que reaviva en el lector el deseo de profundizar en el estudio de la figura de la sociedad colectiva. Ello unido, como antes se expresa, al renacimiento de esta figura social por la publicación de la LAIE hace que sea una obra atractiva no sólo para el estudioso del derecho, sino también para su aplicación práctica. Esperemos que el estudio del profesor PAZ-ARES de esta forma social no se detenga aquí, sino que siga abordando otras cuestiones de este tipo social, muchas de ellas sin duda necesitadas de revisiones doctrinales. Pocas personas tan adecuadas para ello como CANDIDO PAZ-ARES.

MANUEL CASERO MEJÍAS

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J.: *Comentarios a la Ley y el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, Editorial Las Siete Partidas, Valencia, 1992. Dos volúmenes con 1134 páginas

En el *Boletín del Colegio de Registradores* de julio-agosto pasado aparece un trabajo sobre ciertos aspectos impositivos de actos societarios que viene a hacer el número 176 (¿o más?) de los hasta ahora publicados por JOSÉ MENÉNDEZ, Registrador de Granadilla de Abona. Supongo que ya habrá puesto su firma a varios otros trabajos más, pues es un hombre que no para.

Acabo de recibir, con afectuosa dedicatoria del autor, esta nueva muestra de su prolífica facultad de estudiar y comentar textos legales, especialmente los de contenido tributario, en los cuales es indiscutido maestro. No hace mucho hemos comentado en estas páginas su penúltimo libro *Los impuestos indirectos sobre el tráfico jurídico*, y aquí tenemos otros... y los que vendrán.

En todos ellos campea su conocido lema «In lege unitas; in opinionibus plena libertas»; con ello nos quiere significar que, como funcionario, acata y aplica las leyes, pero como jurista las debe criticar y las critica, no por prurito de ostentosa rebeldía, sino con la esperanza de que en algún tiempo futuro puedan modificarse las impurezas que denuncia. Ojalá esto fuese cierto, pero por experiencia sabemos que, en general, los redactores de las leyes fiscales suelen poner el ansia recaudatoria por delante de otras miras técnicas, jurídicas o sociales. Como ejemplo, y aún me duele la herida, ahí está la Ley reguladora de la fiscalidad de las cooperativas que ha venido a hacer tabla rasa de los beneficios que antes tenían reconocidos las agrupaciones y sociedades agrarias modestas, nada menos que desde la Ley de Exenciones de 1906. De poco valió lo que luchamos por el tema.

Pero aquí está de nuevo esta doble vertiente que JOSÉ MENÉNDEZ sabe emplear, haciéndolo ahora de modo completísimo en este libro que ha de ser de

imprescindible utilidad y de constante uso de nuestras oficinas liquidadoras, esas que se llamaron «de Partido» y ahora de Distrito hipotecario.

El clásico «Impuesto de Derechos Reales» en sus dos vertientes de *inter vivos* y *mortis causa* tuvo especial importancia para nosotros en cuanto estuvo unido al Registro de la Propiedad. Todos empezamos nuestra carrera profesional en oficinas en que había más liquidaciones que inscripciones «Pasar por el Registro» en los ámbitos rurales era, simplemente, liquidar. Entonces éramos liquidadores siempre, salvo en las capitales, donde estaban los Abogados del Estado, todos dentro del sistema orgánico de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Ahora, con el traspaso de las competencias a las Comunidades Autónomas, el entramado es más variado y complejo, pero quizá menos técnico. En algún caso, como en la provincia de Madrid, nos han quitado toda intervención, pero la verdad es que en el resto de España los Registradores siguen siendo los liquidadores más caracterizados y genuinos y su papel ha ganado en calidad e importancia por ser los funcionarios jurídicos más cualificados.

Por eso la utilidad de este libro es incuestionable y se recomienda por sí solo. Junto al texto legal o reglamentario, el autor no se limita a comentarlo, pese a ser éste el título del libro, sino que define, analiza, critica y propone soluciones; y contiene una cantidad inimaginable de supuestos prácticos con sus adecuadas respuestas.

Comienza estudiando la naturaleza y el objeto del Impuesto y su ámbito territorial, para entrar después en una amplia exposición del hecho imponible y las presunciones varias que se contemplan en las normas fiscales como supuestos de posibles transmisiones en cubiertas. Siguiendo el articulado de la Ley y el Reglamento, en los sucesivos capítulos analiza el sujeto pasivo, la base imponible y liquidable y los tipos de gravamen, con los que se halla la deuda tributaria, para acabar con la teoría general en los puntos del devengo y la prescripción del Impuesto.

Dentro de las normas especiales, el autor desarrolla los problemas que en la liquidación suscitan las instituciones del usufructo, el uso y la habitación, las sustituciones fideicomisarias y de otras clases, las reservas y, en general, todas las operaciones particionales, que presentan una riquísima gama de supuestos que el Registrador; como técnico jurídico encuadra y califica para aplicar de modo correcto las reglas fiscales que correspondan.

