

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXV



Julio-Agosto 1989



Núm. 593

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
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.

COMISIÓN EJECUTIVA.

D. Carlos Miguel Hernández Crespo.
D. José María Chico Ortiz.
D. Manuel Amorós Guardiola.

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

ESTUDIOS:	<i>Págs.</i>
«La prenda de cosa fructífera y el artículo 1.868 del Código Civil», por JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ	1049
«Patología actual de la hipoteca de máximo», por CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA	1113
«El aspecto formal de la representación de las sociedades mercantiles. La ejecución de los acuerdos sociales», por EMILIANO CANO FERNÁNDEZ.	1153
«La perturbación del derecho de crédito y las cuestiones de la imputabilidad, causalidad y tipicidad en el Derecho civil», por LUIS PASCUAL ESTEVILL	1183
 DICTAMENES Y NOTAS:	
«Monismo, dualismo, triadismo», por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS.	1203
«Un nuevo Registro Jurídico de Bienes: el sistema de anotaciones en cuenta de valores», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO	1213
 ACTUALIDAD JURIDICA:	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1235
 JURISPRUDENCIA:	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1245
II. Resoluciones de la Dirección General, por FERNANDO CURIEL LORENTE, JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, VICENTE CARBONELL SERRANO y ROSA NAVARRO DÍAZ	1257

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	1285
2. Derecho mercantil, por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ	1297
3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1331
4. Derecho procesal, por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ	1337

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«Segundos encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco», de JOAQUÍN DE PRADA y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1355
«Introducción al Derecho norteamericano», de LAWRENCE M. FRIEDMAN, por ANTONIO MORO SERRANO	1358
«Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria», de JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA, por JOSÉ ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO NESTARES	1361
«Justificación y obligatoriedad de las normas», de SERGIO COTTA, por JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN	1363
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	1371

ESTUDIOS

La prenda de cosa fructífera y el artículo 1.868 del Código Civil

Dedicatoria:

Al Vicedecano del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, don Abelardo Gil Marqués, en prueba de amistad

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DERECHO ROMANO.—III. DERECHO GERMANICO.—IV. DERECHO CANONICO.—V. DERECHO COMUN Y CODIFICACION.—VI. DERECHO COMPARADO: 1. CÓDIGO FRANCÉS 2. CÓDIGOS QUE SIGUEN EL MODELO FRANCÉS. 3. CÓDIGO ALEMÁN 4. CÓDIGO ITALIANO DE 1942. 5. CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS. 6. CÓDIGOS HISPANOAMERICANOS.—VII. DERECHO ESPAÑOL: 1. GÉNESIS HISTÓRICA: A) *Desde los visigodos al periodo codificador.* B) *La codificación española.*—2. EXAMEN DEL ARTÍCULO 1 868 DEL CÓDIGO CIVIL. 3. LA PRENDA FRUCTÍFERA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

I. INTRODUCCION

El artículo 1.868 del Código Civil, ubicado dentro del Capítulo II (De la prenda), del Título XV (De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis) del Libro IV (De las obligaciones y contratos) establece: «Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y, si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.» La literatura sobre dicho precepto ha sido escasísima. Si se prescinde de los Comentarios (1) y algunas ligeras

(1) JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, 6.^a ed., revisada por Justo J. GÓMEZ YSABEL. Madrid, 1973, págs. 580 a 583. Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil comentado y concordado...*, redactado por P. de Apalategui, tomo XXIX, Madrid, 1955, págs. 378 a 380. J. SANTAMARÍA *Comentarios al Código Civil*, II, Madrid, 1958, págs. 888 y 889.

referencias en los autores (2), podemos decir que el tema se encuentra casi inexplorado entre nosotros. Ciertamente presenta notable excepción el trabajo de GUILARTE (3), que concreta sus inmediatos antecedentes, recoge las directrices doctrinales en su interpretación y sus consecuencias, pero dentro del marco de una gran obra, unos voluminosos Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales.

En cuanto a la actividad jurisprudencial puede decirse que ha sido nula en relación con este precepto y en vano repasaremos las diversas colecciones patrias, pues no encontraremos ni una sola sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que citar o comentar. No deja de resultar extraño que desde las ya famosas y añejas «Leyes civiles» de MEDINA y MARAÑÓN (4), hasta la más reciente obra del mismo tenor (5), sólo encontremos en tan dilatado período —sin haber hallado nada antes de este término inicial— una solitaria sentencia y para ello del Tribunal de lo Contencioso de 12 de diciembre de 1892, cercana a su centenario, que parafraseando el artículo en cuestión indica como «se establece aquí la posibilidad de compensación de intereses y, en su defecto, la imputación a cuenta del capital debido», añadiendo además que «este precepto es sustitutivo de la voluntad de las partes que no se encuentra manifestada expresamente en el contrato». Se trataba de un caso en que se había constituido fianza de valores para garantizar el cumplimiento de un contrato del Estado, expresándose, que tanto el importe de aquellos, como sus dividendos o intereses debían aplicarse para la extinción de las responsabilidades decretadas al contratista. ¡Escaso comentario para un siglo de vigencia del Código Civil y de su artículo 1.868!

Ante las muchas limitaciones y dudas que suscita el texto literal del precepto, juzgo conveniente romper sus concreciones temporales y espa-

(2) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, tomo 5.º. Derecho de obligaciones, Madrid, 1920, pág. 300. DEMÓFILO DE BUEN en la obra de A. COLIN y H. CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, traducción por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo V. Garantías personales y reales, Madrid, 1925, donde pone notas sobre el Derecho civil español, pág. 102. J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, tomo 2. Derecho de cosas. 13.ª ed. revisada y puesta al día por PASCUAL MARÍN PÉREZ, Madrid, 1983, pág. 491. En realidad sigue repitiendo lo mismo desde las primeras ediciones, *ad exemplum* la 6.ª de 1943, pág. 402.

(3) VICENTE GUILARTE ZAPATERO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo XXIII, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, págs. 438 a 442.

(4) LEÓN MEDINA y MANUEL MARAÑÓN: *Leyes civiles de España*, novísima edición, Madrid, 1949, puesta al día por J. CASTÁN, J. GARRIGUES, MANUEL BATLLE, LEONARDO PRIETO CASTRO, RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE y FRANCISCO ORTEGA LORCA, pág. 611.

(5) CARLOS VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, 2.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, 1981, pág. 2735.

ciales, esto es, acudir al Derecho histórico y al comparado, no sólo para iluminar las sombras y llenar los vacíos, sino para evitar la limitación del estudio a una mera exégesis del texto con la sola cita de las diversas opiniones, escasas por otra parte y el obligado de sus inmediatos precedentes.

Vamos a comenzar por ello este estudio con el Derecho romano y nuestro Derecho histórico, para tratar después de diversos ordenamientos extraños que recogen, bien posibilidades de prenda anticrética, o que repiten de diversos modos el patrón galo, que de forma harto anómala se ha seguido en nuestra legislación y en la de otros países hispanoamericanos.

Finalmente y a la luz de tales antecedentes podremos examinar, comparando analogías y diferencias del artículo 1.868, para extraer de tal contraste las obligadas consecuencias derivadas, no sólo de la propia hermenéutica de su texto y de sus próximos precedentes, sino de la comparación con otros más remotos o ajenos.

II. DERECHO ROMANO

La prenda es uno de los contratos más antiguos que demuestra, junto a su permanencia, que su origen obedeció a una necesidad sentida por la humanidad (6). Su presencia se constata en los textos más antiguos de la Biblia (7), en el propio Código de Hammurabi (8), entre los antiguos egipcios, chinos, birmanos y otros muchos pueblos (9).

En el Derecho romano, la primera figura del *pignus* consistió en la entrega de la *possessio* por parte del deudor al acreedor pignoraticio (*datio pignoris*), si bien más tarde se admitiría suficiente la constitución por simple acuerdo (*conventio pignoris*), que acabaría designándose como hipoteca (10). Sin embargo, la prenda no adquiriría propiamente rango de institución jurídica hasta que apareció su protección por medio de los

(6) «Prenda», en *Enciclopedia Jurídica Seix*, por VÍCTOR COVIÁN.

(7) Génesis, 38,17 Deuteronomio, 24,10 y sigs.

(8) *Código de Hammurabi*, edición preparada por FEDERICO LARA PEINADO, Editora Nacional, Madrid, 1982, pág. 103. Este antiguo texto legislativo distingue claramente si existe o no el vínculo de accesoriedad que la prenda ha de comportar, para señalar responsabilidad al acreedor en este último caso, 114, o para exonerarle por destrucción fortuita, 115 y 116, salvo posterior responsabilidad.

(9) RENÉ DEKKER: *El Derecho privado de los pueblos*, traducción de FRANCISCO JAVIER OSSET, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, págs. 43, 70, etc.

(10) PABLO FUENTESECA: *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pág. 160.

interdictos (11), lo que se logró a fines de la República, cuando el Pretor concedió al acreedor pignoraticio los interdictos posesorios (12).

En su originaria regulación la prenda sólo proporcionaba una garantía de carácter coactivo, la retención de la cosa dada en prenda por el deudor hasta que fuera cumplida la obligación que garantizaba (13). Quedaba así limitada la prenda a la conservación de la posesión sobre la cosa gravada, ejercitando con ello una coacción psicológica sobre el deudor a fin de inducirlo al cumplimiento de la obligación (14). El deudor pignorante podía servirse de la cosa dada en pignoración e incluso gravarla con hipoteca y percibir sus frutos (15), ya que el acreedor no adquiría sino la posesión, una retención, continuando el constituyente como dueño de la cosa dada en garantía (16). El *pignus* no atribuía al acreedor el derecho a usar la cosa (17), careciendo del *uti* y del *frui*, hasta el punto de que si lo realizaba sin estarle autorizado en el contrato, era considerado como el depositario o el comendatario y sujeto por ello no sólo a la *actio* pignoratícia directa, que le pediría cuentas de la falta de cuidado, sino a la propia *actio furti* (18).

Pero el estricto contenido del derecho de prenda podía extenderse a otras facultades que amplificaban los derechos del acreedor sobre la cosa sujeta al *pignus* (19). Aparecieron así otros pactos complementarios de la retención, como el *vendendi*, ya conocido desde Servio (20) y que terminó como estimarse implícito en cualquier pignoración desde la época clásica (21). El derecho de comiso (*lex comisoria*) o de hacerse propietario el acreedor de la prenda si no se cumplía la obligación, aunque en realidad se trataba de una venta para garantía con pacto de retroventa si se pagaba

(11) J. ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, I, parte general. Derechos reales, 13.^a ed. revisada por J. ARIAS BONET, Madrid, 1974, pág. 312.

(12) MANUEL GARCÍA GARRIDO: *Derecho privado romano*, I, Instituciones, 3.^a ed., Madrid, 1985, pág. 311.

(13) *Ibidem*, pág. 308. COVIÁN, *ob. cit.*, pág. 376.

(14) «Pegno», de ALBERTO BURDESE, en *Enciclopedia del Diritto*, bajo la dirección de CONSTANTINO MORATI y FRANCESCO SANTORO-PASCARELLI, tomo XXXII, Giuffrè editore, Varese, 1982, pág. 670.

(15) F. MACKELDEY: *Elementos de Derecho romano*, Madrid, 1844, Biblioteca de Jurisprudencia y Legislación, pág. 196.

(16) COVIÁN, *ob. cit.*, pág. cit.

(17) ARIAS RAMOS, *ob. cit.*, pág. 317.

(18) PAUL F. GIRARD: *Manuel élémentaire de Droit Romain*, Hautieme ed. revu et mise a jour par FELIX SENN, París, 1929, pág. 561.

(19) GARCÍA GARRIDO, *ob. cit.*, pág. 312.

(20) ULPIANO en *Digesto* 47,10,15,32, GAYO, 2,64; JAVOLENO, *Digesto* 47,2,74; SCAEVOLE, *Digesto* 44,3,14,5.

(21) A. BURDESE, *ob. cit.*, pág. 670.

la deuda (22), pacto que fue prohibido en el año 326 por Constantino (23) porque servía para encubrir intereses ilegales (24).

Existía también un pacto, que es el que ahora nos interesa, que autorizaba al acreedor, tratándose de cosa fructífera, a percibir los frutos en lugar de los intereses debidos, pacto denominado anticresis (25). Se designaba con este término griego de ἀντιχρησις el pacto por el cual los frutos eran lucrados enteramente por el acreedor a título de intereses del crédito garantizado (26), pues tal vocablo no significa sino uso o disfrute de una cosa χρησις como recompensa de algo ἀντιτινος y no necesariamente ἀντίτων τόκων, en compensación del interés (27). En las fuentes romanas aparece sólo una vez, puesto que D (20,1) 11,1 y (13,7) 33 constituyen fragmentos de un mismo texto originario y en tal pasaje significa anticresis χρησις ἀντι τῶν τόκων, si bien tal texto no se refiere al caso en que el predio mismo sea hipotecado (28). Por lo demás los juristas romanos no suelen adoptar el término anticresis, aunque el concepto se encuentre en sus doctrinas (29).

A juicio de SOHN (30) en el Derecho antiguo debió reducirse la anticresis a una prenda fructífera, que autorizaba al acreedor a irse cobrando con los frutos de la cosa, o sirviéndose de ella, pero podía combinarse también con una verdadera prenda de carácter comisorio (31). En resumen, la anticresis debe considerarse como un pacto agregado al *pignus* (32). En este sentido se han pronunciado incluso antiguos comentaristas, como GOTHOFREDUS (33), que estimaba, en base al texto de Marciano en el Digesto (34), a la anticresis una modalidad del *pignus* en la que en

(22) GARCÍA GARRIDO, *ob. cit.*, pág. 670.

(23) Código Theodosiano 3,2,1; CI 8,34(35) 3.

(24) GARCÍA GARRIDO, *ob. cit.*, *loc. cit.*

(25) JUAN IGLESIAS SANTOS: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 8.ª ed., Barcelona, 1983, pág. 376. RODOLFO SOHN: *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y sistema*, 17.ª ed., corregida por L. MITTEIS, sacada a la luz por L. WENGER. Traducción del alemán por W. ROCES, Madrid, 1928, pág. 318.

(26) BURDESE, *ob. cit.*, pág. cit.

(27) FRITZ SCHULZ: *Derecho Romano clásico*, traducción de JOSÉ SANTA CRUZ, Bosch, Barcelona, 1960, pág. 399.

(28) *Ibidem*.

(29) SOHN, *ob. cit.*, pág. cit., nota 1.

(30) *Ibidem*.

(31) *Ibidem*.

(32) MANUEL BATLLE VÁZQUEZ: «Anticresis», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*.

(33) «*Corpus iuris civilis cum notis*», nota a Digesto 20,1 De pig. et hip. 5,1, donde expresa: «*Pignus anim aliud simplex, cuius usum creditor no habet, aliud ἀντιχρησις, cuius unum habet... pignus utilitatem utendi fruendi in vicem debiti continens.*»

(34) D. 20, De pig. et hip.: «*Si ἀντιχρησις facta sit et in fundum aut in aedes inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia salvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.*» (Si se hizo anticresis —en griego—,

virtud de un pacto tiene el acreedor el derecho de gozar de la cosa dada en prenda. Este pacto ha tomado en ocasiones la forma de renuncia del pignorante a reclamar los frutos producidos por la cosa empeñada durante el tiempo de su retención, a cambio de la renuncia del acreedor al cobro de intereses de la deuda (35).

Para algunos autores es dudoso que tal pacto de aprovechamiento de frutos por el acreedor pignoraticio pudiera considerarse tácito (36) y parece más probable que tal extensión a los frutos o a cierta clase de ellos de forma automática no se produjeran hasta el Derecho justiniano (37).

La mayoría de los tratadistas entiende que cuando la cosa era fructífera podía el acreedor percibir los frutos para imputarlos a los intereses, después al capital (38) y si sobra se convierte en excedente o *superfluum*.

Para KASER (39) la pignoración conjunta de los frutos con la cosa madre se produce ya en la época clásica, mientras FREZZA (40) entiende que constituye una creación justiniana o de carácter oriental y muy próxima a Justiniano. A la hora de inclinarnos por una u otra opinión, debe tenerse en cuenta la destacada amplitud del *pignus* en cuanto a su objeto, que se extiende lo mismo a muebles que a inmuebles, a los muebles propiamente dichos o a los semovientes, al usufructo, ciertas servidumbres rústicas, al derecho de superficie, no sólo a las res corporales sino también a los créditos, y no sólo a las individualidades (*species*), sino al conjunto de cosas, a las univérsitas y al mismo patrimonio presente y futuro (41). Con tal amplitud y extensión operativa de la pignoración no es de extrañar que pudiera extenderse casi desde sus orígenes la coimpignoración de la cosa y sus frutos, mediante pacto que acabaría por estimarse implícito y se recogería ya así hacia el período justiniano.

y se introduce al acreedor en el fundo o en la casa, puede retener la posesión en lugar de prenda hasta que se le pague la cantidad debida, siendo así que puede percibir los frutos en vez de los intereses, ya sea arrendado, ya sea percibiendo los frutos o habitando la prenda por sí mismo.)

(35) ALVARO D'ORS: *Derecho Privado Romano*, 4.^a ed., Pamplona, 1981, página 476.

(36) SCHULZ, *ob. cit.*, pág. cit. ARIAS RAMOS, *ob. cit.*, pág. 317

(37) ARIAS RAMOS, *ob. cit.*, pág. cit. GIRARD, *ob. cit.*, pág. cit. SOHN, *ob. cit.*, pág. cit. D'ORS, *ob. cit.*, pág. cit. IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 376. GARCÍA GARRIDO, *ob. cit.*, páginas 313 y 314.

(38) MACKELDEY, *ob. cit.*, pág. cit. GIRARD, *ob. cit.*, pág. cit. SOHN, *ob. cit.*, pág. cit. D'ORS, *ob. cit.*, pág. cit. IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 376. GARCÍA GARRIDO, *ob. cit.*, págs. 313 y 314.

(39) KASER: *Das römische Privatrecht*, München, 1971, T I, pág. 464.

(40) FREZZA: *Le garanzie delle obbligazioni*, II, Le garanzie reali, Padova, 1963, página 150.

(41) IGLESIAS, *ob. cit.*, págs. 375 y 376. AQUILINO IGLESIA FERREIROS: *Las garantías reales en el Derecho histórico español. La prenda contractual desde sus orígenes hasta la recepción del Derecho común*, I, Santiago de Compostela, 1977, pág. 36

Cuando el acreedor pignoraticio percibe los frutos de la cosa empeñada y no exista pacto sobre ello y siempre que la cosa sea propiedad del que la dio en prenda o sus herederos (42), el valor de tales frutos se aplica, en primer término, al pago de los intereses y después al abono de la deuda principal, correspondiendo al deudor el eventual excedente (43).

A juicio de SCHULZ (44), las partes no eran libres de regular esta materia de modo diferente. Por este camino BRINZ llegó a sostener, con apoyo en Digesto 202,39, que siempre que se daba en prenda una cosa fructífera, el acreedor podía retener los frutos para aplicarlos a la extinción de la deuda, aunque el crédito no produjera interés alguno (45). Este texto de PAULO está probablemente alterado, a juicio de BURDESE (46) y no faltan tampoco quienes ven una correspondencia de dicha norma con PS, 2,13,1 b del Breviario, conservadora del Derecho postclásico (47). Pero el mencionado texto que expresa: «*Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum usuras retinere*» (48), sirve a MANICK (49) para sostener que la prenda romana era, por lo general, una prenda fructífera. Fuera de estos casos, tratándose de créditos sin interés, deben imputarse los frutos al capital (50).

Algún sector doctrinal ha mantenido que la percepción de los frutos, en ausencia de pacto anticrético, no constituye un derecho sino un deber del acreedor (51), con apoyo para tal afirmación en dos textos del Código, el 4,24,3 (52) y el 8,24,2, si bien el primero se ha estimado interpolado (53).

(42) SOHN, *ob. cit.*, pág. cit.

(43) D'ORS, *ob. cit.* IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 376. GARCÍA GARRIDO, *ob. cit.*, pág. cit.

(44) *Ob. cit.*, pág. cit.

(45) *Lerbuch der Pandekten*, II, 2.^a ed., Erlangen, 1882, pág. 318, nota.

(46) *Ob. cit.*, pág. 670.

(47) IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 39.

(48) «Cuando el propietario da una cantidad sin obligación de pagar intereses, puede el acreedor retener los frutos de la cosa que tiene en garantía hasta el límite de los intereses legales» (Paul. 2 sent.). La traducción está tomada de la obra *El Digesto de Justiniano*, versión castellana por A. D'ORS, F. FERNÁNDEZ TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA GARRIDO y J. BURILLO, Pamplona, 1972, tomo II, pág. 20.

(49) *Glaubigerfriedigung durch Nutzung*, 1910, pág. 31.

(50) *Ibidem*.

(51) DERNBURG: *System des römischen Recht*, 8.^a ed., tomo I, 505. SOHN, *ob. cit.*, pág. cit.

(52) «*Creditor, qui predium pignori nexum detinuit, fructus, quos percepit, vel percipere debuit, in ratione exonerandi debiti computare necesse habet: et si agrum deteriore, eo quoque nomine pigneratitia actione obligatur*» (El acreedor que ha poseído un predio a título de prenda, está obligado a disminuir la deuda con el valor de los frutos que ha percibido o que había debido percibir; pero si él ha causado daños en el predio, vendrá obligado en virtud de la acción pignoraticia —traducción propia del texto del Código).

(53) JÖRS-KUNKEL: *Derecho Privado romano*, traducción de L. PRIETO CASTRO, Barcelona, 1937, pág. 223, nota 5.

Todo estriba en determinar el valor que deba concederse a las expresiones «*vel percipere debuit*» del primero y «*vel quas percipere potuit*» del segundo.

Salvo la práctica del pacto anticrético, que no debió de utilizarse en la época antigua, los frutos de las cosas debían imputarse a los intereses y al capital. Esto sólo podía ocurrir con las cosas fructíferas, pero precisamente a tales cosas debían de referirse las relaciones pignoraticias (54).

Un texto de MODESTINO en el Digesto 13,7,39, pone de manifiesto la función satisfactoria del *pignus* a través de la imputación de frutos al pago del crédito garantizado (55). «*Cayus Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titto pignori dedit: postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniae suae certo tempore possiderit*» (56).

La cuestión referente a determinar en qué casos el acreedor que recibe una cosa por prenda anticrética, expresa o tácita, debe rendir cuenta de los frutos percibidos, y deducir del capital lo que exceda de los intereses legales, se resuelve atendiendo a diversos criterios: 1. Si el deudor ha dado una prenda al acreedor, que le ha prestado un capital sin intereses, y la cosa es fructífera, el acreedor pignoraticio puede retener los frutos hasta el vencimiento de los intereses legales, en cuyo caso debe rendir siempre cuenta, como se deduce de Digesto 20,2, frag. 8.

2. Pero si se ha dado la prenda por una deuda que produce intereses para el acreedor, se distinguen tres casos: a) Si se dan al acreedor por vía de intereses los frutos naturales de la herencia hipotecada, no debe entonces rendirse cuentas, conforme a lo señalado en Const. 17, del Código IV,32, a no ser que haya intervenido un particular acuerdo (Digesto 20,1,1,3); o que se ha hecho el pacto anticrético sólo para ocultar una usura (Constantino en 26,1 en Código IV,32). b) Si se han fijado los intereses, en tal supuesto debe siempre el acreedor rendir cuentas, y asimismo deducir el exceso de capital, ya que resulta indiferente que el deudor abone al contado los intereses o que dé al acreedor el mandato de percibirlos. c) Si el deudor no tiene que pagar intereses, pero el acreedor tiene el uso de la cosa pignorada, p. ej., habitando la casa hipotecada, no está obligado a rendir cuentas, pero sí lo está siempre que la preste o alquile a otros, como claramente se deduce del texto del Código IV,32 (57).

(54) IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 60.

(55) *Ibidem*.

(56) «Cayo Seyo pignoró un fundo suyo a Lucio Titio en garantía de una cantidad prestada; pactaron luego que el acreedor pudiera poseer la prenda un cierto tiempo en compensación de aquella cantidad que prestó...» *El Digesto de Justiniano*, cit., tomo I, Pamplona, 1968, pág. 536.

(57) F. MACKELDEY, *ob. cit.*, pág. 197, nota 1.

Retengamos como final de esta breve exposición del Derecho romano en esta materia de la prenda de cosa fructífera, que la prenda podía comprender lo mismo bienes muebles que inmuebles y que la hipoteca consistía en una garantía no otorgada por la entrega o traspaso de la posesión de la cosa, sino por el simple convenio (*pignus conventum*). Esta prenda por simple convicción tuvo su origen en la garantía inmobiliaria de los arrendamientos públicos y, sobre todo, en la garantía prestada en los arrendamientos rústicos (58). El término de origen griego, *hypoteca* se utilizó con preferencia a *pignus conventum* a partir de la época de los Severos por influencia del derecho de las provincias orientales del Imperio (59).

III. DERECHO GERMANICO

El *wadium* comprendía diversas instituciones y muy variadas, careciendo de carácter unitario, al cobijarse bajo dicho término diferentes situaciones jurídicas: bienes que podían ser dados o tomados en garantía de una obligación o bien simplemente señalados al acreedor sin transferencia de la posesión de los mismos, o con traspaso de la posesión o propiedad, o bien con la simple concesión del goce (60).

Dejando aparte la denominada *prenda tomada*, de profundo arraigo germánico, consistente en la toma de posesión por propia autoridad del acreedor (61), de la que HINOJOSA presenta numerosos ejemplos en nuestros Fueros Municipales (62), debemos ocuparnos aquí tan sólo de la convencional.

La pignoración o empeño (*Verpföndung*) consistía en la entrega material de la cosa al acreedor, quien debía restituirla en buen estado en el momento de abonarse la deuda (63). Pero dentro de este lato concepto podían distinguirse en el campo mobiliario dos diferentes clases de prenda: la concertada o puesta (*gesetztes Pfand*) y la tomada, como vimos. La

(58) D'ORS, *ob. cit.*, pág. 460.

(59) GARCÍA GARRIDO, *ob. cit.*, pág. 315.

(60) ADRIANA CAMPITELLI, en «Pegno. Diritto intermedio», en *Enciclopedia del Diritto*, cit., pág. 676. También GIUSEPPE SALVIOLI *Corso elementare completo di Storia del Diritto italiano*, Napoli, 1921, pág. 181, donde recoge que el *wadium* no era sino una prenda simbólica, porque lo usual era confirmar con prendas reales.

(61) HANS PLANITZ: *Principios de Derecho Privado Germánico*, traducción de C. MELÓN INFANTE, prólogo de ALFONSO GARCÍA GALLO, Barcelona, Bosch, 1957, página 177.

(62) EDUARDO DE HINOJOSA: *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, págs. 79 a 105.

(63) ERNESTO LEHR: *Tratado de Derecho civil germánico o alemán*, traducción de DOMINGO ALCALDE PRIETO, Madrid, 1878, pág. 249.

primera podía ser manual (*Fautspfand*) en la que el acreedor recibe la *gewere* corporal, puesto que sin posesión manual no hay prenda, obteniendo el acreedor un derecho de retención, que de no realizarse en su momento la prestación que garantizaba se trocaba en propiedad (64). Consistía en una prenda de sustancia, de caducidad y penal (65). En caso de rescate tenía que restituirse el objeto prendario inalterado, respondiendo el acreedor hasta del caso fortuito. Si la prenda recaía en un animal y podía imputarse su muerte al acreedor, debía reemplazarlo por otro, sin perder el derecho a reclamar su crédito, como se deduce, entre otros textos, del *Sachsenspiegel* (III,V,4 y 5) y del *Schwabenspiegel* (212) (66). Pero con el correr del tiempo esta responsabilidad pura se va convirtiendo en una seguridad accesoria del crédito (67).

Durante el medievo en las ciudades sometidas al Derecho de Lübeck, en Frankfurt y en Suiza, además de la prenda manual se produjo el fenómeno de permitir la pignoración de una cosa mueble sin transmisión de la *gewere* corporal sobre ella, mediante un acto público formal ante testigos, ante el Tribunal o el Consejo, sustituyéndose más tarde por la inscripción en un Registro de la ciudad (68).

Dentro de los inmuebles se distinguió la denominada prenda de sustancia o *Substanzpfand*, y la de disfrute o aprovechamiento, *Nutzungspfand*. La primera otorgaba, en un principio, un derecho de retención temporalmente ilimitado, si bien más tarde surgió la cláusula de caducidad, estaba dirigida la adquisición duradera del suelo y servía de atribuciones a la Iglesia en concepto de «cuota pro ánima» (69). La prenda de disfrute pretendía que el acreedor percibiera los aprovechamientos de la cosa pignorada. Esta última que es la que ahora nos interesa, debiendo destacarse su frecuente práctica, tanto en el medio rural como en el urbano, derivó del derecho de retención limitado temporalmente, permitiendo al acreedor disfrutar de los productos de la prenda sin imputarlos al crédito (70).

(64) PLANITZ, *ob. cit.*, pág. 175.

(65) *Ibidem*.

(66) LEHR, *ob. cit.*, pág. cit.

(67) PLANITZ, *ob. cit.*, pág. 176

(68) *Ibidem*.

(69) PLANITZ, *ob. cit.*, pág. 143. MAYER en su trabajo *El antiguo Derecho de obligaciones español, según sus rasgos fundamentales*, Barcelona, 1926, pág. 212, expuso ciertos casos de aplicación de la *wadatio*, haciendo referencia a los bienes *pro ánima*, pero fue criticado por LUIS G. DE VALDEAVELLANO: «La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo IX, Madrid, 1932, págs. 129 a 176, con referencia, principalmente, a los Fueros de Brihuega y de Usagre. En igual sentido JOSÉ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO: *Herencias a favor del alma en el Derecho español*, Madrid, 1944, págs. 31 y 32.

(70) PLANITZ, *ob. cit.*, pág. 145.

Así esta prenda de disfrute otorgaba sólo la posesión de las rentas, entregándose «*ad habendum et fruendum*», según ha destacado SCHUPFER (71). Subsistió, pese a la influencia romanista (72), permitiendo al acreedor la percepción de los productos de la prenda sin la obligada imputación al crédito (73).

Con referencia a su modo de constitución, mientras para BRUNNER (74) se asemejaba a una compra con pacto de retro, PLANITZ (75) entendía que se apoyaba en una transmisión resolutoriamente condicionada, de forma semejante a como la venta alemana lo realizaba en el retracto, añadiendo que este derecho de prenda inmobiliaria (*Grundpfandrecht*), el más importante para dar satisfacción al crédito del acreedor, desempeñaba una función semejante a la venta con reserva del tracto.

Así, este empeño perpetuo o *mort-gage* contenía un elemento penal, contemplándose en el aprovechamiento que otorgaba una justa compensación por el retraso sin motivo del rescate de la prenda (76).

Más tarde habría de chocar con las tendencias canónicas, de las que nos ocuparemos en el siguiente apartado, pero hemos de señalar ahora, que ello afectaría necesariamente a la institución. A partir del siglo XIII el Derecho territorial traería un profundo cambio al fijarse los provechos en relación a la suma de la deuda en la denominada prenda de rentas, o *grundherliche Rentenpfand* (77). En tal caso el dueño del inmueble atribuía por vía de prenda al acreedor los rendimientos anuales de la propiedad inmobiliaria, proporcionalmente a la cuantía de su crédito y tales rendimientos otorgaban una *gewere* mediata sobre la finca, señalándose un interés, por lo general en un tanto por ciento (78). La idea penal desaparece y es sustituida por la renta como única compensación admisible por la cesión del capital, transformándose, por último, la prenda inmobiliaria en una prenda derechos, convirtiéndose sus propios rendimientos en el objeto de la prenda (79).

Este largo itinerario del instituto no es siempre general ni uniforme.

(71) Citado por JOSÉ BENEYTO PÉREZ: *Instituciones de Derecho histórico español*, prólogo de RAFAEL ALTAMIA. vol. I, Bosch, Barcelona, 1930, pág. 282.

(72) BRUNNER: *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, edición completada por E. HEYMAN en 1927, pág. 219.

(73) PLANITZ, *ob. cit.*, pág. cit. En contra BENEYTO, *ob. cit.*, pág. 283, que sostiene que lo normal era la atribución de las rentas al pago de los intereses.

(74) *Ob. cit.*, pág. 218.

(75) *Ob. cit.*, pág. 142.

(76) *Ibidem*, pág. 145.

(77) *Ibidem*, págs. 145 y 146.

(78) *Ibidem*.

(79) *Ibidem*.

Así entre los longobardos, el pacto anticrético y el goce de la cosa prendada asumían el lugar del interés debido por el deudor (80).

Dentro del floreciente ambiente urbano se aplicó esta prenda de disfrute a la ocupación de una casa en la ciudad, al ponerse en recíproca relación el valor de la locación y la suma prendaria (81). En Colonia apareció un empeño con *gewere* de rédito a favor del acreedor, al constituir el propietario de una casa vivienda sobre el inmueble una prenda que transmitía anualmente al acreedor los variables provechos a costa de la casa, con otorgamiento de una *gewere* de rédito, fijándose un interés de rendimiento proporcional al valor arrendaticio. Tal *gewere* de rédito no otorgaba ya un dominio sobre el suelo y se asemejaba bastante a una prenda sin posesión (82).

En cuanto al antiguo Derecho inglés, si bien conoció la distinción entre prenda de propiedad y prenda de disfrute, en su posterior evolución abandonó esta última, centrándose exclusivamente en la prenda de propiedad.

En el Derecho histórico francés (leyes bárbaras) destaca la amplitud aplicativa de la pignoración, en cuanto se toma prenda para ejercitar un crédito y se da para pagar una deuda o para garantizar el pago de una multa (83).

Igual ocurría entre los anglosajones, en que se da prenda y garantía en toda convención: en esponsales, al comenzar un proceso y en las más diferentes ocasiones (84).

Generalmente en el Derecho histórico francés medieval se da en prenda un inmueble y el acreedor ostenta no sólo la posesión, sino una especie de propiedad temporal, que le permitía retenerla, usarla y percibir sus frutos, como se expresa en Marculfo I, núm. 374 (85).

En el período feudal, en el *mort-gage* el acreedor percibe los frutos de la cosa, en forma semejante al convenio romano de anticresis, mientras que en el *vif-gage* servían de amortización de la deuda (86). El inconveniente de la prenda es su improductividad, porque ni el acreedor ni el deudor pueden servirse de ella, por eso, si la prenda produce frutos es natural dejárselos al acreedor, con obligación de imputarlos a la deuda

(80) CAPITELLI, *ob. cit.*, pág. 678.

(81) PLANITZ, *ob. cit.*, pág. cit.

(82) *Ibidem*.

(83) PAUL OURLIAC y DE MALAFOSSE: *Derecho romano y francés histórico*, traducción y anotaciones de MANUEL FAIRÉN, tomo I, Obligaciones, Barcelona, 1960, página 547.

(84) GARABED ARTIN DAVOUD-OGHLOU: *Histoire de la législation des anciens Germains*, Berlin, 1845, tomo II, pág. 739,7.

(85) OURLIAC y DE MALAFOSSE, *ob. cit.*, pág. cit

(86) *Ibidem*, pág. 548.

(anticresis y *vif-gage* en oposición a *mort-gage* que no reconoce este derecho). Pero un acreedor exigente estipulará que los frutos le sean atribuidos sin imputación ninguna a la deuda (*mort-gage*) (87). Puede concluirse con LOYSEL que *vif-gage* es aquella prenda que se libera con sus frutos; *mort-gage* la que no se libera de este modo (88).

Como resumen del Derecho germánico podemos destacar, que existe una forma de garantía que, a diferencia de la fiducia romana, transmite la cosa como una enajenación aseguratoria, de manera que al pagarse la deuda la propiedad revertiría automáticamente al deudor enajenante (89).

La prenda manual o posesoria se relaciona con el *pignus* romano, pero debe tenerse en cuenta que la desposesión se conexiona con la *gewere* corporal y puede recaer lo mismo sobre muebles que inmuebles y admite las dos categorías de prenda de sustancia y prenda de disfrute. La garantía se concibe como una sustitución de la responsabilidad del deudor por la responsabilidad de la cosa (90).

IV. DERECHO CANONICO

El Cristianismo no condenó la propiedad privada, pero sí repudió el mal uso y el apego a las riquezas, imponiendo el deber de la limosna como una secuela de la caridad (91). Los elogios de Justino al desprendimiento de los bienes presuponen la existencia de propiedad privada en la comunidad cristiana, así como la aplicación de la limosna, por ello CLEMENTE DE ALEJANDRÍA afirmó la santificación del rico si utiliza sus bienes en beneficio de sus prójimos (92).

Pero la Iglesia tuvo que chocar necesariamente con la práctica usuraria. Si ya en Roma los *Decemviri* señalaron una tasa de interés, al fijar el máximo que no podía traspasar el anual, lo que persistió bajo los emperadores cristianos, a partir del Concilio de Nicea se comienza a prohibir la usura a los clérigos (93). Dado el absolutismo y formalismo del Derecho

(87) RENÉ DEKKER, *ob. cit.*, pág. 473.

(88) «Institutes», 484, citado por R. DEKKER, *ob. cit.*, pág. 473.

(89) JOSÉ FERNÁNDEZ VILELLA: «Introducción al estudio de los derechos reales de garantía», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIII, pág. 44. MARTIN WOLFF. *Derecho de cosas*, traducción de la 32.^a edición alemana por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER, 2.^a ed. española al cuidado de JOSÉ PUIG BRUTAU, Barcelona, 1951, págs. 172 a 175.

(90) FERRANDIS VILELLA, *ob. cit.*, pág. cit.

(91) JOSÉ MALDONADO: *Curso de Derecho Canónico para juristas civiles*, parte general, Madrid, 1970, pág. 247.

(92) *Ibidem*.

(93) VÍCTOR COVIÁN, en *Enciclopedia Jurídica Slex*, voz «usura»

romano, debió oponer una tenaz resistencia a los principios espiritualistas y humanitarios de la Iglesia, por ello ha podido plantearse con BIONDO BIONDI el estudio del Derecho romano cristiano, o relación entre Derecho romano y Cristianismo, como ha hecho entre nosotros URSICINIO ALVAREZ (94).

Los principios cristianos basados en el respeto a la persona humana aportan la idea de la *cáritas*, que informa todas las relaciones entre los hombres; de la *equitas*, complementadora del concepto de *iustitia* y como consecuencia de la exigencia de las *libertas* y *bona fides* en las relaciones jurídicas (95).

SAN AMBROSIO destacó que las riquezas no son intrínsecamente malas, sino que el mal radica en su inadecuada utilización y SAN AGUSTÍN no condenó la propiedad en sus diversas clases, pero sí puso de relieve el gravísimo peligro del amor a la riqueza y del abandono de la caridad.

Como consecuencia de las ideas expresadas, en las relaciones crediticias rige el principio de la fraternidad y el del favorecimiento del deudor con la concesión de un término de gracia, configurado como donación, con la prohibición *ne fiat perturbatio debitoris* y con el veto a ciertas prendas (96). Con tales presupuestos no es de extrañar que el Derecho canónico de los siglos XII y siguientes, no sólo mirara con recelo a la usura en los préstamos, sino que prohibiera a otras figuras jurídicas que pudieran encubirla. El paso del sistema de tasa a la prohibición de todo interés lo llevaron a cabo los canonistas medievales que proclamaron la injusticia de todo interés. Se llegó así a repudiar como usurario cualquier beneficio de la suma prestada, cualquiera que fuese la cuantía, ampliándose el concepto a la venta a término con estipulación de un precio superior, al préstamo de ciertas cosas fungibles con la cláusula de devolución de otras distintas de más valor y al contrato de prenda o hipoteca con la condición de que el acreedor tuviera derecho a la atribución de los frutos de la cosa sin imputarlos al capital del crédito (97).

La anticresis y el *mort-gage* fueron condenados «*Usura est lucrificare fructus rei pignorate*» señala la rúbrica del Capítulo I del Título XIX del Libro V de las Decretales, condenándose de forma expresa en el Capítulo IV del Título XXI del Libro III. En el Capítulo VI del mismo Título y Libro se expresa: «*Si aceditor, vels is, quib ab eo causam habet, tot fructus percepit ex pignore, quod satisfactum est sorti, debet pignus restitui debitori*».

Para BATLLE el texto resulta muy significativo al rechazar la percep-

(94) J. MALDONADO, *ob. cit.*, pág. 270.

(95) *Ibidem*, págs. 270 y 271.

(96) *Ibidem*, págs. 280 y 281.

(97) COVIÁN, *ob. últ. cit.*

ción de los frutos *viceusurarum*, estableciendo la posibilidad de un *pignus* de amortización en que los frutos se destinan a resarcir al capital (98). En este sentido no sería condenado el *vif-gage*, donde las rentas sirven para amortizar el crédito (99).

Ya en el siglo XII la Iglesia había exigido que los provechos de la prenda se imputaran a la deuda, pero el *vif-gage* o *Totsatzung* (empeño amortizable) fue repudiado de forma casi unánime, ideándose incluso en el ámbito eclesiástico específicos negocios fraudulentos (100). Poco a poco se fueron abriendo paso una serie de excepciones al principio prohibitivo, defendidas por BALDO, cuando el precio se acordaba en beneficio del deudor, derivaba de un beneficio anterior o constituía un contrato de sociedad comercial (101).

Las costumbres germanas entendían que lo que se daba en garantía era la cosa misma, nunca su precio en venta, por ello el pacto anticrético resultaba lógico dentro de esta construcción (102).

SALVIOLI (103) ha puesto de relieve como por la influencia eclesiástica se vetaron la *lex comisoria*, el pacto anticrético y todos aquellos contratos pignoratícios que pudieran velar u ocultar negocios usurarios. La doctrina canónica sobre el interés pactado en el mutuo derivó de otra más amplia del justo precio. Tanto SANTO TOMÁS como SAN BUENAVENTURA destacaron el nivel moral de dar a los demás lo superfluo sin requerir una recompensa material (*mutuum date, inde nihil sperantes*), o mantuvieron la antigua prevención de que el dinero no producía frutos (*pecunia non paret pecuniam*). Sin embargo, tales ideas llegaron a alcanzar consecuencias jurídicas, pues «*per conditionem ex c  none*», como expuso DURAND, el perjudicado podía pedir la restitución (104).

De todos modos, la penetración de esta doctrina no fue igual en todos los lugares, y se ha puesto de relieve algunos casos, como el de los estatutos medievales italianos en los que se encuentra el pacto anticrético como un medio de obtener frutos de la cosa pignorada sin imputarlos al capital (105) y parece que incluso se difund   un famoso contrato *ad gaudendum*, que no era otra cosa sino una anticresis disfrazada (106).

(98) *Ob. cit., loc. cit.*

(99) OURLIAC y DE MALAFOSSE, *ob. cit.*, pág. 548

(100) PLANITZ, *ob. cit.*, pág. 145.

(101) J. MALDONADO, *ob. cit.*, pág. 363

(102) BENEYTO, *ob. cit.*, pág. 283.

(103) *Storia del Diritto italiano*, Torino, 1921, pág. 627.

(104) J. MALDONADO, *ob. cit.*, pág. 362

(105) BESTA. *Le obbligazioni nella storia del Diritto italiano*, Padova, 1936, número 118. También el mismo: *Il diritto sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933, págs. 255 y sigs.

(106) BESTA. *Le obbligazioni.*., *cit.*, *loc. cit.*

V. DERECHO COMUN Y CODIFICACION

En la evolución del instituto de la prenda desde la recepción del Derecho común hacia su final cristalización en el período de la codificación civil, se detectan concretas y precisas diferencias con las otras dos garantías reales: la hipoteca y la anticresis. Ello ha de repercutir necesariamente en la prenda fructífera o anticrética, objeto de nuestro estudio.

Podemos comenzar señalando, que la distinción entre *pignus e hypoteca* en el Derecho romano distaba de ser nítida, pese al conocido texto de MARCIANO (107): «*inter pignus et hypotecam tantum nominis sonus differt*» y motivó la preocupación de los juristas romanos por las relaciones entre ambas figuras. Como criterio más preciso parecía asentarse la exclusiva diferencia entra ambas garantías en el tránsito de la posesión y así se encuentra en la precisa formulación de ULPIANO (108): «*proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypotecam cum non transit nec possessio ad creditorem*». Tal diferencia entre la *pignoris datio* y la *pignoris conventio* fue aceptada por los escritores del medioevo, salvo el «*Libellus de verbis legalibus*», que atendió a la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los bienes gravados para tal distinción (109). Pero tanto glosadores como canonistas pusieron el acento para la diferenciación entre ambas garantías, no en la movilidad de los bienes gravados, sino en la transferencia de la posesión de los mismos. Se distingue así la prenda que transfiere la posesión de la cosa gravada al acreedor, de la hipoteca que no entrega dicha posesión que sigue atribuida al titular garante (110).

Todo el pensamiento dominante parece adoptar una situación de absoluta indiferencia respecto a la naturaleza de las cosas —muebles o inmuebles— que constituían el objeto del gravamen (111).

Ahora bien, con la multiplicación de las hipotecas legales a favor del Fisco, de las mujeres casadas y de los menores, se crean a partir del siglo XIII los primeros Registros hipotecarios (112), para favorecer el crédito y dar publicidad a los gravámenes y ello determinaría que poco a poco se fuera limitando el campo de aplicación de la prenda a los bienes muebles (113).

(107) *Digesto* 20,1,5,1.

(108) *Digesto* 13,7,9,2.

(109) A. CAPITELLI, *ob. cit.*, pág. 679.

(110) *Ibidem*.

(111) CICCAGLIONE: *Manuale di storia del Diritto italiano*, II, Milano, sin fecha, página 353

(112) Si a finales del siglo XIII se instituyeron en Venecia los primeros registros hipotecarios, en el Ducado de Modena y en el Reino de las Dos Sicilias ello no ocurre hasta fines del siglo XVIII. A. CAPITELLI, *ob. cit.*, pág. 681.

(113) CICCAGLIONE, *ob. cit.*, pág. cit.

Se ha destacado que la legislación napoleónica supondría el final de los confusos límites entre la prenda y la hipoteca (114), pero no significaría sino etapa más en el devenir de ambas instituciones, para desnaturalizarse poco más tarde con las hipotecas navales y las mobiliarias.

Las relaciones entre la prenda y la anticresis han sido aún más imprecisas. Mientras que la prenda constituía una clara institución del Derecho civil privado, se ha puesto de relieve la influencia del Derecho público en el origen de la anticresis (115). Ya aludimos más atrás (116), al comentario de GOTHOFREDUS sobre ambas figuras, poniendo el acento en que el *pignus* constituía una garantía sin uso de la cosa, siendo intrascendente para la distinción que la cosa fuera mueble o inmueble. Ello hizo pensar que se trataba de la misma figura, pasando a constituir la anticresis una modalidad del *pignus*. Mas la protección del acreedor anticrético mediante una *actio in factum*, hizo pensar a NOOT, VINNIO y al mismo POTHIER, que se trataba de diferentes instituciones, al no aplicarse la acción serviana a la anticresis (117). Sólo cuando se pactara que con el valor de los frutos se amortizaría el capital o cuando se tratase de un pacto agregado de modo expreso existiría el *pignus*. Circunscribiéndose la anticresis entre los antiguos comentaristas como un pacto referente a bienes inmuebles (118), pero cuando sólo se pactare la anticresis y no el *pignus*, y éste no se sobreentendiese por las circunstancias del caso, se producía un efecto más restringido, al darse tan sólo la función compensatoria y el derecho de retención, pero no el *ius vendendi* (119).

Los redactores del Código francés no recogieron al pronto la anticresis, al haberse atacado como forma rudimentaria de crédito, encubridora de la usura e impropia de los pueblos civilizados (120), pero los informes de los Tribunales franceses fueron favorables a su inclusión en el Código, atendiendo al *droit coutumier* y porque tendía a facilitar las convenciones, multiplicando los medios de liberación del deudor y su utilidad social al favorecer tanto al acreedor como al deudor (121). Con tales precedentes, el Código de Napoleón recogería la anticresis como contrato independiente y no como un pacto accesorio de la prenda, pero restringido a los bienes

(114) A. CAPITELLI, *ob. cit.*, pág. 681.

(115) MARQUARDT: *De la organisation financière des romaines*, París, pág. 198.

(116) Ver nota 33 de este trabajo.

(117) BATLLE, *ob. cit.*, pág. cit

(118) *Ibidem*.

(119) *Ibidem*.

(120) PLANIOL citaba la frase de PUGEARD Y DE TROPLONG, de que «la anticresis no es un contrato de pueblos civilizados» (J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho común y foral*, 6ª edición, tomo II, Madrid, 1943, pág. 440, nota 1).

(121) BATLLE, *ob. cit.*, *loc. cit.*

inmuebles, englobando ambas figuras bajo la rúbrica ya tradicional en Francia de «nantissement».

VI. DERECHO COMPARADO

1. CÓDIGO FRANCÉS

El Código francés contiene más Derecho germánico que el mismo Landrecht prusiano de 1794 y que el Código Civil general de Austria de 1811, lo cual puede explicarse por haberse tenido en cuenta en su redacción las *coutumes*, especialmente las de París, sumamente germánicas (122). Además, en muchísimos contratos se ha visto la mano de POTHIER (123), por ello debe deducirse su influencia en la redacción del «nantissement».

El Código de Napoleón dentro de su Libro III, «de los diferentes modos de adquirir la propiedad» dedica el Título XVII, «Du nantissement», con los artículos 2.071 y 2.072 como obertura del Título, antes de los capítulos que lo forman: el I, «de la prenda», que comprende los artículos 2.073 a 2.084, y el II, «de la anticresis», con los artículos 2.085 a 2.091. Ya fuera de este título, en el siguiente, el XVIII, se ocupa el texto de 1804 de los privilegios e hipotecas con cinco capítulos, algunos divididos también en secciones y contenidos de los artículos 2.092 al 2.203.

El texto legal define el «nantissement» como un contrato por el cual el deudor entrega una cosa a su acreedor para la seguridad de la deuda (art. 2.071). Constituye una figura genérica, que comprende las dos especies, de prenda o «nantissement» de cosa mueble y de anticresis o «nantissement» de inmueble (art. 2.072). Tienen de común ambas instituciones que el acreedor recibe una cosa en garantía de una deuda, lo que constituye la esencia del «nantissement», pero se diferencian, no sólo por el objeto sobre el que recae el gravamen, mueble o inmueble, sino también porque la anticresis es *per se* de aprovechamiento fructífero y la prenda suele no serlo. El «nantissement», pese a su carga histórica y a su sentido tradicional puede traducirse como una garantía real con desplazamiento posesorio de la cosa gravada.

Con relación a la anticresis puede afirmarse, que si transformó en el Código su concepto, ganó en claridad, no sólo por su concreción a los inmuebles, sino por su exclusiva limitación a la compensación de intereses o frutos y a la amortización, salvo pacto en contrario (124).

(122) J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 8ª ed., tomo I, Introducción y Parte General, volumen I, Madrid, 1951, pág. 144 en nota 3, que viene de la página anterior.

(123) *Ibidem*, pág. 145.

(124) BATLLE, *ob. cit.*, pág. 698.

El Código de Austria sancionó con la nulidad los actos constitutivos de anticresis (125) y otro tanto ocurre con el Código del Cantón de Vaud (126).

Pero la *sedes materiae* del Código Civil galo, al ubicar en el mismo título prenda y anticresis y colocar en otro la hipoteca y los privilegios, presenta trascendencia, no sólo al poner el acento en el desplazamiento posesorio, sino en alejar la hipoteca de tales garantías y situarla junto a los privilegios, apunta también al disfrute, propio y esencial en la anticresis y excepcional o extraño en la prenda.

Como parecían no existir los prejuicios de otros tiempos sobre la usura del pacto anticrético, se admitió sin dificultad en el Código. Con el tono declamatorio y enfático del tiempo, el Discurso Preliminar expresaba que «el dinero es el signo de todos los valores, procura todo lo que proporciona provecho o fruto. ¿Por qué, entonces, quien lo necesita, no ha de pagar por su uso como paga por el uso de todos los objetos que ha de menester? A la manera de todas las demás cosas el dinero puede ser donado, prestado, arrendado, vendido. La renta vitalicia es una enajenación, el préstamo con interés es un arrendamiento, el ceder una cierta suma para su uso gratuito, es un simple préstamo, la liberalidad sin intereses ni reintegro es una donación. La donación y el préstamo son actos de generosidad, mas el arrendamiento y la enajenación no son actos injustos» (127). Y continuaba más adelante PORTALIS: «Si el dinero ha de tener un precio, es preciso también que este precio sea poco considerable. El interés moderado del dinero fomenta las empresas útiles» (128).

Con tales ideas dominantes, el Código de Napoleón, seguido por otros, abandonó el criterio de la tasa del interés convencional, pero tal sistema de libertad duraría poco, pues retrocediendo al régimen anterior, una ley civil y penal de 3 de septiembre de 1807 determinó que dicho interés no podría exceder del 5 por 100 en lo civil, ni del 6 en materia comercial (129).

Señalado lo que antecede, podemos pasar ahora a examinar el sistema francés en orden a los frutos e intereses en la prenda. El Código se ocupa en un solo precepto de este punto. Dice el artículo 2.081: «S'il s'agit d'une

(125) *Vide*, nota siguiente.

(126) M. ANTOINE DE SAINT JOSEPH: *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code français*, Bruxelles, 1852, págs. 152 y 153.

(127) JEAN ETIENNE-MARIE PORTALIS: *Discurso preliminar del Proyecto de Código civil francés*, traducción, prólogo y notas de MANUEL DE RIVAROLA Y RIVAROLA, Valparaíso (Chile), 1978, pág. 94.

(128) *Ibidem*.

(129) VÍCTOR COVIÁN en voz «usura», en *Enciclopedia Jurídica Seix*.

creance donné en gage, et que cette creance porte intérêts, le creancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus.

Si la dette pour sûreté laquelle la creance a été donné en gage, ne porte point ele-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette» (130).

Dicen los tratadistas franceses que la prenda no constituye un motivo de ganancia para el acreedor, pues no significa y supone sino una garantía (131). El acreedor pignoraticio, cuando el crédito le ha sido satisfecho, está obligado a restituir la prenda al deudor con todos sus accesorios y entre estos, los frutos naturales o civiles de la cosa empeñada (132). De las obligaciones que contrae el acreedor nace una acción llamada *actio pignoratitia* directa, cuyo principal objeto es la restitución de la cosa dada en garantía y cuando ésta ha perecido por culpa del acreedor, debe devolver su valor (133). Son objetos accesorios de dicha acción: 1.º Los daños e intereses que puede pretender el deudor contra el acreedor por los deterioros causados por culpa del acreedor. 2.º Otro objeto accesorio de esta misma *actio* es la cuenta de los frutos y de todo lo que provenga de la cosa dada en prenda (134). El deudor o tercero que ha entregado la cosa en prenda conservan todos los derechos de propiedad sobre la cosa empeñada, como si no hubiera sido puesta en depósito en el acreedor pignoraticio. Si la cosa produce frutos, el acreedor debe dar cuenta de los percibidos (135), porque el acreedor no tiene, en principio, el goce de la cosa y no puede servirse de ella para su uso personal, ni percibir los frutos cuando los produzca (136). A diferencia del anticresista no tiene, salvo pacto en contrario, el derecho de disfrute (137). PLANIOL ha criticado esta equiparación legal al depósito, destacando que tal comparación resulta peligrosa

(130) «Si se trata de un crédito dado en prenda, y este crédito produce intereses, el acreedor imputa estos intereses sobre los que pueden serle debidos. Si la deuda para cuya seguridad ha sido dado el crédito en prenda no produce intereses, la imputación se hace sobre el capital de la deuda.»

(131) M. TROPLONG: *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la contrainte par corps, du nantissement, du gage et de l'antichrèse*, Bruxelles, 1848, pág. 118, número 437.

(132) PAUL PONT: *Explication du Code Civil*, tomo 9.º, vol. II, París, 1878, página 719.

(133) POTHIER: *Recueil des divers traités sur les hypotheèques, l'antichrèse et le nantissement*, tomo premier, París, 1809, págs. 486 y 487.

(134) *Ibidem*, pág. 487.

(135) K. S. ZACHARIAE: *La Droit Civil Français*, traduit de l'allemand sur la cinquième édition, anoté et rétabli par G. MASSE y Ch. VERGÉ, tomo V, París, 1860, página 111.

(136) MARCEL PLANIOL y G. RIPERT: *Tratado Elemental de Derecho Civil*, traducción de JOSÉ M. CAJICA de la 12.ª edición francesa, Puebla (México), 1948, pág. 52.

(137) M. PLANIOL y G. RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tome XII Suretés réelles. Premier partie avec concours de EMILA BECQUÉ, París, 1927, pág. 110.

y vale poco, ya que la prenda se encuentra muy lejos de constituir un depósito (138).

Señala el artículo 2.079 que «hasta la expropiación del deudor, si fuere procedente conservar la propiedad de la prenda, la cual en poder del acreedor, no es sino un depósito que asegura el privilegio de éste» (139).

Si el crédito pignorado produce intereses se establece una compensación entre los intereses de éste y los de la deuda para cuya seguridad se constituyó la prenda (140).

Esta es la idea expresada por el primer párrafo del artículo 2.081. El Código no distingue el caso en que los intereses son objeto de un título distinto del título de crédito que los produce, pero basta para su aplicación que los intereses percibidos por el acreedor excedan a aquellos que le son debidos, y así lo ha recogido el fallo de casación de 17 de diciembre de 1841 (141). La decisión de la Ley supone necesariamente que el acreedor pignoraticio se encuentra tácitamente encargado por el contrato de percibir los intereses del crédito empeñado a fin de hacer la imputación (142). Ello parece razonable, pues los intereses se perciben por un corto período de tiempo y es natural suponer que el deudor desposeído del título ha encargado al acreedor pignoraticio de cobrar en su lugar los intereses, que no podría percibir más que con el asentimiento de éste (143). Lo prescrito en el artículo 2.075 asegura al acreedor la posibilidad de impedir cualquier pago en su perjuicio, pero también advierte al deudor del crédito pignorado que en adelante es el acreedor pignoraticio a quien deben satisfacerse los intereses (144). El cobro de intereses por el acreedor pignoraticio resulta así una consecuencia de un mandato tácito (145), que tiene su apoyo en el dato que el acreedor que ha pignorado su crédito ha perdido, por la notificación realizada al deudor, el derecho de cobrar periódicamente los intereses, puesto que importa a todos, acreedor, deudor y acreedor pignoraticio que los intereses del crédito se paguen exactamente (146). Los intereses así percibidos son aplicados a la liberación del deudor pignorante

(138) *Ibidem*.

(139) «Jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu reste propriétaire du gage, qui n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci» (artículo 2.079). La traducción de JOSÉ M. CAJICA en la obra de JULIEN BONNECASE: *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, Puebla (México), pág. 593.

(140) PONT, *ob. cit.*, pág. cit.

(141) TROPLONG, *ob. cit.*, pág. 119, nota 7.

(142) PONT, *ob. cit.*, pág. 720

(143) *Ibidem*.

(144) *Ibidem*.

(145) A. M. DEMANTE y E. COLMET DE SANTERRE: *Cours analytique de Code Civil*, tomo 7. El autor es COLMET DE SANTERRE, París, 1884, pág. 384.

(146) *Ibidem*

y se imputan sobre la deuda conforme a las reglas de la imputación de pagos, primero sobre los intereses y después sobre el capital de la deuda (147). Justifica esta solución que simplifica sobradamente las relaciones entre las partes (148). ¿De qué serviría que el deudor cobrara por sí mismo los intereses del crédito dado en prenda para después entregarlos al acreedor pignoraticio? (149). Entienden por ello COLIN y CAPITANT que los intereses del crédito dado en prenda forman un elemento de garantía que el acreedor pignoraticio ha debido tomar en cuenta en el momento de constitución de la prenda (150). Los intereses, en efecto, forman parte de la prenda, son accesorios de la misma y como tal deben ir a buscar al acreedor (151).

Si la deuda para cuya seguridad se ha dado en prenda el crédito no produce intereses, los intereses del crédito se imputarán sobre el capital y lo disminuirán (152).

Del segundo párrafo del artículo 2.081 se deduce una aparente derogación del artículo 1.244 del Código. La imputación de los intereses de un crédito no extingue, por lo general, el capital del crédito imputado, lo normal es que se trate de una extinción parcial y así el acreedor pignoraticio lo recibirá como pago parcial y extraordinario, sin tener derecho a rehusarlo (153).

Las razones del artículo 2.081,2 imponen, que cuando un crédito produzca intereses y ha sido empeñado para garantizar otro crédito que también los produce, los intereses del crédito pignorado se imputan sobre los intereses y sobre el capital, pues aunque esto no resulte del artículo 2.081,1 se deduce de su segundo apartado (154).

Por el contrario, el acreedor pignoraticio no tiene derecho a cobrar el capital del crédito pignorado, pues si tuviera tal potestad dicho capital se imputaría sobre la deuda garantizada por la prenda. La diferencia entre el mandato tácito para cobrar no aparece tan clara como en el caso de los intereses, ya que el capital no debe ser pagado sino de una vez, en tanto que los intereses se pagan en diversos momentos (155). Si el vencimiento ha llegado, el deudor pignoraticio, acreedor del crédito pignorado, no podrá cobrar, puesto que el empeño valdrá como una oposición y tendrá

(147) *Ibidem*.

(148) A. COLIN y H. CAPITANT: *Cours élémentaire de Droit Civil français*, tome II, Paris, 1915, pág. 760.

(149) *Ibidem*.

(150) *Ibidem*.

(151) TROPLONG, *ob. cit.*, pág. 119.

(152) *Ibidem*.

(153) COLMET DE SANTERRE, *ob. cit.*, pág. 384.

(154) *Ibidem*.

(155) *Ibidem*, pág. 385.

interés en entenderse con el acreedor pignoraticio, que no podrá cobrar sin el consentimiento de la otra parte (156). Del mutuo interés nacerá un acuerdo y cobrarán ambos conjuntamente. Si el acuerdo no tiene lugar, habrá que atenerse a lo dispuesto en el artículo 2.078: «La créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute cause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle» (157).

Se señalaba incluso que el mandato tácito, tratándose de capital podía ser peligroso en hipótesis frecuentes que el crédito pignorado fuera superior en valor al crédito que garantiza la prenda y la ley sería harto imprudente pues convertiría al acreedor en deudor por el excedente, mientras que con referencia a los intereses no arriesga perderlos el deudor ya que se imputan al capital, a extinguir su propia deuda (158).

Precisamente, sólo tendrá derecho a cobrar el capital del crédito pignorado el acreedor pignoraticio cuando expresamente se le haya conferido tal derecho en el acto constitutivo de la prenda (159). Por eso se ha estimado el acuerdo como constitutivo de un simple mandato, siempre revocable a voluntad del deudor. Si de los términos contractuales o de otras circunstancias apareciera como invocable la convención, implicaría más bien una delegación condicional de crédito que una verdadera garantía (160).

La jurisprudencia se ha pronunciado en algunos casos. Así «cuando el título de renta se ha dado en prenda, los derechos del acreedor pignoraticio se extienden a los atrasos, salvo pacto en contrario» (Req. 28 de noviembre de 1894) (161).

(156) *Ibidem*.

(157) «No puede el acreedor, por falta de pago, disponer de la prenda, sin perjuicio de que pueda demandar judicialmente su entrega como pago, hasta la debida concurrencia, según avalúo hecho por peritos, o que se venda en pública subasta. Cualquiera cláusula que autorice al acreedor para apropiarse de la prenda o para disponer de ella, sin las formalidades expresadas, se considerará nula.» La traducción de J. M. CAJICA, ver nota 139 de este trabajo

(158) COLMET DE SANTERRE, *ob. cit.*, pág. ult. cit.

(159) PONT, *ob. cit.*, pág. 720.

(160) *Ibidem*.

(161) Code Civil de *Petites Codes de Dalloz*, Paris, 1972, pág. 953. También la casación belga destacó que el artículo 2.081 no distingue el supuesto en que el capital y los intereses se deben en virtud de un mismo acto y el caso en que los intereses son objeto de un título distinto del propio del crédito; basta con que los intereses percibidos por el acreedor excedan de los debidos para que deban ser imputados al capital (Cass de 17 de diciembre de 1841). Citado por *Les Codes Larcier*, tomo I, edición de 1965, Bruxelles, página 153.

Si se trata de un mueble fructífero, aunque las garantías sobre tales bienes suelen ser raras en las prácticas modernas y por eso el silencio del Código sobre los frutos producidos por las cosas durante la pignoración (162), pues efectivamente el texto legal no habla de muebles corporales fructíferos (163), no cabe duda de que las cosas pueden producir frutos, y debe resolverse la situación de tales productos. Existen ciertos muebles corporales que son fructíferos con gran número de animales (164). POTHIER generalizaba la regla del artículo 2.081, aplicándola a todos los casos en que el objeto mueble pignorado fuera fructífero y concluía que estos frutos venían en deducción de la deuda (165). Pero en contra de la opinión de tal tratadista, entienden otros autores, que para las cosas fungibles no parece posible decidir analógicamente que el acreedor aprovechará los frutos y los imputará al valor del crédito, porque ello implicaría una dación en pago que precisaba ser convenida (166). También BAUDRY-LACANTINIERE y DE LOYNES (167) combatían semejante presunción, en defecto de forma legislativa, pero no veían inconveniente en que las partes confirieran tal derecho al acreedor pignoraticio por un pacto expreso (168), admitiéndose incluso que tal pacto pudiera ser tácito, deducido de las circunstancias, como recogió el Tribunal de Boulogne-sur Mer en 3 de abril de 1925 (169). Para muchos autores tal solución encuentra su apoyo en el propio artículo 2.081 (170), pero tal precepto no habla de frutos, sino de intereses (171). Las crías de un animal y aun admitiendo que fueran coimpignoradas con la madre, encuentran su normativa en el artículo 2.078 y no constituyen propiedad del acreedor pignoraticio, que debe hacérselos atribuir «por justicia» o ser autorizado a su venta. Se añade el desconocimiento del valor de las crías y el temor a fraudes (172).

Se puede concluir que si la cosa produce frutos, el acreedor tiene que dar cuenta de los percibidos (173) y así cuando reciba expresa o tácita-

(162) TROPLONG, *ob. cit.*, pág. 119.

(163) PONT, *ob. cit.*, pág. cit.

(164) COLMET DE SANTERRE, *ob. cit.*, pág. ult. cit.

(165) «Nantissement» 36.

(166) C. AUBRY y C. RAU. *Cours de Droit Civil français*, 4.^a ed., tomo 4, Paris, 1874, pág. 111.

(167) *Ob. cit.*, pág. 105.

(168) *Ibidem*. También L. JOSSERAND: *Derecho Civil*, revisado y completado por ANDRÉ BRU, tomo II, vol. II, traducción de SANTIAGO CUNCHILLOS Y MANTEROLA, Buenos Aires, pág. 452.

(169) PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 111, nota 2.

(170) G. BAUDRY-LACANTINIERE y P. DE LOYNES. *Trattato teorico pratico di Diritto civile*, Sulla II ediz., note explicative de P. BONFANTE, G. PACCHIONI y A. SRAFFA, Milano, pág. 104.

(171) COLMET DE SANTERRE, *ob. cit.*, *loc. cit.*

(172) *Ibidem*.

(173) ZACHARIAE, *ob. cit.*, *loc. cit.*

mente del deudor el poder servirse de la cosa al efecto de hacerla producir frutos, está obligado a dar al bien pignorado los cuidados de un buen padre de familia, respondiendo no sólo de los frutos percibidos, sino también de aquellos que ha descuidado percibir (174).

En el caso de que las crías sean pignoradas, es dudoso que pueda retenerlas el acreedor y ejercer sobre su valor privilegio en supuesto concursal pues el animal una vez nacido deviene un objeto distinto de la madre y se troca en una individualidad, pero no faltan quienes entienden esto como una accesión, un aumento del objeto como accesorio del animal principal objeto de prenda (175).

En cuanto al acreedor pignoraticio se encuentra asegurado con la prenda, parece que su crédito no está sometido a prescripción. Si ello ocurre en la anticresis, lo mismo debe producirse en la pignoración, pues el hecho de dejar el deudor la prenda en manos del acreedor forma parte de un reconocimiento del derecho de este último. El sistema contrario conduciría, cuando la acción es imprescriptible hasta el momento del pago, pudiera en treinta años reclamar la restitución de la prenda, sin ofrecer abonar su crédito al acreedor (176).

Con relación a la garantía sobre el título de renta, el acreedor pignoraticio extiende su derecho a los atrasos, pero tal regla puede derogarse por voluntad de las partes, correspondiendo a los Jueces interpretar a este respecto los acuerdos realizados (177). Cuestión controvertida consiste en determinar si la garantía pignoraticia constituida sobre acciones de una sociedad confiere al acreedor pignoraticio el derecho al voto en las asambleas generales (178), que aparece resuelto en nuestra Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 en su artículo 42.

2. CÓDIGOS QUE SIGUEN EL MODELO FRANCÉS

El Código francés exportó fuera de su territorio genuino y no sólo debido a las conquistas napoleónicas. Muchos países como Bélgica y Lu-

(174) POTHIER, *ob. cit.*, *loc. cit.*

(175) COLMET DE SANTERRE, *ob. cit.*, págs. 386 y 387.

(176) AUBRY y RAU, *ob. cit.*, pág. 714, nota 15.

(177) Sentencia del Tribunal de París de 21 de junio de 1983.

(178) Aunque determinados autores galos, como HUVELIN, THALLER y PERCEROU citados por PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 111, notas 6 y 7, interpretaron que el deudor pignoraticio había cedido su derecho al voto en el crédito pignorado, o al menos se había dado formalmente un mandato para tomar parte en su lugar en las asambleas, mandato de carácter tácito, o por estimar que esto constituía un acto de administración, la jurisprudencia francesa se pronunció en sentido contrario. Ver en PLANIOL los fallos al respecto.

xemburgo aceptaron el texto, incluso después de alcanzada su independencia (179). Otros países adoptaron espontáneamente el Código francés, como el Reino de Westfalia (1 de enero de 1808), Hannover (1810), los Grandes Ducados de Frankfurt (1 de enero de 1811), Baden (1 de enero de 1810) y Nassau (enero de 1811), el Reino de Nápoles (1 de enero de 1808) y varios cantones suizos (180). Por último, infinidad de países, diseminados en diversos lugares del globo, han inspirado sus codificaciones en el modelo francés, como Holanda con su Código Civil en vigor desde 1 de octubre de 1838, en Italia con su Código sancionado el 25 de junio de 1865 y que entró en vigor el 1 de enero siguiente, en Rumania con su texto de 4 de diciembre de 1864, en Portugal promulgado el 1 de julio de 1867 y que entró en vigor el 1 de enero siguiente, en España, como veremos más adelante, en Mónaco cuyo Código Civil entró en vigencia el 1 de enero de 1885, en los cantones suizos de Vaud de 1819, Tesino de 1837, Friburgo de 1849, Valais de 1853, Neuchâtel de 1854-1855, en Egipto, promulgado el 16 de septiembre de 1875, en el Bajo Canadá, Código Civil de 1 de agosto de 1866, en la Luisiana, texto de 1824 y en la mayoría de los Estados de la América central y meridional (181).

Los artículos 1.951 del Código de las Dos Sicilias y 2.134 del sardo son enteramente semejantes al 2.081 francés (182). Otro tanto ocurre con el artículo 1.204 del holandés, dentro de su Libro II, Título XIX, «Du gage» (183).

Dentro del capítulo 2, «Ot Pawn», el artículo 3.169 establece el Código Civil de Louisiana: «If it is credit which has been given in pledge, and if this credit brings interest, the creditor shall deduct this interest from those which may be due to him; but if the debit, for the security of which the claim has been given, brings no interest itself, the deduction shall be made on the principal of the debt» (184).

El Código de Haití, publicado en 1825 y 1826, en su número XXXII,

(179) J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español. Común y Foral*, 8.ª ed., tomo I, Introducción y Parte General, vol. I, Madrid, 1951, pág. 146.

(180) *Ibidem*, nota 3.

(181) *Ibidem*, pág. 147 y notas 1 a 9, ambas inclusive.

(182) M. ANTOINE DE SAINT JOSEPH, *ob. cit.*, págs. cit.

(183) *Ibidem*.

(184) «West's Louisiana Statutes annotated Civil Code. Volume 17. 1972. Compiled Edition of the Civil Codes of Louisiana. Articles 2292 to End. St. Paul, Minn. West Publishing CO. 1973.» El Capítulo II, «Ot Pawn», que comprende los artículos 3.154 a 3.175, va ubicado dentro del Título XX, «Of Pledge», entre el Capítulo I, «Disposiciones Generales», y el III, «De la anticresis». El Título siguiente, XXI, va dedicado a los privilegios. El texto correspondiente al artículo 3.169 procede de la Revisión de 1870. Procede como el Código de 1804, en 1808 se convirtió en el artículo 16, pág. 449, con la redacción actual y pasó al 3.136 de la reforma de 1825, con igual redacción que el actual artículo 3.169.

Ley sobre el «nantissement» contiene un artículo 1.848 idéntico al artículo 2.081 francés (185).

El Código Civil de Italia fue promulgado el 25 de junio de 1865 y entró en vigor el día 1 de enero de 1866, rigiendo hasta su sustitución por el de 16 de marzo de 1942. Se ha dicho que copió servilmente el modelo galo, pero se añade que lo aclaró en no pocos puntos (186). El Libro III, «De los modos de adquirir y transmitir la propiedad y los demás derechos sobre las cosas», dedica su Título XIX, «Del pegno», ubicado entre el XVIII, «Del depósito e del sequestro» y el XX, «Dell'anticresi», comprende los artículos 1.878 a 1.890, ambos inclusive. Nos interesa el artículo 1.886: «Se é dato in pegno un credito il quale produce interessi, il creditori deve imputare tali interessi a quelli che possono essergli dovuti.

Se el debito per le cui sicurezza si é dato in pegno un credito, non produce per se stesso interessi, l'imputazione si fa al capitale del debito.» Como puede observarse se trata de una traducción más o menos libre del texto francés.

La jurisprudencia ha señalado que la circunstancia de tratarse de un crédito garantizado con hipoteca no cambia la índole del contrato de prenda, que recae sobre una cosa mueble cual es un crédito y no induce cesión o subrogación en la hipoteca. Esta garantiza la exacción del crédito a los acreedores pignoratícios, pero el privilegio de la prenda radica y se ejercita únicamente sobre el crédito, que lo es sobre la suma que lo representa, entra en fuerza de la hipoteca en el patrimonio del acreedor pignorante; en las relaciones entre los diversos acreedores pignoratícios y chirografarios de este último es indiferente que el crédito pignorado no estuviese garantizado con hipoteca (187).

También presenta relación el artículo 1.881: «Il privilegio non ha luogo sopra i crediti, se non quando il pegno risulta da atto pubblico o da scrittura privata, e ne é fatta notificazione al debitore del credito dato in pegno.» Los Tribunales han recogido el carácter esencial de la notificación antedicha, que no admite equivalentes, porque es el poseedor de la cosa el que hace surgir el privilegio y en la prenda de créditos la tradición se pone a punto mediante la notificación del acto al deudor del crédito dado en prenda. Por consiguiente, el primer acreedor, que obtiene en prenda el mismo crédito, pero no realiza en tiempo la prescrita notificación, no puede oponerse al segundo acreedor que fue solícito en cumplirla (188).

(185) M. A. DE SAINT JOSEPH, *ob. cit.*, págs. cit.

(186) J. CASTÁN, *ob. ult. cit.*, nota 2.

(187) A. BRUNO: *Codice Civile del Regno d'Italia*, 14.^a ed., Firenze, 1930, pág. 608, nota 1, citando C. Torino, 27 de septiembre de 1888.

(188) *Ibidem*, nota 5 de págs. 605 y 606. (A. Genova de 20 de marzo de 1883.)

Dado en prenda un crédito no alcanza privilegio sin la consigna del documento comprobante del crédito que se da en prenda (189). Se han declarado inaplicables las disposiciones del artículo 1.881 a los certificados de renta de la deuda pública, que son considerados como cosas muebles y que por tanto pueden válidamente darse en prenda sin la notificación que se alude en el precepto (190).

Con referencia a la prenda de cosa fructífera, se ha solido destacar que la posesión transmitida al acreedor pignoraticio no le confiere el derecho de disposición o goce de la cosa pignorada, estándole vedado su uso, salvo que le pueda haber sido conferida la facultad de servirse de ella y si la prenda recae en cosa fungible (prenda irregular), en que pasa la cosa al acreedor con la obligación de restituir el *tantundem*. Le está prohibido apropiarse de los frutos, pues lo dispuesto en el artículo 1.886 tiene carácter excepcional y sólo es aplicable en la prenda de crédito (191).

3. CÓDIGO ALEMÁN

El Landrecht prusiano de 1794 en su Parte I, Título XX,²¹ destaca como «la cosa empeñada comprende, en general, todos sus accesorios y frutos» y en igual sentido se pronuncia también el Código Civil general austriaco de 1811 en su Capítulo VI de la Parte II y eso que se trata de Códigos muy distintos. Ha puesto de relieve AHRENS (192) cómo se trata de obras muy diferentes, tanto en sus caracteres formales como materiales, se distinguen no sólo por la claridad de su exposición, sino por su diferente plan. Parece ser que ambos textos extienden la pignoración no sólo a los accesorios de la cosa sino incluso a los propios frutos, pero no debe entenderse en modo alguno una coimpignoración de cosa madre y frutos, pues estos pueden no estar siquiera manifiestos en el momento de constitución del gravamen. Se destaca el número 26 del prusiano que cuando se haya convenido que no pueda venderse la prenda, se permite al acreedor ejercitar tal derecho sobre los frutos y rentas.

El Código alemán, síntesis magnífica de los resultados obtenidos por

(189) *Ibidem*, pág. 606, nota 1, aludiendo a Roma de 6 de julio de 1882 y Torino de 10 de agosto de 1882.

(190) *Ibidem*, Roma 28 de junio de 1888.

(191) R. DE RUGGIERO: *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la 4.^a ed. italiana por RAMÓN SERRANO SÚÑER y JOSÉ SANTA-CRUZ TEIJEIRO, vol. primero, Madrid, 1929, pág. 750 y nota 1.

(192) AHRENS: *Enciclopedia Jurídica*. Con notas de FRANCISCO GINER y GUMERSINDO AZCÁRATE. Edición española de Francisco Giner y de Augusto González Linares, tomo II, págs. 346 y sig., Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1878.

la doctrina germánica durante el siglo XIX (193), fue aprobado por el Parlamento el 1 de julio de 1896 y sancionado por el Emperador el 18 de agosto siguiente, para entrar en vigor el 1 de enero de 1900, al mismo tiempo que la denominada Ley de Introducción.

Dentro del Libro III, la Sección Novena «Del derecho de prenda sobre cosas muebles y sobre derechos», contiene dos Títulos, I «Del derecho de prenda sobre cosas muebles» —parágrafos 1.204 a 1.272— y II «Del derecho de prenda constituida sobre derechos» —parágrafos 1.273 a 1.296— constituye la Sección final del Libro y está precedida por otra dedicada a la hipoteca, deuda territorial y renta territorial (194).

Señala en el § 1.212 que el derecho de prenda se extenderá a los productos separados de la misma (195). Se permite a las partes constituir el derecho de prenda de modo que el acreedor esté autorizado a percibir los productos útiles de la cosa y si una cosa naturalmente fructífera se diese en posesión exclusiva al acreedor por prenda, en caso de duda se estimará que el acreedor está autorizado a percibir los frutos (196). En caso de que el acreedor ostentase tal derecho a percibir los productos útiles, tendrá el cuidado de recogerlos y dar cuenta de ellos. El producto líquido deberá deducirse de la pretensión debida y si devengan intereses o hubiese gastos, se imputarán en primer término a dichos productos, si bien sobre esta materia se permiten pactos en contrario (197).

El Derecho alemán admite dos clases de prenda: el derecho de prenda simple y el derecho de prenda y disfrute. El primero no otorga al acreedor pignoraticio derecho alguno sobre el disfrute, sino sólo un derecho de prenda sobre los productos separados de la cosa, § 1.212, mientras que la otra clase otorga un derecho de goce y el acreedor se aprovecha tanto de las ventajas de uso como de los frutos naturales y civiles de la cosa (198).

(193) CASTÁN, *ob. ult. cit.*, pág. 150

(194) *Bürgerliches Gesetzbuch*. Walter de Gruyter & Co. Berlin und Leipzig 1928. En castellano tenemos *Código Civil Alemán (BGB)*, traducción de CARLOS MELÓN INFANTE y prólogo de A. HERNÁNDEZ-GIL, Bosch, Barcelona. Los artículos que interesan corresponden a la pág. 252. También existe otra traducción del Ministerio de Justicia. Comisión de Legislación extranjera. Alemania. Código Civil, Madrid, 1954.

(195) «Das Pfandrecht erstreckt sich auf die Erzeugnisse, die von dem Pfande getrennt werden.»

(196) «Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, da der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzung des Pfandes zu ziehen. Ist eine von Natur fruchtragende Sache dem Pfandgläubiger zum Alleinbesitz übergeben, so ist im Zweifel anzunehmen, da der Pfandgläubiger zum Fruchtbezüge berechtigt sein soll.»

(197) «Steht dem Pfandgläubiger das Recht zu, die Nutzungen zu ziehen, so ist er verpflichtet, für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen und Rechenschaft abzulegen.

Der Reinertrag der Nutzungen wird auf die geschuldete Leistung und, wenn Kosten und Zinsen zu entrichten sind, zunächst auf diese angerechnet. Abweichende Bestimmungen sind zulässig.»

(198) MARTIN WOLFF, *ob. cit.*, pág. 407.

El derecho de disfrute contenido en la anticresis no es un derecho que exista *junto* al derecho de prenda, sino contenido de éste y, por consiguiente, no es «usufructo», en el sentido de que no se extingue al morir el acreedor pignoraticio, sino sólo con la extinción del derecho de prenda, es alienable y transmisible a todo adquirente del crédito pignoraticio (199).

El B.G.B. tuvo decisiva influencia en el Código Civil suizo de 1907 (200). Sin embargo, el texto helvético regula más restrictivamente los aspectos anticréticos. El artículo 892 señala en su primer apartado: «Le gage grève la chose et ses accessoires.» Añade en el siguiente: «Sauf convention contraire, le créancier rend les fruits naturels de la chose au débiteur dès qu'ils ont cessé d'en faire partie intégrante», añadiendo en el tercero que «le gage s'étend aux fruits qui, lors de la réalisation, font partie intégrante de la chose» (201).

4. CÓDIGO ITALIANO DE 1942

El Código italiano de 1942 encuentra sus antecedentes en los trabajos de reforma del texto precedente de 1865 iniciados en 1924 y coronados en los años 1938-1941, con la publicación de los diferentes libros y por último con la promulgación del texto definitivo el 16 de marzo de 1942. Dentro del Libro IV «Delle obbligazioni» y el Título III, «Dei singoli contratti», el Capítulo XXIV, «Dell'anticresi», mientras que la prenda se encuentra dentro del Libro VI, «Della tutela dei diritti», el Título III, «Della responsabilità patrimoniale, della causa di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale», en su Capítulo III, «Del pegno», ubicado entre los privilegios —Cap. II— y la hipoteca —Cap. III. Esta diferente colocación entre la prenda y la anticresis, se debe a la atribución del derecho real a la primera y de puro carácter obligacional a la segunda.

El Capítulo III «Del pegno» tiene tres secciones: 1.^a «Disposizioni generali», 2.^a «Del pegno dei beni mobili», y 3.^a «Del pegno di crediti e di altri diritti». En la Sección Primera debemos tomar en cuenta el artículo 2.784,2 que recoge que «pueden ser dados en prenda los bienes muebles, la universalidad de muebles, los créditos y otros derechos que tengan por objeto bienes muebles». Con esta amplitud del derecho de prenda, no es de extrañar que el artículo 2.791 de la Sección segunda, referido a la prenda de cosa fructífera, señale que si dio en prenda una cosa fructífera, el

(199) *Ibidem.* pág. 408.

(200) XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Compendio de Derecho Civil*, tomo I, Parte General, Edersa, Madrid, 1986, pág. 24.

(201) *Code Civil Suisse*, édité par le Chancellerie Fédérale, 1951, pág. 160.

acreedor, salvo pacto en contrario, tiene la facultad de hacer suyos los frutos, imputándolos primero a los gastos y a los intereses y después al capital (202). Ello, a pesar de lo dispuesto en el artículo 2.792 que prohíbe al acreedor usar de la cosa pignorada, sin el consentimiento del constituyente, salvo que el uso sea necesario para la conservación del bien pignorado (203).

Fuera de esta peculiaridad de la prenda de cosa fructífera, la Sección 3.^a que se ocupa de la prenda de derechos en los artículos 2.800 a 2.807, con una precisión digna de elogio, refiriéndose a las condiciones de la prelación, la consignación documental, la obligación de cobrar los intereses y de aplicarlos, el cobro del capital, en su caso, la asignación o venta del crédito dado en prenda, excepciones oponibles, prenda de derechos distintos y normas aplicables a la prenda de créditos. Interesa ahora señalar que el artículo 2.802 obliga al acreedor a percibir los intereses del crédito y de otras prestaciones periódicas, destinándolos, como ordena para las cosas fructíferas el artículo 2.791, a los gastos y a los intereses y después al capital. En cuanto el artículo 2.803, ordena al acreedor pignoraticio cobrar el crédito pignorado a su vencimiento y su tuviera por objeto dinero u otra cosa fungible, debe efectuar el depósito en el lugar establecido. En otro caso, si es suficiente a satisfacer su crédito debe restituir el sobrante al constituyente, o si se trata de cosa distinta del dinero puede hacerla vender o proceder a su asignación en la forma señalada por el Código en los artículos 2.797 y 2.798. Volviendo al artículo 2.791, se ha calificado de eficacia anticrética de la prenda, la facultad, derecho inmediato del acreedor pignoraticio, de hacer propios los frutos del bien, si este es fructífero y salvo pacto en contrario (204), con regla semejante para la prenda de créditos o de otros derechos, en relación a los intereses y prestaciones periódicas (art. 2.802) (205).

Precisamente algún autor encuentra el carácter de la inmediatividad del derecho en que cuando la cosa es fructífera, el acreedor pignoraticio puede realizar directamente el propio interés haciendo propios sus frutos (206). Esta extensión de la garantía a los accesorios, que comprende frutos y accesorios, se encuentra para la prenda en los artículos 2.802 y

(202) «Se e data in pegno una cosa fruttifera, il creditore, salvo patto contrario, ha la facoltà di fare suoi i frutti, imputandoli alle spese a agli interessi, e poi al capitale.»

(203) ANDREA TORRENTE y GABRIELE PESCATORE: *Codice civile annotato con giurisprudenza della casazione*, 5.^a ed., Milano, 1967.

(204) FRANCESCO MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, traducción de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, tomo IV, Derecho de obligaciones, Buenos Aires, 1955, página 88.

(205) PAOLO ZATTI y VITTORIO COLUSI: *Lineamenti di Diritto Privato*, Padova, Cedam, 1987, pág. 249.

(206) ADRIANO DE CUPIS: *Istituzioni di Diritto Privato*, II, Milano, 1975, pág. 138.

2.791, si bien más explícitos y generales son para la hipoteca los artículos 2.810,1 y 2.811 (207).

5. CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS

El Código Civil portugués fue promulgado el 1 de julio de 1867, para entrar en vigor el 1 de enero siguiente y mereció elogios por ser uno, entre los del grupo latino, de los que más perfeccionamientos acusaban respecto al modelo francés, aclarando y perfeccionando sus normas (208). Vamos a referirnos no a este texto, sino al vigente promulgado por Decreto-Ley número 47344, de 25 de noviembre de 1966. Dentro del Libro II, «*Diritto das obrigações*», el Título I, «*Das obrigações em geral*», contiene un Capítulo VI, «*Garantias especiais das obrigações*», que contiene una Sección IV, «*Penhor*», cuyo artículo 672 se ocupa de «*frutos de coisa empenhada*»: «1. Os frutos da coisa empenhada serão encontrados nas despesas feitas com ela e nos juros vencidos, devendo o excesso, na falta de convenção em contrário, ser abatido no capital que for devido. 2. Havendo lugar á restituição de frutos, não se consideram estes, salvo convenção em contrario, abrangidos pelo penhor».

No cabe duda de que este texto ha mejorado el del precedente Código constituido por el artículo 867.

6. CÓDIGOS HISPANOAMERICANOS

Los Códigos civiles hispanoamericanos ofrecen interés, porque unos están inspirados en el Código civil español y algunos preceptos se repiten en los textos de otros países de la América central y meridional.

Comencemos señalando que algunos, como el de Venezuela en su artículo 1.846 (209), y el artículo 2.081 de la República Dominicana, traducen más o menos libremente el texto francés, en este último conservando el mismo número y su literal versión (210).

(207) L. BARASSI *I diritti reali limitati*, Milano, 1947, pág. 16.

(208) CASTÁN, *ob. cit.*, pág. 147, nota 11.

(209) *Código Civil de Venezuela*. Copia de la edición oficial. Paz Pérez, Caracas, 1981. Dice así el art. 1.846: «Si se hubiere dado en prenda un crédito productivo de intereses, el acreedor deberá imputar estos intereses sobre los que se le deben. Si la deuda para cuya seguridad se haya dado en prenda el crédito, no produjera intereses, la imputación de éstos se hará sobre el capital de la deuda.» También merece citarse el precepto siguiente, art. 1.847: «Si lo que se hubiere dado en prenda es una acreencia, el acreedor prendario tendrá derecho a cobrarla judicial o extrajudicialmente.»

(210) *Código Civil de la República Dominicana*, Madrid, 1971, dentro del Libro II, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», el Título XVII, «Del contrato de

Otros países, como Puerto Rico, Honduras, Cuba y Panamá repiten el texto de nuestro artículo 1.868 y a ellos nos referimos al tratar del Código Civil español.

Bolivia (211) sobre su texto primitivo de 28 de octubre de 1830, modificado en 1843 y 1845, recoge en su artículo 1.416 que «la prenda propiamente dicha es de una cosa mueble, mas puede también constituirse sobre los frutos de una cosa inmueble». En esta dirección en el Capítulo II del Título XIX —arts. 1.429 a 1.435— se refiere a la prenda sobre los frutos de un bien inmobiliario.

Perú, dentro del Libro IV, «De los derechos reales», dedica la Sección IV a los derechos reales de garantía, y su Título I a la prenda con los artículos 981 a 1.003. Señala el artículo 997 que «si la prenda produce intereses, éstos se aplicarán conforme al artículo 1.006». El artículo 1.006 se refiere a la anticresis dentro del Título II, y señala que «la renta del inmueble se aplicará al pago del capital, si no se pactó intereses, y, habiendo intereses, primero a éstos, y lo que sobre al capital» (212).

De manera muy genérica el artículo 2.316 del texto uruguayo (213) recoge que «la restitución de la prenda deberá hacerse con los aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo; y si ha dado frutos, podrá imputarlos el acreedor al pago de la deuda, dando cuenta de ellos».

El Código Civil para el Distrito y Territorios federales de México de 1928 dentro del Libro IV, «De las obligaciones», dedica el Título XIV a la prenda y recoge en su artículo 2.880 que «los frutos de la cosa empeñada

empeño», con los artículos preliminares 2.071 y 2.072, igual que su modelo galo, para ocuparse dentro del art. 2.081 sito en el Capítulo I de esta materia: «Tratándose de un crédito dado en prenda y produciendo aquél intereses, el acreedor imputará los mismos sobre los que pueden debérsele. Si la deuda para cuya seguridad fue dado el crédito en prenda, no produjera intereses, se hará la imputación sobre el capital de la misma.»

(211) *Código Civil de Bolivia*, Estudio Preliminar del Doctor CARLOS TERRAZAS TORREZ, Madrid, 1959.

(212) *Código Civil del Perú*, promulgado el 30 de agosto de 1936, entró a regir el 14 de noviembre de dicho año. Editorial José María Cajica, Lima, 1957. También GERMÁN APARICIO y GÓMEZ SÁNCHEZ: *Código Civil del Perú*, tomo I, 2.ª edición, Lima, 1940. Los artículos 998 y 999 se refieren a la prenda de crédito y prenda de acciones. Artículo 998: «El acreedor que recibe en prenda un crédito debe ejercitar las acciones necesarias para que no se extinga y puede cobrar los intereses que él devengue y también el capital si la acreencia está vencida.» Artículo 999. «Si la prenda consiste en acciones u obligaciones el acreedor cobrará los dividendos o intereses.»

(213) Puede verse la edición de F. GÓNGORA, Madrid, 1979. Después del Proyecto de EDUARDO ACEVEDO y del realizado por el Doctor NARVAJA, una Comisión de jurisprudencia realizó el texto. Ediciones oficiales en 1868, 1893 y 1914. Utilizo para estos datos *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*, anotado y concordado por CELEDONIO NIN Y SILVA Novísima edición, Montevideo, 1925. Este artículo corresponde al 2.282 de la edición de 1868 y al 2.290 de la de 1893. Ver *Proyecto de un Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay*, redactado por el Doctor EDUARDO ACEVEDO, Montevideo, 1852, que dedica a esta materia los artículos 690 y 691.

pertenecen al deudor; mas si por convenio los percibe el acreedor, su importe se imputará primero a los gastos, después a los intereses y el sobrante al capital». Con muy parecida redacción el artículo 895 del texto de Guatemala recoge que «los frutos de la cosa empeñada pertenecen al dueño de ella; pero si por convenio los percibe el acreedor, su importe se aplicará primero a los intereses y el sobrante al capital. Esta disposición rige también para el caso de indemnización».

El Código Civil chileno, obra del jurisconsulto Bello, fue promulgado el 14 de diciembre de 1855, para entrar en vigor el 1 de enero de 1857 (214), y dedica a esta materia el artículo 2.403: «El acreedor es obligado a restituir la prenda con los aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo. Si la prenda ha dado frutos, podrá imputarlos al pago de la deuda dando cuenta de ellos y respondiendo del sobrante».

Este Código ha influido en otros del Continente y así con igual redacción que el artículo 2.403 chileno figuran el 2.422 del de Ecuador (215), 2.428 de Colombia (216) y 2.153 de El Salvador (217).

Finalmente nos ocuparemos del Código argentino, obra del doctor Vélez Sarsfield, de 25 de septiembre de 1869, y que empezó a regir el 1 de enero de 1871 y que fue corregido por una Ley de 9 de septiembre de 1882 (218).

El artículo 3.231 establece: «Si la prenda produce frutos o intereses, el acreedor los percibe de cuenta del deudor, y los imputará a los intereses de la deuda, si se debieren, o al capital si no se debieren.» Con igual redacción se pronuncia el artículo 3.752 del Código Civil de la República de Nicaragua

(214) *Códigos de la República de Chile*, Valparaíso, 1912. Con comentarios puede examinarse: *Código Civil de la República de Chile*, comentado y explicado por ROBERTIANO VERA, 7 tomos, Santiago de Chile, 1893. También existe una edición del Instituto de Cultura Hispánica.

(215) He utilizado la edición publicada en Nueva York, 1889, realizada por la Corte Suprema de Justicia, en virtud de Decreto legislativo, sancionado en 13 de agosto de 1887. Existe además otra edición realizada por la Comisión Legislativa en uso de la facultad consignada en el artículo 77 de la Constitución, Quito, Ecuador, Talleres Nacionales.

(216) Además de la edición realizada por el Instituto de Cultura Hispánica puede verse *Código Civil colombiano y leyes vigentes que lo adicionan y reforman*, 8.^a ed., dirigida por EDUARDO RODRÍGUEZ PIÑERES, Bogotá, 1929.

(217) Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1959. Estudio Preliminar del Doctor MAURICIO GUZMÁN.

(218) Entre las muchas ediciones particulares, pueden citarse: *Código Civil de la República Argentina*, Colección de Códigos y leyes usuales. Jajaune y Cia., Buenos Aires, 1909. Otra con las notas de VÉLEZ SERSFIELD, concordado por HUGO M. PINTO BOUQUET, Buenos Aires, 1946. Otra con anotaciones marginales del Doctor JORGE PASQUINI LÓPEZ, Buenos Aires, 1924. Otra distinta también con las notas de VÉLEZ SERSFIELD y Leyes complementarias, Buenos Aires, 1952, editorial Depalma. También existe una edición del Instituto de Cultura Hispánica con estudio preliminar del Doctor JOSÉ MARÍA MUSTAPICH, Madrid, 1960.

gua (219), y rige también el texto argentino en el Paraguay donde fue admitido por Ley de 27 de julio de 1880.

Se ha encontrado el antecedente de este artículo 3.231 en el artículo 1.777 del proyecto español y en el 690 uruguayo, última parte (220). Se ha recogido que el precepto se presta a reparos por su generalidad, puesto que no sería justo ni posible, exigir al acreedor que compense los frutos naturales con la renta en primer término y con el capital en segundo (221).

VII. DERECHO ESPAÑOL

I. GÉNESIS HISTÓRICA

A) *Desde los visigodos al período codificador*

Ya hicimos atrás una referencia al Breviario o Código de Alarico, promulgado en el año 506 y consistente en una colección de Derecho romano destinado a la raza hispano-romana, que consta de texto y de interpretación (222). Hemos de destacar ahora el siguiente texto: «Fructus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit» (223). Aunque la *interpretatio* y el texto parecen aludir a cosas distintas, se refieren a un mismo argumento. La necesidad de una coimpignoración tácita en defensa del acreedor pignoraticio resultaba patente en el *partus ancillae*, ya que al no ser considerado como frutos no era adquirido por el acreedor (224). La exclusión del concepto de frutos del parto de la esclava se produce en Derecho romano desde el siglo II, en que triunfó la opinión de Bruto, pero no alcanzó nunca popularidad (225).

Las razones aducidas por ULPIANO (226) consisten que un hombre no

(219) *Código Civil de la República de Nicaragua*, 3.ª ed. oficial, anotado y concordado por los Doctores CARLOS A. MORALES, JOAQUÍN CUADRA ZAVALA y MARIANO ARGÜELLO, dos tomos, Managua, 1933.

(220) HÉCTOR LAFAILLE *Derecho Civil*, tomo V. Tratado de los derechos reales, vol. III, Buenos Aires, 1945, pág. 195.

(221) *Ibidem*, Salvat en el número 2.632 del tomo II, siguiendo la doctrina francesa estima que esto es obligatorio.

(222) SALVADOR MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español*, 4.ª ed., Editorial Labor, Barcelona, 1953, pág. 48.

(223) *Brev. PS.* 2,5,2.

(224) Dice así la *interpretatio*: «*Si quis gregem equarum, vaccarum vel ovium accepta mutua pecunia pignori creditori dederit, foetus eorum rerum ad debitorem, non ad creditorem pertinet. Ita est et si ancillam dederit, et partum ediderit, ad debitorem pertinet, non ad creditorem*» IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 82.

(225) *Ibidem*.

(226) *D.* 7,1,68,pr. y *D.* 5,3,27 pr.

puede figurar entre los frutos que pertenecen a otro hombre, de ahí la razón de que el usufructuario no pueda tener sobre él usufructo, no se compran las esclavas descaradamente para que tengan hijos (227). Para GAYO (228) el hijo de la esclava no entra en el fruto y por ello pertenece al dueño nudo propietario (229). Reitera GAYO que si el usufructuario de una mujer esclava vende o dona el hijo que ha nacido de ella, creyendo que le pertenece, tampoco comete hurto, porque para ello es necesario que exista la intención de hurtar (230). Se ha estimado que fue el improbamiento dominante el que condujo a la exclusión de la coimpignoración tácita (231). En el Breviario se distinguen frutos y partos de animales y esclavas, excluyendo estos últimos, salvo pacto expreso, siguiendo el pensamiento de ULPIANO.

En el Derecho visigodo destaca el aspecto de la prenda de disfrute en perjuicio de los deudores (232). Pero no faltan autores que ante el silencio de los textos del Liber y de todas las leyes Barbarorum, se preguntan si no se aplicó como supletorio el Derecho romano (233). El silencio en torno a la suerte de los frutos parece estar íntimamente relacionado con la alusión al pago de intereses legales, en el supuesto en que el deudor incurriera en mora (234). Debe tenerse en cuenta que el Liber y las leyes Barbarorum de otros lugares siguen el sistema de la tasa (235). Así parece deducirse de Form.38. En todo caso, lo obtenido con el trabajo del siervo empeñado debía imputarse al pago de la deuda garantizada.

El carácter de prenda de disfrute entre los visigodos se deduce de la tendencia muy generalizada de dar en garantía cosas fructíferas, como viñas y tierras. Una Ley posterior a Eurico atribuible a Leovigildo parece permitir la atribución de los frutos al acreedor, sin imputación al capital. Declara revocables las ventas o prendas en determinadas condiciones, mediante la devolución del precio o préstamo. Se establece que el comprador o acreedor pignoraticio, «*pretium quod de usufructuario accepit, restituit venditori*»; debe restituirse el valor de los frutos percibidos y si el comprador o acreedor pignoraticio se negasen a aceptar el precio o prés-

(227) He extractado la traducción del *Digesto de Justiniano*, tomo I, *cit.*, págs 319, 320 y 273.

(228) *D.* 22,1,28,1.

(229) Traducción del *Digesto...*, *cit.*, tomo II, pág. 84.

(230) *Inst.* 2,50: *Item si is, ad quem ancillae usufructus pertinet, partum etiam suum esse credens, vendiderit aut donaverit, turtum non committit; furtum enim sine affectu furandi non committitur.* Ver también *D.* 41,3,36,1.

(231) IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 107.

(232) *Ibidem*.

(233) COVIÁN, «prenda», *cit.*

(234) *Ibidem*.

(235) COVIÁN, «usura», *cit.*

tamo, «*duplum restituat et ad venditoris augmentum cum hereditate proveniat*», donde además de la pena del duplo se produce también la devolución con el aumento. Pero esto no pasa de constituir una mera hipótesis (236).

Nuestro Derecho de obligaciones medieval anterior a la recepción del Derecho romano se inspira en claros principios germánicos (237). La forma corriente de garantizar la obligación fue, además de la fianza, la prenda mobiliaria que el acreedor tomaba por su propia autoridad entre los bienes del deudor; pero junto a esta prenda sobre muebles la costumbre de los siglos X al XIII admitió una prenda inmobiliaria, unas veces inspirada en las leyes visigodas y otras adaptadas a las formas de garantía inmobiliaria de los derechos germánicos medievales (238). El documento más antiguo sobre esta prenda inmobiliaria es uno catalán de 20 de mayo de 1073, recogido en un Cartulario de San Cugat del Vallés, y parece una *Satzug* germánica (239). Las fuentes hablan de «*accipere in vadio*», «*in vadio habere*» y luego *impignorare*. Incluso se ha encontrado la palabra *wadiatio* en un diploma catalán de 1099 (240).

La prenda visigoda no sólo suponía la transmisión de la cosa al acreedor, sino también su disfrute, que únicamente podía ser atenuado por la concesión graciosa del mismo al deudor, que podía disfrutar así de la prenda «*per benefitium*» del acreedor (241). El plazo de redención solía fijarse en una serie de festividades veraniegas: San Juan, San Quirico, San Cugat, Santa María de Agosto, llegándose a San Martín, San Miguel, Todos los Santos y San Andrés, y tales plazos están en relación con los ciclos económicos de la tierra, lo que se patentiza aún más si se tiene en cuenta que la devolución del dinero tenía lugar en el mes de marzo (242).

De todas maneras, el tránsito de la prenda visigoda al de la prenda de usufructo no ha sido de forma rápida, sino lenta y progresiva, apareciendo la prenda de usufructo sobre el año 1050. Se citan como formas mixtas un documento recogido del formulario de Ripoll con concesión expresa de frutos al acreedor, pero con cláusula en caso de impago, porque la alusión

(236) IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 103.

(237) MAYER, *ob. cit.*, págs. 156 y sigs. LUIS G. DE VALDEAVELLANO: «Sobre la prenda inmobiliaria en el Derecho español medieval», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XX, Madrid, 1959, págs. 335 a 385, pero está reproducido en *Estudios Medievales de Derecho privado*, Sevilla, 1977, págs. 364 a 386. Las citas serán sobre esta reproducción y ésta corresponde a la pág. 364.

(238) G. DE VALDEAVELLANO, *ob. cit.*, págs. 370 y 371.

(239) *Ibidem*.

(240) *Ibidem*, pág. 368, nota I.

(241) IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 178.

(242) G. DE VALDEAVELLANO, *ob. cit.*, págs. 368 y 369

expresa a la concesión de frutos y el silencio especial sobre la suerte de la prenda es lo que caracteriza esta forma de transición (243).

En el documento catalán de 1096 Ramón Guillén de Montseny, juntamente con su mujer e hijos, pignora a su cuñado Dalmacio y sus hijos unas tierras o alodios de su propiedad en San Esteban del Palacio en garantía de treinta y cinco sueldos de plata que aquellos les prestaron, conviniéndose en que Dalmacio y sus hijos posean estas tierras y las disfruten, percibiendo durante nueve años las cosechas que Dios diera, no estando permitido a los deudores redimir la deuda antes de esos nueve años, pasados los cuales, si los deudores pagan lo debido, se devolverá la escritura sin mora. Una vez transcurrido dicho plazo, en el caso que la deuda no sea pagada en la fiesta de San Julián, se conviene en que la cantidad adeudada sea el precio del inmueble pignorado y que sea permitido a los acreedores, por consiguiente, vender aquél, darlo o hacer con él lo que quisieren (244).

Algunos documentos contienen «prenda de disfrute» con el carácter *mort-gage*, mediante la transmisión del inmueble al acreedor *per cartam* (245). Adopta casi siempre la forma de *mort-gage* o *mortuum wadium*. En un documento procedente del Archivo Capitular de Urgel se emplea incluso el término «guadio» y los frutos percibidos no se computan como amortización del capital de la deuda. En ocasiones no se puede redimir antes del plazo señalado de cancelación. No siempre procedía la apropiación en caso de impago, pues en ocasiones se aplicaba un *ius distrahendi* o facultad de vender la prenda y cobrarse con su precio. Ciertamente, el Título VI del Libro V del *Liber iudiciorum*, bajo la rúbrica «De pignoribus et debitis», incluye muy pocas leyes sobre la prenda, pero la Ley 3.^a dispone un procedimiento ejecutivo y el acreedor debe esperar diez días, una vez llegado el vencimiento y sólo transcurridos éstos sin que el deudor pague su deuda, la cosa pignorada se venderá, previa estimación hecha por el Juez y tres hombres buenos, cobrándose el acreedor su crédito. Algunos documentos hacen referencia a ello (246).

También el Derecho castellano nos muestra ejemplos de prenda de disfrute y con el citado carácter de *mort-gage*, como en escrito de 1166, de una pignoración al Obispado de Burgos y otro de 1229, citándose incluso la persistencia tardía en uno de 1297 de la prenda fructífera sin amortización (247).

(243) IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 196.

(244) G. DE VALDEAVELLANO, *ob. cit.*, pág. 372. En la nota 1 de dicha página se recoge la obra de donde ha sido tomada la cita: RIUS SERRA: *Cartulario de San Cugat del Vallès*, II, pág. 418.

(245) G. DE VALDEAVELLANO, *ob. cit.*, pág. 375.

(246) *Ibidem*, pág. 377.

(247) *Ibidem*, pág. 379.

Pero también la *vif-gage* o *vivum wadium*, la *Todsatzung* se encuentra en documentos catalanes de 1097 a 1153 y uno en castellano de 1201. Se puede encontrar incluso una prenda de disfrute en un documento del siglo XI, sin desplazamiento posesorio, en la que no aparece la conservación de la posesión por el deudor bajo la figura del *beneficium* (248). Estos casos y otros no aparecidos, pero que debieron también practicarse, prepararon el desarrollo de prendas análogas a la *Satzung* moderna (249).

La prenda de usufructo no parece encontrarse vinculada a la tradición visigoda, sino haber nacido a consecuencia de las nuevas situaciones y generalizándose a través de la utilización arbitraria de la regulación de la prenda visigoda y la transformación radica en haber concentrado el interés de la prenda en el usufructo, provocando la desaparición de la cláusula de ejecución de la prenda en caso de impago al vencimiento, ya que ahora se presenta sin vinculación a un plazo, sino a la redención de la misma (250).

La prenda de usufructo se transmite al acreedor, si bien puede ser cultivada por un tercero o por el mismo deudor. No se trata de que los hombres estén empeñados, sino que como la prenda de esta clase supone la obtención de unos beneficios, estos serían inexistentes sin un soporte humano y los únicos límites a la indeterminación del plazo van dirigidos a garantizar el disfrute del acreedor, mediante establecimiento de plazos coincidentes con los ciclos económicos de la tierra para proceder a la redención de la prenda (251). También se estableció un período de tiempo, más o menos largo, durante el cual el deudor no podía redimir la prenda y se arbitró el recurso de acudir a los dos sistemas citados para el supuesto de que llegado el plazo, el deudor no hubiese redimido la prenda, pero se prefirió señalar una concreta festividad y no dejar el pago a la voluntad del acreedor (252).

Aunque en la España de los siglos X y XI se practicó la usura, principalmente en el reino Astur-leonés, en los años malos a través de préstamos o *renovos* a labradores sin recursos (253), la doctrina canónica contra la usura tuvo que influir más o menos directamente y habría de repercutir sobre la prenda de usufructo. Pero la posición de la Iglesia frente a esta lacra social no se impuso de repente, sino que se fue afirmando con el paso del tiempo, y a juzgar la frecuencia que en los documentos hispánicos de los siglos indicados se encuentra la práctica del préstamo usurario, no

(248) *Ibidem*, pág. 385.

(249) *Ibidem*.

(250) IGLESIA FERREIROS, *ob. cit.*, pág. 201.

(251) *Ibidem*, pág. 214.

(252) *Ibidem*.

(253) CLAUDIO SÁNCHEZ ALBORNOZ. *Estampas de la vida de León durante el siglo X*, Diputación Provincial de León, 1985, pág. 66, nota 92.

parece que se tuvieran muy en cuenta ni las condenas eclesiásticas de la usura, ni los preceptos de la legislación carolingia en el reino astur-leonés (254). Este préstamo se hacía mediante entrega en prenda por el deudor al acreedor de una finca rústica, cuyos frutos percibía el segundo y bien servían de amortización del capital prestado o bien a más de percibir el acreedor los frutos durante el plazo para la redención del rédito por el deudor, tenía que ser íntegramente reembolsado al finalizar dicho plazo del capital que prestó, con lo cual la suma prestada con la garantía de la prenda inmobiliaria producía al acreedor prestamista el interés representado por la percepción de los frutos durante el tiempo de disfrute de la prenda. Se entendía que con esto no se infringía la prohibición canónica en cuanto no era el dinero mismo el que producía interés (255).

En el reino Astur-leonés parece que el deudor del «renovo» quedaba en posesión de su tierra, pero al no poder satisfacer su deuda y los intereses del préstamo, tenía que ceder su tierra o parte de ella al acreedor, adoptando dicha cesión en algunos casos la forma de venta, de cuyo precio se descontaba a veces la cantidad debida (256). El nombre de «renovo» debió de constituir una denominación típica en la España cristiana altomedieval y que persistió en la baja Edad Media, término usado sobre todo en el noroeste peninsular y que se encuentra en Sahagún y en La Rioja (257).

Dos decisiones del Papa Alejandro III no sólo incluían el préstamo normal de intereses sino otras figuras más o menos encubiertas de tipo crediticio, como ocurría con la denominada prenda de usufructo, en que los frutos constituían el interés pagado por el deudor al acreedor (258). La persistencia de la institución pignoraticia fructuaria demuestra que la prohibición papal no va a producir efectos radicales, pero empieza a respetarse por sectores de la sociedad, como la orden del Temple y sobre todo en Cataluña y en Aragón (259). La prenda de usufructo no desaparece, pero se imputan los frutos a la amortización de la deuda, pero ello supone la desaparición del elemento más beneficioso para el acreedor. Pero la aparición, poco a poco de una economía urbana y las prohibiciones papales

(254) LUIS G. DE VALDEAVELLANO: «El "renovo". Notas y documentos sobre los préstamos usurarios en el Reino Astur-Leonés (siglos X-XI)», publicado por primera vez en *Cuadernos de Historia de España*, tomo LVII-LVIII, Homenaje al Doctor SÁNCHEZ ALBORNOZ, Buenos Aires, 1974, págs. 408 a 448. He utilizado la reproducción en la obra ya citada *Estudios Medievales*, págs. 392 y sigs. La cita corresponde a páginas 396 y 397.

(255) LUIS G. DE VALDEAVELLANO: *Curso de Historia de las Instituciones Españolas De los orígenes al final de la Edad Media*, 3ª ed., Madrid, 1973, págs. 298 y 299

(256) G. DE VALDEAVELLANO: *Estudios Medievales...* cit., pág. 398.

(257) *Ibidem*, págs. 399 y 400.

(258) IGLESIA FERREIRO, *ob. cit.*, pág. 263.

(259) *Ibidem*, págs. 263 y 264.

estaban en la base de las transformaciones del sistema crediticio, que no va a estar vinculado a la concesión en garantía de bienes fructíferos, pues la posibilidad de un recurso sobre bienes concretos del deudor, o sobre todos sus bienes, hace ya innecesaria la prenda de usufructo. Esto no quiere decir su total desaparición, pues persiste y se dan medios para evitar las prohibiciones papales, además de su función como medio de pago. Pero ya no satisface las necesidades de los prestamistas ciudadanos, que no desean las ganancias a largo plazo, sino a corto (260).

El Fuero Viejo de Castilla (Ley IV del Título V del Libro III) admite la prenda de huertas, casas y viñas y señala un plazo de recuperación hasta mediado marzo y desde esta fecha hasta mediado enero y la viña hasta que fuere vendimiada y casa de San Juan a San Juan. La Ley II del Título XIII de la Partida Quinta, recoge la amplitud romana en cuanto al objeto de la prenda. «Empeñar se puede toda cosa quier sea nascida o por nascer, assi como el parto de la sierua, e el fruto de los ganados, e de los arboles, e de las heredades, e todas las otras que los omes han de qualquier natura que sean, tambien las que son corporales como las que lo non son. Pero que quier que esquilme o disfrute destas cosas sobredichas: el que las touiere a peños, tenuto se de lo descontar, de aquello, que dio sobre aquella cosa, o de lo dar al señor de la cosa.» Prohíbe este texto el pacto de anticresis, que consiste en que el acreedor perciba los frutos de la cosa sin descontarlos del capital (261).

La Ley XVI del mismo Título se ocupa del derecho que tiene el acreedor pignoraticio sobre los frutos de la cosa (262). «Si aquel que empeñó su heredad seyendo tenedor della la sembró, o si se empreñó, si era sierua, o otro ganado qualquier de aquellos, que conciben, e paren, maguer después desto la vendiesse o la empeñase a otro, o la enagenasse de otra manera qualquier, dezimos que tambien fincan obligados los frutos de qualquier destas cosas sobredichas, a aquel que las tenía a peños, como la cosa misma, que le fue empeñada. Mas si aquel a quien es enagenada la cosa que es puesta en peños seyendo tenedor della la sembrasse o diesse otro fruto de si, dezimos que entonce los frutos no fincan obligados, a aquel a quien era primeramente obligada la cosa en peños.» Las Partidas en esta materia de las prendas constituyeron nuestro Derecho vigente hasta la publicación de la Ley Hipotecaria y del Código Civil. Aunque el ordenamiento de Alcalá en la Ley 2.^a del Título XXIII prohibió el préstamo con interés, dicha Ley estuvo muy lejos de aplicarse (263).

(260) *Ibidem*, pág. 375

(261) MINGUIÓN, *ob. cit.*, pág. 182

(262) «Que derecho gana aquel que tiene la cosa a peños en el fruto que nasce della.»

(263) COVIAN, «Usura», *cit.*, pág. 640, añadiendo que «el mismo Alfonso XI y

En cuanto a nuestro Derecho histórico foral, el Derecho catalán presentaba como especialidades, la pragmática dada por Jaime I en Valencia el 3 de las calendas de julio de 1242 que, entre otras disposiciones sobre usura con sentido prohibitivo, dispuso «que los cristianos que tuvieran prendas de cuyos frutos fuesen satisfechos, según la cuota de los judíos sean libre y absolutamente compelidos a restituir las prendas y sus instrumentos», recogiendo sustancialmente lo mismo que los Capítulos I y II, «De usuris», Libro V, y VI y XIX de «De pignoribus» del Libro III de las Decretales. Como vemos, la aplicación de los frutos de la cosa pignorada al capital para su extinción, se encontraba patente en la Pragmática. Otra especialidad es que el marido hacía suyos los frutos de la cosa pignorada en seguridad de la entrega de la dote prometida, como se deduce del Capítulo XVI, «De usuris» de las Decretales (264).

Con relación a Aragón, conforme al criterio sustentado por los autores, fundados en el precepto del fuero 3.º «De pignoribus», Libro VIII, los frutos de la cosa dada en prenda sólo pueden aplicarse en pago de parte de la deuda, pero no de los intereses, sin que valga pacto en contrario (265). Sin embargo, tal fuero debe estimarse que fue derogado por la Ley de 14 de marzo de 1856, y no perdió su vigor en los territorios forales, a pesar de la publicación del Código Civil (266). Según la Ley citada se estableció la más completa libertad para estipular intereses, y, por consiguiente a partir de dicha normativa, los que produzca la cosa pignorada podrán aplicarse a los intereses que vayan venciendo, según el valor de los primeros y el importe de los segundos, y podrán aplicarse los frutos de la prenda, tanto al pago de la deuda como a la satisfacción de intereses (267).

Otra peculiaridad del Derecho histórico aragonés consiste en que las expensas de la cosa dada en prenda se deducen, abonándose su importe al acreedor en lo que excediere del valor de los frutos, según FRANCO DE VILLALBA (268).

Con relación a Navarra, hay que señalar que los antiguos Fueros dedicaron a la prenda una extensísima atención (269).

Enrique III, al estilo de Francia, concedieron a los judíos y moros ciertas cartas y privilegios para el ejercicio de la usura».

(264) L. MOUTÓN OCAMPO: *Diccionario del Derecho Civil Foral*, tomo II, Madrid, 1905, voz «prenda», pág. 587.

(265) *Ibidem*, pág. 589

(266) *Ibidem*.

(267) *Ibidem*, págs. 587, 589 y 590.

(268) Citado por MOUTÓN OCAMPO, *ob. cit.*, pág. 590.

(269) F. SALINAS QUIJADA *Derecho Civil de Navarra*, tomo III, Libro II, vol. 2.º, Derecho de superficie y propiedad superficiaria. Retractos legales. Opción, tanteo y retracto convencionales. Garantías reales, Pamplona, 1974, pág. 236

Dispone el § 115 del Fuero de Viguera y Val de Funes que «qui resciebe peynal luego'l deve cobrar», u otro por él, «et si no podría perder el peynnal maguer que tenga fiador de salvo, c deue todos los fruytos e todos los esquilmos contar de su paga sacando sus espensas que fezo provechosas». Fiador de salvo era quien asumía la obligación de defender la cosa objeto del contrato contra todo pleito o mala voz que se suscitara acerca de ella (270).

El Fuero General de Navarra en su Capítulo III del Título XVI del Libro III declara propios del que recibió las heredades o cosas en prenda los frutos que éstas produjeren mientras estuvieren en su poder, contra las terminantes disposiciones del Derecho romano que declaraban que aunque el acreedor por razón de empeño podía percibir tales frutos, estaba, sin embargo, obligado a deducir su valor de la cantidad de la deuda, después de rebajar el importe de los gastos que hubiese hecho y le debían ser abonados (271).

La heredad empeñada debía restituirse en el día de Nuestra Señora de las Candelas, entregando el que la dio en el mismo acto el dinero o frutos que hubiese recibido por el empeño, lo cual debía hacerse midiendo los frutos o contando el dinero en la puerta de la Iglesia a presencia de siete vecinos de pueblo o de los inmediatos. Entendía ALONSO que la anterior Ley apenas subsistía (272).

Con relación a la pignoración de ovejas, cabras y cerdos, si estuvieren preñadas, el prendador debe dar al dueño los corderos, los quesos y la lana, si se esquilan (273).

Los tratadistas navarros entendían que regía el Derecho romano, en concreto Código, Libro 4, Título 24, Ley I y Código, Libro 8, Título 28, Ley I para todo lo referente a los frutos e intereses de la prenda (274).

B) *La codificación española*

El Proyecto de Código Civil de 1836 dentro de su Libro III, «Obligaciones y contratos y prueba judicial», contiene un Título XVI, «De los

(270) *Ibidem*, pág. 252.

(271) *Ibidem*, pág. 267, siguiendo el sentir de Alonso, puesto que de lo contrario sería injusto y hasta inicuo.

(272) MOUTÓN OCAMPO, *ob. cit.*, pág. 593.

(273) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español*, primera edición, Tomo séptimo (sic), Madrid, 1874, pág. 639 y nota 3 de dicha página, con referencia al Capit. XXII, Tit. XVI y Cap. VI, Tit. XVII, Libro III del Fuero.

(274) J. M.^a ARELLANO IGEA: *Las obligaciones, los contratos y la prescripción en el Derecho Navarro*, Madrid, 1946, pág. 464.

contratos que sirven para corroborar o dar mas fuerza a la obligación de otros» y allí se ocupa «De las prendas e hipotecas», con un Capítulo I, «Disposiciones generales», con los artículos 1.695 y 1.696, un Capítulo II, «De la prenda o contrato pignoraticio en particular», con una Sección 1.^a, «De la naturaleza de este contrato y disposiciones generales sobre el mismo», con los artículos 1.698 a 1.701. La Sección 2.^a, «De la prenda que se constituye por voluntad del dueño y de los derechos y obligaciones que produce respecto al que recibe», contiene los artículos 1.702 a 1.716. La Sección 3.^a, «De la prenda judicial y de las cosas que están sujetas a ella». El Capítulo III se ocupa ya «De las hipotecas». Pues bien, dentro de la Sección 2.^a, del Capítulo II del Título XVI del Libro III, se encuentra el artículo 1.704 con el siguiente tenor literal: «El acreedor no tiene derecho a los frutos de las cosas dadas en prenda a no haber estipulado que los perciba en pago de los intereses de la deuda o del mismo capital.»

Se hacen precisas unas someras consideraciones, aunque se trate de un Proyecto menos conocido y famoso que el de 1851. La primera es que se recoge el sentido del Derecho histórico español de referirse a frutos y no a intereses. Otra más trascendente es la de no presunción de esta atribución de los frutos al acreedor, que para que se produzca, necesariamente precisa el pacto expreso. Finalmente, que aún admitiendo dicho pacto, el alcance y contenido del mismo viene concretado *ex lege*, a la amortización de la deuda principal con su aplicación al pago de los intereses y si éstos no existen o ya se han cubierto por los frutos, con su aplicación al capital. Téngase en cuenta, además, que la prenda en este Proyecto de 1836 viene referida inexcusablemente a los bienes muebles. Por tanto, el texto admite que pueda darse en prenda un bien fructífero, lo que no atribuirá, en principio, derecho alguno al acreedor sobre los frutos de la cosa empeñada, pero, si ello se pactó por las partes al constituir la prenda, en tal caso los frutos vienen determinados y adscritos *ex lege* a la amortización de los intereses y del capital.

Después del examen de este Proyecto de 1836, cuya génesis puede encontrarse en el encargo conferido por Fernando VII a don Manuel María Cambronero, que falleció dejando incompleta su labor, pero que terminaron en 1836 otros jurisconsultos, Tapia, Vizmanos y Ayuso, sigue el periodo codificador.

Creada en 1843 la Comisión General de Códigos, que tras diversas vicisitudes fue reconstituida en 1846 y sería la que diera cima al Proyecto más importante de los precedentes del Código Civil. Aunque el principal autor fue el jurisconsulto don Florencio García Goyena (275), el Título XVIII, que trata de la prenda, fue redactado por Luzuriaga y aprobado

(275) CASTÁN TOBEÑAS, *ob. ult.cit.*, pág. 162.

por la Sección, sin más problemas que el artículo 1.774 relativo a la necesidad de escritura pública o documento privado fehaciente (276). Luzziaga realizó no sólo este Título, sino también el referente a la hipoteca y parece ser que en estos puntos su autoridad fue absoluta y la confección de dichos títulos exclusiva (277). Culminado el Proyecto de Código Civil de 1851, llamado también Proyecto de Código Civil isabelino por tratadistas posteriores, contiene dentro de su Libro III, «De los modos de adquirir la propiedad», un Título XVIII, «De la prenda», contiene los artículos 1.771 a 1.781. De todos ellos nos interesa el artículo 1.777: «Si la prenda produce frutos o intereses, el acreedor compensará los que percibiére con los que se le deben, o se le imputarán sobre el capital si no se deben, en cuanto al exceso de los que sean debidos.» Mandado publicar el Proyecto, por Real Orden de 12 de junio de 1851 en un número de la revista «El Derecho moderno», para facilitar su estudio a los Tribunales, a las autoridades, a los Colegios de Abogados, a las Facultades de Jurisprudencia y cuantas personas pudieran ilustrar con sus luces las diversas materias del Código, a fin de que expusieran las observaciones que creyeran pertinentes (278), no faltaron algunas publicaciones al respecto, si bien no deja de resultar extraño que pasaran sin comentario, crítica u opinión sobre el citado artículo 1.777 (279). Sólo constituye una excepción a este silencio la obra de GARCÍA GOYENA (280), libro interesante todavía hoy (281), hasta el punto de haberse reeditado no hace mucho (282), porque los precedentes de cada artículo, sus concordancias con el Derecho antiguo y el extranjero y se solucionan algunas cuestiones que suscitaba la interpretación del texto de alguno de los preceptos.

(276) JUAN FRANCISCO LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación española La codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. I, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, pág. 233.

(277) *Ibidem*, pág. 198, refiriéndose a los trabajos de la Segunda Comisión General de 1846 a 1851.

(278) CASTÁN TOBEÑAS, *ob. últ. cit.* pág. 162, nota 2

(279) RAMÓN ORTIZ DE ZÁRATE. «Observaciones al Proyecto de Código Civil», en *Revista de los Tribunales y de la Administración*, Burgos, 1852, págs. 381 y 382, referidos a la prenda

(280) «Concordancias,/motivos y comentarios/del Código civil español./por el Excmo. Sr /D. Florencio García Goyena,/Senador del Reino,/Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia,/Vice-Presidente de la Comisión General de Códigos,/y Presidente de la Sección del Código Civil/Tomo III/Madrid:1852 /Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial,/ a cargo de F. Abienzo,/Calle de Cervantes, número 32/páginas 179 y 180 He encontrado también un libro, por lo demás idéntico al anterior e incluso en las correspondientes páginas que nos ocupan, que señala el Tomo IV

(281) CASTÁN TOBEÑAS, *ob. últ. cit.*, pág. cit., nota 1.

(282) Con el mismo título en el que se añade: «Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el Código civil vigente » Zaragoza, 1974. El artículo 1.777 corresponde a la página 925.

Retengamos que todo lo referente a la prenda fue realizada por don Claudio Antón de Luzuriaga antes de examinar lo recogido por García Goyena al referirse al artículo 1.777. Después de reproducir, como en todos los casos, el precepto en cuestión, hace mención del artículo 2.081 del Código francés, 1.951 del napolitano, 2.134 del sardo, 3.136 de la Luisiana y 1.204 del holandés. Hemos visto en su momento que todos estos códigos eran un calco del Código francés y sobraba la cita de los demás, salvo que fuera para adelantar que nuestro primer texto codificado iba a ser uno más de tales imitadores del modelo galo. Esto puede ser disculpable por el papanatismo de nuestro siglo XIX en imitar a toda costa la vida cultural allende los Pirineos. Por entonces en tierras de acusada raigambre hispánica se acababa de aprobar el texto del Proyecto de Código Civil, obra del jurisconsulto Bello, obra notable, por la claridad, esmero y, sobre todo, por la originalidad de sus disposiciones (282); otro tanto puede decir del Proyecto de Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay, redactado por el Doctor don Eduardo Acevedo en 1852, textos éstos que cristalizarían más o menos modificados en los respectivos Códigos Cíviles de Chile y Uruguay.

Después de la cita comentada, añade: «Todos estos artículos hablan del crédito que produce interés y se da en prenda: fuera de este caso, apenas se concibe que una cosa mueble pueda producir frutos: sin embargo, la Comisión quiso que se conservara la palabra por la posibilidad de que ocurriera algún caso, aunque raro, de aplicación.» Ya hemos visto cómo algunos tratadistas franceses y belgas admiten sin dificultad que algunos muebles puedan ser fructíferos, pero dada la amplitud de la prenda desde el Derecho romano postclásico y justiniano, no es inconcebible la prenda de una piara, de un rebaño y lo que se trata en puridad es determinar el destino y finalidad de tales frutos naturales. Piénsese en una España de corte rural, que todavía no conocía la primera Ley Hipotecaria, para la que faltarán más de diez años, en donde estas posibilidades no podían resultar insólitas. Mas pensamos en dicho período en los frutos que en los intereses, en las crías de animales que en ciertos créditos o valores pignorados, a no ser que se midiera el patrón nacional por Madrid, Barcelona y alguna que otra ciudad y se ignorara el resto del mapa nacional y sus habitantes. Concluyamos, que para GARCÍA GOYENA lo normal debe ser la prenda del crédito y lo excepcional la prenda de otra cosa mueble fructífera. A continuación recoge una cita de la Ley I, Título 24, Libro IV del Código de Justiniano y otra de la Ley 5, párrafo 3, del Título 3 del Libro 46 del Digesto, y después de este breve examen del Derecho romano se refiere al Derecho histórico español con mención de la Ley 20, Título 13, de la Partida 5, y, finalmente, recoge que el artículo comentado

debe entenderse con sujeción a los artículos 1.650 y 1.651, guardando armonía con el 1.105. Vamos a ocuparnos de ellos, destacando la importancia del artículo 1.650, que establece que el interés convencional no podrá exceder del doble del interés legal, y en lo que excediere, lo reducirán los tribunales a instancia del deudor. A este precepto dedica GARCÍA GOYENA un sustancioso comentario. El artículo 398 del Código de Comercio de 1829 fijaba la tasa del interés en el 6 por 100, lo que significaba el tradicional sistema de tasa del interés.

El artículo 1.651 destacaba que «toda prestación pactada en favor del acreedor se reputa interés» y el artículo 1.105 recogía que «si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital, mientras no estuvieren cubiertos los intereses, a menos que en ello se conviniere el acreedor». Como resumen podemos señalar que el Proyecto de 1836 sólo se refería a frutos, al paso que el de 1851 lo hace a frutos e intereses. El primero sólo los atribuía al acreedor en caso de estipulación al efecto, el segundo los refería en todo caso sin necesidad de pacto al respecto. Ambos textos tenían en común que los frutos o intereses iban destinados a la amortización de intereses y de capital.

Fracasado el Proyecto de 1851 por motivos y circunstancias ajenos a este tema y abandonada la empresa codificadora por un tiempo, se retornó en 1880. No se alude para nada a este tema, ni en el Proyecto de Ley de Bases para el Código Civil presentado por el Ministro de Gracia y Justicia don MANUEL ALONSO MARTÍNEZ de 22 de octubre de 1881, pero tal Proyecto fue rechazado y las Cortes exigieron el texto completo del Código que fue presentado parcialmente, sólo de los Libros I y II y también rechazado.

En el Anteproyecto de los Libros III y IV (283) y más concretamente en este último se encuentra un precepto (284) que dice así: «Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que percibe con los que se deben; y si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.» Fórmula idéntica a la que va a constituir el futuro artículo 1.868 del Código Civil, sin duda por influencia del artículo 2.153 del anteproyecto belga de Laurent, omitió la referencia a los frutos (285). Como en el texto del Anteproyecto se declaran las fuentes de inspiración: el Proyecto de 1851 y el Anteproyecto belga de Laurent y éstos presentan y confiesan una fuente común: el artículo 2.081 del Código

(283) Relación de Legajos, Anteproyecto del Libro IV, cuaderno 3.º, alegaciones y conclusión en *Crónica de la Codificación española...*, de J. F. LASSO GAITE.

(284) Constituye el artículo 8.º del Índice del Anteproyecto del Libro IV, cuaderno 3.º

(285) GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 439.

francés, que sólo habla de intereses y no de frutos, entiende PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que tal vez se suprimió la referencia a los frutos al acogerse expresamente la prohibición de usar la cosa dada en prenda (286). Como la fórmula es idéntica al artículo 1.868 del Código, más adelante nos ocuparemos de este tema.

Volvemos al proceso codificador para señalar que el Proyecto de Ley facultando al Gobierno para publicar el Código Civil con sujeción a las condiciones y bases que en dicho Proyecto se establecen, presentado al Senado por el Ministro de Gracia y Justicia señor don Francisco Silvela de 7 de enero de 1885 no se ocupa de este tema, pues si en la base XIX se alude a los contratos en general, en la XXVI enumera la compraventa, permuta, arrendamiento, sociedad, mandato, préstamo, seguro, fianza, hipoteca y censos, pero sin ninguna referencia a la prenda, lo que se reiteraría en el Proyecto de Ley aprobado por el Senado el 6 de mayo, ni en el Dictamen de la Comisión del Congreso, al referirse a la base XXV. Tal silencio sobre los contratos reales fue puesto de manifiesto por alguna publicación (287).

Disueltas las Cortes y reunidas de nuevo en 1888 se logró la aprobación de la Ley de Bases de 11 de mayo de dicho año. La base XXVI decía que «las formas, requisitos y condiciones de cada contrato en particular se desenvolverán y definirán con sujeción al cuadro general de las obligaciones y sus efectos, dentro del criterio de mantener por base la legislación vigente y los desenvolvimientos que sobre ella ha consagrado la jurisprudencia...» No existe mención alguna a la prenda en el texto de la Ley de Bases.

2. EXAMEN DEL ARTÍCULO 1.868 DEL CÓDIGO CIVIL

Con esto hemos llegado al final de la evolución histórica de nuestro estudio. Se ha promulgado el Código Civil y conocemos cuanto expresa su artículo 1.868, con cuyo texto comenzamos este trabajo. Sería reproducido literalmente por diversos Códigos civiles hispanoamericanos, como el de Puerto Rico en su artículo 1.767 (288), pese a sus diversas revisiones en

(286) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 376 y nota 11.

(287) ANTONIO MARÍA FABRÉ. *Disertaciones jurídicas sobre el desarrollo histórico del Derecho sobre las Bases de Código Civil y sobre la Organización de los Tribunales*, Madrid, 1885, pág. 318.

(288) Era el artículo 1.769 tras la reforma de 1902, pero a partir de 1930 queda como artículo 1.767. Ver *Código Civil de Puerto Rico*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960.

1902, 1911, 1930 y 1941, o el de Panamá en su artículo 1.559. Incluso los Códigos de Cuba y Honduras mantienen el mismo número de artículos que el texto español.

El artículo 1.868 no habla de frutos, tan sólo se refiere a intereses: «Si la prenda produce intereses...», pero no conformes con esta interpretación literal, determinados autores patrios entienden que también deben comprenderse frutos. En este sentido podemos citar a MANRESA (289), MUCIUS SCAEVOLA (290), DE DIEGO (291), los anotadores de ENNECERUS (292), PUIG PEÑA (293), Díez PICAZO y GULLÓN (294), PUIG BRUTAU (295) y SANTOS BRIZ (296). No faltan otros tratadistas que sostie-

(289) J. M. MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, 6.ª ed., revisada por J. J. GÓMEZ YSABEL, Madrid, 1973, pág. 581: «pero el término empleado lo está en sentido amplio, equivalentes a frutos, lo mismo naturales que civiles...»

(290) QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA. *Código Civil* redactado por PEDRO DE APALATEGUI, tomo XXIX, Madrid, 1955, págs. 378 y 379: «Para nosotros es indudable que el Código ha querido también referirse a los frutos, hipótesis bastante normal, porque fuera de la misma la prenda nada produce.»

(291) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Curso Elemental de Derecho civil español, común y foral*, tomo 5.º, Derecho de obligaciones, Madrid, 1920, pág. 301: «Lo que hay es que aunque parece que se concreta a los créditos, indudablemente en su espíritu comprende también otras cosas que producen frutos.»

(292) B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, en la obra de MARTIN WOLFF: *Derecho de cosas*, vol. II, Gravámenes, 2.ª ed., al cuidado de J. PUIG BRUTAU, Barcelona, 1951, página 406: «c) Aunque el C.c. no reconoce la anticresis sino sobre bienes inmuebles (cf artículo 1.881), no hay ningún obstáculo para el pacto anticrético... Así pues, tratándose de cosa que produce intereses —y puede decirse cosa fructífera general—, el pacto anticrético se considera implícito *ex lege*. Cabe indudablemente excluirlo por convenio.»

(293) F. PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho Civil español*, Barcelona, 1966, páginas 748 y 749: «Con mejor criterio, a nuestro parecer, MANRESA y DE DIEGO entienden que el precepto abarca indistintamente toda clase de frutos, naturales o civiles, bien entendido que el único concepto en el que el acreedor puede recibir esos frutos es el pago o compensación de intereses pactados, pues por lo demás le está prohibido aprovecharse de las cosas pignoradas.»

(294) L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. III, Derecho de cosas, Madrid, 1981, 2.ª ed., pág. 809: «Una interpretación literal del artículo 1.868 conduciría a afirmar que sólo es aplicable cuando la prenda recae sobre un crédito o valores (acciones, obligaciones, etc.) pues habla de 'prenda que produce interés'. Sin embargo no hay razón alguna para no utilizarlo fuera de este supuesto (GARCÍA GOYENA, MANRESA).»

(295) J. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. III, 2.ª ed., Barcelona, 1974, pág. 22: «... a falta de pacto que lo excluya, si la cosa dada en prenda produce frutos o intereses, el acreedor compensará los que perciba con los que se le deben, y si no se le deben o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.»

(296) J. SANTOS BRIZ: *Derecho civil*, tomo II, Madrid, 1973, pág. 663: «Una interpretación lógica de este precepto (sobre todo en relación con el art. 1.864, que se refiere a 'todas las cosas muebles') induce a dar sentido amplio al concepto de 'intereses' que el artículo 1.868 utiliza, para abarcar tanto los rendimientos del dinero como los de las demás cosas.»

nen opinión contraria, pudiendo citarse a SÁNCHEZ ROMÁN (297), DE BUEN (298), CASTÁN (299), ESPÍN (300), LACRUZ y SANCHO REBULLIDA (301), COSSÍO (302), SANTAMARÍA (303), RUIZ SERRAMALERA (304),

(297) F. SÁNCHEZ ROMÁN. *Estudios de Derecho civil*, tomo IV, Madrid, 1899, página 981: «En cambio son lícitos: a El pacto llamado anticrético, cuya etimología, concepto y efectos quedan explicados, como una verdadera modalidad y nueva especie de este derecho de garantía. El Código civil lo considera ya como un contrato aparte...»

(298) D. DE BUEN en notas al *Curso elemental de Derecho Civil*, de A. COLIN y H. CAPITANT, tomo V, Madrid, 1925, pág. 103: «De la falta de derecho a usar la cosa se deduce la falta de derecho del acreedor a percibir los frutos que la cosa produce, pues es regla de interpretación que donde está prohibido lo menos está prohibido lo más, y el derecho de disfrutar o percibir los frutos constituye una ampliación del derecho de usar, negado al acreedor pignoraticio. También nuestro Código reconoce la excepción de que si el crédito es productivo de intereses...»

(299) J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español, común y foral*, tomo II, vol. II, 13.ª ed., revisada y puesta al día por PASCUAL MARÍN PÉREZ, Madrid, 1983, pág. 491 «De Buen opina juiciosamente aquí de una excepción no aplicable a los frutos, pues la falta de derecho a usar la cosa (que consagra el art. 1.870) se deduce la falta de derecho del acreedor a percibir los frutos que la cosa produce...» Por lo demás esta edición dice igual que la 6.ª de 1943, pág. 402.

(300) D. ESPÍN CÁNOVAS. *Manual de Derecho Civil español*, vol. II, tomo I, Madrid, 1952, pág. 236: «La situación posesoria creada por la entrega de la cosa al acreedor... no faculta al acreedor a usar la cosa, y si lo hace o abusa de ella en otro concepto, puede el deudor o dueño de la prenda que se le constituya en depósito (art. 1.870). Por excepción, puede el acreedor, si la prenda produce intereses, compensar 'los que perciba con los que se le deben, y si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital' (art. 1.868).»

(301) J. L. LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, III Derechos reales, volumen II, con la colaboración de F. SANCHO REBULLIDA, Barcelona, 1980, pág. 153: «Es dudoso si el precepto es extensivo a los frutos naturales (parece que los industriales quedan indirectamente excluidos por el art. 1.870 que prohíbe al acreedor usar la cosa pignorada); la excepcionalidad de la norma y la imputación de lo percibido (preferencia de los intereses) aconsejan desechar tal interpretación extensiva, por lo demás poco frecuente, ya que, aparte los semovientes, pocos bienes muebles producirán frutos de cierta importancia.»

(302) A. DE COSSÍO. *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Madrid, 1975, págs. 688 y 689: «La Ley habla exclusivamente de *intereses*, pero no de otra clase de frutos, como sería, por ejemplo, tratándose de una prenda pecuniaria, las crías de los animales pignorados, los cuales, sin duda alguna, como cualquier otra clase de accesiones, deberán ser entregados a su legítimo dueño, sin perjuicio de los reembolsos que éste haya de hacer por los gastos ocasionados con tal motivo.»

(303) J. SANTAMARÍA (con la colaboración de J. L. SANTAMARÍA CRISTÓBAL): *Comentarios al Código Civil*, II, Madrid, 1958, págs. 888 y 889: «El derecho de compensación anticrética que este artículo establece ha de entenderse reducido a los intereses y no a otra clase de frutos (así DE BUEN, 5.ª, 121 y CASTÁN, 7.ª ed., II, 732), no obstante MANRESA (XII, 448) se inclina a hacerlo extensivo a toda clase de frutos. Preferimos la primera interpretación por la consideración de que excluido el uso de la cosa por el acreedor prendario (art. 1.870), a no hallarse autorizado para ello por el dueño, la percepción de otra clase de frutos parece también excluida.»

(304) R. RUIZ SERRAMALERA: *Derecho Civil*, Derechos reales, II Derechos sobre cosa ajena, Madrid, 1978, pág. 223, nota I: «El Código no aclara suficientemente lo que debe entenderse por intereses pues lo mismo cabe referirlos estrictamente a los que se

O'CALLAGHAN (305), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (306) y GUILARTE (307).

Mi opinión es que debe preferirse, sin ninguna duda, esta última postura. El Código parece contemplar el ámbito del artículo 1.868 como un peculiar y muy concreto supuesto, más que una regla general, pues el «si» condicional con que comienza y lo excepcional de la producción de intereses en los bienes muebles, así lo hace inferir. Por otra parte, sólo se

perciben sólo en dinero que extenderlo a todos los frutos de la cosa (tanto naturales —o industriales— como civiles), pero a la vista de lo que después establece para la anticresis (afirmado por el art. 1.881 que 'el acreedor adquiere el derecho a percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al capital de su crédito') y de que el propio artículo 1.868 pone en relación los intereses de la cosa con los que produzca la deuda principal, quizá sea lo más acertado suponer que sólo quiere referirse, como excepción, a los de primera clase.»

(305) X O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Compendio de Derecho Civil*, tomo III, Derechos reales e hipotecario, Madrid, 1868, pág. 320 «Se discute por la doctrina si también se produce esta compensación con los *frutos* de la cosa pignorada. Pensando que el acreedor pignoraticio no tiene el uso ni el disfrute de ella, no puede hacer suyos los frutos que produzca para imputarlos a los intereses o al capital. Así (de acuerdo con GUILARTE... que cita toda la doctrina) los frutos de la cosa, si los produce, no se compensan con la obligación garantizada ni con sus intereses. Aunque cabe que los sujetos convengan expresamente tal compensación anticrética.»

(306) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *ob. cit.*: «Algunos autores (MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, DE DIEGO, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, PUIG BRUTAU) estiman que el acreedor puede hacer suyos los frutos de la cosa para compensarlos con los intereses que se le deben, y en cuanto sobre, con el capital (cf. art. 1.868). Mas esta solución es contraria al artículo 1.870, y no puede apoyarse en el artículo 1.868, que se refiere sólo a la prenda de créditos.»

(307) *Ob. cit.*, pág. 440: «A mi juicio, debe prevalecer esta segunda interpretación. En primer lugar, porque así se deriva del dato histórico referido a los precedentes inmediatos del precepto que no se limita, como pretende MANRESA, a reproducir el correspondiente Proyecto de 1851, sino que modifica éste al suprimir la mención de los frutos. Supresión que, por las propias explicaciones de GARCÍA GOYENA, debe considerarse plenamente dirigida a limitar la compensación anticrética a los 'intereses', en su concepción estricta de rendimientos dinerarios, producidos bien por la prenda de crédito, bien por la de cualquier otra susceptible de originarlos. En segundo lugar, porque los preceptos de los Códigos concordantes con el nuestro y particularmente el correspondiente del Código francés, están contemplando específicamente la compensación de intereses y, planteada la cuestión, la doctrina generalmente entiende que respecto de las cosas fructíferas no parece posible decidir por analogía que el acreedor se apropiara de los frutos y los imputara por su valor al crédito. Por último, la interpretación en sentido estricto (pág. 441) del término 'intereses', utilizado por el precepto, resulta congruente, como se ha apuntado, con la prohibición del uso de la prenda y con la propia idea de la compensación anticrética en la garantía pignoratícia que no parece esencial a su naturaleza, a diferencia de lo que ocurre con la anticresis; probablemente, el legislador ha querido mantener la relación prendaria entre los vinculados por ella con la mínima complejidad posible que, incuestionablemente, se vería incrementada de admitirse la compensación en el caso de cosas fructíferas, desprovista, por otra parte, de cualquier disposición necesaria para fijar los criterios de valoración de los frutos, a efectos de la compensación y del régimen mismo de ellos »

refiere a los intereses y no a los frutos el tenor del artículo. Si no nos conformamos con esta hermenéutica puramente gramatical, podemos llegar al mismo resultado. Dentro de la interpretación por el método histórico, podemos contemplar la prenda como una cristalización de instituciones romanas y germánicas y con la influencia de otros elementos. Referida tanto muebles como inmuebles, tenía razón de ser el pacto anticrético, pero limitada a las cosas muebles y centrada la anticresis en la compensación a través de los frutos, queda reducida la pignoración a la retención por el desplazamiento posesorio y a la posibilidad de vender la cosa en el supuesto de impago. Los precedentes próximos son harto elocuentes durante el proceso codificador español. Si el Proyecto de 1836 sólo contempla los frutos, el de 1851 lo hace con la disyuntiva frutos o intereses para terminar en el Anteproyecto y en el propio artículo 1.868 refiriéndose sólo a intereses. ¿Qué quiere decir esto? A mi juicio, representa una clara voluntad de sustituir el concepto de frutos por el de intereses. No hace falta decir ahora la destacada influencia que el Código francés ha tenido en el nuestro y reproducimos aquí cuanto atrás recogimos sobre la interpretación y alcance del artículo 2.081 del modelo galo.

Nuestro Código hace una neta separación entre frutos e intereses. Los frutos se nombran en numerosos preceptos (308) con el alcance dado en los artículos 354 a 357. Expresamente contraponen frutos e intereses determinados preceptos, como los artículos 797, 884, 1.049, 1.120, 1.295, 1.303 y 1.347, 2.º y otros, como los artículos 186 y 1.063 contraponen los frutos a las rentas y en otros numerosos preceptos se alude sólo a intereses (309). Si observamos esta masa de preceptos notamos la precisión del legislador y como nunca utiliza el término intereses en sentido amplio comprensivo de los frutos.

Pero si no fuera bastante esta interpretación gramatical, histórica y sistemática empleada, podemos aún acudir a otros medios hermenéuticos para percatarnos que la prohibición de usar la cosa pignorada, que se expresa con carácter genérico dentro del haz de obligaciones y derechos del acreedor pignoraticio y que presenta suficiente virtualidad. El artículo 1.870 resulta tajante: «El acreedor no podrá usar la cosa dada en prenda sin autorización del dueño...» Las consecuencias de dicho incumplimiento consisten en la constitución en depósito de la cosa a instancia del propie-

(308) Así los artículos 279, 334, 354 a 357, 451 a 453, 471, 472, 496, 524, 882, 884, 1.049, 1.059, 1.063, 1.120, 1.295, 1.347, 1.381, 1.468, 1.478, 1.519, 1.571, 1.575, 1.611 a 1.624, 1.630, 1.632, 1.634, 1.650, 1.657, 1.881, 1.882 y 1.885, etc. Comprendo aquí los preceptos del Código que han sido reformados.

(309) En este sentido los artículos 502, 505, 517, 519, 797, 884, 1.049, 1.108 a 1.110, 1.120, 1.126, 1.147, 1.173, 1.347, 1.349, 1.478, 1.501, 1.724, 1.755, 1.838, 1.896 y 1.916, etcétera.

tario. Este principio normativo ha sido puesto de relieve por la mayoría de los autores (310), porque no es concebible la percepción de los frutos por el acreedor, ni siquiera con la finalidad amortizadora de intereses y capital debidos, con la general prohibición que le veda cualquier uso, pues el texto del artículo no distingue. Cuando la prenda recae sobre un crédito la cosa es distinta, pues no usa el acreedor pignoraticio de la cosa empeñada para cobrar los intereses periódicamente, ni por su imputación liberadora, lo que no ocurre en los frutos naturales (o industriales) en que resulta inconcebible su producción y aplicación sin invadir el *uti* para alcanzar *frui*.

A mas de la imposibilidad de salvar esta genérica prohibición del uso, la finalidad del precepto es puramente compensatoria y no supone enriquecimiento para el acreedor. Nos movemos en el campo de los derechos reales de garantía y la prenda consiste en la entrega de una cosa mueble para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. El acreedor retiene la cosa hasta el cumplimiento de la obligación y si ésta se incumple, se le atribuye un *ius vendendi* para hacerse pago con el precio de la cosa pignorada. También ostenta un privilegio sobre el valor de la prenda en las reclamaciones de pluralidad de créditos. Si los frutos se atribuyeran al acreedor lo serían con la sola finalidad de amortizar total o parcialmente el montante de deuda e intereses, en su caso. Tratándose de prenda que produce intereses la compensación total o parcial resulta automática. Se convierte así la prenda en una amortización progresiva, pero cuando se trata de prenda fructífera esta rápida actuación del acreedor (sin perjuicio de la obligación de rendir cuentas) resulta inconcebible. Los frutos exigen, no sólo del uso y de la manipulación de la cosa y además no permiten una compensación de modo automático.

Para tal compensación se requiere la venta de los frutos o la percepción por parte del acreedor, asignándoles un valor. Ello implicaría una dación en pago, y precisada de ser convenida, pero no deducible del texto legal (311). Tal presunción es combatida por los autores franceses, a falta de previsión legislativa al respecto, si bien no se oponen a que las partes puedan conferir tal derecho al acreedor de modo expreso (312), o admitirse este pacto de las circunstancias, como recogió alguna vez la jurisprudencia francesa (313).

(310) DE BUEN, *ob. últ. cit.*, pág. cit. CASTÁN, *ob. últ. cit.*, pág. cit. ESPÍN, *ob. últ. cit.*, pág. cit. LACRUZ, *ob. últ. cit.*, pág. cit. SANTAMARÍA, *ob. últ. cit.*, pág. cit. O'CALLAGHAN, *ob. últ. cit.*, pág. cit. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *ob. cit.*, pág. cit.

(311) AUBRY y RAU, *ob. cit.*, pág. 111.

(312) BAUDRY-LACANTINERE y DE LOYNES, *ob. cit.*, pág. 105. JOSSEAND, *ob. cit.*, pág. 452.

(313) PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 111, nota 2.

Pero, si este principio establecido en el artículo 1.868 respecto a los intereses se aplicase también a los frutos, quedarían muchos problemas sin resolver, muchas cuestiones sin decidir y vendría a ser un semillero de litigios, porque la compensación frutos-intereses requiere la venta de los frutos y ésta no puede inducirse que quede atribuida al acreedor, por mucho que los partidarios de la interpretación lata del precepto así lo entiendan. ¿Cómo se ha de valorar? ¿Por quién? ¿Es precisa la venta? ¿Se ha de hacer en pública subasta y en otro caso venta judicial? ¿Se adquieren directamente por el acreedor? Son demasiados interrogantes para dejarlos en el aire. La complejidad se vería aumentada en una operación tan simple como la pignoración (314), faltando toda clase de disposiciones para fijar los criterios de valoración de los frutos para su compensación (315).

Estos interrogantes e inconvenientes no se producen con la prenda de intereses. El acreedor pignoraticio se encuentra encargado tácitamente del cobro y posterior imputación de los intereses del crédito pignorado (316). El que empeña un crédito conserva la facultad de actuar contra su deudor, pero este derecho se encuentra limitado por la prenda; si el deudor rehúsa el pago de los intereses, el titular se vería en la imposibilidad de reclamarlos al no poder probar su crédito y tendría que discutirlos tantas veces como se trate de reclamar intereses (317). Lo establecido en el artículo 1.868 asegura al acreedor la posibilidad de impedir cualquier pago en perjuicio, pero también advierte al deudor que es el acreedor pignoraticio a quien han de satisfacerse los intereses (318). Por la notificación realizada al deudor, ha perdido el acreedor pignorante de su crédito el derecho de cobrar periódicamente los intereses, como se deduce de los artículos 1.527, 1.162 y 1.164 del Código Civil. Por ello han entendido COLIN y CAPITANT que los intereses del crédito pignorado forman parte de la prenda, son accesorios de ella y constituyen asimismo un elemento de garantía que el acreedor ha debido tener en cuenta (319).

A las razones señaladas para sostener la interpretación estricta del artículo 1.868 aún habrían de añadirse otras también de carácter interpretativo, como derivada de la prohibición de usar la cosa el acreedor pignoraticio contenida en el artículo 1.870 del Código, pues si se prohíbe lo menos, que es el uso, con mucha mayor razón debe reputarse prohibido lo

(314) GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 441

(315) *Ibidem*.

(316) PONT, *ob. cit.*, pág. 720.

(317) F. LAURENT: *Principes de Droit Civil Français*, tome vingt-huitième, Paris-Bruxelles, 1877, pág. 493.

(318) PONT, *ob. cit.*, pág. cit.

(319) *Ob. cit.*, pág. 760.

más, que es el disfrute (320). La excepción legal a tal prohibición se encuentra en la prenda que produce intereses por la peculiaridad que presenta y por no implicar propiamente uso de la cosa pignorada, por el mandato tácito entre el pignorante y el acreedor prendario, pero, sobre todo, por las ventajas que ello comporta.

El contraste entre el artículo 1.868, referido a la prenda y el artículo 1.881 de la anticresis es suficientemente expresivo, en ambos se aplican los productos para la amortización de intereses y capital, pero mientras en el primero se habla sólo de interés, el otro sólo se refiere a frutos. Este argumento expuesto por un tratadista es de bastante peso a mi juicio (321).

Los argumentos que aporta la doctrina patria en favor de la interpretación amplia, a favor de comprender en el artículo 1.868 del Código los frutos no son de mucho peso. MANRESA, que debió ser el primero en sostener tal interpretación, no la apoya con ninguna razón y se limita a expresarla y otro tanto puede decirse de MUCIUS SCAVEOLA, DE DIEGO, PÉREZ y ALGUER, PUIG PEÑA, DíEZ PICAZO y GULLÓN se apoyan en MANRESA y en GARCÍA GOYENA. Lo primero poca fuerza y apoyo les proporciona en este caso, sin perjuicio de reconocer los claros méritos y aciertos de sus Comentarios en tantas y tantas cuestiones jurídicas. En cuanto al apoyo en GARCÍA GOYENA, téngase en cuenta que este comenta el Proyecto de 1851, cuyo artículo 1.777 se refería a frutos e intereses, lo que no hace el artículo 1.868, pero el propio GARCÍA GOYENA cita los artículos 2.081 francés, 1.951 napolitano, 2.134 sardo, 3.136 de la Luisiana y 1.204 holandés todos los cuales «hablan del crédito que produce interés y se da en prenda» y añade por su cuenta: «fuera de este caso, apenas se concibe que una cosa mueble pueda producir frutos; sin embargo, la Comisión quiso que se conservara esta palabra por la posibilidad de que ocurriera algún caso, aunque raro, de aplicación». Que el lector juzgue por sí mismo, si esto es un argumento, cuando se apoya en un Proyecto fallido en el que se introduce, casi con repugnancia, el término «frutos», estimando su rareza y excepcionalidad. Después se abandonaría en el Anteproyecto y no aparecería en el Código Civil y en contraste con la explicitación exclusiva en el artículo 1.881. ¿Supone esto un argumento? Creemos que no, con todo nuestro respeto a los que lo utilizan. Finalmente, nos queda el argumento de SANTOS BRIZ (322), que se apoya en el artículo 1.864 del Código, que se refiere a «todas las cosas muebles», lo que, a su juicio, induce a dar un sentido amplio al concepto de «intereses» que utiliza el ar-

(320) DE BUEN, *loc. últ. cit.* CASTÁN, *loc. últ. cit.*

(321) RUIZ SERRAMALERA, *ob. cit.*, pág. cit.

(322) *Ob. cit.*, pág. cit.

título 1.868, para abarcar tanto los rendimientos del dinero como las demás cosas. Estimamos que no es tal argumento. La amplitud de susceptibilidad pignoratícia de las cosas, procedente del Derecho romano, como vimos en su momento, se ha restringido a las cosas muebles en los últimos tiempos y ello no significa sino la susceptibilidad para constituir tal garantía, garantía limitada a la retención de la cosa pignorada y la posibilidad de instar la venta en caso de incumplimiento. Sigue pesando sobre el acreedor la prohibición del disfrute de la cosa. Por la sola amplitud del objeto o elemento real del derecho de prenda no puede deducirse que el Código diga intereses y quiera decir también frutos, pues el contenido de tal derecho es ajeno al disfrute y el artículo 1.868 en la normativa del Código reviste un carácter concreto y limitado. El Código Civil siguiendo el modelo francés ha contemplado en el caso que nos ocupa una prenda de créditos, al referirse sólo al caso de que la cosa pignorada produzca «intereses», y ha señalado un carácter amortizador: «compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben». Se trata, en primer lugar, de una simplificación compensatoria de intereses, con la finalidad de restringir la posible complicación que ello comporta. Pero también pueden faltar los intereses en la obligación principal de la que la prenda es satélite y entonces esta compensación (y también cuando existiendo intereses se encuentran ya compensados) se aplica su imputación «al capital».

Terminemos este punto con unas sintéticas consideraciones que han sido ya explicitadas a lo largo de este trabajo. En primer lugar, que por el fenómeno jurídico de los derechos sobre derechos (323), en este caso de prenda sobre derechos, a través del fenómeno de la cotitularidad o de la legitimación para el cobro, se atribuye al acreedor pignoratício el derecho-deber de cobrar los intereses del crédito dado en prenda y después realizar su imputación legal. Esta obligación de percepción de los intereses del crédito pignorado se apoya en varias razones: 1.^a La posesión inmediata del título, que se ha desplazado del primitivo y originario acreedor, pignorante de su derecho, al acreedor pignoratício. Este último se encuentra legitimado por la posesión del título obtenida legítimamente y por la Ley. 2.^a Tal atribución del derecho-deber no implica uso de la cosa pignorada

(323) La posibilidad de los derechos sobre derechos como una verdadera categoría técnica, como una realidad lógica y jurídica, no ha tenido éxito en nuestra doctrina, siendo rechazada por F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 2.^a edición, Madrid, 1949, págs. 597 y sigs. J. BELTRÁN DE HEREDIA: «El usufructo sobre usufructo en la legislación española (Teoría negativa)», en *Revista de Derecho Privado*, tomo XXV, 1941, págs. 296 y sigs. J. VALLET DE GOYTISOLO: *Hipoteca del derecho arrendatício*, Madrid, 1951. Esta teoría negativa ha sido seguida por los tratadistas ALBALADEJO y LACRUZ. Tan sólo PASCUAL MARÍN: «Los derechos sobre derechos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 1947, tomo 182, págs. 419 a 462, ha establecido su realidad y utilidad, pero sin eco entre los tratadistas patrios

sino, como ha puesto de relieve la doctrina francesa, la existencia de un mandato tácito para el cobro de los intereses con la finalidad amortizadora legalmente señalada. 3.^a El acreedor no adquiere la propiedad de los intereses cobrados, pese al carácter fungible que éstos ostentan, pues los recibe como mandatario y con una finalidad concreta y legalmente establecida. 4.^a Como consecuencia de lo que antecede y del carácter de mandatario tácito para el cobro y su aplicación posterior, el acreedor pignoraticio ha de rendir cuenta. Esto se deduce del artículo 1.720 del Código, si bien el sistema de compensación automática total o parcial, reducirá y simplificará tal obligación.

Con esto ha quedado limitado el precepto a la prenda sobre créditos. Para FEDERICO DE CASTRO esta prenda «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 del Código Civil, 320-324 del Código de Comercio) por ser sus títulos susceptibles de posesión (324). Añade que «la prenda de un simple crédito, en otros casos, podrá tener eficacia en el Derecho español, mediante el mecanismo de la cesión, comunicada al deudor (art. 1.527 del Código Civil), que conste en instrumento público, artículo 1.865 del Código Civil, creando una legitimación útil en garantía en favor del acreedor prendario» (325). Por lo general la doctrina antigua española no se preocupó sobre la prenda de créditos (326), aunque no han faltado autores que han estimado como objeto de la prenda las cosas incorpóreas (327).

De todas formas la prenda sobre derechos se considera como una prenda especial en atención al objeto sobre el que recae el derecho de garantía. Si se trata de un derecho real, posibilidad admitida cuando éste es transmisible, como ocurriría con el usufructo, la prenda recae sobre la cosa o prestación de este último. Pero para el derecho de la prenda de un crédito, aunque no existe propiamente una posesión, se producen unos efectos semejantes a través de la notificación al deudor. Se aplican para esta prenda por analogía lo dispuesto en los artículos 486 y 507 relativos al usufructo de créditos (328). Si el objeto del crédito dado en prenda consiste en dinero, se trocará la prenda en irregular, si el crédito para cuya garantía se estatuyó aún no ha vencido, en otro caso cumplirá con el dinero la obligación garantizada; si consiste en la entrega de una cosa,

(324) *Ob. cit.*, pág. 598.

(325) *Ibidem*

(326) M. ROSENDE HONRUBIA: «La prenda de créditos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año III, agosto de 1927, núm. 32, págs. 564 y sigs.

(327) SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, tomo III, pág. 760. DE DIEGO, *ob. cit.*, pág. 296: «...se puede constituir la prenda sobre cualquier cosa mueble que sea permutable».

(328) X. O'CALLAGHAN, *ob. cit.*, pág. 324.

adquirirá sobre ella un derecho de prenda ordinaria si es mueble o de hipoteca si es inmueble, que realizará, a su vez, en la forma ordinaria (329). Habría que distinguir mejor, si en el momento de vencer el crédito pignorado había vencido no la obligación principal, pues si vence el crédito pignorado antes que la obligación asegurada con prenda, no tiene lugar la realización de valor y la prenda en tal caso recaerá sobre el objeto de la prestación y si ésta consiste en una suma de dinero, sobre ella recaerá la prenda, convirtiéndose en una prenda irregular (330). Si se trata de una cosa específica, llegado el vencimiento del crédito garantizado con prenda el valor se realizará mediante la venta de la cosa (art. 1.872), en el segundo caso, si se trata de metálico el valor se realiza aplicando la suma recibida en función de garantía al pago de la obligación principal, careciendo de aplicación el artículo 1.872 del Código Civil (331).

Pero el tema de la prenda de créditos o derechos es ajeno a nuestro estudio, que viene centrado en la prenda fructífera y en el artículo 1.868 del Código Civil y por ello, tras este breve excursus, retomamos nuestro tema. Nos hemos ocupado del concepto de intereses producidos por la prenda, nos resta ahora referirnos a la imputación que hace la Ley, primero a los intereses del crédito pignoriaticamente garantizado y si éstos no existen, se encuentran ya satisfechos o exceden los percibidos con los debidos, se imputarán por el acreedor al capital. Lo que no ha previsto el precepto que nos ocupa es el supuesto que el crédito empeñado garantice varios créditos contra el mismo deudor, supuesto contemplado en el Código en el artículo 1.172,1 con relación a la imputación de pagos, que no debe reputarse aplicable, pues contempla el pago por el deudor que lo aplica a la que le interese y aquí se trata de una garantía real de varios créditos. Es preferente la regla del artículo 1.173: «Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses», coincidente con la recogida en el artículo 1.868, que nos ocupa. Si no se ha establecido nada en el contrato de prenda, sobre la preferente imputación a una u otra deuda, de las varias garantidas por tal medio, ni se autoriza al deudor o pignorante a señalar su aplicación, habrán de aplicarse las reglas establecidas en los artículos 1.173 y 1.174, primero a los intereses, después a la deuda más onerosa y, en otro caso, por tratarse de deudas de igual naturaleza, la imputación de intereses se hará a prorrata. Esta regla, coincidente con las de la imputa-

(329) M. ALBALADEJO: *Derecho civil*, III, vol. II, Barcelona, 1983, pág. 225.
J. CASTÁN: *Derecho Civil español...*, cit., tomo 2, 13.^a ed., Madrid, 1983, pág. 498.

(330) PUIG PEÑA, *ob. cit.*, pág. 763.

(331) *Ibidem*.

ción de pagos, encuentra su justificación en la simplificación que produce en las relaciones entre las partes (332).

En cuanto al cobro del capital del crédito pignorado por el acreedor prendario, no parece posible, y ya se puso de relieve por la doctrina francesa, que el mandato no aparece tan claro como cuando se trata de intereses, ya que el capital no debe ser pagado sino de una vez (333). Pero estas razones no resultan muy convincentes, pues puede tratarse de una deuda que deba ser satisfecha en plazos, tras el pago de los intereses. Mas razonable resulta el argumento de que el crédito pignorado fuese superior en valor al garantizado con la prenda, lo que convertiría al acreedor pignoraticio en deudor por el excedente (334). Por ello, se estima que sólo puede cobrar el acreedor pignoraticio el capital del crédito pignorado cuando expresamente se le atribuya tal derecho en el acto constitutivo del *pignus* (335). Si del contrato o de otras circunstancias se desprendiera tal acuerdo, supondría mas que una propia y verdadera garantía una delegación condicional del crédito (336). Cosa distinta es que el deudor del crédito pignorado, que haya estado abonando los intereses al acreedor pignoraticio, al llegar al vencimiento entregue a éste el capital, con finalidad amortizadora de la deuda de su acreedor y que dada la amplitud con que se pronuncia el artículo 1.158 encuentra cabida, pero sería preciso que el abono fuera íntegro y coincidente con el otro crédito en valor, bien originariamente o tras las sucesivas amortizaciones, pues en otro caso faltaría la integridad del pago o se entregaría al acreedor pignoraticio una cantidad no debida.

Entendemos, por el contrario, que resulta aplicable al supuesto del artículo 1.868 lo dispuesto con carácter general en el artículo 1.866,2 del Código, pues no existe razón alguna para no hacer dicha aplicación.

Finalmente digamos que este pacto anticrético implícito *ex lege*, que el artículo 1.868 comporta, puede ser excluido por convenio de las partes (337).

3. LA PRENDA FRUCTÍFERA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Ya hemos visto que nuestro Código, siguiendo el modelo francés, no regula la prenda fructífera, sino tan sólo una peculiar modalidad de la

(332) COLMET DE SANTERRE, *ob. cit.*, pág. 384.

(333) *Ibidem*, pág. 385.

(334) *Ibidem*.

(335) PONT, *ob. cit.*, pág. 720.

(336) *Ibidem*.

(337) F. BONET RAMÓN: *Código civil comentado*, Madrid, 1962, pág. 1.470.

prenda productora de intereses, diferenciándose de otros Códigos civiles extranjeros, que comprende ambas figuras, como el alemán, el italiano vigente, el uruguayo, el mexicano, el chileno y el argentino.

Nuestro texto legal no regula la prenda fructífera y ello determina que si se empeña una cosa de esta naturaleza y nada particular y concreto han pactado las partes en la constitución de la garantía y la obligación garantizada se cumple por el deudor, el acreedor pignoraticio debe devolver la cosa pignorada con todos sus accesorios. Por tales deben entenderse: 1.º Los daños e intereses por los deterioros causados por el acreedor. 2.º Los frutos y cuanto provenga de la cosa pignorada. La razón es que el pignorante sigue siendo dueño de la cosa empeñada, que sólo ha entregado en garantía para que el acreedor pignoraticio pueda ejercitar su retención y llegado el vencimiento de la obligación sin haberse cumplido por el deudor, promover la venta de la cosa. Ya hemos visto, que al acreedor le está vedado el uso de la cosa pignorada y en esto resulta tajante el artículo 1.870, que permite la constitución de un depósito a instancia del dueño. Tampoco se permite al acreedor servirse de la cosa empeñada, ni percibir los frutos que ella produzca (338), frutos que deben entregarse a su dueño.

Pero la realidad de las cosas muebles fructíferas resulta patente, especialmente con referencia a los productos de los animales, leche, lana, estiércol y crías, que tratándose de una prenda de una *universitas facti*, de un conjunto de animales, rebaño o piara (lo designa el Código Civil en el art. 449) puede presentar trascendencia en cuanto permite una periódica limitación de la deuda y la más fácil liberación del deudor. Sobre tales ventajas, que no pueden desconocerse, presenta el grave inconveniente de la valoración de los frutos, de carácter variable y contingente. Este es el mayor obstáculo, a mi juicio, de la prenda fructífera. Mientras el Código contempla el artículo 1.868 situaciones de compensación automática, en cuanto operan con deudas monetarias, en el empeño de una cosa productora de frutos, aun cuando se atribuya al acreedor el derecho a percibir los frutos que produzca, la aplicación a los intereses de la deuda principal ha de requerir una previa valoración de tales frutos y aquí está el caballo de batalla de la prenda fructífera. Los frutos presentan un precio oscilante con relación al común patrón del dinero, determinado por la producción, el mercado, etc., y pueden existir diferencias de precio en una misma área geográfica. En la economía antigua, cuando floreció esta institución, no existían las facilidades de comunicación, los excedentes internacionales ni otros presupuestos inconcebibles en una economía rural en la cual el fruto venía a ocupar el valor del dinero, pero esto no ocurre en la actualidad y a ello debe atribuirse una de las razones de la casi desaparición de esta

(338) PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 52.

peculiar prenda. También presenta el inconveniente de cargar sobre el capitalista el trabajo de la recolección de los frutos, con el cuidado de los animales y sus crías, lo que ya motivó una exagerada casuística en el Derecho foral histórico, cuando se busca en la rapidez de la moderna contratación, la ganancia rápida y con las menos complicaciones posibles. Todo esto no puede desconocerse y así se patentiza, pero también que la posibilidad de pacto no puede ser desconocida en su aplicación en el medio rural, preferentemente. La falta de regulación legal no impide que las partes puedan convenir un pacto que autorice al acreedor, tratándose de cosa pignorada fructífera, a percibir los frutos de la cosa con finalidad amortizadora de intereses y capital. Así lo entienden los tratadistas franceses (339), admitiendo incluso que dicho pacto pueda ser tácito y deducirse de las circunstancias del contrato (340). La posibilidad de crear una prenda anticrética por convenio se recoge incluso expresamente en el artículo 892 del Código suizo. En tales casos entienden los autores que el acreedor pignoraticio puede realizar directamente el propio interés haciendo suyos los frutos (341).

La doctrina española admite que mediante pacto se pueda establecer una cláusula anticrética para los frutos de la cosa pignorada (342) y si nada se expresa fuera de esta percepción de los frutos por el acreedor anticrético, lo será con la finalidad amortizadora y se aplicará supletoriamente lo dispuesto en el artículo 1.868. Incluso mediante pacto y al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.255, se permite acordar la prenda de disfrute y permitir al acreedor el percibo de los frutos de la cosa empeñada sin tener que rendir cuentas, ni aplicarlos al pago de la deuda. En síntesis, admitimos al amparo de la libertad de pacto la posibilidad de crear una prenda de disfrute, una genuina *mort-gage*. Claro es que tal pacto en determinados supuestos podría incardinarse en la Ley de usura de 23 de julio de 1908, pudiéndose, en consecuencia, declararse su nulidad.