Toda esta materia ha ocupado el volumen primero, pasando en el segundo a la gestión del Impuesto, en la que se engloba todo lo referente a la presentación de documentos a la liquidación, con especial énfasis en el nuevo procedimiento de la autoliquidación que se ha generalizado en la práctica hasta verificarse en la inmensa mayoría de los casos.

En los procedimientos especiales, MENÉNDEZ nos explica ampliamente los casos de presunciones sobre hechos imposables, adición de bienes a la masa hereditaria, deducción de deudas y ejercicio del derecho de adquisición que se concede a la Administración por el artículo 19 de la Ley cuando el valor comprobado excede del 100 por 100 del declarado.

Uno de los últimos capítulos del libro se dedica a estudiar el tema de la inadmisibilidad en el Registro de los documentos no presentados a liquidación, que en la actualidad tiene un tinte más permisivo como consecuencia de las autoliquidaciones. Ya no se produce el cierre total de antaño, pues el Fisco queda garantizado con las notas de afección. Todo lo explica detalladamente el autor.

Como Apéndice se insertan completos los respectivos articulados de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones y de su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 1629/1992, de 8 de noviembre

Y esta normativa es la que han de aplicar los Registradores que son Liquidadores. Tras algunas vacilaciones orgánicas, todo se aclaró a partir de la llamada Ley de Adaptación; al separar a los Registradores-Liquidadores de la máquina gestora se autoriza a las Comunidades Autónomas para encomendar a dichos funcionarios tareas de gestión y liquidación del Impuesto. Y pueden hacerlo, bien por vía de las disposiciones normativas, bien por el conducto de los protocolos, convenios o acuerdos perfectamente viables desde el momento en que los Registradores han dejado de estar incardinados en la estructura orgánica del Ministerio de Hacienda y ya no son funcionarios de la Administración financiera. Siempre ha sido atípica la retribución de estos Liquidadores, ya que las distintas leyes les han otorgado un arancel, por lo que les pagaba el contribuyente y no el Estado. Es precisa, dice MENÉNDEZ, una regulación de este punto por normas de suficiente jerarquía que aclaren la cuestión de modo definitivo.

Mientras tanto, ahí está nuestra labor, como ha estado siempre. Y para mejor ayudar a cumplirla, aquí está este libro de JOSÉ MENÉNDEZ, completo y documentado como todos los suyos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS



REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 584 (Mayo 1993)

- «La unión paramatrimonial y la vivienda familiar», por LUIS ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, pág. 4243.
- «Momento de la valoración del caudal relicto y de las donaciones a efectos del cálculo de las legítimas», por CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 4301
- «La motivación de los actos administrativos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común», por MANUEL JOSÉ DOMINGO ZABALLOS, pág. 4309.
- «Autoridad normativa y normas de competencia», por FRANCISCO LÓPEZ RUIZ, pág. 4347
- «El requerimiento judicial de pago al deudor hipotecario en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», por ALFONSO PACHECO CIFUENTES, pág. 4363.
- «Aspectos inconstitucionales de la Ley del Deporte de 15 de octubre de 1990», por VICENTE GARRIDO MAYOL, pág. 4417.
- «La posible inconstitucionalidad de las penas del delito de eutanasia en el proyecto del Código Penal», por JOAQUÍN BRAGUE CAMAZANO, pág. 4429
- «Acotaciones a una doctrina reciente en materia de pago y aplicación del dividendo», por ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS, pag. 4701
- «La Junta general de la sociedad anónima», por JUAN HERNÁNDEZ MARTI, pág. 4671.
- «El valor real en las cláusulas limitativas de la transmisión forzosa *inter vivos* de acciones (A propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de octubre de 1992)», por DANIEL RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, pág. 4801.
- «La transformación de la sociedad anónima y de la cooperativa», por JOSÉ LUIS SANCHEZ MOLINER, pág. 4839.
- «La convocatoria de las Juntas generales de accionistas por decisión de la autoridad judicial en las sociedades anónimas», por XAVIER AÑOVEROS TRIAS DE BES, pág. 4877
- «Capital mínimo y disolución de la sociedad anónima», por RICARDO CABANAS TREJO, pág. 4923.
- «La oferta pública de suscripción (y de venta) de valores negociables (Reflexiones sobre su perfil según el art. 3.º RD 291/1992, de 27 de marzo)», por FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA, pág. 4959.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Mayo 1993

«Vicisitudes actuales de la normativa de arrendamientos rústicos», por JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA SÁENZ, págs. 427-442

«El nuevo régimen jurídico de la concurrencia en México», por RAFAEL PÉREZ MIRANDA, págs 443-466

Junio 1993

«La sistematización del pasivo ganancial y el artículo 1 370 del Código Civil», por ANTONIO JOSÉ VELA SANCHEZ, págs. 539-576.

«Notas para una propuesta de definición del matrimonio», por IVAN C. IBAN, págs 577-584.

«Breve nota en torno a los derechos de acceso a la propiedad establecidos en la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos», por PASCUAL MARTÍN VILLA, págs 585-588.

ACTUALIDAD CIVIL

Núm. 23 (1993)

«La autorización judicial para la esterilización de incapacitados. Factores legales y razón teleológica de la norma», por JUAN MANUEL FERNÁNDEZ LÓPEZ.

Núm. 24 (1993)

«La responsabilidad civil de la sociedad de auditoría en el Ordenamiento jurídico español», por LOURDES FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ.

Núm. 25 (1993)

«Intervención del Ministerio Fiscal en la tutela de menores», por INGRID BRENA SESMA.

Núm. 26 (1993)

«La falta de litisconsorcio pasivo necesario. Su posible subsanación en la comparecencia del juicio de menor cuantía. Problema que plantea», por JUAN JOSÉ COBO PLANA.

Núm. 27 (1993)

«Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre estado civil durante el año 1992», por JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS

Núm. 28 (1993)

«La falta de provisión de fondos como excepción causal en el juicio ejecutivo (La letra de favor)», por ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ.

Núm. 29 (1993)

«Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», por RICARDO RODRÍGUEZ LÓPEZ

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Núm. 133 (Mayo-Junio 1993)

«Sobre el sentido de la distribución de las competencias de ordenación del territorio y urbanismo en la Comunidad Autónoma del País Vasco», por JOSÉ LUIS AVILA ORIVE, pág. 43.

«La ejecución de los sistemas en la legislación urbanística estatal», por SEBASTIÁN GRAU AVILA, pág. 43

«Las competencias de la Comunidad Autónoma gallega y el camino de Santiago», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, pág. 59.

«El aprovechamiento susceptible de apropiación privada en la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992», por ANGELA DE LA CRUZ MERA, pág. 107.

«El expediente de declaración de incumplimiento de los deberes urbanísticos», por JOSÉ ANTONIO RAMOS MEDRANO, pág. 129.

«Tres cuestiones en el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo 1/ 1992, de 26 de junio», por SANTIAGO FERNANDEZ PIRLA, pág. 157.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Núm. 14 (Julio-Diciembre 1992)

«De nuevo sobre el enriquecimiento sin causa en Derecho navarro. pago de lo indebido y obligaciones naturales», por CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, pág. 13

«La intervención de los Parlamentos en los convenios suscritos entre el Estado y las Comunidades Autónomas», por MARIA JESÚS GARCÍA MORALES, pág. 39.

«Reglamento independiente y Constitución española», por JUAN ANTONIO GARCÍA GARCÍA, pág. 89.

«Estructuras familiares y sistemas sucesorios en Navarra: una aproximación crítica desde las ciencias sociales a las perspectivas tradicionales», por FERNANDO MIKELARENA PEÑA, pág. 119.

«Algunas consideraciones sobre el Consorcio foral aragonés, al hilo de una sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tarazona (Zaragoza)», por MARÍA DEL CARMEN SANCHEZ FRIERA GONZÁLEZ, pág. 149.

«La fiducia de garantía en Navarra», por SERGIO CÁMARA LAPUENTE, pág. 163

«La protección de la vivienda del matrimonio Antecedentes y comentarios de la Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra», por FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS, pág. 177.

«La Diputación del reino de Navarra durante los sucesos de 1820», por MARÍA REPARAZ PADRÓS, pág. 195.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Núm. 74 (Mayo-Agosto 1992)

- «La modernización del Estado mexicano. reforma económica, política y educativa», por FRANCISCO JOSE DE ANDREA SANCHEZ, pág. 385
- «Procedimiento civil comparado. Los Estados Unidos, Chile y Sudamérica», por RICHARD B. CAPPALLI, pág. 399.
- «Panorama del sistema legal mexicano», por JOSÉ DAVALOS, pág. 485.
- «La importancia de la tecnología educativa en la enseñanza del Derecho», por RAFAEL SÁNCHEZ VAZQUEZ, pág. 495
- «Notas sobre el origen del amparo-casación en México», por JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ, pág. 529.
- «Algunas consideraciones en torno a la política y legislación de los programas de cómputo en México», por JULIO TÉLLEZ VALDÉS, pág. 549.

NOTICIAS CEE

Núm. 101 (Junio 1993)

- «El Derecho de petición en el Tratado de Maastricht», por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 11.
- «Tendencias del Derecho mercantil de sociedades en Europa», por JOSÉ DÍAZ CLAVERO, pág. 17
- «Transporte de cabotaje por carretera; Reglamento CEE 2454/1992 del Consejo, de 23 de julio, por el que se determinan las condiciones de admisión de los transportistas no residentes a los transportes nacionales de viajeros por carretera en un Estado miembro», por FERNANDO J. CASCALES MORENO, pág. 27.
- «Libra esterlina, Busdesbank y Sistema Monetario Europeo», por JOSÉ MARÍA CEREZO LÓPEZ, pág. 33.
- «Normativa ambiental relativa al sector energético», por DIONISIO SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA, pág. 39
- «El medio ambiente en la PAC y en la política agraria nacional», por ANA MARÍA VÁZQUEZ LOSADA, pág. 57.
- «La infraestructura de regadío y la política comunitaria», por LUIS ANDREU RIERA, pág. 77
- «La reforma de la PAC en los sectores de vacuno y ovino de carne», por JULIAN LAGUNA MARTÍNEZ, pág. 89.