Si se ha establecido el pacto anticrético común, semejante al del artículo 1.868 para los intereses, el acreedor ha de rendir cuentas de los frutos percibidos (343) y se encuentra obligado a dar a la cosa empeñada los cuidados de un buen padre de familia (344). Además, y establecido en virtud de este pacto tal percepción de frutos con finalidad amortizadora

(339) BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, pág. 105; JOSSEAND, *ob. cit.*, pág. 452.

(340) PLANIOL, *ob. cit.*, pág. 111, nota.

(341) DE CUPPIS, *ob. cit.*, pág. cit.

(342) SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, pág. cit. PÉREZ y ALGUER, *ob. cit.*, pág. 406, con apoyo en el artículo 1.870, que permite el uso de la cosa pignorada con autorización del dueño; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *ob. cit.*, pág. cit., y O'CALLAGHAN, *ob. cit.*, pág. cit.

(343) ZACHARIAE, *ob. cit.*, pág. cit.

(344) POTHIER, *ob. cit.*, pág. cit.

de intereses y capital, el acreedor responsable no sólo de los percibidos, sino también de los debidos percibir y no obtenidos por la negligencia del acreedor pignoraticio (345).

Tratándose de prenda de rebaños y pías pudiera aplicarse analógicamente el artículo 499 referido al usufructo, en cuanto al principio del *salva rerum substantia*, no en cuanto a la finalidad amortizadora de la deuda principal que es ajeno a este precepto; pero permite así separar la cosa de los frutos.

La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, dentro del Capítulo III, «De la prenda con desplazamiento, hipoteca, anticresis, derecho de retención y depósito de garantía» del Título VII, «De las garantías reales», del Libro III, «De los bienes», contiene la Ley 471: «Tanto en la prenda como en la hipoteca, se puede pactar la anticresis o compensación del uso de la cosa o de sus frutos con los intereses devengados por la deuda. En otro caso, si la cosa en posesión del acreedor produce frutos, deberá percibirlos aquél para imputarlos a la deuda de intereses y después a la del capital.» Este precepto no ha sido modificado por las posteriores modificaciones del Fuero Nuevo de Navarra, llamado así por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril (BOE del 5 de junio, núm. 134) y encuentra sus precedentes en el Derecho romano-Digesto 20,1,11,1, y en Fuero General 3,11,1 (346).

Atiende la Ley 471 en primer lugar a lo pactado, acorde con lo establecido en la Ley 7, que hace prevalecer la voluntad unilateral o contractual sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de la Compilación.

Si se ha pactado algo sobre la compensación con los frutos de los intereses de la deuda, a ello habrá de estarse; pero si nada se ha pactado y la cosa pignorada da frutos, el acreedor deberá percibirlos para imputarlos a los intereses y después al capital.

El párrafo segundo de la Ley recoge, mediante pacto, la compensación de una deuda dineraria con el uso o disfrute de una cosa mueble o inmueble, sin constituir prenda o hipoteca. Pero aquí en realidad no se trata de un *pignus*, sino de una pura anticresis si se refiere a la percepción de frutos.

(345) *Ibidem*.

(346) P. DE PABLO CONTRERAS, F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, V. LACARRA LANZ, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, A. COLIN RODRÍGUEZ, J. L. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE y E. RUBIO TORRANO: *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Derecho histórico, concordancias, jurisprudencia*, Pamplona, abril 1988, páginas 559 y 560.

Por lo demás, el pacto anticrético que se recoge en la Ley 471,1, no permite al acreedor pignoraticio disponer de otro modo, ni usar la cosa sin autorización del pignorante, salvo la citada percepción de los frutos (Ley 469,2).

JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ

Doctor en Derecho y Magistrado

Patología actual de la hipoteca de máximo

SUMARIO: 1. INTRODUCCION AL TEMA.—2. DOCTRINA MERCANTIL.—
3. DOCTRINA HIPOTECARIA.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCION AL TEMA

Este artículo, breve como todos los míos, pretende sólo sacar a la luz algunos aspectos —esenciales, pero que parecen olvidarse— de la llamada, actualmente con gran énfasis, hipoteca «de máximo». Asunto que, como dirían mis amigos andaluces, tiene «mucho tela».

Para la doctrina hasta ahora generalmente aceptada (ROCA, por todos) la hipoteca de máximo es una especie del tipo genérico de las de seguridad, y, a su vez, tiene otras subespecies; para la moderna práctica bancaria, en cambio se ha convertido en figura singular, autónoma y arquetípica, de todo terreno y uso, con variantes, algunas tan esperpénticas, que han merecido por parte de los juristas y de la propia Dirección calificativos tales como hipoteca «flotante», «sumidero», en «saco común», etc. Por mi parte, hay tipos patológicos que bien pudieran llamarse «hipotecas para-guas» o «boina», por la facilidad con que se abren y cierran, o superponen a obligaciones muy distintas y mutables, yuxtapuestas sin mucho orden ni concierto en interés exclusivo del acreedor.

La situación no es nueva; es simpático recordar, para alegrar el recorrido por materia tan árida, que el Registrador informante de la nota que provocó la Resolución de 5 de marzo de 1929, relativa a una hipoteca bancaria y de máximo, la tituló de «amalgama de cuentas y efectos», apostillando que «jurídicamente hay que rechazar la amalgama, que tiene lugar adecuado en las ciencias químicas» (cita literal del Resultando 3.º).

Y, naturalmente, los árboles no dejan ver el bosque. Y se olvida que toda hipoteca, derecho real puro de garantía, el único, por cierto, de

perfecta expresión matemática, siempre supone en el terreno económico, y jurídicamente frente a tercero, necesariamente un máximo (suma aritmética de sus conceptos fundamentales de principal, intereses y costas). La fijación concreta, numérica, y *ab initio* de la cifra de la responsabilidad total hipotecaria es requisito esencial para la inscripción de cualquier tipo de hipoteca. La afirmación, por supuesto, parece perogrullesca, pero me sirve para denunciar que colocar el exclusivo acento y supervalorar tal aspecto parcial del máximo, con objeto de crear una figura *sui generis*, con la que se intentan superar ciertos corsés sustantivos, supone un evidente desenfoque del problema. Y como todo híbrido, a la larga resultará estéril...

2. DOCTRINA MERCANTIL

Para clarificación de ideas, creo conviene hacer un repaso, casi telegráfico, de la doctrina relativa a los contratos bancarios de crédito. Tomo como guía segura para ello citas literales del *Curso de Derecho Mercantil* del Profesor GARRIGUES. Las apostillas personales sugeridas por las mismas figurarán, por lo regular, con separación.

1.^a cita: En realidad, según el ilustre Profesor, *no existe un especial Derecho contractual bancario*: «lo que hay es una serie de características de los contratos bancarios, derivadas sobre todo del hecho de ser una de las contratantes una fuerte empresa capitalista (generalmente una sociedad anónima) que impone unilateralmente sus condiciones al otro contratante, cuya protección se encomienda a las normas del Derecho bancario administrativo y a los preceptos sobre contabilidad de las empresas mercantiles bancarias.»

Aparte de ello, y añadido de propia cosecha al párrafo transcrito, es incontestable la aplicabilidad a tales relaciones de las normas sustantivas civiles e hipotecarias, fundamentales a efectos registrales (toda vez que las Circulares del Banco de España, al emanar de un órgano administrativo no constituyen Derecho privado de la contratación, aunque puedan imponer líneas de conducta a la Banca), y las de la Ley General de Defensa del Consumidor y Usuario de 1984, cuyo artículo 10 puede tener especial incidencia sobre la materia.

2.^a cita: *La contabilidad mercantil, y sus asientos, no tienen por sí mismos sustancia jurídica*. Acredita hechos y modificaciones de carácter patrimonial (entradas y salidas), pero no hechos directamente. «Sería un error de perspectiva, nos dice literalmente el ilustre Catedrático, enfocar un tema jurídico —contratos bancarios— desde el punto de vista de la cuenta o cuentas que originen en los libros del banquero. La cuenta es,

sencillamente, la representación numérica de las relaciones jurídicas entre el Banco y el cliente. Lo que el *jurista* ha de investigar no es la manera de articular las cuentas, sino el contrato o contratos que sirvieron de base a la apertura de la cuenta.»

Luminosas palabras, que nos sirven, por de pronto, para despojar de toda la sacralidad pretendida al hecho de abrir o llevarse una cuenta bancaria, así como evitar la supervaloración de las certificaciones que la Sociedad de crédito —en definitiva, persona privada—, emita en relación con la misma.

3.^a cita: *Toda operación de crédito implica el diferimiento de la prestación del deudor y, por tanto, un plazo.* Pero no toda concesión de plazo supone el otorgamiento de crédito. Para que exista éste es necesario que se transfiera la propiedad de un valor económico y se aplaze la prestación equivalente a la propiedad que se adquiere (contrapartida). Tal transferencia de propiedad puede ir unida a diversas formas contractuales (préstamos, p. ej.) y no ser inmediata, sino en momento posterior a la perfección del contrato (como ocurre en la apertura de crédito). En la práctica bancaria hay que distinguir entre los *créditos y deudas en sentido jurídico y los asientos de abono o de adeudo en los libros de contabilidad* del Banco.

Como se desprende de lo antedicho, el hecho de hallarse dos personas «en *situación de cuenta corriente*» o de «Debe y Haber» no implica la existencia entre esas personas de un contrato de cuenta corriente; se trata de una mera situación contable, en la que se opera, como dice la STS de 23 de mayo de 1943, una compensación aislada de las partidas de cargo y abono, de la que puede surgir un saldo exigible en cualquier momento, sin esperar al cierre de la cuenta.

4.^a cita: Para que exista el *contrato de cuenta corriente* en sentido técnico (que es lo que jurídicamente interesa), se precisa, como nos dice el Profesor tan citado, *un pacto específico que excluya la accionabilidad aislada de los créditos*, sea por vía de pago, sea por vía de compensación, y *aplaze su liquidación hasta el momento del cierre de la cuenta*. En este caso, las prestaciones aisladas que recíprocamente realicen ambos contratantes no tienen efectos jurídicos externos, sino que se consideran elementos integrantes de una unidad inescindible antes del término pactado.

Este contrato, no regulado en el Código Civil ni en el de Comercio, pero bastante perfilado por la Jurisprudencia, presenta como características esenciales el ser un contrato *consensual* que pertenece a la categoría de los *normativos*, como afirma expresamente la Sentencia antes citada y que puedan nacer de sus relaciones negociales pierden su individualidad propia y exigibilidad aislada, para convertirse en simples asientos contables (partidas del Debe y Haber), de tal modo que el saldo en que se fundan es lo

único exigible al llegar el plazo convenido. Ello trae como consecuencia, como señala GARRIGUES, que el crédito inscrito en la cuenta corriente sufre una radical transformación: 1.º Deja de ser exigible (durante la cuenta y después, puesto que se funde con otros en el saldo). 2.º Deja de correr la prescripción. 3.º Desaparecen las acciones que lo protegían y las garantías que lo acompañaban. 4.º Deja de ser disponible en cualquier forma que sea (cesión, etc.). En realidad, el crédito deja de ser crédito al ingresar en la cuenta corriente: es un asiento simplemente contable y lo que prevalece es el contrato normativo que lo regula.

5.ª *cita*: En este punto es interesante destacar que el profesor URÍA (*Derecho Mercantil*, ed. 12.ª, 1982), después de advertir que su postura es contraria al parecer de la doctrina tradicional, reconocida en numerosos fallos del Tribunal Supremo (como última sentencia en la materia cita la de 16 de febrero de 1965), mantiene una posición más flexible que la del Profesor GARRIGUES, antes citada, y afirma que aunque esté suspendida la exigibilidad, la ausencia de novación hasta el momento del cierre de la cuenta permite sostener que hasta ese momento subsisten las acciones y excepciones relativas a las operaciones jurídicas que dan origen a las remesas que hacen nacer los créditos anotados en la cuenta. En consecuencia, el cuentacorrentista podrá ejercitar las acciones de nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución de los contratos que originan los créditos, no obstante la inclusión de éstos en la cuenta. Asimismo advierte (lo que es muy importante, dado el confusionismo que en la práctica diaria reina en esta materia) que la inclusión de los créditos en la cuenta no afecta a la productividad de intereses. No se trata, ciertamente, de intereses moratorios, porque la inexigibilidad de los créditos desde que entran en la cuenta *excluye la posibilidad de mora del deudor*. Serán intereses remuneratorios, libremente convenidos por las partes como compensación del aplazamiento de la exigibilidad de los créditos. Hasta aquí, la cita textual a URÍA.

Las discrepancias que, como la advertida, puedan surgir en esta materia, no deben extrañar mucho, al tratarse de un contrato sin concreta regulación positiva y en gran parte sometido a la ley cambiante de los usos de comercio. Pero lo cierto es que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, a falta de otra fuente superior, se inclina más a la postura del profesor GARRIGUES, que como arquetipo doctrinal, venimos exminando.

Lo que más importa, a nuestros efectos, es destacar los requisitos estructurales. En efecto, ¿cuántas veces, en la práctica diaria, observamos que se intenta pasar de la mera situación contable al contrato sin cumplir los requisitos esenciales de éste? ¿O se amalgaman cláusulas de naturaleza jurídica diferente, unas propias del contrato real de préstamos, otras de mera situación contable, y además con las propias de un contrato distinto,

el de cuenta corriente? Todo ello bajo la aparente unidad formal de la hipoteca única que se estipula en garantía.

6.^a cita: *Parecido confusionismo se observa en los conceptos de cierre y extinción* de la cuenta. El cierre significa tan sólo la liquidación de un periodo de la cuenta (periodos que han de ser regulares, según, entre otras, la Sentencia del TS de 6 de abril de 1933), pero es independiente de que el contrato continúe o no. En cambio, la extinción implica el fin del contrato y también el cierre de la cuenta, pero no al contrario. El efecto primordial del cierre consiste en la fijación del saldo mediante la simple operación aritmética de hallar la diferencia entre las partidas de Haber y Debe. Es una operación contable, que no hay que confundir con la compensación, que es una operación jurídica. Y el cierre, según el Profesor tan repetidamente citado, no supone compensación en el sentido jurídico, puesto que la única deuda líquida y exigible (conforme al art. 1.196.4.º del C.C.) es precisamente la que resulta del saldo. Y una vez determinado el saldo líquido, si no se lleva a nueva cuenta, no queda ya sometido a los efectos enervadores del contrato (aplazamiento o falta de exigibilidad). En otro caso, el saldo será exigible siempre que cumpla un requisito más: que haya sido admitido o aprobado por ambos contratantes. El reconocimiento del saldo, como ha declarado la Jurisprudencia, tiene efectos constitutivos respecto del derecho del acreedor a reclamarlo, y tal reconocimiento, que implica un consentimiento distinto del inicial del contrato, puede ser impugnado y anulado en caso de error, olvido, falsedad o duplicidad de las partidas (así, la STS de 29 de abril de 1936).

Es interesante retener esta idea de conformidad al saldo y posibilidad de impugnación del mismo para situar en sus justos límites hipotecarios la eficacia de la certificación bancaria, como después veremos con más detalle.

7.^a cita: También es interesante destacar que, según afirma literalmente GARRIGUES, «en cualquier caso de extinción (del contrato de cuenta corriente), ninguno de los contratantes puede exigir que el cierre final de la cuenta se haga antes del plazo convenido en el contrato.» Tal opinión doctrinal debe ser contrapunto obligado a la hora de evaluar en sus justos términos todas esas cláusulas de vencimiento anticipado, tan frecuentes, que parecen olvidar el primer efecto de todo su contrato: su obligatoriedad, su carácter de fuente de obligaciones para ambas partes. Este aspecto parece muy olvidado en los actuales contratos de adhesión, pero... *¿quid iuris?*...

8.^a cita (ya no tan literal, en méritos a la brevedad): Examinado el contrato de cuenta corriente en su aspecto puro, conviene ahora reparar en las características del contrato más utilizado en la práctica bancaria: el

de *apertura de crédito en cuenta corriente* (abreviadamente denominado «cuenta de crédito»). Por virtud de la apertura el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que permitan obtenerlo al cliente; y, por regla general (modernamente con pocas excepciones) la variada serie de operaciones aisladas a que puede dar lugar este contrato se contabilizan por el Banco en la forma de cuenta corriente.

Las *características* que más interesa destacar a nuestros efectos son las siguientes:

Es contrato consensual (lo que le diferencia del préstamo), bilateral, oneroso y, generalmente, de tracto sucesivo.

Es un contrato único, y la doctrina más general (GARRIGUES y URÍA, entre otros) rechaza su conceptualización como contrato complejo, compuesto de uno preliminar de promesa de préstamo, seguido de otros tantos contratos definitivos de préstamo mutuo como disposiciones por el cliente de los fondos acreditados. El propio número 7 del artículo 175 del C. de Comercio señala como operaciones distintas «prestar» y «abrir créditos en cuenta corriente».

A diferencia del puro contrato de cuenta corriente, en que la concesión de crédito es recíproca, en la apertura de crédito la concesión es unilateral, sólo por el Banco a favor del cliente. No obsta a ello, que el descubierto pueda ser recíproco, es decir, que en un momento dado el Banco pueda ser deudor del acreditado, si los abonos de éste superan los cargos. Advierte URÍA que en la práctica bancaria se suele eximir al Banco en tal caso de abonar intereses por los saldos a favor de los acreditados.

Se instrumenta contablemente en forma de cuenta corriente (lo que la diferencia de la apertura de crédito simple), con lo que asume el juego específico de la cuenta, sobre todo en orden a la inexigibilidad aislada de cada crédito singular originado por las sucesivas disposiciones del crédito abierto, en la forma típica antes expuesta.

Generalmente se otorga con garantía, que de ser hipotecaria, se rige por el artículo 153 de la Ley Hipotecaria (al cual se remite unánimemente la doctrina).

9.^a cita: En cuanto al *contenido* del contrato, la obligación de conceder crédito, que pesa sobre el Banco representa una promesa «en blanco» cuyo contenido no está predeterminado de antemano, sino que se determina en cada caso por voluntad del cliente y a su requerimiento. Se concreta *in solutione* en muy diversas prestaciones, como: 1) entregas en efectivo; 2) pago de deudas del acreditado (recibos, facturas, etc.); 3) pago de cheques; 4) descuento de letras del acreditado como tenedor; 5) aceptación de letras

(«crédito para aceptaciones»); 6) constituyendo fianzas y avales; 7) otorgando al cliente la prórroga de una deuda vencida; 8) facilitando al cliente una carta de crédito, etc. No obstante la amplitud de esta enumeración, no agota el contenido posible ni tiene carácter limitativo, como señala GARRIGUES, sino que el contrato de apertura de crédito puede prever otras formas de poner a disposición del acreditado fondos hasta la cuantía y durante el tiempo prefijados.

Como esto es evidentemente así, cabe plantearse inmediatamente una interesante pregunta: ¿a qué viene entonces arbitrar esas formas patológicas de crédito como las que hoy se estipulan? La pretendida originalidad, ¿no estará basada muchas veces en el desconocimiento del propio Derecho mercantil? Los Registradores, por supuesto, ya estamos muy acostumbrados a que el Hipotecario sea el gran desconocido...

Este fragmentario repaso a la doctrina mercantil sobre contratos bancarios de crédito, centrado fundamentalmente sobre su figura más típica y usual, quizá haya resultado excesivamente largo y reiterativo de doctrina muy conocida, pero lo estimo necesario a los fines propuestos, y nos sirve para adentrarnos en el terreno bastante más confuso y menos estudiado y desarrollado jurisprudencialmente de la actual hipoteca de máximo.

3. DOCTRINA HIPOTECARIA

Como ya se dijo al comienzo, actualmente a la gente, valga el vulgarismo, «se le llena la boca» al hablar de la hipoteca de máximo. Y, como es lógico, la digestión jurídica de ésta resulta pesada...

Por de pronto, ya se produce una inversión interna: lo accesorio (la hipoteca) se antepone al substrato (la obligación garantizada). Y constituido en el elemento esencial, aglutina y amalgama todo lo que de la percha se quiera colgar; pero eso sí, dentro de un «máximo» volumen (continente que puede estar vacío de contenido) y amparado en el pacto (aunque la autonomía de la voluntad sea muy difícil de reconocer en los contratos de adhesión). Se olvida además muy frecuentemente que los límites al artículo 1.255 no se encuentran sólo en las concretas normas imperativas; antes, e incluso en plano superior, se encuentran principios generales y estructurales que conforman cada institución jurídica, cada contrato, y que la voluntad de las partes no puede contravenir. Tales límites estructurales se estrechan aún más en materia de derechos reales, no obstante la doctrina del *numerus apertus*, y realmente, estimo imposible la creación, por la sola vía del pacto, de formas distintas de hipoteca a las reguladas legalmente. Cosa muy distinta es, no se confundan los planos, que el derecho real de hipoteca se adapte, con la flexibilidad necesaria, a

las modernas formas contractuales, pero con variantes, en orden a la constitución y ejecución, que de igual modo han de ser diversas a las del arquetipo.

En orden a la catalogación precisa de la hipoteca de máximo, existen diversas posturas doctrinales, sin duda por tratarse de categoría no regulada específicamente en nuestro Derecho.

Así, por ejemplo, ROCA (tomo IV, vol. 2.º, págs. 701 y sigs.), después de establecer la diferencia con la hipoteca ordinaria o de tráfico en que la de seguridad, a efectos de fe pública y legitimación registral, no extiende la protección al crédito garantizado, por quedar la existencia y cuantía de éste supeditados a la realidad extrarregistral, clasifica las hipotecas de seguridad en los siguientes grupos: 1) las de máximo, con las variantes de hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito; 2) las hipotecas en garantía de obligaciones futuras o condicionales; 3) las en garantía de títulos valores, con la variante de la hipoteca cambiaria; 4) las hipotecas de fianza. Añade, sin total convicción, las hipotecas con cláusulas de estabilización. Y define la hipoteca de máximo como la que se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios.

Por su parte, CAMY (vol. VI, págs. 861 y sigs.), después de afirmar que la denominación de hipoteca de seguridad no es muy apropiada (pues en un sentido genérico todas las hipotecas lo son en seguridad del cumplimiento de la obligación garantizada), coloca el acento diferenciador de este tipo de hipotecas en el hecho futuro que determinará el nacimiento o no de la obligación garantizada, es decir, las asimila a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras. Para caracterizar a la hipoteca de máximo *strictu sensu* (no sin dejar de advertir que también en las de seguridad habrá de determinarse una cantidad máxima de que responda la finca), se basa en la determinación del crédito, de tal forma que la llamada hipoteca de máximo es aquella en que la relación entre el importe real del crédito y el garantizado hipotecariamente es variable; y la cantidad garantizada no será determinada hasta el momento de la ejecución (siempre dentro del máximo prefijado), pero la obligación garantizada ha surgido desde el instante mismo de la hipoteca, mientras que en las de seguridad no surge hasta que nazca la obligación de indemnizar.

Se observa, pues, que en esta materia no existe unanimidad de conceptos. Difícil de lograr, por supuesto; es más, quizá resultase un esfuerzo inútil tratar de llegar a generalizaciones sobre tipos de hipoteca químicamente puros. Como ya advirtió la Dirección General, incluso dentro del concepto unitario de la hipoteca ordinaria cabe distinguir una hipoteca de

tráfico respecto al capital, otra de máximo en cuanto a los intereses, y otra de seguridad en cuanto a las costas.

Por todo ello, estimo preferible en la presente nota, y dando por supuesta, en méritos a la brevedad, la regulación legal de la materia, destacar aquellos aspectos importantes puestos de manifiesto por la doctrina de la Dirección General en relación a las hipotecas de máximo y/o de seguridad. Y por orden cronológico, por lo que habrá de tenerse muy en cuenta la legalidad vigente a la respectiva fecha.

La Resolución de 21 de marzo de 1917 contempla el supuesto de constitución de hipoteca que asegura, hasta cierta cantidad o total fijado, las letras de cambio que una Compañía expidiese a favor de un particular, así como todas las cantidades que como saldo resultasen a favor de éste contra la Sociedad, estipulándose además que los débitos representados por las letras y no satisfechos a su vencimiento, así como los demás saldos a favor del acreedor permitirían a éste proceder por sí a la venta de la finca hipotecada.

El Registrador deniega la inscripción por dos motivos: 1.º Carecer la constitución de la hipoteca de la expresión de la cantidad garantizada; y 2.º Estimar que el mandatario (que representó al acreedor) estuviese autorizado para estipular el procedimiento extrajudicial.

La Dirección confirma ambos defectos y establece la doctrina siguiente:

Que es necesario distinguir las hipotecas ordinarias de los tipos diversos de hipoteca de máximo, garantía, seguridad o fianza. En estas últimas, «no se determina el valor de las obligaciones por el máximo que aparezca en la inscripción correspondiente, sino en el tiempo y forma consiguientes, con las reservas y manifestaciones de los contratantes; se niega el acreedor la facultad de ampararse en presunciones hipotecarias para probar la existencia de la deuda y la cantidad a que asciende, y se da valor a los hechos o convenios entre las partes que pueden modificar o destruir la eficacia de la obligación garantida, aunque tales circunstancias no se hayan hecho constar en el Registro».

Que tales diferencias se reflejan de un modo importante en la cancelación, que generalmente depende de una liquidación de cuentas o de una especificación contractual de los créditos, sin que baste la prueba de pagos parciales o totales, de los que se ajusten a los datos suministrados por la inscripción para provocarla...»; y «por la naturaleza, existencia incierta y total desconocido de la deuda o deudas contraídas, por las múltiples excepciones que el Derecho civil admite en contraposición a los rígidos conceptos de la hipoteca ordinaria y por la falta del título en que cristalice el derecho real mientras que se transforme la hipoteca de máximo,

requiere desenvolvimientos procesales distintos de los establecidos por los artículos 131 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 201 de su Reglamento...»

Que en el supuesto contemplado se une «una hipoteca de máximo con otra de cuentas de contenido indeterminado» ...y se declaran documentos bastantes a efectos de ejecución «no sólo el saldo que aparezca en los libros de contabilidad... sino las letras vencidas y no satisfechas, aunque no se hayan cumplido los preceptos exigidos por los artículos 1.429 y siguientes de la L.E.C., y estén o no en poder de la misma, y hayan o no provocado asientos en la cuenta corriente respectiva, con lo cual se multiplican en forma inadmisible los títulos que llevan aparejada ejecución y se restringen a precarios límites, si no se anula de modo definitivo la defensa y excepciones oponibles del deudor o tercer poseedor».

La Resolución de 31 de enero de 1925, cuyo supuesto de hecho era una hipoteca a favor de un Banco, hasta el límite de 225.000 pesetas por el importe de letras vencidas, estimándose como cantidad líquida la resultante de las que dicha entidad bancaria tuviera en su poder, establece una clara doctrina sobre la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, afirmando:

Que «presenta en nuestro sistema dos fases distintas: la primera, a que se refiere el artículo 142 de la Ley Hipotecaria, cuando el crédito se halla en un estado potencial, aunque la seguridad ya ha nacido; y la segunda, regulada por el artículo 143 de la misma Ley, cuando contraída la obligación, se hace constar esta circunstancia por medio de nota al margen de la inscripción correspondiente»;

que «en el período inicial, la garantía constituida se acerca a la figura llamada hipoteca de caución, fianza, máximo o de seguridad» ...que «no goza de las garantías del sistema, tanto por lo que toca al acreedor, que ha de probar la existencia, vencimiento, importe y carácter hipotecario del crédito cuya ejecución pretende, como respecto al deudor o tercero adquirente, que se haya autorizado para oponer al mismo cualquier acto, convenio o excepción que pueda modificar o destruir la eficacia de la obligación, aunque no conste en el Registro con la precisión que el artículo 144 de la citada Ley especifica»;

que «en el segundo período, la hipoteca se ha condensado, el crédito queda determinado y protegido por los principios fundamentales, y los terceros que intenten adquirir la finca saben con certeza las responsabilidades que le corresponden por el expresado motivo...»;

que «el procedimiento judicial para que el acreedor justifique que la deuda existe, que su importe es una cantidad determinada, que se halla vencida y que es de las incluidas en la protección hipotecaria, variará

según las relaciones jurídicas aseguradas, porque en unos supuestos se necesitará una liquidación general de cuentas, en otros bastará determinar el saldo de la especialmente garantizada; a veces, el título de que surge la obligación será por sí solo prueba auténtica...»

La *Resolución de 5 de marzo de 1929* versó sobre la constitución de una hipoteca, de las llamadas de *máximum*, por la que el deudor hipotecaba a favor de un banquero, para garantizar la efectividad de los créditos que tuviese a favor de éste, por efecto de operaciones bancarias realizadas por su mediación y representadas por letras de cambio libradas, aceptadas, endosadas o avaladas por el hipotecante, así como cualesquiera otras que consten en documento de giro y créditos que lleven su firma. El Registrador suspendió la inscripción «porque la hipoteca, tipo *máximum* constituida, viene a unirse a una de cuentas corrientes de contenido indeterminado... además de especulaciones contractuales que restringen hasta anular la defensa del deudor. La Dirección confirma la nota y establece la doctrina siguiente:

Que «en la hipoteca de *máximum* deben distinguirse cuatro puntos fundamentales, cuya reglamentación ha de consignarse en la escritura pública que le sirva de título: la garantía real, el contenido de la hipoteca, el título ejecutivo y el procedimiento para hacerla efectiva o cancelarla»;

que en cuanto al primer problema, fijado en la escritura el *máximum* garantizado y las costas, no es defectuosa;

que en cuanto a la determinación de las obligaciones garantizadas, «basta con establecer las líneas fundamentales de las que han de quedar incluidas, para que los terceros puedan hacerse cargo de la posible existencia de las responsabilidades y para que los Tribunales, en su día, puedan declarar cuáles se hallan cubiertas por la garantía, y aunque los términos empleados por la escritura son de una gran amplitud, no pueden ser tachados de vagos y confusos»;

que «la escritura de constitución de la hipoteca de *máximum* no es por sí sola título ejecutivo, toda vez que no acredita de un modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda» ... «por cuyos motivos el establecimiento de una garantía, con referencia a todos los documentos bancarios firmados por el deudor, que se encuentren en poder del acreedor, o que éste haya negociado, y la atribución a los mismos del carácter de título hipotecario ejecutivo, conduce a situaciones ambiguas y confusas, que no pueden ser patrocinadas»;

y que «los procedimientos para hacer efectivos los créditos, y liquidar la hipoteca de *máximo* han de ajustarse a los preceptos rituarios, y que la adopción del procedimiento ejecutivo regulado por la LEC, pero denegan-

do la admisibilidad de las excepciones enumeradas en el artículo 1.464, y acaso prohibiendo la petición de nulidad y oposición, por existir *plus petitio*, como puede deducirse de la escritura calificada, deroga disposiciones de orden público y anula las garantías con que la ley ha querido evitar los pactos comisorios».

La Resolución de 28 de febrero de 1933 versa sobre un caso de hipoteca constituida por un comerciante a favor de una Sociedad proveedora, de la que venía retirando mercaderías, y de la había solicitado un crédito por importe de 5.500 pesetas, pactándose que el precio de cada operación estaría representado por las letras de cambio; para asegurar el cumplimiento de lo convenido se constituía hipoteca por importe de las 5.500 pesetas del crédito concedido, más 1.500 pesetas para costas y gastos. La cantidad garantizada se haría efectiva en la cuantía y en las fechas que se señalasen en las letras de cambio, cuyo protesto daría nacimiento al ejercicio de la acción hipotecaria; la duración del contrato se pactó indefinida, pero pudiendo resolverlo cualquiera de las partes.

El Registrador, que enfoca el supuesto de hecho como hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, deniega la inscripción, señalando como defectos insubsanables: el plazo indefinido; no fijarse la forma de acreditar el importe líquido de la deuda, y por ejercitarse la acción por el importe individual de cada operación, aunque el mismo esté representado por letras de cambio.

La Dirección, que mira con óptica distinta el supuesto de hecho, establece la interesante doctrina siguiente:

que en el «recurso se plantean las diferencias entre la hipoteca en garantía de crédito simple que asegura el pago del precio en la compraventa de mercancías a realizar, combinando el crédito con dicho contrato, y la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, en la cual la apertura del crédito está combinada con la cuenta corriente»;

que en la escritura calificada no se encuentran «las características de la cuenta corriente de crédito, que aunque no sea un *modo* de contabilidad, sí es en su ejercicio una deuda continuada e indivisible, en la que se elimina el valor individual de cada partida para reflejarse en el saldo que la hipoteca garantiza en definitiva, mientras que en la escritura calificada los otorgantes se limitaron a un garantía de pago del precio individualizado en cada operación mercantil, conteniéndolo en letras de cambio con virtualidad bastante para producir el nacimiento de la acción hipotecaria»;

que «aunque al constituirse unas y otras hipotecas falta generalmente el *debitum*, estando *in pendentibus*...; en las crédito simple, como en la contenida en la escritura, se garantiza el tráfico mercantil por operaciones

separadas, nace el débito cuando se realiza la operación; no produciéndose en las segundas hasta cada saldo de la cuenta...»;

que la hipoteca constituida «no está comprendida en el artículo 153 de la Ley..., sino en el marco más amplio de los artículos 142 y 143» ... y en el principio «del artículo 1.861 del C.c., de que la hipoteca... puede constituirse para la seguridad del cumplimiento de cualquier especie de obligación permitida por las leyes»;

que «no existe motivo alguno para excluir en esta clase de hipotecas los procedimientos judiciales pactados» ... y ha de atenderse a «la interpretación (por la propia Dirección) del párrafo final del artículo 143 citado, singularmente en la Resolución de 31 de enero de 1925» (antes vista).

Como se observa, la Dirección no entra en el problema de la duración indefinida, ni tampoco aborda los que puede plantear la ejecución aislada y sucesiva de las singulares letras de cambio.

Problemas que, de haber sido estudiados en profundidad, quizá variasen en algún aspecto sus apreciaciones, pues naciendo cada crédito particular en su momento determinado, ¿cómo se conjuga cada uno con el saldo total?, ¿cuándo y cómo se ejercita?, ¿y el artículo 128 de la Ley?... La invocación, meramente de cobertura, a la accesoriedad del artículo 1.861 del Código Civil, no deja de producir efectos perturbadores, como veremos más adelante.

La Resolución de 16 de junio de 1936 resulta muy interesante. En ella, cada una de las partes intervinientes tiró por su lado, con el resultado anómalo que veremos... En cierto modo, además, es quizá responsable del inicio de la patología hipotecaria que venimos examinando, y su pretendido traslado al actual artículo 245 del Reglamento ha enturbiado los razonamientos de mentes muy preclaras.

Procuraremos, aunque recomendamos su lectura íntegra, trasladar fielmente su sustancial contenido.

La escritura se titulaba de «cuenta de crédito», y según los Resultandos de ella resulta literalmente:

«Que el compareciente don ... viene sosteniendo relaciones de carácter mercantil con el Banco, consistiendo las principales operaciones que verifican en la expedición de letras de cambio y cheques, descuento de los mismos y otras similares, habiendo sido pacto expreso la convención previa que al efecto han concertado, que sin perjuicio de cuantas responsabilidades de carácter personal don ... contraiga con el Banco, aquél asegure la efectividad de las mismas con una garantía de naturaleza hipotecaria hasta la cantidad de 90.000 pesetas, en calidad de obligación principal, y de 18.000 pesetas en concepto de crédito supletorio. La hipoteca, que se constituye sobre las fincas que después se describirán,

responde: *A)* De la efectividad de las operaciones que dimanen de cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito se hayan expedido o se expidan por don ... a cargo de tercera persona y a la orden del Banco o de persona distinta de esta entidad que transfiera los efectos por endoso a dicho Banco. *B)* De la efectividad de las obligaciones que dimanen de cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito se hayan expedido o se expidan por tercera persona a cargo de don ..., bien a la orden del Banco, bien a la de persona distinta que transfiera el efecto por endoso a este último. *C)* De la efectividad de las operaciones que dimanen de cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito se hayan expedido o se expidan a la orden de don ... y éste transfiera por endoso al Banco, cualquiera que sea el librador o librado. *D)* En general, de las obligaciones que dimanen de cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito sea tenedor el Banco y en las cuales figure dicho señor don ... como librador, librado, endoso o avalista o en cualquier otro concepto.»

La primitiva escritura de fecha 11 de mayo de 1933 fue ratificada y aclarada por otra de 3 de octubre de 1934, que, a su vez, fueron aceptadas por el Banco acreedor en virtud de escrituras de 13 de junio de 1933 y 27 de octubre de 1934, respectivamente. De ahí los resultados que siguen:

Resultando que en la primera de las mencionadas escrituras se hizo constar lo siguiente: «La presente hipoteca se entenderá siempre válidamente constituida a partir de la fecha, perjudicando a tercero desde el expresado momento», y en las dos escrituras últimamente extendidas no se reproduce este pacto y se modifican totalmente las consignadas en la cláusula en que éste figuraba y en otras cláusulas en los términos que siguen: «Para los efectos de esta escritura y para que haga fe en juicio ejecutivo o hipotecario o en procedimiento judicial sumario o extrajudicial, el deudor acepta desde ahora como saldo deudor líquido y exigible la cantidad que resulte de los libros de contabilidad del Banco, hecho constar en certificación expedida por el Director e Interventor del mismo, que a tales efectos se reputará desde luego auténtica, para que surta todos los efectos en juicio. Es pacto expreso del presente contrato que el importe de las cantidades que en cada momento resulte debiendo el deudor devenguen el interés del 6 por 100 anual en favor del Banco. La duración de la presente hipoteca será de seis años, a contar del 11 de mayo de 1933; esto no obstante, el Banco podrá darla por vencida desde el instante en que don ... deje de pagar a su vencimiento cualquiera de sus operaciones en dicho Banco, pudiendo éste, llegado tal caso, reclamar la totalidad de la deuda con sus intereses y gastos. También se producirá el vencimiento total de la hipoteca por la falta de pago de cualquier vencimiento de intereses, por el incumplimiento de cualquiera de las condiciones estipuladas en la escritura, por el concurso, quita o espera, suspensión de pagos o quiebra del deudor y por falta de pago de un trimestre de cualquier clase de contribuciones o de su vencimiento en la prima del

seguro o por la venta o arriendo sin la autorización del Banco de los inmuebles afectados. Los efectos de la presente hipoteca se extienden no sólo a las operaciones mercantiles y efectos comerciales expedidos y puestos en circulación con anterioridad a la fecha 11 de mayo de 1933, sino a cuantas operaciones se hayan concertado posteriormente a dicha fecha y a cuantas en lo futuro se concierten y a cuantos efectos comerciales se hayan expedido o se expidan mientras la presente escritura esté en vigor, siempre que aquéllos y éstos sean de la clase de los mencionados en el antecedente segundo de la presente escritura, y siempre que en ellos intervengan las personas que en el mencionado antecedente se consignan. El Banco no viene obligado a descontar efectos por cantidad determinada a don ..., como tampoco a renovar los mismos a su vencimiento, teniendo siempre libertad para rechazar aquellas operaciones que se le propongan por el referido don ..., aun cuando las verificadas no hayan rebasado el capital asegurado en la hipoteca, así como también para no renovar los efectos que venzan, cuyo inmediato pago podrá exigirse, y si éste no se verifica, dar por vencida, como ya queda dicho, la presente hipoteca. Si para obtener la efectividad de su crédito el Banco acreedor tuviere que acudir a la vía judicial, podrá seguir, a su elección, el juicio ordinario o el ejecutivo que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil, o el judicial sumario de la Ley Hipotecaria. También podrá el Banco ejercitar sus funciones (*sic*) por el procedimiento extrajudicial establecido en el Reglamento de la Ley Hipotecaria en su artículo 201. El Banco tendrá derecho a pedir y obtener la administración y posesión interina de las fincas hipotecadas tan pronto incoe un procedimiento judicial, cualquiera que éste sea.»

Hasta aquí, el supuesto de hecho, tal como se puede conocer en base a la Resolución.

El Registrador deniega la inscripción en base a los siguientes defectos:

Primero.—*Ambigüedad, por lo que se refiere al tipo de la hipoteca* contenida en las escrituras calificadas, pues de las cláusulas primera y quinta del apartado segundo, parece deducirse que se trata de una hipoteca en garantía de crédito simple —regulada por los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria—, en que las operaciones conservan su individualidad; mientras que de las cláusulas segunda y tercera y párrafo primero de la quinta parece que se trata de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito —a que se refiere el artículo 153 de la nombrada Ley—, que garantiza, en definitiva, el saldo de dicha cuenta en la que se elimina el valor individual de cada partida.

Segundo.—*Si se trata de la hipoteca primeramente citada*, existe el defecto de que el pacto consignado en la cláusula segunda esté en pugna con el artículo 1.256 del Código Civil, que dice que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, y es claro que la *fijación unilateral por parte del Banco acreedor del saldo líquido y exigible*, por lo que resulte de sus libros de contabilidad, equivale a confiar la ejecución del contrato, al menos en la cuantía de lo que se debe, al arbitrio de uno de los contratantes, en este

caso el acreedor. Además, pugna con el principio de que nadie puede ser juez en causa propia. Según el artículo 1.116, las condiciones prohibidas por la Ley anulan la obligación que de ellas dependa.

Además, el artículo 198 del Reglamento Hipotecario, abundando en el mismo criterio, exige documento público o solicitud firmada por ambas partes y, en defecto de esta última, providencia dictada en juicio ordinario.

Tercero.—Si se trata de hipoteca de garantía de cuenta corriente de crédito, existen los defectos siguientes:

a) Se señalan como *duración del contrato* —cláusula quinta— un plazo superior al de tres años, fijado como límite en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria; ya que no concurren los requisitos del artículo 205 del Reglamento Hipotecario;

b) No se expresa la forma de determinar al tiempo de la reclamación la cantidad líquida a que asciende; ya se ha dicho que no se estima lícito lo pactado en la cláusula segunda.

Cuarto.—Trátase de una u otra hipoteca:

a) Lo pactado en el antecedente cuarto de la escritura de rectificación con respecto a la *fecha en que ha de comenzar a surtir efectos* entre las partes la hipoteca, es contrario a lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley Hipotecaria y 1.875 del Código Civil.

b) El pacto contenido en el párrafo segundo de la cláusula quinta de que se producirá el vencimiento de la hipoteca por la *venta o arriendo* sin la autorización del Banco de los inmuebles afectados, no es inscribible por ser contraria al principio de libertad que inspira nuestra legislación civil, cristalizado en el artículo 107, número cuarto de la Ley Hipotecaria y reconocido por la constante jurisprudencia de la Dirección General de los Registros.

c) En cuanto al procedimiento ejecutivo del artículo 201 del Reglamento Hipotecario, aunque pudiera pactarse, no es inscribible por falta de la designación del mandatario a que se refiere la regla quinta de dicho artículo.

d) La administración y posesión interina por pacto sólo procede en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Añade el calificador otros defectos, no derivados de la hipoteca en sí misma, sino de otras circunstancias (poderes, *pro indiviso*, etc.) que al presente nos interesan.

El Banco *recurrente*, por su parte, enfoca el supuesto de hecho desde un punto de vista totalmente distinto, y afirma rotundamente:

que la hipoteca «sólo garantiza letras de cambio y documentos similares y se concreta indudablemente en el apartado letra D» (de la escritura), antes transcrito;

que, por consiguiente, cubre las resultas de posibles contratos de

cambio que en nada se parece al contrato de cuenta corriente, carente de definición en nuestro Derecho positivo;

que por garantizar obligaciones dimanantes de letras de cambio, éstas conservan su individualidad;

que se trata de una hipoteca de máximo de las permitidas por el artículo 142, y sin que el empleo de la palabra «saldo» origine confusión, porque gramatical y jurídicamente esta palabra significa la diferencia entre los ingresos y los pagos de una cuenta corriente (*sic*), lo mismo que en otra cuenta que no tenga la calificación de corriente (?)...;

que en la escritura ni se concede un crédito ni se abre una cuenta, puesto que el Banco se reserva la facultad de admitir o no las letras a negociación, y la cuenta corriente tiene por esencia la apertura desde luego y en firme de un crédito;

que no hay infracción al artículo 1.256, puesto que el acreedor no puede fijar a su capricho cuando nace la obligación hipotecaria, pues ésta depende de la voluntad conjunta de ambas partes de que se negocien letras de cambio.

El Registrador, en el *informe* en defensa de la nota, entre otros razonamientos, expuso:

que de las estipulaciones resulta una hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, «toda vez que se habla de saldo deudor líquido y exigible, y la palabra saldo hay que referirla a cuenta con varias partidas que se suman o se restan»; que así hay que deducirlo de la significación gramatical de tal palabra; que la frase relativa al interés de las cantidades que en cada momento resulte debiendo el deudor patentiza que la palabra «cantidades» equivale a saldo;

que la facultad conferida al Banco acreedor para fijar el saldo líquido y exigible por lo que resulte de sus libros de contabilidad infringe el artículo 1.256, sin que sea admisible la opinión del recurrente de remitir la calificación de tal pacto al momento de solicitar la extensión de la nota marginal del artículo 198 del Reglamento Hipotecario, y

que la fuerza probatoria de los libros de comercio está condicionada y que la naturaleza especial del procedimiento hipotecario exige la prueba tasada.

El *Presidente* de la Audiencia revocó los defectos primero y tercero de la nota y confirmó los demás, si bien en cuanto al cuarto, afirmó la posibilidad de inscripción del documento denegando sólo los respectivos pactos.

Por su parte, el Notario autorizante afirmó que al haberse autorizado las escrituras con arreglo a minuta, no acepta ni rechaza la nota calificadora.

Apelado el Auto por ambas partes, se produce una situación curiosa: La Sección (de la que ya era a la sazón Letrado Jefe el ilustre hipotecarista

SEBASTIÁN MORO LEDESMA) y el Director general mantienen valoraciones muy dispares de la cuestión, aunque, como es natural, al final prevalece la opinión del Superior jerárquico. Veáanse ambas posiciones:

Resultando que la Sección correspondiente (vistos los artículos 142, 143 y 153 de la Ley Hipotecaria, el 201 de su Reglamento, el 1.530 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la regla segunda de la Real Orden de 8 de marzo de 1920 y las Resoluciones de 21 de marzo de 1917, 31 de enero de 1925, 5 y 16 de marzo de 1929 y 25 de noviembre de 1935) informó lo que sigue: *a)* Que del examen de las cláusulas de la escritura calificadora se infiere que la hipoteca debe estimarse comprendida en la denominación genérica de hipotecas de seguridad y específicamente en el grupo de hipotecas de máximo, a que se refieren los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, con las cuales se garantiza la deuda antes de que ésta exista y el derecho real se halla protegido por los principios hipotecarios; pero su contenido está regulado por el derecho de obligaciones y puede ser en algún momento meramente hipotético, sin que aparezca que dicha hipoteca se constituyó concretamente en garantía de cuenta corriente de crédito, regida especialmente por el artículo 153 de la misma Ley; y que tal lectura patentiza, además, la ambigüedad apreciada por *el Registrador en el primer* defecto de su nota, derivada de la circunstancia de que la hipoteca, que reviste caracteres de cierta complejidad, tiene por objeto *garantir el saldo* resultante de las operaciones cambiarias y crediticias en que figure como interesado, en alguna de las varias formas que se detallan en el documento, don ..., enlazando así «una hipoteca de máximo con otra de cuentas de contenido indeterminado», según frase de la *primera de las citadas Resoluciones*. *b)* Que en las hipotecas de máximo la inscripción no tiene valor probatorio en cuanto a la cantidad realmente debida y lo que las caracteriza es la necesidad de un procedimiento para la fijación del crédito exigible y, por tanto, es ineludible que el acreedor presente en su día un título al cual la legislación conceda eficacia bastante a este respecto; y a tal finalidad responde lo dispuesto en el artículo 198 del Reglamento Hipotecario que, desenvolviendo lo prescrito en el artículo 143 de la Ley, preceptúa que para extender al margen de la inscripción hipotecaria la nota en la cual se haga constar que la obligación futura se ha contraído, se necesita copia del documento público que así lo acredite; en su defecto, una solicitud firmada por ambas partes en la cual se expresen claramente los hechos que den lugar a la nota; y, en último término, si alguno de los interesados se negare a firmar la solicitud, la correspondiente decisión judicial recaída en juicio ordinario; *por lo cual el pacto según el que la determinación del saldo ha de hacerse unilateralmente por el Banco acreedor, con arreglo a sus libros de contabilidad, no está de acuerdo con la letra ni con el espíritu de las mencionadas disposiciones*, y por tal motivo su trascendencia hipotecaria, en un caso análogo, ha sido discutida en la repetida Resolución. *c)* Respecto al pacto señalado en la letra *b)* del defecto cuarto, conforme al cual se producirá el vencimiento de la hipoteca por la *venta o arrendamiento* de los bienes gravados sin la autorización del Banco, que, según este Centro

ha declarado en la Resolución de 25 de noviembre último, tal pacto contraviene el principio de libertad de contratación que inspira la legislación civil y lo que se deduce del número 4.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, porque, aunque no se convenga expresamente la prohibición de gravar, es manifiesto que con dicha estipulación se pretende limitar hipotecariamente el derecho del dueño a enajenar sus bienes y constituye una sanción para el caso de que el deudor ejercite sus facultades dispositivas. *d)* Que el pacto por el cual se estipuló *el procedimiento extrajudicial* para hacer efectivo el crédito hipotecario, regulado por el artículo 201 del Reglamento, debe declararse *no inscribible en el presente caso por la omisión del nombramiento del mandatario* que exige tal precepto, *sin prejuzgar*, dados los términos de la nota y para no invadir la facultad calificadora, si dicho procedimiento es *normalmente aplicable a la hipoteca de que se trata o solamente a las hipotecas en donde el crédito exigible esté determinado y sus modificaciones registradas*. *e)* Que la *administración y posesión interina*, de las fincas hipotecadas, cuando se trate de hacer efectivo el crédito, puede pactarse, no sólo para el caso de que se entable el procedimiento judicial sumario, sino también para el caso de que se promueva el procedimiento ejecutivo ordinario, con arreglo a lo terminantemente prevenido para el segundo supuesto en el artículo 1.530 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el cual se recogió la misma norma consignada en la base décimotercera de las aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880, que antecedieron a la promulgación de la Ley Procesal, acomodados el artículo y la base al precedente establecido en las disposiciones a favor de las instituciones de crédito por el Decreto-ley de 5 de febrero de 1869, elevado a Ley en 20 de junio siguiente. *f)* En cuanto al defecto señalado con la letra *a)* del número 4.º de la nota y a los demás defectos que, las manifestaciones del recurrente relativas a su existencia y la promesa de presentar oportunamente en el Registro los documentos indispensables para que desaparezcan los obstáculos que los han motivado, hacen inoportuno el examen de los mismos; por todo lo cual *propuso que, confirmando en parte y en parte revocando el auto apelado, procede:* 1.º Confirmar la nota recurrida en cuanto a los *dos primeros defectos*. 2.º Declarar *que no serían inscribibles los pactos a que se refieren* las faltas señaladas con las letras *b)* y *c)* del defecto cuarto y que, en su caso, sería inscribible el pacto sobre administración interina de la finca que se menciona en la letra *d)* del mismo defecto; y 3.º Estimar improcedente el examen de los demás defectos incluidos en la nota, en vista de las manifestaciones del recurrente.

No obstante la anterior propuesta, y ya en el último tercio, se retrocede al anterior, se coloca un par «al quiebro», y, en definitiva, se dicta la siguiente Resolución:

Vistos los preceptos y Resoluciones citados en la propuesta de la Sección y el artículo 48 del Código de Comercio;

Considerando que la realidad muestra la *conveniencia* de facilitar la constitución de hipotecas en garantía de negocios mercantiles, en atención

a que las entidades que se dedican a operaciones de descuento exigen a veces de sus clientes garantías de carácter real que las pongan a cubierto de posibles insolvencias, por lo cual debe darse a tales hipotecas la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio, porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias, y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y daño grave de la economía nacional;

Considerando que la hipoteca objeto del recurso *se halla comprendida en las llamadas de máximo*, regidas por el artículo 142 de la Ley Hipotecaria, las cuales, si bien suponen un gravamen actual sobre las fincas afectadas, nada indican sobre la existencia de la obligación afianzada ni acerca de su importe y exigibilidad;

Considerando que no ha de estimarse obstáculo para reputar dicha hipoteca, incluida entre las que aseguran obligaciones futuras, el hecho de que se haya *pactado que el importe de la obligación* se determinaría en su día por el saldo que resulte de los libros de contabilidad de la Entidad Bancaria acreedora, ya que ello es consecuencia de la *indole especial de las operaciones de descuento de efectos*, que exigen su consignación en una cuenta, de la que serán partidas de abono y de cargo el importe de los efectos descontados, el de los que hayan sido satisfechos a su vencimiento y el de aquellos que hubiesen sido devueltos impagados; *característica que aproxima tal hipoteca a la de cuentas corrientes de crédito*, de la que se diferencia por la distinta naturaleza de las operaciones que se garantizan, representadas por efectos en circulación, y *a la que se asemeja porque en ambas* la acción hipotecaria sólo podrá ejercitarse, respecto del saldo deudor, en un *momento determinado*;

Considerando que, como consecuencia de las diferencias apreciadas entre una y otra hipoteca, ha de estimarse inaplicable, a la que es objeto de la escritura, la *limitación, en cuanto al tiempo, establecida en el artículo 153 de la Ley*, para la que asegura cuentas corrientes de crédito, y en cambio, por ser idéntica la posición de ambas en lo relativo a la fijación del saldo, no hay inconveniente en admitir la aplicabilidad del expresado artículo en lo que a este particular se refiere;

Considerando que así centrada la cuestión debatida, ha de estimarse trascendental la apreciación de la *licitud del pacto* por el que se determina la manera de fijar el saldo en cuya virtud ha de ejercitarse en su día la acción hipotecaria, cuestión que ha de resolverse en *sentido favorable a la validez*: a) porque *no vulnera ningún precepto legal* de carácter prohibitivo; b) porque el artículo 153, aplicable en este extremo, según queda dicho, *deja en libertad a los contratantes* para que regulen la forma de fijar el saldo de la cuenta, y sólo subsidiariamente y en ausencia de pacto establece el sistema de las libretas duplicadas; c) porque a los *libros de los comerciantes*, llevados en forma legal, concede el Código de Comercio eficacia probatoria; d) porque la *seriedad y solvencia* de las Entidades bancarias, unida a la intervención oficial que en cierto modo se ejerce sobre ellas a través del Consejo Superior Bancario, aleja todo temor de

falsedad o de fraude; e) porque en las *pólizas de apertura* de créditos con garantía de valores, no obstante la elevada cuantía de muchas de estas operaciones, se establece generalmente la misma condición, y f) porque, en definitiva, tal pacto no ha de ser obstáculo para que el deudor *pueda ejercitar en el juicio correspondiente*, las acciones que la asistan para impugnar el saldo fijado por el acreedor, y aun para justificar la inexistencia de la obligación, supuesto de gran importancia, dado que en estas hipotecas la relación obligatoria desenvuelve su vida en ámbito extrarregistral;

Considerando en cuanto a las demás cuestiones: que el pacto señalado con la letra b) del cuarto defecto no es admisible por limitar el derecho del dueño a enajenar los bienes hipotecados; que en el supuesto de aceptar el procedimiento extrajudicial, no sería inscribible la estipulación respectiva por omitirse el mandatario; que, por el contrario, es válido lo convenido acerca de la administración y posesión interina de las fincas gravadas por las razones alegadas en el informe de la Sección, que en estos extremos se aceptan íntegramente; y que, en cuanto a los demás defectos, releva de su examen la conformidad del interesado,

Esta Dirección General ha acordado: 1.º *Revocar la nota recurrida en cuanto a los dos primeros defectos*. 2.º *Declarar que no son inscribibles los pactos a que se refieren las faltas señaladas con las letras b) y c) del defecto cuarto, y que es inscribible el pacto sobre administración interina de las fincas que se mencionan en la letra d) del mismo defecto*, y 3.º *Estimar improcedente el examen de los demás defectos incluidos en la nota en vista de las manifestaciones del recurrente*.

Creo oportuno, sin perjuicio de volver más adelante sobre el tema, y en tercio de banderillas, apostillar brevemente la doctrina de tan curiosa (en nudo y desenlace) Resolución.

(Prevía advertencia de que a su fecha, mientras los artículos 142 y 143 de la Ley y 198 de su Reglamento eran de redacción idéntica a los actuales 142, 143 LH y 238 del vigente Reglamento, por el contrario, la evolución, y el artículo 153 de la Ley de 1909 señalaba un plazo de apertura no mayor de tres años, si bien prorrogable por nueva escritura; y para poder tramitarse el sumario, establecía un sistema de libertad de pacto, disponiendo que el «importe líquido de la cantidad adeudada» se acreditará «en la forma convenida en la escritura de constitución de hipoteca»; y en defecto de pacto, se acudiría al sistema de doble libreta. Pero no existían los cuatro últimos párrafos del actual artículo 153 de la Ley vigente, ni tampoco el artículo 132 viejo recogía más causa de oposición al sumario que la existencia de saldos distintos en las libretas duplicadas. De ahí, como es bien sabido, que la Dirección, en otras Resoluciones restringiere tal libertad de pacto, en doctrina que ha pasado a la Ley actual.)

Las apostillas, obvias, que sugiere la Resolución, se pueden condensar así:

Admite la garantía hipotecaria directa de una simple situación contable de cuenta corriente que no se fusiona en un saldo (de ahí las analogías evidentes que encuentra con el contrato de cuenta corriente). Naturalmente, a la hora de buscar diferencias, no las encuentro salvo en la «distinta naturaleza de las operaciones garantizadas, representadas por efectos en circulación». Diferencia que no es tal, puesto que como antes vimos, las operaciones de descuento, aval, aceptación, etc., de letras de cambio pueden ser contenido típico de la cuenta corriente de crédito;

Los argumentos meramente económicos de los considerandos primero y parte del quinto necesariamente han de ceder, jurídicamente, ante preceptos de orden público dirigidos a evitar la indefensión del deudor, pues flaco consuelo es la posibilidad de impugnar «en el juicio correspondiente (faltaría más...) el saldo fijado por el acreedor», como dice la Resolución, sin la posibilidad de impugnarlo en el propio ejecutivo, como permite el actual artículo 153 de la Ley;

Por la supervaloración del valor probatorio de los Libros de Comercio; tal supervaloración ya estaba claro a la fecha de la Resolución; ahora (tras la reforma de 1973) todavía es más patente: al decir el artículo 47 del Código de Comercio que «el valor probatorio de los libros de los comerciantes y demás documentos contables será apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho» desplaza la cuestión al artículo 1.228 del C.C., como dice, entre otros, el profesor URÍA.

La Resolución de 27 de abril de 1945 tiene importancia, en cuanto es precursora del actual artículo 153 de la Ley, al establecer que no basta notificar el saldo, sino que es necesario «un extracto de la cuenta». Tal circunstancia, ratificada entre otras, por la Sentencia del TS de 21 de febrero de 1985, adquiere relevancia ante la proliferación actual de intereses variables, por ejemplo, en los que cada paso cronológico de elevación habrá de ser debidamente acreditado.

Las conocidas Resoluciones de 31 de octubre de 1978 y 18 de octubre de 1979, se refieren, como es bien sabido, a la hipoteca cambiaria, supuesto de hecho con características distintas al que venimos examinando, si bien, como antes vimos, ROCA incluye también este tipo de hipoteca en la rúbrica genérica de las de seguridad. La razón de su cita aquí se encuentra en que emplea en sus Considerandos un argumento que después se ha aplicado, con generalidad, a la hipoteca de máximo; literalmente es el siguiente:

«si bien los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, y con una interpretación meramente literalista podría pensarse que no puede constituirse *una sola* hipoteca en garantía de *varias* obligaciones

independientes o autónomas, no cabe duda que a la vista de otros preceptos legales como el artículo 1.861 del propio Código Civil, y de una interpretación lógica de la materia, tal posibilidad es factible, y sin ningún género de duda en el caso cuestionado de acuerdo con el artículo 154 de la Ley Hipotecaria.»

Sin duda que el supuesto del artículo 154 es muy distinto al del artículo 153 de la Ley. Pero, además, y como afirma expresamente el recordado TIRSO CARRETERO, en su comentario a la primera de las Resoluciones citadas (*vide* pág. 1124 del volumen editado en 1987 por el Colegio), «creo que tanto el artículo 1.876 como el 1.861 son totalmente inadecuados para resolver nuestro problema. Como tan pueril deducir, del singular en que van las palabras hipoteca y obligación en el 1.876, que es necesaria una hipoteca para cada cambial, como deducir, del plural en que va la palabra obligaciones en el 1.861, que una hipoteca puede garantizar varias obligaciones independientes y autónomas. En general, cuando un texto legal se propuso únicamente decir una cosa o resolver una cuestión, es inútil pretender utilizarle para un problema distinto no tenido en cuenta por el legislador al redactarle». La claridad de concepto y exposición típica del recordado compañero nos releva de más comentario a tan débil argumentación.

La Resolución de 4 de julio de 1984 contiene una interesante doctrina, que por desgracia quedó incompleta por las incidencias del recurso, interpretado sólo a efectos doctrinales.

El supuesto de hecho de la Resolución es el siguiente:

Hipoteca constituida por una Sociedad, a favor de dos Bancos distintos, «en garantía del pago de diversas operaciones comerciales, así como en garantía de las renovaciones que se verifiquen de las mismas, en cualquier fecha, o de otras nuevas que se concierten en adelante, y de sus intereses, comisiones y gastos, mientras la hipoteca no sea cancelada en el Registro con el consentimiento del acreedor»; se establecieron causas de vencimiento anticipado como la suspensión de pagos, quiebra, etc., así como el deterioro o depreciación de las fincas, y a efectos de ejecución, en la estipulación 6.^a se pactaba que: «Para el ejercicio de las acciones dimanantes de esta escritura será título bastante la primera copia autorizada de la misma, o las posteriores expedidas con los requisitos de la Ley, y se entenderá como cantidad líquida exigible y vencida la que resulte acreditada por las letras de cambio impagadas, pólizas y otros documentos justificativos del crédito. Tratándose de créditos por intereses, comisiones, saldos deudores, cuentas de crédito o cualquier otra obligación de las que se garantizan, la cantidad líquida exigible y vencida será la que por tales

conceptos se siente como partida de cargo en la cuenta corriente que cada Banco titular de la hipoteca abra bajo el título de *cuenta con garantía hipotecaria por débitos líquidos, exigibles y vencidos por la Sociedad X* y el título ejecutivo para su reclamación se completará mediante certificación librada conforme a Derecho por el Banco ejecutante que determine con referencia a dicha cuenta la cantidad que sea objeto de reclamación. Los acreedores podrán cargar en esta cuenta también la cantidad líquida exigible y vencida que resulte acreditada por las letras de cambio impagadas, pólizas u otros documentos justificativos del crédito.»

Nada nos dice la Resolución, y es de lamentar, de cómo se articulaba en la escritura la posición en orden a la hipoteca única de los dos distintos Bancos acreedores, ni la relación de esas dos distintas «cuentas con garantía hipotecaria por débitos líquidos, exigibles y vencidos...» Hay que suponer que estaría correcta, no obstante sus evidentes dificultades...

Los Registradores suspenden la inscripción, señalando los siguientes defectos subsanables:

1.º No respetarse los artículos de la legislación hipotecaria que regulan el principio de especialidad, en cuanto a la fijación de los derechos inscribibles, por:

a) Indeterminación de las líneas fundamentales del crédito especialmente en cuanto a la falta de señalamiento directo o indirecto de un plazo de vencimiento del crédito garantizado, indispensable para fijar el momento en que se inicia la prescripción de la creación hipotecaria, artículo 128 y disposición transitoria 3.ª de la Ley Hipotecaria, así como la incompatibilidad que en la estipulación 6.ª se da entre las dos formas alternativas en el ejercicio de las acciones que regula respecto a «las letras de cambio impagadas, pólizas u otros documentos justificativos del crédito».

b) Indeterminación de la hipoteca, tanto en cuanto a su clase o tipo como en cuanto a la duración, extremo este último imprescindible al no haberse fijado la fecha de vencimiento del crédito, con la finalidad de evitar que los acreedores a su unilateral arbitrio, artículo 3, 2.º, del Código Civil, pueden ejecutar la hipoteca inmediatamente, artículo 62 del Código de Comercio, o dejar vinculados para siempre los bienes hipotecados.

2.º No es inscribible, por no poder afectar a tercer poseedor, la cláusula de vencimiento de las obligaciones garantizadas señaladas en la letra a) de la estipulación quinta.

3.º No es inscribible el valor vinculante que se da al informe del Perito de los Bancos en la letra c) de la estipulación 5.ª, por oponerse a lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil.

4.º Tampoco es inscribible el pacto por el que se admite la ejecución de la hipoteca por el procedimiento extrajudicial y, en consecuencia, el

nombramiento de mandatario especial para él, establecidos en el número 1 de la estipulación séptima de la escritura que se califica.

No se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado.

El Notario autorizante, que entabla el recurso a efectos meramente doctrinales, alega, en síntesis, lo siguiente:

Que no están indeterminadas las líneas fundamentales del crédito garantizado, porque se determinan las partes y la determinación de la obligación futura es suficiente;

Que las llamadas hipotecas de máximo o de seguridad carecen de tipificación legal, por lo que la «reseña» (*sic*) de las obligaciones garantizadas es suficiente a efectos tipificadores... y basta fijar un máximo de responsabilidad hipotecaria para cumplir el principio de especialidad;

Que en base a los artículos 1.113 y 1.128 del Código Civil y 128 de la Ley Hipotecaria es innecesaria la fijación del vencimiento del crédito;

Que es cierto que la cláusula sexta de la escritura se convienen dos formas alternativas del ejercicio de las acciones, pero también es cierto que la articulación de varios procedimientos como posibles para que el acreedor elija el que juzgue más adecuado para el ejercicio de su derecho o acción no sólo está ajustado a derecho, sino que es, precisamente, el criterio legal;

Que el pacto según el cual la quiebra, el concurso o la suspensión de pagos del deudor determina el vencimiento de la deuda en un pacto: *a)* Innecesario referido al concurso o a la quiebra, pues se produce coincidencia total entre la cláusula de la escritura y lo establecido por la Ley; *b)* meramente convencional, comprendido en el ámbito reservado a la autonomía de la voluntad, cuando se refiere a la suspensión de pagos, pues no ahorra con la Ley y el procedimiento correspondiente, sino que deduce consecuencias de la abstención que la Ley permite al acreedor hipotecario en su beneficio; que tratándose de un pacto lícito que debe y puede vincular al tercer poseedor, en cuanto regulador del vencimiento de la obligación garantizada, el Registrador debe proceder a su inscripción;

Que es indiscutible que el procedimiento extrajudicial sólo es viable cuando el título ejecutivo acredita por sí solo un crédito exigible, vencido y líquido, pero ello no obsta para que el pacto se inscriba, pues de su inscripción no se deriva que pueda pretenderse el ejercicio por tal procedimiento de toda clase de acciones hipotecarias nacidas de la escritura calificada, sino que la viabilidad del procedimiento dependerá de los títulos que invoque el acreedor en cada caso y, además, de que se hubiese pactado el procedimiento.

Los Registradores de la Propiedad alegaron en defensa de la calificación que la indeterminación del crédito perjudica a acreedores hipotecarios posteriores, y terceros poseedores, pues éstos no tienen que pasar, en todo caso, por el máximo, sino que tienen que poder discutir si determinado crédito que quiera ejecutarse a través de la hipoteca estaba o no

comprendido en ésta; que si bien en nuestro Derecho positivo no hay precepto categórico que exija la determinación del plazo de la hipoteca, son muchos los motivos que abogan en favor de esa tesis: La práctica continuada, la opinión de la mejor doctrina, diversos artículos de la Ley Hipotecaria (126, 128, 153, 3.º y disposición transitoria tercera) y de su Reglamento (219, párrafo 3, y 374 en relación con el modelo oficial VIII); que la referencia que el recurrente hace a diversos preceptos de las hipotecas legales no tiene aplicación de este recurso; que en la escritura calificada falta bien el plazo de vencimiento de la obligación o bien el plazo de duración de la hipoteca, ausencia que puede originar, con grave perjuicio para el deudor o para el tercer poseedor, una ejecución de la hipoteca fulminante, inmediata (art. 62 del Código de Comercio), cuando la hipoteca en garantía de un préstamo, como advierte un conocido hipotecarista, exige lógicamente que la duración de éste sea algo prolongada; que no parece admisible la «alternativa» que establece la hipoteca, pues no se trata de elección entre un procedimiento de ejecución u otro, sino de que dos tipos de hipotecas distintas en la escritura, que podrían tener cada una su ámbito, luego puedan mezclarse, trasvasándose de la una a la otra; que no ignoran que se trata de una hipoteca de seguridad en su modalidad de máximo en garantía de obligaciones futuras, pero dudan si se trata de una hipoteca del artículo 153 de la Ley Hipotecaria o de aquella otra que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1936 consagra como hipoteca en garantía de operaciones bancarias, o bien sea una hipoteca *sui generis* intermedia entre ambas; que el pacto según el cual la quiebra, el concurso o la suspensión de pagos del deudor determina el vencimiento de la deuda no accede generalmente al Registro en base al artículo 434 del Reglamento Hipotecario; porque lo estipulado no puede afectar al régimen establecido en la legislación específica de las insolvencias que con carácter totalmente imperativo regula esta materia y deja sin contenido la voluntad negocial de las partes; que la Resolución de 3 de marzo de 1952 y las opiniones de importantes tratadistas impiden inscribir el pacto por el cual se admite la posibilidad de ejecutar las hipotecas de la naturaleza de la contemplada por el procedimiento extrajudicial;

El Presidente de la Audiencia Territorial dictó auto en que acordó la revocación de la nota en los siguientes extremos: *a)* el particular del número 1, *b)*, en lo que se refiere, exclusivamente, a la indeterminación de la hipoteca en cuanto a su clase y tipo, manteniéndose el resto de dicho apartado; *b)* en número 2.º de la expresada nota, por estimarse inscribible la cláusula de vencimiento cuya inscripción por el mismo se suspende, y *c)* el número 4.º de la repetida nota por entender, en contra de la calificación, inscribible el pacto sobre ejecución de la hipoteca por el procedimiento extrajudicial; desestimándose el resto de los extremos del recurso con la consiguiente confirmación de la nota de calificación en cuanto a los mismos,

Sólo el Notario autorizante de la escritura se alzó de la decisión presidencial al haberse conformado los Registradores con el mencionado auto.

Esta circunstancia, lógica en un recurso interpuesto a efectos doctrinales y confirmado en lo esencial, impide a la Dirección un tratamiento completo del supuesto; no obstante, y tras citar en los Vistos a la Resolución de 16 de junio de 1936, antes reseñada, establece la importante doctrina siguiente:

Considerando que el *principio de especialidad impone la exacta determinación* de la naturaleza y *extinción del derecho que se inscriba* (cfr. arts. 9, 2.º, de la Ley Hipotecaria y 51, 6.º, del Reglamento Hipotecario), *lo que tratándose del derecho real de hipoteca y dado su carácter accesorio del crédito garantizado exige que, como regla general, se expresen circunstanciadamente las obligaciones garantizadas* (causa, cantidad, intereses, *plazo de vencimiento, etc.*), *y esta regla no sufre inflexión respecto de cada una de las obligaciones ya existentes al constituirse la hipoteca que las ha de garantizar*, por lo que *no cabe para las mismas la simple expresión de que queden garantizadas con la hipoteca las «diversas operaciones crediticias» que «en la actualidad» tienen los Bancos acreedores con la Sociedad deudora* (sin estipularse tampoco que cada obligación pierda en principio su autonomía en relación con la cuenta corriente estipulada);

Considerando que si bien en materia de hipoteca el principio de determinación de los derechos inscribibles se acoge con *notable flexibilidad* a fin de facilitar el crédito, permitiéndose en ciertos supuestos la hipoteca sin la previa *determinación registral de todos los elementos de la obligación, siempre se imponen algunas exigencias mínimas*, y así ocurre con la *hipoteca en garantía del saldo resultante de una cuenta corriente de crédito, figura muy próxima, aunque no igual*, a la hipoteca concertada en la escritura que ahora se juzga;

Considerando que, en efecto, del conjunto de la escritura se desprende que la hipoteca se constituye en garantía de las obligaciones resultantes de las operaciones de crédito concedido por determinadas entidades bancarias, sean las que estén ya vigentes al constituirse la hipoteca sean, *las que se concierten en lo sucesivo*, y aunque no pierda cada obligación en principio su autonomía, se estipula una cierta *interdependencia entre ellas* en cuanto que, incumplida cualquier obligación singular se tendrán por vendidas todas las obligaciones garantizadas; aún más, entonces *la obligación garantizada podrá ser el saldo final de las operaciones bancarias reflejadas en una cuenta corriente en la que, conforme a la escritura, pueden ser partidas de cargos los avales, descuentos, letras de cambio impagadas u otras operaciones de crédito, así como los intereses, comisiones y gastos; y partidas de abono; los pagos que de sus obligaciones vaya haciendo la Entidad deudora «a sus respectivos vencimientos... por principal, intereses o accesorios»;*

Considerando que estamos, pues, prácticamente ante una *figura muy próxima a la hipoteca en garantía del saldo de una cuenta corriente de crédito* y aunque se entienda que no coincide exactamente con esta figura, *serían en todo caso aplicables los preceptos que, en relación con este tipo*

de hipoteca, imponen la determinación de los *plazos de duración*, ya que de una parte de las peculiaridades de la presente escritura no justificarían excepcionar *tal determinación temporal* exigida por el párrafo 1.º del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, *tan interesante para el tráfico (terceros poseedores, terceros adquirentes de derechos reales) y para facilitar la cancelación* (cfr. art. 209 de la misma Ley), y de otra porque estipulándose que quedan garantizadas las operaciones crediticias bancarias que se concierten en lo sucesivo, cabe entender que la hipoteca se extiende directa y concretamente a las posibles futuras aperturas de crédito en cuenta corriente, que son también indudablemente operaciones crediticias bancarias;

Considerando que la segunda cuestión planteada hace referencia más que al fondo de la estipulación 6.ª de la escritura, a su redacción formal, que parece permitir la posibilidad de ejercicio simultáneo de diferentes acciones ejecutivas en base a un mismo crédito, y todo ello sin entrar en la cuestión por no haber sido objeto de debate, de si pueden las partes que constituyen un derecho real de hipoteca dar el carácter de título ejecutivo de las prevenciones pactadas, al margen del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;

Considerando que la circunstancia de que el acreedor pueda convenir con su deudor hipotecante dos formas alternativas del ejercicio de sus acciones no aparece cuestionada en la nota de calificación, sino el que a través de la redacción dada a la estipulación 6.ª pueda tener lugar una simultaneidad de procedimientos en relación con la cantidad exigible por las letras de cambio impagadas para las que, o basta su presentación, o bien el que puedan quedar incluidas, sin especificar dentro de la certificación bancaria que engloba principalmente otros créditos, por lo que aparece justificada la prevención de la nota y que en el sentido de cargo se exprese el origen y causa de la deuda cargada para que por conocimiento del extracto de cuenta del deudor pueda, caso de error, llevar a efecto la oposición prevista en el artículo 153, 5.º, y siguientes de la Ley, si hubieran sido ya pagadas o satisfechas;

Considerando que una tercera cuestión se plantea al tener que decidir si dentro del supuesto de vencimiento anticipado por *depreciación de las fincas hipotecadas* es inscribible el pacto por el que el informe del Perito designado por los Bancos acreedores atribuye al haberse producido la depreciación necesaria del 30 por 100 que puede originar el mencionado vencimiento;

Considerando que la *seriedad que debe presidir el contenido de los asientos registrales y el rigor de los efectos del derecho de hipoteca no autoriza a que aparezcan reflejados en los mismos todo tipo de pactos y circunstancias*; y en concreto de que la justificación de la mengua de valor de los inmuebles que va a producir el efecto del vencimiento de su obligación pueda obtenerse a través del *informe de Peritos tan parcialmente designados*;

Considerando que al *no haber apelado los Registradores la decisión presidencial que revocaba el resto* de los defectos señalados en la nota no cabe entrar en el examen de su contenido,

Esta Dirección General ha acordado *confirmar el auto apelado*, si bien en *cuanto al defecto primero* hay que entender *referida la exigencia de determinación temporal a los créditos ya existentes* al constituirse la hipoteca y a *la fecha final de liquidación de las operaciones garantizadas*

En un comentario breve a tan importante doctrina, cabe destacar los siguientes puntos:

1.º Es un ejemplo típico de la ahora llamada hipoteca «flotante» o «sumidero», en la que la garantía real accesoria destaca con verdadero protagonismo sobre la obligación principal garantizada, múltiple y proteica, que reviste un añeja apariencia de vinculación personal: la hipoteca intenta garantizar el resultado para el acreedor de toda la cambiante situación económica en que un deudor puede estar frente al mismo (incluso, en este supuesto, por tiempo indeterminado), al modo de las antiguas vinculaciones de siervo y señor, con olvido absoluto de los terceros y de la libertad inmobiliaria. En este marco encuentran explicación las frases que se leen en el recurso de que basta «que se determinen las partes» ... «que la indeterminación del plazo no es un vicio o defecto» ... «que basta con fijar un máximo de responsabilidad hipotecaria para cumplir el principio de especialidad...»

2.º Como dijeron los Registradores en su informe, la indeterminación del crédito perjudica a acreedores hipotecarios posteriores y a terceros poseedores; éstos no tienen que pasar en todo caso por el máximo; tienen que poder discutir si determinado crédito que quiere ejecutarse a través de la hipoteca estaba o no comprendida en ésta. Lo mismo ocurre frente a los acreedores ordinarios; el artículo 1.911 del Código Civil les da en principio a todos ellos las mismas perspectivas sobre todo el patrimonio del deudor, que no pueden romperse arbitrariamente, la Ley permite, a través de la hipoteca, que el deudor pueda conceder a su acreedor una preferencia sobre un bien determinado, hasta una cantidad máxima, pero tal como estaba redactada la escritura calificada se podía situar cualquier crédito propio o ajeno (fiador, avalista, garante), bajo la capa de la hipoteca, sin posibilidad de defensa para los otros acreedores (hipotecarios u ordinarios).

3.º La Dirección, por supuesto, reafirma el principio de especialidad, y exige, no la mera reseña de las causas *petendi*, sino que se «expresen circunstancialmente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.)». En otros Considerandos, no obstante, se deja influir excesivamente por la técnica de analogías y diferencias ya empleada por la Resolución de 1936, que supone caminar por la periferia de la cuestión, sin encaminarse al centro.

4.º Contiene también la Resolución un importante *obiter dictum*

relacionado con el artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero de tales cuestiones ejecutivas nos ocuparemos después.

La Resolución de 23 de diciembre de 1987 es, sin duda, la más completa y extensa de las publicadas, hasta la fecha, sobre la materia. Dado lo extenso de la misma y su reciente publicación (*BOE* de 1 de febrero de 1988), lo que hace muy fácil su consulta, nos limitaremos, en méritos a la brevedad, a destacar aspectos esenciales, omitiendo citas literales excesivamente amplias.

La obligación que se pretende garantizar constituye una abigarrada amalgama de créditos muy diversos, unos ya existentes, garantizado uno ya con hipoteca anterior, y otros futuros, incluso a favor de terceros y residenciados no sólo en la propia Oficina Bancaria, sino en cualquier otra sucursal (¿también en el extranjero?).

Ante la absoluta indeterminación, las contradicciones internas de la escritura, que estructuraba un contrato bancario absolutamente híbrido y atípico, y otros defectos (hasta diez), el Registrador deniega la inscripción.

La *Dirección*, tras citar en los vistos las anteriores Resoluciones de 21 de marzo de 1917, 5 de marzo de 1929 y 16 de junio de 1936, establece, con evidente mejora, una importante doctrina básica, que puede condensarse así:

1.º En el primer fundamento de Derecho, y con perfecta sintonía con la doctrina mercantil expuesta en el apartado 1 de este trabajo, la Dirección afirma la distinta naturaleza jurídica de la mera situación contable de cuenta corriente («reunión contable»), que carece jurídicamente de «virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante», puesto que «éste representa únicamente la posición global acreedora o deudora de cada parte, y su realización sólo procederá a través del ejercicio individual de cada una de las relaciones jurídicas comprendidas», que siguen siendo autónomas; y el verdadero contrato bancario, ya sea en forma de «apertura de crédito», ya en el de propia «cuenta corriente», en las que «deviene exigible el saldo resultante de modo autónomo, con independencia de la causa concreta de los cargos o de los abonos efectuados en aquélla...»

2.º El segundo fundamento confirma la contradicción interna, ya apreciada por el Registrador, latente en el supuesto de hecho, que pretendía acogerse al artículo 153 de la Ley, sin ajustarse a la naturaleza, ni cumplir los requisitos estructurales de la cuenta corriente de crédito, singularmente en los aspectos de falta de disposición de la cuenta y ausencia de acuerdo novatorio.

3.º En el tercer fundamento, la Resolución, en base a los principios

de especialidad y accesoriedad, niega que la escritura cumpla las exigencias mínimas de determinación de la obligación garantizada para que pueda ser considerada como hipoteca en garantía de obligaciones futuras («hipoteca de máximo por deuda futura»).

Por ello, califica expresamente el supuesto de «hipoteca flotante», entendiendo por tal aquella en que, «si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del Banco determinar si esta cifra máxima va a quedar integrada por los importes, totales o parciales, de ... obligaciones ya existentes... o con el importe de ... otras obligaciones que en el futuro puedan contraer los mismos deudores a favor del Banco».

Respecto a las obligaciones ya existentes (fundamento 4.º), no se establece que pasen a ser ya las obligaciones garantizadas, sino sólo que podrá serlo el saldo que presenten en su día las cuentas bancarias respectivas, con lo que queda al arbitrio del Banco determinar a qué crédito va a servir la hipoteca (lo que califico personalmente de hipoteca «boina» o de «quita y pon»), aplicable indistintamente y a elección del acreedor.

En cuanto a obligaciones futuras, y según el fundamento 5.º, se pretende que la «hipoteca de máximo» (el entrecomillado es de la propia Resolución) garantice, «unitariamente, créditos que entre sí no tienen conexión causal... y otras obligaciones que quedan en total indeterminación, tanto en su futura existencia —que queda al arbitrio del Banco— como en cuanto a su fuente y causa...»

4.º Termina el fundamento 5.º planteando una importantísima cuestión, sobre la que después volveremos con más detalle: «Para acreditar que se ha constituido la obligación y obtener la consiguiente efectividad hipotecaria bastaría, según la escritura, el acto unilateral del Banco (con la inclusión de las cantidades en el Debe de la cuenta) (cf. art. 238 del Reglamento Hipotecario en relación con los arts. 142 y 143 de la Ley Hipotecaria)». La cita es directa y esencial...

Tras este amplio repaso a las más importantes Resoluciones dictadas sobre la materia, parece ya oportuno pasar al siguiente apartado de

4. CONCLUSIONES

Naturalmente que muy provisionales, dada la complejidad del tema, diariamente sometido a vertiginosa evolución; y, como resulta obligado, por las propias limitaciones. No obstante, creo que toda la doctrina expuesta proporciona bases seguras de aproximación al problema.

Primera.—En cuanto a la *garantía real* en sí misma considerada, puede

afirmarse que, como antes vimos, no existe una doctrina elaborada y completa de las hipotecas de seguridad y de máximo; tampoco esta figura puede pretender elevarse a verdadera categoría autónoma, tipificada exclusivamente por tal circunstancia: la de establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria en garantía de obligaciones no perfectamente definidas *ab initio*.

Por eso no basta invocar la manida doctrina del *numerus apertus* para constituir, por simple pacto, una garantía real sin cumplir los requisitos estructurales de ésta, creyendo que para favorecer el crédito hipotecario basta con favorecer su mal pergeñada constitución. Lo que importa es posibilitar su rápida y eficaz ejecución, pero guardando a la vez los límites que constitucionalmente impiden la indefensión del propio deudor y de los terceros poseedores, evitando a la vez que los procesos hipotecarios puedan convertirse en paraíso de subasteros.

Tampoco cabe estimar cumplido el principio de especialidad con sólo señalar el máximo, necesario en cualquier hipoteca; además, la accesoriedad, de esencia a la hipoteca en nuestro Derecho, impide una hipoteca autónoma: incluso en el caso límite, como es el de la hipoteca en garantía de obligación totalmente futura, indeterminada en cuanto a su propia existencia, no se quiebra el principio de accesoriedad, conforme al párrafo 1.º del artículo 142. Si la obligación futura no llegó a «contraerse», como dice literalmente, pero también, y por la misma razón, si llegó a «extinguirse», lo único que procede es la cancelación de la garantía real. ¿O es que esa extraña «novación continuada» de obligaciones garantizadas, por virtud del solo pacto, puede excepcionar el principio de accesoriedad?... Precisamente este supuesto límite, sometido a específica regulación legal (cuyas consecuencias destacaron tantas Resoluciones) no permite extrapolar su doctrina para conseguir una «flotabilidad» en garantía de obligaciones ya existentes, de otras futuras que irán naciendo, y, a su vez, extinguiéndose, para dar, en un largo plazo, paso a la garantía de otras que seguirán la misma trayectoria... La hipoteca se utiliza así a modo de escudo superponible a muy distintas obligaciones, que sólo tienen de nexo común la coincidencia personal de titularidades. Y, en definitiva, lo que se pretende, sobre todo a efectos ejecutivos, es que funcione como una hipoteca ordinaria.

Segunda.—En realidad, la tipificación de la hipoteca debe buscarse por la vía de la distinta naturaleza de las *obligaciones garantizadas*, y así lo hace la legislación vigente, pues es muy distinta la hipoteca, dentro incluso de la rúbrica general de las de máximo, según garantice obligaciones futuras o sujetas a condición, títulos emitidos en masa, cuentas de crédito, etc. Como ya se dijo al principio, y se corroboró en numerosas

Resoluciones, no es posible la amalgama, la yuxtaposición inconexa de distintas modalidades, fuera de su propio contexto. Tal contexto se establece en virtud de causas objetivas (p. ej., en la hipoteca de títulos-valores, sobre la base de la emisión; en la de cuenta corriente, por la refundición en el saldo, etc.), pero nunca en base exclusivamente a circunstancias subjetivas o personales. Ahondar en este camino de investigación de las posibles causas de configuración y tipificación de la hipoteca posiblemente sería muy interesante, pero extravasaría los límites de este trabajo.

Sin embargo de lo anterior, creo conveniente destacar que el *casus litis* más contemplado en las Resoluciones, el de «amalgama de cuentas y efectos» parece resultado de una mala constitución de la hipoteca. En efecto, dado el amplio contenido que institucionalmente ofrece el contrato de cuenta corriente de crédito, según la doctrina mercantil examinada, la solución pasa por la correcta estructuración jurídica de las partidas contables, de las prestaciones, muy varias, pero susceptibles de integrarse en un saldo definitivo, única deuda líquida y exigible al cierre. Tal estructuración jurídica es indispensable, pues lo que ya resulta claro, según la doctrina y la jurisprudencia, es que la mera situación contable de cuenta corriente (y la suma contable de prestaciones yuxtapuestas de muy diversas modalidades de crédito entre dos personas) no es susceptible, sin más, de garantizarse directamente con hipoteca. Que se pretenda unitaria sólo con denominarla y destacar su aspecto de «máximo», sin tener en cuenta para nada las distintas obligaciones garantizadas...

Tercera.—En materia de *ejecución hipotecaria*, el confusionismo es todavía mayor. Con la enorme gravedad que supone intentar desvirtuar el principio de tutela judicial efectiva en base al simple pacto y con olvido de tres aspectos fundamentales. En primer lugar, que las normas de procedimiento son rigurosamente imperativas. En segundo término, que como se dijo en uno de los informes en defensa de la nota, los terceros no tienen que pasar en todo caso por el máximo. Y, finalmente, que el hecho de que en las hipotecas de seguridad la determinación del crédito se realice por medios «extrahipotecarios» no supone necesariamente que tales medios sean «unilaterales», y restrinjan las facultades de oposición que por ley tiene el deudor.

En este punto, conviene detenerse en la consideración de algunas cuestiones fundamentales:

1. Como es bien sabido, el artículo 1.429 de la LEC establece una lista taxativa de los títulos (tanto en sentido material como documental) que llevan aparejada ejecución; como advirtió la Resolución de 1984, en el *obiter dictum* antes reseñado, no cabe que por pacto puedan crearse otros distintos, extravasando la lista legal.

Y en cuanto a la determinación concreta de la deuda, establece el artículo 1.435 (reformado por Ley de 6 de agosto de 1984) que, aparte de vencida (ojo con esos extraños pactos de vencimiento anticipado) ha de ser líquida, disponiendo expresamente (en precepto que muchas escrituras suelen insertar literalmente) que «si los contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación, en escritura pública o en póliza intervenida... se hubiera convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor».

Tal precepto tiene su inmediato antecedente en los Reales Decretos de 15 de octubre de 1982 y 8 de junio de 1984, este último reformador del Reglamento Notarial. En concreto, el artículo 207,4.º del citado Reglamento dispone que el acta notarial de exhibición de cosas o documentos será utilizable, entre otros supuestos: «Para fijar el saldo líquido exigible en los préstamos o créditos en cuenta corriente concedidos por entidades de crédito, ahorro o financiación, siempre que tales operaciones y esta modalidad de fijación hayan sido pactadas en escritura pública. En virtud de la documentación exhibida por la entidad acreedora y de su concordancia con certificación de ésta, que se unirá a la 'matriz, el Notario levantará el acta en la que quede determinado el saldo de la cuenta». La redacción de este último inciso es un poco desafortunada, pues parece no tener en cuenta que el carácter de la certificación y demás documentos exhibidos sigue siendo unilateral, y que el valor probatorio de las actas se limita a la existencia de tales documentos, pero no a la verdad intrínseca de las manifestaciones contenidas en ellos, que sólo tienen el carácter de meras declaraciones extrajudiciales. Aparte de ello, el Reglamento Notarial ha de entenderse modificado en este punto por la norma específica procesal, de rango superior y de fecha posterior, la Ley de 6 de agosto de 1984, reformadora de la LEC.

Y, sin duda, resulta del artículo 1.435 de ésta que el valor de tal certificación, figure o no unida a un acta notarial, no debe magnificarse; según afirma literalmente el Profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ (*Derecho Procesal*, tomo I, vol. II, pág. 122, obra escrita en colaboración con los también Catedráticos de Derecho procesal GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y ALMAGRO NOSETTE), «las condiciones impuestas por el legislador hacen necesario que la determinación del saldo deudor se haga *por persona ajena* a la entidad acreedora y que tenga los conocimientos *técnicos* suficientes para poder llevarla a cabo. Fuera de estas coordenadas, no

cabría sostener que la certificación *acredita*, pues sólo sería una *afirmación* proveniente de parte interesada». Por tanto, si el deudor no la acepta y surge el conflicto sobre la determinación del saldo, habrá de decidirse judicialmente.

Hasta aquí, el sistema de la Ley Rituaria; pero hay más, mucho más: a continuación del texto transcrito, y como inciso último establece el citado artículo 1.435 LEC que «*En el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por Bancos o Cajas de Ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria*». Rotunda remisión, pues, a la legislación específica, si bien el autor antes citado no deja de advertir que «el procedimiento de liquidación establecido en el artículo 153 LH no es totalmente adaptable a un procedimiento declarativo, ya que está pensado para el procedimiento de ejecución *ex* artículo 131 de la Ley Hipotecaria». Por eso, apostillamos, no cabe duda de que, quizá por el designio del legislador de favorecer los específicos procedimientos hipotecarios, se reconoce el mayor valor que el artículo 153 LH otorga a la certificación de saldo, si bien, en caso de conflicto, y notificado al deudor «un extracto de la cuenta», podrá éste utilizar los medios de defensa que le proporcionan los cuatro últimos párrafos del citado precepto. Como ya dijo la Resolución de 27 de abril de 1945, «el pensamiento del legislador ha sido separar, de un lado, el establecimiento de la cláusula referente al modo de acreditar el saldo y de otro, lo relativo a la ejecución».

2. Entrando en este campo específicamente hipotecario, y para el debido análisis y valoración de las importantes cuestiones planteadas, hay que advertir que publicado el artículo 24.1 de la Constitución (que como es bien sabido, consagra el principio de la tutela judicial efectiva de los derechos y rechaza toda indefensión) no ha dejado de plantearse cuestiones respecto la absoluta legalidad de las limitaciones que los procedimientos hipotecarios específicos puedan suponer a las facultades de oposición del deudor. Como dice MORENO CATENA (*Ob. cit.*, pág. 451): «Precisamente la falta de contradicción (consustancial, como se sabe, a la ejecución forzosa) en estos procedimientos, ha sido denunciada ante el Tribunal Constitucional como generadora de indefensión... Los recursos de amparo acumulados se referían al procedimiento hipotecario en favor del Banco Hipotecario de España, aunque se argumenta respecto del procedimiento judicial sumario de la LH; las razones pueden considerarse extensibles a las demás ejecuciones hipotecarias, desde el punto de vista en que el procedimiento donde el ejecutante se halla más favorecido es precisamente el del BHE, gozando el deudor en los restantes de mayores posibilidades de defensa. El TC, en la Sentencia de 18 de diciembre de 1981 desestima el amparo y entiende ajustado a la Constitución el procedimiento especial

a favor del BHE, aduciendo que lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario, y señalando que la limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor...»

Como se observa, y con alegría, la Ley Hipotecaria, resulta perfectamente constitucional en este punto concreto. Pero, sin duda, es necesario extremar la prudencia en la calificación de todos esos pactos relacionados con la ejecución, dirigidos, expresa o tácitamente, a fortalecer la posición acreedora. En primer lugar, porque se trata de pactos de adhesión, que, además de la materia procesal, los enmarca en especiales coordenadas; en segundo término, porque nunca la rapidez sumaria, por deseable que sea en el tráfico, puede llegar a crear indefensión; y, finalmente, porque la restricción a la causas de oposición del deudor, en cuanto excepcional, ha de ser objeto de interpretación restringida.

3. Sentadas las anteriores conclusiones, conviene entrar, finalmente, en una cuestión muy interesante: y, en mi modesta opinión, bastante mal resuelta: la relativa a los *procedimientos ejecutivos*.

Como *regla general*, la determinación por medios extrahipotecarios de la existencia, importe, exigibilidad y vencimiento del crédito garantizado por la hipoteca de seguridad, y el hecho de que la escritura no sea por sí sola título ejecutivo, sino que este ha de formarse completo con posterioridad, condiciona el procedimiento ejecutivo aplicable. En efecto, y como dice ROCA (t. IV, vol. 2.º, pág. 713, nota), «en principio, la forma ordinaria de concreción del *debitum* será el acuerdo de las partes y, en su defecto, la resolución judicial». Esto es, un sistema de *determinación bilateral*, conforme a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, desarrollado el último por el artículo 238 del Reglamento, al cual se remite expresamente la Resolución de 1987, al rechazar que pueda acreditarse que se ha constituido la obligación por el acto unilateral del Banco de incluir las cantidades en el Debe de la cuenta.

Como consecuencia de ello, y como ya afirmó la Resolución de 1917, que es seguida por la doctrina más general, en las hipotecas de máximo no es procedente, en general, ni al procedimiento judicial sumario ni el extra-judicial. No obstante, advierte ROCA (*op. cit.*, pág. 715, nota) que ello es así «mientras la hipoteca no se ha transformado, o sea en tanto no hayan sido fijados indubitada y bilateralmente la existencia e importe del crédito resultante», pues entonces ya tendrían posible aplicación tan expeditivos procedimientos de ejecución. Advertencia certera del ilustre maestro, si bien temo mucho que pocas veces en la práctica puede darse esa concreción del débito de común acuerdo; aparte de que ello es imposible de saber de antemano.

La regla general expuesta, basada en los artículos 142 y 143 LH, tiene muy pocas *excepciones*. En mi modesta opinión, *sólo una*, el de la típica hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito.

Tal afirmación puede resultar muy polémica, habida cuenta de la doctrina, ya iniciada por la anómala Resolución de 1936, que extiende el procedimiento de la certificación bancaria a toda hipoteca de máximo a favor de Entidades de crédito, en base al artículo 245 del Reglamento. Intentaré razonar convincentemente tal aserto en base a los siguientes argumentos:

1.º Como ya dijimos, el actual artículo 153 LH eliminó la libertad de pacto anterior y sólo permite la certificación bancaria del saldo, aparte la anacrónica doble libreta. Pero desde siempre sólo se aplica a las «cuentas corrientes de crédito» en sentido estricto. La invocación del mismo en otros tipos de hipoteca ha sido rechazada, como vimos, por la moderna doctrina de la DGR.

2.º Sólo en base a la propia naturaleza de la cuenta corriente (inexigibilidad aislada, aplazamiento, etc.), y por razones de agilidad del tráfico mercantil, se justifica lo excepcional del procedimiento, así como las causas de oposición tasadas a tal determinación del saldo, más restringidas que las de los artículos 1.464 y siguientes de la LEC. Cabe observar, no obstante, que respecto al «error» oponible por el deudor, al ser un concepto tan amplio (que abarca tanto el material como el jurídico) puede determinar una directa intervención judicial para resolver el aspecto puntual de la fijación del saldo. Precisamente por esto (la posibilidad y, en su caso, necesidad de intervención judicial), además de otras razones, la doctrina más general no considera aplicable a este tipo de hipoteca el procedimiento extrajudicial.

3.º Un examen atento del artículo 245 del Reglamento revela, a mi juicio, que su interpretación se ha distorsionado hasta el punto que se intenta que diga lo que no dice. En efecto:

Por su propia colocación sistemática, se ampara bajo la rúbrica literal de la «hipoteca en garantía de cuentas corrientes». El otro artículo colocado bajo la misma rúbrica, el 246, regula el otro medio específico de acreditación del saldo en tal caso (la doble libreta).

Por razones de jerarquía normativa, es obvio que no puede modificar el artículo 153 LH y su supuesto de hecho.

Su propio texto literal es totalmente congruente con tan específica hipoteca al referirse concretamente al «saldo resultante», a una «cuenta especial» y a las «partidas» de la misma.

En cuanto a las obligaciones garantizadas, se refiere a las «operaciones

cambiarias y crediticias». Ahora bien, ¿existe verdadera contraposición de términos? Sin duda que no, puesto que, en primer lugar, las operaciones cambiarias son también operaciones de crédito; además, tales operaciones cambiarias forman parte del normal contenido de la cuenta corriente (véase la anterior novena cita a GARRIGUES). Por eso, el artículo comentado, a pesar de su imperfecta redacción, ha venido a afirmar el perfecto encaje en la cuenta corriente de las operaciones cambiarias, en la que «serán partidas de abono y cargo el importe de los efectos descontados, el de los que hayan sido satisfechos a su vencimiento y el de los que hubiesen sido devueltos impagados»; lo que no parecía claro antes, si se observan los supuestos de hecho de las Resoluciones dictadas con anterioridad al mismo. Tal es, a mi juicio, el sentido profundo del artículo 245 del Reglamento.

Termina el citado artículo con una referencia expresa a los «requisitos» señalados en los artículos 142 y 153 LH. Unánimemente criticada, y con razón, por la doctrina: ni el artículo 142 establece ningún requisito, ni tampoco, en realidad, los cuatro últimos párrafos del artículo 153 establecen «requisitos», sino trámites procesales de ejecución. Pero de tal cita conjunta no se puede deducir, siguiendo la imperfecta técnica de analogías y diferencias (siempre las hay), que el artículo 245 sea aplicable a las hipotecas del 142 LH, a efectos de emplear la certificación bancaria. Si no hay cuenta en sentido jurídico, sino sólo situación contable (extremo éste perfectamente definido en la última doctrina de la Dirección), no puede haber certificación de saldo que complemente el título ejecutivo.

4.º La opinión contraria a lo anterior no resulta muy convincente, aunque venga de grandes maestros, como LA RICA y ROCA. El primero, que escribe sus conocidos Comentarios en 1948, lógicamente no puede tener en cuenta la doctrina posterior; además, contrario a la restricción de la libertad de pacto introducida en el artículo 153 LH, se deja influir en exceso por la Resolución de 1936. Por su parte, ROCA, dicho sea con el debido respeto, incurre en cierta contradicción al afirmarlo (*op. cit.*, página 721) que «si la hipoteca garantiza una apertura de crédito simple más bien se estará ante un caso típico de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, regulable por los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, mientras que cuando asegure una apertura de crédito en cuenta corriente, se estará en el caso especialmente regulado en el artículo 153 de la misma ley». Tal contraposición de términos no se entiende muy bien, pues indudablemente lo más parecido al contrato de apertura de crédito simple es el crédito en cuenta corriente; y lo «especial» que el artículo 153 establece para esta última no está en los requisitos sustantivos que exige en orden al máximo, plazo de duración, etc., que son normales y comunes a toda

hipoteca de máximo, sino precisamente en la determinación del *debitum* por certificación bancaria. CAMY (vol. VI, pág. 883), sin plantearse frontalmente el problema, y después de afirmar que las Resoluciones de 1933 y 1936 carecen hoy de base, apunta certeramente que «lo esencial en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes otorgadas por Bancos o similares es la cuenta corriente de crédito en sí misma, así como la peculiaridad para acreditar el saldo en las en favor de Bancos... Lo accesorio, lo que no tiene trascendencia a efectos hipotecarios, es cual sea la causa de los asientos de abono o de cargo que se hagan en dicha cuenta corriente... La posibilidad o no de operaciones bancarias de descuento, siempre que la hipoteca se configure como en garantía de cuentas corrientes de crédito, es inoperante a efectos de la hipoteca...».

Apoyado en tal aseveración concluyo que, a mi juicio, para aplicar el medio específico y excepcional de la certificación bancaria a los muy variados supuestos de hipoteca constituida al amparo del artículo 142 sería necesaria una reforma legislativa, y no sólo reglamentaria (ni, por favor, tan ridícula como la del 131 LH o la de la Ley de Propiedad Horizontal...).

Con ello termino este repaso a la patología actual de la hipoteca de máximo; patología que también puede observarse en otros tipos de hipoteca, y cuya causa fundamental, sin duda por mi parte, se encuentra en la mala estructura jurídica, por imprecisa y unilateral, de los actuales contratos bancarios de crédito. Se busca en sus minutas una originalidad omnicomprensiva, sin aprovechar las potencialidades que la propia cuenta de crédito ofrece, y se articula una hipoteca totalmente atípica y abstracta, para la que se pretende en cambio una ejecución muy puntual y típica. Esperemos que, con el rumbo calificador de la doctrina de las últimas Resoluciones, se llegue a buen puerto. Todo es cuestión de seguir navegando... pero en el buen sentido.

Oviedo, 7 de febrero de 1989.

CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA

Registrador de la Propiedad
De la Academia Asturiana
de Jurisprudencia

El aspecto formal de la representación de las sociedades mercantiles. La ejecución de acuerdos sociales

Abordamos el estudio de un tema de diaria aplicación de la mesa de cualquier Registrador como lo demuestra el hecho de que son innumerables las consultas que a este respecto nos llegan con relación a tal materia. Y, aunque parece un tema resuelto a través de Resoluciones de la Dirección General y Sentencias del Tribunal Supremo, es lo cierto que aún se siguen planteando dudas, por lo que nos ha parecido oportuno recoger la invitación de SALVADOR MÍNGUEZ en la *Revista Lunes 4,30*, número 11, correspondiente a la primera quincena de julio de 1988, que, tras afirmar que parecía una cuestión resuelta tras los esfuerzos del que suscribe para aclarar la cuestión, sin embargo manifiesta su sorpresa por la publicación de unas notas relativas a esta materia en el *Boletín del Colegio de Registradores*, número de abril de 1988, bajo el título de «Acta complementaria del Seminario Nacional de Derecho Mercantil Registrable», en el apartado «Representación social instrumental», respecto a las cuales hace constar su disconformidad, e invita a un trabajo de mayor profundidad en la materia. Aunque ello queda lejos de los escasos conocimientos del que suscribe, y esperamos aportaciones de mayor entidad en materia tan importante, no queremos dejar de aportar nuestra pequeña contribución por si ello sirve de ayuda a cualquier compañero.

Para un mejor estudio de la cuestión, nosotros distinguiremos tres etapas diferenciadas, a saber: a) Actos realizados antes de la inscripción de la constitución de la sociedad en el Registro Mercantil; b) realizados durante la vida social, y c) después de acordada la disolución, y no sin antes señalar que, dado el carácter exclusivamente práctico de estas notas, vamos a prescindir de elucubraciones teóricas sin entrar en el examen de la representación social bajo la configuración de mandato o representación

voluntaria y de representación legal u orgánica como señalan otros autores. Las diferencias, bastante acusadas, ya han sido tratadas ampliamente por autores de prestigio reconocido y nada nuevo hemos de añadir nosotros en tal cuestión; nuestra misión es más modesta y nos vamos a limitar a lo que nos interesa como Registradores, es decir, determinar quién representa legítimamente a la sociedad y bajo qué requisitos de forma cuando comparece en el documento que se sujeta a nuestra calificación.

1. ACTOS REALIZADOS ANTES DE LA INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL

Entrando ya en el primer estadio de los antes señalados, y para evitar repeticiones innecesarias, debemos afirmar que la cuestión fue ya ampliamente estudiada en nuestra conferencia «Algunos aspectos de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el Registro de la Propiedad», publicada en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* número 587, correspondiente a julio-agosto de 1988, páginas 1290 a 1298, a la que remitimos al lector, por lo que aquí nos vamos a limitar a resaltar que, dado que tales actos requieren en todo caso la aceptación por la sociedad dentro de los tres meses siguientes, de hecho, el problema se traslada al momento en que se procede a tal aceptación una vez inscrita la sociedad, en cuyo caso, existiendo ya el órgano de representación social, la cuestión queda reducida a determinar qué órgano debe realizar tal aceptación y la forma de actuar tal representación.

En cuanto al órgano que ha de realizar la aceptación, ha sido discutido en la doctrina si siempre ha de ser la Junta general o, si por el contrario, debe ser el órgano de administración; mas, incluso, los autores que admiten la actuación del órgano de administración coinciden en que debe ser la Junta quien acepte cuando el acto ha sido realizado por el órgano administrador, ya que, de otro modo, implicaría una reiteración de lo actuado por la misma persona, que carecería de sentido. La cuestión ya fue abordada —con ocasión de los poderes otorgados por los Administradores sociales antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil— en la Resolución de 22 de enero de 1988, si bien en relación con tal Resolución las notas contenidas en el acta complementaria de las sesiones del Seminario de Derecho Mercantil contienen una afirmación en su apartado 12 que no compartimos, al afirmar que «cuando en la misma escritura se constituye la sociedad y a continuación se nombra administrador o administradores, y éstos otorgan poder, puede entenderse que el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas queda cumplido, ya que están pre-

sententes todos los socios, y al firmar la escritura ratifican tácitamente el poder. Sería una reiteración inútil exigirlos aparte».

No compartimos esta postura. El artículo 7 de la Ley exige dos requisitos: a) que tales actos sean aceptados por la sociedad, y b) que esta aceptación tenga lugar dentro de los tres meses siguientes a la inscripción. El otorgamiento del poder por el órgano de administración en la escritura social podría presuponer, por la presencia de todos los socios, la existencia de la Junta, con lo que el primer requisito aparecería aparentemente cumplido, pero en modo alguno resultaría cumplido el segundo, con lo que claramente se infringiría el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas. Y decimos que el primero aparecería aparentemente cumplido porque la Junta que ha de aprobar tales actos puede estar integradas por las mismas personas que intervinieron en el contrato social como fundadores o por otras totalmente distintas, ya que el artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas permite la transmisión de las acciones tan pronto la sociedad haya quedado inscrita en el Registro Mercantil, y tales nuevos socios no tienen por qué estar obligados a aceptar actos realizados antes de la inscripción por personas distintas. Como dice LAURA CANO (*Boletín del Colegio*, mayo 1989): «La exigencia de la aceptación, como ya se puso de relieve en el recurso que motivó la citada Resolución, no nace de que tenga o no conocimiento la Junta general de tal otorgamiento, sino de la inexistencia de la sociedad antes de la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil. Todo lo que se hace antes de la inscripción son actos realizados en nombre de persona inexistente, siendo únicamente admitidos los de naturaleza puramente interna, y cuando tales actos han de tener trascendencia externa como sucede en los poderes, contratos, etc., han de ser aceptados por la Junta, pero después de inscrita la sociedad. La aceptación anterior a ese momento sigue siendo acto de naturaleza interna y, por tanto, intrascendente, porque lo que la Ley exige es que cuando la sociedad ya existe como tal por haber finalizado el proceso constitutivo, lo cual tiene lugar según expresa el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas y la Resolución citada, por la inscripción en el Registro Mercantil, ratifique lo hecho en su nombre antes de ese momento, con lo cual no hace más que corroborar lo que ya disponía el artículo 1.259 del Código Civil en tal esfera. Antes de la inscripción existe, como dicen diversas Sentencias del Tribunal Supremo (6 de febrero de 1973, 19 de febrero de 1973, 6 de marzo de 1981 y 13 de marzo de 1985), una presociedad, una situación de interinidad de un ente en vías de formación, cuyo principal efecto es obligar a su inscripción para dar nacimiento al ente jurídico dotado de nueva personalidad. Los órganos sociales no son tales antes de la inscripción; la reunión de los otorgantes, a efectos externos, no es Junta, sino reunión de fundadores (así lo reconoce el artículo 15 de la

Ley), y no olvidemos que los fundadores son las personas físicas o jurídicas que intervienen en el otorgamiento de la escritura, no la sociedad, la cual nacerá a la vida jurídica cuando acabe el proceso constitutivo, que, según la propia Resolución comentada, lo es al tiempo de su inscripción, y la aceptación que exige el artículo 7 de la Ley lo es "por la sociedad" y no por los fundadores, por lo que cualquier aceptación expresa o tácita realizada por esa mal llamada Junta antes de la inscripción no está realizada por la sociedad.

Pero es que, además, una breve reflexión nos bastará para darnos cuenta de lo erróneo del planteamiento. Este supuesto que comentamos está basado en un caso de aprobación tácita previa a la concesión del poder, mas también hay que tener en cuenta el tiempo en que ha de actuar la Junta, ya que "aceptar" qué es lo que exige el artículo 7 de la Ley es cosa distinta a "autorizar". La autorización es un acto o requisito previo al acto del otorgamiento, mientras que aceptar o ratificar es algo posterior al mismo, y no pueden confundirse ambos conceptos. Lo exigido es una aceptación y no una autorización, y no puede ser otra cosa, porque el propio precepto legal parte de un supuesto clarísimo: *'El de actos realizados en nombre de la sociedad, no por la sociedad, antes de la inscripción, y exige la aceptación por la sociedad después de la inscripción, con lo que claramente se está refiriendo a actos posteriores y no previos, y, por tanto, excluye la posibilidad del supuesto que comentamos'.*»

Y en cuanto a la ratificación hecha por el órgano de administración, en el citado trabajo añade: «Es claro que el órgano de administración, según resulta del artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, puede otorgar poderes, cosa que no sucede en las sociedades limitadas, salvo que la escritura o la Junta expresamente lo autorice al realizar el nombramiento (véase IV de la exposición de motivos de la Ley y artículo 11 del mismo texto). Pues bien, si el órgano de administración, después de inscrita la sociedad, puede otorgar poderes sin necesidad de aprobación de la Junta, ¿vale la ratificación hecha del poder otorgado con anterioridad a la inscripción? Entendemos que no. La ratificación tiene una virtud esencial: la de conceder efecto retroactivo a lo actuado. El acto ratificado se entiende como válido desde el momento a que retrotrae sus efectos la ratificación, y resulta absurdo que lo que no servía antes sirva ahora sin más intervención que la del mismo otorgante. La ratificación del poder otorgado con anterioridad a la inscripción podrá interpretarse como un nuevo poder concedido después de la inscripción, pero sus efectos se producirán exclusivamente desde el momento de la ratificación y no desde el primitivo otorgamiento. La aceptación por la sociedad a que se refiere el artículo 7 de la Ley no es la del órgano de administración, sino la de la Junta general. El tema no es nuevo y ya fue estudiado por los tratadistas, por lo

que no vamos a reproducir la discusión planteada, sólo nos basta decir que aun los que sostienen la validez de la ratificación hecha por el órgano de administración excluyen de este supuesto, y exigen la aprobación de la Junta general, cuando intervino en el acto o contrato realizado actuando como gestor (así lo llama el artículo 7 de la Ley), el propio órgano de administración, que es precisamente el supuesto que aquí nos ocupa.»

Resta, como cuestión referente a este primer estadio, la de si tal aceptación ha de formalizarse en escritura pública o si sería suficiente una certificación del acuerdo de la Junta con firmas legitimadas, y no dudamos en afirmar la necesidad de la escritura pública. Las certificaciones de acuerdos de la Junta, con o sin firmas legitimadas, no son más que documentos privados que no pueden servir para ratificar lo hecho por escritura pública. Su admisión en los Registros Mercantiles y de la Propiedad queda limitada a los contadísimos y excepcionales supuestos en que la propia Ley los admite (art. 108 del Reglamento Mercantil, 14 de la Ley Hipotecaria, etc., que no son susceptibles de interpretación extensiva).

Y por lo que se refiere a la persona u órgano que ha de ejecutar el acuerdo de aceptación por la Junta, la cuestión hace tránsito al ejercicio de la facultad representativa durante la vida social, por lo que queda comprendido dentro de la segunda etapa que a continuación estudiaremos.

2. ACTOS REALIZADOS DURANTE LA VIDA DE LA SOCIEDAD

El ejercicio de la facultad representativa puede considerarse en dos aspectos diferentes: *a)* El objetivo o relativo a la amplitud y contenido de las facultades del órgano de representación, y *b)* el formal o requisitos de tal naturaleza para legitimar la actuación del representante social. Como el primero ya fue ampliamente estudiado en mi citada conferencia (páginas 1303 a 1317 de la REVISTA CRÍTICA), vamos a limitar ahora nuestro estudio al segundo aspecto, no sin antes manifestar mi opinión contraria a algunos de los supuestos que la ya repetida acta complementaria del Seminario de Derecho Mercantil recoge relativos a tal materia, opinión contraria ya expresada por SALVADOR MÍNGUEZ en la *Revista Lunes* 4,30 al principio citada, y por los Registradores Mercantiles de Valencia en la misma revista número 15 de la segunda quincena de septiembre de 1988.

Nosotros, para un mejor estudio, vamos a distinguir los distintos supuestos de órganos de administración posibles.

a) Administrador único o solidario.—El artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas exige que los Estatutos determinen el órgano u

órganos encargados de la administración, indicando quién ostenta la representación de la sociedad.

Pues bien, cuando este órgano es el que ahora estudiamos a cualquiera de los administradores solidarios o administrador único corresponde la facultad representativa, por lo que si se trata de actos para los que, según los Estatutos sociales, tienen competencia objetiva, podrán por sí solos actuar representando a la sociedad sin más que acreditar su nombramiento vigente inscrito y las facultades conferidas, bien por constituir materias relativas al giro y tráfico social (contenido mínimo inderogable de sus facultades), bien por tener ampliadas estas facultades según los Estatutos sociales (Resolución de 2 de octubre de 1981).

Este segundo requisito se cumple normalmente, sin dificultad, en las escrituras en que el administrador actúa en representación de la sociedad, pues se suelen testimoniar los artículos de los Estatutos de los que resultan las facultades para realizar el acto. No sucede siempre lo mismo por lo que se refiere al primero, pues ni es corriente testimoniar la cláusula del nombramiento ni acompañar la correspondiente escritura inscrita, si ésta se hizo en acto separado, ni mucho menos el precepto estatutario del que resulta el plazo por el que fue designado. El problema carece de trascendencia cuando se trata de documentos inscribibles en el Registro Mercantil, ya que el Registrador tiene en la hoja registral los datos suficientes para comprobar ambas circunstancias; mas no sucede lo mismo cuando el documento es únicamente inscribible en el Registro de la Propiedad, ya que, en tal caso, tales circunstancias deben resultar acreditadas bien por testimonio en la propia escritura o acompañando la correspondiente al nombramiento inscrito.

Del mismo modo, tales administradores pueden actuar representando a la sociedad cuando se trata de actos que exceden de su competencia, ejecutando los correspondientes acuerdos de la Junta general, ya que ésta, mero órgano deliberante, carece en absoluto de facultad representativa. La Junta tiene competencia para nombrar administradores, para acordar la concesión de poderes (art. 110 del Reglamento del Registro Mercantil), no para otorgarlos por sí misma, ya que la función representativa le está vedada, pero precisa de las personas físicas (administradores o apoderados) para su ejecución, como claramente reconoce el primer Considerando de la Resolución de 3 de noviembre de 1980 a que más adelante nos referiremos.

b) Si se trata de dos administradores mancomunados (único supuesto admitido por la Dirección General en Resoluciones de 4 y 5 de octubre de 1982), ambos ostentarán conjuntamente tal facultad representativa (aunque, en nuestra modesta opinión, tal forma de administración no es admi-

sible en las sociedades anónimas, como ya pusimos de manifiesto en el comentario a las citadas Resoluciones, publicado en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores* de diciembre de 1982), tanto si se trata de actos para los que tienen facultades suficientes, como si se trata de la ejecución de acuerdos adoptados por la correspondiente Junta general.

c) Supuesto de Consejo de Administración.—Aquí el problema es más complejo dado el carácter colegiado de tal órgano, y es aquí donde empieza nuestro desacuerdo con las conclusiones recogidas en el acta complementaria tan repetidamente citada, y así coincidimos con la posible intervención de los Consejeros-Delegados, ya que como Delegados del Consejo ostentan la facultad representativa de este órgano atribuida por el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, tanto si se trata de actuaciones que son materia de competencia del propio Consejo, como si se trata de ejecución de acuerdos de la Junta.

Igualmente es admisible la actuación del Presidente o la de cualquier Consejero designado por el Consejo cuando se trata de la ejecución de acuerdos adoptados por este órgano, mas no podemos admitir la actuación de tales personas cuando se trata de ejecución de acuerdos de Junta, aunque hayan sido designados para ello por la propia Junta, ya que ni el Presidente ni cualquier de los Consejeros ostenta por sí solo facultad representativa alguna, ya que son meros componentes o partes de un órgano colegiado que sólo puede actuar mediante el correspondiente acuerdo adoptado por mayoría, y así lo sanciona específicamente el Considerando último de la Resolución citada de 3 de noviembre de 1980 (corroborada por la de 26 de octubre de 1982) y la designación hecha por la Junta, en una materia en que carece de competencia, es inoperante.

Por idéntica razón es inadmisibles la actuación del Secretario no Consejero, pues éste no ostenta ni la condición de parte de órgano social ni facultad representativa alguna. Se trata simplemente de un técnico que no forma parte del Consejo y cuyas funciones, hartamente discutibles, quedan limitadas a redactar las actas y certificar de sus acuerdos con el correspondiente visto bueno del Presidente. Lo mismo cabe afirmar cuando se trata del Letrado asesor, de un socio o de un extraño.

Tampoco se puede admitir el supuesto de que la sociedad se encuentre sin órgano de administración. El órgano de representación es algo tan consustancial e importante en una sociedad que su inexistencia es causa de disolución por imposibilidad de cumplir el fin social, y si bien esta situación puede producirse de forma transitoria, bien por fallecimiento o caducidad de los nombrados, no cabe hablar de ejecución de acuerdos de Junta por otras personas designadas por ésta en aplicación del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que, reunida la Junta, por imperativo

estatutario, lo primero que ha de hacer es nombrar las personas que integran el órgano de representación, y a éstos competirá la ejecución de los acuerdos adoptados en la misma, incluso el de su propio nombramiento, para lo cual están legítimamente facultados (Resoluciones de 24 de abril de 1968 y 3 de marzo de 1986), sin que quepa la posible designación de otras personas, ya sean Presidente de la Junta, accionista, Letrado asesor o extraño, etc., para ejecutar tales acuerdos, ya se haga tal designación para aquel específico acuerdo, o para aquel y otros sucesivos, ya que en ambos casos nos encontraríamos con el supuesto del *nuncius* a que hace referencia la Resolución citada de 3 de noviembre de 1980, figura que fue específicamente excluida por tal Resolución. La recomposición o creación del órgano representativo es anterior y necesaria a cualquier otro acuerdo de la Junta, y así lo sancionó la Resolución de 24 de abril de 1980.

SALVADOR MÍNGUEZ, en la revista citada, nos dice: «Si existe Consejo, a éste le corresponde ejecutar, pero al tratarse de un órgano colectivo debe, a su vez, designar aquel de los Consejeros que ejecute específicamente, y esto, bien por delegación concreta para el acto determinado de que se trate, bien por delegación permanente que, a su vez, pueda estar limitada o no por razón de la materia; en el primer caso no es preciso que esta delegación conste en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil, aunque sí en el segundo (compárese el artículo 72, párrafo 2.º, y artículo 78, párrafo último, de la Ley).

Ningún Consejero como tal, ni siquiera el Presidente del Consejo, tiene competencia para ejecutar acuerdos por sí solo...»

También LAURA CANO en el trabajo antes citado, recogiendo la postura de algún compañero que distingue entre actos en los que subyace la ejecución de un acuerdo, de aquellos otros en que se eleva a público un acuerdo, admitiendo sólo su actuación en este último caso, nos dice: Verdaderamente la distinción de uno y otro casos es francamente delicada, pues dado que los acuerdos siempre suponen una manifestación de voluntad, la elevación a escritura pública de tal voluntad, de hecho, implica la ejecución de tal acuerdo, con lo que resultaría francamente dificultosa la distinción de uno y otro casos, pero si lo que con ello se quiere distinguir es aquellos casos en los que el compareciente en la escritura se limita a decir que eleva a público el contenido del acuerdo de tal fecha, frente a aquellos otros en que previo el acuerdo se requiere otra manifestación de voluntad del otorgante (ejemplo del primer caso podría ser su nombramiento y del segundo una venta acordada por el Consejo, pero ejecutada por el Consejero designado), la verdad es que este tema ya fue abordado específicamente en la Resolución de 3 de septiembre de 1980 en la que el Notario, utilizando esta misma posición que ahora reverdece,

ya decía 'que frente a la figura del representante, que es quien actúa por otro sustituyéndolo en su declaración de voluntad y estando facultado para elaborar y manifestar esa voluntad, el *nuntius*, al ser un mero manifestante, correo o portador de una voluntad manifestada por su principal, no precisa poder alguno para acreditar su misión, siendo suficiente con exhibir la credencial que justifique que se le ha encomendado esa exteriorización; que en el caso que nos ocupa, la formalización escrituraria del acuerdo no precisa tener conferida la representación de la sociedad, es decir, poder, siendo suficiente una credencial, que la ostenta por la propia decisión del órgano emisor, confiriéndola a quien por la constancia de su cargo social en el Registro está legitimado como portavoz y sin necesidad de escritura intermedia o poder, por cuanto se encomienda a un administrador y no a un extraño, y se limita a plasmar en la escritura lo que ya consta en la certificación'.»

Es conveniente recordar que en el caso cuestionado la representación de la sociedad (una sociedad limitada) estaba atribuida a tres administradores, de los cuales habían de actuar dos mancomunadamente. El acuerdo fue adoptado; se expidió la certificación del mismo facultando a uno de los administradores para elevarlo a escritura pública, estando suscrita la referida certificación por los otros dos administradores actuantes como Secretario y Presidente, legitimando las firmantes el Notario, y la escritura fue otorgada por el tercer administrador. El Notario admitió expresamente, como hemos visto por el resultando transcrito, que si la misión de elevar a escritura pública el acuerdo se hubiese confiado a un extraño, se habría precisado un poder, pero habida cuenta de que se confiaba a un administrador, constando su nombramiento inscrito en el Registro, bastaba que se le hubiese concedido tal función en la correspondiente certificación, alegando además que en los supuestos de acuerdos del Consejo, «por costumbre, correspondía su ejecución al Presidente, y, tratándose de acuerdos de la Junta, compete cumplimentarlos a aquella persona, órgano social o parte del órgano debidamente inscrito en quien ella delegue»

No vamos a transcribir, por innecesaria, la argumentación del Registrador frente a esta postura, porque, resumida, ya aparece en el resultando siguiente de la Resolución comentada, mas sí es conveniente recordar el contenido de la Resolución a través de los considerandos de la misma, que con absoluta claridad rechazan la tesis del Notario recurrente sentando la doctrina siguiente:

1.º Que la sociedad mercantil, como toda persona jurídica, tiene siempre que actuar a través de las correspondientes personas físicas, bien se les estime como mandatarios —tesis clásica— o bien como órganos de la propia sociedad —tesis moderna—, pero siempre es necesario que jus-

tifiquen la relación que les une a la sociedad (Considerando primero).

2.º Que la actuación de tales personas, órganos sociales o apoderados, ha de ajustarse a las normas legales, que para los primeros serán las de la correspondiente Ley y normas estatutarias y para los segundos la escritura pública a que se refiere el artículo 1.280, 5.º, del Código Civil, unas veces inscrita en el Registro Mercantil y otras no, según establece el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil (Considerando segundo).

3.º Que en el caso cuestionado no se acude a la representación orgánica, puesto que no se actúa en la forma prevenida en los Estatutos sociales, norma de obligado acatamiento para la propia Junta en tanto no se modifiquen los Estatutos sociales, sino que para cumplimentar el acuerdo se ha recurrido a un administrador en calidad de simple *nuntius* (Considerando tercero).

4.º (Que transcribimos literalmente por su importancia.)

«Considerando por último, tal y como se ha indicado anteriormente, que al no realizar la sociedad por sí misma y a través de su órgano de gestión correspondiente la ejecución del acuerdo adoptado, la persona que actúa en su nombre —sea un extraño o *incluso uno de sus propios representantes* que por sí solo carece de facultades para usar de la firma social según los Estatutos en vigor— habrá de justificar la representación a través del documento adecuado —artículo 1.280, 5.º, del Código Civil—, lo que no ha tenido lugar.»

Rechaza la Dirección, como vemos, la tesis de la actuación del *nuntius* como mero portavoz, trátase o no de ejecución de acuerdos, pues las sociedades sólo pueden actuar en cualquiera de las dos formas que permite la Ley, bien a través de sus representantes orgánicos (órgano de gestión) en la forma prevenida en los Estatutos, bien a través de sus representantes voluntarios (apoderados), y en el caso de actuación de estos últimos por imperativo del artículo 1.280, 5.º, del Código Civil (dado que se trata de actos sujetos a inscripción), consignada tal representación en escritura pública, requisito que no se cumple en los casos contemplados, ya que las certificaciones de los acuerdos sociales, bien sean de Consejo bien de Junta, no son más que documentos privados con firmas legitimadas, insuficientes, por defecto de forma, para provocar asientos en el Registro Mercantil ni en el de la Propiedad.

Nos preguntamos por qué doctrina tan clara, que no sólo aparece en la Resolución comentada, sino también en la de 13 de mayo de 1976 y 26 de octubre de 1982, sigue en la práctica motivando actuaciones no ajustadas a la misma, cuando la necesidad del documento público para los actos inscribibles en el Registro es algo tan cuidado por los Registradores.

El error nace precisamente de los acuerdos de las Juntas y ello porque siempre se utiliza por la parte interesada en la inscripción un argumento aparentemente sólido, pero falto en absoluto de consistencia jurídica, el de que siendo la Junta general el órgano soberano y superior de la sociedad puede hacer lo que quiera. Nada más lejos de la realidad. La Junta general, órgano superior de la sociedad, adopta las decisiones de más importancia que afecten a la misma, puede cambiar los Estatutos, revocar nombramientos, disolver la sociedad, etc., o, lo que es lo mismo, es soberana *en los asuntos de su competencia*; mas en materia de representación, la verdad es que la Junta general puede hacer muy poquita cosa (ver Resolución de 8 de febrero de 1975).

La representación de las sociedades, tal como resulta de la Ley y de la doctrina antes expuesta, compete al órgano de gestión y representación. Las decisiones son adoptadas por ella, pero la formalización documental de los acuerdos escapan a su competencia y han de actuarse a través de representantes, ya sean orgánicos o voluntarios, y, en ambos supuestos, ajustándose a las normas legales tanto en cuanto al fondo como a la forma de instrumentarse.

De ahí la defectuosa costumbre de que la Junta señale a la persona que debe ejecutar o elevar a público el acuerdo adoptado, pues, en buena doctrina jurídica, cuando esto ocurre y la persona designada no tiene por sí sola previamente atribuida la facultad representativa, lo que está ordenando es que el órgano de representación confiera un poder a la misma para que realice la actuación encomendada —lo cual es perfectamente posible, dado que el artículo 110 del Reglamento del Registro Mercantil permite que la Junta pueda acordar otorgar poderes—, pero simplemente eso, acordar otorgarlos, no otorgarlos por sí mismas, pues para ello carece de facultades al no ser de su competencia la facultad representativa.

Por último, hemos de examinar los supuestos de cese total por renuncia de los miembros del Consejo o renuncia o caducidad de los Administradores nombrados. Independientemente de la ya muy elaborada doctrina de los Administradores de hecho, cuyas actuaciones requerirán ratificación posterior, resulta evidente que tal situación no puede darse en la ejecución de los acuerdos de Junta general, habida cuenta de que si la Junta se reúne para adoptar el acuerdo lo primero que ha de hacer, en cumplimiento de las normas estatutarias, es proceder a realizar los nuevos nombramientos, ya que la sociedad no puede estar sin órgano de administración, y así lo resolvió la Dirección General en su Resolución de 24 de abril de 1980 en que los Estatutos establecían que para el supuesto de que la sociedad quedase sin administrador actuaría la Junta como órgano de administración. Por consiguiente, es inaceptable la interpretación que pretende darse

el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas de que cuando no existe Consejo (sea por no regir este órgano o por caducidad de todos los nombrados) la representación se regirá por los Estatutos y los acuerdos de la Junta general, admitiendo que en tal caso basta el acuerdo de la Junta para fijar la persona que ostente la representación.

La representación de la sociedad necesariamente ha de venir regulada en los Estatutos, como claramente se desprende del artículo 11, letra *h*), de la Ley, al expresar «indicando quién ostenta la representación de la sociedad», por lo que resulta evidente que el cese del órgano o su falta de nombramiento, dado que la primera norma del artículo 76 es la remisión a los Estatutos sociales, implicará necesariamente —dado que la Junta está reunida— cumplir lo dispuesto en ellos y, por consiguiente, nombrar los nuevos administradores, que ya estarán perfectamente legitimados para la ejecución del acuerdo de su propio nombramiento y restantes adoptados en dicha Junta, ya que la propia Dirección General ha reconocido el que los administradores con mandato caducado pueden válidamente convocar la Junta general (Resolución de 24 de abril de 1968), y en el mismo sentido para los actos necesarios para la existencia y funcionamiento de la sociedad lo reconoce la Resolución de 12 de mayo de 1978, por lo que en ningún caso será factible que la Junta pueda proceder a designar personas (sea Presidente, Secretario, Letrado asesor, socio o extraño) que ejerciten la representación, por cuanto ello implicaría una infracción de los Estatutos sociales y posibilitaría cambiar el órgano de administración sin la correspondiente modificación estatutaria. Por otra parte, el artículo 76 se remite a los Estatutos sociales y a los acuerdos de la Junta, es decir, a ambos cumulativamente, no disyuntiva ni sucesivamente, lo cual es lógico, ya que hay que atender a las normas estatutarias para la clase de órgano establecido y a los acuerdos de la Junta general para determinar las personas que han de ostentar tales cargos. Lo que el artículo 76 ha querido establecer es una norma concordante con el propio artículo 11 de la Ley, desenvuelta por el artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil. Es decir, que la sociedad puede tener varias modalidades de órgano de administración e incluso puede tener dos órganos de administración simultáneos (Consejo de Administradores solidarios), y el artículo 76 lo que establece es que, en tal caso, siempre la representación es del Consejo y no de los administradores solidarios, y cuando no existe el Consejo, porque no se ha creado tal órgano, hay que atender a los Estatutos y a los acuerdos de la Junta en la forma que antes hemos visto. Como dicen las Resoluciones de 24 de abril de 1980 y 3 de septiembre de 1980, la Junta es la primera obligada por sus propios Estatutos y si éstos no se adaptan a las necesidades de la sociedad ha de proceder a su modificación, pero no puede infringirlos. En consecuencia, la inexistencia de

personas que ostenten los cargos del órgano de administración sólo puede suplirse por la Junta mediante los oportunos nombramientos y no por la creación de órganos de representación no previstos en los Estatutos sociales.

Si el acuerdo es del Consejo, resulta evidente que con mandato caducado sólo pueden realizar aquellos actos a que hacían referencia las Resoluciones citadas, tendentes precisamente a convocar la Junta en que se procede a su nombramiento y ratificación de lo realizado, por lo que igualmente hasta que no se proceda al nombramiento o reelección no podrán inscribirse los acuerdos adoptados, previa la correspondiente ratificación.

Llegados a este punto conviene que sentemos algunos criterios en orden a los requisitos necesarios para documentar los acuerdos sociales, bien de Consejo o bien de Junta:

a) Acuerdos del Consejo de Administración.—La formalización de los mismos compete a cualquiera de los componentes del mismo que haya designado para ello y no exclusivamente al Presidente, ni por costumbre, como decía el Notario en la Resolución de 3 de septiembre de 1980, ni por norma legal alguna. La función del Presidente no es representativa, simplemente preside, dirige las reuniones, convoca las sesiones, etc., pero no representa al Consejo. El artículo 78 de la Ley distingue dos tipos de delegación: la permanente, que requiere acuerdo de los dos tercios de los componentes del Consejo, escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, y la transitoria o para acto concreto, que no requiere tales requisitos y para la que basta simplemente acuerdo de mayoría y designación de quién ha de proceder al otorgamiento. Del mismo modo puede actuar el Consejero-Delegado sin necesidad de previo acuerdo, dado que a éste se la habrá conferido la facultad de representar a tal órgano como delegado del mismo.

Lo que de ningún modo es admisible es que actúe quien no sea componente del mismo, como es el caso del Secretario no Consejero. En este caso, si se desea que pueda actuar en representación del Consejo, se precisa que se le confiere un poder. Lo mismo sucede cuando se trata del Letrado asesor no Consejero.

b) Acuerdos de la Junta general.—La formalización documental de tales acuerdos compete al órgano de gestión y representación, por lo que, dada la variabilidad posible de órganos de tal naturaleza, habrá que tener en cuenta el régimen adoptado por la sociedad, y así, si se trata de administrador único, será éste el único legitimado para ello; si de administradores solidarios se trata, cualquiera de ellos; si son dos los administradores mancomunados, ambos conjuntamente, sin que en este punto quepa acuer-

do para que uno de ellos actúe solo en ejecución de tal acuerdo, pues esta es una de las diferencias que plantea respecto al Consejo integrado por dos miembros, y, por último, si se trata de Consejo, al consejero designado por aquél, previa la correspondiente reunión. Lo que de ningún modo es admisible es la actuación de uno de los consejeros designado directamente por la Junta, como ya hemos visto en el último Considerando de la Resolución de 3 de septiembre de 1980, ya que se trataría de «parte de un órgano que por sí solo carece de facultad representativa», por lo que precisaría igualmente del oportuno poder en aplicación del artículo 1.280, 5.º, del Código Civil. La solución es perfectamente lógica, dado que el Consejo es un órgano colegiado y la representación de la sociedad la ostenta como tal órgano, es decir, adoptando sus decisiones por mayoría previa citación a todos los consejeros. Admitir que uno cualquiera de ellos actuase por sí solo supondría transformar la actuación colegiada en actuación solidaria, lo cual implicaría una modificación del órgano, que sólo podría realizarse previa la correspondiente modificación estatutaria.

Esto quiere decir que siempre que exista un acuerdo de Junta, para su ejecución se requiere a su vez una sesión de Consejo que determine el Consejero que ha de proceder al otorgamiento, lo cual en la práctica se traduce exclusivamente en que la certificación expresa que en el seno de la Junta se encuentra reunido el Consejo.

Precisamente este fue uno de los argumentos esgrimidos por el Notario recurrente en el recurso que motivó la Resolución de 3 de septiembre de 1980, o sea, que en tal caso para la ejecución de los acuerdos habrían de comparecer todos los consejeros ante el Notario, lo que era inadmisibile, mas el acuerdo del Registrador ya precisaba que no era así, por cuanto, para ello, la Ley ya prevé la delegación en sus dos variantes antes apuntadas, o sea, la permanente y la transitoria, que es la normalmente utilizada en estos supuestos por no precisar de requisitos formales.

Por esta razón siempre es admisible la actuación de la comisión ejecutiva o la del Consejero-Delegado, ya que estos miniórganos ya ostentan por sí la facultad representativa.

Hasta ahora hemos examinado supuestos de representación orgánica, sólo nos resta añadir que igualmente cabe la actuación en los otorgamientos relativos a acuerdos de Junta de apoderados a quienes se les haya atribuido tal facultad, medida francamente conveniente cuando la sociedad tiene Letrado asesor, pues en tales casos lo frecuente es que la Junta faculta al Letrado, como técnico, para comparecer ante el Notario y nos encontramos siempre con la falta de facultad representativa, pues, como ya dijimos antes, la certificación del acuerdo como mero documento privado con firmas legitimadas no es el documento público que para los

actos sujetos a inscripción exige el artículo 1.280, 5.º, del Código Civil.

Y terminamos diciendo que naturalmente habrá que comprobar la vigencia del cargo del compareciente, especialmente por lo que atañe a las renovaciones parciales, ya que el plazo estatutario general por sí solo puede inducir a confusión.

Por último, las sesiones de Consejo requerirán el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de 31 de octubre de 1975, desarrollada por Decreto de 5 de agosto de 1977, aunque algún compañero afirma que no es preciso expresar en las certificaciones de los acuerdos del órgano administrador el nombre y número de inscripción en el Registro especial del Letrado asesor, ya que, según dispone el número 4 del artículo 1 de la Ley «el incumplimiento de lo establecido en la presente Ley será objeto de expresa valoración en todo proceso sobre responsabilidad derivada de los acuerdos o decisiones del órgano administrador», por lo que si únicamente a efectos de responsabilidad del órgano de administración afecta el incumplimiento de la disposición legal, al ser cuestión que no afecta al acto de la inscripción, hace innecesaria su expresión en el documento a los efectos del Registro.

LAURA CANO, en el citado trabajo nos dice:

«A nuestro juicio tal afirmación nos parece excesivamente tajante y susceptible de diversas consideraciones contrarias.

En primer lugar, conviene resaltar que el propio número 4 citado, en su segundo inciso, dispone que 'En la certificación de todo acuerdo inscribible se hará constar expresamente que ha tenido lugar la intervención del Letrado asesor que la sociedad tenga designado o que la compañía no está comprendida en ninguno de los supuestos que hacen obligatoria su designación', y disposiciones similares se contienen en el número 2 del artículo 1.º del Decreto de 5 de agosto de 1977 y el artículo 3.º, 1, del mismo cuando expresa 'En las certificaciones de los acuerdos inscribibles se hará constar el nombre del Letrado y el número que tenga asignado en el correspondiente Registro del Colegio de Abogados'.»

De la lectura de los indicados preceptos fácilmente se deduce que una cosa son los efectos derivados del incumplimiento de lo ordenado en la Ley en orden a la preceptiva designación de Letrado asesor cuando la sociedad se encuentra en alguno de los supuestos que hacen obligatoria su designación (capital superior a cincuenta millones, volumen superior a cien millones en sus negocios o plantilla de personal fijo superior a cincuenta trabajadores), en los que la inexistencia del Letrado asesor o su falta de asistencia en los supuestos en que esté designado, siendo preceptiva su intervención, se valorará en todos los supuestos de proceso de responsabilidad derivada de los acuerdos o decisiones del órgano administrador,

lo cual resulta lógico, pues si incumpliendo la norma legal se toman decisiones incorrectas existirá un mayor grado de responsabilidad y culpabilidad en los administradores por no haber contado éstos con el asesoramiento adecuado impuesto por la Ley, y ello independientemente de que el acuerdo que motive la responsabilidad sea o no de los susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil, pues tal valoración impuesta en el precepto para nada tiene en cuenta esta circunstancia, y otra cosa muy distinta es la exigencia de que en las certificaciones de los acuerdos *inscribibles* se haga constar el nombre y número del Letrado asesor o la circunstancia de no estar la compañía comprendida en ninguno de los supuestos que hacen necesaria su designación. La primera norma es aplicable a toda clase de acuerdos sean o no inscribibles. La segunda, sólo a los inscribibles.

Aclaremos. La intervención profesional del Letrado asesor es preceptiva asesorando al órgano de administración sobre la legalidad de los acuerdos y decisiones que se adopten y de las deliberaciones a las que asista, así como respecto a la legalidad de los acuerdos de convocatoria de las Juntas generales, más que la expresión del nombre, número, etc., sólo es exigible en aquellas certificaciones que han de acceder al Registro Mercantil, mientras que en las restantes tal mención no es necesaria, siendo suficiente en tales casos que en la documentación social quede constancia de su intervención profesional según dispone el número 3 del artículo 1.º de la Ley a efectos de valoración de responsabilidad si tal intervención no ha tenido lugar; mas para los acuerdos inscribibles la Ley exige un requisito más: la constancia del nombre y número o la expresión de no estar comprendida en tal requisito.

Del carácter imperativo de la norma no cabe duda alguna cuando claramente expresa «se hará constar», y la Ley no se dicta exclusivamente para la sociedad, ya que las leyes obligan a todos y también a los Registradores, y si la expresión de tales circunstancias las impone únicamente para los acuerdos que han de acceder al Registro Mercantil, la única persona que puede comprobar el cumplimiento de tal circunstancia es el Registrador, y resulta anormal el que se inhiba de la comprobación de tal requisito cuando su exigencia es exclusivamente para acceder al Registro, como requisito añadido, ya que los efectos respecto a la valoración de responsabilidad se producen según se haya o no producido la intervención del Letrado independientemente de que tal circunstancia se haya o no consignado en la certificación.

Insistimos. Si los acuerdos o decisiones del órgano de administración son correctos, resulta evidente que no habrá responsabilidad alguna para él aunque no haya intervenido el Letrado asesor en los supuestos en que

la Ley la exige; luego la aplicación del número 4 del artículo 1.º será imposible. Mas ¿quiere ello decir que en tal caso tampoco será aplicable la norma del párrafo segundo del mismo precepto, ni las de los artículos 1.º-2 y 3.º-1 del Decreto de 5 de agosto de 1977? Evidentemente no. Son normas de distinto alcance y para distintos supuestos. Mientras para los acuerdos no inscribibles si el órgano de administración incumple la exigencia legal puede verse agravada su responsabilidad, pero puede, asumiendo ésta, prescindir de la intervención; para los acuerdos inscribibles, ello es imposible, ya que aquí no se plantea problema alguno de agravación de responsabilidad, que ya viene determinada por el párrafo anterior, sino que la circunstancia de la existencia de tal intervención ha de constar de modo expreso en la certificación, lo que indica la clara voluntad del legislador de que en tales acuerdos no se pueda prescindir de la intervención del Letrado, y la comprobación del cumplimiento de tal requisito únicamente compete al Registrador, que ha de proceder a la inscripción del documento. El incumplimiento de tal expresión ni agrava ni aligera la responsabilidad, ya que ésta depende exclusivamente de que efectivamente haya intervenido o no en el acuerdo el respectivo Letrado, independientemente de que se exprese o no en el documento, luego la falta de tal expresión, si la norma legal ha de tener alguna finalidad y no ser un precepto totalmente inútil, el único efecto que puede producir es el impedir su acceso a los libros del Registro.

c) Por otra parte hemos de aludir a la representación voluntaria, o sea, la ejercitada por apoderados, la cual será posible siempre que tengan conferida la facultad representativa, poder que, según su naturaleza, precisaría o no de la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil, cuestión ésta que plantea algún problema, habida cuenta de la redacción del artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que al imponer la inscripción de los poderes excluye la de los poderes especiales para uno o varios actos concretos que no están sujetos a inscripción. Ello implica que cuando se trate de poderes generales han de estar necesariamente inscritos en el Registro Mercantil para admitir la intervención de tales apoderados, pero no cuando se trate de poderes para uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción. La Dirección General, en Resolución de 25 de agosto de 1976, aclaró que la frase «sujeto a inscripción»⁵⁵⁵⁵ se refería a inscripción en el Registro Mercantil, por lo que tal requisito no era necesario cuando el acto era solamente inscribible en el Registro de la Propiedad; sin embargo, el problema se plantea en orden a aquellos poderes que aun no siendo generales contienen varios actos no específicamente concretados (por ejemplo, facultando simplemente para vender, o bien para hacer cualesquiera actos relativos a fincas determinadas, etc.). En estos supuestos, consideramos que siempre que la actuación

para cada uno de tales actos sea repetible y no agote la facultad específica precisará la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil, y, por el contrario, no será necesario en aquellos casos en que realizado el acto ya no pueda repetirse la actuación en cuanto a aquél, aunque subsista para los restantes enumerados en el mismo.

Por último, conviene recordar que cuando se trata de acuerdos de Junta general es materia sujeta a calificación la del cumplimiento de los requisitos de la convocatoria (publicación en periódico y *BOE* con la antelación legal si se trata de sociedad anónima), orden del día, quórum de asistencia y el de aprobación del acta, sin el que los acuerdos carecen eficacia ejecutiva (ver Resoluciones de 21 de noviembre de 1978, 18 de junio de 1979, 18 de junio de 1980 y 23 de julio de 1984).

3. ACTOS REALIZADOS DESPUÉS DE LA DISOLUCIÓN

Y con ello entramos en la tercera etapa a que hacíamos referencia al principio de este modesto trabajo, o sea, la relativa a los actos realizados después de acordada la disolución de la sociedad. En este punto es primordial el artículo 159 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando nos dice «desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación cesará la representación de los administradores para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, asumiendo los liquidadores las funciones a que se refiere el artículo siguiente», y el 160-8 añade: «Incumbe a los liquidadores de la sociedad ostentar la representación de la sociedad para el cumplimiento de los indicados fines.»

Habida cuenta de que, según el artículo 155 de la Ley de Sociedades Anónimas, una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, resulta patente la voluntad del legislador de que no se produzca solución de continuidad en la existencia de un órgano de representación respecto de la sociedad, ya que desde el momento en que se declare la liquidación, situación que tiene lugar cuando se acuerda la disolución, cesa la representación de los administradores para realizar nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, atribuyéndose la facultad representativa a los liquidadores, si bien limitada, como es lógico, a las funciones de liquidación que son las contenidas en el artículo 160. Así pues, cesan los administradores y entran en función los liquidadores.

Respecto a la forma de actuación de éstos dependerá de lo que establezcan los Estatutos, tanto respecto al número de liquidadores, sin más limitación que la que resulta del inciso final del artículo 156, de que su número será siempre impar, como de las personas que han de ostentar tal cargo, ya que la Ley, en el artículo 161-2, inciso final, permite que el

liquidador haya sido designado en los Estatutos, consecuente con lo cual la revocación de los así nombrados precisará que el acuerdo de la Junta sea adoptado con los requisitos del artículo 58, como cualquier otro supuesto de modificación estatutaria. En cuanto a la forma de actuar dependerá igualmente de lo dispuesto en los Estatutos sociales, si bien cuando sean varios habrán de actuar colegiadamente, ya que de admitir la solidaridad podríamos encontrarnos con varias liquidaciones diferentes hechas por cada uno de los liquidadores, lo cual parece inadmisibile (ver, sin embargo, Resolución de 21 de abril de 1987), postura que parece avalada por la exigencia del número impar de liquidadores que trata de evitar el que se pueda producir el empate en los acuerdos adoptados y que de otro modo carecería de sentido.

Las facultades mínimas aparecen recogidas en el artículo 160 de la Ley, si bien pueden, igualmente que sucede con los administradores, ser ampliadas, y así la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la posibilidad de que la Junta general dispense a aquéllos del requisito de la subasta en la enajenación de inmuebles, si bien siempre que la Junta sea universal y el acuerdo se adopte por unanimidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1965 y 1 de marzo de 1983), por entender que en tales casos es la Junta la que acuerda la venta y no los liquidadores; de ahí que resulte defectuoso algún artículo estatutario muy extendido que dispone que «los liquidadores tendrán las facultades señaladas en la Ley o las que les otorgue la Junta general». La disyuntiva *o* es la que crea el defecto, ya que la Junta podría concederle menos facultades de las del 160, por lo que lo correcto es la sustitución de la disyuntiva *o* por la copulativa *y*, por cuanto la ampliación de facultades sí es posible.

Resulta aplicable a los liquidadores, cuando sean varios, lo anteriormente expuesto respecto a la ejecución de acuerdos por el Consejo de Administración.

Sin embargo, a pesar de la aparente sencillez de lo expuesto, para esta etapa es lo cierto que en la práctica son bastantes los supuestos en que los Registradores de la Propiedad nos encontramos con casos de difícilísima solución derivados de la falta de exactitud de los acuerdos de disolución.

Estos supuestos se dan cuando la sociedad acuerda la disolución y realiza a su vez la liquidación en el mismo acto, con o sin nombramiento de liquidador (por considerarlo innecesario), por manifestar que no existen operaciones pendientes, a cuyo efecto el Balance no recoge más partidas que la de caja en el activo y la de capital, reservas y previsión para impuestos en el pasivo, o bien aunque aparezcan otros bienes en el activo, procede a su adjudicación a los socios en el mismo acto. En tales casos, y prescindiendo de que, a nuestro modesto juicio, el nombramiento de liqui-

dador siempre es necesario, por cuanto al menos se precisa su intervención como representante de la sociedad para el otorgamiento de la escritura, ya que, como hemos señalado repetidamente, la Junta es un órgano puramente deliberante que carece de facultad representativa y la designación por ésta de la persona que ha de ejecutar el acuerdo no reúne los requisitos de forma exigidos por el artículo 1.280, 5.º, del Código Civil para los actos sujetos a inscripción, por cuanto la certificación es un mero documento privado con firmas legitimadas, es lo cierto que en la mayoría de los casos cuando se trata de sociedades dedicadas a la construcción y venta de pisos, existen operaciones a realizar que a veces comportan modificaciones patrimoniales de la sociedad y en otras no.

Cierto que los Registradores mercantiles cuando la escritura llega en la forma expuesta no pueden hacer otra cosa que inscribir procediendo al cierre de la hoja, más el problema surge por consecuencia, como ya es frecuente, de la normativa fiscal. Tales sociedades normalmente realizan las ventas de pisos en documento privado y a plazos, consignando los precios reales y sujetos a condición resolutoria para el caso de impago, y, generalmente, tales documentos no son presentados a liquidación. Sin embargo, la sociedad para eliminar la obligación de presentar a Hacienda, balances, etc., se disuelve y liquida sin haber elevado a escritura pública los referidos documentos privados, en unos casos porque aún existen plazos pendientes de pago, y en otros por demasiada prisa para desaparecer de la esfera fiscal, con lo que cuando llega el momento en que el comprador reclama el otorgamiento de la escritura surge el gravísimo problema de la inexistencia de la sociedad y, por tanto, de representante de la misma que pueda proceder al otorgamiento.

El problema desaparecería si la sociedad simplemente acordase la disolución, permaneciendo en estado de liquidación hasta que finalizase esa serie de operaciones pendientes, mas como no sucede así se plantean diversos casos, de todos los cuales hemos tenido realmente muestras en nuestra oficina.

Las soluciones que para tales casos arbitran las referidas sociedades consisten generalmente en expresar en el acuerdo de disolución que se concedan poderes al liquidador o bien a un socio para que formalice documentalmente las ventas de inmuebles que figuran registralmente a nombre de la sociedad, bien así genéricamente o bien enumerando totalmente los bienes pendientes. Sin embargo, la solución no siempre es acertada y vamos a enumerar los diversos supuestos que hemos comprobado.

a) El liquidador o la persona designada otorga escritura de venta incluso con precio aplazado y condición resolutoria para el supuesto de impago. El documento, a nuestro juicio, es inscribible, pues del mismo

resulta que la sociedad está extinguida, que el liquidador ya no ostenta función representativa alguna por cuanto, según el artículo 161, la función de los liquidadores termina «por haberse realizado la liquidación», y ésta, según resulta de la propia escritura se da por terminada previamente, porque evidentemente ello no es así, ya que los precios aplazados y pendientes de cobro son cantidades que hay que distribuir entre los socios, lo que demuestra que a pesar de lo expresado en la escritura de disolución la liquidación no está terminada, y porque la condición resolutoria es imposible inscribirla a favor de una sociedad extinguida y carente de personalidad jurídica.

b) El liquidador o persona designada otorga escritura de venta manifestando haber recibido el precio con anterioridad. Aquí el aspecto económico, desde el punto de vista de la liquidación, aparece resuelto en parte, y decimos en parte porque la confesión de dinero recibido no aclara si éste se recibió antes del acuerdo de disolución o después de éste; mas aunque se exprese que fue recibido antes de tal fecha subsisten otros problemas de índole jurídica, como el derivado de la falta de representatividad del liquidador o persona designada, y el de que es incorrecto expresar que se vende en el momento del otorgamiento de la escritura. A lo sumo se podría expresar que se formaliza documentalmente una venta realizada con anterioridad al momento de la disolución elevando a escritura pública el documento privado otorgado cuando ésta se realizó, pero nunca expresar que se vende en tal momento, pues en tal caso el bien entraría dentro del patrimonio social sujeto a liquidación y división entre los socios, con lo que estaríamos en el supuesto siguiente.

c) Elevación a escritura pública, por las personas designadas en el acuerdo de disolución, de los documentos privados de venta otorgados con anterioridad a aquélla. Este caso presenta variantes: la primera, cuando aún quedan plazos por vencer que incide en todos los problemas apuntados en el apartado a) precedente; la segunda, cuando el pago se ha realizado totalmente antes del otorgamiento de la escritura, pero después del acuerdo de disolución, con idénticos defectos, y la tercera, cuando del documento privado resulta que los vencimientos fueron anteriores al acuerdo de disolución, en cuyo caso sólo subsiste el problema de la posible falta de representatividad del otorgante en nombre de la sociedad.

Sin embargo, en estos dos casos de elevación a público de los documentos privados de venta a que se refieren el inciso final de los apartados b) y el c) se tropieza con otras dificultades prácticas, aparte del problema de la representación de la sociedad, como lo son el de que los documentos privados, que en su día no fueron presentados a liquidación por razones fácilmente comprensibles, estarían sujetos a recargo fiscal,

multa y demora, con el consiguiente encarecimiento de la operación, y que el precio consignado en ellos sería el real, con igual repercusión fiscal. El problema aún puede agravarse si se otorga escritura de venta por precio inferior y se destruye al mismo tiempo el documento privado original.

d) Otorgamiento de cartas de pago de precio aplazado y cancelación de la condición resolutoria pactada en ventas realizadas con anterioridad a la disolución de la sociedad, pero con plazos devengados con posterioridad a la disolución-liquidación de la sociedad, en cuyo caso nos encontraríamos con supuesto similar al del apartado a), ya que resulta evidente que la liquidación es incorrecta, por cuanto estos plazos percibidos con posterioridad a la liquidación no han sido objeto de división entre los socios al tiempo de realizarse aquélla, y el Balance debió haber reflejado los créditos pendientes a favor de la sociedad.

e) Por último, otorgamiento de cartas de pago de precio aplazado y cancelación de condición cuando los plazos vencieron todos antes de la liquidación, en cuyo caso subsiste únicamente el problema de la posible falta de representatividad, por estar extinguida la sociedad y haber finalizado la función del liquidador.

En una interesante conferencia pronunciada por JOSÉ LUIS SANROMÁN en el Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña se abordan estos problemas en los que el conferenciante aboga por la posibilidad de inscripción en estos actos en el Registro de la Propiedad, con excepción de los a) y d), admitiendo la viabilidad del poder conferido en el acuerdo de disolución ante la necesidad de dar una solución práctica al problema planteado, y tras argumentar que no cabe la posible rectificación de la escritura de disolución-liquidación, en el sentido de haberse hecho constar erróneamente que la sociedad quedaba disuelta y liquidada cuando en realidad quedaba «en liquidación», por cuanto dado el carácter constitutivo de la inscripción de tal escritura en el Registro Mercantil, solución a la que hay que llegar del mismo modo que se sostiene el carácter constitutivo de la inscripción de la escritura social al tiempo de constituirse la sociedad, ello impediría el practicar cualquier tipo de asiento en el Registro Mercantil una vez cerrada la hoja por la inscripción de la liquidación.

Y por lo que se refiere a la viabilidad del poder concedido en el acuerdo de disolución admite su eficacia, por cuanto aun cuando no existe norma alguna que así lo prevea, ni se acomodan exactamente al caso, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico existen supuestos en que se admite la eficacia de determinados poderes aun contra la voluntad del propio poderdante o aun habiendo fallecido el mismo, como son los supuestos del artículo 290 del Código de Comercio, el del artículo 1.738

del Código Civil y el del poder conferido con carácter irrevocable, y porque lo que se pretende con los referidos poderes es algo similar a lo que contempla el artículo 162-1 de la Ley de Sociedades Anónimas, asegurando el cumplimiento de obligación no vencida. (No publicada aún la citada conferencia pedimos disculpas a JOSÉ LUIS por si, captada simplemente al oído, nuestro resumen de su tesis no es acomodada exactamente a lo por él expuesto.)

Ciertamente los problemas apuntados son de gran importancia práctica dada su frecuencia y la necesidad de solución para los mismos, y verdaderamente al tiempo de adoptarse el acuerdo de disolución son de fácil solución, ya que para los supuestos *a)* y *d)* y primera variante del *c)* es evidente que lo procedente es declarar la sociedad en estado de liquidación, ya que existen bienes o créditos no enajenados o percibidos, con lo que la liquidación no está finalizada.

Por otra parte, también caben —en tal momento— soluciones alternativas si se quiere liquidar definitivamente la sociedad, como sería la adjudicación a determinados socios de los bienes que aún subsisten en el patrimonio social, o los créditos pendientes de cobro de las ventas con precio aplazado aún no vencidos, con lo que él o los socios adjudicatarios podrían otorgar las correspondientes escrituras de venta o de carta de pago y cancelación de la condición resolutoria, ya que como nos dice el artículo 1.528 del Código Civil la venta o cesión de un crédito comprende la de los derechos accesorios como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio.

Cuando se trata de los supuestos *b)*, *c)*, en sus dos últimas variantes, y *e)*, el problema permite soluciones más sencillas, pues si se trata de cancelar condiciones resolutorias representadas por letras de cambio basta acreditar la tenencia de las mismas por el comprador, reflejada en el acta notarial correspondiente, para hacer constar el pago del precio aplazado, y si se trata de los restantes supuestos, dada la remisión que el propio Código Civil en su artículo 1.708 hace para la liquidación de la sociedad a las normas de las herencias, cabría la solución —ya arbitrada en las particiones— de adjudicar en vacío a cualquier socio los referidos bienes, lo que le legitimaría específicamente para el otorgamiento de la correspondiente escritura.

Mas el problema subsiste íntegramente cuando la sociedad no ha adoptado alguna de las soluciones apuntadas y la escritura de disolución-liquidación se ha inscrito en el Registro Mercantil, con o sin el poder anteriormente mencionado.

Si el acuerdo de disolución no contempla los bienes ni el poder, es evidente que no cabe a los compradores más vía que la judicial a pesar de las enormes dificultades que la misma entraña, ya que extinguida la socie-

dad la acción habrá que dirigirla de conformidad con el artículo 169 de la Ley de Sociedades Anónimas contra los liquidadores por la responsabilidad en que incurrieron, pero tal acción, de conformidad con el párrafo segundo de tal precepto, se exigirá en procedimiento ordinario, con las consiguientes dilaciones, gastos, etc., que puede llevar tal procedimiento, acción de responsabilidad que no necesariamente tiene que llevar consigo la declaración de nulidad de la liquidación, sino la indemnización de los perjuicios causados, lo que puede llevar aneja la necesidad de dicho procedimiento contra los socios si se trata de impugnar la correspondiente liquidación y el acuerdo de Junta general que la aprobó.

Si los bienes fueron enumerados en el acuerdo de disolución y se concedió el poder, resulta evidente que éste no sirve para los supuestos *a)*, *d)* y primera variante del *c)*, por cuanto de la propia escritura resultaría el hecho evidente de que la liquidación no había finalizado y habría que acudir necesariamente a la vía judicial antes expresada. Si por el contrario se trata de los supuestos restantes, es cuando cobra verdadera importancia la posible viabilidad del poder conferido para legitimar a la persona designada en los correspondientes otorgamientos.

La argumentación del conferenciante, como ya expusimos en el coloquio que siguió a su exposición, no resulta a nuestro modesto juicio totalmente convincente, ni aun por la vía analógica, ya que el artículo 290 del Código de Comercio (utilizado por algunos Notarios en las correspondientes escrituras como fundamento de tal actuación), es claro que en modo alguno es aplicable a las sociedades. El Código de Comercio, con precisa terminología, habla de muerte del principal o de la persona de quien en debida forma los hubiese recibido, y la muerte no es aplicable a las sociedades. Las sociedades se extinguen, se disuelven, pero no se mueren. La muerte es un hecho físico que produce efectos jurídicos, la extinción de una sociedad es un fenómeno jurídico. En ningún caso el Código de Comercio habla de muerte de la sociedad.

Pero es que, además, el precepto resulta lógico, ya que en la muerte de las personas los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones y, por consiguiente, perviven todas las relaciones jurídicas, salvo las que requerirían una actividad personalísima del causante, cosa que no sucede con las de carácter patrimonial. Por el contrario, cuando la sociedad se extingue, tanto el Código de Comercio como la Ley de Sociedades Anónimas exigen la *previa* extinción de todas las obligaciones (*vide* artículo 162-1 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 235 del Código de Comercio), por lo que la justificación de la subsistencia de los poderes conferidos desaparece, poderes que además pueden ser revocados por los herederos, mientras que no podrían ser revocados por una sociedad inexistente y cancelada.

Por otra parte, el artículo 290 contempla la subsistencia de unos poderes conferidos con *anterioridad* al fallecimiento y que se estiman subsistentes después de él, no de unos poderes que *no existían antes* y que se conceden precisamente cuando ya se ha acordado la extinción de la sociedad. El problema es totalmente diferente, incluso desde el supuesto de hecho, y, por último, el artículo 168 de la Ley de Sociedades Anónimas nos dice que los liquidadores solicitarán la cancelación de los asientos referentes a la sociedad extinguida, con lo que difícilmente puede sostenerse la vigencia de un asiento (el relativo al poder) cuando se cancelan todos los referentes a la sociedad. Ya manifestábamos entonces nuestras dudas de que algún Registrador mercantil certificase de la vigencia de tal poder, máxime si tenemos en cuenta que la disolución-liquidación además de producir el cierre de la hoja implica la remisión del oportuno parte al Registro de denominaciones, lo que permite que otras sociedades adopten el nombre de la extinguida, con lo que podrían existir actuaciones en nombre de dos sociedades con idéntico nombre.

Por lo que se refiere al artículo 1.738 del Código Civil, lo primero que hay que recordar es que el mandato se extingue por la muerte del mandante, y que si se admite la validez de lo hecho por el mandatario lo es *ignorando la muerte del mandante* respecto a los terceros que hubiesen procedido de buena fe, pero difícilmente puede ser aplicable este precepto a nuestro caso, por cuanto el liquidador en modo alguno puede ignorar la disolución-liquidación de la sociedad, ya que él mismo ha procedido a llevarla a efecto.

Y si nos referimos a los poderes concedidos con carácter irrevocable, la jurisprudencia ha señalado claramente que es precisa la existencia de causa que los justifique, y resulta evidente que tal causa es inexistente en nuestro caso, dado que la propia Ley exige que antes de la liquidación se ultimen las operaciones pendientes.

Todo ello referido al poder concedido al liquidador, pues cuando el poder se confiere a otras personas el problema aún se agudiza más, ya que resulta francamente dudosa la posibilidad de que existan poderes a favor de personas distintas de los liquidadores, bien acordados por la Junta, bien otorgados por los propios liquidadores, ya que la actuación de éstos es personalísima y no podemos olvidar que incluso su designación, como hemos visto, puede estar hecha en los Estatutos, y admitir que la Junta puede conceder poderes con facultades que son propias de los liquidadores implicaría una posible dualidad de actuación contradictoria, y en cuanto a los concedidos por los propios liquidadores comportaría la existencia de un nuevo nombramiento hecho por órgano no legitimado, máxime si tenemos en cuenta que cuando la Ley quiere permitir el poder lo dice

expresamente (ver artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, 110 del Reglamento y artículo 11 y punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Limitadas) y lo silencia absolutamente cuando se trata de los liquidadores.

Otras soluciones apuntadas son las del otorgamiento de las correspondientes escrituras por todos los socios como continuadores y titulares del patrimonio de la sociedad disuelta, solución que, aparte de la enorme dificultad que entrañaría cuando la sociedad está integrada por gran número de socios, provocaría necesariamente una ruptura del tracto sucesivo, por cuanto sin la previa adjudicación a los socios habría que inscribir a favor de los respectivos compradores, y si bien en la Ley Hipotecaria existe supuesto similar cuando se trata de herencia con contratos privados firmados por el causante, no creemos que sea posible la aplicación analógica para supuesto tan diferente, máxime por cuanto en algunos de los casos examinados no existe tal contrato privado, y aun cuando exista no hay sucesión en las obligaciones sociales como sucede con los herederos.

Por último se señala como solución posible el otorgamiento de escritura de rectificación de la de disolución-liquidación, en el sentido de hacer constar el error sufrido considerando liquidación lo que sólo era disolución, error claramente constatable por cuanto del propio Registro de la Propiedad resultarían bienes y derechos inscritos no comprendidos en la escritura de disolución-liquidación, lo que comportaría la vuelta de la sociedad a la situación de «en liquidación» hasta finalizar las operaciones pendientes.

Como ya se puso de manifiesto, en reuniones del Seminario de Cataluña por los Registradores Mercantiles, no son pocos los problemas que plantea esta posible solución; el primero, y no menos grave, el de que la reactivación social sólo está prevista en el artículo 151 de la Ley de Sociedades Anónimas para el supuesto de excepción en él contemplado, el de la dificultad de convocatoria de la Junta por un liquidador cuya función se ha extinguido según el propio Registro Mercantil, el del peligro que supondría el que se generalizase la rectificación de acuerdos ya inscritos en el Registro Mercantil, y el de la imposibilidad de certificar del libro de actas, en cuanto a tal acuerdo, por cuanto aquél estaría depositado en el Registro Mercantil conforme al artículo 168 de la Ley de Sociedades Anónimas.

No cabe duda que los inconvenientes señalados son verdaderamente importantes y suponen un grave escollo a la posibilidad de aceptar tal solución. Sin embargo, hay que reconocer que tampoco las otras soluciones dan salida a supuestos como los de los apartados *a)* y *d)*, siendo entonces únicamente viable la vía judicial a pesar de los inconvenientes

que tal solución conlleve, por lo que quizá pudiera considerarse como la menos mala de las indicadas. En realidad el supuesto de hecho es totalmente posible. El simple olvido de un bien o de un acreedor al practicar la liquidación obligaría al procedimiento judicial sin dar posibilidad al liquidador que advierta el error de poder subsanarlo, y sin dejar de reconocer la solidez de los argumentos contrarios, no podemos olvidar que de admitirlo así nos encontraríamos con un supuesto, prácticamente único, de escritura no rectificable por los otorgantes, ya que no se pretende declarar la nulidad del acuerdo inscrito para el que únicamente serían competentes los Tribunales por cuanto los asientos están bajo su salvaguarda, conforme resulta de la Resolución de la Dirección General de 20 de julio de 1984, sino de una simple rectificación.

Por otra parte, el problema de la falta de capacidad del liquidador para realizar la convocatoria, por haber terminado su función, quedaría soslayado por la propia dirección del artículo 161, ya que termina su función «por haberse realizado la liquidación» y resulta evidente, y lo demuestran los asientos registrales que no se han realizado totalmente la liquidación, con lo que su función no ha terminado. El asiento registral es erróneo, porque erróneo fue el acuerdo de disolución-liquidación.

El peligro de generalización de la rectificación de acuerdos es leve, por cuanto en cada caso han de ser objeto de calificación por el Registrador, y por lo que se refiere al de la imposibilidad de certificar del libro de actas, por encontrarse éste depositado en el Registro Mercantil, es lo cierto que debemos distinguir entre el acta que recoge los acuerdos sociales a que se refiere el artículo 62 de la Ley de Sociedades Anónimas, que sólo requiere, para tener efectos ejecutivos, el requisito de la aprobación, que puede realizarse en la propia Junta como resulta del propio precepto, y cuya aprobación ha de comprobarse necesariamente en la calificación de cualquier documento que recoja acuerdos de Junta, como resulta de las Resoluciones de la Dirección General de 23 de julio de 1958 y 1 de marzo de 1980, y otra cosa es la transcripción de tal acta en el libro a que se refiere el artículo 33, párrafo segundo, del Código de Comercio. Al libro hay que llevar el acta ya aprobada, pero esto no excluye que el acta aprobada exista antes de su transcripción en el mismo. Y la propia escritura de rectificación legitimaría al depositante-liquidador para exigir la devolución de los libros depositados, para su transcripción y actos posteriores.

También se plantearía el problema de la identificación de los socios asistentes a la Junta que hubiese de acordar la rectificación del error, por cuanto el libro-registro de socios, si las acciones son nominativas, o los títulos de las acciones si eran al portador, no estarían ni en el primero en poder del liquidador convocante, ni los segundos en poder de los socios,

pero no debemos olvidar que son dos los únicos supuestos en que los socios de una sociedad anónima aparecen en la correspondiente escritura: el primero, el de la escritura de constitución en que aparecen los fundadores, y el segundo, precisamente el de la disolución-liquidación, por cuanto han de aparecer las correspondientes adjudicaciones (ver en este sentido el artículo 148 de la Ley de Sociedades Anónimas y 135 del Reglamento del Registro Mercantil).

Por último, el hecho de que la reactivación sólo esté prevista para el caso del artículo 151, no es óbice a lo planteado, ya que no se trata realmente de un supuesto de reactivación. La sociedad continúa teniendo que realizar operaciones pendientes, pero no puede hacer operaciones nuevas. La reactivación supone una vuelta a la actividad social con todas sus consecuencias. La rectificación del error sufrido en el acuerdo de disolución-liquidación no faculta para realizar operaciones nuevas, sino simplemente para completar las operaciones de liquidación. Nada se reactiva, la sociedad sigue disuelta; simplemente se subsana un error, que es cosa diferente.

Con todos sus inconvenientes ya apuntados nos parece mejor solución que cualquiera de las expuestas, pues la vigencia del poder de sociedad extinguida es poco defendible, máxime si, como en un supuesto de hecho que hemos tenido en nuestra oficina, el poder contiene incluso la facultad de otorgar escrituras de rectificación y subsanación, pues inscrita con el poder tal facultad el propio Registro Mercantil se vería obligado a admitir las escrituras otorgadas por el apoderado subsanando errores, a pesar del cierre de la hoja, por estar tal facultad bajo la salvaguarda de los Tribunales.

¿Qué otra salida sería viable para los supuestos contemplados que no son una mera elucubración, sino que están tomados de la realidad diaria? Pues posiblemente un mayor rigor en la calificación de las escrituras de disolución-liquidación. Ya bastantes compañeros Notarios y Registradores se plantean la duda de si es posible que la misma escritura en que se recoge el acuerdo de disolución pueda recoger la liquidación y adjudicación realizadas en la misma Junta. Y ciertamente tiene sobrados motivos para plantearse. De los artículos 154 y 155 de la Ley de Sociedades Anónimas y mucho más aún de los artículos 158, 163, 164, 166 y 167, resulta evidente que el legislador no ha contemplado tal supuesto, y especialmente de estos dos últimos preceptos citados resulta claro que no es esta la postura del legislador, por cuanto realizado el Balance final (no el inicial) ha de sobrevenir la censura de los interventores y la posible impugnación de los socios tras la publicación, y sólo después de transcurrido el plazo de impugnación cabe la división del haber social conforme al 167.

Únicamente en el supuesto de Junta universal con acuerdo unánime y sin existencia de acreedores podría admitirse tal supuesto, y aun éste parece excluido, ya que difícilmente en el momento de su nombramiento puede el liquidador conocer el estado patrimonial de la sociedad, inexistencia de acreedores, créditos, etc.

Por otra parte, la Resolución de la Dirección General de 15 de marzo de 1965 parece corroborar esta tesis al decir en su Considerando quinto, resolviendo el defecto sexto de la nota de calificación, que «la confección del Inventario y del Balance *inicial* es el primer acto que el liquidador o liquidadores han de realizar una vez aceptado el cargo, por lo que *es acto posterior al de la escritura de aceptación de su nombramiento y subsiguiente inscripción*».

Con esta interpretación sólo después de la inscripción de su nombramiento podría actuar el liquidador realizando el Balance y el Inventario conjuntamente con los administradores conforme al artículo 160-1 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Lo que no cabe duda es que cuando en el recurso de disolución se expresa que existen bienes registralemente a nombre de la sociedad (obsérvese que la expresión, que así se utiliza, no es muy correcta, pues para un Registrador el que existan bienes registralemente a nombre de una persona implica que es su titular y no cabe extraer la presunción contraria de lo que quiere decir es que no es su titular), y se trata de conceder un poder para que otorgue escrituras de enajenación hay elementos más que suficientes para dudar de que la liquidación esté realizada, y quizá sería conveniente no admitir más que la disolución, ya que la advertencia que supone la calificación negativa en cuanto a la inscripción del poder y liquidación, posibilitaría la adopción de las soluciones anteriormente expuestas, evitando situaciones tan conflictivas y de difícil solución.

Barcelona, 26 de marzo de 1989.

EMILIANO CANO FERNÁNDEZ

La perturbación del derecho de crédito y las cuestiones de la imputabilidad, causalidad y tipicidad en el Derecho civil

SUMARIO: 1. LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO, POR LA INFRACCIÓN DEL PROGRAMA PRESTATARIO PREESTABLECIDO POR LAS PARTES, CUESTIÓN PREVIA A LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD —2. LA IMPUTABILIDAD Y LA CAUSALIDAD, COMO PRESUPUESTOS INDISPENSABLES DE LA EXIGENCIA DE LAS CONSECUENCIAS DEL ILÍCITO CONTRACTUAL —3. LA LLAMADA TIPICIDAD EN BLANCO DEL DERECHO CIVIL

1. LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO, POR LA INFRACCIÓN DEL PROGRAMA PRESTATARIO PREESTABLECIDO POR LAS PARTES, CUESTIÓN PREVIA A LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Es evidente que la contravención por el deudor del tenor de una concreta obligación (inciso último del artículo 1.101 del Código Civil) y la infracción de los genéricos deberes de protección, derivados de la idea de la buena fe en el ejercicio de los derechos de interpretación de lo expresamente pactado (arts. 7.º, núm. 1.º, y 1.258, ambos del texto legal civil citado), configuran la perturbación de los derechos de crédito, cual sea la manera por virtud de la que éstos se manifiesten (art. 1.088 del Código Civil), y, por sus méritos, se producirá el incumplimiento de la relación, lo que determinará la responsabilidad por los daños y perjuicios que se hubieren causado, concretándose su contenido al tenor del artículo 1.107 del Ordenamiento civil, considerándose dicho precepto en función de la valoración que se haga del elemento subjetivo interviniente en el acto de *no-cumplir*, que si bien es cierto que en sede de responsabilidad civil no se justificaría la relevancia que ha adquirido en el campo del Derecho penal, en relación al *quantum respondeatur*, si, empero, que del citado artículo

1.107 del Código Civil y Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1983 y 23 de octubre de 1984, entre otras, puede intuirse que la norma civil pone en evidencia la influencia de la culpa del autor del daño a la hora de determinar su contenido, tesis científica que concuerda con la que se explicita en los artículos 1.150 del Código Civil de Francia, 1.228 del abrogado Código Civil italiano de 1865, 1.225 del texto legal vigente en Italia, Código Federal suizo de las obligaciones, artículos 41, número 1.º, y 99, último párrafo, y párrafos 1.324 y 1.331 a 1.332 del Código Civil austriaco (1).

Aun siendo la perturbación del derecho de crédito [como poder del acreedor a constreñir al deudor a observar un determinado comportamiento (2)] la transgresión de aquella relación jurídica preordenada por las partes y enderezada a la satisfacción de un interés (3), no es óbice, por ello, considerar aquel programa prestatario que los sujetos intervinientes habían dejado establecido en el acto constitutivo de la obligación como *un todo* de la relación obligacional, siendo así que su contenido lo constituya el conjunto de los derechos y deberes que a las partes contratantes les asisten e incumben (4). Y, en este sentido, comprendemos el proyecto prestatario que se contiene enmarcado en una relación de obligación determinada, no bajo el prisma simplista que se intuye de los artículos 1.088 y proposición 1.ª del 1.156 del Código Civil nuestro. La programación solutoria que se contiene en una trama obligacional no es exclusiva de las que se distinguen por su complejidad, cuales podrían ser las sinalagmáticas, citándose, a título de guisa, el artículo 1.445 del Código Civil.

En una relación de obligación cualquiera puede ser que la materialidad de realizar una prestación (determinada, de resultado o de medios) sea una cuestión de incumbencia solamente del *solvens*, pero lo cierto es que junto a los *objetivos* que por su mediación persigue el *accipiens* existen, también, unos *intereses* del deudor, protegidos por el Derecho, artículos 1.156, 1.176, número 1.º, y 1.180, párrafo 1.º, del Ordenamiento civil, y que hacen referencia a su liberación y consiguiente cancelación de la obligación. Por esta razón, frente a la violación de un derecho de crédito se hace necesaria la averiguación, por el intérprete de un negocio, de la extensión y contenido de los daños y persona o personas que los

(1) Cfr. a DE CUPIS: *El daño*. Trad. de la 2.ª ed. italiana al español por MARTÍNEZ SARRIÓN, edit. Bosch, Barcelona, 1975, págs. 301 a 312; y Cass. civ. de 20 de junio de 1951.

(2) Cfr. a GIORGIANNI *La obligación*. Trad. esp. de VERDERA TUELLS, edit. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 223.

(3) Cfr. a KARL LARENZ. *Derecho de obligaciones*. Tomo I, trad. esp. de JAIME SANTOS BRIZ, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 39.

(4) Cfr. nuestra obra *El pago*. Edit. Bosch, Barcelona, 1986, págs. 34 a 36.

hayan causado. Pues los perjuicios infringidos a un derecho crediticio no tienen sólo como punto de referencia al deudor del comportamiento solutorio, vienen obligados, también, a hacer posible este derecho *al bien* el propio acreedor, mediante la observancia de aquellos deberes que tienden a procurar que no se incomode *en más* al deudor de lo que ya, de por sí significa el pago de aquello que se debe, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1924, y los terceros, no siendo que a solas o en connivencia con el *accipiens* hagan difícil o imposible la realización de aquello que está previsto, *dar, hacer o no hacer*, en el programa prestatario preestablecido.

Esta visión unitarista o de conjunto que tenemos de aquellas relaciones y situaciones que corresponden al cumplimiento de un programa de pagos, previamente pactado, es asunto que habrá de tenerse muy presente para la atribución primero, y consiguiente determinación, después, de las responsabilidades a que hubiere lugar en base al incumplimiento de la obligación y por razón de los daños que se hubieren causado, siendo el ámbito de su exigencia, cuando la lesión provenga de la intromisión de un tercero en la relación, aquel que enmarca a las obligaciones que se contraen sin convenio, y sí, empero, habiendo intervenido cualquier género de culpa o negligencia, artículos 1.089, 1.093, 1.902 y siguientes del Código Civil, tesis que se aviene a los postulados de las doctrinas científica y jurisprudencial, y concuerda con los respectivos preceptos de los correspondientes Códigos continentales de Francia, Alemania, Suiza, Italia y Portugal.

La relación de obligación, como relación jurídica concreta entre personas determinadas, es un conjunto de derechos, obligaciones y situaciones jurídicas, dice LARENZ. Es, más bien, no la suma de todas ellas, sino, advierte HARTMANN, un todo, un conjunto. Esta estructura le permite la sobrevivencia aun cuando alguno de los elementos que constituyen el todo hayan desaparecido, porque ya se realizaron. Puede, sigue diciendo el primer autor citado, sin perder la identidad de «relación de obligación», ser modificada en su contenido por pacto entre las partes, artículos 1.203, número 1.º, por ministerio de la Ley. Al amparo del párrafo 2.º del precepto citado hasta pueden alterarse cualesquiera de las partes de la relación. Con todo, permanece la esencia de la obligación, cual entramado tiende a la consecución de un fin, satisfacer el interés acreedor, siendo así que por su propia realización se operan aquellos otros intereses del deudor, que forman parte del contenido de la relación y que hacen referencia a su liberación y conllevan el efecto extintivo de la obligación y consiguiente liberación del *solvens*.

El planteamiento que las partes de la relación se trazaron para la consecución del fin que se propusieron no puede alterarse, dice HECK,

unilateralmente, artículo 1.256 del Código Civil, sin incurrir en responsabilidad, excepción hecha de las razones que en Derecho pudieran justificar tal variación, artículos 1.105, 1.182 y 1.184 del Código Civil, lo que aun así, contravendría el tenor de toda relación obligacional, que se funcionaliza a la obtención de una finalidad predeterminada, cual es la satisfacción del interés crediticio y produce, como efectos inmediatos, la liberación del deudor y la extinción de la obligación. Pero ello es así cuando efectúa el pago el propio obligado al mismo y no un tercero, artículos 1.158, en relación al 1.159, ambos del texto legal civil, pues en tal supuesto no se da un cumplimiento de la obligación, sino que, solamente, tiene lugar la satisfacción del interés del acreedor, lo que no mantendría la idea unitarista que venimos sosteniendo acerca del programa solutorio preconvenido y quebrantaría la consideración de *proceso* que, también, tenemos de la relación de obligación, para, por su mediación, conseguir la finalidad que justifica al propio instituto.

Se comprende fácilmente que el rigor del mencionado plan solutorio, en el campo de las relaciones obligatorias, viene impuesto por las partes del negocio, siendo así que al tenor del 1.255 del Ordenamiento civil éstas, sin forzar la esencia o significado del derecho de crédito, pueden *novar* la obligación, variando su objeto o sus condiciones principales o sustituyendo los sujetos activo o pasivo de la relación. Y habida cuenta que el interés del acreedor se satisface, normalmente, por el pago o cumplimiento de lo que se adeuda, se plantea la cuestión de si el instituto de la compensación puede entrar en juego, al efecto, para conseguir los objetivos que la obligación demanda, cuales son, como venimos diciendo, la satisfacción del interés del acreedor. Y así es, efectivamente. La compensación, por su propio significado, conforme al artículo 1.196 del Código Civil, equivale a pagar aquello que se debe, lo que, por sus méritos, producirá un cumplimiento satisfactivo que, por sus consecuencias, liberará al deudor en la cantidad concurrente, artículo 1.202 del Código Civil, y, si es bastante, cancelará la obligación, artículo 1.156 del Código sustantivo, proposición 5.^a

La finalidad del programa prestatorio al que venimos haciendo mención, en el ámbito de una obligación, tiende, exclusivamente, a la satisfacción del interés prefijado, de tal manera que cuando éste se haya realizado la relación se extinguirá, lo que sucede, incluso, en aquellas otras relaciones que por sus características prevén prestaciones duraderas, pues, dice LARENZ, que «el transcurso del tiempo y la denuncia imprimen a las relaciones duraderas el fin que desde el principio tienen las relaciones de obligación simples». Aun siendo así las cosas no es menos cierto que la relación de obligación, a pesar de haberse cumplido por la mediación del pago u otras

maneras autorizadas por la Ley no desaparece del mundo jurídico, sirve de *fundamento jurídico de la prestación realizada*. Así es. Pues si la *relación extinguida por la fuerza de la «solutio»* no tuviera ninguna otra significación en el marco de nuestro Ordenamiento jurídico, realizada su finalidad, sucedería que el que estuviera en posesión de una cosa por haberla recibido en pago de un crédito que ostentaba en una determinada relación estaría expuesto, al amparo del artículo 1.895 de nuestro Código Civil, en concordancia con el parágrafo 812 del BGB alemán, a tener que restituirla. Por esta fundamental razón, y siguiendo la tesis del profesor KARL LARENZ, procede afirmar que «la relación obligatoria extinguida por el cumplimiento de los deberes de prestación de ambas partes conserva su importancia como fundamento jurídico de las prestaciones realizadas. De ahí que por el cumplimiento de los deberes de prestación no se extinga la relación de obligación *sin dejar huella*, sino que se *suprime* o se *rescinde* en el doble sentido de que desaparece como relación de obligación, pero se conserva y subsiste con significado distinto, como *fundamento jurídico de las prestaciones realizadas*» (5).

Expuesta la significación que tiene en nuestro derecho de daños la violación de los derechos de crédito, al afirmar el artículo 1.101 del Código Civil que «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que de cualquier modo contravinieren el tenor de la obligación», así como la relación que guarda dicha perturbación con el programa prestatorio establecido en el acto de constituirse la obligación, no será cuestión de nueva noticia que la infracción del comportamiento solutorio o «derecho al bien», en el ámbito convencional, sea requisito *previo y determinante* para que pueda concretarse la responsabilidad del deudor de una prestación, por los daños que haya causado por el no-cumplimiento de la obligación. Lo propio sucede, aunque por motivos diferentes, en la esfera del ilícito aquiliano. La responsabilidad reparatoria, abstracción hecha de los elementos que la configuran para su exigencia, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1946, 28 del propio mes de febrero de 1950, 2 de diciembre de 1964 y 31 de octubre de 1985, entre otras muchas, requiere la violación previa de aquellos genéricos deberes *erga omnes* que se concretan en aquel principio de Derecho romano del *alterum non laedere* (6) y recoge nuestro artículo 1.902 del Código Civil y concordantes de los Códigos continentales (7), siendo de rigor aquella relación

(5) Cfr. el *Derecho de obligaciones*, ob. cit., tomo I, pág. 40.

(6) Cfr. las Leyes de Dig 10,1 y 27,5, de los Tit. I y II de los libros 1.º y 9.º, respectivamente, de aquel Cuerpo de leyes romanas.

(7) Cfr. los arts. 1.382 a 1.383 del Código Civil francés, 1.151 a 1.152 del abrogado texto civil italiano de 1865, parág. 823 del BGB alemán, arts. 41 y sigs del Código Federal de las obligaciones suizo y 2.043 del de Italia de 1942.

entre la causación y sus efectos como síntesis de sus requisitos en esta ocasión.

Si la responsabilidad convencional se fundamenta, como así se viene afirmando (8), en el incumplimiento del compromiso solutorio programado, es más que evidente que la infracción previa del mismo, cual sea su modalidad, será una cuestión necesaria para que proceda afirmar que puede haberse producido una obligación *resarcitoria* de los daños y perjuicios que pudieran haberse causado. Esta moderna (en el tiempo) y diferente obligación (al haberse opedado un *aliud pro alio*), por su contenido prestatario, en todo caso, sustituirá a la relación que se dejó incumplida y para su definitiva determinación precisará, además, de la comprobación de que al obligado a cumplirla no le asiste ninguna excusa exoneratoria, conforme a los preceptos que señalan el límite de la responsabilidad civil, artículos 1.105, 1.182 y 1.184, todos de nuestro Código Civil.

Los derechos de crédito tienen su punto de referencia en la mismísima existencia de una obligación establecida en favor de su titular activo, artículo 1.162 del Código Civil nuestro y Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1947, inspirándose en otra clase de miramientos la tesis legislativa que se contiene en el artículo 1.164 del texto legal civil y sostiene nuestro Alto Tribunal en Sentencia, entre otras, de 4 de julio de 1944. Siendo así que toda obligación consiste, dice el precepto 1.088 del mismo texto, en *dar, hacer o no hacer* alguna cosa, naturalmente por parte del obligado a ello, omitiendo así explicar cuál haya de ser el comportamiento del acreedor en una relación de obligación, entre los que se cuenta el de no obstaculizar la liberación del *solvens*, párrafo 1.º del derecho de crédito artículo 1.176 del Código Civil, en relación al texto del precepto de la Ley Cambiaria que regula el pago de una letra de cambio a falta de su presentación al cobro por el acreedor, y en concordancia con los artículos 1.257 del Código de Napoleón, 91 y 92 del Código Federal de las obligaciones suiza, parágrafo 372, número 1.º, del BGB alemán y artículo 1.206 del texto legal italiano de 1942 (9). El artículo 1.089 de nuestro Ordenamiento civil enmarca las fuentes de las obligaciones, pero a nosotros, y a los fines que perseguimos, nos interesa extraer de este cerco las que traen causa del *contrato* y de la Ley. De esta última fuente y ahora sólo nos conciernen

(8) Cfr. la extraordinaria monografía de JORDANO FRAGA. *La responsabilidad contractual*, Edit. Civitas, Madrid, 1987; OSTI. «Desviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni», en *Riv. trim. dir. Proc. civile*, 1954.

(9) Cfr. fundamentalmente, en esta cuestión, a CABANILLAS SÁNCHEZ «La mora del acreedor», *ADC*, 1988, págs. 1341 a 1422. El análisis jurisprudencial que el citado profesor hace y las ideas que sostiene en el citado trabajo hacen de éste un instrumento de trabajo imprescindible.

aquellas obligaciones que con carácter accesorio el propio Ordenamiento las incorpora al contrato, sobreentendiendo que las partes las hubieran preferido y, sin embargo, las descuidaron, haciendo referencia a la seguridad de las cosas y personas, constituyendo, así, lo que será el verdadero programa prestatorio establecido por las partes de la convención.

Las precisiones que acabamos de consignar en el párrafo que precede, no por sabidas son innecesarias. Es conveniente hacer un análisis, aunque somero, del instituto de la obligación porque su contenido lo constituye, precisamente, el plan de pagos que *acreedor* y *deudor* dejaron prefijado en la relación obligacional. La obligación o deber al que se refiere el precepto 1.088 de nuestro Ordenamiento civil, para HARTMANN, «consiste en una relación jurídica de tensión dirigida a la consecución de un fin». Este objetivo al que se refiere el autor citado es la satisfacción no sólo del interés del acreedor, sino, también, de los intereses que incumben al deudor. Estos derechos y obligaciones recíprocas que tienen los contratantes es lo que constituye el contenido de la relación, y es por lo que su no-actuación o defectuosa realización lesionaría aquel derecho de crédito, que habrá de darse como cuestión anterior a la determinación de la responsabilidad contractual. Pues ésta viene determinada, generalmente, por el concurso de dos elementos: *a*) la preexistencia de un vínculo obligacional entre dos personas determinadas, y *b*) la producción de unos daños y perjuicios que se manifiestan como el resultado de la infracción del programa prestatorio, o, lo que es lo mismo, por el incumplimiento de la obligación, como acertadamente hace constar JORDANO FRAGA en su *ob. cit.*

GIORGIANI (10), al explicar la concepción que tiene de la obligación, advierte que *ésta*, aun estando en relación de tensión hacia un fin preordenado para la satisfacción de un interés, se basa en el deber del deudor, pero no será la inobservancia de éste el que determinará la responsabilidad, sino el incumplimiento de la obligación, cuestión a la que el citado autor no pone el énfasis de rigor, habida cuenta de su realidad legislativa al amparo del 1.218 del Código Civil italiano. Nosotros creemos que la función económico social a la que la relación de obligación está funcionalizada no se consigue contemplando el instituto solamente desde el ángulo pasivo. Esta concepción de la obligación que tiene el profesor citado, al igual que la que tuviera nuestro legislador civil (art. 1.088 del Código Civil), atrae el pensamiento de otros tiempos pasados, de aquellos tiempos históricos que lo que se perseguía era sólo la satisfacción del interés creditario, importando poco los deberes que el acreedor tenía para con el

(10) Cfr. la *ob. cit.*, pág. 211, y *L'inadempimento*, del mismo autor, 3.^a Edic., Milano, 1975.

deudor, entre los que estaba el derecho a desligarse de los lazos obligacionales que lo ataban al *accipiens*. De esta manera no servía la relación de obligación a los fines sociales propuestos, ni tampoco al criterio diferenciador de lo que corresponde a cada uno, como diría ULPIANO, al asegurar que es Justicia la '*constans et perpetua voluntas*' *ius suum cuique tribuere* (11).

En definitiva, pues, la responsabilidad contractual, para su concreción, necesita de la infracción del derecho de crédito enderezado a la satisfacción del interés del acreedor, debiendo observar el *solvens* el comportamiento adecuado, conducta prestatoria que hace referencia a cual sea la naturaleza de la prestación a realizar, con independencia del *onus probandi*, que en las determinadas o de resultado *incumbit ei qui dicit* (12) y las de prudencia y diligencia u obligaciones de *medios* al que reclama su incumplimiento, cual será la persona a favor de la que se constituyó, artículo 1.162 del Código Civil.

2. LA IMPUTABILIDAD Y LA CAUSALIDAD, COMO PRESUPUESTOS INDISPENSABLES DE LA EXIGENCIA DE LAS CONSECUENCIAS DEL ILÍCITO CONTRACTUAL

A virtud de la violación del derecho de crédito lo que se produce es el incumplimiento de la obligación y, por su consecuencia, se le niega al acreedor el derecho a la prestación, lo que justificaba, precisamente, su interés en la relación, por ser el fin del compromiso que se contiene en la trama obligacional.

En la causación del ilícito contractual, a diferencia del aquiliano, resulta fácil la identificación del elemento objetivo, por ser el propio incumplimiento el que lo constituye. Por su méritos, evidentemente, se ha infringido frontalmente el tenor de la obligación, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.101 y demás preceptos del propio capítulo II, del título I, del libro IV, del Código Civil, acordes con el citado artículo, que con carácter general abre las puertas a las exigencias de la responsabilidad por ilícito contractual, podrá el acreedor perseguir los daños y perjuicios que se le hubieren inflingido en la esfera de su interés. La acción resarcitoria, normalmente, la dirigirá el *accipiens* contra el deudor que es el usual obligado al pago, lo que se desprende de la normativa del citado capítulo, y de los preceptos que arbitran la regularidad del cumplimiento de las obligaciones

(11) Cfr. la Ley 10,1: D., de *iustitia et iure*, I, 1.

(12) Cfr. las Sentencias, entre otras, de 19 de enero de 1948, 23 de diciembre de 1954, 10 de junio de 1959, 20 de febrero de 1960 y 22 de febrero de 1963.

(arts. 1.156 al 1.181, de la Ley civil), entre otros dispersos por el articulado de nuestro Ordenamiento civil. Ello, como ya se dejó expuesto, y sin perjuicio de que excepcionalmente el *accipiens*, si quiere satisfacer su interés, tenga que proceder judicialmente contra un tercero extraño a la obligación, por haberse interferido en la relación y propiciado culpablemente la violación de sus expectativas credituales; puede suceder que sea el propio acreedor el que tenga que soportar el daño a su propio interés insatisfecho. Esta hipótesis se dará cuando resulte ser él mismo la causa y motivo de la perturbación del derecho de crédito, por haberse colocado voluntariamente en mora y tener que aguantar por este motivo, sus consecuencias, a las que no les asistiría el criterio de correlatividad necesario entre la causa y el efecto o daño, siendo un riesgo contractual que debería asumir el propio perjudicado (13).

BETTI (14) dice que al llegar a este punto es fácilmente comprensible que el mero hecho de haberse producido el incumplimiento de la obligación no es suficiente para justificar una responsabilidad por parte del deudor; no obstante ser este hecho objetivo contrario a Derecho y por méritos del cual se determinan sus consecuencias. Es necesario que, además, sea imputable al sujeto pasivo de la relación obligacional, en el sentido de que pueda atribuírsele la mismísima frustración del programa prestatorio, con sujeción a la indemnización de los daños y perjuicios causados para la ocasión en la que «de cualquier modo se contraviniera al tenor de aquélla» (se refiere a la obligación), artículo 1.101 del Código Civil nuestro, en armonía con el 1.218 del texto legal civil italiano de 1942.

Planteada la cuestión en estos términos se hace evidente que no puede contemplarse la *iniuriarum actio* (o acción resarcitoria por el daño que otro nos ha causado) si en la ilicitud convencional no se contienen los dos aspectos objetivo y subjetivo (incumplimiento más imputabilidad). Hemos dejado constancia de que la perturbación del derecho de crédito establecido en favor del sujeto activo de la obligación, cual imperativo legal se deja establecido en el artículo 1.162 de la Ley sustantiva civil, determinaba el incumplimiento, y éste desencadenaba el instituto de la responsabilidad, eso sí, pero *su actuación* necesitaba de la posibilidad de poderse atribuir al otro sujeto pasivo de la relación, o deudor de la prestación que motivaba la obligación de referencia, lo que de nuevo se nos ofrece distinguir acerca del elemento subjetivo de la imputabilidad, que lo hacemos no bajo los miramientos enderezados a la averiguación de las capacidades del sujeto, como lo hiciera la ciencia penal, para así, y de este modo, enlazar las

(13) Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, trab. cit., publicado en el *ADC*, en 1988, de interés indiscutible para el estudio de esta cuestión.

(14) Cfr. *ob. cit.*, pág. 123 del tomo I.

conductas típicas con la culpabilidad, o el derecho civil en el ámbito negocial para con la finalidad de preservar la validez de los contratos, artículo 1.304 y concordantes del Código Civil, sino que *como presupuesto de la responsabilidad*, de manera que no sería viable una acción de daños por el no-cumplimiento de una obligación preestablecida si, como condición primera, no se concretara en una determinada persona la imputabilidad del acto lesivo; siendo así que la atribución al obligado al pago de un comportamiento poco acorde con el que se había comprometido a observar es fundamentalmente un elemento o cuestión de hecho jurídicamente relevante para la obtención de los fines resarcitorios (15).

La temática que traemos a capítulo presupone que el ilícito contractual se ha producido por la falta de la cooperación que el deudor debía haber procurado, para con la finalidad de que la prestación debida se realizara conforme al plan prefijado por las partes de la relación. Constatado que ello no fue así, por la propia evidencia de la infracción contractual, es por lo que se enfilará la imputabilidad de sus consecuencias en contra del obligado al pago. Dicha atribución de consecuencias podría contradecirla el deudor si en su contra probase, artículo 1.183 de la Ley civil, que la razón o causa de su incumplimiento se debió a una circunstancia que le imposibilitó, de manera objetiva y absoluta (aun habida cuenta de la idea relativizadora que nosotros admitimos en el terreno de las cuestiones jurídicas), poder cumplir conforme a lo convenido, lo que procederá alegar si en su favor concurrieren los presupuestos conformes con lo que se preceptúa en los artículos 1.105, 1.182 y 1.184 del Código Civil, que aun viéndose perturbado el derecho de crédito no podría imputarse al deudor su causación, lo que impediría la exigencia de responsabilidad al mismo (16).

Constatada la ilicitud contractual y desencadenadas, por sus méritos, unas determinadas consecuencias lesivas a los intereses del acreedor, como se ha dicho, es imprescindible, en sede de responsabilidad civil (como lo sería en el campo penal), fundamentar la decisión de imputársela al deudor, cual sería lo más normal, o a otro individuo, en este caso extraño a la relación. Sucede que la imputabilidad, en la panorámica en la que contemplamos, permite ser funcionalizada bajo dos aspectos: Como *presupuesto de la responsabilidad civil y de la culpabilidad penal*, y, además, como *una cuestión de hecho*, jurídicamente relevante, como diría QUINTANO, al entrar en contacto con la relación habida entre la causa (suponiendo

(15) Cfr. a GONZALO QUINTERO *Derecho penal, parte general*, Barcelona, 1986, págs. 382 a 387; QUINTANO RIPOLLÉS *Curso de Derecho penal*, tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, págs. 271 a 275; BETTI, *ob. cit.*, págs. 123 y 124.

(16) Cfr. Díez-PICAZO, por todos, *ob., cit.*, págs. 680 a 683

que la causa sea la causa, extremo que ya dejaría planteado DUALDE y propone DÍEZ-PICAZO en la actualidad, «la responsabilidad hoy», 1979) del perjuicio y el mismísimo daño. En definitiva, la causa contemplada en función del agravio configura una relación o nexo que, como diría DE COSSÍO (17), es de carácter objetivo, o, como dice DE CUPIS (18), el nexo etiológico material que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación material al sujeto humano, y permite, junto con el elemento lógico y psicológico de la previsibilidad —Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1963—, sostener la imputabilidad de unas determinadas consecuencias que tienen su basamento en el incumplimiento, cual tesis se enfila de lo que se preceptúa en el número 1.º, del artículo 1.107, del Código Civil nuestro, en relación al 1.225 del de Italia. Sin que los presupuestos del párrafo 2.º del citado precepto 1.107 del texto legal civil español, al agravar el contenido del daño, autoricen a constituir a la culpa como piedra angular de la responsabilidad, corriente científica, por otra parte, más extendida de lo que sería de desear, olvidando que es el incumplimiento la piedra de esquina del instituto de la exigencia de las consecuencias por la ilicitud contractual, siendo el elemento moral, si concurre, de carácter agravatorio.

Enmarcadas así las cosas procede ya, y desde ahora, entrar a contemplar la causalidad como *relación* (entre acto lesivo y perjuicio) en correlatividad con la determinación de la responsabilidad, Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1946, o, por sus consecuencias, como proceso impeditivo de la imputabilidad por la ausencia de la *conexión adecuada* (19) entre acto u omisión y perjuicio producido (20), aceptación a la que expresó sus simpatías el extraordinario penalista ANTÓN ONECA, y en este sentido se pronunció la Sala Segunda del Tribunal Supremo, abandonando así la teoría de la «equivalencia», Sentencia de 4 de julio de 1958, no considerando siquiera obstáculo a la causalidad el que el resultado obedeciera a la conducta de la propia víctima, si tal comportamiento se determinó por el agente (21).

(17) Cfr. «La causalidad en la responsabilidad civil», *ADC*, 1966, pág. 536.

(18) Cfr. *El daño, ob. cit.*, págs. 246 a 249.

(19) Cfr. a VON BAR, cual penalista seleccionó entre las causas actuantes la que se denominó *Teoría de la causalidad adecuada*, de la que son reflejo la «eficiente», la de la «eficacia preponderante» y la de la «relevancia».

(20) Cfr. a DOMÉNICO BARBERO: *Sistema de Derecho privado*, tomo III, trad. esp. de SENTÍS MELENDRO, Buenos Aires, 1967, págs. 82 a 88; BONASI BENUCCI *La responsabilidad civil*, trad. esp. de FUENTES LOJO y PERÉ, edit. Bosch, Barcelona, 1958, págs. 132 a 141; BETTI *Teoría general de las obligaciones*, tomo I, trad. esp. de DE LOS MOZOS, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, págs. 149 y sigs.; ADRIANO DE CUPIS *El daño*, trad. esp. de la 2.ª edic. ital., Madrid, 1975, págs. 245 y sigs.; QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, págs. 216 a 219.

(21) Cfr. a QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, pág. 219.

a) *La causalidad, como nexo que liga un fenómeno al otro, en correlación con la responsabilidad*

La acción u omisión, en tanto que conducta, y el resultado jurídico, considerado como efecto, se hallan enlazadas cronológica y logísticamente por la relación de causalidad, dice QUINTANO RIPOLLÉS. La noción del instituto es considerada por KANT como una necesidad en orden a los fenómenos, sin que faltara quien, como HUME, manifestara que la relación causal es sólo una ilusión que se apoya en la aparente ilación de causa a efecto en la naturaleza, y que fracasa al ser aplicable a lo humano. De esta doble posición filosófica, como dice QUINTANO, deriva la mayor o menor trascendencia que se otorgue a la causalidad en lo jurídico. La una y la otra corriente están representadas en Alemania por BURÍ y HELMUTH MAYER. La doctrina del primero, de inspiración kantiana, deriva más directamente de la lógica de STUART MILL, donde se define la causalidad como «la suma de condiciones positivas o negativas, cuya totalidad realizada implica consecuencias necesarias e inevitables». Dicha tesis, en la doctrina científica se la conoce bajo la denominación de *teoría de la equivalencia a*, o de la «*conditio sine qua non*», que para su inspirador identifica las causas productoras, directa o indirectamente, pero de modo necesario, del resultado concreto. La mencionada corriente científica cayó en el descrédito, tanto en el ámbito penal como civil, por razón de la extensión desmesurada que otorga a las causas y sólo se ha servido de ella una cierta jurisprudencia rigorista, extendiendo así el concepto de causa, y con ella el de responsabilidad, a latitudes exageradas que no son razonables. Las ideas de que un hecho puede considerarse causa de otro cronológicamente posterior desencadenó el *simple* aforismo del *causa causae*, *causa causati* que, al decir de QUINTANO, la explicación de su éxito no puede ser otra que la de su comodidad, hartó más evidente que la de su justicia (22).

Con la finalidad de remediar la indiscriminada valoración de causas, cual característica mantiene a la teoría de la *equivalencia*, e introduciendo una valorativa selección entre las actantes, VON BAR propuso la teoría de la *causalidad adecuada*, según la que, *lo que decide en cada caso es la causa normalmente adecuada para producir el resultado* que se ha dado, lo que induce a la afirmación, según DE CUPIS, que es *causa* del daño tan sólo la *condición más próxima*. Lo anómalo e inesperado rompe el nexo de causalidad jurídica, pues los riesgos de la causalidad *mediata* e indirecta

(22) Cfr. a DE CUPIS, *ob. cit.*, págs. 255 a 259; BONASI, *ob. cit.*, pág. 133; QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, págs. 216 a 217; F. PUIG PEÑA: «El incumplimiento contractual como acto injusto», *RDP*, págs. 156 a 159.

son el *quid* de la cuestión que ha fundamentado la pugna científica. QUINTANO afirma que la esencia de la teoría de la causalidad adecuada, con todas sus variedades, es la de sustituir lo cuantitativo por lo *cualitativo*, lo que sólo es posible en consideración a las singularidades de cada una de las ilicitudes, cual sea su intensidad e intereses que lesionen. BONASI sintetiza así *la teoría de la causa adecuada*: «Deben considerarse causa, sólo aquellos antecedentes de los que cupiera esperar, con base en un criterio de probabilidad o regularidad, que hubieran producido en un lapso de tiempo mayor o menor el acontecimiento dañoso».

Estas ideas acerca de la regularidad causal, sin que proceda su aplicación indiscriminada en todos los estados y circunstancias en las que el daño se haya producido y contemple, Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1941, si, empero, que deben ser condición ordinariamente idónea para producir el resultado del daño, y en este sentido predicadas por la *teoría de la causalidad adecuada*, que no fueron extrañas al Derecho de Roma, Dig. 19, 1, 21, 3 (23), al Código Civil de Francia, artículo 1.151, ni tampoco chocaron con el abrogado Código italiano de 1865, artículo 1.229, sino más bien las acogió; y no lo son en nuestro texto legal civil, al advertirse que «los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que *sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*», párrafo 1.º, del artículo 1.107; corriente legislativa que concuerda con el precepto 1.223 del Código Civil italiano de 1942 y tiene sus precedentes en las Leyes citadas anteriormente (24), Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 15 de febrero de 1924, 29 de junio de 1932, 29 de diciembre de 1939, 2 de enero de 1941, 22 de junio de 1946, 30 de enero de 1951, 30 de junio de 1954, 30 de diciembre de 1981, 13 de abril de 1982, 10 de mayo de 1982, 14 de junio de 1982, 14 de febrero de 1985 y 21 de noviembre de 1985.

- b) *La causalidad contemplada como proceso impeditivo de la imputabilidad de responsabilidades al obligado a resarcir el daño producido al derecho del acreedor*

Efectivamente. Es necesario indagar, ante todo, primero, si el nexo causal entre el comportamiento observado por una parte y el suceso lesivo,

(23) Cfr. Como tampoco lo fueron las tesis que acogían la incidencia causal de los daños mediatos e indirectos, Cfr. D. 9, 2, 22, Pr., entre otras Leyes de pandectas que contempla el supuesto. *Vid.* DE CUPIS, *ob. cit.*, págs. 251 a 253.

(24) Cfr. BARBERO, *ob. cit.*, págs. 82 y sigs.; BONASI, *ob. cit.*, págs. 134 a 136.

por otra, tiene carácter de *adecuación*, univocidad y de intermediación, cuales requisitos exige la Ley para unir una responsabilidad al suceso lesivo, artículos 1.107 del Código Civil nuestro, en armonía con el 1.223 del Código italiano de 1942, y 1.902 del propio texto civil español. Siendo así que si no se trata de un nexo causal que, de acuerdo con el desarrollo normal de las cosas, no tiene realidad de adecuación, en el sentido de que se baste por sí solo para relacionar el daño (habida cuenta de su funcionalización en relación a la imputabilidad, y ésta como presupuesto de la responsabilidad) sucederá que la causación del perjuicio al no estar relacionada con éste no se dará el nexo causal que sirve de basamento a la imputación del daño y, por sus consecuencias, no procederá la acción de daños y perjuicios a la que se refiere el artículo 1.101 de la Ley civil sustantiva, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1946, 28 de mismo mes, de 1950 y 2 de diciembre de 1964, que en correspondencia con la realidad perjudicial y la ilicitud del acto que la produjo, reclaman la presencia del nexo causal, cual requisito opera en el ámbito de las dos esferas de la responsabilidad civil y, también, en la de lo penal, tesis a la que están conformes, BARASSI, DE CUPIS, QUINTANO, BARBERO y BETTI (25).

3. LA LLAMADA TIPICIDAD EN BLANCO DEL DERECHO CIVIL

Nosotros sostenemos que unas veces explícitamente y otras implícitamente se contiene en el Ordenamiento civil un sistema típico, y, en este sentido, puede extraerse del articulado que lo constituye, sin querer llegar a conformar el criterio por los caminos que lo propusiera BELING para el Derecho penal, al querer adecuar la causalidad a la tipicidad en base a la forma verbal que ésta expresa, cual hipotético supuesto podrían ser los artículos 1.101 y 1.902, entre otros, del Código Civil, por tratarse de preceptos, que por eso los citamos, más relacionados con la materia que estudiamos. En el Derecho penal el propio tipo delictivo define lo que se puede hacer y lo que no, en cada caso concreto. En Derecho civil existen, también, definidos determinados tipos de conducta como provocadores de responsabilidad; unas veces se intuyen de la Ley y otras del propio negocio. Al filo de lo que hemos apuntado al comenzar este párrafo, y además de lo que últimamente hemos dejado expuesto, habremos de convenir que en nuestro Código Civil existe un precepto, el 1.902, que deja establecida, aunque sea a contrario *sensu*, la genérica obligación de no causar daño a nadie; ello no significa otra cosa que la conversión en

(25) Cfr. las obras citadas.

realidad legislativa del principio *alterum non laedere*, cuyo mandato legal, desde Roma a nuestros días, viene en *concretar* las *garantías* materiales del principio de legalidad, cual función *garantista* es propia de la *tipicidad*, que en el ámbito civil, por la misma naturaleza de las situaciones que regula, y no requerir la autolimitación de las facultades del Estado, por no ser una materia represiva, carece del principio de *taxatividad*, propio de la ciencia penal (26).

QUINTANO advierte que la tipicidad, en tanto que descripción o enumeración, es característica de cualquier disciplina normativa. Fue importada, dice, del léxico civil, en el que desempeña, sin embargo, un papel más bien de ejemplo que de agotamiento exhaustivo, lo que no sucede así en el Derecho penal. Se hace notar que en la civilística mientras existen contratos *nominados* y descritos en los Códigos civiles, son posibles otros *innominados*, lo que no es comprensible en un sistema penal legalista.

A las observaciones propuestas por el ilustre penalista cabría objetar que en el marco del Derecho civil en el que nos movemos *no hay fórmulas categóricas*, cual corriente legislativa preconizaba la abrogada redacción del artículo 1.º del vigente Código Penal, siendo ello tan cierto que la tipicidad puede darse sin que le asista la antijuridicidad, cual circunstancia se ofrece en los confines de la responsabilidad objetiva o por riesgo, por ser lícita la actividad que materializó y se relacionó con el propio daño, determinándose, aún así, la correspondiente responsabilidad. Ello, en la esfera del Derecho Penal, puede suceder sólo por excepción, y, por sus propias consecuencias, exonerará de la responsabilidad penal a la que habría de hacer frente el homicida en legítima defensa, por ejemplo.

La tipicidad que se encuentra a faltar en la contratación *atípica*, por su desamparo normativo, puede ser suplida, en ocasiones, por la vía inductiva, y por este procedimiento remitir el negocio a la disciplina jurídica aplicable (27). Para la ocasión de contratos *innominados puros*, JORDANO BAREA distingue un tipo de *tipicidad social* (28). Por ello es por lo que puede sostenerse que, también, en el Ordenamiento civil puede contemplarse una concreta *descripción*, unas veces, en otras una implícita *enumeración*; en la una y en la otra oportunidad referente a todas aquellas cuestiones que son conformes a Derecho o bien que lo contradicen.

A la observación de que en el ámbito del intercambio de bienes y servicios entre los miembros del cuerpo social, o bien en la defensa de sus

(26) Cfr. GONZALO QUINTERO OLIVARES, *ob. cit.*, páginas 311 a 315.

(27) Cfr. JORDANO BAREA «Los contratos atípicos». *RGLJ*, tomo 195, 1953, pág. 61, trabajo de interés indiscutible.

(28) Cfr. a JORDANO, *trab. cit.*; ROCA JUAN *El contrato de exposición*. Murcia, 1948, pág. 7.

derechos subjetivos, se suceden los casos en los que la Ley civil no tipifica, explícita o implícitamente, cual sea la legalidad para la mejor protección del área o esfera de su interés, y en la eventualidad de ser invadida cuáles serán sus recursos legales, en relación a los preceptos de aplicación al caso concreto, *podría* replicarse que al amparo de lo que significa y se contiene en el principio de Derecho romano (29) «*neminem laedere*», hoy consagrado por nuestro Código Civil, artículo 1.902 (a cual proposición legislativa se acogieron los respectivos textos legales de la Europa continental, en sus correlativos preceptos que abren las puertas a las exigencias de responsabilidades contra quien cause daño a otro, por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia, o por el desarrollo de una actividad que debiendo y pudiendo controlarla, produce perjuicios a otro miembro de la sociedad —responsabilidad aquiliana y extracontractual, de confines más extensos—), no ha de resultar una cuestión intrincada el recurso a concretos preceptos, unas veces, a normas del Código Civil que implícitamente comprende el típico problema y, en último extremo, no puede negarse la posibilidad del recurso a la *conciencia social*, que bien seguro que tiene relacionados los casos o maneras de comportarse que son contrarias al Derecho, y, por sus propias necesidades de fundamentar una convivencia ordenada y pacífica, otra enumeración de aquellas conductas que si se llevan a la práctica serán conformes con el Ordenamiento jurídico.

El Derecho es una necesaria creación social, por ello (*Ubi homo, ibi societas*) *Ubi societas ibi ius*. Así que el concepto de relación humana ejerce, pues, una función categorial respecto al Derecho. El orden jurídico es un postulado de la propia conciencia social, su razón de ser es vital y, por la propia necesidad que el hombre tiene de vivir en sociedad, se requiere una norma típica que ordene los intereses y encauce las relaciones, mediante la prevención y, en su caso, la solución de los conflictos que dichos intereses pueden ocasionar. El Derecho, como decíamos, es una formulación al servicio del individuo y no viceversa; de ahí deriva el sentido social que se reclama en la interpretación y promulgación de las Leyes, siéndolo aquel principio que postula no causar daño a nadie, y aquella otra proposición que clama por no dejar solo al daño frente al daño, tesis ésta que no intuye aún, mayoritariamente, la doctrina científica y escasas resoluciones judiciales la postulan, especialmente las de las instancias inferiores, que al parecer se encuentran más vinculadas a las concepciones culpabilistas de antaño, cuales objetivos primordiales eran la moralización del pecador antes que el resarcimiento o la reparación del daño causado, dejando así al acreedor del perjuicio al albur de la prueba

(29) Cfr. D. I, 1, 10, 1.

de la culpa del agente (30). Apreciaciones científicas, todas ellas, poco acordes con las aspiraciones sociales de ahora y contrarias a la interpretación de los postulados del número 1.º, del artículo 3.º, del Código Civil, cual preceptúa que las normas (en las ocasiones de resarcir o reparar, de los artículos 1.101 y 1.902) se interpretarán según... *los antecedentes históricos y legislativos*, siendo así que en relación a los mismos se restringen las oportunidades de aplicación objetivista del Derecho, y *la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*, lo que choca frontalmente con la realidad presente la aplicación de los preceptos de la responsabilidad civil con criterios científicos de épocas históricas, que ni siquiera en los tiempos de la codificación francesa (1802, cuando se promulgó el Código de Napoleón) obedecían o comprendían las necesidades de su tiempo. En mayor medida hoy al ser evidente la evolución experimentada por los sistemas de la economía vigente (que se caracterizan por la fabricación en masa, por ejemplo, y la sofisticación de un complejo régimen de servicios) y los adelantos que la sociedad viene aflorando y, esencialmente, en la comprensión de que *al daño no se le puede abandonar al difícil deporte de que el sujeto que lo padeció demuestre que el causante observó una conducta pecaminosa*, para, de esta manera, transformar aquel comportamiento en *culpable*, y constituir así la culpabilidad en piedra de esquina de la responsabilidad contractual (cual si fueran apéndices de la *lex Aquilia*) (31), sin tener presente la significación de la responsabilidad convencional y extracontractual, cuyo interés en subjetivarlas le aleja de lo que es la realidad, *Vid.* la obra del profesor JORDANO FRAGA.

Por todos estos y otros razonamientos es por lo que las cuestiones vitales que ha de decidir el Derecho, codificado o no, postulan soluciones dictadas a la luz de normas producto de la razón práctica, y no de elucubraciones de la razón pura, cual pretensión abrigaba Kelsen, sin advertir que su ámbito es harto reducido dentro del campo del Derecho (32), y, a mayor abundamiento, en nuestro caso no resolverían la empírica cuestión de darle a cada uno lo suyo, como tampoco se abunda sobre aquellas otras maneras de pensar en Derecho que por su simplicidad y anquilosamiento desenmarcan el problema de los confines que tiene asignados en méritos de aquella tipicidad en blanco que predicamos para la civilística (33),

(30) Es de notable interés la atenta lectura del trabajo del profesor LUIS DíEZ-PICAZO. «La responsabilidad civil hoy». *ADC*, 1979.

(31) Cfr. a CASTEJÓN *Teoría de la continuidad de los Derecho penal y civil*, Barcelona, 1949, págs. 66 y sigs.

(32) Cfr. a CARNELUTTI *Teoría general del Derecho*, trad. esp. de CARLOS G. POSADA, Madrid, 1941, págs. 27 y sigs.; MANS PUIGARNAU. *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, 1947.

(33) Cfr. PUIG PEÑA. «El incumplimiento contractual como acto ilícito». *RDP*, 1945, pág. 159.

aun careciendo de aquellas *alusiones episódicas* de las que goza el Derecho penal en aquellas modalidades de tipicidad cerrada, paragonándose nuestro Ordenamiento privado civil, más bien y a título de guisa, con aquellas otras abiertas que favorecen el árbitro judicial (34).

Aun con todo lo que se ha dicho estamos conformes con QUINTANO al atribuir al Derecho penal una tipología más cerrada, y que el Derecho civil es un ordenamiento abierto y orgánicamente estructurado, y que su aplicación ha de ser subsidiaria en materia de tipicidad y búsqueda de ilicitudes. Ante la ilicitud, lo primero que se impone es si por su magnitud encaja o no en una de las tipologías previstas en el ámbito penal y, tras su imposibilidad típica, acudir al campo de la civilística (u otras ramas del Ordenamiento jurídico) para recabar de la tutela jurídica a la que se tenga derecho, en función de si entre el interés subjetivo lesionado y su causación por acto humano existe la necesaria correlatividad. Si el supuesto de daños en cuestión no se hallare tipificado en nuestra Ley civil, en méritos de aquella tipicidad en blanco que predicamos, siempre cabrían remedios de adaptación analógica, lo que no permite el Derecho criminal por su hermetismo cerrado a unos tipos determinados (35).

LUIS PASCUAL ESTEVILL

(34) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS *Ilícitud civil y penal: el problema de su tipificación*. 1956, págs. 213 a 217.

(35) Cfr. a QUINTANO, trab. cit., pág. 217, por todos.

DICTAMENES Y NOTAS

Monismo, dualismo, triadismo

SUMARIO: I. UNA OBRA IMPORTANTISIMA.—II. SOBRE LA INSCRIPCIÓN DECLARATIVA.—III. TERCERO O TERCEROS.—IV. NECESIDAD DE BUENA FE.—V. LA ONEROSIDAD.—VI. EL ADQUIRIR DE TITULAR INSCRITO.—VII. PROPUESTA SISTEMÁTICA.—VIII. CONCLUSIÓN.

I. UNA OBRA IMPORTANTISIMA

Sin más bagaje que mi afición al Derecho Hipotecario, y sin más méritos que el ser desde hace treinta años lector de la revista española a tal disciplina consagrada, quiero en estas líneas expresar la profunda impresión que me ha causado la lectura de la obra sobre Derecho Inmobiliario Registral, de la que es autor JOSÉ MANUEL GARCÍA, y aparecida en 1988. Creo que habría de remontarme a la lectura de ROCA SASTRE, en su edición de 1954, para hallar una impresión semejante.

Y lo primero que hay que destacar en la nueva obra es la tremenda claridad de exposición de su autor. Si se ha dicho que la claridad es la cortesía del intelectual, bien que la cumple el autor del tratado que ahora comienza. Es una delicia leer una obra tan profunda sin estar torturado por la redacción oscura o por el uso impropio de los signos de puntuación.

Puede decirse que todo el trabajo mantiene esa altura, y tensión. Quizá por encima de todo, la enorme trabazón lógica de todas sus partes que hace del conjunto una construcción bien abroquelada. Es precisamente entonces cuando echamos de menos el que no esté entre nosotros el maestro de hipotecaristas, ROCA SASTRE, para conocer su postura ante la moderna obra.

En el mismo sentido, es pena que sólo hayamos podido leer el primer tomo de la obra de JOSÉ MANUEL GARCÍA. Cuando precisamente en el segundo es donde abordará el principio de inoponibilidad y el de fe pública que son los que van a motivar estas líneas.

Finalmente y aunque ya hablamos antes de la altura mantenida de toda obra, queremos destacar, a título de ejemplo, el precioso trabajo

sobre el tan asendereado artículo 313 de la Ley Hipotecaria. La interpretación se aparta mucho de la más recibida, pero no puede ser más apasionante y sugestiva.

II. SOBRE LA INSCRIPCION DECLARATIVA

Más claro es que para mostrar total conformidad sobraba con las líneas precedentes. Vayan, pues, algunas donde expresamos nuestras reservas sobre algunos de los planteamientos que en la obra se contienen. El primero, sobre los términos en que se critica la llamada inscripción declarativa.

No es que discutamos ahora la mera terminología que el autor emplea de inscripción conformadora. Lo que nos parece excesivamente dura es su crítica al término inscripción declarativa. Se la califica de algo vacío y sin sustancia alguna. Ciertamente que para los que defendían tal expresión, el derecho, en la mayoría de los casos, nace al margen del Registro. Pero ello no quiere decir que la inscripción no produzca sus efectos.

Recordemos aquella 5.^a edición de ROCA SASTRE en la que, al exponer el principio de inscripción, se destacaba el valor de ésta. Para constituir algunos derechos (caso de la hipoteca), como presupuesto del juego de los principios hipotecarios de legitimación, prioridad, tracto sucesivo, fe pública registral, en definitiva, adquisición a *non domino*.

Creemos que bajo aquella inscripción declarativa habría bastante sustancia. Pero, en todo caso, quizá estemos ante una cuestión terminológica. Y en éstas poco cabe la discusión, pues la doctrina es libre de emplear aquellas denominaciones que estime más adecuadas al caso.

III. TERCERO O TERCEROS

Sí tiene en cambio mucho más alcance el tema de la dualidad o unidad de los terceros, o sea, el de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Precisamente para nuestro autor, ellos dan origen a los principios de inoponibilidad y fe pública registral. Y decimos que aquí la cuestión es ya de fondo, porque lo que se debate son los requisitos que deba tener el tercero, lo que no es baladí.

Ciertamente no entramos aquí a fondo en el problema del monismo o dualismo del tercero. En ese sentido, sólo podemos remitirnos a la obra de ROCA SASTRE, en sentido monista, y a la de JOSÉ MANUEL GARCÍA, en dirección opuesta, ya avanzada en el tomo aparecido. Tampoco hay por qué detenerse en todos los autores que sobre tal tema se han pronunciado.

Los argumentos de uno y otro lados son múltiples. Cada postura cree encontrar en sus preceptos el apoyo formidable que la contraria en cambio minimiza. Pensamos que algunos argumentos aparecen como algo marginales y no pueden resultar decisivos. Así ocurre con el artículo 225 de la Ley Hipotecaria, citado por GARCÍA (sólo la certificación acredita la existencia de cargas en perjuicio de tercero), o con el 69, citado por ROCA (sobre necesidad de adquirir de titular inscrito en la anotación preventiva).

Sí es importante el dilema que ROCA construye entre los artículos 32 y 34 en el caso de doble venta de finca inscrita, en el que cada comprador entenderá ser aplicable uno de esos artículos (si es que realmente los requisitos de protección son distintos). Y resulta también muy trascendente el artículo 40 de la Ley, cuando al tratar de la rectificación del Registro, se refiere al tercero a título oneroso y de buena fe. Y decimos esto porque sustancialmente coincidimos con la tesis de ROCA, en la forma que vamos a exponer.

IV. NECESIDAD DE BUENA FE

Sobre que el tercero a que se refiere el artículo 32 tenga que inscribir su derecho, no hay la menor duda, pues tal circunstancia es presupuesto de su aplicación. Pero queda por ver los tres requisitos restantes.

Creemos que no puede prescindirse de la buena fe. Realmente esta es la postura de la jurisprudencia. Al tratar sobre la doble venta del artículo 1.473 del Código Civil, se ha exigido en el comprador que primero inscribe que lo fuera de buena fe. En este sentido se pronuncia BALLARÍN, a pesar de no ser monista.

Como dice ROCA SASTRE, también en este caso de doble venta hay una inexactitud registral, puesto que el titular que vendió al primero dejó de ser propietario. No es sólo eso, sino que en tales supuestos caemos dentro del campo de actuación del Código Penal. En efecto, el artículo 531 de dicho Código sanciona como autor del delito de estafa a quien enajena dos o más veces la misma cosa o a quien la grava después de haberla enajenado.

Creemos que el principio de buena fe es esencial en nuestro Ordenamiento y que en contra del mismo no puede prosperar la pretensión del artículo 32 o de correlativo 606 del Código Civil. La jurisprudencia sobre la doble venta es buena prueba de ello. Incluso la Sentencia que en apoyo de la tesis dualista se mencionará más abajo no prescinde de esa buena fe, como veremos al transcribirla.

Proclamación clara de este principio hallamos en el artículo 1.258 en

sede de contratos y sobre todo en el 7, también del Código Civil, con arreglo al cual los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Ya es importante la protección del artículo 32 de la Ley Hipotecaria al tercero, como para que no haya de extenderse al que no lo es de buena fe.

V. LA ONEROSIDAD

El segundo requisito es el de haber adquirido a título oneroso. Aquí, J. M. GARCÍA cita una interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1982 (R. A. 2559), la cual permitiría prescindir de aquel requisito. Fue su ponente el hoy Magistrado del Tribunal Constitucional don CARLOS DE LA VEGA BENAYAS.

El Considerando pertinente, ante el motivo de casación fundado en la inaplicación del artículo 32 y en que éste no exige la onerosidad, decía así: «Motivo que también ha de perecer, porque si bien es cierto, y en esto el parecer de la doctrina es mayoritario, que el tercero (que lo es el que ha inscrito el art. 32 de la Ley Hipotecaria) no se precisa haber adquirido onerosamente para ser merecedor de la protección que le dispensa dicho artículo; sí precisa, por contra, haber adquirido de buena fe». Siempre, pues, la buena fe.

En realidad, aparte de que una sola Sentencia no constituye jurisprudencia, el hecho es que la afirmación transcrita constituye un claro *obiter dictum* en el razonamiento y no es determinante del fallo; la mera redacción del párrafo (si bien es cierto...) es claramente expresiva de aquella condición. En efecto, en el caso resuelto, la Sentencia de la Audiencia había negado la protección al tercero al entender que no era a título oneroso y que le faltaba la buena fe, y el Tribunal Supremo desestimó el recurso.

Sobre este requisito nos parecen decisivas las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, tantas veces citada. «Después de ponderar las ventajas e inconvenientes que, en orden a la aplicación del predicho principio (el de fe pública), rigen en la Legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español. La inscripción solamente protege con carácter *iuris et de iure* a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. Los adquirentes en virtud de la Ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos

otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente.»

Las palabras citadas son muy importantes. Porque en ellas no se habla sólo de quien adquiere de titular inscrito, sino de quien adquiere. Además se exige terminantemente el título oneroso como solución tradicional de nuestro Derecho. A ese requisito se alude desde luego en otros varios artículos de la Ley Hipotecaria. Y es que, cual decían nuestros clásicos, es más grave causar un daño que evitar un lucro.

Por otro lado, la debilidad del título gratuito de adquisición frente al que lo es oneroso, es característica general de nuestro Ordenamiento. En materia de herencia es tradicional el principio de que antes es pagar que heredar. Sólo para las donaciones (ejemplo de acto a título lucrativo) está prevista su revocación en los casos legales. Además, las normas que sobre interpretación contiene el artículo 1.289 del Código Civil, o sea, menor transmisión de derecho para los actos lucrativos y la mayor reciprocidad posible para los que sean onerosos, encaja en la misma trayectoria. Es finalmente en los actos lucrativos donde la Ley más fácilmente presume el fraude; así ocurre en el artículo 1.297 del Código Civil o en el 880 del Código de Comercio.

Aquel dilema entre el primer comprador que no inscribe y el donatario posterior que sí lo hace, creemos que debe ser resuelto a favor del primero. Máxime cuando en nuestro Ordenamiento la propiedad se adquiere conforme a la teoría del título y el modo, y si tenemos en cuenta que en aquél no se ha establecido la inscripción constitutiva por libre decisión del legislador.

La finalidad de publicidad del Registro de la Propiedad guarda relación con la seguridad del tráfico, pero no puede desconocer las exigencias de la seguridad de pertenencia de los derechos. Porque los principios no pueden exasperarse, so pena de incidir negativamente en la propia institución a la que se aplican. Ciertamente la seguridad jurídica es un principio asentado en el artículo 9 de nuestra Constitución, pero no lo es menos que para el artículo 1 de la misma, la justicia es uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico. Y no parece justo crear un «burladero» tan fuerte donde la justicia se estrelle.

VI. EL ADQUIRIR DE TITULAR INSCRITO

Queda por ver el último requisito que la doctrina monista exige al tercero del artículo 32: el haber adquirido de titular inscrito. Y vaya por adelantado que ni el artículo 32 de la Ley Hipotecaria ni los 606 y 1.473 del Código Civil lo exigen expresamente. ALONSO FERNÁNDEZ y HERMI-

DA se producen en ese sentido. Ni que decir tiene que J. M. GARCÍA también.

ROCA SASTRE, que defiende lo contrario, lo hace con invocación de tres Sentencias del Tribunal Supremo, las de 10 de diciembre de 1951, 6 de diciembre de 1962 y 12 de diciembre de 1963. Esta última no la hemos encontrado, pero en fecha cercana hay otra de 22 de noviembre de 1963 a la que aludiremos.

La primera invocada es la de 10 de diciembre de 1951 (R. A. 2363). El párrafo pertinente es el siguiente: «En el ámbito propio del Derecho inmobiliario, respecto del cual basta recordar, a efectos del presente recurso, que, apartado el tema de protección por *fides* pública del tercero hipotecario *strictu sensu* (no aplicable a los actores primeros inscribientes de información posesoria)...»

Creemos que también aquí la frase transcrita constituye un *obiter dictum*, como lo prueba la propia expresión «*apartado el tema...*» En efecto, ese argumento no fue la *ratio decidendi* de la Sentencia. La acción fue desestimada en aquel caso porque en todas las instancias se entendió que faltaba el presupuesto de la reivindicación. Además, la Sentencia alude al tercero hipotecario *strictu sensu*, como refiriéndose al del artículo 34 de la Ley, donde no está protegido el inmatriculante; pero no se refiere al tercero del artículo 32, que es el cuestionado.

Es también interesante la Sentencia de 22 de noviembre de 1963 (R. A. 4958). La parte pertinente dice así: «Aparte de que estando sujeta la principal de las fincas objeto del contrato a los efectos del artículo 207 de la Ley, por haber sido inscrita conforme a lo prevenido en el 205, el inscribiente no la adquirió de quien, según el Registro, podía transferírsela, como exigen los artículos 20, 38, 69 y la esencia interna del principio de la fe pública registral, que por ello no despliega sus efectos protectores en favor del inmatriculante ni de sus sucesivos causahabientes durante los dos primeros años de vigencia de dicho asiento».

En el presente caso el argumento era a mayor abundamiento, como lo prueba la frase introductoria «*aparte de que...*» Se trataba de la suspensión de la fe pública registral. Además, en el caso de tal Sentencia, la demanda prosperó porque el contrato inscrito se declaró simulado y hubo la afirmación de que el adquirente lo era de mala fe. En último extremo, en el motivo de casación que dio lugar a aquel Considerando parcialmente transcrito, el artículo cuya infracción se denunciaba era el 34 y no el 32 de la Ley.

Llegamos así a la que creemos más importante, la Sentencia de 6 de diciembre de 1962 (R. A. 5058). El último Considerando dice así: «Que, por último, se combate la Sentencia recurrida en el quinto motivo del

recurso, por la vía del número primero del 1.692, alegando la interpretación errónea del artículo 1.473 del Código Civil y la aplicación indebida del 34 de la Ley Hipotecaria, por entender el recurrente que tratándose de una doble venta le corresponden los bienes por ser quien primero inscribió en el Registro de la Propiedad; y si bien se trata en efecto de una doble venta, no cabe olvidar que las fincas no estaban inscritas en el Registro y fue el propio recurrente quien logró su matriculación por medio de un acta de notoriedad, que conforme a lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria no surte efectos registrales hasta transcurridos dos años desde la inmatriculación, por lo que, impugnada antes de pasado dicho plazo, ni el señor C. tiene el carácter de tercero hipotecario, ni el de propietario inscrito.»

Realmente aquí sí que se aborda de frente el tema de la protección del que adquiere de quien no era titular inscrito. El interesado reclamaba la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil, que no exige aquella previa inscripción. Ahora bien, curiosamente el Tribunal Supremo desestima esa pretensión, no porque rebata su argumento frontal, sino en razón a que el inmatriculante estaba sujeto a una suspensión de dos años de la fe pública y entretanto no podía considerarse tercero hipotecario.

Parece que si dicho plazo hubiera transcurrido, aquel adquirente habría sido protegido. Y como, en definitiva, el inmatriculante no deja de serlo porque hayan pasado dos o cuatro años desde su inscripción, es por lo que pensamos que la Sentencia citada, invocada por ROCA SASTRE en abono de su tesis monista, más bien apoya la conclusión de que el tercero del artículo 32 puede ser protegido aunque no haya adquirido de titular inscrito. Lo que ocurre es que, según el Tribunal Supremo, esa protección no se dispensa mientras y en los casos en que juega la suspensión de la fe pública. Es lo que había mantenido DEL HOYO, en un trabajo de 1949, sobre el concepto de tercero.

Tendríamos entonces que las diferencias entre el tercero del artículo 34 y el del artículo 32 se reducen al requisito de adquirir de titular inscrito, exigible en el primero y no en el segundo. Lo que creemos es que tal circunstancia debía ser aclarada legislativamente, en evitación de cavilaciones doctrinales o, incluso, de pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios que en algún momento pudieran producirse.

VII. PROPUESTA SISTEMÁTICA

Para ese momento de modificación legislativa, pensamos que no estaría de más una reordenación sistemática de buena parte del título II de la Ley Hipotecaria dedicado a la forma y efectos de la inscripción. Concretamente

nos ceñiremos a los artículos 32 y siguientes hasta el 41, que son los que preferentemente hemos contemplado. No sin advertir que también guardan relación con los mismos otros, como el 28, referente a la suspensión de la fe pública, o el 29, relativo a la extensión de la misma.

Pensamos que el párrafo primero del artículo 38, donde se consagra el principio de legitimación, es el que debía figurar en cabeza de esta serie. Tras él, el artículo 33 actual, sobre que la inscripción no convalida los actos nulos con arreglo a las Leyes. A continuación, el artículo 34, que trata del principio de fe pública, en su enérgica vertiente positiva. Lo seguirá el 37 como complemento de dicho 34.

Después de ellos podría aparecer el actual 32 con la vertiente negativa de la fe pública. Pero se debía aclarar que ese tercero había de reunir los requisitos de buena fe y título oneroso. De ello, y por exclusión, se desprendería que no era necesario el adquirir de titular inscrito.

Como segundo párrafo del mismo precepto y aplicación concreta de él podía figurar la referencia que a la doble venta contiene el artículo 1.473 del Código Civil, en el sentido de que, tratándose de inmuebles, la propiedad correspondería a quien primero inscribiese en el Registro en las condiciones del párrafo anterior (esto es, buena fe). Así se recogería del Código una norma con evidente trascendencia hipotecaria.

Finalmente, un tercer párrafo, añadido a ese artículo, podría aclarar que la misma regla se aplicaría en el caso de doble donación. Pues en éste, ante la colisión de dos títulos de carácter lucrativo, ningún inconveniente habría en dar preferencia al donatario que primero inscribió.

Seguidamente podrían darse los actuales artículos 35 y 36 que se ocupan de la prescripción y el registro. A continuación, los artículos 39 y 40, que tratan de la inexactitud registral y las formas de remediarlas.

La parte procesal quedaría para el final. Y en ella, todo el resto del actual artículo 38, que se ocupa de las consecuencias procesales del principio de legitimación, para cerrar con el artículo 41, regulador de otro efecto procesal importante de aquel principio. Es este carácter fundamentalmente adjetivo el que aconseja que aquella parte del artículo 38 sistemáticamente se desplazara algo.

VIII. CONCLUSION

Al llegar aquí volvamos al título de este trabajo. Puede admitirse que haya un tercero hipotecario *strictu sensu* que es el del artículo 34 de la Ley. Se ha hablado de otro *plus quamperfecto* que era el colocado ante la usucapión, porque a él se le exige una buena fe más reforzada. Cabría finalmente otro tercero *minus quamperfecto* el del artículo 32, al que no

sería necesario el adquirir de titular inscrito. Por eso, frente a monismo a dualismo, cabe hablar de triadismo como referencia a los tres terceros indicados.

Ahora bien, si esas diferencias son tan importantes como para hablar de dualidad o pluralidad de figuras, o por el contrario no rompen la sustancial unidad del tercero, es algo en lo que no vamos a entrar. Si se trata de cuestión de nombres, no romperemos una lanza por ello.

Sí lo hemos hecho en lo que nos parecía cuestión de fondo, o sea, la exigencia de requisitos de protección. Y ello al hilo de la lectura de la obra verdaderamente apasionante de J. M. GARCÍA, cuyo segundo tomo aguardamos con interés, y con el recuerdo y añoranza de ese maestro que fue ROCA. Creo que para el primero, ese parangón que establezco con el segundo puede ser un motivo de legítimo orgullo hipotecario.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS

Abogado del Estado

Un nuevo registro jurídico de «bienes»: el sistema de anotaciones en cuenta de valores

INTRODUCCION

La disposición final segunda de la Ley 19/1989, de Reforma Parcial en materia de sociedades, texto de 25 de julio de 1989, ha introducido una novedad sobre anteriores redacciones. Es un rotundo acierto contemplar la creación de un Registro de la Propiedad mueble, una aspiración largamente sentida por la doctrina (1). Un sistema de tal naturaleza debería ser

(1) Sobre la posibilidad, e incluso necesidad, de una publicidad registral mobiliaria habían escrito PLANIOL, RIPERT y BECQUE (vid. VALLET DE GOYTISOLO *Estudios sobre garantías reales*, ed. Montecorvo, 2ª ed.) En nuestra patria, como precursor, citaremos a LEOPOLDO ALAS (*La publicidad y los bienes muebles*, Madrid, 1920, págs. 239 y sigs.). El primero en exponer la clasificación de los bienes en registrables y no registrables ha sido el profesor DE CASTRO [*Programa del Derecho Civil (parte general) de la Universidad Central*], luego seguido por ÁNGEL SANZ (en su conferencia en la Academia Matritense del Notariado, el 6 de marzo de 1944), y luego por el resto de la doctrina (por todos, DIEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, págs. 138-169). Es fundamental el tratamiento de la cuestión en MARÍN PÉREZ *Introducción al Derecho Registral*, Madrid, 1948, pág. 43. Una crítica, a mi entender, desafortunada, en J.M. GARCÍA GARCÍA: «Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario», tomo I, ed. Civitas, pág. 57. Vid. también CAMY SÁNCHEZ CAÑETE *Derecho Mercantil Registrable*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979, págs. 16 y sigs. De especial interés es la dogmática sobre el objeto de las garantías del vendedor en las ventas a plazos: M. ZUMALACÁRREGUI «La financiación de las ventas a plazos y su protección registral», en CEH. Curso de conferencias sobre Registro Mercantil Madrid, 1972, págs. 9 y sigs. y las consideraciones contenidas en la conferencia pronunciada sobre el Registro de las Reservas de dominio de bienes muebles vendidos a plazos en el I Congreso Internacional de Derecho Registral. En ese mismo Congreso CABANILLAS GALLAS disertó sobre «El futuro derecho registral», mayo de 1961, publicada en el libro del Colegio *Primer Congreso de Derecho Registral. Ponencias, actas y conferencias*, Madrid, 1965. Una recensión en el manual de

el vehículo de un cabal desenvolvimiento del principio constitucional de seguridad jurídica y estaría basado en una nueva categoría de cosa mueble: las muebles registrables. Lo que no nos parece tanto acierto es la técnica: una autorización al Gobierno imprecisa y poco oportuna. Imprecisa porque no queda claro qué Registros actuales piensan integrarse en la nueva estructura: administrativos —el Registro de la Dirección de Tráfico de vehículos de motor hace las funciones de un auténtico Registro mobiliario— o jurídicos, y dentro de estos últimos, el perímetro de la integración.

Respecto al ámbito de aplicación de un posible Registro de la Propiedad mueble, debería procurarse una publicidad completa, evitando ausencias como la que ahora sufre el arrendamiento financiero mobiliario o *leasing*, sobre cuya necesidad de publicidad están todos de acuerdo. Además, debe tenerse presente que el estado actual de nuestro Derecho es el de una ausencia total de sistema; varios Registros que se solapan con una coordinación muy deficiente, y falta de generalidad, articulados en tres niveles. En primer lugar, Registros plenos o completos, que por vocación tienen la de dar publicidad a toda vicisitud jurídico-real sobre ciertos muebles de considerable valor mediante una técnica asimiladora a la de inmuebles: el Registro Mercantil y los correspondientes administrativos de buques y aeronaves. Existen, además, Registros de garantías reales mobiliarias sin desplazamiento posesorio:

— El de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de técnica más perfecta, pero que ha resultado ser un fracaso por su inusual utilización.

CHICO ORTIZ. *Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1981-1982, págs. 35 y sigs. del tomo I. Sobre un Registro de bienes muebles y de derechos incorpóreos, *vid.* «Proyecto de Ley Uniforme de los Registros jurídicos de bienes», aprobado por el II Congreso Internacional de Derecho Registral. Muy crítico con los registros jurídicos de bienes, LUIS ROJO AJURIA *“Leasing” Mobiliario*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, págs. 278 y sigs. Más optimista, y proponiendo un sistema mobiliario registral como *desideratum*, J. DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ *Legislación sobre ventas a plazos, entidades de financiación y ‘leasing’*, Ed. Tecnos, prólogo. La posibilidad alternativa de una eficacia de ciertas «garantías» sobre bienes en perjuicio de tercero y sin necesidad de registro en RICARDO DE ANGEL: «El proyecto de convención europea sobre reserva de dominio simple», *RCDI*, págs. 561-580. En Derecho comparado es ejemplar el norteamericano que ha establecido un sistema registral uniforme en garantías reales mobiliarias: el *filling* previsto en el Uniform Commercial Code (UCC) («UCC 2nd ed. James J. White & Robert Summers», «UCC: Official Text with Comments», 1976, West Pub, también en 1978; «UCC, series», 6 vols., William Hawklund, Callaghan, 1982...). En Derecho Inglés es de especial interés el informe de la Comisión Crowther (Crowther Report.). En Francia, el D. de 4 de julio de 1972 crea un auténtico registro de «arrendamientos financieros» (*credit-bail*). Sobre este y otros particulares de Derecho Comparado, *vid.* ROJO AJURIA, *op. cit.*, *passim*.

— El de Ventas de bienes muebles a plazos, creado por su Ley reguladora y la Ordenanza de desarrollo para la publicidad de reservas de dominio y prohibiciones de disponer, en función de garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas de ventas aplazadas y sus préstamos de financiación.

Pues bien: no se sabe si el Registro a crear —presumiblemente único— alcanzaría tan sólo buques y aeronaves o integrará los actuales niveles de Registros.

Dije que la Ley era inoportuna, y así lo creo, por establecer una situación transitoria de independencia o separación del Registro Mercantil, de los actuales libros de buques y aeronaves, cuando parece que es el Registro Mercantil el lugar natural de ubicación, por ser el Registro de seguridad jurídica suficientemente ágil y vinculado al tráfico mercantil. La independencia estructural puede garantizarse atribuyendo su titularidad a los Registradores mercantiles de la provincia en situación parecida a la actual del de ventas a plazos. Refuerza mi idea de lo inoportuno de la separación transitoria del mercantil —por más que dogmáticamente pueda ser un acierto la «depuración» del actual sistema para que tenga exclusiva vocación de publicidad de personas— la experiencia de una Administración voraz que peca en materia registral por omisión o por comisión. Por omisión, sencillamente obviando la existencia del Registro Mercantil, creando auténticos vacíos legislativos (¿se sabe si son inscribibles las agrupaciones y uniones de empresas tras la poco afortunada Ley fiscal de 1982?), y por comisión, por mimetismo de sustitución (el caso de las cooperativas y su registro especial es suficientemente conocido).

Todo esto valga como presentación del problema y llamada de atención sobre la floración de otros Registros de la Propiedad mueble que pasan desapercibidos a nuestra doctrina como tales. Esto demuestra la necesidad social sentida de organizar un sistema único y moderno de publicidad registral.

EL REGISTRO DE LA LEY DE MERCADO DE VALORES

La nueva regulación del Mercado de Valores por Ley 24/1988, de 28 de julio, ha recogido en su articulado la técnica de instrumentación jurídica de valores mediante un sistema de anotaciones en cuenta, que para la deuda pública ya ensayó la legislación anterior (2). Me propongo demos-

(2) El fundamento para la aplicabilidad de un sistema de control registral en la circulación de valores descansa en la «desmaterialización» (*vid.* JOSÉ MARÍA DE EIZA-

trar que para los valores que no cotizan en Bolsas oficiales (3), el sistema de anotación en cuenta por entidades gestoras especializadas, constituye un auténtico Registro de la propiedad mueble, cuyo funcionamiento revela sorprendente similitud con el Registro de la Propiedad.

GUIRRE «Bases para una reelaboración de la teoría general de los títulos-valores», *RDM*, enero-marzo de 1982), con la consiguiente depreciación documental y Ley de tradición registral, y en la fungibilidad de los títulos. El proceso arranca en nuestro Derecho con el Decreto-ley de 30 de noviembre de 1973, cuyo art. 24 autorizaba al Gobierno para establecer un sistema de compensación y liquidación en las operaciones de Bolsa, que fue objeto de regulación por el D. de 25 de abril de 1974. Para los títulos públicos el punto de arranque es la O. de 16 de septiembre de 1981, referida a pagarés del Tesoro. El sistema de anotaciones en cuenta de deuda pública fue objeto de previsión en la Ley de Presupuestos del Estado de 1986 (arts. 4 y 38). Su creación se debe al R.D. de 3 de abril de 1987, desarrollado por O. de 19 de marzo de 1987 y la Circular del BOE número 16, de 9 de mayo de 1987. *Vid. Suplementos del Sistema Financiero*, núm. 19, *Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorro*, «Anotaciones en cuenta de deuda pública», Madrid, 1987. La Ley de Mercado de Valores establece con carácter general un uniforme sistema de anotaciones en cuenta, pero que se aplica según su gestión en tres supuestos:

1. Valores no admitidos a negociación en Mercados oficiales, en cuyo caso la llevanza del registro se encomienda a sociedades y agencias de valores autorizadas.

2. Valores admitidos a negociación en Bolsas de valores: la llevanza se encomienda al Servicio de Compensación y liquidación de valores (una sociedad anónima especial que regula el art. 54 de la Ley).

3. Anotaciones en cuenta de deuda pública: la llevanza se encomienda conjuntamente, como hasta ahora, a la Central de Anotaciones —un servicio del Banco de España que actúa como organismo rector del sistema— y a las entidades gestoras (arts. 55 y sigs. de la Ley)

Nos centraremos en el primer sistema registral, que es el que se estudia en este trabajo, y el más novedoso. Respecto a los otros dos, la novedad más singular es la mayor eficacia de los asientos registrales, que ahora gozan de la fe pública registral, perjudicando a terceros lo que antes sólo era oponible a la entidad emisora. Sobre el sistema de compensación y liquidación en operaciones en Bolsa, *vid. GARRIGUES El Decreto de 25 de abril de 1974 sobre liquidación de operaciones bursátiles desde el punto de vista del Derecho mercantil*, Servicios de Estudios de la Bolsa de Madrid, Madrid, 1974, y BROSETA *Estudios de Derecho bursátil*, Madrid, 1971, págs. 39 y sigs.

(3) Quiero advertir que las expresiones «registro de la propiedad mueble» y «sistema mobiliario registral», referidas a los que se llevan mediante anotaciones en cuenta, son puramente convencionales. Evidentemente los valores; las acciones, las obligaciones..., no son cosas y, por tanto, difícilmente bienes muebles. En los títulos valores su «cosificación» es posible mediante su incorporación a un documento, pero esto no convierte al derecho en *res mobilis*. No obstante, utilizo la denominación de registro de bienes muebles por razón de claridad y simplicidad expositiva por oposición a los registros de personas, y dentro de los de bienes por oposición al Registro de la Propiedad, el registro por antonomasia. Con todo es más correcta la concepción conforme con el II Congreso Internacional de Derecho Registral de los valores como susceptibles de un registro de bienes inmateriales («cosas incorpóreas»). Los derechos-valores no pueden ser cosas, ni siquiera por analogía (art. 336 del Código Civil).

AMBITO DE APLICACIÓN Y FUNCIÓN DE ESTE REGISTRO

La propia estructura del Mercado, por su amplitud, agilidad y flexibilidad, transparencia, especialización y profesionalización de sus Agentes, limpieza en la formación de los precios..., ha exigido la creación de un sistema de representación de las emisiones de valores negociables cuando no han de cotizar en los Mercados oficiales, basado en los siguientes principios generales:

1. La ruptura de la identificación de valores y, en particular, de «valores negociables» con los «títulos valores».—La incorporación de derechos a títulos (*verkörperung*) —la esencia de la técnica de los títulos valores— es una manera, que no la única, de «instrumentalizar» los valores negociables. En una fase ulterior de desmaterialización y simplificación se prescinde del eslabón más débil de la cadena. Hasta ahora los derechos que integraba una acción, obligación, etc., se incorporaban a un título transmisible, ese título valor generalmente se depositaba en una entidad financiera —un banco— que emitía a favor del titular un resguardo de depósito, otro título valor de los llamados de tradición que legitimaba al por él designado a reclamar la restitución. Con el nuevo sistema la cadena se simplifica, al poder suprimir el título valor, sustituyendo su representación por una simple anotación contable extendida en su Registro por una entidad financiera especializada que también cumple funciones de administración de la cartera. Desaparece con carácter general así, el derecho del accionista a la entrega de su título.

2. Desaparición del concepto de fe pública obligatoria de los Agentes mediadores.—En una progresiva espiritualización se simplifican requisitos formales en el tráfico de valores, mediante la desaparición como obligatoria de la fe pública, sin que ello impida la intervención voluntaria de Corredores o Notarios.

3. La sustitución de la figura de Agente mediador individual por entidades financieras especializadas.—Los *brokers* y *dealers*, entre cuyas funciones están las de «recibir órdenes de inversores, nacionales o extranjeros, relativas a la suscripción de cualesquiera valores (...) y ejecutarlas, si están autorizados para ello, o transmitir las para su ejecución a otras entidades habilitadas a este fin» [art. 71 de la LMV, ap. a)] y llevar el registro contable de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta» [ap. g) del mismo art. y Ley].

4. La creación de un principio general de homogeneidad y fungibilidad de valores por medio de sistemas de compensación y liquidación (arts. 7.3 de la LMV y 8.3).

5. La creación de un marco de regulación uniforme atendiendo a los

principios de unidad de mercado, eficacia y agilidad, transparencia y garantía de protección de los intereses de inversores y, en general, de la economía nacional.

AMBITO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA DE ANOTACIONES EN CUENTA

Se extiende a la representación de valores negociables:

Cuando se prescinde de la representación por medio de títulos (artículo 5.1 LMV).

En el bien entendido que lo que caracteriza a un valor es:

- a) la negociabilidad, y
- b) el ingreso en una emisión, homogeneidad que no tiene por qué coincidir con la agrupación en serie (y que, como vimos, no coincide con el concepto de título valor).

Emitidos por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas o grupos (art. 4) en el territorio nacional (art. 3) y no admitidos a negociación en Mercados oficiales (art. 7.2).

ENTIDADES GESTORAS DEL REGISTRO

Son entidades gestoras las sociedades y agencias del Mercado de Valores con las siguientes características:

- Sociedades mercantiles que adoptan la forma de anónimas.
- Financieras especializadas: Objeto y denominación son exclusivos y excluyentes (arts. 71 y sigs. y 65 de la Ley).
- Cuya actividad está reglada:
 - Por ser sociedades anónimas especiales (sus requisitos especiales se contemplan en el art. 66).
 - Por estar fuertemente intervenidas en su constitución (autorización previa del Ministerio de Economía y Hacienda a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, inscripción en el Registro Mercantil, inscripción en el Registro especial de la Comisión y publicación en el *BOE* por virtud del art. 62 de la Ley) y funcionamiento (están sometidas a una disciplina de actuación y normas de conducta y al régimen de supervisión, inspección y sanción).

CARACTERISTICAS GENERALES DEL SISTEMA

ENCUADRE GENERAL

Nos vemos forzados, por exigencias de la lógica y méritos de la consagrada distinción entre Registros jurídicos o de «seguridad jurídica» y Registros administrativos o de «información administrativa» a precisar a cuál de estas dos grandes familias se afilia nuestro sistema mobiliario registral:

Sin duda no es un Registro administrativo, y no sólo porque el gestor es una sociedad mercantil privada, lo que en definitiva es accidental al concepto, sino porque su finalidad no es el mero archivo de datos que coadyuven una actuación objetiva y eficaz de la Administración.

Me inclino por encuadrar el Registro entre los de «seguridad jurídica», pero con notables peculiaridades:

1. Por la naturaleza del gestor, que no es funcionario público, aunque su función podría encuadrarse entre las técnicas de participación del administrado por delegación de funciones públicas.
2. Por el dudoso carácter público de asientos y certificados extendidos.
3. Porque aunque su contenido es oponible a terceros, estando atribuido al sistema la función de publicidad material, la publicidad formal ha sido tan descuidada que habría que preguntarse hasta qué punto existe.

Por supuesto, de entre los Registros de seguridad jurídica éste es de los bienes, en particular bienes «muebles registrables»: Valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta.

TIPIFICACIÓN DEL SISTEMA

1. Desde el punto de vista formal o *por razón de la técnica de llevanza*:

- *Es un Registro de «inscripción»*, porque la técnica de la anotación no exige el archivo o la copia íntegra del instrumento de transmisión o de constitución de un derecho real sobre valores, sino que se consigna en extracto lo que importa a la mutación jurídico-real: nombre del emisor, identificación del titular, capital o importe representado, fecha de la expedición, etc. Evidentemente la inscripción no se practica en libros.

- Sigue el llamado sistema de *folio real*: se publican titularidades reales sobre valores mediante anotación (asiento contable) la cuenta abierta al titular.

Parece necesario distinguir las siguientes fases de desarrollo del sistema:

Primera fase o de constitución del sistema registral y designación del gestor:

La representación de valores mediante anotaciones en cuenta es libre: el emisor puede instrumentar la emisión por títulos o por anotaciones (art. 5.1). La opción por lo segundo supone la constitución del sistema y es, además de libre, irreversible (arts. 5.2 y 5.3), uniforme para toda la emisión (art. 5.1) —sin perjuicio de la integración progresiva en el caso de transformación de un sistema de títulos a otro de anotaciones—, y formal (exige —ex art. 6— escritura pública de emisión o de transformación del sistema, publicación en el *BOE* en caso de valores públicos, depósito de las copias para el público conocimiento en poder de la Comisión Nacional y en el de la gestora, e inscripción en el Registro Mercantil).

La designación de la gestora es libre y en cuanto a su irreversibilidad, habrá que estar a las reglas generales de la Comisión mercantil. En lo que hace a los requisitos formales, sólo se prevé la inscripción en el Registro de la Comisión Nacional. Lo más razonable es postular iguales formalidades que las previstas para la opción de representación y normalmente se hará la designación en el mismo instrumento en que se documenta la emisión.

Segunda fase o de constitución de los valores por su anotación:

Cumple la función de la inmatriculación: los valores que nacen de la emisión se constituyen —es decir, surgen a la vida jurídica— mediante su Registro contable (art. 8.2).

Fase tercera: Primera inscripción de dominio por la suscripción y sucesivas transmisiones (art. 8.2).

2. *Por la función de la inscripción.*

La inscripción constituye el valor cuando la emisión se inscribe y coopera a la constitución de los derechos reales impuestos sobre los valores anotados en cuenta, supliendo a la tradición.

3. *Por el objeto de la inscripción.*

Estamos ante un Registro completo o pleno: en él se inscriben todas las transmisiones de los valores emitidos, así como la constitución de toda clase de derechos reales limitados o gravámenes sobre dichos valores, mediante su desglose en la cuenta.

Sería interesante que por aplicación supletoria de la legislación hipotecaria pudieran tener acceso al Registro ciertos derechos personales —como el arrendamiento o la opción— o situaciones jurídicas susceptibles

de publicidad mediante anotaciones preventivas, especialmente el embargo de valores.

Las prohibiciones de disponer convenidas entre los particulares, las voluntarias y no expresas en los estatutos, podrán tener acceso al Registro y hacerse valer frente al emisor, para lo cual parece razonable la aplicación del artículo 26 de la Ley Hipotecaria..

Por supuesto, los títulos constitutivos del usufructo y prenda de los valores anotados son inscribibles. Para dar en garantía valores representados mediante anotaciones en cuenta y puesto que no existen títulos materiales, la prenda es de constitución registral (similitud con el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento).

No obstante, un modo simple de constituir la prenda —de modo semejante a como ocurre en los derechos hipotecarios del Common Law— es mediante la entrega del certificado (art. 12) al acreedor, con lo que el titular, que no puede obtener un duplicado al expedirse un solo certificado, queda privado de la posibilidad de acreditar la legitimidad para disponer de su derecho en perjuicio de su acreedor. Sin embargo, este procedimiento priva al deudor, titular registral, de la posibilidad de levantar nueva prenda y al acreedor de transmitir su derecho mediante la restitución del certificado de garantía que se le expide.

4. Por razón de *la oponibilidad a terceros*.—Estamos ante un sistema de plena oponibilidad a terceros de lo inscrito/cancelado y de inoponibilidad a terceros —emisor incluido— de lo inscribible no inscrito (art. 9.2, 9.3 y 10.2).

Así, el emisor puede desconocer a todo adquirente de derecho real sobre valor que le atribuya derecho al dividendo, a renta, o prestación, etc., si no inscribió su derecho, y, por contra, quedar liberado si realiza la prestación a favor del legitimado (arts. 11, 1 y 2, en relación con el artículo 1.164 del Código Civil).

El problema del «tercero de prioridad» que se da en los casos de doble venta, debe resolverse a favor del primero que con buena fe haya inscrito su derecho (art. 1.473, 1, del Código Civil, teniendo en cuenta que la inscripción sustituye a la toma de posesión, arts. 9 y 10 de la LMV, art. 32 de la Ley Hipotecaria por analogía). El problema no deja de ser residual dado que sólo se expide un certificado a favor del titular, certificado que restituirá cuando transmita su derecho.

5. *El certificado del título*.—Uno de los rasgos más típicos del sistema al que ya hemos tenido ocasión de hacer referencia es el de la existencia del certificado de inscripción. No pretenda verse en éste un títulovalor. Es un resguardo o documento acreditativo de haberse practicado la anota-

ción; falta la incorporación del derecho al documento y desde luego no es susceptible de transmisión o endoso (art. 12.2). Su función es similar a la que cumplen los certificados de inscripción —*land certificate*— en derechos como el inglés o irlandés. Como dice la Ley, su función estricta es la legitimadora (art. 12.2). Sin su restitución no puede darse curso a las transmisiones de valores (art. 12.4). El certificado no sustituye a la anotación, por lo que la divergencia habrá de resolverse a favor de lo que del Registro resulte, sin perjuicio de la responsabilidad de la gestora (art. 7 *in fine*).

El certificado se expide al titular registral, libre de gastos —es de suponer— y con carácter único (art. 12.3) para evitar el problema de la doble venta. Parece, por fin, razonable, la expedición a favor de titular de derecho real distinto del dominio, siempre que éste sea transmisible: por ejemplo, el usufructuario tiene derecho a que se le expida certificado de anotación de usufructo; cuando transmita su derecho restituirá dicho certificado para que pueda inscribirse el usufructo a favor del nuevo usufructuario (art. 480 del Código Civil, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 498). Como es lógico, el deudor pignoraticio puede dar en prenda sus valores previamente gravados (analogía con la segunda hipoteca) y el acreedor pignoraticio constituir subprenda o transmitir su crédito prendario. De todo lo cual resulta la posible complejidad de relaciones jurídicas instrumentadas en anotaciones en cuenta, con la conveniencia de una aplicación supletoria o analógica de la Ley Hipotecaria y de un encargado de la registración con alta cualificación técnica.

PRINCIPIOS DEL SISTEMA REGISTRAL

Son el correlato de los principios hipotecarios del Registro de la Propiedad. Resultan de los artículos 5 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores:

1. Principios que se refieren a los *efectos de la inscripción*.

PRINCIPIO DE LA INSCRIPCIÓN

Es el que determina el valor de la inscripción —anotación en cuenta— respecto a la constitución, transmisión, modificación o extinción del derecho real.

La inscripción es constitutiva del valor que trae causa de una emisión («mercado primario de valores»). Cuando los valores negociables se representan por medio de anotaciones en cuenta la «inmatriculación de la

emisión» hace nacer a la vida jurídica el objeto de los derechos que sobre él se imponen (art. 8.2).

Respecto al dominio inicial del suscriptor, al derecho de propiedad de los sucesivos adquirentes, o a la titularidad real sobre los valores, la anotación en la cuenta ni surte efectos meramente declarativos: el asiento registral suple la tradición. Esto, habida cuenta de nuestro sistema causal, no implica que por sí la anotación constituya el derecho; sin embargo, completa la titularidad real conjuntamente con el negocio causal traslativo antecedente —*iusta causa traditionis*—; en virtud de la teoría del título y el modo. Por supuesto, por sí solo, la existencia de un negocio causal válido —una compraventa, donación, permuta...— sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta, pero no inscrito, no es hábil para provocar la mutación jurídico real, sin perjuicio de los efectos obligacionales que brotan del mismo *inter partes* (art. 1.095 del Código Civil).

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

En su aspecto *material*, el principio de legitimación encuentra pleno desarrollo en el artículo 11 de la Ley. Vehículo de esa legitimación es el certificado de la anotación expedida a su titular.

Aunque no quede dicho, debe entenderse el principio de publicidad en sentido negativo también: cancelado el asiento debe presumirse extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera (art. 97 de la Ley Hipotecaria por analogía).

Ahora bien, ni los asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales, ni existe principio equivalente a nuestro artículo 313 de la Ley Hipotecaria; esto último, por la sencilla razón de que siendo necesaria la inscripción para la constitución de un derecho sobre valor, sin ella pueden los Tribunales ignorar tal derecho si se hace valor en perjuicio de terceros.

Según VICENT CHULIA, los certificados emitidos por la entidad gestora llevan aparejada ejecución a los efectos del artículo 1.429 de la LEC. Sin embargo, esto no tiene más fundamento que una generosa interpretación analógica del mismo precepto.

El principio de fe pública registral encuentra cabal desarrollo en el apartado 3 del artículo 9. Las diferencias con el artículo 34 —su modelo sin lugar a dudas— son las siguientes (además de la salvedad final de ser el tercero mantenido en la situación a pesar de anularse o resolverse el derecho del transmitente):

- el estándar ético del tercero registral es menos exigente: basta ausencia de malicia o culpa grave. Esta mejora de su estatuto jurídico quizá se

deba a las mayores posibilidades de información (y de omisión de diligencia) de un mercado profesionalizado y bastante transparente.

- Aunque falta presunción de buena fe, ésta puede suplirse por los principios generales de nuestro Derecho (arts. 434 y 1.951 del Código Civil o 34 de la Ley Hipotecaria). También puede suplirse por aplicación analógica del artículo 34 de la Ley Hipotecaria la omisión de la previsión de adquisiciones gratuitas.

- En cuanto a los efectos de la protección, se opta por una expresión claramente alusiva a irreivindicabilidad —congruente, por otra parte, con el tenor del artículo 324 del Código de Comercio, también reformado—, sin que esto, creemos, resulte definitivo a la hora de resolver la naturaleza del carácter de la protección (mera irreivindicabilidad o *adquisición a non domino*).

- Por fin, predica la buena fe del momento de la adquisición, conforme tiene establecido para el Registro de la Propiedad, la mejor doctrina y numerosa jurisprudencia. Precisamente por coincidir el momento de la inscripción y el de la adquisición del derecho —supuesto título— se ha omitido, acertadamente, la necesidad de la inscripción de su derecho, para que el tercero registral sea protegido.

En su *aspecto formal*, la publicidad que procura este Registro ha sido muy descuidada. Existen certificados, pero su función es muy distinta a la de las certificaciones —artículos 223 y concordantes de la Ley Hipotecaria— y sólo se expiden al titular registral. No parece preocupar al legislador ni el interés legítimo de quienes puedan desear conocer el contenido del Registro, ni los instrumentos o medios de publicidad, ni la forma o plazos para hacerla efectiva.

Por cierto, nada se ha previsto para la pérdida o extravío del certificado «único» del título, como ocurre en los derechos anglosajones. Me parece el procedimiento de los artículos 547 y siguientes del Código de Comercio de engorrosa, además de dudosa aplicabilidad.

En lo que hace al *principio de prioridad*, si bien no está formulado expresamente, su aplicación —excluyente o preferente— resulta indudable (arts. 9.2 y 10.2).

2. Principios que se refieren a los requisitos para la práctica de la inscripción.

No hay duda de la existencia de un principio *de rogación*: la entidad gestora actúa como comisionista del emisor, y en interés de los suscriptores y adquirentes de derechos sobre los valores, dará curso a la inscripción cuando los interesados hagan saber la transferencia o constitución.

La inscripción es voluntaria —los interesados son libres de hacer constar un hecho inscribible en el Registro—, pero necesaria para la mutación jurídico-real (de lo contrario no hay tradición, aunque el negocio causal se haya otorgado en escritura pública).

El principio de *tracto sucesivo* está formulado con todo su rigor en la Ley (art. 11.3). La necesidad de reanudar tracto interrumpido no se planteará, porque los certificados no son endosables (art. 12.2) y deben ser restituidos cada transmisión para la adquisición de un derecho real.

Por lo que hace al juego de la causa y el Registro, así como en sede de *calificación*, existen sustanciales diferencias con nuestro Derecho hipotecario. El sistema en estos puntos es muy similar al que existe en el Registro de acciones nominativas. En cuanto a lo primero, conviene distinguir en toda transmisión de un valor representado mediante anotaciones en cuenta, entre título y modo o tradición. El título es un negocio causal antecedente y hábil para causar la transmisión o la constitución de un derecho real: puede ser gratuito u oneroso, *inter vivos* o *mortis causa*. Este negocio causal no es formal (Sentencia de 16 de octubre de 1896). Su doctrina es vigente al haber reducido la disposición adicional tercera de la Ley, la intervención obligatoria de fedatario público, a los casos de representación por títulos (no mediante anotaciones en cuenta) al portador (no nominativos) y siempre que no sea intervenida por sociedad y agencia de valores (de manera que indistintamente podrá serlo por fedatario mercantil o alguna de estas entidades financieras); lo cual modifica sustancialmente el hasta ahora vigente D. de 19 de septiembre de 1936).

El modo o tradición —ante la ausencia de título documental que incorpore el derecho— se efectúa mediante la inscripción. Para ello deberá comunicarse la transferencia a la entidad gestora (notificación paralela a la establecida en el artículo 347 del Código de Comercio para la cesión de créditos no transmisibles por endoso o al portador, y a la notificación que se hace a la anónima para la constancia de la transmisión de acciones nominativas), acompañada de la restitución del certificado expedido al transmitente (aquí no parece haya posibilidad de acreditar la legitimidad por cadena sucesiva de endosos en el dorso del certificado), para que la entidad encargada del Registro dé curso a la transmisión (art. 12.4) mediante su asiento contable o anotación en cuenta. Desde el momento de la inscripción se entenderá transmitido/constituido el derecho sobre el valor. La gestora cumple, exonerándose de responsabilidad, cerciorándose de la legitimidad del transmitente, para lo cual comprobará el certificado (que está en regla y que designa al titular registral) y su concordancia con lo que resulta del Registro; sólo entonces inscribirá: el negocio transmisivo o causal permanece ajeno al Registro. El gestor recibe —como mandatario—

una orden de hacer constar la transferencia o mutación real, lo que implica un mero acuerdo de voluntades de transmitir y recíprocamente adquirir un derecho sobre el valor, abstracción hecha de la causa. Esto no significa que no exista la causa —al contrario, se presumirá su existencia y licitud—, sino que escapa a las facultades «calificatorias» de la gestora (compárese con el sistema del «acuerdo real» o *Einigung* del Derecho hipotecario alemán. *Vid.* art. 39 LMV).

De lo expuesto, parece claro que ni el Registrador califica la validez del negocio causal, ni existe principio de legalidad en su aspecto de titulación auténtica: ni el contrato, donación... deben constar en escritura pública o en póliza, ni tampoco requiere forma especial la notificación—orden a la gestora. Esto no quita que sea frecuente, y deseable la intervención por fedatario público (Corredores de comercio o Notarios) o/y la mediación de entidades especializadas (*Vid.* arts. 71, en relación 76 LMV: sociedades o agencias del Mercado de Valores, sean o no miembro de alguna Bolsa, entidades financieras, cooperativas de crédito...).

Por fin: el principio de *determinación o especialidad*, ha de entenderse referido a las cuentas, y no a los valores, que están sujetos a sistemas de compensación y liquidación.

CRITICA GENERAL AL SISTEMA

El propósito que ha animado al legislador parece encomiable. Se trata de lograr un tráfico más fluido y transparente, con arreglo a las modernas exigencias del Mercado de Valores, y a la vez, procurar cumplir los mínimos irrenunciables del principio constitucional de la seguridad jurídica. Pero, así como en lo primero es posible que los modernos sistemas de proceso informático de datos cumplan las necesidades del momento, no se puede decir lo mismo del logro de mayor seguridad jurídica. El intento es miope. Y es miope porque aunque acierta en crear un Sistema Mobiliario Registral, y aun en el hecho de no imponerlo como necesario, desconoce o pretende desconocer las enseñanzas de nuestro Derecho hipotecario:

I. Pretende afirmar el «irrenunciable principio de unidad del orden económico y del sistema financiero nacional» (así reza la EM) y, sin embargo, permite la fragmentación del sistema de publicidad de valores representados mediante anotaciones en cuenta, al permitir para cada emisión la designación de un gestor registral. Habrá tantos sistemas con sus prácticas, modelos, y «doctrina» si se me permite la expresión, como gestoras o sociedades de valores lleven registros. Además se fuerza a todo eventual interesado a una tarea de investigación laboriosa; si desea, por

ejemplo, saber quién es el propietario de ciertos valores, deberá conocer primero el nombre de la gestora designada (para lo cual acudirá al Registro Mercantil o al de la Comisión Nacional), para luego solicitar de la gestora la información deseada.

II. Se pretende crear un «marco adecuado para una regulación suficiente del funcionamiento del Mercado de Valores» y se olvida, como no sea para la imitación, toda la valiosa aportación de la doctrina hipotecaria y especialmente la relativa al Registro Mercantil (registro de participaciones sociales, no lo olvidemos).

III. Se desea proteger los intereses de los inversores mediante un sistema férreo de disciplina e intervención controlada de los agentes financieros especializados, y se descuida el interés de terceros que no se sabe cómo, ni en qué plazos o condiciones podrán acceder a conocer lo que el Registro «publica» (?). Pero es que ni siquiera parece que contra la decisión de la entidad gestora, ni contra sus posibles actuaciones discrecionales o arbitrarias quepa otro recurso que la acción de responsabilidad (art. 7 *in fine*). Y no olvidemos que la entidad gestora del Registro está movida por ánimo de lucro. Por lo demás, no se parecen conocer las ventajas del sistema de retribución arancelaria y se confía todo el sistema de retribución, con cierta ingenuidad, al juego del mercado; no obstante el poderoso efecto de fe pública que el Registro genera.

IV. Se pretende, por fin, un sistema de protección al inversor y garantía de «honorabilidad empresarial y profesional» de los miembros de los consejos de administración de las sociedades y agencias, así como su experiencia (art. 66) y se desdeña la pieza preciosa del logro de ese laudable propósito: la calificación independiente por un profesional jurídico especializado.

Las recomendaciones finales que se imponen son:

1. La conveniencia, en el desarrollo reglamentario, de establecer la supletoriedad de las normas de la legislación hipotecaria, en cuanto no resulten contradictorias con las características del sistema, o, en todo caso, aprovechar la lección de nuestros Registros Mercantil y de la Propiedad.

2. Lo procedente que sería que el legislador contemplara o el Colegio Nacional de Registradores decidiera la intervención de los Registradores mercantiles y de la propiedad en la llevanza de un Registro que parece lindar entre ambos, como situación transitoria hasta la construcción de un sistema completo de publicidad mobiliaria registral.

OTROS SISTEMAS REGISTRALES PROXIMOS

Mencionemos en primer lugar, para su comparación con el de anotaciones en cuenta, el *registro de acciones nominativas*, para luego estudiar el *registro de participaciones de las sociedades limitadas*:

El libro-registro tradicional de acciones nominativas vendrá a ser sustituido, con la Ley nueva, por un «registro de acciones nominativas» [art. 38 b)], que puede llevarse por libros (soporte material tradicional), o mediante métodos informáticos. Su gestión se encomienda a los órganos de administración social. ¿Qué semejanzas y diferencias existirán entre un registro de acciones nominativas llevado por procedimientos informáticos y el que exige la representación de títulos mediante anotaciones en cuenta?

Desde luego, la semejanza técnica en la llevanza, permitirá en ambos casos el ahorro de la documentación de los valores [desaparece, salvo que otra cosa dispongan los estatutos, la obligatoriedad/derecho de emisión de títulos para su entrega a los accionistas. Tratándose de nominativas: art. 38 b)]. La Ley de tradición de las acciones nominativas será la existente con la vigente normativa, en el bien entendido que puede existir tradición registral, mediante la sustitución de la entrega del título por un apunte contable, cuyo contenido establece el artículo 38 b) citado.

En ambos casos —anotaciones en cuenta, registro de acciones nominativas— se acredita la legitimidad del adquirente frente a la sociedad emisora mediante un resguardo o certificación [art. 38 b) Ley], y una comunicación —notificación por escrito— del negocio causal, constituye al encargado de la llevanza del Registro, en la obligación de extender el asiento con la debida diligencia y celeridad. Esta inscripción legitima a su titular para el ejercicio de los derechos frente a la sociedad, de manera que ésta no puede desconocer a quien, según el Registro, es titular de derechos sobre las acciones emitidas (en situaciones tales como las de pago de dividendos, restitución del valor de las acciones amortizadas, adjudicaciones en pago del haber de liquidación, canje o estampillado, ejercicio de los derechos de voto o información, etc.). Por contra, la sociedad emisora podrá desconocer al adquirente que no inscribió su derecho.

Las diferencias, sin embargo, son notables: en el caso del registro de acciones nominativas, la llevanza se encomienda a la propia sociedad emisora y no a un tercero especializado (sistema hetero-registral), y especialmente *el registro de acciones nominativas no goza de los beneficios de la fides publica registral*:

Supóngase que «B» fuerza a «A» a transmitirle sus acciones en una

sociedad anónima, mediante dolo, fraude o violencia. Si se apresura a su vez a transmitir las a «C», quien de buena fe las recibe de quien en el registro de acciones nominativas estaba facultado para transmitir las, esto no permite a «C» oponerse a las pretensiones de restitución de «A» por el sólo hecho de haber confiado en lo que el Registro publicaba (aunque si pueda oponerse en virtud del 464 del Código Civil si su protección le ampara, o si ha prescrito su dominio). Por contra, esta es precisamente la situación en el caso de valores representados mediante anotaciones en cuenta. Y valga lo expuesto, por ejemplo, para el caso de embargo de acciones no inscrito frente al adquirente con buena fe del embargado.

Por fin, es obvio señalar que tratándose de participaciones de una sociedad limitada, el sistema registral diseñado para la constancia de sus transmisiones en el Derecho actual es de los de seguridad jurídica. El Registro Mercantil funciona como Registro de bienes —como ocurre en buques y aeronaves— y los principios, v. gr., de fe pública registral, tracto sucesivo, publicidad formal y calificación, entre otros, son de rigurosa aplicación. Compárese esta situación con el juicio que nos ha merecido el Registro llevado por el sistema de anotaciones en cuenta. ¿Qué juicio nos merece, a la luz de lo expuesto, la proyectada supresión de la publicidad registral mercantil?

Estamos de acuerdo con la doctrina (SÁNCHEZ RUS, GONDRA ROMERO) en que no puede ser sino negativo. Con el pretendido propósito de flexibilizar y agilizar el tráfico mercantil se suprime el Registro Mercantil para su desdichada sustitución por un Registro privado que llevará la propia sociedad, con el consiguiente menosprecio de las garantías de la seguridad jurídica en puntos tan importantes como publicidad formal (¿quién y cómo puede conocer el contenido del Registro privado?), fe pública (no hay modo de hacer valer lo inscrito, frente a tercero distinto de la sociedad), calificación (con la consiguiente ausencia de imparcialidad, nivel técnico especializado de conocimientos, exigible del encargado del Registro...), control del número máximo de socios...

En suma: se pretende una poco sopesada privatización de las funciones registrales —finalidad que existe en la legislación del Mercados de Valores— para la sustitución por un Registro, privado de fe pública —de la que sí goza el Mercantil o el sistema de anotaciones en cuenta—, con el propósito de agilizar un tráfico que sin embargo, exige escritura pública (¿para qué?, habida cuenta de la supresión del registro de participaciones en el mercantil y la general supresión de la intermediación de fedatario en la transmisión de valores).

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO

Registrador Mercantil de Barcelona

Artículos citados en el texto de la Ley 24/1988, de 28 de julio

CAPITULO II

DE LOS VALORES REPRESENTADOS POR MEDIO DE ANOTACIONES EN CUENTA

Art. 5.º Los valores negociables podrán presentarse por medio de anotaciones en cuenta o por medio de títulos. La modalidad de representación elegida habrá de aplicarse a todos los valores integrados en una misma emisión.

La representación de valores por medio de anotaciones en cuenta será irreversible.

La representación por medio de títulos será reversible. El paso al sistema de anotaciones en cuenta podrá hacerse, no obstante lo dispuesto en el párrafo primero, a medida que los titulares vayan prestando su consentimiento a la transformación.

El Gobierno podrá establecer, con carácter general para determinadas categorías de valores, que su representación por medio de anotaciones en cuenta sea condición necesaria para la admisión a negociación en uno u otro mercado secundario oficial de valores. Asimismo, determinará los supuestos excepcionales en que no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo.

Art. 6.º La representación de valores por medio de anotaciones en cuenta requerirá siempre el otorgamiento de escritura pública en la que consten la denominación, número de unidades, valor nominal y demás características y condiciones de los valores integrados en la emisión. Dicha escritura podrá sustituirse, en su caso, por la de emisión.

La entidad emisora deberá depositar una copia de la escritura ante la entidad encargada del registro contable y otra ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, quien lo incorporará al correspondiente registro público previsto en el artículo 92. Cuando se trate de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, deberá depositarse también una copia ante su organismo rector.

La entidad emisora y la encargada del registro contable habrán de tener en todo momento a disposición de los titulares y del público interesado en general una copia de la referida escritura.

En el caso de las emisiones de Deuda del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como en aquellos otros supuestos en que se halle establecido legalmente, la publicación de las características de la emisión en el *Boletín Oficial* correspondiente sustituirá a la escritura pública contemplada en los párrafos anteriores.

Art. 7.º La llevanza del registro contable de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta correspondientes a una emisión será atribuida a una única entidad.

Cuando se trate de valores no admitidos a negociación en mercados oficiales, dicha entidad será libremente designada por la emisora entre las que ostenten la condición de sociedad y agencia de valores. La designación deberá ser inscrita en el Registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores previsto en el artículo 92 de esta Ley, como requisito previo al comienzo de la llevanza del registro contable.

Cuando se trate de valores admitidos o negociados en las Bolsas de Valores, la llevanza del registro contable habrá de encomendarse necesariamente al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores en exclusiva o, si así se establece, de modo conjunto con sus entidades adheridas, en cuyo caso tendrá aquél carácter de Registro Central. No obstante, tal llevanza corresponderá, en su caso, a la sociedad rectora de la Bolsa correspondiente si así se determina, de conformidad con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 54.

Cuando se trate de valores admitidos a negociación en el Mercado de Deuda Pública, la llevanza del registro corresponderá a la Central de Anotaciones como registro central y a las entidades gestoras.

El Gobierno establecerá, en relación con las distintas entidades a las que se enco-

mienda la llevanza de los registros contables y los distintos tipos de valores, las normas de organización y funcionamiento de los correspondientes registros, los sistemas de identificación y control de los valores representados mediante anotaciones en cuenta, así como las relaciones de aquellas entidades con los emisores y su intervención en la administración de los valores.

La falta de práctica de las correspondientes inscripciones, las inexactitudes y retrasos en las mismas y, en general, la infracción de las reglas establecidas para la llevanza de los registros darán lugar a la responsabilidad de la entidad incumplidora, salvo culpa exclusiva del perjudicado, frente a quienes resulten perjudicados. Dicha responsabilidad, en la medida de lo posible, habrá de hacerse efectiva en especie.

Art. 8.º Los valores representados por medio de anotaciones en cuenta se constituirán como tales en virtud de su inscripción en el correspondiente registro contable, que, en su caso, será el de carácter central, quedando desde entonces sometidos a las disposiciones de este capítulo. El contenido de los valores anotados vendrá determinado por la escritura prevista en el artículo 6.

Los suscriptores de valores representados por medio de anotaciones en cuenta tendrán derecho a que se practiquen a su favor, libres de gastos, las correspondientes inscripciones.

Reglamentariamente se establecerán las condiciones para que los valores representados mediante anotaciones en cuenta funcionen como fungibles a efectos de las operaciones de compensación y liquidación.

Art. 9.º La transmisión de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta tendrá lugar por transferencia contable. La inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos.

La transmisión será oponible a terceros desde el momento en que se haya practicado la inscripción.

El tercero que adquiera a título oneroso valores representados por medio de anotaciones en cuenta de persona que, según los asientos del registro contable, aparezca legitimada para transmitirlos no estará sujeto a reivindicación, a no ser que en el momento de la adquisición haya obrado de mala fe o con culpa grave.

La entidad emisora sólo podrá oponer, frente al adquirente de buena fe de valores representados por medio de anotaciones en cuenta, las excepciones que se desprendan de la inscripción en relación con la escritura prevista en el artículo 6 y las que hubiese podido esgrimir en el caso de que los valores hubiesen estado representados por medio de títulos.

Art. 10. La constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta deberá inscribirse en la cuenta correspondiente. La inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título.

La constitución del gravamen será oponible a terceros desde el momento en que haya practicado la correspondiente inscripción.

Art. 11. La persona que aparezca legitimada en los asientos del registro contable se presumirá titular legítimo y, en consecuencia, podrá exigir de la entidad emisora que realice en su favor las prestaciones a que dé derecho el valor representado por medio de anotaciones en cuenta.

La entidad emisora que realice de buena fe y sin culpa grave la prestación en favor del legitimado, se liberará aunque éste no sea el titular del valor.

Para la transmisión y el ejercicio de los derechos que correspondan al titular será precisa la previa inscripción a su favor.

Art. 12. La legitimación para la transmisión y para el ejercicio de los derechos derivados de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta podrá acreditarse mediante la exhibición de certificados que serán oportunamente expedidos por las entidades encargadas de los registros contables, de conformidad con sus propios asientos.

Dichos certificados no conferirán más derechos que los relativos a la legitimación. Serán nulos los actos de disposición que tengan por objeto los certificados.

No podrá expedirse, para los mismos valores y para el ejercicio de los mismos derechos, más de un certificado.

Las entidades encargadas de los registros contables y los miembros de los Mercados de Valores no podrán dar curso a transmisiones o gravámenes ni practicar las correspondientes inscripciones si el disponente no ha restituido previamente los certificados expedidos a su favor. La obligación de restitución decae cuando el certificado haya quedado privado de valor.

ACTUALIDAD JURIDICA

1. INFORMACION LEGISLATIVA

A) TRATADOS INTERNACIONALES Y DERECHO COMUNITARIO

1. *Tratado sobre ejecución de sentencias entre España y México.*—El BOE de 15 de mayo publica el Instrumento de ratificación de este Tratado, firmado en Madrid el 20 de enero de 1989.

Son importantes y resumen su contenido los artículos 1.º y 3.º que dicen así:

Artículo 1.º España y los Estados Unidos Mexicanos se comprometen en las condiciones previstas por el presente Tratado a concederse la cooperación más amplia posible en materia de ejecución de sentencias penales de personas condenadas a privación de libertad o a medidas de seguridad.

Artículo 3.º 1. Las penas o medidas de seguridad impuestas en España a nacionales de los Estados Unidos Mexicanos podrán ser extinguidas en establecimientos penitenciarios de los Estados Unidos Mexicanos o bajo la vigilancia de sus autoridades.

2. Las penas o medidas de seguridad impuestas en los Estados Unidos Mexicanos, a nacionales de España, podrán ser extinguidas en establecimientos penitenciarios de España o bajo la vigilancia de sus autoridades.

3. El traslado puede ser solicitado por el Estado trasladante o por el Estado receptor.

2. *Tratado con Alemania Democrática sobre asistencia judicial en materia civil.*—En el BOE de 19 de mayo se publicó el Instrumento de ratificación de este Tratado. Sus preceptos principales son:

Artículo 1.º 1. Los nacionales de un Estado contratante tendrán, en el territorio del otro Estado contratante, libre acceso a los Tribunales y podrán comparecer ante éstos en materia civil en las mismas condiciones que los nacionales de ese Estado contratante.

2. En el presente Tratado, el concepto «materia civil» comprende los asuntos pertenecientes al derecho civil, de familia y mercantil.

3. El párrafo 1 se aplicará por analogía a las personas jurídicas que hayan sido constituidas de conformidad con la Ley de un Estado contratante y tengan su sede en el territorio del mismo.

Artículo 2.º 1. A los nacionales de un Estado contratante que actúen ante los Tribunales del otro Estado contratante, no se les deberá exigir fianza para las costas del juicio, siempre que tengan su domicilio o residencia en el territorio de uno de los Estados contratantes.

2. El párrafo 1 se aplicará por analogía a las personas jurídicas que hayan sido constituidas de conformidad con la Ley de un Estado contratante y que tengan su sede en el territorio del mismo.

Artículo 3.º Los nacionales de un Estado contratante gozarán del beneficio de justicia gratuita en el otro Estado contratante, en las mismas condiciones y en la misma proporción que los nacionales de ese Estado contratante.

Artículo 7.º Los Estados contratantes se comprometen a prestarse recíprocamente asistencia judicial en materia civil, a solicitud de sus órganos competentes en aplicación de lo dispuesto en el presente Tratado.

Artículo 8.º La asistencia judicial comprenderá la notificación de documentos judiciales y extrajudiciales, la práctica y transmisión de pruebas y el cumplimiento de otras diligencias judiciales.

Artículo 9.º Las comisiones rogatorias se cursarán por conducto de los Ministerios de Justicia de los Estados contratantes, salvo que en el presente Tratado se disponga otra cosa.

Artículo 10. Las solicitudes de notificación de documentos judiciales y extrajudiciales, las solicitudes de práctica de pruebas y de cumplimiento de otras diligencias judiciales, así como los documentos anexos, habrán de redactarse en el idioma del Estado requirente, adjuntándose traducción al idioma del Estado requerido.

3. *Convenio sobre abordajes.*—El BOE del día 24 de junio publica el texto de las enmiendas a dicho Convenio de 1972, aprobadas el 19 de noviembre de 1987 por la Asamblea de la Organización Marítima Internacional.

Las enmiendas se refieren a las reglas sobre buques de construcción especial y los restringidos por su calado, reglas de no estorbar el tránsito, dispositivos de separación del tráfico, cruces de vías de circulación y regulación de luces.

B) LEGISLACIÓN NACIONAL

1. *Ley de la Función Estadística Pública.*—Es de aplicación general a todas las Administraciones Públicas en relación a las estadísticas para

finances estatales. Todas las personas, entidades e instituciones deben contestar de forma veraz, exacta y completa respecto a los datos que les sean solicitados por los servicios estadísticos. En el capítulo III del título I (arts. 13 a 19) se regula lo concerniente al secreto de estos datos estadísticos. (BOE 11 mayo 1989.)

2. *Ley de Cooperativas de Crédito.*—Tiene fecha 26 de mayo y se ha publicado en el BOE del último día del mes. Su objeto social es servir a las necesidades financieras de sus socios y de terceros ejerciendo las actividades propias de las entidades de crédito.

Según el artículo 5.º, además de la autorización previa del Ministerio de Economía y Hacienda, requieren para su constitución las inscripciones en los Registros administrativos del Banco de España y de Cooperativas y también en el Registro Mercantil, en cuyo momento adquirirán personalidad jurídica.

3. *Disposiciones fiscales.*—El Real Decreto-ley 4/1989, de 12 de mayo, modifica la regulación del pago a cuenta del Impuesto de Sociedades.

4. *Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*—La contiene la Ley 14/1989, de 29 de mayo, y se refiere a los artículos 979 y 984.

En primer lugar, en las declaraciones de herederos abintestato no se precisará valerse de Procurador, aunque sí de Letrado cuando la herencia exceda de 250.000 pesetas.

En cuanto al artículo 984 se suprime el límite de 10.000 pesetas existentes para publicar edictos y se regulan éstos. (BOE 1 junio 1989.)

También modifica otros artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil la Ley número 15, de la misma fecha, sobre habilitaciones para comparecer en juicio. Es importante la regulación sobre la autorización judicial para enajenar o gravar los bienes de menores o incapacitados en los supuestos en que así lo establezca el Código Civil. En el artículo 2.015, en su nueva redacción, se ha deslizado un error importante, pues a su final se remite a las «personas designadas en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria».

5. *Modificación del Código Penal.*—Por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, se «actualiza» dicho Cuerpo legal, modificando bastantes de sus artículos, rebajando las sanciones y hasta suprimiéndolas en bastantes casos de faltas. Se hacen otros retoques, especialmente en la cuantía de las multas. (BOE 22 junio.)

C) NORMAS AUTONÓMICAS

Destacamos las siguientes, señalando la fecha de su publicación en los respectivos boletines regionales:

Asturias.—Ley de 18 de abril, determinando Partidos Judiciales (*Boletín* de 27 de abril), y Ley de Caza de 6 de junio (*Boletín* del 17).

Baleares.—Ley de 29 de marzo de entidades autónomas y empresas públicas vinculadas (*Boletín* de 6 de junio) y Ley de 13 de abril, sobre Consejos Insulares (*Boletín* de 18 de mayo).

Canarias.—Ley de 2 de mayo, sobre Audiencia de Cuentas, y Ley de 22 de mayo, ordenando que la Ley de Aguas de Canarias empiece a regir el 1 de abril de 1990 (*Boletines* del 10 y 29 de mayo).

Castilla-La Mancha.—Ley de 4 de mayo, sobre Bibliotecas, y Ley de 18 de mayo, sobre capitalidad de los Partidos Judiciales (*Boletines* de 8 y 10 de mayo).

Castilla y León.—Ley de 13 de abril, sobre capitalidad de los Partidos Judiciales (*Boletín* de 10 de mayo).

Cataluña.—Ley de 25 de mayo, modificando la de Cajas de Ahorros de 1985 (*Boletín* de 31 de mayo), y dos Leyes de 5 de junio: una, sobre modificación de la del ambiente atmosférico y, otra, modifica la de Archivos de 1985 (ambas en el *Boletín* de 9 de junio).

Extremadura.—Ley de 30 de mayo, sobre Tasas y Precios Públicos (*Boletín* regional de 1 de junio).

Galicia.—Ley de 10 de mayo, modificando la Ley de Cajas de Ahorros de 1985 (*Boletín* de 26 de mayo).

Madrid.—Ley de 6 de abril, modificando artículos de la Ley de 13 de diciembre de 1983, sobre Gobierno y Administración de la Comunidad (*Boletín* de 6 de mayo).

Navarra.—Ley Foral de 12 de mayo, sobre capitalidad de los Partidos Judiciales (*Boletín* de 17 de mayo). Ley Foral de 8 de junio, sobre intervención en materia de suelo y vivienda. Se establece tanteo y retracto en favor de la Comunidad Foral respecto a fincas sitas en zonas delimitadas (*Boletín* de 16 de junio).

País Vasco.—Ley de 13 de abril, sobre infracciones en caza y pesca fluvial, y Ley de 30 de mayo, sobre armonización, coordinación y colaboración fiscal (*Boletines* de 12 de mayo y 8 de junio).

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Seminario de Deontología Jurídica en el CEU*.—El día 4 de mayo concluyó este Seminario en el Colegio Mayor «San Pablo», de Madrid, en el cual se desarrollaron los siguientes temas:

- «Fundamentación teológica (afirmación de lo absoluto, afirmación de la norma)», por don CARLOS DÍAZ

- «Deontología profesional práctica», por don RAMÓN HERMOSILLA.
- «El jurista ante el poder (ética y política)», por don JOSÉ RAMÓN LÓPEZ DE LA OSA
- «El jurista ante la ley injusta», por don JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL

2. *XIX Congreso de la Unión Internacional del Notariado latino.*—

Del 21 al 27 de mayo de este año se celebró en Amsterdam el XIX Congreso Internacional del Notariado latino, el último que se celebra en Europa antes de la creación del mercado único de la CEE. La parte científica del Congreso comprendió cuatro temas de actualidad: La protección de las partes contratantes mediante la intervención notarial en las fases preliminares del contrato de compraventa; la constitución de las personas jurídicas y la intervención notarial; la influencia de la práctica en la evolución de los derechos reales; la representación voluntaria y la representación orgánica. El español JOAQUÍN DE PRADA GONZÁLEZ, Notario de Barcelona, coordinó la segunda etapa de las ponencias.

La perspectiva del gran mercado europeo, que tomará cuerpo en 1992, obliga a los Notarios de origen latino a reflexionar sobre la evolución del Derecho Civil. Otro temas de interés, también discutidos a lo largo de las jornadas del Congreso, fueron el catastro moderno y el papel que pueda desempeñar el Notario en la sociedad de mañana en relación con el seguimiento de la pequeña y mediana empresa.

3. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*—Ha terminado el segundo ciclo de conferencias en conmemoración del centenario del Código Civil. En los meses de mayo y junio se han desarrollado las siguientes:

- «Régimen económico del matrimonio», por el Académico de número excelentísimo señor don MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ.
- «Las raíces del contrato de trabajo en el Código Civil», por el Académico de número excelentísimo señor don MANUEL ALONSO OLEA.
- «Representación y mandato en el Código Civil», por el Académico de número excelentísimo señor don FRANCISCO BONET RAMÓN.

El ciclo fue clausurado por el Presidente de la Academia, profesor don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Otro acto académico destacable ha sido el homenaje a CASTÁN TOBEÑAS en el centenario de su nacimiento, celebrado el 12 de junio, constando de las siguientes intervenciones:

- «Castán, Catedrático de Derecho civil», por el Académico de número excelentísimo señor don FRANCISCO BONET RAMÓN.
- «Castán, humanista», por el Académico correspondiente ilustrísimo señor don JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL.
- «Castán, Presidente del Tribunal Supremo», por el Académico de número excelentísimo señor don MANUEL TABOADA ROCA, Conde de Borrajeiros.
- «Castán y el notariado», por el Académico de número excelentísimo señor don MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ.
- «Castán, Académico de la Real de Ciencias Morales y Políticas», por el Académico de número excelentísimo señor don JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.
- «Castán, Académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación», por el Académico de número excelentísimo señor don JUAN VALLET DE GOYTISOLO.

4. *Academia Matritense del Notariado*.—Se han desarrollado dos conferencias:

- El 11 de mayo, «Constitución y fuentes del Derecho», por don EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, Catedrático de Derecho Administrativo.
- El 8 de junio, «Mercado hipotecario en la Comunidad Económica Europea: problemas y perspectivas», por don LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Catedrático de Derecho Mercantil.

5. *Seminario sobre valoración inmobiliaria*.—Durante los días 31 de mayo, 1 y 2 de junio ha tenido lugar en Madrid, organizado por el Instituto de Empresa, este Seminario, en el que han analizado las repercusiones de la Ley de Tasas sobre la fiscalidad inmobiliaria. Las ponencias han sido las siguientes:

- «El valor catastral en la tributación inmobiliaria». Ponente: Don JAVIER RUSSINÉS.
- «Criterios de valoración del suelo urbano». Ponente: Don JAVIER MARTÍN.
- «Criterios de valoración de fincas rústicas». Ponente: Don MIGUEL GIMENO.
- «La valoración de bienes inmuebles». Ponente: Doña JUANA ARÉVALO.
- «Criterios de valoración a efecto de expropiación forzosa». Ponente: Don JOAQUÍN FITER.

- «La comprobación de valores a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales». Ponente: Don FERNANDO MANADA
- «La Ley de Tasas. Repercusiones tributarias de la disposición adicional cuarta». Ponente: Don MIGUEL CRUZ.
- «Problemática legal de la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas». Ponente: Doña MARINA SERRANO.
- «Efectos de la Ley de Tasas en el proceso de escrituración pública». Ponente: Don JUAN BOLÁS
- «La defensa del contribuyente ante los Tribunales administrativos». Ponente: Doña ANGELA PADIAL.
- «El contribuyente ante la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas». Ponente: Don RAMÓN DRAKE.

6. *Jornadas de Registradores de países de la CEE.*—Durante los días 8 y 9 del mes de junio se han celebrado en Madrid, en el Colegio de Registradores de España, las Primeras Jornadas de Registradores de la Propiedad de los países de la Comunidad Económica Europea.

Asistieron representantes de Bélgica, Alemania, Francia, Irlanda, Portugal e Inglaterra, además, naturalmente, de la representación española, organizadora de esta reunión.

Tras unas palabras de bienvenida del Decano español don CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, se iniciaron las sesiones de trabajo, con exposición por las diferentes delegaciones de sus respectivas ponencias.

Concluyó este primer encuentro con el siguiente acuerdo:

«Los Registradores y Conservadores de la Comunidad Económica Europea, asistentes a las Primeras Jornadas de Madrid, acuerdan:

Primero.—La constitución de un grupo de trabajo con la finalidad de asesorar e informar en las materias propias de la especialidad registral e hipotecaria.

Segundo.—Designar Presidente inicial de este grupo de trabajo al Presidente-Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad de España, don CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, y designar Secretario del grupo de trabajo a don EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO.

Tercero.—En un plazo de seis meses, el Secretario general propondrá temas sometidos a estudio y las normas de organización y régimen de este grupo de trabajo.

Madrid, 9 de junio de 1989»

7. *Instituto de Derecho Privado Comunitario.*—A iniciativa del Colegio de Registradores de la Propiedad de España se ha creado este Instituto, cuyos fines principales son analizar los proyectos normativos de la

Comisión de las Comunidades, mantener contacto con quienes en representación de España participan en el proceso formativo del Derecho Comunitario; procurar la presencia de funcionarios de la Comisión encargados de áreas concretas de carácter jurídico privado, a fin de que expongan los criterios que inspiran los proyectos de dicha Institución; organizar cursos de conferencias sobre el sistema institucional de las Comunidades y fomentar la publicación de trabajos sobre estos temas. Integran la Junta Directiva del mismo don MANUEL CASERO MEJÍAS, Vocal de la Junta de gobierno y Registrador de la Propiedad y Mercantil; don ANTONIO PAU PEDRÓN, Subdirector general del Notariado y de los Registros; don JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Alcalá de Henares, y don JUAN ANTONIO MARTÍN BURGOS, Diplomático y Consejero técnico de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

La presentación oficial del Instituto tuvo lugar el día 29 de mayo, en el salón de actos del Colegio de Registradores, interviniendo el Decano, señor HERNÁNDEZ CRESPO, y el Secretario de Estado para las Comunidades Europeas, don PEDRO SOLBES MIRA

Como primera actividad se desarrolló un ciclo de conferencias en el Colegio de Registradores los días 12, 13 y 14 de junio, con el siguiente programa:

- Conferencias-coloquio sobre la cooperación empresarial en el marco europeo.
- «Las agrupaciones de interés económico en el Derecho comunitario y español», por don ANTONIO PAU PEDRÓN, Abogado del Estado, Registrador de la Propiedad, Notario y Subdirector general del Notariado y de los Registros.
- «Los grupos de empresas en el Derecho comunitario y español», por don JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, Profesor titular de Derecho Mercantil.
- «La sociedad anónima europea», por don JUAN ANTONIO MARTÍN BURGOS, Consejero técnico de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 20 de octubre de 1988.—VISTA ORAL SIN LETRADO.—Cuando el Letrado no asiste por enfermedad, previamente acreditada, debe suspenderse la vista. En otro caso, se faltaría a la tutela judicial efectiva.—Sala Segunda.—Ponente: Sra. Begué Cantón.—Recurso de amparo 14/1988.

Hechos.—Los hechos de los que trae origen la presente demanda son, en síntesis, los siguientes:

a) Don Fernando Torija Díaz y los demás recurrentes en amparo son propietarios de diversas fincas sitas en el término municipal de Noez (Toledo) donde se encuentran construidas sus viviendas unifamiliares; en un lugar cercano se inició la construcción de una fábrica de muebles que, según la demanda, incumplía los requisitos y garantías exigidos para las actividades consideradas como molestas, insalubres y peligrosas. Ante esta situación, interpusieron demanda de interdicto de obra nueva contra los propietarios de la misma recayendo Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Toledo, con fecha 6 de octubre de 1987, por la que se desestimaba la demanda y se absolvía al demandado por falta de legitimación pasiva.

b) Frente a dicha resolución judicial interpusieron los demandantes recurso de apelación. Una vez fijado el 26 de noviembre de 1987 como día para la correspondiente vista oral ante la Audiencia Provincial de Toledo, el Letrado de los apelantes presentó escrito solicitando la suspensión de la misma por tener señalada el mismo día otra vista ante la Audiencia Territorial de Bilbao. La Audiencia Provincial accedió a lo pedido y, por Providencia, señaló el 1 de diciembre de 1987 para la celebración de la vista oral. Al llegar este día se presentó ante la Audiencia la Procuradora de los demandantes, entregando un certificado médico que acreditaba la imposibilidad de comparecer del Letrado por padecer un «proceso gastroenterítico agudo» que le obligaba a guardar reposo, y pidiendo nueva suspensión. Sin embargo, por Providencia de 1 de diciembre de 1987, la Sala no accedió a esta petición, acordando la definitiva celebración de la vista.

Por último, la Audiencia Provincial de Toledo dictó Sentencia el 3 de diciembre de 1987 desestimando el recurso de apelación formulado, por entender que no existían daños o perjuicios a intereses legales y que el interdicto de obra nueva era un modo exclusivo de proteger el dominio, la posesión y los demás derechos reales; sin que fuera posible en vía civil declarar la nulidad de una licencia municipal de obras o pedir la paralización de las mismas, por ser medidas reservadas a la jurisdicción contencioso-administrativa.

c) La representación de los recurrentes solicita de este Tribunal que declare la nulidad de la referida Sentencia de 3 de diciembre de 1987 de la Audiencia Provincial de Toledo, y que reconozca el derecho fundamental de sus representados a la tutela judicial efectiva.

El fundamento principal de la demanda de amparo estriba en la indefensión procesal (art. 24.1 CE) supuestamente causada a los recurrentes al no suspenderse la vista oral ante la Audiencia a pesar de la enfermedad del Letrado, acreditada en su día por certificado médico. La citada representación señala que la Sala sentenciadora no menciona este hecho en el antecedente de la Sentencia destinado a recoger la celebración de la vista ni motiva el Acuerdo de no acceder a la suspensión, e invoca, en apoyo de su tesis, el artículo 323.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) —donde se prevé la suspensión de la vista por enfermedad del Abogado— y la STC 130/1986, que contempla un caso análogo en el que la Sala Segunda del Tribunal Constitucional otorgó el amparo.

Fallo.—El Tribunal Constitucional en esta Sentencia ha decidido:

Ortorgar el amparo solicitado y, en consecuencia,

1.º Declarar la nulidad de la Providencia y la diligencia de vista de 1 de diciembre de 1987 y de la Sentencia de 3 de diciembre de 1987, dictadas por la Audiencia Provincial de Toledo en el recurso de apelación número 271/1987, dimanante del procedimiento de interdicto sobre obra nueva seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Toledo.

2.º Retrotraer las actuaciones al momento de diligencia de vista de dicho proceso.

3.º Reconocer el derecho de la parte recurrente a ser oída, mediante la asistencia de Letrado, en la vista del recurso de apelación, a fin de que pueda formular las alegaciones que estime pertinentes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS —1. El objeto del presente recurso de amparo estriba en dilucidar si la decisión de la Audiencia Provincial de Toledo, por la que se denegó la suspensión de la vista solicitada a causa de una enfermedad del Letrado de la parte recurrente, ha vulnerado las exigencias constitucionales derivadas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y, por ende, impedido el ejercicio del derecho a la defensa.

2. El artículo 323.6 de la LEC, que sirvió de base a la decisión judicial, permite suspender la vista de los pleitos en el día señalado, por enfermedad del Abogado de la parte que así lo solicitare, siempre que se cumplan dos requisitos: que la enfermedad resulte suficientemente justificada a juicio de la Sala y que la suspensión se pida con cuarenta y ocho horas de antelación a la fecha de la vista, a no ser que la enfermedad hubiera sobrevenido después de este período. Ahora bien, dada la relevancia que para el derecho de defensa reviste, en supuestos como el que nos ocupa, la presencia del Abogado en el acto de la vista, pues es éste el único momento procesal en el que, como señala el Ministerio Fiscal, las partes pueden formular las correspondientes alegaciones, este Tribunal ha declarado que la apreciación del cumplimiento de dicho requisito ha de hacerse siempre que en el sentido más favorable para la efectividad de la tutela judicial (STC 130/1986), fundamento jurídico 3.º), pues el artículo 24.1 de la Constitución contiene un mandato implícito al legislador y al intérprete dirigido a promover la defensa mediante la correspondiente contradicción.

Es preciso, pues, analizar si la decisión judicial, que dio lugar a la celebración

de la vista oral sin la presencia del Abogado de la parte hoy recurrente en amparo, supuso una interpretación del precepto legal que restringió sin fundamentación suficiente el ejercicio del derecho de defensa, incumpliendo así el mandato contenido en el mencionado precepto constitucional.

3. En su Providencia de 1 de diciembre de 1987, la Audiencia afirma que no ha lugar a la suspensión, a pesar de haberse acompañado certificado médico, por no haber sido solicitada con la antelación de cuarenta y ocho horas exigida por el artículo 323.6 de la LEC, ni haberse justificado que la enfermedad hubiera sobrevenido después de dicho período. A su vez, según se deduce de las actuaciones, en el certificado médico aportado por el interesado se hace constar que el Letrado padece un proceso gastroenterico agudo «en el día de hoy», es decir, el 1 de diciembre de 1987 —día en que se encuentra fechado tal certificado— y, por lo tanto, el mismo en que se celebró la vista ante la Audiencia y se solicitó la suspensión. Dos posibles interpretaciones caben de este texto: bien considerar que la enfermedad se produjo ese mismo día (lo que lógicamente haría innecesaria cualquier acreditación ulterior del carácter sobrevenido de la enfermedad al plazo fijado de cuarenta y ocho horas), o bien entender, como hizo la Audiencia, que ello no prejuzga el momento en que la enfermedad se produjo y debió advertirse con anterioridad, a los efectos de la suspensión. Pero, incluso de seguirse esta segunda opción más restrictiva, la Sala debió, en todo caso, permitir que la parte demandante subsanara tal defecto o cuando menos aclarara el momento en que la enfermedad se produjo —tal y como señala el Ministerio Fiscal—, sin proceder directamente a denegar la suspensión. Por consiguiente, la Sala no sólo no efectuó la interpretación más favorable al ejercicio del derecho a la defensa, sino que fundó su decisión denegatoria en un posible defecto formal de carácter simplemente subsanable, todo lo cual entraña la vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución.

Sentencia de 2 de diciembre de 1988.—EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO.—El derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución implica la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos y por ello el emplazamiento personal se convierte en un instrumento ineludible.—Ponente: Sr. García-Mon González-Regueral.—Sala Segunda.—Recurso de amparo 1.053/1987.

Hechos.—1. Por escrito presentado en este Tribunal el 29 de julio de 1987, el Procurador de los Tribunales don Francisco de Guinea y Gauna, en nombre de la sociedad «Marcos Soldadura, S. A.», interpuso recurso de amparo contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Betanzos, de 30 de marzo de 1985, dictado en los Autos 1/1985, sobre formalización judicial de escritura de compromiso, seguidos a instancia de la sociedad «Cubiertas y MZOV, S. A.», y contra Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 19 de junio de 1987, dictada en el recurso de nulidad interpuesto por la recurrente en amparo contra el laudo arbitral de 3 de julio de 1985.

La demanda de amparo se basa, en síntesis, en los siguientes hechos:

a) El 26 de marzo de 1982 la sociedad recurrente en amparo como propietaria de la obra y la sociedad «Cubiertas y MZOV, S. A.», como constructora, celebraron un contrato de ejecución de obra con suministro de materiales, por virtud del cual convinieron ambas partes la construcción de un edificio industrial en el término municipal de Sada (La Coruña). En la cláusula 22 del contrato se

sometieron las partes para la resolución de todas las cuestiones que pudieran surgir entre las mismas, a un arbitraje de equidad conforme a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, de 22 de diciembre 1953, y en la cláusula 7 (en el contrato aparece como cláusula 8) convinieron que, para las cuestiones de derecho necesario y las derivadas de las cláusulas compromisorias establecida en la condición general 22, las partes se sometían a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de La Coruña.

b) Por diferencias surgida entre las partes que motivaron la paralización de las obras por la constructora, la sociedad recurrente en amparo optó por la resolución del contrato, de acuerdo con lo pactado en la cláusula 16 del mismo. Se iniciaron entonces requerimientos notariales y conversaciones entre ambas sociedades y sus Abogados para la formalización de la correspondiente escritura pública de compromiso arbitral. Según la demandante, quedaron encargados los servicios jurídicos de la sociedad constructora «Cubiertas y MZOV, S. A.», «de redactar el proyecto de dicha escritura, con puntualización de las cuestiones que habían de ser sometidas al Arbitro que sería designado por sorteo o insaculación entre Abogados de La Coruña».

c) Sin nuevas noticias sobre el otorgamiento de la escritura, la sociedad constructora inició ante el Juzgado de Primera Instancia de Betanzos un procedimiento para la formalización judicial del compromiso arbitral. En este proceso, tramitado en rebeldía de la recurrente en amparo, se dictó Auto el 30 de marzo de 1985, por lo que, de conformidad con lo solicitado, se acordó, sin ulterior recurso, la formalización del compromiso interesado por «Cubiertas y MZOV, S. A.», y «Marcos Soldadura, S. A.», declarada en rebeldía, designándose Arbitro al Letrado de La Coruña don Antonio Reinoso Mariño, el cual deberá pronunciar laudo de equidad en el plazo de tres meses sobre los extremos especificados por la parte actora que quedan recogidos en los resultados de dicha resolución.

d) Se extiende la demandante en amparo en destacar la forma en que se produjo por el Juzgado de Betanzos su declaración de rebeldía en el procedimiento seguido para la formalización del compromiso. Se remite a que, según consta en el Auto (resultando segundo), el «emplazamiento que se verificó por no haber sido encontrado nadie en el domicilio indicado por la parte actora, a través de edictos publicados en el *Boletín Oficial* de la provincia, habiendo transcurrido el plazo sin que hubiera comparecido». Entiende que esta forma de proceder al emplazamiento y su declaración de rebeldía, se hizo sin observarse lo dispuesto por los artículos 266, 267 y 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 279 de la misma, toda vez que el edificio de la recurrente en Sada donde se intentó el emplazamiento, «se encuentra dentro de una amplia zona llena de factorías, con proximidad en radio menor a los cincuenta metros y, además, existe una casa colindante a dicho edificio, totalmente habitada». Debió, pues, realizarse el emplazamiento como ordena la Ley, es decir, mediante entrega de la correspondiente cédula al vecino más próximo y no se hizo así. Señala también que la sociedad «Cubiertas y MZOV, S. A.», conocía el domicilio en La Coruña, de «Marcos Soldaduras, S. A.», según consta en los requerimientos y en la carta unida al proceso y pone de relieve la distinta conducta observada por dicha sociedad que, una vez obtenido el Auto de rebeldía de la demandada, puso en conocimiento del Arbitro designado, los dos domicilios de «Marcos Soldadura S. A.», en los que podía hacer la oportuna notificación a dicha sociedad a efectos de tramitar el arbitraje. Y, de acuerdo con estas indicaciones, el Arbitro notificó su designación y la iniciación del procedimiento arbitral, a través de dos

requerimientos notariales: uno, practicado en el domicilio de Sada que se hizo en la persona de un vecino, y otro en La Coruña, en el domicilio de la avenida del Ejército, torre «San Diego», 3. Uno y otro llegaron a poder de la sociedad recurrente en amparo y a través de ellos tuvo conocimiento del procedimiento seguido en su rebeldía ante el Juzgado de Betanzos y de la resolución dictada por dicho Juzgado.

e) Con base en los hechos expuestos y ante la indefensión que se le había producido, la recurrente en amparo adoptó las dos posiciones siguientes: de una parte y como primera actuación, promovió ante el Juzgado de Primera Instancia de Betanzos incidente de nulidad de actuaciones por la indefensión producida en el proceso sobre formalización judicial de compromiso de arbitraje y, de otra, compareció ante al Arbitro, poniendo en su conocimiento el incidente de nulidad de actuaciones que había promovido y, con reserva de las acciones y recursos que pudiera ejercitar en su defensa, intervino en el procedimiento arbitral. En el incidente de nulidad de actuaciones, el Juzgado, por Auto de 13 de marzo de 1986, estimando el recurso de reposición formulado por «Cubiertas y MZOV, S. A.», acordó no haber lugar a tramitar la demanda a tenor de lo prevenido en el artículo 742, de la LEC, contra cuyo Auto interpuso la demandante de amparo recurso de apelación del que posteriormente desistió por haberse dictado antes de sustanciarse la apelación, el laudo arbitral y haberse interpuesto contra el mismo recurso de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Y en el procedimiento arbitral interpuso el recurso de nulidad contra el laudo ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que fue desestimado por la Sentencia de 19 de junio de 1987, que es objeto del presente recurso de amparo.

f) Señala finalmente la recurrente en amparo que el motivo primero del recurso de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo contra el laudo de 3 de julio de 1985, se articuló con base en el artículo 30 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado en relación con el artículo 1.733.1.º de la LEC, por infracción de los artículos 266, 267, 268 y 279 de la LEC, porque «en los Autos tramitados por el Juzgado de Primera Instancia para la formalización judicial del compromiso arbitral, se ha practicado un emplazamiento defectuoso que ha impedido a la recurrente su personación, originándose con ello su total indefensión y la total nulidad de las actuaciones sucesivas». El motivo fue desestimado por la Sentencia recurrida, según se razona en su primer fundamento jurídico, porque, aunque se reconoce en él la realidad de las infracciones denunciadas, se añade lo siguiente: «...pero el hoy recurrente compareció ante el Arbitro en escrito de 14 de junio de 1985 y, aun cuando había interpuesto una demanda de nulidad de actuaciones el día anterior, manifestó su deseo de cooperar en el arbitraje, fijando los hechos que interesaban para la resolución, con lo que, debe entenderse que se produjo la situación prevista en el artículo 279, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, la validez de las diligencias hasta entonces practicadas con el fin de provocar su comparecencia ante el Arbitro, por lo cual el motivo alegado debe desestimarse».

2. Con base en los hechos expuestos, la demanda de amparo centra su argumentación en la vulneración del artículo 24 de la Constitución y en la indefensión que se ha producido a la recurrente, prohibida por el apartado 1 de dicho precepto constitucional, por la forma en que fue declarada en rebeldía por el Juzgado de Primera Instancia de Betanzos, cuya indefensión, alegada ante el propio Juzgado en solicitud de la nulidad de actuaciones, no fue reparada por el mismo en virtud del recurso de reposición que, contra la admisión a trámite del incidente, interpuso la sociedad demandante con base en lo dispuesto en el

artículo 742 de la LEC. Tampoco la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de junio de 1987 ha dado satisfacción a la recurrente por entender subsanado el defecto en el emplazamiento del proceso sobre formalización del compromiso, en virtud de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 279 de la LEC. Se extiende la recurrente en consideraciones sobre la improcedencia de tener por subsanado el defecto que le ha producido una total indefensión, señalando las actuaciones promovidas para evitarla, el incidente de nulidad de actuaciones planteado ante el Juzgado, la indicación al Arbitro al tiempo de personarse ante el mismo del incidente promovido, la reserva de acciones y derechos ante él efectuada con base en la indefensión denunciada y la interposición del recurso de nulidad de actuaciones ante el Tribunal Supremo. Hace referencia a numerosas Sentencias de este Tribunal sobre el rigor con que ha de interpretarse el artículo 24.1 de la Constitución para que la indefensión no se produzca y con base a todo ello solicita Sentencia por la que, estimando el recurso de amparo, se hagan los siguientes pronunciamientos: 1.º Anular la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 19 de junio de 1987, y anular también el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Betanzos el 30 de marzo de 1985 y, en consecuencia, estimar sin valor y efecto legal alguno el laudo arbitral de 3 de julio de 1985. 2.º Restablecer a la sociedad recurrente en su derecho a la tutela judicial efectiva, según lo prevenido en el artículo 24.1 de la Constitución. 3.º Retrotraer las actuaciones procesales al momento inmediatamente anterior al de la formalización del compromiso tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia de Betanzos, a partir de la Providencia del día 3 de enero de 1985, a fin de que sea emplazada la sociedad recurrente en forma legal. Por otrosí, solicitó la suspensión de la ejecución de la Sentencia recurrida.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por el Procurador de los Tribunales don Francisco de Guinea y Gauna, en nombre y representación de la sociedad mercantil «Marcos Soldadura S. A.», y, en consecuencia:

1.º Declarar la nulidad de la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 19 de junio de 1987, dictada en el recurso de nulidad 943/1985.

2.º Declarar la nulidad del auto de 30 de marzo de 1985, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Betanzos en el procedimiento sobre formalización de compromiso arbitral, instado por la sociedad «Cubiertas y MZOV, S. A.», y del laudo arbitral que, con base en dicho Auto, pronunció el Arbitro el 3 de julio de 1985.

3.º Reconocer el derecho de la sociedad recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

4.º Retrotraer las citadas actuaciones judiciales ante el Juzgado de Primera Instancia de Betanzos al momento inmediatamente anterior al emplazamiento de la sociedad demandada «Marcos Soldadura S. A.», para que sea emplazada ésta en forma legal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS—1. Se denuncia en la demanda de amparo la infracción del artículo 24.1 de la Constitución, con base en la indefensión producida a la sociedad recurrente «Marcos Soldadura S. A.», en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Betanzos, sobre formalización judicial

de compromiso de arbitraje, a instancia de la sociedad «Cubiertas y MZOV, S. A.», en el que fue declarada en rebeldía la entidad recurrente y emplazada por edictos sin haberse observado previamente los requisitos legalmente exigidos por los artículos 261 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su emplazamiento personal. Entiende que la vulneración de estos preceptos por el Juzgado de Primera Instancia de Betanzos y su emplazamiento por edictos le ha ocasionado la indefensión que prohíbe el artículo 24.1 de la Constitución y que no puede estimarse subsanada por lo dispuesto de el artículo 279, apartado segundo, de la LEC, como ha entendido la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de junio de 1987, al desestimar el recurso de nulidad interpuesto contra el laudo de equidad dictado por el Arbitro el 3 de julio de 1985.

Se opone al recurso de amparo la sociedad que ha comparecido en este proceso constitucional como parte recurrida «Cubiertas y MZOV, S. A.», por las razones siguientes: Entiende, en primer lugar, que el emplazamiento por edictos de la demandada acordado por el Juzgado de Primera Instancia de Betanzos se atiene a lo dispuesto en el artículo 269 de la LEC, por la ausencia de aquella en su domicilio de Sada; añade, en segundo término, que no ha ocasionado a la recurrente la indefensión que denuncia, pues compareció ante el Arbitro e intervino en el procedimiento arbitral y lo mismo ha ocurrido ante la Sala Primera del Tribunal Supremo en las actuaciones del recurso de nulidad por ella interpuesto, y señala, finalmente, que, en todo caso, no puede invocar indefensión quien no ha mostrado la debida diligencia para evitar dicha situación, según ha declarado reiteradamente este Tribunal en las Sentencias que cita.

Sucintamente señalada la posición de las partes en el proceso, expuesta con mayor detenimiento en los antecedentes de esta Sentencia, la cuestión planteada se reduce a determinar si se ha producido a la recurrente, con la dimensión constitucional que invoca la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución —según aprecia también el Ministerio Fiscal en sus alegaciones—, o si, por el contrario, las infracciones denunciadas no tienen entidad para el otorgamiento del amparo, bien por no haberse producido o por haber quedado subsanadas en las actuaciones posteriores a la declaración de rebeldía de la recurrente.

2. Antes de entrar a examinar lo que resulta de las actuaciones en orden al problema suscitado, conviene recordar la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el derecho de defensa garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución, en relación con los actos de comunicación —citaciones, notificaciones y emplazamientos— en el proceso.

El derecho de defensa reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución implica —como dice la STC 37/1984, de 14 de marzo—, la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos, y por ello, el emplazamiento personal, al asegurar que el demandado pueda comparecer en juicio y defender sus posiciones frente a la parte demandante se convierte en un instrumento ineludible para garantizar tal derecho, resultando necesario para justificar su sustitución que así lo exija el derecho a la tutela del demandante, la cual debe ser también garantizada». Recuerda esta Sentencia que el Tribunal Constitucional «a partir de la STC 9/1981, de 31 de marzo, y en relación con el alcance del artículo 64 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha cuestionado la legitimidad constitucional del emplazamiento mediante edictos, declarando exigible el emplazamiento personal cuando los demandados sean conocidos o identificables a partir de los datos que se

deduzcan del escrito de interposición del recurso o incluso del expediente administrativo». Se trata, pues, de una garantía cuyo cumplimiento, dada la importancia que de ella se deriva, ha merecido especial atención de este Tribunal desde sus primeras Sentencias, hasta el punto de que, como hemos visto, se ha exigido incluso en los procesos en que no se hallaba regulada por la Ley en la forma en que lo está en los procedimientos penales, civiles y laborales. Y es que, como señala la STC 36/1987, de 25 de marzo «...la regulación de los actos de comunicación en el proceso, y en especial de los emplazamientos, queda diferida al legislador, quien debe adoptar las cautelas y garantías necesarias para asegurar la efectividad del derecho de acceso al proceso, y que, al mismo tiempo, impone unos específicos deberes de colaboración y de esmero de los órganos jurisdiccionales, a fin de que la efectividad de los emplazamientos y de las notificaciones no se vea empañada».

Pues bien, refiriéndose ya a las garantías procesales que para los emplazamientos establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, a las cuales se remite el artículo 10.3 de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, conviene señalar lo siguiente: Que el emplazamiento por edictos, pese a no ser contrario el ordenamiento vigente, pues está expresamente previsto en el artículo 269 de la LEC, debe ser utilizado únicamente cuando no sea posible recurrir a otros medios más efectivos y, en concreto, como expresamente dispone el citado precepto. «Cuando no conste el domicilio de la persona que deba ser emplazada, o por haber mudado de habitación se ignore su paradero», haciéndose constar así por diligencia que este procedimiento es siempre un medio supletorio y que, por tanto, ha de utilizarse como remedio último para la comunicación del órgano judicial con las partes, y que, consiguientemente para acordar esta medida, tienen que haberse agotado todas aquellas otras modalidades que aseguran en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente cédula.

En los artículos 267 y siguientes de la LEC se regulan las formalidades a que están sujetas las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos. Para las que hayan de realizarse en el domicilio del demandado, que es el caso aquí planteado, se previene en primer lugar el emplazamiento personal en el domicilio del demandado (art. 266). Si no fuere hallado en la primera diligencia habrá de realizarse por cédula (art. 266) que contendrá las circunstancias que señale el artículo 267 y que se entregará a las personas que determina el artículo 268 —pariente— más cercano, familiar o criado que se hallare en el domicilio del destinatario del emplazamiento, y si no se encontrare a nadie en dicho domicilio, la cédula habrá de entregarse «al vecino más próximo que fuere habido». También autoriza la Ley en el artículo 261 la comunicación por correo certificado con acuse de recibo, cuando deban practicarse «fuera de la sede del Juzgado o Tribunal», cumpliéndose los requisitos previstos en dicho precepto. Y, finalmente, «cuando no conste el domicilio de la persona que deba ser notificada (o emplazada) o por haber mudado de habitación se ignore su paradero», habrá de consignarse así por diligencia y el Juez mandará que se haga por edictos en la forma que determina el artículo 269. El artículo 270 establece la nulidad de las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practicaren con arreglo a los preceptos anteriores. Nulidad que, caso de no declararse por los órganos judiciales, por afectar tales omisiones al derecho de defensa garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución, puede dar lugar en amparo al restablecimiento de tal derecho, una vez comprobado que la omisión de los requisitos legales ha producido efectivamente la indefensión de quien la alega y que ello es debido, no a su pasividad o negligencia, sino a la actuación del órgano judicial. Así resulta de la

doctrina de este Tribunal indicada en las Sentencias citadas al principio de este fundamento y en otras muchas como, por ejemplo, en las SSTC 156/1985, 14/1987, 39/1987, 157/1987 y 155/1988.

3. Examinado a la luz de dicha doctrina el emplazamiento edictal acordado por el Juzgado de Primera Instancia de Betanzos, en el procedimiento de formalización judicial del compromiso, resulta lo siguiente: Que el folio 43 de los Autos figura diligencia en la que se hace constar que no pudo practicarse el emplazamiento de la demandada «Marcos Soldadura S. A.», en el domicilio señalado en la demanda, «por no encontrarse a persona alguna en dicho local», y que «hechas las averiguaciones oportunas, por los vecinos del lugar se manifiesta que desde hace varios meses no va nadie por dicho local y que el guardiano que cuidaba del recinto hace tiempo dejó de ir por el local». Puesto el contenido de esta diligencia en conocimiento de la actora (Providencia de 21 de enero de 1985) para que inste lo que a su derecho convenga, ésta solicitó que se hiciera el emplazamiento por edictos, por hallarse en ignorado paradero la sociedad demandada (escrito del folio 45), acordándose así por el Juzgado por Providencia de 5 de febrero de 1985 (folio 45 vuelto).

También consta en los Autos, por haber sido aportada por la actora con su escrito inicial, fotocopia de una carta de la demandada en dicho procedimiento de fecha 8 de mayo de 1984 (folio 34), en la que, además de figurar en el membrete otros domicilios de «Marcos Soldadura S. A.», se hace constar en ella que está dispuesta a formalizar la escritura pública de compromiso para la que se la ha requerido y que, a tal efecto, deben entenderse con su Letrado don Eduardo Villegas Girón —el mismo que en defensa de la citada sociedad suscribe el recurso de amparo— «para que de acuerdo con ustedes prepare el oportuno proyecto de la mencionada escritura».

De esta carta se desprende sin dificultad que la demandada no se hallaba en «ignorado paradero», presupuesto necesario para que resulte procedente su emplazamiento por edictos; pero es que, además de la propia diligencia del Juzgado resulta que se ha incumplido lo establecido por el artículo 268 de la LEC, puesto que a los vecinos a que se refiere expresamente la diligencia procedía hacer entrega de la cédula de citación, en lugar de acudir, a instancia de la demandante (que conocía otros domicilios de la demandada y el Letrado de la misma a quien se había encomendado su intervención a los efectos debatidos en el procedimiento judicial) al emplazamiento por edictos.

De estas actuaciones resulta, en principio, que el Juzgado, al acceder a lo solicitado por la demandante, en lugar de cumplir con lo dispuesto en el artículo 269 de la LEC, ha ocasionado a la demandada la indefensión que denuncia y que pudo ser fácilmente evitada, no sólo cumpliendo lo ordenado en dicho precepto, sino también apreciando en los Autos, por la carta que obraba en los mismos, que no era desconocido el domicilio de la demandada y que no se hallaba en ignorado paradero, circunstancias que —repetimos— son el presupuesto necesario de la comunicación edictal, según resulta del artículo 269 de la LEC.

4. Comprobada, pues, la indefensión inicial producida a la recurrente en amparo, imputable «de modo inmediato y directo al órgano judicial» como exige el artículo 44.1, b), de la LOTC, resta por examinar si su posterior conducta subsanaba o no el defecto denunciado en forma tal que eliminara la realidad de la indefensión.

La conducta de la recurrente, que ha quedado expuesta en el antecedente 1.º, apartados e) y f) de esta Sentencia, no fue en momento alguno de aquietamiento al Auto dictado por el Juzgado. Inició primero en cuanto le fue notificado el Auto

por el Arbitro designado (para cuya notificación no tuvo éste dificultad alguna, lo que acredita una vez más que no se hallaba en ignorado paradero), incidente de nulidad de actuaciones ante el propio Juzgado que, por Auto de 13 de marzo de 1986, lo admitió en virtud de la oposición al mismo que hizo la sociedad demandante con base en lo dispuesto en el artículo 742 de la LEC. Contra este Auto interpuso recurso de apelación del que desistió, una vez interpuesto por los mismos motivos el recurso de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo. Es cierto que compareció ante el Arbitro y lo hizo con una doble finalidad. En primer lugar, para hacer constar que se hallaba pendiente el incidente de nulidad de actuaciones y que hacía expresa reserva de las acciones que pudiera ejercitar contra la indefensión que se le había producido en el procedimiento seguido para la formalización del compromiso y, en segundo término, después de dejar constancia de dicha reserva de acciones, colaboró con el Arbitro presentando ante el mismo los escritos que estimó procedentes dentro de los límites que, sin su intervención, se habían señalado al Arbitro por el Auto del Juzgado de Betanzos. Finalmente, una vez dictado el laudo, interpuso contra el mismo el recurso de nulidad que autoriza la LEC, señalando como primer motivo, la nulidad de todo lo actuado por la indefensión producida en el procedimiento seguido para la formalización del arbitraje.

A la conducta de la recurrente no puede oponerse como hace la sociedad recurrida, que la indefensión sea debida a su negligencia o pasividad, puesto que, como hemos visto, realizó cuantos actos de oposición estimó viables en defensa del derecho que invoca en amparo. No resulta, por tanto, de aplicación a este caso la doctrina que señala en su escrito de alegaciones la sociedad «Cubiertas y MZOV, S. A.». Efectivamente, la STC 182/1987, lo mismo que otras muchas, declara que «no puede alegarse indefensión cuando el afectado no haya mostrado la debida diligencia o cuando haya tenido conocimiento del proceso aun sin haber sido «personalmente emplazado», pero al no darse estos supuestos que, por afectar a un derecho fundamental han de examinarse restrictivamente y con el rigor que exige la naturaleza de los mismos, no cabe extender dicha doctrina a un caso en el que, como el que es objeto del presente recurso, ni hubo la pasividad que trasladaría al recurrente la causa de la indefensión denunciada, ni pudieron corregirse por su actuación posterior, como seguidamente veremos, los efectos lesivos que para el derecho de defensa se habían producido en el procedimiento seguido para la formalización de la escritura de compromiso.

5. En la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1987, se desestimó el primer motivo de nulidad del laudo que, con base en los hechos expuestos formuló la demandante de amparo, en razón de que su comparecencia y colaboración en el arbitraje, «produjo la situación prevista en el artículo 279, párrafo segundo, de la LEC, es decir, la validez de las diligencias...».

Mas no puede aceptarse que en virtud de dicho precepto quedara sanada la indefensión denunciada, porque, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, el apartado segundo del artículo 279 de la LEC, salva la nulidad a que se refiere el apartado primero, «cuando la persona... emplazada se hubiera dado por enterada en el juicio». Juicio que ha de ser, naturalmente, por la propia expresión que utiliza el precepto, aquél en el que se ha producido el defecto que, en otro caso, motivaría su nulidad. Por muy amplio que sea el concepto del procedimiento arbitral, hay que distinguir dos fases perfectamente diferenciadas: una, judicial, no siempre necesaria, que tiene por objeto la formalización de la escritura, la designación del Arbitro, el objeto del compromiso y el plazo para dictar el laudo, y otra extrajudicial seguida ante el Arbitro designado que, ate-

niéndose a los términos de la escritura que han de ser los que figuren en la resolución judicial, conduce al laudo resolutorio de la controversia. Pues bien, las garantías procesales omitidas en las actuaciones judiciales no pueden ser salvadas ante el Arbitro, porque ni éste tiene competencia para corregir o suplir lo decidido por el Juzgado en el Auto que ordena la formalización del compromiso, ni ante aquél podrían hacerse valer los derechos que en orden a su nombramiento, objeto del compromiso y demás excepciones, hubieran podido ser alegadas en el procedimiento judicial. De ahí que, como ya hemos dicho, la actuación del recurrente en el procedimiento arbitral propiamente dicho, se hallaba condicionada por la resolución judicial precedente que le impedía ejercitar el derecho de defensa con la amplitud que requiere los términos imperativos del artículo 24.1 de la Constitución —«sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»—, y que la jurisprudencia de este Tribunal viene exigiendo en todas y cada una de las diferentes actuaciones judiciales o fases de los distintos procedimientos o recursos.

A ello ha de añadirse que, como también ha quedado expuesto, la conducta de la sociedad recurrente en amparo, no sólo ha mantenido siempre su disconformidad, por indefensión, con el Auto del Juzgado, sino que utilizó frente al mismo los recursos procedentes. En efecto, indamitado por el Juzgado el incidente de nulidad de actuaciones con base en lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 742 de la LEC, no podía hacer más, según este precepto, para hacer valer sus derechos a través de los recursos correspondientes, finalidad que quedó cumplida con la reserva de este derecho ante el Arbitro y con la utilización ante la Sala Primera del Tribunal Supremo del recurso de nulidad que autoriza el artículo 1.729 de la LEC. La desestimación de dicho recurso al no corregir los efectos de la indefensión denunciada, ha desconocido el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión que le garantiza el artículo 24.1 de la Constitución y, por tanto, ha de ser restablecido en el mismo por este Tribunal.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

II. Resoluciones de la Dirección General

Por FERNANDO CUIEL LORENTE,
JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA,
VICENTE CARBONELL SERRANO y
ROSA NAVARRO DÍAZ

EL ESTADO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS IMPONE UNAS LIMITACIONES SEÑALADAS EN EL ARTÍCULO 6 DE LA LEY DE 26 DE JULIO DE 1922, POR LO QUE NO PUEDE DARSE EFECTIVIDAD REGISTRAL A UNAS ACTUACIONES PROCESALES QUE NO APARECEN ENTABLADAS CON LA DEBIDA PARTICIPACIÓN DE LOS INTERVENTORES NOMBRADOS (RESOLUCIÓN DE 29 DE JUNIO DE 1988).

HAY SUPUESTOS EN LOS QUE ES POSIBLE LA INSCRIPCIÓN DE LA ADJUDICACIÓN DE UN BIEN, NO OBSTANTE LA ANOTACIÓN DE SUSPENSIÓN, TAL COMO SE DESPRENDE DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 9 Y DEL ARTÍCULO 15.3 DE LA LEY DE 1922 (RESOLUCIÓN DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1988).

1. RESOLUCIÓN DE 29 DE JUNIO DE 1988 («BOE» DE 26 DE JULIO)

Datos de hecho relevantes:

a) Consta en el Libro de Incapacitados y en la hoja abierta a algunas fincas, pero no en la de todas, la situación de suspensión de pagos del titular registral contra el que se sigue procedimiento ejecutivo ante Magistratura de Trabajo en ejecución de una Sentencia condenando al pago de ciertas cantidades en concepto de salarios de tramitación y de indemnización por despido.

b) Sobre todas las fincas se tomó, con posterioridad a la referida anotación de suspensión de pagos, anotación de embargo por razón de los créditos por los que se sigue ejecución.

c) Con posterioridad a las anotaciones de embargo se inscribió el Convenio de acreedores, aprobado en firme en el expediente en fecha anterior, incluso, a la del despido que da lugar al procedimiento.

Documento presentado.—Título de adjudicación (*sic*) expedido por la Magistratura de Trabajo.

Calificación y motivos.—La inscripción se deniega por no acreditarse el informe favorable de una Comisión de acreedores, exigidos en el Convenio inscrito para los actos que excedan de la administración ordinaria, aplicable tanto a las

fincas en cuya hoja consta la suspensión de pagos del titular como a las demás por razón de los asientos en el Libro de Incapacitados. Se añaden ciertos defectos formales, entre los que llama la atención el que consiste en «no acreditarse la forma que deba revestir el documento presentado, auto o escritura».

Argumento del recurrente:

a) No puede tenerse en cuenta la situación de suspensión de pagos respecto de las fincas en cuya hoja registral no consta a través de los asientos pertinentes.

b) Tampoco debe ser tenida en cuenta respecto de las demás porque la suspensión de pagos concluyó con la aprobación del Convenio, los créditos son posteriores a éste y, en último término, el Convenio fue inscrito después de ser tomadas las anotaciones de embargo.

c) Se trata de actos judiciales que no pueden quedar comprendidos en la limitación establecida en el Convenio, aparte de que los acreedores tuvieron conocimiento en todo momento del procedimiento y, en último término, el Registrador no está facultado para oponer un obstáculo que la demandada no alegó como excepción de «litis consorcio pasivo» ni para impedir ejecutar lo juzgado irrogándose facultades jurisdiccionales que no le corresponden y provocan una merma del principio constitucional de seguridad jurídica.

Razones del Registrador:

a) La calificación registral debe hacerse teniendo en cuenta todos los libros y asientos del registro, por lo que también el Libro de Incapacitados debe ser integrado en aquella, lo que comporta en este caso que el Convenio inscrito en dicho Libro se tenga en cuenta respecto de fincas en cuya hoja no figuraba la situación de suspensión de pagos del titular.

b) El expediente de suspensión de pagos concluye efectivamente, entre otros medios, con la aprobación del Convenio, pero, a partir de ese momento, habrá de estarse a lo dispuesto en el mismo (art. 17 Ley de 1922). Las limitaciones que la suspensión de pagos comporta comienzan con la admisión de la solicitud de su declaración y pueden continuarse a través del Convenio. Aunque el Convenio se inscriba después de tomar una anotación de embargo, la incapacidad existía ya para el anotante por cuanto la situación de suspensión de pagos constaba ya registralmente al tiempo de practicarse la anotación a través de las anotaciones pertinentes en los Libros de Inscripciones o en el de Incapacitados. Precisamente, por tratarse de una deuda posterior a la aprobación del Convenio, la adjudicación realizada en pago de la misma debe verse afectada por la limitación derivada de la especial situación jurídica establecida en el Convenio judicialmente aprobado.

c) La enajenación judicial por razón de intereses privados debe someterse a las mismas limitaciones que los actos de disposición voluntarios; el mero conocimiento de los hechos por la Comisión de acreedores no equivale a ser parte en el procedimiento ni a la emisión del informe favorable exigido por el Convenio, y, finalmente, las facultades calificadoras del Registrador resultan de lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, puesto que los obstáculos opuestos a la inscripción derivan de una situación registralmente constatada.

La Dirección acuerda desestimar el recurso apoyada en los siguientes *fundamentos*:

a) No es necesario, a efectos de calificación registral, que conste en cada folio la situación de suspensión de pagos, si resulta del Libro de Incapacitados,

de forma que la falta de anotación, que conforme a las prescripciones legales debiera haberse tomado en cada folio registral, no impide ahora tener en cuenta, frente a los acreedores demandantes, la situación de suspensión de pagos, dado, además, que dicha anotación no tiene carácter constitutivo de las genéricas limitaciones que resultan de tal situación, sin que esta solución, a efectos de calificación registral, signifique prejuzgar si el tercer adquirente con los requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria para su protección habría de verse perjudicado por limitaciones que no se hubieran hecho constar debidamente en el correspondiente folio registral.

b) Las limitaciones patrimoniales que la suspensión de pagos implica sobre la potestad de gestión del deudor empiezan desde que el Juez tiene por solicitada la declaración y perduran hasta la aprobación del Convenio, pero persisten después si en éste se acuerda que continúe la intervención.

c) En el presente caso, el Registrador debe tener en cuenta que constaba ya en el Libro de Incapacitados la situación de suspensión de pagos con anterioridad a la interposición de la demanda por la que determinados acreedores reclaman sus créditos y obtienen para su pago, en ejecución de Sentencia, las adjudicaciones objeto del recurso, y que en el Convenio, además de exigirse para los actos que excedan de la administración ordinaria el informe favorable de una Comisión de acreedores, se establece que dicha Comisión, por el solo hecho de su nombramiento, queda legitimada para actuar en beneficio de la masa.

Por tanto, aunque se tratara de hipótesis en que, no obstante la suspensión de pagos, quepa la ejecución separada, el Registrador no puede dar efectividad registral a unas actuaciones procesales que no aparecen enabladadas con la debida coparticipación de los Interventores nombrados por los acreedores, pues tal omisión acarrea la inoperancia del proceso en el patrimonio intervenido, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley de 26 de julio de 1922.

2. RESOLUCIÓN DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1988 («BOE», DE 29 DE NOVIEMBRE)

La doctrina de esta Resolución es de menor importancia por la forma en que se había redactado la nota y planteado el recurso. Presentados una escritura de enajenación judicial y un mandamiento ordenando la cancelación de cargas, dimanantes de un procedimiento laboral, el Registrador no practica la inscripción de la escritura «por constar la anotación de suspensión de pagos de fecha anterior a la de embargo» derivada del procedimiento en cuestión, ni la cancelación ordenada en el mandamiento «por existir defectos que impiden la inscripción de la escritura».

La Dirección desestima el recurso interpuesto por el Registrador contra el Auto del Presidente de la Audiencia Territorial que revocaba su nota de calificación porque la exclusiva razón de constar una anotación de suspensión de pagos anterior a la de embargo no es por sí sola suficiente para negar la inscripción, habida cuenta de que existen créditos, singularmente privilegiados, que pueden dar lugar a ejecuciones aisladas sobre bienes del suspenso.

Cuestiones distintas, en las que la Dirección no puede entrar por la limitación que el recurso supone, son las de determinar si el crédito que ahora se pretende hacer valer es de los que gozan de tal cualidad y cuáles serían las garantías que en dichas ejecuciones individuales han de observarse, a efectos registrales, en función de la intervención a que se haya sometido el suspenso y del legítimo derecho de los restantes acreedores para evitar que esas ejecuciones aisladas se funden en un crédito que carezca de tal posibilidad.

CUESTIONES OBJETO DE COMENTARIO

Dejando aparte las irregularidades de forma alegadas por el Registrador en la nota que dio lugar al recurso objeto de la primera de las Resoluciones reseñadas, ya que no fueron recurridas, las cuestiones de fondo discutidas y resueltas con relación a dicha nota pueden resumirse en los términos siguientes:

- a) Efectos de los asientos del Libro de Incapacitados.
- b) Efectos del Convenio de acreedores aprobado judicialmente.
- c) Efectos de la situación de suspensión de pagos sobre la capacidad procesal del deudor.

La segunda de las Resoluciones citadas se limita a expresar cuáles son las cuestiones que deben plantearse a la hora de calificar un documento otorgado por o a nombre de una persona que se encuentra en situación de suspensión de pagos: naturaleza del crédito, para determinar la posibilidad de ejecución aislada, y garantías procesales que deban adoptarse cuando tal posibilidad se utilice para asegurar, fundamentalmente, el interés de los acreedores afectados por la suspensión de pagos de su deudor.

De dichas cuestiones que no fueron tratadas o lo fueron insuficientemente en la nota publicada en el *Boletín* del Colegio en diciembre de 1987 me ocupo a continuación.

LA SUSPENSIÓN DE PAGOS EN EL LIBRO DE INCAPACITADOS

Apuntaba en dicha nota de diciembre de 1987 que la suspensión de pagos debería reflejarse registralmente, además de en el Libro de Incapacitados, en el folio de todas las fincas inscritas a favor del suspenso, incluso las que se inscriben a su favor con posterioridad (arts. 73 de la Ley Hipotecaria y 386 y sigs. del Reglamento Hipotecario).

La Dirección General, en su Resolución de 29 de junio de 1988, confirma este criterio, al señalar que la situación de suspensión de pagos, además de en el Libro de Incapacitados, habría de constar, conforme a las prescripciones legales, por vía de anotación en cada folio registral (se entiende que en el folio de cada una de las fincas del suspenso).

Ahora bien, ¿qué alcance debe darse a la situación de suspensión de pagos constatada exclusivamente en el Libro de Incapacitados respecto de fincas inscritas a favor del deudor en cuyo folio no se extendió la pertinente anotación?

La Dirección, en la primera de las Resoluciones, distingue un doble ámbito de eficacia de esta situación: a efectos de calificación registral y, presumiblemente, a efectos sustantivos (inciso final del último apartado). En cuanto al primero, por mi parte, creo debe distinguirse la calificación de los documentos en que el suspenso sea parte y los otorgados en favor de un subadquirente por quien contrató con el suspenso.

A efectos de calificación registral, parte la Dirección de una premisa, la anotación procedente no tiene carácter constitutivo de las genéricas limitaciones patrimoniales que resultan de la suspensión de pagos, y llega a la conclusión de que el Registrador debe tener en cuenta la suspensión de pagos que constaba ya en el Libro de Incapacitados, sin que sea imprescindible para ello que conste también en el folio de cada una de las fincas.

Añado, por mi parte, una premisa más: las limitaciones derivadas de la suspensión de pagos tienen un carácter más personal que real, no son tanto cargas

o gravámenes sobre la finca como restricciones a la capacidad patrimonial del deudor, por lo que no se someten al criterio del folio real (art. 13 LH), sino al civil de las restricciones personales que se imponen a quien contrata con el sometido a ellas aunque aquél las ignore (1.302 del Código Civil).

En consecuencia, debe aceptarse la conclusión de la Dirección, ampliando, incluso, sus términos, ya que la situación de suspensión de pagos deberá tenerse en cuenta al calificar documentos otorgados por o en nombre del suspenso aun cuando la misma no conste en el folio de la finca de que se trate, no sólo cuando la situación resulte del Libro de Incapacitados, sino también cuando, sin constar en éste, resultara del documento presentado, como tuvo ocasión de señalar la Resolución de 17 de febrero de 1986.

En cambio, una vez inscrito, por haberse cumplido los requisitos que la situación impone, el acto otorgado por o en nombre del suspenso, no cabe tener en cuenta las limitaciones que pesan sobre el mismo para calificar los documentos suscritos por o en nombre de quien con él contrató, razón por la cual, apuntaba en la nota publicada anteriormente en este *Boletín*, no debe arrastrarse la suspensión de pagos en los asientos sucesivos como si de un gravamen se tratara.

En cuanto a la eficacia sustantiva de los asientos del Libro de Incapacitados debe también distinguirse entre el primer adquirente que contrata con el suspenso y el tercero que adquiere de aquél. En cuanto al primero, la suspensión de pagos despliega una eficacia plena, no como consecuencia de su constatación registral en una u otra forma, sino por la propia naturaleza personal de las limitaciones que la suspensión comporta, tal como antes exponía (art. 1.302 del Código Civil).

Más problemática podría ser la posición del subadquirente. A él parece referirse la Dirección cuando expresa que la solución a efectos de calificación registral no significa prejuzgar si el tercer adquirente con los requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria para su protección debe verse perjudicada por limitaciones que no se hubieren hecho constar debidamente en el correspondiente folio registral.

Evidentemente se trata de una cuestión que habrá de resolverse en el ámbito judicial, si bien también el Registrador habrá de calificar, en su caso, el documento judicial que declare la nulidad del acto otorgado por o en nombre del suspenso para apreciar si, en los términos en que se haya entablado el procedimiento, deben extenderse sus consecuencias al asiento extendido a favor del subadquirente.

Conforme a los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, el tercer adquirente sólo podrá verse afectado cuando el derecho de su otorgante se anule o resuelva por causas que consten en el Registro al tiempo de inscribir su derecho (se entiende que se verá afectado aun cuando no tomara parte alguna en el procedimiento; lógicamente, siendo demandado, la subsistencia o no de su asiento dependerá de la declaración judicial que, en todo caso, podría ser inscrita). Pues bien, para tal situación debe tenerse en cuenta que la suspensión de pagos en sí misma, aun constando en el folio correspondiente, no es la causa de la resolución. Lo será, en todo caso, el incumplimiento de los requisitos que para la validez de los actos otorgados por el suspenso se imponen de forma especial. Es, por tanto, el reflejo registral de esa circunstancia, el incumplimiento, lo que permitiría que la resolución extendiera sus efectos hasta el derecho del subadquirente. Parece extraño, sin embargo, que dicho reflejo llegue a producirse, por cuanto implicaría que el Registrador, aparte de inscribir sin la concurrencia de esos requisitos de validez que la suspensión de pagos impone, optaría también por hacerla constar

en el asiento practicado. De producirse, no obstante, esa extraña situación, habría que aceptar la consecuencia expresada.

EFFECTOS DEL CONVENIO DE ACREEDORES

El recurrente, en el caso de la primera de las Resoluciones que comento, sigue alegando, contra lo expresado en la nota de calificación, que la situación de suspensión de pagos no puede hacerse valer contra la adjudicación cuya inscripción pretende porque la aprobación del Convenio determina la finalización de aquella situación y, en todo caso, el crédito que la motiva es posterior a la fecha de la aprobación del Convenio que, por otra parte, fue inscrito con posterioridad a la práctica de la anotación del embargo trabado en el procedimiento en el que la adjudicación tuvo lugar, es decir, que también la prioridad juega a favor de los adjudicatarios.

Plantea, por tanto, el recurrente tres cuestiones distintas que examinaré dejando en último lugar la segunda por ser la que exige más precisiones.

a) Contra lo expuesto por el recurrente, el Registrador y la Dirección General coinciden, acertadamente, con el sentir mayoritario de que hay que distinguir entre el expediente judicial y la situación de suspensión de pagos: el primero concluye, probablemente, con la aprobación judicial del Convenio (aunque pueden surgir nuevos incidentes hasta el cumplimiento total del mismo, como parece presumir el artículo 23 de la Ley de 1922, cuya competencia judicial, no obstante, no está legalmente determinada); en cambio, la situación de suspensión de pagos, que comenzó con la Providencia judicial admitiendo a trámite la solicitud de declaración en tal estado no concluye sino con el cumplimiento total del Convenio o con su denuncia por incumplimiento, que haría tránsito a la situación de quiebra.

Por tanto, aprobado el Convenio ha de estarse a sus términos para determinar si continúa la doble limitación que la suspensión implica: restricciones en la capacidad dispositiva del deudor (estableciendo, en su caso, un sistema de control igual o distinto al de la Intervención durante el expediente, cfr. art. 15 Ley de 1922) y suspensión de la exigibilidad de los créditos anteriores que no gocen del derecho de abstención (lo que será, ordinariamente, consecuencia del establecimiento de un calendario de pago de los créditos afectados, reducidos o no en su importe inicial).

La aprobación del Convenio, por tanto, no impide tener en cuenta la situación de suspensión de pagos a la hora de calificar documentos otorgados por o en nombre del deudor, sino que sólo obliga a tener en cuenta su contenido para precisar el alcance de aquella situación.

b) Acude también el recurrente al principio de prioridad registral para defender su posición, arguyendo que el embargo por razón de su crédito fue anotando en el Registro antes de que se inscribiera el Convenio de acreedores, cuyo contenido, por tanto, no puede afectarle.

A mi juicio no tiene razón tampoco en este punto. La naturaleza de las situaciones constatadas registralmente, embargo y suspensión de pagos o Convenio de acreedores, es claramente distinta: el embargo, y su anotación, vinculan un bien con el resultado de un procedimiento, mientras que la anotación de suspensión o la inscripción del Convenio reflejan circunstancias personales. No cabe, por tanto, utilizar el principio de prioridad para intentar evitar que las limitaciones derivadas de la suspensión sean tenidas en cuenta al calificar la adjudicación

subsiguiente al embargo. Hay que insistir además en que el Convenio no crea una situación nueva, sino que continúa la creada al iniciarse el expediente de suspensión. Las referencias habrían de hacerse, en todo caso, a la fecha de la Providencia teniendo por solicitada la declaración y aun en este caso no debe olvidarse que las ejecuciones no consumadas se paralizan hasta la aprobación del Convenio y después, en función de su contenido. Quedan exceptuadas, únicamente, las ejecuciones por créditos que gocen del derecho de abstención, pero aun éstas pueden verse afectadas por la suspensión de pagos y por el Convenio, como veremos a continuación.

c) Por último, se plantea la cuestión de si el crédito por ser posterior al Convenio debe verse o no afectado por su contenido.

Curiosamente, aceptando la misma premisa (el crédito es posterior al Convenio), recurrente y Registrador llegan a conclusiones contrarias: según el primero, el crédito queda excluido de los efectos del Convenio, mientras que para el Registrador, precisamente por ser posterior, el crédito debe someterse a las restricciones convenidas.

En realidad, los dos tienen parte de razón, que, en definitiva, favorece la posición del Registrador. Así parece entenderlo la Dirección que considera que aunque se tratara de hipótesis en que, no obstante la suspensión, quepa la ejecución separada (con lo que vendría a dar la razón al recurrente, si bien no entra en el examen a fondo de su pretensión), sin embargo no se ha dado cumplimiento procesalmente a las exigencias que el Convenio impone (con lo que, finalmente, hace prevalecer la opinión del Registrador).

Ocurre que recurrente y Registrador se están refiriendo a diferentes limitaciones derivadas de la suspensión o del Convenio. El recurrente, pensando en la suspensión de la exigibilidad de los créditos afectados por la situación y en la imposibilidad de consumir ejecuciones aisladas por razón de los mismos, alega la posterioridad del crédito para justificar que en su caso sí cabe la ejecución aislada. El Registrador, en cambio, pensando en las restricciones de tipo personal que la suspensión implica y que se traducen, en definitiva, en la Intervención de las operaciones de contenido económico, considera que por haberse producido el crédito en fecha posterior a la de la aprobación del Convenio no puede eludir las consecuencias del Convenio cuando, como en este caso, se continúa en cierta forma la Intervención de operaciones.

La existencia de esta doble limitación impone un doble control calificador de que la Resolución de 3 de noviembre de 1988 concreta en dos cuestiones distintas: determinar si el crédito es de los que gozan de tal cualidad (derecho de ejecución aislada) y comprobar que se han cumplido las garantías que en dichas ejecuciones aisladas deben observarse por razón de la Intervención y de los intereses de los restantes acreedores del suspenso.

La primera cuestión, en la que la Resolución de junio no entra por tener ya tomada decisión en función de la segunda, parece doctrinalmente aclarada. Gozan de derecho de ejecución aislada los créditos de fecha posterior a la de iniciación del expediente (en concreto, fecha de la Providencia admitiendo la solicitud de declaración) que hayan sido contraídos con la conformidad de los Interventores o con sujeción a lo establecido en el Convenio, una vez aprobado éste, así como los créditos de fecha anterior a la iniciación del expediente de suspensión que gocen del derecho de abstención y, una vez conste la aprobación del Convenio, lo hayan efectivamente ejercitado.

No obstante, no dejan de plantearse dificultades con relación a determinados

créditos, bien a la hora de precisar su fecha (así, los laborales en concepto de indemnización por despido, que entiendo se contraen cuando deviene firme la Sentencia que declara su importe, una vez incumplida la obligación, en su caso, impuesta de readmisión), bien a la de acreditar la conformidad de la Intervención (que en algún caso debe deducirse tácitamente de su tolerancia a situaciones, de hecho, de las que nace el crédito por ministerio de la Ley: tributos, Seguridad Social, salarios por relaciones laborales anteriores no interrumpidas con la suspensión, etc.). Precisamente, la existencia de tales dificultades pueden justificar la cautelosa decisión adoptada por la Dirección en torno a la segunda cuestión antes apuntada, la de las garantías procesales en las ejecuciones aisladas.

Antes de pasar a su examen, quiero hacer hincapié en que la exigencia de tales garantías parece algo superpuesto al cumplimiento del primer requisito, el derecho de ejecución aislada, es decir, que la observancia de tales garantías no excusa, a mi juicio, de la necesidad de acreditar que se trata de un crédito con derecho de ejecución aislada. No creo que los Interventores, que durante el expediente completan la capacidad patrimonial del suspenso, estén, sin embargo, autorizados para vulnerar el principio de *par condicio creditorum* autorizando, siquiera sea por la vía indirecta de la ejecución judicial, que determinados créditos sin derecho de ejecución aislada puedan ser satisfechos en detrimento del interés de los restantes acreedores.

CAPACIDAD PROCESAL DEL SUSPENSO GARANTÍAS PROCESALES EN CASO DE EJECUCIÓN AISLADA SOBRE BIENES DEL SUSPENSO

En la Resolución de 29 de junio de 1988 se plantea, finalmente, como cuestión de interés, la de las garantías que habría que adoptar en caso de seguirse ejecución aislada sobre bienes del suspenso, posibilidad que la Dirección acepta como hipótesis y el Registrador parece dar por supuesta, ni la Resolución ni el informe contienen consideraciones sobre dicho extremo.

En realidad, la cuestión procesal es traída a colación por el Centro directivo, ya que no había sido mencionada en la nota ni en el informe del Registrador. Este oponía a la inscripción de la adjudicación el que no constaba se hubiera obtenido el informe favorable de la Comisión de acreedores constituida conforme al Convenio para supervisar el cumplimiento, por entender que la enajenación forzosa acordada en virtud de un procedimiento que tiene por objeto unos intereses particulares debía considerarse como un acto de disposición y, como tal, sometido a la necesidad del informe previsto en el Convenio para los actos que excedieran de la administración ordinaria.

El recurrente alegaba, en este punto, que la decisión judicial acerca de la enajenación no podía depender en su efectividad de que se prestara ese informe favorable de la Comisión, pues devendría en tal caso inoperante el derecho de ejecución singular de que consideraba asistido su crédito.

La Dirección, tras dejar sentado que las limitaciones que afectan a la potestad de gestión del suspenso pueden verse continuadas después de la aprobación del Convenio, si así se acuerda, y que esas limitaciones afectan a todo crédito, incluso a los que gocen del derecho de ejecución separada, no confirma la necesidad del informe aludido por el Registrador, sino que, acogiendo a la cláusula del Convenio en la que se establece que la Comisión «por el solo hecho de su nombramiento queda legitimada para actuar en beneficio de la masa», extrae una consecuencia que constituye un obstáculo para la inscripción solicitada: el Registrador no puede dar efectividad registral a unas actuaciones procesales que no

aparecen entabladas con la debida coparticipación de los Interventores nombrados por los acreedores, pues tal omisión acarrea la inoperancia del proceso en el patrimonio intervenido conforme a lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley de 26 de julio de 1922.

La Dirección, por tanto, traduce la «legitimación para actuar en beneficio de la masa», reconocida a la Comisión de acreedores, en una limitación de la capacidad procesal del suspenso o, al menos, de su legitimación para litigar sin la participación de aquella Comisión, lo que quiere decir, en definitiva, que la ejecución singular sobre bienes del suspenso exigiría no sólo que se realice por razón de créditos que gocen de tal beneficio, sino que además se dé a la Comisión la posibilidad de intervenir en el procedimiento de ejecución.

El paralelismo entre la situación creada por el Convenio en el caso del recurso que examinamos y la situación general de suspensión de pagos en la Ley de 1922, que, como después veremos, atribuye a los Interventores facultades, cuando menos, similares a las reconocidas a la Comisión de acreedores en dicho Convenio, justifica que analice, desde un punto de vista más general, la capacidad procesal del suspenso, sin restringir el examen al caso del recurso.

La Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su artículo 2.º que «sólo podrán comparecer en juicio los que están en el pleno ejercicio de sus derechos civiles», remitiéndose así a las normas sustantivas para determinar, por vía indirecta, la capacidad procesal. Así, el Código Civil, en su primera edición revisada, al referirse a los menores emancipados, se había creído en la necesidad de decir en su artículo 317 que «tampoco podrán comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas», traduciendo en limitación procesal la de carácter patrimonial que en el propio precepto establecía. Sin embargo, en la reforma de 1981 se separan ambos aspectos y, manteniéndose las limitaciones dispositivas de ámbito patrimonial, se prescribe que «el menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio», incurriendo —si se entiende dicha posibilidad sin excepción— en contradicción con el párrafo anterior (PRIETO CASTRO).

La Ley de 26 de julio de 1922 establece para el suspenso ciertas limitaciones de naturaleza patrimonial que aproximan su situación sustantivamente a la del menor emancipado, pero las escasas normas de ámbito procesal no dejan tan clara la cuestión de su capacidad a estos efectos. El artículo 5.º se limita a exigir un informe de los Interventores acerca de la procedencia de las reclamaciones que el suspenso pretenda entablar y a permitir que los Interventores propongan el ejercicio de acciones convenientes al interés del patrimonio del suspenso e, incluso, las ejerciten con autorización del Juez.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse recientemente en diversas ocasiones sobre el tema de la capacidad procesal del suspenso. Ha sentado que la declaración de suspensión de pagos no imposibilita la continuación de un proceso iniciado antes de dicha declaración (Sentencia de 9 de abril 1985), que cabe entablar contra el suspenso un procedimiento declarativo en ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil (Sentencia de 29 de octubre de 1985) y un juicio por simulación (Sentencia de 11 de febrero de 1986), y cualquier otro ordinario, pues no sufre el suspenso una inhabilitación equiparable a incapacidad, como el quebrado, sino meramente una especie de *auctoritas interpositio* (Sentencia de 22 de abril de 1987).

El Tribunal Supremo reconoce, por tanto, plena capacidad procesal al suspenso, por sí solo, habida cuenta de que la Ley de 1922 no dispone expresamente limitación alguna sobre la misma, sobre todo en lo que concierne a la posición pasiva en el litigio, pues el párrafo cuarto del artículo 5.º se contrae a las recla-

maciones que el suspenso pretenda entablar (Sentencia de 9 de abril de 1985).

Hay que señalar que en todos los casos citados se trataba de juicio declarativo y que el alto Tribunal se preocupaba de hacer salvedad del «problema —no planteado en el litigio ni suscitado en el recurso— referente a la imposibilidad legal de los actos de ejecución sobre el patrimonio de la entidad suspenso, con arreglo al artículo 9.º, párrafos cuarto y quinto, de la Ley especial» (Sentencia de 28 de octubre de 1985) y de que, el hecho de que la intervención del suspenso en el juicio ordinario donde ha sido demandado no pueda ser asimilada a las actividades sancionadas con la nulidad en el artículo 6.º de la Ley de 1922, se entiende «sin perjuicio de la abstención de toda actuación ejecutiva» (Sentencia de 9 de abril de 1985).

La Dirección General, por su parte, había declarado en su Resolución de 14 de diciembre de 1971, en relación con un expediente de apremio contra una persona en suspensión de pagos, que, aunque la actuación de los Interventores se requiere para todo pago, el suspenso conserva la facultad de administrar, si bien intervenida, y los Interventores no asumen su representación local, por lo que no parece necesario notificarles la Providencia de apremio, ni la Diligencia de embargo, si bien el deudor debe poner en su conocimiento el requerimiento de que ha sido objeto a fin de poder realizar, en su caso, válidamente el pago.

En las Resoluciones que analizamos, sin embargo, la Dirección considera necesario que en los procedimientos de ejecución singular se observen las garantías necesarias a efectos registrales en atención, por un lado, a la Intervención de la gestión del suspenso y, por otro, a la protección debida a los intereses de los acreedores de la masa de la suspensión, concretando esas garantías en la primera de las Resoluciones en dar a la Comisión la debida participación en el procedimiento.

Parece acertada esta prevención manifestada por la Dirección. Es cierto, como expresa el Tribunal Supremo, que el suspenso, al conservar su facultad de gestión directa, debe conservar también su capacidad de obrar en el plano procesal, no pudiendo ser sustituido en dicho ámbito por los Interventores, pero también es cierto que la libertad de actuación del suspenso se ve constreñida por las siguientes consideraciones:

1.ª La propia Ley de 1922 impone la cautela de un informe previo de los Interventores para la actuación procesal del suspenso tanto en reclamación como en defensa de sus derechos.

2.ª La actividad procesal del suspenso sin los Interventores no está comprendida dentro de los actos sancionados con la nulidad en el artículo 6.º de la misma Ley, pero no cabe duda de que, en la medida en que el proceso de ejecución persigue dar satisfacción al interés de un acreedor del suspenso, implica, indirectamente, una forma de «pago» para la cual el mismo precepto exige, bajo sanción de nulidad, el acuerdo de los Interventores.

3.ª Finalmente, no cabe desconocer que la suspensión de pagos implica una restricción en la exigibilidad de los créditos ordinarios contra el suspenso sólo compensada con un criterio de inalterabilidad del patrimonio, compensación que podría hacerse inoperante si no se permitiera al tiempo de la ejecución un control de la condición del crédito que la provoca a través de los representantes de la masa de acreedores control que sólo podrá llevarse a cabo haciendo a los Interventores participar en el procedimiento.

No expresa la Dirección en qué forma ni en qué momento debe hacerse afectiva esta participación.

A mi juicio dicha participación se produce en un doble concepto: como integración de la capacidad procesal del suspenso, de modo similar a como se establecía para los menores emancipados, y como «intervención procesal adhesiva» fundamentada en un interés propio, el de la masa de acreedores, que justifica la actuación de sus representantes coadyuvando al suspenso demandado. En ambos casos, cuando la participación no se produzca espontáneamente, podrá provocarse mediante una *litisdenuntiatio*, es decir, mediante una notificación de la pendencia del proceso.

En cuanto al momento en que registralmente debe exigirse el cumplimiento de dicha notificación, me inclino porque se exija ya al tiempo de ordenarse, en su caso, la anotación del embargo trabado, sin esperar al momento de la inscripción de la adjudicación en que concluya el procedimiento, para no dar lugar al contrasentido de considerar entonces incorrectamente entabladas unas actuaciones procesales que ya habían producido efecto en el Registro, siquiera sea esa, al parecer, inocua medida cautelar de la anotación preventiva.

Existe, sin embargo, un caso en que creo que tales prevenciones pueden ser innecesarias. Me refiero al supuesto de ejecuciones por créditos que gocen del derecho de ejecución singular por haber sido contraídos con posterioridad a la iniciación del expediente de suspensión con la conformidad de los Interventores. El interés de los acreedores se ha visto ya atendido al tiempo de la contratación del crédito y, sin perjuicio de la posibilidad de una coadyuvación espontánea al demandado por parte de los Interventores, no parece necesario exigirla frente al actor, cuando aquella conformidad resulte del documento presentado.

CONCLUSIONES

1.^a La suspensión de pagos debe reflejarse registralmente mediante los correspondientes asientos en el Libro de Incapacitados y en la hoja abierta a cada una de las fincas inscritas a favor del suspenso.

2.^a No obstante, la situación de suspensión deberá ser tenida en cuenta al calificar documentos otorgados por o en nombre del suspenso tanto si consta reflejada en la hoja de la finca a que el documento se refiera, como si lo está solamente en el Libro de Incapacitados (Resolución de 29 de junio de 1988), e incluso si resulta del documento y no está registralmente reflejada (Resolución de 17 de febrero de 1986).

3.^a La limitación de carácter personal que la Intervención de operaciones del suspenso implica puede verse continuada a través del Convenio de acreedores, a cuyos términos habrá que atenerse para calificar los documentos otorgados por o en nombre del suspenso a partir de su aprobación y hasta que se haga constar su total cumplimiento.

4.^a Para tomar anotaciones de embargo o inscribir adjudicaciones dimanantes de procedimientos de ejecución singular sobre bienes del suspenso, que sólo serán posibles por razón de créditos que gocen de tal privilegio, deberá acreditarse la notificación de la existencia del procedimiento a los Interventores, salvo si resulta del documento presentado que éstos prestaron su conformidad al crédito contraído.

EL VOTO EN BLANCO Y LA ABSTENCION CARECEN DE SENTIDO DECISORIO Y NO PUEDEN CONSIDERARSE COMO VOTO POSITIVO O NEGATIVO, PERO SIN QUE LOS QUE MANTIENEN ESA ACTITUD DEBAN QUEDAR EXCLUIDOS DEL COMPUTO DE ASISTENTES (RESOLUCIÓN DE 5 DE JULIO DE 1988. «BOE» DE 26 DE JUNIO).

Hechos.—I. El día 2 de octubre de 1987, el Notario de Madrid don José Antonio Torrente Secorun autorizó escritura pública por la que se constituyó la sociedad «Migarller, Sociedad Anónima». En dicha escritura figuran incorporados los Estatutos sociales, cuyo artículo 19 dice: «Para la válida constitución del Consejo y para la adopción de acuerdos se estará a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley. A efectos de determinación de la mayoría, los votos en blanco o las abstenciones no serán computados, y en caso de empate decidirá el voto del Presidente».

II. Presentada la escritura citada en el Registro Mercantil número 2 de los de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, presentado el día 3 de noviembre de 1987 con el número 326 del *Diario 16*, devuelto el día 11 de dicho mes y reingresado el día 21 de enero de este año por observarse el defecto subsanable de que al *excluir* del cómputo para determinar la mayoría de los votos en blanco y las abstenciones en el artículo 19 de los Estatutos, párrafo tercero, último inciso, se destruye el concepto de mayoría absoluta exigido por el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas.—No se solicita anotación preventiva.—Madrid, 1 de febrero de 1988.—El Registrador.—Firmado: Francisco Javier Sáenz.»

III. El Notario de Madrid don José Antonio Torrente Secorun interpuso recurso de reforma y, subsidiariamente, gubernativo contra la anterior calificación, y alegó de que un análisis del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, se distinguen los siguiente momentos, *cronológicamente separables*, en el proceso u orden de actuación del Consejo de Administración: 1) Los Consejeros concurren, presentes o representados. 2) Se cuenta y si concurren, al menos, la mitad más uno de los Consejeros, se considera que el Consejo está válidamente constituido. Se trata de contabilizar los asistentes, y éstos todavía no han deliberado ni votado. 3) Acto seguido, tras una deliberación, se hace la votación pertinente para determinar una mayoría de voto *uniforme*, que determinará acuerdo válido si vota en un mismo sentido *la mayoría* de los Consejeros o concurrentes a la sesión. Pues bien, el discutido artículo 19 de los Estatutos sociales se limita tan sólo a *recordar la vigencia del referido artículo 78* de la Ley de Sociedades Anónimas, *al cual se remite* y aclara que *en el cómputo de votos* para determinar si hay o no mayoría absoluta de votos conformes, exigidos por el artículo citado, *no se tendrán en cuenta ni las abstenciones ni los votos en blanco*, y que en caso de empate será decisorio el voto del Presidente (extremo este último no contenido en la nota). Que, en virtud de las afirmaciones expuestas, es necesario tratar sucintamente los siguientes temas: A) Concepto de la mayoría absoluta. La doctrina mercantil considera que la «mayoría absoluta es la mayor parte respecto de la totalidad», y en idénticos términos se expresa el diccionario *Espasa*. B) ¿Por qué *no se pueden computar* las abstenciones ni los votos en blanco? Porque el voto es, en principio, una declaración de voluntad en un *contenido decisorio*. La abstención significa no votar y el voto en blanco es una abstención encubierta. C) Oportunidad del precepto estatutario. El valor de la normativa estatutaria que motivó la nota denegatoria es *salir al paso* de posibles interpretaciones que

traten de cubrir este problema específico silenciado en Derecho, bien en el sentido de ver en la abstención un voto positivo o, por el contrario, un voto negativo. Con la claridad del precepto estatutario se elimina el problema; la abstención supone falta o ausencia de voto, distinción que tiene gran trascendencia en el área de la responsabilidad de los Administradores, así como en el Derecho penal de Sociedades Anónimas. En cuanto al voto en blanco, hay que remitirse a lo dicho anteriormente. D) La no computación de las abstenciones ni de los votos en blanco no destruyen el concepto de la mayoría absoluta. La mayoría absoluta se integra de votos, y ya se ha demostrado que ni las abstenciones ni los votos en blanco son votos. Es claro que se computarán sólo los votos válidos, y si el total de los votos válidos y conformes *nos da, al menos, la mitad más uno* de los Consejeros presentes, habrá acuerdo válido. De otra forma no habría acuerdo en virtud del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, al que se remite el artículo 19 de los Estatutos. Ahora bien, el que las abstenciones y los votos en blanco no se computen para la formación de la mayoría no significa que no sean contabilizables. Que, por último, el discutido artículo 19 de los Estatutos sociales tiene como único objetivo *reforzar* y aclarar el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, evitando interpretaciones erróneas.

IV. El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos e informó: Que para determinar el contenido del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas es necesario distinguir entre quórum de asistencia y quórum de votación. El primero, exigible sólo para determinar si se ha constituido válidamente el Consejo de Administración, no es objeto de discusión en el presente caso. El segundo, objeto de recurso, exige determinadas precisiones. Que en cuanto al concepto de mayoría absoluta, teniendo en cuenta el concepto de la doctrina mercantil, alegado por el recurrente, y el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, la mayoría absoluta es la mayor parte de la totalidad de los concurrentes, y es en este punto donde la redacción de los Estatutos contraría el citado precepto, porque al no computarse las abstenciones y votos en blanco, *los elimina de esa totalidad de «concurrentes»*, confundiendo mayoría absoluta con mayoría relativa o simple. El artículo 78 citado dice «concurrentes» y, por tanto, si asistieron y fueron tenidos en cuenta para determinar la válida constitución del Consejo, deben ser tenidos en cuenta para determinar la validez de la votación por mayoría absoluta; otra cosa hubiera sido si el referido precepto hubiera dicho: «los acuerdos se tomarán por mayoría absoluta de votantes»; en tal caso quedarían excluidas las abstenciones, siendo más discutibles los votos en blanco. Que, además, el propio recurrente nos da la razón si se comparan los artículos 14 y 19 de los Estatutos. En el primero al regular la Junta general dice: «Los acuerdos se tomarán por mayoría de votos. En el cómputo para determinar la mayoría relativa no se tendrían en cuenta las abstenciones y votos en blanco». Como puede verse, la redacción es *idéntica* a la del artículo 19, sólo que en el primero se determina mayoría relativa y en el segundo la mayoría absoluta. Dichas mayorías son distintas: hay mayoría absoluta *cuando el número de votos positivos es superior a los negativos más abstenciones y votos en blanco*, y hay mayoría relativa *cuando los votos positivos son superiores a los negativos*, o sea, la diferencia está en que, conforme al artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, para la mayoría absoluta hay que tener a todos los recurrentes y para la relativa sólo a los votantes. Que, según el *Diccionario de Lengua Española*, computar es contar o calcular una cosa por números, por ello computar votos es contarlos, y *no se entiende la distinción* del recurrente cuando afirma que las abstenciones y votos en blanco no pueden computarse, pero sí contabilizarse. En

efecto, han de ser *contabilizados*, lo cual no quiere decir que sean reputados negativos ni positivos, pues el que se abstiene o vota en blanco está manifestando una voluntad, pero deducir que no deben ser tenidos en cuenta resulta ir más lejos que la propia voluntad de los asistentes a la reunión y que el propio artículo 78, antes mencionado. La doctrina corrobora este criterio al comentar la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 79 de la Constitución Española. Que, por último, interpretando *a sensu contrario* la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de marzo de 1980, hay que entender que en los casos de mayoría absoluta sí deben computarse las abstenciones.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 50 del Código de Comercio, 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, 1.285 del Código Civil y 148 del Reglamento Notarial:

1. En el presente recurso se debate en torno a la compatibilidad entre la exigencia de *mayoría absoluta* para la válida adopción de los acuerdos del Consejo de Administración de las Sociedades Anónimas (art. 78 de la Ley de Sociedades Anónimas) y la *previsión estatutaria de no computación de los votos en blanco y de las abstenciones para la determinación de dicha mayoría*.

2. El Registrador *rechaza* esta previsión estatutaria por considerar que esa no computación de los votos en blanco y de las abstenciones implica su eliminación de la totalidad de concurrentes, dando lugar a la confusión entre mayoría absoluta y mayoría simple; sin embargo, si se tiene en cuenta: *a)* Que la cláusula 19 de los Estatutos, en la que aquella previsión se halla, se ha remitido previamente al artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas para la válida constitución del Consejo y para la válida adopción de sus acuerdos. *b)* Que dicha norma legal determina que la mayoría absoluta ha de establecerse por referencia a los *Consejeros recurrentes*. *c)* Que se impone la interpretación sistemática de las cláusulas contractuales (art. 1.285 del Código Civil, en relación con el 50 del Código de Comercio), debe *desestimarse* la interpretación que fundamenta la *calificación registral*.

3. Por otra parte, la anterior afirmación no implica que quede descartada la ambigüedad y falta de precisión de la previsión estatutaria discutida, pues de *su literalidad no se desprende de modo inequívoco la significación que le atribuye, en su escrito de interposición, el Notario recurrente* —aclarar que el voto en blanco y la abstención carecen de contenido decisorio y no pueden considerarse como voto positivo o negativo, pero sin que los que mantienen esta actitud deban quedar excluidos del cómputo de los asistentes—; por ello, dada la trascendencia y naturaleza de las normas rectoras de la vida social y la exigencia de claridad y precisión en el contenido del Registro, y en la redacción de lo documentos públicos, se impone la *modificación en la literalidad de dicha previsión que recoja de modo incontestable el sentido alegado*.

Esta Dirección General ha acordado *estimar parcialmente* el recurso interpuesto en los términos que resultan del anterior párrafo.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. S. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 5 de julio de 1988.—El Director general, Mariano Martín Rosado.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid número 2.

COMENTARIO —La cuestión discutida en este recurso es una de las que menos ha interesado a la doctrina mercantilista en los casi cuarenta años de vigencia de

la Ley de Sociedades Anónimas. Tal vez sea porque, como dice EDUARDO POLO, autor de un extenso artículo sobre el régimen de quóruns y de mayoría en dicha Ley (1), los problemas que pueden suscitar los preceptos legales relativos a esta materia son problemas jurídicamente menores, o, por lo menos, de alcance estrictamente jurídico positivo. Tiene muy poca importancia, dice este autor, que los acuerdos de las Juntas o del Consejo se adopten por mayoría absoluta o por mayoría simple; que los votos se cuenten con relación al número de socios o de Consejeros existentes, votantes o asistentes; que se estima que mitad más uno es sinónimo de mayoría absoluta o que es algo diferente. Por eso, sigue diciendo POLO, es de lamentar que la Ley de Sociedades Anónimas no sea lo bastante clara como para evitar dudas y vacilaciones en la aplicación de estos artículos que, por insuficiencia, imprevisión o confusión, pueden llegar a convertirse en fuente de litigios y controversias. A esta opinión y a esta queja deben hacerse dos precisiones, deducibles, por otra parte, del mismo artículo en que aquéllas están formuladas. En primer lugar, que estos asuntos son todo menos irrelevantes, pues se opte por una o por otra solución, las minorías quedarán más o menos amparadas, y ello repercutirá necesariamente en la marcha de la sociedad; si bien son asuntos menores porque puede dárseles una solución o la contraria sin que se tambaleen los cimientos de la ciencia jurídica. En el segundo, que la acusación de falta de claridad es achacable a muchos pasajes de la Ley de Sociedades Anónimas, pero no al relativo a adopción de acuerdos por el Consejo en el que, como veremos, la Ley se ha expresado con prosaica, matemática claridad.

Esta indiferencia padecida por los autores parece haberse extendido a los Registradores Mercantiles, a juzgar por la gran cantidad de cláusulas similares a la debatida en este recurso —y aun más agresivamente contrarias al artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas— que durante años han estado inscribiéndose en los Registros Mercantiles de toda España. «Y aun sospecho», cabe decir, como en el obligado soneto, que tampoco la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sentido excesivo interés por la cuestión. El tono indolente de la Resolución, que con incostumbrada languidez resume los informes de los funcionarios —como sin consideración ninguna les llama el artículo 115 del Reglamento Hipotecario— implicados en el recurso, y con bien perceptible desgana zanja la cuestión mediante una insólita remisión a «los términos del párrafo anterior» (insólita dada la proclividad del Centro Directivo a rematar sus resoluciones con un argumento no tenido en cuenta hasta entonces, a veces incluso de carácter extrarregistral, que hace que los citados términos de los párrafos que anteceden al fallo sean por lo general poco indicativos de la solución adoptada), así parecen indicarlo.

Sin hacer mucho hincapié en los estragos que este modo de resolver por reenvío puede provocar en los lectores y en los resumidores apresurados de resoluciones, pasaremos a estudiar el sentido y alcance del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El primer párrafo de este artículo, que es el que nos interesa, plantea dos exigencias:

1. Para que se constituya válidamente el Consejo han de concurrir, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes.

(1) POLO, E.: «Reflexiones sobre el régimen de quóruns y mayorías en los órganos colegiados de la Sociedad Anónima». *RDM*, 1973.

2. Los acuerdos ordinarios del Consejo han de adoptarse por mayoría absoluta de votos válidos de los Consejeros concurrentes.

La Dirección General ya resolvió, en 1967 y en 1956, dos problemas originados por la ambigua redacción del precepto, en los que apenas nos detendremos: Si «mitad más uno» es sinónimo de «mayoría absoluta», y si, por tanto, cuando el número de Consejeros es impar, la fracción puede redondearse por defecto (cuestión resuelta afirmativamente por la Dirección, con el posterior parecer adverso de POLO); y si, en caso de empate, cabe atribuir carácter dirimente al voto del Presidente. Esta última discusión también fue resuelta afirmativamente por la Dirección.

Escaras, y casi unánimes, eran las opiniones de la doctrina acerca del problema que ahora nos ocupa. EDUARDO POLO, en el trabajo antes citado, veía tanta claridad en la exigencia legal de mayoría absoluta para la adopción de acuerdos por el Consejo, que centraba todos sus esfuerzos interpretativos en la exigencia de concurrencia de la mitad más uno de los Consejeros para la válida constitución de este órgano, y dedicaba a la adopción de acuerdos tan sólo el último párrafo de la última hoja de un artículo de casi cien páginas. Para él, mayoría absoluta era «la que supera la mitad de los votos posibles», o, en otras palabras, «la que cuenta con más votos que todas las demás posiciones conjuntamente». «Mayoría absoluta es, por tanto, la mayor parte respecto de la totalidad», decía POLO, y repetía como un eco GARRIGUES (2) en sus *Comentarios*. URÍA (3) se limitaba a transcribir el texto del precepto legal, y VICENT CHULIÁ (4) precisaba que «mayoría absoluta es la mitad más uno —contada por defecto— de los Consejeros presentes o representados», lo que no era más que una manera un tanto enrevesada de explicar que mayoría absoluta era más de la mitad.

Párrafo aparte merece MANUEL DE LA CÁMARA (5), quien, pese a plantear la cuestión de manera un tanto marginal, en nota a pie de página, la resolvía con la lucidez que siempre ha caracterizado a este maestro de juristas. Por él nos enteramos de que el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas sufrió una modificación en las Cortes, tendente a facilitar el funcionamiento del Consejo, dado que en la redacción inicial del proyecto la mayoría absoluta había de formarse con relación a todos los Consejeros existentes, y no sólo con relación a los presentes. En su comentario al precepto citado, CÁMARA era tajante: No es defendible la posibilidad de que prevalezca la mayoría relativa, «y esto significa que, en igualdad de condiciones, o aunque los votos a favor de una propuesta superen a los votos en contra, si los primeros no alcanzan la mayoría absoluta *latu sensu*, prevalecerá la postura contraria».

Poco margen dejaba el artículo, como vemos, a la autonomía de la voluntad. Podía haber dicho que los acuerdos se adoptarían por mayoría absoluta de Consejeros, dejando un vacío (la base sobre la que se computa esta mayoría) que los interesados hubieran podido rellenar refiriendo la mayoría absoluta a todos los Consejeros existentes, a los presentes, o a sólo los votantes. O podía haber dicho que los acuerdos los adoptarían los Consejeros por mayoría, con lo que el campo de elección hubiera sido aún más amplio, ya que sería admisible la adop-

(2) GARRIGUES, J., y URÍA, R.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, capítulo IV, sección 2.ª, a cargo de J. GARRIGUES, Madrid, 1976.

(3) URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, Madrid, 1981.

(4) VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. Bosch, 1986.

(5) DE LA CÁMARA, M.: *Estudios de Derecho Mercantil*. Edersa, 1977.

ción de acuerdos por mayoría absoluta o por mayoría relativa, y en cada uno de aquellos casos podrían haberse añadido todas las variaciones imaginables. Seguramente lo mejor hubiese sido que la Ley, en lugar de reglamentar tan rígidamente este punto, hubiera encomendado su determinación a los constituyentes, dándoles la posibilidad de configurar, según sus necesidades, sociedades en las que el parecer de los socios minoritarios pesase más o menos. Pero el hecho es que no ha sido así. La Ley de Sociedades Anónimas exige mayoría absoluta (más de la mitad) de los Consejeros concurrentes (no de los existentes, ni de los votantes, ni de los «recurrentes», como con insistencia dice la Dirección en la Resolución que ahora comentamos, haciéndose merecedora de un inmenso *SIC* de la misma especie y calidad que los que ella aplica, con desdeñosa displicencia, a Notarios y Registradores); e impone este criterio a todas las sociedades anónimas, cualquiera que sea su clase, su importancia económica, o la composición de su accionariado.

La letra de la Ley era tan clara, y la materia tan pedestre, que Notario y Registrador se vieron obligados a moverse en el terreno de la práctica, al impedirles la cuestión elevarse a consideraciones de gran altura. El Notario no podía intentar demostrar que mayoría absoluta de los Consejeros concurrentes era algo diferente de lo que por tal entendían nuestros mercantilistas, y, con ellos, el Registrador. Era inútil el recurso a «las nuevas corrientes legislativas, reflejadas en lo más recientes anteproyectos», a «las más modernas y más autorizadas teorías», cuya invocación irritaba tanto a GONZÁLEZ PALOMINO. Tampoco serviría de nada enhebrar una retahíla de textos del Derecho comparado, de la legislación de cooperativas, o de otras figuras jurídicas más o menos parecidas a las sociedades anónimas, explicativa del régimen de adopción de acuerdos en cada una de ellas. Por eso, el Notario recurrente centró hábilmente la cuestión en lo que realmente importaba, y lo mismo haremos nosotros: ¿Era o no respetuosa con el texto legal la cláusula estatutaria adversamente calificada?

Hay que reconocer que la frase se prestaba a interpretaciones equívocas. «A efectos de determinación de la mayoría los votos en blanco o las abstenciones no serán computados», decía, lo que podía entenderse en el sentido de que la mayoría absoluta se formaría con referencia a sólo los votos positivos y negativos, sin incluir en la cuenta total los votos en blanco y las abstenciones. Para agravar las cosas, en otro precepto estatutario (el relativo a las Juntas generales) se decía que en el cómputo no se tendría en cuenta los votos en blanco ni las abstenciones, es decir, que habría mayoría sencillamente cuando los votos favorables desbordasen a los adversos. La previsión estatutaria era la misma en los dos casos, pero con la diferencia de que mientras en uno de ellos era admisible —en las Juntas, en que cabe la adopción de acuerdos por mayoría simple—, en el otro daba al problema un tratamiento distinto del prescrito por la Ley. Es decir, al trasladar al Consejo la idea de que «para determinar la mayoría no se tendría en cuenta los votos en blanco ni las abstenciones», daba pie a que pudiera entenderse que habría mayoría cuando los votos positivos fuesen más que los negativos, aunque no alcanzasen una cifra superior a la mitad de los Consejeros presentes.

El Notario atribuyó a la frase un sentido distinto del que le daba el Registrador. Lo único que pretendía con la cláusula debatida, dijo era dar más fuerza a la exigencia del artículo 78 de la Ley, recordando que los votos en blanco y las abstenciones carecen de contenido decisorio, por lo que no puede verse en ellos ni un voto afirmativo, ni uno negativo. Para demostrar la rectitud de sus propósitos, recordó que el artículo 19 de los Estatutos se remitía al 78 de la Ley de Sociedades, y reconoció expresamente que sólo existiría acuerdo válido del Con-

sejo cuando, computados los votos válidos y conformes alcanzasen, al menos, un número igual a la mitad más uno de los Consejeros presentes.

Lo malo es que la frase no decía tan a las claras lo que el Notario aseguraba. Le faltaba añadir «los votos en blanco o las abstenciones no se computarán como votos afirmativos ni como negativos», con lo que el precepto estatutario confirmaría y reforzaría la previsión legal. Sin este añadido, la cláusula resultaba perjudicial, porque podía dársele un significado distinto del querido por los socios fundadores y del ordenado por la Ley. Con el añadido, la cláusula dejaba de ser nociva, aunque se convertía, como la sustracción de la escala en *El Barbero de Sevilla*, en una inútil precaución.

Inútil precaución porque, sin necesidad de semejante cláusula, a pocos se les pasaría por las mientes dar a los votos en blanco o a las abstenciones un determinado color; a las abstenciones por ser falta de voto, y a los votos en blanco por carecer de contenido decisorio, como bien decía el Notario. Y decimos que a pocos se les ocurriría esto porque, con relación a los votos en blanco, forzoso es confesar que sí ha habido quien ha pensado en darles un significado concreto: un autor de tanto peso como EDUARDO POLO, quien, arrastrado por los principios inspiradores del Derecho mercantil, a propósito de las Juntas generales, veía en el voto en blanco un cheque en blanco a favor de la opinión mayoritaria, es decir, una adhesión a la voluntad triunfante en la votación.

Aparte de lo endeble de esta argumentación (imagínese lo que sería de quien pretendiese aplicar este criterio a las votaciones políticas), debilidad puesta de manifiesto por CÁMARA, ya POLO se daba cuenta de que la aplicación de este principio a las Juntas generales era otra de las inútiles precauciones que con tanta profusión sugiere el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues supone que, antes de hacerse uso de la porción de votos en blanco emitida, existe ya una decisión mayoritaria; y como en las Juntas generales los acuerdos pueden adoptarse por mayoría simple, dicha decisión mayoritaria no gana nada con la adición de los votos en blanco. Con un ejemplo se entenderá mejor: si la Junta se compone de 50 accionistas, de los que 10 votan a favor de un acuerdo, cinco votan en contra, y 35 lo hacen en blanco, la decisión quedará válidamente adoptada se añadan o no a los 10 votos favorables los 35 emitidos en blanco. Únicamente tendría utilidad esta previsión en aquellos casos en que estatutariamente se hubiese requerido un quórum de votación determinado (recordemos que los quóruns que la Ley exige son de asistencia, no de votación), o en que se tratase de la modificación de los derechos inherentes a una clase especial de acciones; no sólo a efectos de considerar si el acuerdo ha quedado válidamente adoptado, sino a los muy complejos de ejercitar los derechos de impugnación y separación. El mismo POLO, después de sugerir esta idea, profería un sorprendente «no me atrevo a entrar en la solución de este problema», que interrumpía su andadura por el intrincado camino en que tan arriesgadamente se había adentrado.

Y si la aplicación de esta opinión de POLO a las Juntas generales es bastante problemática, en el Consejo es rechazable de plano, ya que en este órgano, como hemos repetido hasta la saciedad en estas pocas páginas, los acuerdos han de adoptarse por mayoría absoluta de los Consejeros concurrentes, y ésta sólo se da cuando los votos positivos superan a todas las demás posiciones juntas. Así, los votos negativos, los votos en blanco y las abstenciones forman un bloque que hace frente a los votos afirmativos, y que debe ser rebasado por éstos para que el acuerdo del Consejo se considere válidamente adoptado. Por eso, aunque el precepto estatutario se hubiese limitado a transcribir literalmente el artículo 78 de la Ley, o aunque hubiese guardado silencio sobre esta cuestión, la claridad del

precepto legal hacía imposible una interpretación desviada como la que el Notario quería evitar.

Planteado en estos términos el problema, la solución era fácil. Tan fácil, que asombra el recorrido seguido por la Dirección, y que puede sintetizarse en tres etapas:

1. Reconocer que la interpretación que hacen Notario y Registrador del artículo 78.1 de la Ley de Sociedades Anónimas es la correcta: Mayoría absoluta sólo la hay cuando los votos afirmativos superan a la mitad de los posibles, por lo que debe rechazarse toda cláusula que pretenda sustraer del cómputo total los votos en blanco y las abstenciones.

2. Reconocer la recta intención del Notario, que respetuosamente se sometía a los dictados del artículo 78 de la Ley, y desestimar la interpretación que sustentaba la calificación registral.

3. Ordenar al Notario que ajustarse la conflictiva cláusula al sentido del artículo 78 de la Ley, que tan bien había demostrado comprender.

Esto es lo que resulta incomprensible. Si la cláusula infringía el artículo 78 de la Ley, abiertamente o por su reconocida ambigüedad, lo procedente era desestimar el recurso, y confirmar la nota del Registrador. Si, por el contrario, la cláusula era compatible con el precepto legal, debía «desestimarse la interpretación que sustenta la calificación del Registrador», estimar el recurso y revocar la nota calificadora. Lo que nunca habíamos visto hasta ahora —y no somos los únicos sorprendidos, véase el *Boletín del Colegio Notarial de Granada* (6), que llama a este fallo «original»— es una Resolución que estime parcialmente un recurso, pero obligue al Notario recurrente a rectificar la cláusula desfavorablemente calificada, y permita al Registrador mantener la negativa a inscribir hasta que tal modificación se lleve a cabo.

Desde un punto de vista sustantivo, la doctrina legal contenida en esta Resolución es irreprochable, y se acomoda perfectamente a los más ortodoxos criterios de nuestra doctrina. Pero la extraña manera de resolver, unida a la ya comentada remisión al párrafo que antecede al fallo, añade un punto de novedad, de sorpresa y de confusión a este insípido problema de nuestro Derecho de Sociedades.

JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA

(6) *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 91, julio 1989.

CANCELACION PARCIAL DE HIPOTECA.—PARA LA LIBERACION DE UNA DE LAS FINCAS Y CANCELACION PARCIAL DE LA HIPOTECA TOTAL SE REQUERIRA, ADEMAS DEL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR, LA CONFORMIDAD DE LOS QUE EN EL REGISTRO APAREZCAN COMO TITULARES DE LAS DEMAS FINCAS PROCEDENTES DE LA DIVISION DE LA PRIMITIVA (RESOLUCIONES DE 17 DE MARZO DE 1969, 12 DE FEBRERO DE 1988 Y 27 DE MARZO DE 1989).

I. TEXTOS DE LAS RESOLUCIONES.—*Resolución de 17 de marzo de 1969*—Vistos los artículos 1.860 del Código Civil, 119 de la Ley Hipotecaria, 216 del Reglamento para su ejecución y las Resoluciones de 23 de febrero de 1929 y 12 de julio de 1945;

Considerando que este expediente plantea la cuestión de si puede el acreedor por sí solo cancelar parcialmente una hipoteca que recae —como consecuencia de diversas segregaciones y una división material practicada— sobre varias fincas y elegir aquellas que han de quedar libres y aquellas otras sobre las que ha de continuar subsistiendo el gravamen, o bien si para realizar tal operación necesitará el consentimiento del deudor, tal como exige para distribuir la responsabilidad hipotecaria, el artículo 123 de la Ley;

Considerando que una de las características del derecho real de hipoteca la constituye su indivisibilidad en el caso de que la finca se divida o se realicen segregaciones, según aparece recogido en los artículos 1.860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria al declarar que subsistirá íntegra sobre la totalidad de los bienes hipotecados aun cuando se reduzca la obligación garantizada, indivisibilidad que encuentra su fundamento en la protección al crédito territorial por robustecer la posición del acreedor y que aparece establecida en términos rigurosos en los dos artículos mencionados sin perjuicio de que, en ciertos casos, pueda ser alterada;

Considerando que el artículo 123 de la Ley permite, como excepción al mencionado principio de indivisibilidad de la hipoteca, que cuando la finca hipotecada se divide en dos o más, puede distribuirse el crédito hipotecario entre ellas siempre que haya sido acordado voluntariamente por acreedor y deudor, en cuyo caso, pagada la parte del crédito con que estuviere gravada alguna de las fincas, se podrá exigir, en cuanto a éstas, la cancelación parcial de la hipoteca e, incluso, podrá elegir el deudor, cuando sean varias y en las circunstancias del artículo 124, cuál de ellas habrá de quedar libre;

Considerando que en los supuestos contemplados en las Resoluciones de 23 de febrero de 1929 y 12 de julio de 1945, en los que se reducía la garantía hipotecaria al cancelar la hipoteca sobre las nuevas fincas formadas a través de diversas segregaciones, comparecieron todos los interesados —tanto deudores como acreedores, por lo que era ajustada a Derecho e inscribible la operación realizada, mientras que en el caso de este expediente, es el acreedor quien unilateralmente procede a cancelar el gravamen sobre todas las nuevas fincas creadas, excepto una, sin que hayan comparecido los dos deudores mancomunados— ni tampoco los actuales dueños de los inmuebles o terceros poseedores;

Considerando que aun cuando el supuesto objeto de este recurso no está contemplado por la legislación, tiene evidente analogía con el de división del crédito hipotecario antes aludido, que exige el acuerdo de acreedor y deudor, por lo que, en el caso de cancelación parcial, de lo que resulta, indirectamente,

una distribución del crédito hipotecario, se requerirá, además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, de las fincas procedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquellas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que, en caso contrario, por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e, incluso, desproporcionada, sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.

Resolución de 12 de febrero de 1988.—Fundamentos de Derecho: Vistos los artículos 1.084, 1.085, 1.087, 1.144, 1.146, 1.837 y 1.844 del Código Civil, 14 de la Compilación de Galicia, 122 y 123 de la Ley Hipotecaria y la Resolución de 17 de marzo de 1969;

1. La cuestión a decidir se plantea en relación con una hipoteca que grava, por determinada cantidad, una concreta finca que, después, es objeto de diversas segregaciones, sin distribución de la responsabilidad hipotecaria. ¿Puede el acreedor hipotecario, por sí solo, al cobrar una parte de la cantidad garantizada por la finca de procedencia, liberar de la hipoteca a algunas de las fincas resultantes de las sucesivas segregaciones?

2. Conviene, para resolver esta cuestión, precisar cuál es la situación de la hipoteca cuando, como en el supuesto, la finca se divide en varias, sin distribuir entre ellas el crédito hipotecario. Resulta entonces que un mismo gravamen hipotecario afecta a las diversas fincas resultantes, de tal modo que el acreedor hipotecario puede, a su elección, exigir «la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez» (cfr. art. 123 de la Ley Hipotecaria), al modo que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente (cfr. arts. 1.144, 1.084 y 1.837). Del hecho de que un mismo y único gravamen recaiga por entero sobre cada una de las varias fincas se desprende que el derecho real de hipoteca no sólo produce relaciones jurídicas entre el titular del derecho real y cada uno de los dueños de las fincas resultantes de las segregaciones, sino también entre los distintos dueños de estas fincas afectadas por el mismo gravamen. Si cualquiera de ellos hiciere el pago total de la deuda garantizada, no se producirían los efectos ordinarios de la subrogación (lo que determinaría que el que paga, a su vez, pudiera exigir la cantidad íntegra contra cualquiera de las nuevas fincas); por efecto de las relaciones que la unidad de gravamen establece entre los diversos dueños de las fincas, el que de ellos pague la cantidad íntegra sólo podrá reclamar de los demás lo que les corresponda proporcionalmente (cfr. arts. 1.087, 1.145 y 1.844 y, especialmente, el 1.085 del Código Civil y también el art. 14 de la Compilación de Galicia).

3. El acreedor puede, si quiere, renunciar a sus derechos sobre cualquiera de las diversas fincas. Pero esta renuncia no puede tener, sobre esa finca, como efecto, la cancelación de un derecho real —el de hipoteca— que, por lo dicho —y mientras la hipoteca subsista sobre las demás fincas—, no sólo confiere facultades al acreedor, sino también a los demás dueños (cfr., por analogía, el art. 1.146). Por razones análogas —no se puede disponer de derechos ajenos—, hay que ratificar hoy la doctrina ya sentada por la Resolución de 17 de marzo de 1969; para la liberación de una de las fincas y cancelación parcial de la hipoteca total,

se requerirá «además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, de las fincas procedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquellas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que, en caso contrario, por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e incluso desproporcionada, sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titularidad».

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Resolución de 27 de marzo de 1989.—Fundamentos de Derecho: Vistos los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, 217 y 218 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 17 de marzo de 1969 y 12 de febrero de 1988;

1. En el presente recurso, hipotecada una finca, que posteriormente es edificada y constituida en régimen de propiedad horizontal, sin que se hubiere efectuado la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los pisos y locales resultantes y transmitidos éstos a diferentes propietarios, se plantea cuestión sobre si puede liberarse uno de los pisos con simultánea reducción de la deuda, en virtud sólo del consentimiento del acreedor hipotecario que tiene por objeto, exclusivamente, la cancelación de la citada hipoteca en cuanto a ese piso.

2. Es doctrina de este Centro (*vid.* Resoluciones de 17 de marzo de 1969 y 12 de febrero de 1988) que cuando un mismo y único gravamen recae por entero sobre varias fincas, como ocurre en el caso de división posterior de la inicialmente gravada, sin haberse distribuido la responsabilidad correspondiente, no sólo se producen relaciones jurídicas entre el titular del gravamen y cada uno de los dueños de las fincas afectadas, sino también entre los distintos dueños de éstas, relaciones por cuya virtud si uno de ellos paga la cantidad íntegra garantizada podrá reclamar de los demás no la totalidad de lo pagado, sino la parte que proporcionalmente les correspondiere satisfacer (debe considerarse igualmente la previsión del art. 1.844 del Código Civil), teniendo para ello las mismas garantías con que contaba el acreedor principal (*vid.* arts. 1.145, 1.844, 1.087, 1.085, 1.839 y 1.212 del Código Civil), de donde se desprende que éste puede, si quiere, renunciar a sus derechos sobre cualesquiera de las diversas fincas, mas esta renuncia no puede tener, sobre esa finca, como efecto la cancelación de un derecho real que por lo dicho —y mientras la hipoteca subsista sobre las demás fincas— no sólo confiere facultades al acreedor, sino también a los demás dueños; para la liberación de una de las fincas y cancelación parcial de la hipoteca total se requerirá, pues, además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, de las fincas procedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquellas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que, en caso contrario, por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e, incluso, desproporcionada, sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular.

3. No existiría, en cambio, para la cancelación solicitada, el obstáculo observado, si el acreedor, en lugar de limitarse a consentir la cancelación de la hipoteca «exclusivamente por lo que se refiere» al piso referido, hubiere, previamente, consentido en la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre todos los

pisos y locales tal como resulta de la asignación de cuotas por el régimen de la propiedad horizontal, pues ciertamente dichas cuotas sirven para delimitar, a todos los efectos, desde la propiedad del edificio, la participación en las cargas, mas faltando ese consentimiento del acreedor, la fijación de cuotas en el régimen de Propiedad Horizontal ni le vincula como distribución de responsabilidad (art. 1.257 del Código Civil) ni implica, en la relación interna entre los distintos propietarios, un definitivo señalamiento de la parte de responsabilidad hipotecaria a que quedan afectos los pisos o locales respectivos (que posibilitaría la cancelación parcial y liberación ahora pretendidas); en tal hipótesis, mientras no se inicie la vía de regreso por uno de los propietarios que paga no se sabrá si, por afrontar todos los pisos o locales resultantes el gravamen que les afecta, la relación entre la responsabilidad efectiva que pesa sobre cada uno y la total será coincidente con su cuota respectiva o si, por el contrario, por fallar uno de ellos (piénsese que puede estar afecto a una carga preferente que absorba todo su valor), como los demás deberán suplir su falta a prorrata (cfr. arts. 1.145.3 y 1.844.2.º del Código Civil), tal relación será mayor; por tanto, como antes de iniciarse la vía de regreso, la cuota de cada piso sólo determina en la relación interna entre los propietarios, el límite mínimo de la responsabilidad que afectivamente puede llegar a afectarle, el consentimiento que ahora presta el acreedor no basta por sí solo para liberar esa finca.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.

II. COMENTARIO —La Dirección General se ha planteado en tres ocasiones, relativamente recientes, el problema de la finca hipotecada que se divide —o es objeto de segregaciones— sin que se distribuya la responsabilidad hipotecaria entre las fincas resultantes de tales operaciones, que, normalmente, van acompañadas de una enajenación.

La cuestión surge con respecto a escrituras de cancelación de hipoteca en las que el acreedor hipotecario, después de dar carta de pago por una parte del crédito garantizado, consiente la cancelación en cuanto a una de las fincas procedentes de la segregación o división, dejando la hipoteca subsistente en cuanto a las restantes.

En los tres casos, contemplados por las Resoluciones de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988 y 27 de marzo de 1989 —cuyos Fundamentos se transcriben al final—, la solución es negativa. En los Fundamentos jurídicos de las tres se repite, como si se tratara de un argumento incontestable, que «en caso contrario, por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e, incluso, desproporcionada, sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular»; en la más reciente, además, se apunta que, con fundamento en los artículos 1.839 y 1.212 del Código Civil, el acreedor no puede unilateralmente cancelar la hipoteca en cuanto a una porción de la finca primitivamente hipotecada, porque la misma «no sólo confiere facultades al acreedor, sino también a los demás dueños».

El objeto de estas notas es cuestionar tales afirmaciones, así como puntualizar el dato diferencial del supuesto de hecho a que se refiere la más reciente de dichas Resoluciones.

Nos parece, de entrada, que la solución que adoptó la Dirección en 1969, y que ratifica después, implica involucrar dos cuestiones absolutamente diferentes,

esto es, por un lado, las consecuencias que para la posición jurídica del acreedor hipotecario supone la división —o segregación— de la finca hipotecada, y, por otro, solución al posible conflicto de intereses que surge entre los diversos titulares de las fincas segregadas o divididas cuando alguno o algunos de ellos pague integralmente la deuda o soporte la ejecución aislada de su finca. Nos sorprende, igualmente, que la Resolución de 1969 no haya sido criticada en el sentido que exponemos.

A) *Posición jurídica del acreedor hipotecario en el caso de división —o segregación— de finca hipotecada.*—Parece que tal división o segregación, que tiene lugar sin contar con el acreedor hipotecario, no puede, en ningún caso, limitar sus facultades. Para él se trata de *res inter alios acta*. Solamente en el momento en que solicite el Juzgado la certificación correspondiente, tendrá conocimiento de la operación efectuada y podrá promover la enajenación de alguna de las fincas o de todas ellas. Naturalmente que si después de expedida la certificación y puesta la correspondiente nota se producen más divisiones o segregaciones, las mismas no se tendrán en cuenta y se cancelarán en su día en virtud del correspondiente mandamiento. Tales son las consecuencias que se producen para el acreedor, y ninguna otra, a nuestro juicio.

En los Vistos de las tres Resoluciones se invocan, entre otros, los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, preceptos que parecen conducir a la Dirección a sustentar su criterio. Nosotros entendemos que más bien contribuyen a sostener la tesis opuesta. Veamos:

a) *Artículo 122 de la Ley Hipotecaria.*—«La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido; pero sin perjuicio de lo que se dispone en los siguientes artículos».

A los efectos que ahora nos interesa basta destacar que tal precepto, como el artículo 125 de la misma Ley, pretenden robustecer la posición del acreedor hipotecario, siendo un corolario de lo establecido en el artículo 1.169 del Código Civil: el acreedor no puede ser compelido a aceptar pagos parciales, ni a otorgar cancelaciones parciales, pero, si quiere, puede hacerlo. Así parecen haberlo entendido destacados hipotecaristas:

— CAMPUZANO, aludiendo a la legislación anterior, que en este punto no se aparta de la vigente, señala que: «En el caso de no haberse hecho la distribución, los derechos del acreedor son los que se derivan de los artículos 123 y 125, o sea: 1.º El de poder repetir por la totalidad de la suma garantizada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez. 2.º El de negarse válidamente a la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho» (*Elementos de Derecho Hipotecario*, vol. II, segunda edición reformada, 1913, pág. 173).

— ROCA SASTRE. «El acreedor puede, pues, rechazar la pretensión del deudor o del tercer poseedor de que, en virtud de un pago parcial o por otra causa de reducción de la obligación garantizada, consienta en extinguir proporcionalmente la hipoteca. No obstante, esto no impide que pueda hacerlo, liberando de la hipoteca cualquiera de las nuevas fincas formadas a consecuencia de la división» (*Derecho Hipotecario* tomo IV, 2.º, séptima edición, 1979, págs. 644 y 645).

b) *Artículo 123 de la Ley Hipotecaria*.—«Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez.»

Del precepto resulta claramente que el acreedor puede dirigirse contra una sola de las fincas resultantes de la división o segregación, de manera que, con algo de suerte, puede cobrar su crédito íntegro con el producto obtenido de la enajenación, lo que determinará la cancelación de la hipoteca ejecutada, quedando liberadas todas las fincas procedentes de la matriz hipotecada, hayan, o no, soportado la ejecución, de modo que los titulares de las porciones no ejecutadas quedan indemnes. Tal es la solución legal, que admite que por decisión unilateral y libérrima del acreedor, «se concentre el gravamen», en trance de ejecución, sobre una sola finca, con liberación de las restantes. Tal concentración no es arbitraria, sino reglada, ni es desproporcionada, porque ni la Ley señala proporción alguna en que deba repartirse el gravamen ni esta cuestión admite reglas generales, como luego intentaremos destacar.

Pero esa «concentración de gravamen» no tiene lugar sólo en caso de ejecución, sino que también se produce en otros supuestos:

- cuando el acreedor hipotecario adquiere, por cualquier título, una de las fincas procedentes de aquella hipotecada en su día, por la simple solicitud del adquirente, a la vez que se inscribe su adquisición se cancela la hipoteca en cuanto a tal finca, concentrándose el gravamen, por tanto, en las restantes;
- de igual modo se produce la concentración en el caso, más hipotético que real, de destrucción de una de las porciones de finca hipotecada.

Tales supuestos de «concentración de gravamen» que la Ley admite, nos conducen a concluir que, con carácter general, el acreedor hipotecario puede, si quiere, otorgar cancelación respecto de una, varias o todas las fincas procedentes de una matriz hipotecada y no sólo por pago parcial, sino, incluso, por simple renuncia, sin que ello vulnere ningún principio civil ni hipotecario.

A la misma conclusión conduce la reflexión sobre un supuesto próximo: la anotación de embargo sobre varias fincas, que ya nace con carácter de gravamen solidario. Es frecuente que cuando algunas de las fincas embargadas han pasado a terceros, estos nuevos titulares negocien con la entidad acreedora la cancelación del embargo en cuanto pesa sobre su finca, y así se hace con frecuencia en la práctica, sin que el Juez al librar el mandamiento cancelatorio de una finca, a instancia de la parte actora, ni el Registrador al cancelar, piensen que «están concentrando el gravamen de forma arbitraria o desproporcionada».

B) *Posible conflicto de intereses entre los titulares de fincas procedentes de una matriz hipotecada: ideas para su solución*.—La Dirección, en las tres Resoluciones, especialmente en las más recientes, parece especialmente preocupada por la situación del titular de una de las fincas divididas que paga parcial o totalmente el crédito o que soporta la ejecución, tratando de dotar a este desdichado propietario de una cierta protección. De ahí, a nuestro juicio, el desenfoque del problema.

Entendemos que el adquirente de tal finca conoce o debe conocer la natura-

leza del gravamen que soporta y los riesgos que entraña tal adquisición; protegerle más de lo debido a costa de mermar las facultades del acreedor hipotecario, que nada ha tenido que ver con la división, nos parece, jurídicamente, improcedente.

La cuestión relativa al definitivo reparto del gravamen entre los titulares de los diversos fragmentos de finca es, a nuestro juicio, totalmente extrarregistral y que, además, no admite soluciones generales.

La Dirección, al referirse a los efectos del pago o ejecución aislada, apunta dos ideas que pasamos a considerar:

1) «El que pagó sólo podrá reclamar de los demás lo que les corresponda proporcionalmente.» Bien, es una afirmación razonable que permite resolver el conflicto en algunos casos, pero no en otros muchos. Veamos posibles supuestos:

a) La finca hipotecada se divide. Las fincas divididas se venden a diversos compradores, señalándose en cada compraventa que el adquirente retiene o descuenta una parte del precio para el pago del crédito garantizado con hipoteca, o de la parte de éste pendiente de amortizar. En este caso quien pague el total podrá reclamar, extrarregistralmente, a los otros, la cantidad descontada o retenida.

b) La finca se divide y se venden las resultantes por precio alzado sin descuento ni retención. ¿Cómo se reparte el gravamen? ¿Por partes iguales? ¿Y si las fincas son de desigual valor?

c) Las fincas resultantes de la división son objeto de donación. ¿Puede, quien soporta la ejecución, reclamar de los otros? ¿En qué proporción?

2) La Resolución de 21 de abril de 1989, además de insistir en que el que pagó podrá reclamar de los otros la cantidad que proporcionalmente les correspondiera, lo cual, como hemos visto, no aclara demasiado, añade «teniendo para ello las mismas garantías con que contaba el acreedor principal», e invoca, análogicamente, entre otros preceptos legales, los artículos 1.839 y 1.212 del Código Civil, con lo que parece que se sugiere una solución semejante a la del artículo 118.2 de la Ley Hipotecaria, sólo que, a nuestro juicio, sin apoyatura legal alguna y forzando la analogía, pues, en nuestro caso, no hay ninguna subrogación sino dos créditos totalmente distintos: por un lado, el crédito hipotecario y, por otro, el que, en su caso, nacerá en favor del titular afectado contra los demás, aunque no está claro ni que tal crédito nazca siempre ni en qué forma se reparte entre ellos, como hemos intentado patentizar.

Los titulares de las fincas hipotecadas no son deudores solidarios. No hay, en principio, relación jurídica alguna entre ellos. Cuando cada uno de ellos adquirió su finca, conocía la existencia de la hipoteca y los riesgos que asumía, de modo que pudo o bien no adquirir o bien exigir de los titulares de las otras fincas las garantías que considerara oportunas, pero no parece admisible que se le ampare bajo una cobertura hipotecaria de un tercero que garantizaba un crédito distinto. En el caso del artículo 118.2 de la Ley Hipotecaria hay una subrogación por pago; en nuestro supuesto no hay tal subrogación, de manera que no es lógico, para proteger al que compró a sabiendas de la situación jurídica de la finca, restar facultades al acreedor hipotecario, que nada tiene que ver en esa historia y que debe poder cancelar cuando y como le plazca.

Por otra parte, la pretendida subrogación en la garantía parece impracticable en bastantes supuestos: si antes de vencido el crédito se da el supuesto de con-

fusión, antes apuntado, la cancelación se opera automáticamente, porque, además, todavía no se sabe si el crédito se pagará, quién lo pagará, ni en qué proporción. La hipoteca, en cuanto a tal finca, se cancela, pudiendo pasar como libre a manos de terceros y mejorando de rango los gravámenes posteriores. ¿Cómo resucitarla después?

Cuando se produzca la ejecución aislada de una de las fincas se librará mandamiento cancelatorio de la hipoteca, la que grava a todas las fincas, y se cancelará, obviamente, en cuanto a todas. ¿De qué modo el que pagó obtiene la pretendida subrogación?

Concluimos, en definitiva, que el acreedor sí puede, unilateralmente, cancelar la hipoteca en cuanto recae sobre una porción de la finca inicialmente hipotecada, incluso por renuncia simple y pura. Concluimos, igualmente, que la concentración de gravamen que ello implica es consecuencia lógica del sistema, bueno o malo, adoptado por nuestra legislación y, por ello que dicha concentración es jurídicamente irreprochable. Concluimos también que el definitivo reparto del gravamen entre los diversos titulares es cuestión absolutamente extrarregistral y que a falta de convenio entre ellos, o de cada uno de ellos con el transmitente —como en los casos de retención o descuento— intuimos que quien pagó no tendrá más que una acción de enriquecimiento sin causa contra los restantes, en la medida en que acredite los presupuestos de tal acción. Concluimos, por último, que no cabe la subrogación en la titularidad de la hipoteca en favor de quien pagó por no tratarse de un supuesto de subrogación en el crédito.

C) *El dato diferencial de la Resolución de 27 de marzo de 1989.*—En este caso, la hipoteca se constituyó sobre un solar en el que, después, se levantó un edificio que fue constituido en propiedad horizontal. Se otorga escritura de cancelación referida únicamente a uno de los pisos que integran el edificio, dando carta de pago por una cantidad equivalente al porcentaje del crédito determinado por la cuota atribuida al referido piso.

El Notario recurrente, sin duda desmoralizado por las dos anteriores Resoluciones, sustenta muy hábilmente su argumentación señalando que la doctrina de tales Resoluciones no resulta aplicable porque el supuesto es distinto. Señala que en el caso de la división horizontal hay una distribución de cuotas que significan, también, módulo de participación en las cargas. Del resumen que hace la Resolución se desprende que el recurrente no desconoce que la distribución de cuotas se ha hecho a espaldas del acreedor y que, en principio, no le vincula, pero parece apuntarse que si posteriormente el acreedor acepta tal reparto de cuotas, la distribución de crédito hipotecario es perfecta y se ha obviado el problema.

Nosotros entendemos que hubiera sido más adecuado enfrentarse con la doctrina de la Dirección con base a los argumentos argüidos más arriba u otros semejantes, pero nos parece esencialmente válida la argumentación: el reparto de la hipoteca entre las diversas fincas requiere el consentimiento de acreedor y titulares de la finca hipotecada; tal consentimiento no tiene por qué ser simultáneo y ofrece una fórmula cancelatoria útil para aquellos supuestos reales de hipotecas sin distribución, si la Dirección no está dispuesta a cambiar de criterio. Pero la Resolución nos sigue sorprendiendo en este punto, al sugerir que si el acreedor en lugar de referirse a la cancelación concreta en cuanto a ese piso (por el importe que corresponde a su cuota), hubiera consentido previa y expresamente la distribución en la proporción asignada por cada cuota, se entendería distribuido el crédito en dicha proporción.

En el caso contemplado por la Resolución faltaba esa expresa declaración de conformidad con la distribución del crédito en la proporción representada por las cuotas, pero se infería del hecho de que se daba carta de pago por una cuantía equivalente a la de la cuota en el crédito total, de modo que bien pudo la Dirección entender que, implícitamente, se estaba consintiendo tal distribución.

Es positivo, en todo caso, que la Dirección, si mantiene su postura tradicional, arbitre fórmulas, como la ingeniosa referencia a las cuotas de la propiedad horizontal, para posibilitar las cancelaciones parciales, pues existen en nuestros registros bastantes supuestos de este tipo que exigen solución; valga la de las cuotas si no se admite nuestra postura.

VICENTE CARBONELL SERRANO

Registrador de San Mateo

ROSA NAVARRO DÍAZ

Registradora de Valencia número 11

III. Sentencias del Tribunal Supremo

I. DERECHO CIVIL

b) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

NO ES ENRIQUECIMIENTO INJUSTO LO ADQUIRIDO EN BASE A PRECEPTOS LEGALES (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—El concepto de fraude de Ley exige dos normas: Una, la llamada de cobertura (a la que se acoge el promotor del fraude) y, otra, que se trata de eludir; en este supuesto si bien aparecen las que se aplicaron, no se especifican las que trataron de eludirse en su aplicación, a menos que se considere tal el principio general del Derecho que veda el enriquecimiento injusto. Además, el concepto de fraude, como de mero hecho, es de apreciación del Tribunal de Instancia.

No existe abuso de Derecho ni actuación fraudulenta cuando se acude a un proceso judicial permitido y regulado por la Ley, porque, como declaró la Sentencia de 10 de abril de 1965, el uso de una titularidad conforme a Derecho nunca puede ser abusivo y porque no puede reputarse injusto, ni siquiera como enriquecimiento, lo adquirido con base en preceptos legales concretos y que corresponde por la Ley.

La doctrina del enriquecimiento injusto presupone una traslación patrimonial que no aparezca jurídicamente motivada, que no encuentre una explicación razonable en el ordenamiento vigente, premisas que no se dan en el caso litigioso, por haber actuado el supuesto enriquecido en todo momento dentro del ordenamiento jurídico. De aceptar la tesis del enriquecimiento que sostiene el recurso, se transformaría este principio general de Derecho de saludable postulado de equidad y justicia, en motivo de grave perturbación y trastorno en la seguridad de las relaciones jurídicas. La noción «sin causa» es la primordial y definitiva en la teoría del enriquecimiento injusto.

LITISCONSORCIO PASIVO. TRATANDOSE DE BIENES GANANCIALES LA DEMANDA DEBE DIRIGIRSE CONTRA AMBOS CONYUGES (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—La institución del litisconsorcio necesario es figura de construcción preferentemente jurisprudencial, regida por el primer principio de haber de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile presentes en el juicio todos aquellos que puedan resultar afectados o alcanzados por el fallo y en íntima dependencia con la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada, que a su vez exige que estén en el juicio cuantos debieran ser parte; señalándose también en su abono la necesidad de evitar fallos contradictorios, y porque de otro modo se quebrantaría el principio de que nadie puede ser condenado sin antes ser oído y vencido en juicio, que tiene hoy rango constitucional a tenor del artículo 24.2 de la Constitución, por lo que la existencia del litisconsorcio necesario debe enjuiciarse incluso de oficio.

La llamada a juicio a cuantas personas tengan manifiesto y directo interés en la cuestión litigiosa es tanto más necesaria en los supuestos de ejercicio de acciones declarativas de dominio y contradictorias de inscripciones registrales, criterio en el que se inspiran los artículos 38 y 40 de la Ley Hipotecaria y 144 de su Reglamento.

La doctrina que ha venido manteniendo esta Sala en relación con el litisconsorcio pasivo, proyectada a la sociedad conyugal, se caracteriza por una interpretación amplia para aquellos casos en que se trata de acciones personales derivadas de obligaciones o contratos en los que la esposa no había intervenido; en cambio la orientación jurisprudencial venía a ser distinta ante el caso de acciones de otra naturaleza, a fin de evitar la posibilidad de confabulaciones entre los accionantes y el cónyuge demandado, en perjuicio del otro. Todo lo anterior no puede quedar desvirtuado por la facultad que confiere el artículo 1.385 del Código Civil a cualquiera de los cónyuges para ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción, pues ese precepto no permite sea interpretado como legitimador del desconocimiento o ignorancia de uno de los cónyuges respecto a la situación de agresión a los bienes en común, y desde luego no puede eximir al accionante de la observancia de constituir debidamente la relación referenciada.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CONTINUADOS (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—Junto a los llamados daños unitarios, en los que la acción u omisión del sujeto a quien después se responsabiliza, va seguido, en un corto espacio temporal, de un mal realizado en la persona o bienes de un tercero, y del que, si se acredita su cualidad de previsible, así como su causación por los actos negligentes del responsable y la existencia de un nexo causal que une acción y daño, dará lugar a que entre en juego el mecanismo reparador contenido en el artículo 1.902 del Código Civil, existen otra clase de daños, que la doctrina denomina continuados o de tracto sucesivo en los que, sin perjuicio de que en un primer momento cercano al acto causal, se manifieste ya la existencia de un perjuicio, el mero transcurso del tiempo, y sin precisión alguna de una nueva conducta activa del autor del daño, hace aparecer unos perjuicios nuevos

distintos de los anteriores, que en razón de ser debidos únicamente al acto inicial, a los que ata una estricta relación de causalidad, son lógicamente imputables a quien con su conducta los desencadenó. Ahora bien, la cualidad de previsibles que para que proceda su reparación deben ostentar unos y otros daños produce, sin embargo, importantes diferencias en orden a la designación de los obligados al pago, pues si bien en los instantáneos ésta debe recaer en principio tan sólo sobre el autor o quien tenga la obligación de responder por él; en cambio, cuando la causación de los daños sucesivos se produce a lo largo de un dilatado período de tiempo, es obvio que junto a la responsabilidad que pudiera incumbir al actor del acto inicial, deben también imputarse éstos a cuantos por su relación de dominio o gestión con la cosa o actividad productora del daño, se hallaban obligados a adoptar las medidas necesarias para impedir que se produjeran nuevos daños.

TERCERIA DE DOMINIO. SU FINALIDAD ES JUZGAR LA PROCEDENCIA DEL EMBARGO (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—La finalidad de la tercería de dominio, según la doctrina de esta Sala, es juzgar de la procedencia del embargo, manteniéndolo o alzándolo, según corresponda, atendiendo para discernir ese juicio a la pertenencia o titularidad de la cosa trabada, en la fecha en que se practicó el embargo, pues aun no desconociéndose las analogías entre la acción de la tercería de dominio y la acción reivindicatoria de la cosa gravada por el embargo, con todo es la corrección de esta actuación procesal más que la atribución del derecho de propiedad, lo que se persigue en el juicio de tercería (Sentencias de 8 de julio de 1968 y 9 de julio de 1987).

CONSTRUCCION EXTRALIMITADA: DEBE REPUTARSE COSA PRINCIPAL A LO EDIFICADO Y ACCESORIO AL TERRENO (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—Tiempo ha que ya se había apuntado por la dogmática que la figura de la construcción extralimitada no existía expresamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico y que sólo una elaboración jurisprudencial ha podido introducirla y reconocerle carta de naturaleza, mediante una evolución que arranca ya de la Sentencia de 30 de junio de 1923, pasando por las posteriores de 17 de junio de 1961 y 17 de diciembre de 1967, hasta las más recientes de 30 de noviembre de 1981 y 28 de mayo de 1985, de cuya doctrina cabe inferir los siguientes requisitos: *a)* que el instituto de la accesión viene regulado en función directa de la cosa principal, en cuyo favor ha de ceder la accesoria; *b)* que en materia de construcción extralimitada debe reputarse como principal lo edificado y como accesorio la porción de terreno invadida; *c)* que conjugando criterios armónicos de equidad, sentido social de la propiedad y económico de la edificación, debe respetarse siempre la indivisibilidad de la construcción, y *d)* que al dueño del suelo invadido asiste un indudable derecho a una compensación económica justa por la intromisión que ha de soportar como consecuencia de los principios anteriores y como obligado tributo a una relación de vecindad entre fundos.

NO SE APLICA LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA CUANDO SURGE UN ELEMENTO IMPREVISTO, POSTERIOR A LA SENTENCIA (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—El principio de seguridad jurídica que la inmutabilidad de la cosa juzgada entraña proclama que la vida jurídica no puede soportar una renovación continua del proceso.

En efecto, en puridad de doctrina, los ordenamientos jurídicos prefieren el efecto preclusivo de la *res iudicata* como mal menor y que cuenta a su favor con el principio de seguridad jurídica; pero un elemento principal de justicia obliga a matizar el anterior principio y a establecer como regla de excepción aquella que predica que no es aplicable la cosa juzgada cuando en el primer proceso no se hubieren agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño a la Sentencia. Es decir, el efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso. En consecuencia, no existe cuando no se da esa posibilidad y el proceso posterior que complementa el anterior no vulnera el principio *nec bis in idem*.

EL REQUERIMIENTO DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL PUEDE HACERSE POR CARTA CERTIFICADA, CON ACUSE DE RECIBO Y CONDUCTO NOTARIAL (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.504 del Código Civil se ha entendido tributario del 1.124, en el sentido de que ha de excluirse la Resolución automática, aun habiendo sido expresamente estipulada, si la falta de pago no se ha denunciado previamente y se ha requerido al comprador judicial o notarialmente. Conforme a la más depurada doctrina, el requerimiento a que hace referencia el artículo 1.504 ha sido entendido como un acto jurídico complejo, integrado por una declaración unilateral y recepticia de voluntad y al que la Ley añade unas determinadas consecuencias jurídicas en orden a posibilitar judicialmente la resolución de la compraventa por impago del precio o de uno de sus plazos.

De entre los distintos requerimientos notariales contemplados en el artículo 202 del Reglamento Notarial, viene siendo práctica habitual el verificado por carta certificada e, incluso, se ha dado un paso decisivo al admitir la validez del requerimiento notarial formulado mediante envío de carta requisitoria por correo con acuse de recibo y sin intervención personal del Notario, una vez admitido y probado que el destinatario recibió efectivamente el requerimiento.

Conforme a la anterior doctrina, quedan sobradamente cumplidos los requisitos del requerimiento cuando se hubiere efectuado por carta certificada con acuse de recibo y conducto notarial.

LA JURISDICCION CIVIL ES LIBRE PARA APRECIAR LAS PRUEBAS DE MODO DISTINTO A LA PENAL (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—Según reiterada jurisprudencia de la propia Sala (Sentencias recientes de 29 de octubre de 1987 y 9 de abril de 1988), los

órganos jurisdiccionales civiles son libres para apreciar las pruebas y establecer otro *factum* que el contemplado en la esfera represiva-penal y para valorar libremente las conductas.

EL ARTICULO 1.154 DEL CODIGO CIVIL, RELATIVO A LAS ARRAS, NO TIENE CARACTER IMPERATIVO (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—Conforme a reiterada doctrina del Tribunal Supremo, el contenido del artículo 1.154 del Código Civil, relativo a las arras, o señales del contrato de compraventa, no tiene carácter imperativo, sino que por su condición de penitencial para que tenga aplicación es preciso que por voluntad de las partes claramente constatada se establezcan tales arras, ya que, en otro caso, cualquier entrega o abono ha de valorarse y conceptuarse como parte del precio o pago anticipado del precio.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: REQUISITOS Y TEORIA DEL RIESGO (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—En tesis de la llamada culpa extracontractual, tan parca en regulación legislativa y tan rica en jurisprudencia constante y evolutiva en torno al artículo 1.902 del Código Civil, se ha configurado un cuerpo de doctrina en que se han establecido como presupuestos de exigencia de la indemnización proveniente de actos ilícitos civiles los siguientes: Primero, una acción u omisión ilícita; segundo, la realidad y constatación de un daño causado; tercero, la culpabilidad, y, cuarto, el nexo causal entre el primero y segundo presupuestos.

Si pocas precisiones demandan los dos primeros requisitos a los efectos que ahora interesan, el tercero requiere algunas matizaciones, pues desde aquellas remotas Sentencias en que exigían siempre y en todo caso una culpa leve o al menos lata, pasando por la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, se ha llegado en tiempos recientes formular un cuerpo de doctrina más acorde con la jurisprudencia de intereses y con los tiempos modernos, con su complicada tecnología, pasando a exigirse en este extremo la racional y ordinaria cautela que ha de acompañar a todos los actos de los que puedan derivarse daños para terceros, formulándose así la que en apretada síntesis se ha denominado teoría del riesgo, que atribuye una responsabilidad civil ante el acaecimiento dañoso.

DONACION REMUNERATORIA: NO CABE ENTENDER QUE A LOS SERVICIOS HAYA QUE DARLES UNA EQUIVALENCIA AL VALOR DE LA COSA DONADA (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—La única condición que el artículo 619 del Código Civil impone a los servicios que se remuneran es que no constituyan deudas exigibles, y claramente nos viene a decir que cualquier servicio que no sea obligatorio y como tal legalmente exigible, estará incluido y será bastante para configurar la donación remuneratoria del artículo 619, complemento o ampliación de la simple donación del artículo 618 del propio Código, y, por tanto, como

acto de liberalidad del donante no puede prescindirse, a la hora de su valoración, de relacionarlos con ese *animus donandi*, por lo que valorar esos servicios por lo que representan en sí, sin tener en cuenta lo que pueden significar para el donante, ni es lógico ni legal; no cabe entender que a dichos servicios se les tenga que dar una equivalencia cuantitativa al valor de la cosa donada, pues no constituiría una liberalidad, que es la esencia última de la donación, ya lo sea pura o remuneratoria.

NUESTRO DERECHO SIGUE EL SISTEMA DEL «EDITIO ACTIONIS» PARA EL EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—De la importancia del emplazamiento dan prueba los ordenamientos históricos, polarizados en definitiva en dos sistemas: de una parte, la denominada *vocatio in ius*, y, de otra, y complementaria e introducida después, la llamada *editio actionis*.

Mediante la primera, que encuentra sus orígenes en el antiguo Derecho Romano y que acaba su periodo de gestación con las normas justinianeas, se invita al demandado a que comparezca ante el Magistrado en el juicio concreto para el que se le convoca, y es precisamente en su primera comparecencia cuando conoce la demanda por la que se le cita al proceso, y que es el momento en que ha de comenzar de defenderse. Para obviar estos inconvenientes se introdujo la denominada *editio actionis*, mediante la cual el acto de citación debe ir acompañado de un traslado de la demanda, en la que se exponen ya las razones y pretensiones y que garantiza el derecho de defensa efectiva.

Este sistema, seguido en nuestro Derecho procesal, es el que se consagra en el artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el juicio de mayor cuantía.

Lejos de seguir este comportamiento procesal, y pese a que la demanda se dirige también contra la esposa y se piden pronunciamientos de condena contra ella, el Juzgado se limitó a notificar personalmente a la esposa la existencia del procedimiento, y, a renglón seguido, a emplazar al demandado, su marido, sin que ella compareciera en ningún momento, razones que obligan a declarar nula la notificación que se hizo a la esposa de la simple existencia del proceso, conforme al primer párrafo del artículo 279 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

USURA; LA LEY CONCEDE LIBERTAD AL JUZGADOR PARA APRECIARLA (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina de esta Sala en torno a la apreciación de la prueba en los procesos por préstamos usurarios, la de que el espíritu y la letra de la Ley de 1908 es la de conceder libertad al Juzgador para formar su propia convicción, que no permita, por la sujeción a una prueba tasada, la subsistencia de un préstamo usurario, pero que también impida que pueda tildarse de haber incurrido en un vituperable vicio a quien actuó dentro de los límites de la moral y el derecho, procediendo los Tribunales de Instancia con un carácter más práctico que estrictamente jurídico, así como el que si ciertamente la normativa del artículo 2 de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre represión de la usura, al prevenir que los Tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, posibilita extender al ámbito

del recurso de casación la posibilidad que a los Tribunales en general confiere aquel precepto legal, es sobre la base de respetar el criterio de la Sala sentenciadora de instancia en tanto que no se demuestre la existencia de un error en la apreciación probatoria, ya que si no queremos convertir la casación en una tercera instancia deben aceptarse los supuestos y apreciaciones de hecho en que se fundamenta la Resolución recurrida en tanto que ésta y aquéllos no resulten en manifiesta y absoluta disconformidad con los resultantes procesales, con arreglo a los cuales se utilizó la libertad de criterio que el precepto citado preconiza.

NATURALEZA DEL CONTRATO DEL ARQUITECTO (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—Una múltiple doctrina de esta Sala enseña que el llamado contrato de Arquitecto, que incluye variedades del de obras y del de servicios, merece esta última calificación cuando lo convenido fuere la prestación de un trabajo o actividad en si misma considerada y con independencia del resultado; mientras que si lo pactado es fundamentalmente un resultado, nos hallamos a presencia de un arrendamiento de obra, siendo ésta la calificación jurídica que corresponde cuando lo encargado al Arquitecto fue la realización de un proyecto de edificación, en cuanto su objeto viene constituido por el resultado concreto prometido por el profesional.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CONGRUENCIA (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—La reiterada doctrina que ha venido manteniendo esta Sala en relación con el tema de la congruencia señala que si bien es cierto que el principio jurídico procesal de la congruencia, puede verse afectado por la falta de concordancia entre los elementos fácticos aducidos por los litigantes en apoyo de sus pretensiones y los acogidos por los Tribunales cuando les sirven de fundamento esencial para emitir su fallo, no lo es menos que cabe apreciarse su realidad y existencia de acuerdo con el resultado de la prueba practicada, cosa que no puede provocar una incongruencia, ni bajo la rúbrica de este vicio *in iudicando* debe atacarse dicha apreciación, reemplazándola por la propia y particular del recurrente. La congruencia no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, y por ello guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada por los contendientes, le está permitido al organismo jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada.

El deber de congruencia obliga a dar a las pretensiones de las partes una respuesta directa y coherente y a resolver todos los puntos litigiosos.

La armonía entre los pedimentos de las partes con la Sentencia, no implica necesariamente un acomodo rígido a la literalidad de lo suplicado, sino que también ha de hacerse extensiva a aquellos otros extremos que de algún modo lo complementen y precisen o que contribuyan a la fijación de sus lógicas consecuencias, bien surjan de los propios alegatos de las partes, bien sean precisiones

o aportaciones en sus probanzas, porque lo perseguido no es otra cosa que el órgano jurisdiccional se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad (Sentencia de 19 de enero de 1984), y no se produce incongruencia por el cambio del punto de vista del Tribunal respecto al mantenido por los interesados, siempre que se observe por aquél el absoluto respeto para los hechos, que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, si bien con la facultad del juzgador de fijar los alegados de modo definitivo según el resultado de las pruebas (Sentencia de 13 de diciembre de 1985); pues bien, del conjunto doctrinal expuesto es de extraer la conclusión de que los hechos fijados por las partes carecen de la categoría de un valor absoluto, a no ser que resulten adversos en la fase probatoria.

EL ERROR PROFESIONAL, SIN SER ILICITO CIVIL, PROVOCA UNOS DAÑOS QUE EL DERECHO TRATA DE RESARCIR (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—Aunque se echa en falta una construcción dogmática general sobre la teoría del error en el Derecho, es lo cierto que los últimos estudios y aplicaciones van ensanchando su campo con las peculiaridades propias, proporcionando así soluciones prácticas y adecuadas a una serie de situaciones jurídicas límite que si de una parte rebasan los establecidos para los negocios jurídicos, de otra introducen una función correctora sociológica y jurídica en aras de un restablecimiento por vía de resarcimiento del derecho conculcado por la incidencia del error y al que por algún sector doctrinal se ha querido incardinar también y con iguales efectos a la ignorancia.

Tal está ocurriendo con los llamados errores profesionales, en que un conocimiento equivocado, lejos de los ilícitos penales o civiles, provocan un daño que la convivencia social y el Derecho tratan de reparar mediante el otorgamiento de una acción de resarcimiento que, al menos, atenúe el mal causado sin provocar una serie de nulidades contractuales. Así, y por ser los más destacados en nuestro sistema, pueden enumerarse los errores registrales —tanto en el Registro de la Propiedad como en el Civil— como en los órdenes notarial o judicial y que han sido objeto de contemplación y regulación por el legislador.

Así las cosas, la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 hubo de ser modificada en su artículo 23 por la Ley de 18 de diciembre de 1946, que establece en su último párrafo que «el Notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes, inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos, no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo; pero será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados».

De este modo, el error recibe un tratamiento específico y adecuado y queda relegado a su campo propio de acción, sustrayéndolo a los avatares de un proceso por ilícito penal o civil, pero sin que el perjudicado quede desprovisto de los medios legales oportunos para la obtención de una reparación una vez declarado y reconocido previamente el error.

En el caso que ahora se enjuicia no puede pretenderse una indemnización sin haberse seguido previamente un expediente disciplinario contra el Notario que provocó el error en la identificación de uno de los otorgantes del instrumento público que autorizó y en el que dio fe de conocimiento sin haber seguido las

pautas que el propio artículo establece para los supuestos que enjuicia, lo que lleva a la desestimación del primero de los motivos del recurso.

Resulta más que dudoso el juicio de valor que sienta la Sentencia de instancia al calificar de ligereza del Notario autorizante que utiliza una fórmula de estilo para la fe de conocimiento, sin apelar a los correctivos establecidos en el propio artículo 23 de la Ley del Notariado, pues hay que tener en cuenta que lo que verdaderamente existe es un error en la identificación de uno de los otorgantes que se obtiene a través de un documento nacional de identidad falsificado y que no advierte tal falsificación.

En otro orden de ideas, hay que tener en cuenta que en el caso enjuiciado existe una concurrencia de culpas, contractual una y extracontractual la otra: la primera, en cuanto a los otorgantes que demandan los servicios de un profesional de la fe pública para el otorgamiento del documento y, la segunda, en cuanto puede afectar a un tercero no concurrente al acto del otorgamiento. Este doble condicionamiento pone en tela de juicio la viabilidad del artículo 1.902 del Código Civil si se tiene en cuenta que existe en tramitación un proceso penal para la depuración de la responsabilidad criminal, y, consiguientemente, de la civil, derivada de la falsificación de un documento de identidad y subsiguiente delito de estafa, con la consiguiente preferencia de la jurisdicción punitiva sobre la civil, conforme a los dictados del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LA ANOTACION SOLO CONCEDE PREFERENCIA RESPECTO DE LOS CREDITOS CONTRAIDOS CON POSTERIORIDAD A DICHA ANOTACION. LAS ACTAS DE PROTESTO NO TIENEN LA CONSIDERACION DE ESCRITURAS PUBLICAS (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—Como tiene reiteradamente declarado esta Sala, la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia respecto de otros anteriores, ya que, como consecuencia de una Providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la Sentencia, que sería, en su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía ese carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que le obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes anotados, solamente respecto de los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito con posterioridad a la anotación (Sentencias de 20 de enero de 1954, 8 de abril de 1976 y 5 y 19 de octubre de 1981, entre otras).

Si bien es verdad que cuando la certeza de un crédito conste por escritura pública, aunque posteriormente haya de acudir a un proceso para lograr su efectividad, sin que la Sentencia recaída en el mismo desvirtúe la expresada certeza escrituraria, a la fecha de la escritura y no a la de la Sentencia habrá de atenderse para resolver el conflicto preferencial que pueda suscitarse entre el mismo y otro u otros de igual naturaleza, pues sostener lo contrario sería atribuir a un crédito de certeza escrituraria indubitada y de fecha anterior, peor condición que otros posteriores en el tiempo; sin embargo, dicha doctrina no puede ser aplicada en el presente caso, respecto del crédito de la entidad recurrente (instrumentado por unas letras de cambio aceptadas y protestadas), pues la certeza del mismo no consta por escritura pública, ya que esta Sala, partiendo de la distinción del contenido propio de las escrituras públicas y de las actas nota-

riales, con base en el artículo 144 del Reglamento Notarial, tiene declarado que no pueden tener la condición de escritura pública y sí meramente de actas, los protestos, cuyo exclusivo objeto es la constatación de la falta de aceptación o del pago de las letras, sin que recoja la concorde voluntad de las partes para crear una obligación o, al menos, el reconocimiento de la misma por el deudor, que es el esencial contenido de la escritura pública y necesario para poder conceder la preferencia a que alude el número 3 del artículo 1.924 del Código Civil.

CABEN RESOLUCIONES ANTAGONICAS SEGUN EL ORDEN JURISDICCIONAL EN QUE SE PRONUNCIEN (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—Sabido es que desde hace algún tiempo viene formulándose una doctrina en torno a la llamada unidad conceptual de las instituciones jurídicas; pero ello no quiere decir que aun dando por supuesta la misma se produzcan efectos diferentes, y aun antagónicas, según el orden jurisdiccional en que se pronuncien, en tanto en cuanto existen unos principios prioritarios que conforman cada uno de ellos. En consecuencia, nada obsta a que el supuesto de autos pueda ser calificado, como así lo ha sido, por la jurisdicción laboral como indemnizable y no lo sea en este orden, habida cuenta los diferentes principios que rigen una y otra jurisdicción, la laboral y la civil, amén de que la jurisprudencia laboral no sea vinculante en este trance.

EN LOS SUPUESTOS DE SOBRESEIMIENTO O ABSOLUCION, LA ACCION PROCEDENTE ES LA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—En los casos de sobreseimiento por rebeldía y más claramente en los de muerte del presunto reo sobreviene la duda de si la acción civil remanente es la derivada de la culpa *ex delicto* o la regida por el artículo 1.902 del Código Civil, ya que se trata de obligaciones de diversa fuente (artículo 1.902, en relación con los 19 y siguientes, y 101 y siguientes del Código Penal, y 1.903); pero no existe en cambio polémica posible en torno a que en los supuestos de sobreseimiento (libre o provisional) o absolucón, la acción procedente es únicamente la enderezada a la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana del artículo 1.902 del Código Civil.

No es atendible el argumento de que una prescripción ya consumada pueda ser eliminada por la reapertura de la causa penal. El instituto de la prescripción no se halla fundado en la justicia intrínseca y como limitación al ejercicio de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, ha merecido a esta Sala una interpretación y aplicación fuertemente rigorista; pero, ante todo, no está facultada para eliminarla en casos cual el presente en que se apoderó a lo largo de un lapso de tiempo que hubiera permitido ejecutoriar dicha acción y en que no se produjo, ni siquiera se tiene alegado, acto alguno interruptivo.

LA AUSENCIA DE ESCRITURA PUBLICA COMPORTA LA NULIDAD ABSOLUTA DE LA DONACION DE INMUEBLES (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina de esta Sala es terminante en punto al carácter esencial y *ad solemnitatem* de la escritura pública como requisito *sine qua non* para la validez de la donación de inmuebles, de suerte que la ausencia de esta exigencia comporta su nulidad absoluta por falta de uno de los requisitos esenciales para su existencia, sin que frente a esta normativa especial pueda invocarse ni el artículo 1.254 ni el artículo 623 del Código Civil, ni el artículo 1.279 del mismo texto legal, pues si, en efecto, la donación requiere para su perfeccionamiento el conocimiento por el donante de la aceptación del donatario, es el propio artículo 633 el que casuísticamente da la solución a la duda que plantea el recurrente en la exposición del motivo, de donde en forma incuestionable aparece la imprescindibilidad de la escritura y la calidad excepcional de la donación de inmuebles, correctora en forma singular y específica del mandato genérico contenido en los artículos 1.254, 1.261 y 1.278, en relación con los artículos 1.279 y 1.280 del Código sustantivo (Sentencias de 22 de diciembre de 1986 y 14 de mayo de 1987).

LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELATIVA A LA RESOLUCION DEL CONTRATO NO ES APLICABLE A LAS «QUAESTIO FACTI» (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO 1988).

Doctrina de la Sentencia.—El cuarto motivo denuncia la infracción, por inaplicación, de la doctrina jurisprudencial relativa a la resolución de los contratos en aplicación de la condición resolutoria, que ha establecido que no basta con probar la existencia de cualquier incumplimiento, sino que es necesario examinar si éste tiene tal importancia en la economía del contrato que justifique la resolución en la común intención de los contratantes; que sea imputable a la parte que incumplió y que sea total, no bastando un mero incumplimiento parcial (Sentencias de 18 de noviembre de 1970 y 28 de febrero de 1958, entre otras muchas). Doctrina ésta referida para aquellos supuestos que, apartándose de la que pudiera denominarse norma general, esto es la de que la determinación del incumplimiento es una *quaestio facti*, por depender de la realización u omisión de determinadas actuaciones consecuentes a la normativa obligacional en orden a su cumplimiento, y si no como excepción, si como particularidad dentro de aquella generalidad, se presente como *quaestio juris*, en los que la base para tal determinación del incumplimiento, está más que en los hechos ejecutados, en su trascendencia jurídica, y es cuando estas valoraciones o apreciaciones jurídicas deben ser ponderadas por el Tribunal sentenciador a través de ciertos hechos como lo pueden ser, en atención a su incumplimiento, que éste lo sea parcial o total, su proyección en la economía del contrato, etc.; mas como en el presente supuesto se trata de un incumplimiento en razón al pago del precio convenido, no resulta encajable en aquella doctrina, por lo que declarado por la Sentencia recurrida el incumplimiento del contrato de compraventa existente entre las partes por parte de la compradora, en cuanto a su obligación de pago, se trata, pues, de una *quaestio facti*, sólo combatible por la vía del error de hecho o de derecho.

EL CONTRATO SIMULADO SE PRODUCE CUANDO NO EXISTE LA CAUSA QUE SE EXPRESA (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—El contrato simulado se produce cuando no existe la causa que nominalmente se expresa, por responder a otra finalidad jurídica, siendo intrascendente que el otorgamiento de los instrumentos se haya llevado a cabo ante fedatario público, porque su eficacia en materia de contratos no alcanza a la veracidad intrínseca de las manifestaciones de los contratantes, ni a la intención o propósito que ocultan o disimulan, ya que ello escapa a la apreciación de dichos fedatarios.

La causa en el contrato de compraventa es para el vendedor el precio, de manera que negada la existencia de éste tampoco existe el consentimiento, manifestado, según el artículo 1.262 del Código Civil, por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa.

EL PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA ES SUPLETORIO (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—El principio procesal de la carga de la prueba ha de entenderse en un sentido supletorio: sólo cuando no hubiere prueba entrará en juego dicho principio, para atribuir su falta de actividad para proporcionar los elementos de hecho que debió probar en el proceso.

En materia de culpa extracontractual rige el principio de inversión de la carga de la prueba y es precisamente al recurrente a quien incumbía probar los elementos de hecho enervantes de la misma (Sentencias de 20 de marzo y 24 de octubre de 1987).

EL FIADOR QUE PAGO PUEDE EXIGIR EL REEMBOLSO PROPORCIONAL A LOS COFIADORES, SIN DIRIGIRSE PREVIAMENTE CONTRA EL DEUDOR (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—Si con arreglo al artículo 1.845 del Código Civil los cofiadores pueden oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor, y que no fueren puramente personales del mismo deudor, es porque contempla y admite la posibilidad de que el fiador que pagó, en los supuestos del párrafo tercero del artículo 1.844, pueda dirigirse contra los otros cofiadores en reclamación de la parte proporcional que a cada uno de éstos corresponda, sin haber exigido previa o simultáneamente el reembolso al deudor principal, pues si así no fuera, carecería de todo sentido lógico y jurídico el conferir a los cofiadores la facultad de oponer al que pagó unas excepciones que el propio deudor principal podría y debería haber opuesto ya en ese juicio previo o simultáneo contra él promovido.

J. Q. S.

2. DERECHO MERCANTIL

POR RICARDO DE ANGEL Y YÁGÜEZ

LEVANTAMIENTO DEL VELO DE SOCIEDADES ANONIMAS. SUSTITUCION PROCESAL POR MUERTE DE UNA DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Para el adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación ocurre establecer las vicisitudes, dentro y fuera del Registro de la Propiedad, de la finca litigiosa distinguida en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, con el número 11.961 del término de la capital. Dicha finca A) causó primera inscripción el 28 de agosto de 1969 en favor de Micaela F. B., casada, en régimen legal de separación de bienes, con Miguel C. J., aquí demandante. Con una extensión de 1.563 metros cuadrados, fue formada por agrupación efectuada en escritura pública de 28 de marzo de 1969 de las fincas 26.137 y 27.088 (certificación del Registro del folio 89 y su vuelto). Habiendo demolido las edificaciones preexistentes, sobre el solar resultante edificó a sus expensas un hotel de nueve plantas, según escritura pública de obra nueva otorgada el 20 de mayo de 1970, que causó la segunda inscripción el 5 de junio del mismo año 1970. Según escrituras públicas de 4 de julio de 1970, 27 de marzo de 1974 y 23 de enero de 1978, inscritas en 24 de julio de 1970 (tercera), 8 de abril de 1974 (cuarta) y 6 de febrero de 1978 (quinta), fue gravada con otras tantas hipotecas en garantía de préstamos de 5.500.000, 6.360.000 y 6.750.000 pesetas, respectivamente, en favor del Banco Hipotecario de España. Aparte un embargo, letra C, que aparece cancelado (letra E) el 6 de junio de 1984, y del correspondiente a la demanda del presente juicio se practicaran, letra D, las anotaciones de embargo aún vigentes, letras A y B, el 14 de julio y 9 de noviembre de 1981, en juicio declarativo en reclamación de cantidad por Antonio y Juan R. L. (Maestro de Obras y Constructor, respectivamente, acreedores de 5.397.268 pesetas), y esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en ejecución de costas causadas por dicho juicio en cuantía de 236.998 pesetas (certificación citada, folios 90 y siguientes). B) La sexta inscripción de dicha finca (25 de junio de 1983) aparece causada en favor de «C., S. A.». Con fecha 14 de septiembre de 1977 dictó Sentencia el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma de Mallorca, que fue revocada parcialmente por la de la Audiencia de 25 de marzo de 1978, resultando ésta firme y ejecutoria al haberse desestimado el recurso de casación interpuesto por los demandados cónyuges Micaela F. B. y Miguel C. J. en Sentencia de esta Sala

de 9 de junio de 1980, Sentencias recaídas en el juicio originador de la anotación de embargo letra A antes referida. La finca fue rematada en subasta, celebrada el 7 de julio de 1982, por Andrés B. B., quien cedió el remate a «C.» el 16 del mismo mes de 1982. En 26 de noviembre de 1982, el Juez que entendía en la ejecución otorgó escritura pública de compraventa a «C.», representada por María Juana R. R. (Administradora única de dicha sociedad, según escritura pública de 24 de noviembre de 1982); dicha escritura de 26 de noviembre de 1982 fue ratificada por otra de 22 de junio de 1983 otorgada por «C.», representada por Francisco F. F., Administrador único de la sociedad según escritura pública de 17 de marzo de 1983. Dichas escrituras públicas de 26 de noviembre de 1982 y 22 de junio de 1983 causaron la inscripción sexta el 25 de junio de 1983 (certificación dicha, vuelto el 94, 95 y 96; escritura pública de 17 de marzo de 1983, folios 250 a 252). C) Por escritura pública otorgada el 18 de abril de 1983 (folios 27 a 37), «C.» (representada por F. F.) la vendió a «H., S. A.», (representada como Administradora única por María P. S.). En dicha escritura, y al hacerse expresión de los gravámenes existentes sobre la finca, se relacionan las hipotecas de las inscripciones cuarta y quinta antes referidas y otra hipoteca en garantía de letras de cambio, constituida ante el Notario de Palma don Rafael Gil Mendoza el día 16 de julio de 1982, alcanzando la cobertura hipotecaria el total importe de 20.686.240 pesetas y una suma adicional para costas y gastos. La inscripción de la venta de 18 de abril de 1983 se produjo el 29 de junio de 1983 (certificación dicha, 96 y su vuelto, y 253 a 258). El precio de la compraventa es el de 37.796.240 pesetas, de las que «C.» confiesa haber recibido cuatro millones, y el resto, o sea, 33.796.240, lo retiene para pago de las distintas sumas por las que responde la finca objeto de contrato, en cuya obligación de pago y demás dimanantes de las referidas escrituras de préstamo hipotecario y de garantía cambiaria se subroga la entidad compradora «H., S. A.», por medio de su legal representante, quien manifiesta conocer y aceptar íntegramente el contenido de las propias escrituras de hipoteca. D) Finalmente, «C.» (representada por María P. S.) y manifestando ahora que los gravámenes de la finca los constituyen las hipotecas de las inscripciones tercera, cuarta y quinta, y, por tanto, sin hacer referencia alguna a la escritura de 16 de julio de 1982, la aporta a «Hoteles B», Sociedad anónima, en el concepto de suscripción y desembolso de las acciones de esta última sociedad creadas en escritura pública de 8 de marzo de 1984, en la que se amplió el capital social de cien acciones a 3.838, de 5.000 mil pesetas nominales cada una; efectuándose la aportación atribuyendo al inmueble un valor de 37.800.000 pesetas, del que se deduce por la suma total de las deudas que están garantizadas con hipoteca la cantidad de 18.610.000 pesetas, con lo que el valor neto de la aportación es de 19.190.000 pesetas. Esta escritura no aparece inscrita en el Registro de la Propiedad. E) En la escritura pública antecitada de 16 de julio de 1982 (folios 12 a 20), otorgada por Antonio R. R. y «C.» (en trámites de constitución), se manifiesta que por vía de concesión de crédito e instrumento de financiación de la empresa la sociedad «C., S. A.» (ésta), ha aceptado, a través de su Administrador único don Martín C. C. (que es quien interviene en el otorgamiento en representación de «C.»), las letras que a continuación se detallan, con expresión de su número, cuantía y fecha de vencimiento, libradas por el compareciente don Antonio R. R. Se reseña hasta 18 letras, por importe en conjunto de 18.686.240 pesetas, en garantía de las cuales, y de dos millones más para costas y gastos, y, por tanto, por un importe total de 20.686.240 pesetas, se deja hipotecada esta finca. La garantía se establece en favor del librador y primer tenedor de las cambiales Antonio R. R. y de los sucesivos endosatarios o tenedores legítimos.

Presentada en 26 de agosto y 13 de noviembre de 1982 y 3 de febrero y 11 de mayo de 1983 (301) al Registro de la Propiedad esta escritura, fue denegada finalmente la inscripción de 20 de octubre de 1983 (folio 20) y mantenida la nota por el Presidente de la Audiencia Territorial (Auto de 25 de enero de 1984, folios 45 y 46). El fundamento de la denegación de la inscripción es el dato de hallarse inscrita la finca en favor de «H.» y no de «C.» (folios 321 a 325).

Para la misma finalidad de dar adecuada respuesta a las cuestiones planteadas por el presente recurso, luego de haber relatado las vicisitudes de la finca litigiosa que ahora aparece, según el Registro de la Propiedad, como de la propiedad de «H.» y, según la escritura de 8 de marzo de 1984, en el patrimonio de «Hoteles B.», procede desarrollar paralelamente la composición de las sociedades anónimas «C.», «H.» y «Hoteles B.». A) «C.» se constituyó en escritura pública de 12 de marzo de 1982 (109 a 117), inscrita en el Registro Mercantil el 25 de octubre de 1982 (118 a 121), con un capital de 500.000 pesetas, suscrito por Martín C. C. (170.000 pesetas) y Juan y María Juana R. R. (165.000 pesetas cada uno). En 8 de noviembre de 1982, las acciones de Martín C. C. eran de Antonio R. R., y, por tanto, los hermanos R. R., únicos propietarios de «C.» (documento privado de 8 de noviembre de 1982, folio 85). El 3 de diciembre de 1982, Francisco F. F. compró la totalidad de las acciones (277). El 17 de marzo de 1983 se elevó a escritura pública acuerdo de la Junta universal de accionistas de «C.», celebrada el 11 de marzo de 1983, en la que se nombró a Francisco F. F. y a María P. S. Presidente y Secretaria, respectivamente, de dicha Junta, y Administrador único al primero; acuerdo éste que se inscribió en el Registro Mercantil el 8 de abril de 1983 (118 a 121 y 250 a 252). Reconocidamente, Francisco F. F. y María P. S. son marido y mujer. Antonio, Juan y María Juana R. R. mantienen querrela criminal (procedimiento especial de enjuiciamiento oral número 199/1984, ante el Juzgado de Instrucción número 4 de Palma, folios 336 a 404, contra los dos cónyuges Francisco y María y contra Catalina S. O., relacionada con las acciones de «C.»). B) «H. S. A.», se constituyó en escritura pública (259 a 268, 295 y 296) de 18 de abril de 1983, inscrita en el Registro Mercantil el 24 de mayo de 1983, con un capital social de 4.000.000 de pesetas, que suscriben María P. S. (3.600.000); su madre, Catalina S. O. (200.000), y su parienta Margarita T. S. (200.000). La primera quedó nombrada Administradora única, con las competencias del Consejo de Administración (269 a 258, 295 a 297). En la misma fecha de 18 de abril de 1983 y a continuación (los números del protocolo notarial son seguidos) se otorgó la escritura de compraventa reseñada en el «fundamento» anterior, letra C). C) «Hoteles B. S. A.», se constituyó en escritura pública (269 a 276, 298 y 299) de 19 de enero de 1984, inscrita en el Registro Mercantil el 13 de marzo de 1984, con un capital social de 500.000 pesetas, que suscriben Joan M. B., Víctor A. T. y José María G. S. por partes iguales. El capital social fue aumentado y aportada la finca a esta sociedad, en los términos de la escritura pública (102 a 108) de 8 de marzo de 1984 a que se hace referencia en el antecedente «fundamento» (letra D).

Con los reseñados antecedentes, el objeto del juicio de que el presente recurso dimana lo constituyen las pretensiones del escrito de la demanda dirigida contra Antonio R. R. (declarado en rebeldía), «C.» y «H.» de que se declare «que en virtud del pacto segundo de la parte dispositiva de la escritura de compraventa de 18 de marzo de 1983», la entidad mercantil «H. S. A.», asumió la deuda y aceptó la hipoteca constituida por «C., S. A.», en favor de Antonio R. R., y de los sucesivos endosatarios o tenedores legítimos de las letras de cambio, representativas del crédito que la misma garantizaba y, por lo tanto, del demandante

(tenedor de una de dichas letras), «subrogándose en su consecuencia la entidad 'H.' en los derechos y obligaciones derivados de la escritura de hipoteca» de 16 de julio de 1982; que «H.» «está obligada a consentir la constitución del derecho real de hipoteca sobre la referida finca mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de hipoteca», «procediendo, por tanto, la inscripción de la misma a favor de Antonio R. R. y de los sucesivos endosatarios y tenedores legítimos de las letras de cambio representativas del crédito que la misma garantizaban en el Registro de la Propiedad», ordenándose la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. Pronunciamientos a los que accede la Sentencia de la Audiencia contra la que se endereza el recurso, mantenido por las sociedades «C.» y «H.».

La ordenada enunciación de los antecedentes que se deja hecha en los dos primeros fundamentos de la presente Sentencia transparente que «C.», «H.» y «Hoteles B.» no son sino los cónyuges Francisco F. F. y María P. S. En la debatida escritura de compraventa de 18 de abril de 1983, consecutiva a la de constitución de «H.», el marido actúa como Administrador único de «C.», la cual pertenecía íntegramente al mismo y a su mujer la que actúa como Administradora única de «H.», que pertenecía a ésta, a su madre y a una parienta en la proporción indicada. En esta compraventa se observa, en el aspecto de las cargas de la finca litigiosa, que contiene una expresa referencia a la escritura de hipoteca de 16 de julio de 1982 y a las hipotecas de las inscripciones cuarta y quinta, no haciéndose referencia a la hipoteca de la inscripción tercera, acaso por hallarse pagado el préstamo; de modo distinto, al otorgarse la compraventa de la finca a favor de «Hoteles B.» y con el probable propósito los otorgantes de eludir el gravamen consiguiente a la inscripción de la hipoteca litigiosa, las cargas a que se hace referencia ya no son las de las inscripciones cuarta y quinta y la de esta hipoteca pendiente de inscripción, sino las de las inscripciones tercera, cuarta y quinta. Son los capitales de estas tres hipotecas en favor del Banco Hipotecario de España las que rigen por su suma (de 18.610.000 pesetas) el valor neto de la aportación que se dice efectuada en la suscripción de la práctica totalidad del capital de esta sociedad que ha de ser identificada con María P. S., al igual que «H.». Todo queda, pues, reducido a que desde los primeros momentos en que la finca sale de la propiedad de Micaela F. B., por efecto de subasta de 7 de julio de 1982, «C.» se constituye para hacerse con ella, obteniendo los recursos indispensables no al constituirse con un capital de 500.000 pesetas en 12 de marzo de 1982, sino, y mediante la escritura litigiosa de 16 de julio de 1982, al hipotecar la misma en garantía del préstamo que, al parecer, le hacía Antonio R. R., ya que es en esa misma fecha que se efectúa la cesión del remate. En esa fecha de 16 de julio de 1982, «C.» resulta cesionaria del rematante y prestataria en los términos de la escritura litigiosa: «La sociedad pertenece en dicha fecha a los hermanos del prestamista Juan y María Juana R. R., y a quien dice representarla, o sea, a Martín C. C.; pero éste cede su participación a Antonio R. R. y ya en 3 de diciembre de 1982 (277) y 17 de marzo de 1983 pertenecía toda la sociedad a los cónyuges Francisco F. F. y María P. S., Presidente y Secretaria en esa última fecha de la Junta universal de accionistas. Es llano que ni Antonio R. R., ni a los cesionarios de las letras creadas en 16 de julio de 1982, se les puede hurtar la garantía significada por la hipoteca que se halla pendiente de inscripción en el Registro de la Propiedad, el que la repelió, primero, por no estar inscrita la finca a nombre de «C.» y, últimamente, por aparecer en favor de «H.». Francisco y María, cónyuges, actuaron en la escritura de venta de «C.» a «H.», esta sociedad actual titular registral; y en ella reconocieron la existencia y validez de los pactos

de la escritura de 16 de julio de 1982 y no les es lícito ahora, ni *iure proprio*, ni desde «C.», ni desde «H.», ni desde «Hoteles B.», desconocer la realidad de la escritura dicha. Como razona la Audiencia (al final de su octavo «fundamento»), «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, tal como preconiza el artículo séptimo del Código Civil en su párrafo primero, y la personalidad jurídica que la Ley reconoce a las sociedades no puede ser utilizada para fines como el que se contempla», consistente en «que una vez vendido el 'Hotel F. C.' carece de cualquier tipo de bienes raíces, pudiendo calificarse su situación actual como de insolvencia». En esta misma línea se halla la Sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1988 y las que en ella se citan de 28 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 9 de julio de 1986 y 16 de febrero y 24 de septiembre de 1987.

Frente a la Sentencia de la Audiencia el recurso articula tres motivos: el primero, al amparo del número tercero, y, los segundo y tercero, por el cauce del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Eludiendo el verdadero fondo de la cuestión que no es sino la responsabilidad que a la finca litigiosa alcanza en los términos de la escritura de 16 de julio de 1982, se alegan, en el motivo primero, el quebrantamiento de los artículos 9.º (7.º) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 1.007, 1.097 y 1.098 de la misma, y de los artículos 1.020 y 1.028 del Código Civil, citados en ese orden, para argumentar que en el curso de la primera instancia sobrevino la muerte del actor Miguel C. J., personándose dos de los herederos designados en su testamento, y que son Juan y María F. B., según el testamento otorgado el 15 de febrero de 1984, quienes en escritura pública de 24 de junio de 1985 manifestaron otorgar poderes causídicos para la prosecución del juicio, pero «sin que ello suponga aceptación de la herencia de don Miguel C. J. por parte de los comparecientes y únicamente a efectos puramente conservativos de acuerdo con lo previsto en el artículo 999 del Código Civil, con el fin de que pueda continuar el procedimiento antes indicado y en cumplimiento con la Providencia judicial », que resulta ser la de 4 de junio de 1985 en que se acordó emplazar por edictos a los herederos de Miguel C. J. Esta escritura aparece autorizada por el mismo Notario que la de 16 de julio de 1982 y que recurrió contra la denegación de su inscripción. A juicio de este motivo no existen méritos para conceptuarlos herederos, ya que no han aceptado la herencia. Debe ser desestimado, ya que el punto de la legitimación luego de haber fallecido Miguel C. J. quedó firme con la Providencia de 8 de julio de 1982, que tuvo por personados y parte a Juan y María F. B., dado que otro Providencia de 15 del mismo mes declaró no haber lugar a admitir a trámite el recurso de reposición; punto éste que no fue reproducido en la segunda instancia («fundamento» primero, al final); además, no puede ponerse en duda que Juan y María F. B. son herederos de Miguel C. J., por lo que la cuestión que el motivo propone se transmuta en la de si por la personación en el juicio ha sido aceptada la herencia; finalmente, el fundamento último de las pretensiones se halla en la apreciación (medial y a los fines del juicio) de la simulación absoluta de las sociedades y de las compraventas de 18 de abril de 1983 y 8 de marzo de 1984, por lo que cualquier interesado se halla legitimado con la amplitud de criterio de que es muestra la jurisprudencia de esta Sala, para lo cual no se precisa derecho, ni siquiera interés directo, bastando el legítimo: últimamente, Sentencias de 5 de diciembre de 1986, 22 de diciembre de 1987 y 13 de abril de 1988.

La misma suerte merecen los otros dos motivos en que abigarradamente se alega la infracción de los artículos 1.257 y 1.281, en correlación con el 1.209 del

Código Civil, y los artículos 32, 150 y 154 de la Ley Hipotecaria, y 1.205 y 1.257 del Código Civil, y 20 y 40 de la Ley Hipotecaria. Demandada como lo ha sido «H.» que es la titular registral de la finca, la cual queda condenada a consentir la inscripción de la escritura pública de 16 de julio de 1982, ha quedado removido el obstáculo de índole hipotecaria significado por la inscripción de 29 de junio de 1983 en favor de dicha sociedad en la línea sugerida por el Auto presidencial de 25 de enero de 1984.

QUIEBRA NECESARIA. OPOSICION A LA DECLARACION SUSPENSION DE PAGOS ANTERIOR. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Para el adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación deben anteponerse las siguientes puntualizaciones: A) En torno a la existencia de la deuda controvertida de «A. Z., S. A.», y Pedro C. R., existen, aparte diligencias previas número 1.951 de 1984 del Juzgado de Instrucción número 13 de Madrid, las de igual clase número 3.312 de 1984 del mismo Juzgado, cuyo objeto es la sustracción de la documentación de «Zimplosa», y, principalmente, el sumario número 12 de 1984 del Juzgado de Instrucción número 3 de Madrid, en que se hallan procesados, por falsedad y presentación en juicio de documento falso, Juan Manuel U. A. (20 de febrero de 1984) y Francisco Javier S. M. (6 de mayo de 1987); actuaciones penales estas dos últimas citadas, al parecer todavía pendientes en los expresados Juzgados de Instrucción. B) En el orden civil consta la existencia de expediente de suspensión de pagos seguido bajo el número 606 de 1982 en el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid, a instancia de Pedro C. R. El escrito solicitando la apertura se dedujo el 16 de abril de 1982; el 25 de noviembre se personó «A. Z.» en el concepto de acreedora; el 8 de octubre de 1983 se convocó Junta de acreedores para el 25 de noviembre de 1983; el 3 de noviembre se impugnó, al parecer sin éxito, el crédito de «A. Z.», y el 14 de noviembre, y accediendo a lo solicitado el 11 desistiendo de la suspensión, se tuvo efectivamente por apartado y desistido a Pedro C. R. de la solicitud origen del expediente, que fue archivado. C) Mediante escrito y documentos fechados a 2 de diciembre de 1983, Pedro C. R. instó nueva suspensión de pagos, la que se proveyó el 12 del mismo mes de diciembre de 1983 por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Madrid, abriéndose el expediente número 1.768 de 1983. En dicho expediente han recaído, sucesivamente, Providencia de 11 de mayo de 1984, denegando el sobreseimiento del expediente solicitado por «A. Z.»; Auto de 12 de junio de 1984, denegando la reposición de dicha Providencia, y Auto de 30 de junio de 1987 (Audiencia de Madrid), recaído en apelación contra el de 12 de junio de 1984, pronunciando el sobreseimiento y ordenando las demás medidas consiguientes. Contra este Auto se endereza el presente recurso de casación. D) Ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid penden Autos de quiebra necesaria de Pedro C. R., bajo el número 1.751 de 1983, instados por «A. Z.». El 16 de diciembre de 1983 se declaró por el Juzgado no haber lugar a la quiebra, y el 10 de enero de 1984 se dictó Auto manteniendo tal negativa. Recurrido en apelación, la Audiencia de Madrid dictó Auto de 2 de abril de 1987 por el que, revocando el impugnado, se declara en

estado de quiebra necesaria a Pedro C. R. y se le ordena al Juzgado de origen la adopción de las medidas consiguientes. Fueron adoptadas éstas en Auto del Juzgado de 10 de septiembre de 1987; pero, deducida oposición a la quiebra el 13 de octubre de 1987, la Providencia de 23 del mismo mes de octubre deja en suspenso el trámite de la oposición en tanto se resuelve el presente recurso de casación. E) El recurso consta de cinco motivos, proponiéndose el quinto como subsidiario de los cuatro precedentes, de los cuales el tercero viene al amparo del número cuarto, y los primero, segundo y cuarto por la vía del quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si bien se mira, los cuatro motivos del recurso propuestos como principales plantean una única cuestión, a saber es, la de no haber acreditado «A. Z.» el carácter de acreedora del recurrente, indispensable para la *legitimatio ad causam*, tanto en la presente suspensión de pagos como en la quiebra necesaria; cuestión ésta que debe descartarse, aquí y ahora, por cuanto el fundamento del Auto de 30 de junio de 1987 que el recurso impugna lo constituye el dato incontrovertido de haber existido, antes que la presente, la suspensión recaída en el Juzgado número 19 de que se deja hecho mérito. Sabido es, por lo demás, que el deudor no puede provocar de forma sucesiva y reiterativa la adopción de las medidas consiguientes a tener por solicitada la suspensión y, en particular, las del párrafo tercero del artículo 9.º de impedirles a los acreedores la petición de la declaración de la quiebra, ni acogerse a los otros efectos de la solicitud de la suspensión del resto de dicho artículo, si ya desistió de todos ellos dentro de una suspensión antecedente. A ella y no a las sucesivas deberá, en otro aspecto, referirse el punto de la preferencia entre suspensión y quiebra que contempló la Sentencia de esta Sala de 7 de marzo de 1986.

Procede, por todo ello, desestimar el recurso por sus cuatro primeros motivos y también el motivo quinto y con éste la totalidad del recurso; pues, en efecto, en estos motivos quinto y último se replantea desde un punto de vista procesal formal el mismo tema de la falta de legitimación de «A. Z.».

Deberá comunicarse lo aquí acordado, no sólo al Tribunal de origen del recurso, sino también al Juzgado número 10 para que alce y deje sin efecto la suspensión decretada por su Providencia de 23 de octubre de 1987. En el incidente de oposición a la quiebra podrá el aquí recurrente hacer valer todos los derechos que le asisten contra «A. Z.» y en momento procesal oportuno se ventilará en el juicio concursal si dicha sociedad ostenta o no contra él, el crédito controvertido.

CONTRATO DE TRANSPORTE. LEY APLICABLE EN CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL. DETERMINACION CONVENCIONAL DE LA LEY APLICABLE (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La recurrente, «A. M. S. A.», domiciliada en Barcelona, y dedicada a transportes internacionales, juntamente con «F. R. S. A.», domiciliada en Logroño, comisionista de transporte, fueron demandadas en 7 de marzo de 1983 por la hoy recurrida «Maderas C.», Sociedad anónima, con domicilio en X., La Rioja, en reclamación de cantidad por incumplimiento o cumplimiento

defectuoso de un contrato de transporte de mercancía convenido entre actora y demandadas; se trataba del transporte de diversas partidas de contrachapado de chopo que a la actora le había sido solicitado por las autoridades de Jordania desde el lugar de su domicilio X. a Arda en el interior de Jordania; en el escrito de demanda, en su apartado II de los fundamentos de derecho referidos a «Competencia y tramitación», se afirmaba la competencia para conocer de este litigio del Juzgado de Logroño a virtud del artículo 62.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ser el del domicilio de uno de los demandados, y se agrega que «caso de que los conocimientos de embarque contuvieran algunas cláusulas de jurisdicción, éstas carecerían de validez alguna, pues es doctrina que la sumisión expresa ha de establecerse de manera clara y precisa, y de modo bilateral suscrita por la parte que renuncia a su fuero propio, y como el conocimiento de embarque aparece la firma tan sólo del capitán y no lo hace el cargador, no puede decirse haya sumisión»; sobre el fondo del asunto los fundamentos jurídicos que se alegan son los estimados pertinentes del Código Civil y el de Comercio; la demandada «A. M. S. A.», contestó la demanda sin plantear cuestión alguna de jurisdicción, incluso interpone la demanda reconvenzional en reclamación de cantidad; en los fundamentos de derecho en el apartado IV. Adjetivos se dice: «A) Aceptamos la competencia de los Tribunales de Logroño pese a las singularidades de la acción y a la cláusula que sabiamente cita la demandante en su escrito de demanda (si bien la oculta al omitir la traducción de las condiciones correspondientes del conocimiento de embarque otorgada por mi principal). B) La tramitación del procedimiento se regirá por lo dispuesto en el artículo 524 y siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como quiera que la misma clase de juicio y la misma competencia de la demanda corresponde a la acción reconvenzional, damos por reproducido lo anterior a dicho respecto»; al serle desfavorable la Sentencia interpone recurso de apelación, sin que tampoco en la segunda instancia se hiciera protesta o se ejercitara excepción alguna de carácter jurisdiccional; en la condición 22 del conocimiento de embarque se dice: «Ley y jurisdicción. El contrato evidenciado por o contenido aquí dentro se gobernará por la Ley italiana. Cualquier reclamación u otra disputa según los términos de ésta se determinará solamente por los Tribunales italianos, a menos que el transportador lo acuerde de otro modo por escrito»; tras lo alegado por la actora sobre dicha cláusula a lo que nada opone la demandada recurrente, incluso su conformidad a la competencia funcional y jurisdiccional del Tribunal de Logroño con renuncia expresa a dicha cláusula, no deja de ser extraño que se venga a suscitar esta cuestión en este recurso de casación, puesto que según el motivo único con el que se articuló, amparado en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de normas del ordenamiento jurídico se trae a colación, si bien no lo sea como precepto infringido, pues, en verdad, no hay cita expresa de preceptos que se infringen como es obligado, conforme preceptúa el artículo 1.707 de dicha Ley procesal, el artículo 10.5 del Código Civil en el sentido de existir una sumisión expresa a la Ley italiana, como norma de conflicto que se aplicará de oficio conforme establece el artículo 12.6 de dicho Código; no cabe duda que la cuestión ni fue debatida en la litis ni resuelta en la Sentencia y no fue debatida, al aceptar la demandada recurrente el planteamiento de la cuestión hecho por la actora que la dejaba fuera de discusión y consecuentemente de resolución por la Sentencia, y si esto es así, no cabe traerlo al recurso, puesto que es doctrina constante de esta Sala la de que no puede ser objeto de recurso de casación cuestiones de Derecho que no se han discutido en primera y segunda instancias, y es que no cabe decir que

la recurrida Sentencia que no conoce de dicha cuestión haya podido infringir aquellos preceptos, que aunque no citados como infringidos en ellos centra el recurrente el motivo de casación; pero es que, además, el artículo 10, apartado 5, del Código Civil consagra en materia de obligaciones como primer lugar la voluntad de las partes, que son a las que corresponde determinar la Ley a la que se someten, y en ese sentido no cabe duda que por voluntad de una y otra partes, la actora al plantear la inoperancia de la expresada cláusula 22 del conocimiento de embarque y la demandada al aceptar dicho planteamiento y renunciar a la misma, determinando el consentimiento de las partes a la Ley española, además de que en todo caso siempre sería esta Ley la que regularía la cuestión litigiosa por ser la Ley del lugar de celebración del contrato a tener en cuenta conforme al último de dichos preceptos, por lo que tampoco cabe decir se hayan infringido los invocados preceptos determinando la desestimación del motivo.

TRANSPORTE MARITIMO APLICABILIDAD DE LA LEY SOBRE TRANSPORTE DE MERCANCIAS EN REGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE, DE 22 DE DICIEMBRE DE 1949. CADUCIDAD DE LA ACCION: LA PROTESTA O RESERVA DEL CARGADOR. ACTUALIZACION POR DEPRECIACION MONETARIA (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—El presente recurso de casación, articulado a través de seis motivos, de los cuales la dirección letrada de la recurrente ha renunciado al segundo en el acto de la vista, lo interpone la entidad «Naviera G. M., S. A.», como armadora y propietaria del buque «Algarmi», contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, de fecha 17 de diciembre de 1986, que la condena a pagar a la entidad aseguradora «La Unión y el Fénix Español, S. A.», como subrogada en los derechos de la entidad «Comercial K. F., S. A.», propietaria y cargadora de la partida de 263.785 kilogramos brutos de café, envasados en 4.556 sacos, transportados en dicho buque desde el puerto de Bata (Guinea Ecuatorial) al de Alicante, la cantidad de 4.311.787 pesetas, importe de los daños sufridos por dicha mercancía durante el expresado transporte marítimo, cuya cantidad ya había abonado la citada aseguradora a la propietaria y cargadora de la mercancía, a virtud del contrato de seguro entre ellas concertado para el mencionado transporte.

Por medio del primer motivo, que articula por el cauce procesal del ordinal quinto del artículo pertinente de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por el que denuncia violación, por inaplicación, del artículo 952 del Código de Comercio y del artículo 24 de la Ley sobre Transporte de Mercancías, en régimen de conocimiento de embarque, de 22 de diciembre de 1949, la entidad recurrente plantea dos cuestiones, que considera interconexas: una, la relativa a la aplicabilidad o no al presente supuesto litigioso de la citada Ley de 1949 y, otra, consecuencia, según la recurrente, de la solución negativa de la anterior, concerniente a la producción de la que calificada de caducidad de la acción ejercitada por la entidad actora, aquí recurrida, cuestiones, las apuntadas, que merecen estudio y tratamiento por separado.

La primera de las citadas cuestiones, que la recurrente planteó, por primera

vez, en el escrito de conclusiones, después de haber venido sosteniendo y admitiendo la tesis diametralmente opuesta en sus escritos verdaderamente constitutivos y delimitadores de la litis (contestación a la demanda y dúplica), y, con arreglo a la cual, viene a pretender, desde el expresado momento procesal, que se declare no aplicable a este supuesto litigioso la citada Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre Transporte de Mercancías en régimen de Conocimiento de Embarque, por entender que no aparece probado que Guinea Ecuatorial haya ratificado e incorporado a su legislación nacional el Convenio de Bruselas de 1924, conforme exige el artículo 24 de la misma, ha de merecer, como entiende la Sentencia recurrida, una solución favorable a la aplicabilidad de dicha Ley al supuesto objeto de litis y, por tanto, contraria a la extemporánea tesis de la recurrente, y ello por las siguientes razones: a) Porque al venir condicionada dicha aplicabilidad por un hecho, cual es el de la ratificación por Guinea Ecuatorial del citado Convenio de Bruselas de 1924, y habiendo considerado la Sala *a quo*, en su Sentencia, probado el expresado hecho (siquiera sea por la vía indirecta de entender que Guinea Ecuatorial, mientras fue plaza de soberanía de España, estuvo sometida e incorporada a dicho Convenio de Bruselas, por estarlo España, sin que aparezca probado que lo haya denunciado, al quedar fuera del protectorado español), tal soporte táctico ha de ser necesariamente mantenido incólume en esta vía casacional, al no haberlo combatido la recurrente por el único cauce hábil para ello, cual es el del ordinal cuarto. b) Porque habiendo la entidad recurrente venido reconociendo, expresa y reiterativamente, en sus escritos de contestación a la demanda y de dúplica, la aplicabilidad a este supuesto de la aludida Ley de 20 de diciembre de 1949, lo que comporta que admitía el ya citado hecho condicionante de la misma, con la consecuencia procesal que toda admisión de hechos entraña (arts. 518 y 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no es permisible que en el escrito de conclusiones pretendiera negarlo, pues con ello colocaba a la parte actora, aquí recurrida, en una situación, lindante con el fraude procesal, de evidente indefensión, al no permitirle ya probar la realidad de dicho hecho, cuya prueba era innecesaria, en cuanto admitido por la parte demandada, en sus ya citados escritos de contestación a la demanda y de dúplica.

Por medio de la segunda de las enunciadas cuestiones, dentro todavía de la órbita procesal del primer motivo en cuyo estudio nos hallamos, la entidad recurrente, partiendo del supuesto que acabamos de rechazar en el fundamento anterior, de la inaplicabilidad a este caso litigioso de la Ley de 22 de diciembre de 1949, y considerándolo sometido exclusivamente a la normativa del Código de Comercio, sostiene que se ha producido la que llama caducidad de la acción ejercitada por la actora, aquí recurrida, al no haber la entidad propietaria y cargadora de la mercancía formulado su protesta o reserva por los daños de ésta dentro del plazo de las veinticuatro horas siguientes a la entrega, conforme establece el párrafo segundo del número 22 del artículo 952 del Código de Comercio, que denuncia como infringido, por inaplicación del mismo. Antes de exponer las razones que se oponen a la aceptación de la mencionada tesis y como quiera que la recurrente, no sólo en el desarrollo y exposición de este motivo, sino también en el del cuarto, asegura que la Sentencia recurrida contiene la afirmación o declaración de que la protesta fue remitida a la entidad demandada, aquí recurrente, *cuando ya había transcurrido con exceso el plazo legal*, se hace imprescindible dejar constatado que ello no responde a la verdad, pues si bien es cierto que dicha Sentencia (en su fundamento de Derecho segundo) recoge la expresada frase, no lo hace como aseveración o declaración propia,

sino como alegación realizada por la entidad demandada, como lo prueba el hecho de que después de haberla consignado en tal sentido (no con muy afortunada redacción, por cierto), agrega lo siguiente: *pero tal alegación es inatendible*, por lo que se evidencia la recusabilidad de la conducta seguida por la recurrente, al sacar de su verdadero y propio contexto la expresada frase, para pretender atribuirle una titularidad o paternidad que no le corresponde. La pretensión o tesis de la recurrente que, antes del anterior e inexcusable inciso, venía siendo objeto de nuestra atención, no puede ser aceptada, por las siguientes razones: a) Porque el párrafo segundo del número segundo del artículo 952 del Código de Comercio, que establece un requisito de procedibilidad o presupuesto procesal ineludible (formulación de la protesta o reserva dentro de las veinticuatro horas siguientes a la entrega de la mercancía) para poder ejercitar la correspondiente acción de indemnización por daños de la misma, cuyo plazo de prescripción, no de caducidad, es de un año, carece de aplicación a este supuesto, al quedar el mismo sometido, como ya se ha dicho, a la Ley de 22 de diciembre de 1949. b) Porque según se desprende del artículo 22 de la citada Ley, la omisión del aviso por escrito al porteador o la formulación del mismo fuera del plazo que establece de los tres días siguientes a la entrega de la mercancía, no entraña un preclusivo e insalvable presupuesto u obstáculo procesal al ejercicio de la correspondiente acción de indemnización, para el que también señala el plazo de un año (éste sí de caducidad), sino, que, como acertadamente entiende la sentencia recurrida, «sólo genera una presunción favorable al porteador de que la mercancía fue entregada en el estado reseñado en el conocimiento de embarque, presunción que puede ser destruida por la correspondiente prueba de contrario». c) Porque lo único que aparece probado en los Autos de que este recurso dimana es que la descarga de la mercancía en el puerto de Alicante se realizó el día 10 de julio de 1981 y que el aviso por escrito de los daños de la misma lo hizo la entidad cargadora el día 14 de los mismos mes y año, pero ello no basta, por sí sólo, para poder concluir que el aviso tuvo lugar después de transcurrido el expresado plazo de los tres días siguientes a la entrega, pues el hecho material de la descarga y el acto jurídico de la entrega de la mercancía (cuya ejecución lleva consigo la correlativa y simultánea devolución o entrega por el cargador al porteador del conocimiento de embarque original, con la fecha y la firma correspondientes) pueden no ser cronológicamente coincidentes, y en el presente caso, como dice la Sentencia de la Audiencia, la entidad demandada, aquí recurrente, no ha probado cuál fue la fecha de la entrega de la mercancía, como podía y debía (artículo 1.214 del Código Civil) haber hecho, mediante la aportación a los Autos de los conocimientos de embarque originales, debidamente diligenciados, para lo que fue oportuna y reiteradamente requerida. Los razonamientos expuestos en este fundamento y en el anterior han de llevar aparejado el fenecimiento del primer motivo, que acabamos de examinar.

Por el motivo tercero (el segundo, como ya se ha dicho, fue renunciado por la recurrente en el acto de la vista de este recurso), formulado al amparo procesal del ordinal cuarto, la entidad recurrente denuncia «error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en Autos», para lo que, refiriéndose exclusivamente a los kilogramos de café que se han dado por desembarcados de menos, con respecto a los que habían sido embarcados (y sin aludir, por tanto, a los que resultaron averiados por aceite o por agua, a los que no se refiere en este motivo), sostiene que si, según los respectivos conocimientos de embarque, la mercancía embarcada tenía un peso total bruto de 273.685 kilogramos, y si, según los documentos de pesajes realizados al desembarco de la mercancía

(acompañados con la demanda como documentos números 10, 11, 12, 13 y 14), la misma arrojó un peso total bruto de 273.442 kilogramos, la diferencia entre ambas cantidades es solamente de 243 kilogramos brutos y no de 1.164,4 kilogramos netos, que la Sentencia recurrida admite como desembarcados de menos, motivo éste al que ha de corresponder el mismo destino desestimatorio que al anterior ya examinado, en primer lugar porque los documentos que cita la recurrente (conocimientos de embarque y documentos de pesaje acompañados con la demanda) ya han sido tenidos en cuenta y valorados por la Sala de Instancia, en su apreciación conjunta de la prueba, lo que les priva de la condición de documentos hábiles para poder servir de soporte a este motivo casacional, y, en segundo término, porque ellos no patentizan el error denunciado, ya que aparece probado en Autos que la mercancía, al ser embarcada, tenía un peso *neto* de 270.039,4 kilogramos, mientras que la desembarcada solamente lo tuvo, también *neto*, de 268.875 kilogramos, por lo que la diferencia entre ambas cantidades es de 1.164,4 kilogramos *netos*, que es precisamente la que la Sentencia recurrida, al igual que antes había hecho la de primer grado, admite como desembarcada de menos.

Con carácter alternativo, para el supuesto de que se estime, como se ha estimado, aplicable a este caso la Ley de 22 de diciembre de 1949, la recurrente articula el cuarto motivo, al amparo procesal del ordinal quinto, por el que denuncia infracción, por inaplicación, del artículo 22 de la citada Ley de 1949 en relación con los artículos 2.126 y 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sosteniendo, en síntesis, y con una confusa y reiterativa mescolanza de alegaciones, que la protesta o reserva la hizo la entidad cargadora fuera de plazo legal (acerca de cuyo extremo vuelve a atribuir a la Sentencia recurrida, como propia, una declaración que no ha hecho, y a la que ya nos hemos referido al estudiar el motivo primero), que dicha entidad cargadora no le dio aviso de que sobre las mercancías se iban a realizar informes periciales y que no se han acreditado los daños de la mercancía de una manera fehaciente. Dando aquí por reproducido lo que en el fundamento cuarto ya hemos razonado por extenso acerca del alcance que ha de atribuirse a la omisión extemporánea formulación de la reserva o aviso a que se refiere el artículo 22 de la citada Ley de 1949 y acerca de que en el presente caso ha de entenderse que la entidad cargadora y propietaria de la mercancía dirigió a la porteadora, aquí recurrente, dicha reserva o aviso por escrito dentro del plazo de tres días que para ello establece el citado artículo, y ciñéndonos estrictamente a lo que, dentro de esa serie de alegaciones, parece ser el núcleo o esencia del motivo que estamos examinando (supuesta infracción, por inaplicación, de los artículos 2.126 y 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el mismo ha de ser desestimado, ya que es doctrina de esta Sala (Sentencias de 21 de junio y 8 de noviembre de 1985, entre otras) la de que la precisión de acudir a la normativa que contienen los citados artículos de la Ley procesal civil es para el caso de que exista discrepancia en cuanto a la realidad del hecho de que se hizo protesta o reserva, discrepancia que, como acertadamente entiende la Sentencia recurrida en su fundamento de Derecho quinto, no puede entenderse que se produjera en el caso de litis, pues la cargadora dirigió a la entidad porteadora, aquí recurrente, sendas cartas en 14, 17 y 23 de julio de 1981, formulándole, por la primera, y reiterándole, por las dos segundas, la ya expresada protesta o reserva, en estricto cumplimiento de lo único que para este supuesto preceptúa el artículo 22 de la Ley de 1949 ya citada, sin que conste que la porteadora manifestara discrepancia alguna con respecto a las mismas y con respecto a la valoración pericial que se le anunció había sido hecha, ni tratara,

por su parte, de someter a otras comprobaciones periciales las denunciadas averías de la mercancía, no obstante permanecer ésta, todavía en dichas fechas, en los almacenes de «Depósitos Francos de Alicante, S. A.», de donde fue saliendo entre los días 24 de julio de 1981 y 11 de enero de 1983, como así lo considera probado la Sentencia de la Audiencia.

Por el quinto motivo, articulado por el cauce del ordinal del mismo número del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la recurrente denuncia violación «de la jurisprudencia de esta Sala, contenida en las Sentencias de 11 de noviembre, 10 y 14 de diciembre de 1949, 31 de marzo de 1955, 22 de octubre de 1957 y 16 de diciembre de 1957, que establecen la inversión de la carga de la prueba en los transportes de mercancías amparados bajo conocimiento, conteniendo la cláusula 'ignoro peso y contenido', en relación con el artículo 18 de la Ley de 22 de diciembre de 1949», para lo cual aduce que la Sentencia recurrida, al igual que antes la de primer grado, al tener por nula y no puesta la cláusula «ignoro peso y contenido» que aparece impresa en los cuatro conocimientos de embarque relativos a la mercancía objeto de litis, ha incurrido en infracción de la doctrina jurisprudencial citada, la cual establece que la expresada cláusula, cuya validez reconoce, lo que determina es una inversión de la carga de la prueba. En realidad, resulta difícil captar la consecuencia jurídica y práctica que la recurrente pretende obtener con la formulación de este motivo, pues admitida generalmente, como suponemos también ella admitirá, la prohibición de las cláusulas de exoneración de responsabilidad del porteador, que establecen el artículo 10 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 y el artículo 3.8 del Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924, del que aquélla es incorporación a nuestro Derecho interno, no cabe atribuir a la cláusula de estilo «ignoro peso y contenido», que aparece impresa en los referidos conocimientos de embarque, la significación que, con la cita que hace en el encabezamiento de este motivo del artículo 18 de la referida Ley, parece querer atribuirle la recurrente como de mención especial de las razones que le imposibilitaron hacer constar en los conocimientos las marcas, número, cantidad o peso de la mercancía, conforme establece el párrafo segundo del número noveno del citado artículo 18, pues esa pretendida y forzada interpretación de la mencionada cláusula se hallaría en frontal contradicción con el texto de los citados conocimientos de embarque, en los que, no a imprenta, como la referida cláusula de estilo, sino con escritura mecanografiada, se expresa, sin reserva alguna, el número de bultos embarcados, el peso y el contenido de los mismos (4.557 sacos de café comercial y café partido con un peso bruto total de 273.685 kilogramos), según consta en las copias de dichos conocimientos, aportadas por la entidad actora, aquí recurrida (los conocimientos originales, como ya se dijo, no los aportó a los Autos la recurrente, pese a los requerimientos que oportunamente se le hicieron al efecto), todo ello aparte de que aun cuando, en aplicación de la doctrina contenida en las Sentencias que invoca la recurrente, ninguna de las cuales fue dictada con relación al transporte marítimo sometido a la normativa de la citada Ley de 22 de diciembre de 1949, se entendiera que la expresada cláusula determina una inversión de la carga de la prueba, dicha exigencia aparece cumplida en el presente caso, pues la Sentencia recurrida, tras una valoración conjunta de la prueba practicada, declara probado el peso, contenido y buen estado de la mercancía, cuando fue embarcada, cuyo hecho probado ha de ser mantenido incólume en esta vía casacional, al no haber sido combatido por el cauce procesal adecuado para ello, cual es el del ordinal cuarto. Todo lo expuesto conduce necesariamente al fenecimiento del motivo que acaba de ser examinado.

A través del sexto y último de sus motivos, con amparo procesal en el ordinal quinto y por el que denuncia infracción, por no aplicación, del artículo 11 de la Ley de 22 de diciembre de 1949, la entidad recurrente pretende no indemnizar el «quantum» de los daños efectivamente producidos en la mercancía transportada, que fueron fijados con arreglo al precio del kilogramo del café en el puerto de embarque, sino reducir su indemnización a la cantidad que resulta de multiplicar el número de bultos dañados (en este caso, sacos de café con 60 kilogramos cada uno) por el límite máximo de 5.000 pesetas que al valor de cada bulto transportado señaló el citado artículo en el año 1949, cuestión planteada en la litis y tácticamente rechazada por las Sentencias recaídas en la misma, cuya pretensión está abocada a su improsperabilidad, con la lógica consecuencia del fenecimiento del motivo que la canaliza, pues el presente supuesto parece presentar en cierto aspecto características análogas a las de una deuda de valor, no sólo porque, según doctrina de esta Sala, la obligación de reparar los daños y perjuicios no constituye una deuda dineraria simple, sino una deuda de valor (Sentencias de 20 de mayo de 1977 y 29 de junio de 1978, entre otras), sino porque así parecen denotarlo también la letra y el espíritu del citado artículo 11, que, al regular el supuesto de responsabilidad por pérdidas o daños causados a la mercancía, en primer lugar obliga al porteador a indemnizar el *valor* que el cargador haya declarado por bulto o unidad en el conocimiento de embarque y, en segundo término, para el supuesto de que tal declaración no se hubiera producido, pero se hubiera expresado en el conocimiento de embarque la naturaleza de la mercancía transportada y el porteador, su agente o el capitán del barco no hubieran formulado en el conocimiento reserva sobre dicha declaración, que es el supuesto que nos ocupa, la indemnización se hará por el precio de la mercancía en el puerto de embarque, a cuyo *valor* le fijó el legislador, en el año 1949, un límite máximo de 5.000 pesetas por bulto o unidad, y la teoría de la deuda de valor, consagrada por la doctrina de esta Sala (Sentencias de 9 de octubre de 1981, 5 de julio de 1983, 13 de octubre de 1987, entre otras) permite tener en cuenta y aplicar las medidas correctoras pertinentes frente a la depreciación del signo monetario, que en este caso es notoria y cuantitativamente considerable la devenida desde 1949 hasta 1981, en que tuvo lugar el daño objeto de litis, a cuya consecuencia correctora podría igualmente haberse llegado, tanto por la simple aplicación de las pautas o criterios hermenéuticos que para la interpretación de las normas jurídicas establece el artículo tercero del Código Civil, uno de los cuales es la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, lo que ya entraña la necesaria actualización, con los baremos de la depreciación monetaria, de un valor máximo que fue fijado en pesetas en el año 1949, como incluso si se consideran los principios que, en materia contractual, informan la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus», todo lo cual no supone que haya dejado de tenerse en cuenta el citado límite legal máximo, sino simplemente que dentro del mismo, calculando el valor que 5.000 pesetas del año 1949 tendrían en 1981, con base en la segunda depreciación monetaria producida, se halla comprendida, sin rebasarlo, la indemnización objeto de litis, que ha sido fijada, conforme preceptúa el citado artículo 11, teniendo en cuenta el valor o precio de la mercancía en el puerto de embarque, habiendo, finalmente, de agregarse que la aludida corrección monetaria ha venido impuesta en este particular caso concreto, por la muy específica circunstancia concurrente en el mismo de la fecha de producción de los daños (año 1981), pues el Protocolo de Bruselas de 21 de diciembre de 1979, que, reformando y actualizando en esta materia el artículo 5 del Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 (lo que

tenía previsto el artículo 11 de la Ley de 1949), ya ha fijado unos límites máximos de valor en plena concordancia con las actuales circunstancias monetarias internacionales, no ha entrado en vigor en España, previa su ratificación, sino a partir del día 14 de febrero de 1984 (BOE del 11 de iguales mes y año).

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE (DEPOSITO EN CUENTA CORRIENTE). DEVOLUCION, POR EL BANCO, DE TALONES A LA MISMA PERSONA QUE SE LOS ENTREGO. DEBER DE CONSERVACION POR EL BANCO (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—En la instancia se tuvieron por probados (quinto «considerando» del Juzgado, expresamente asumido por la Audiencia, y tercero y cuarto de ésta), que la sociedad anónima demandante, a través de su Agente de ventas o Comisionista, entregó al Banco demandado los talones que se enumeran en los resguardos cedidos por éste, obrantes a los folios 2 a 6, de los cuales se desprende que eran posdatados los de los tres primeros resguardos, y otros dos talones (de 509.149 y 408.000 pesetas) no comprendidos en ellos; entrega que tenía por finalidad el abono de los efectos en la cuenta corriente de que la sociedad era titular en la aludida oficina bancaria; y que, todos ellos, esto es, tanto los talones de los resguardos como los otros dos del importe expresado, fueron devueltos a la persona física que los había entregado para su abono. Según la alegación de la sociedad demandante y recurrente, los repetidos talones se habían perdido o extraviado después de la devolución por el Banco. Desde marzo de 1978 hasta octubre de 1980 la sociedad demandante, mediante el mismo aludido delegado o Comisionista, efectuaba ingresos y cargos en la cuenta corriente, como consecuencia de las operaciones de venta de carne que tenía lugar en la plaza mediante el mismo, operando así en la confianza y buena fe de las relaciones mantenidas con su intervención, recibiendo talones posdatados e incorrientes que siempre fueron devueltos por el Banco demandado para su remesa a la sociedad demandante y recurrente por medio del repetido delegado, Agente o Comisionista, quien, aun cuando no tenía facultades para disponer de la cuenta corriente, ello no le impedía (dice la Audiencia) entregar talones, «así como recibir su devolución para su envío al comitente» (considerando tercero, al final). La demanda se funda en la infracción o incumplimiento del contrato de cuenta corriente bancaria, cometido por el Banco al faltar al deber de custodia atribuido al mismo en el marco de la cuenta y consistente en devolver los talones al delegado, Agente o Comisionista que en el desempeño habitual y normal del cargo había entregado los talones y solicitó luego su devolución; cifrando la responsabilidad contractual del Banco en el importe de todos los talones, que asciende a las reclamadas 6.550.505 pesetas; reclamación que fue desestimada tanto por el Juzgado como por la Audiencia, accediéndose a la reconvención del Banco que reclamaba el saldo a su favor en la cuenta corriente de mérito.

Contra la Sentencia se alza el recurso que articula cuatro de sus ocho motivos (los segundo a quinto) por error en la apreciación de la prueba y con amparo en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según este grupo de motivos no puede afirmarse (como lo hace la Audiencia) que los talones

fueran devueltos a la misma persona que los entregó (motivo segundo), «pues no existe prueba alguna de que el Banco devolviera los talones a la persona en cuestión y sí, por el contrario, de la inversa», según la declaración del Comisionista; tampoco puede afirmarse que la sociedad actora sepa quiénes son los libradores de los talones y cuál el vínculo causal, pues «la actora desconoce absolutamente la identidad de los libradores de los talones y no les une con ellos vínculo alguno; y, concretamente, fue el Comisionista, constantemente aludido, «el que a su riesgo y ventura vendió la mercancía a diferentes compradores, conocidos exclusivamente suyos y quienes le pagaron con talones» (motivo tercero); también es inveraz (a juicio del motivo cuarto) «la condición de mandatario», «para recibir devolución de talones para su envío al comitente», pues el mandato «se limita exclusivamente en la misión de elección del cliente, venta de la mercancía, cobro del precio al comprador y pago de dicha cantidad» a la sociedad actora; finalmente (lo que es tema del motivo quinto), los talones de que se trata no eran nominativos sino al portador. Todos estos motivos son inatendibles, ya que el número cuarto del artículo 1.682 citado, no autoriza a denunciar errores de hecho como no se señalen concretamente el documento o documentos que denoten cada uno de los errores, verificándose que en el recurso se efectúa una indiscriminada referencia a los «documentos obrantes en Autos». Pero es que, aun examinando detenidamente todos esos documentos y dado así a este dispositivo impugnatorio del *factum* una extensión desmedida que pudiera desnaturalizar el recurso de casación convirtiéndolo en una tercera instancia, todavía no se alcanzan los errores denunciados, ya que dichos documentos no los denotan, ni cada uno de por sí ni valorados en conjunto y aun separados del resto de las pruebas que en la instancia se apreciaron globalmente.

El motivo primero del recurso, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia», «al quebrantar la Sentencia recurrida las reglas establecidas por el artículo 372, 3.º» de la misma Ley. La infracción consiste, según el desarrollo de este motivo, en que la parte demandante «no ha considerado en ninguna ocasión del pleito que dichos talones debieran abonarse, si bien consta que algunos fueron abonados, sino que los repetidos talones debieron ser conservados por el Banco a disposición de la parte actora», residenciando la culpa o negligencia imputable al Banco en «desprenderse de los talones, entregándoselos, según su versión, no probada, a persona ajena a la cuenta corriente»; siendo este el punto de derecho fijado por esta parte demandante y no el que le atribuye equivocadamente la Sentencia recurrida. Con las alegaciones que se dejan sintetizadas parece aducirse una suerte de incongruencia consistente en que el incumplimiento del contrato de cuenta corriente propiamente alegado consistía, no en la falta de abono de los talones en la cuenta, sino en la devolución de los mismos entregándolos a persona ajena a la cuenta. Debe ser desestimado también este motivo A), primero, porque el fallo desestimatorio de la Sentencia impugnada nada tiene que ver con el haberse o no abonado en la cuenta los talones litigiosos, según se comprobará seguidamente; y respecto del abono dice únicamente, y ello es obvio, que se entregaron al Banco para ser abonados en la cuenta; B) porque la falta de congruencia consistente en la sustitución de los aducidos por otros hechos distintos, debió alegarse en casación por el cauce que suministra el número tercero, y no el primero, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que es en aquél donde se constituye en motivo de casación la «infracción de las normas reguladoras de la Sentencia», mientras que el primero concierne al «abuso o

defecto en el ejercicio de la jurisdicción»; y C) porque, últimamente, debiera haberse alegado la infracción del artículo 359 y no del 372 de la misma Ley, pues es en aquél donde se acoge la exigencia interna de la congruencia, mientras que en éste se regulaba la traza y forma de las resoluciones judiciales que ahora hay que buscar en el número 3 del artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los restantes motivos, o sea, los sexto, séptimo y octavo, por infracción de diversos preceptos a que se hará la oportuna referencia, todos ellos al amparo del número quinto del mismo artículo 1.692, deben ser enjuiciados a partir del fundamento de la desestimación de la pretensión indemnizatoria producida en la instancia. Frente a la dicha pretensión, esto es, a la de indemnización por el importe de los talones entregados al Banco y luego devueltos por éste, se razona que no basta para tal reclamación con la afirmación de que por la pérdida de los talones la sociedad actora ha quedado privada enteramente de todas las acciones que pudieran corresponderle contra los libradores, tanto las cambiarias como las causales, siendo ello indispensable para la estimación de la reclamación, ya que, por otra parte, el Banco no se ha lucrado. Razonamiento asumible por esta Sala, ya que la responsabilidad contractual en que se funda la pretensión no sólo requiere la existencia de la negligencia a que hace referencia el artículo 1.101, en relación con el 1.104 del Código Civil, sino también la realidad de los daños y perjuicios, por lo cual decaen estos motivos en los que se invocan los artículos 1.719 del Código Civil, en relación con los 254 y 255 del Código de Comercio para achacar al Banco el que, sin reconocimiento y previo examen de las facultades del Comisionista no debieron devolverse los talones (motivo sexto); que el depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla, por así disponerlo el artículo 1.766 del Código Civil, siendo el Banco responsable de la pérdida de los talones (motivo séptimo), y, finalmente, que no debió el Banco desprenderse de ellos, por cuanto el obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla, conforme al 1.904 del Código Civil (motivo octavo). Todo este grupo de motivos apoya en la tesis de que los efectos entregados para el abono en la cuenta corriente, no pueden serle devueltos a quien los entregó al Banco, sino que han de serle devueltos precisamente al titular de la cuenta. Desconoce esta alegación el precedente largamente aceptado por la sociedad actora de que el presentador, aun no estando facultado para disponer del saldo de la cuenta, le asistía legitimación para retirar los talones por él mismo entregados no quedaran, por incorrientes, definitivamente asentados en la cuenta. Además, aun aceptando en el marco de la cuenta la obligación del Banco de efectuar la devolución al titular de la misma y la culpa significada en la devolución a presentador no facultado para recibirla, los daños y perjuicios resarcibles en el concepto de responsabilidad contractual, no podrían cifrarse en el importe de los talones (como así se solicita, sin alegarse otros) con abstracción de las acciones derivadas de la obligación primitiva.

LETRA DE CAMBIO: PLAZO DE PRESCRIPCION EN LA ACCION PERSONAL DE CONDENÁ (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Docirina de la Sala.—El motivo primero del recurso, aunque por cauce inadecuado, ya que lo es al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil cuando lo debía ser por la causa tercera de dicho artículo, puesto que se denuncia la «infracción por violación por inaplicación de lo establecido en el artículo 359 de la expresada Ley», se fundamenta en que ejercitada por la actora la acción cambiaria derivada de su condición de último tenedor de las letras de cambio que aporta como fundamento de su pretensión la Sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, incurre en incongruencia al considerar que la acción ejercida es la causal derivada del contrato de descuento bancario que se dice concertado entre las partes; si por incongruencia hemos de entender la disconformidad o discrepancia entre suplico de la demanda o, en su caso, reconvencción y parte dispositiva o fallo de la Sentencia que se tacha de incongruente, confrontados los pronunciamientos que del juzgador se suplican con el fallo de la Sentencia, es visto se da la más absoluta conformidad, y si bien es cierto que los considerandos forman un todo con la parte dispositiva, puesto que justifican dicho fallo y pueden ser tenidos en cuenta cuando directamente influyan en el mismo en orden a ciertas estimaciones o desestimaciones que quedan fuera de no ser recurridas, del alcance o ámbito jurisdiccional del recurso, lo que no cabe entender es que la denominación o clase que la parte recurrente quiera atribuirlo a la acción ejercida vincula al juzgador hasta el punto de tener que someterse a tal dictado, cuando, por el contrario, en el ejercicio de su más amplia facultad llega a la conclusión del que es contenido efectivo de la pretensión que motiva la litis; por lo que, como ya la parte actora razonada en sus fundamentos de Derecho de la demanda habida cuenta del denominado «contrato de descuento bancario», el que en una y otra Sentencias se razone y justifique que la acción ejercitada es la derivada de sendos contratos de descuento, no cabe decir se altera la congruencia haciendo decaer el motivo.

Los motivos quinto, sexto y séptimo, del recurso, de examen previo a sus anteriores por afectar a la *questio facti*, denuncian, según se dice, «error de hecho en la apreciación», «de prueba documental», «obstante en Autos», esto es, no en el error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en Autos que demuestren la equivocación del juzgador, de la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que el error que se denuncia y, en consecuencia, por vía inadecuada, es el producido en la apreciación de prueba documental obrante en Autos, que en el primero de ellos, lo es la de los folios 110 y 111 y «más concretamente la orden de transferencia por importe de 470.000 pesetas de dichos folios» al declarar «no probada la excepción de compensación invocada por esta parte recurrente»; la del sexto, el extracto de la cuenta corriente 10.298, folio 165, al no estimar la excepción de compensación invocada por esta parte recurrente; y la del séptimo, de los documentos obrantes a los folios 60, 61, 62, 63, 67, 68, 69, 70, 160 y 167, al no haber apreciado como procede la restitución del importe del nominal más gastos de protesto de una de las letras cuyo importe reclama la entidad actora; en consecuencia se está combatiendo valoraciones de prueba de documentos, para lo cual, como se indica, no resulta hábil la vía escogida, pero es que además preciso se haría la expresa cita del precepto que se infringe al no valorar debidamente los invocados documentos, y al no hacerlo así es claro que los dichos tres motivos incurren en causa de inadmisión que en esta fase decisoria lo es de desestimación.

El segundo motivo del recurso, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción «por el concepto de interpretación errónea del artículo 950 del Código de Comercio, en relación con los artículos 459 y 516 del mismo texto legal, para lo cual sienta el recurrente «que ejercitada por los actores la acción cambiaria derivada de su condición de

tenedora de tres letras de cambio con fecha de vencimiento anterior en tres años a la presentación de la demanda, el juzgador interpreta erróneamente los precisados preceptos al establecer como plazo de prescripción el del artículo 1.964 del Código Civil», la Sentencia de primera instancia que confirma la de apelación, por lo que ha de tenerse por incorporarse a ésta los hechos declarados probados y razonamientos de aquélla, declaraba como hechos probados los de que el 13 de julio de 1973, Adolfo O. A. y su esposa, María Jesús D. V., en el Banco «X.», de esta capital (Zaragoza), procedieron a realizar apertura de la cuenta corriente número 10.298-3, de la que uno y otra podían disponer indistintamente, para ser utilizada por el demandado en operaciones de «descuento de letras», por medio de las cuales al presentar las cambiales le eran abonadas el importe de las mismas, una vez descontados los intereses y gastos, y en relación a la prescripción alegada por la demandada que no puede prosperar, ya que el demandante no insta la acción ejecutiva que nace de las cambiales, sino la acción ordinaria de condena que compete al poseedor de la cambial contra el librador y contra el tomador de las mismas, al habersele abonado el importe de las cambiales en su cuenta corriente, acción personal cuya prescripción lo es a los quince años conforme al artículo 1.964 del Código Civil; ello ratificado por la Sentencia de segunda instancia a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1984, sobre acciones documentadas en letras de cambio, que ni son cambiarias ejecutivas ni hechas valer en juicio ordinario como tales, sino como derivadas de sendos contratos de descuento, por lo que no puede prevalecer la gratuita y arbitraria afirmación de la parte recurrente de tratarse del ejercicio de una acción cambiaria, como base de la alegada interpretación errónea que consecuentemente ha de fracasar haciendo decaer el motivo; como lo ha de ser el tercero al denunciar bajo igual amparo la infracción por violación de lo establecido en el artículo 1.214 del Código Civil y doctrina sentada en las Sentencias que se citan, demostrado, como lo ha sido por el actor hoy recurrido, las fechas de las que deriva la acción ejercitada, como con todo acierto ha entendido el juzgador de instancia.

El motivo cuarto del recurso, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque se produce con gran confusión, puesto que se denuncia en principio la infracción por violación del artículo 970.2 del Código Civil que regula materia totalmente ajena a la discutida, para relacionarlo con el 950 del Código de Comercio, ya objeto de atención en otro motivo, y, por último, traer a colación el 1.170.2 del Código Civil, del que se termina denunciando su violación, es que, en verdad, la cuestión que se trae el recurso lo es la obligación por parte del actor de presentar el crédito al cobro y realizar los actos consecutivos del mismo, toda vez que en caso de dejar se perjudiquen los efectos no pagados, el descontatario queda liberado de su obligación de devolver la suma percibida, hay de calificar de nueva, puesto que ni fue objeto de controversia en la litis, ni objeto de atención y resolución en la Sentencia y por ello vedada de acceso a la casación, haciendo que el motivo sea desestimado.

Los motivos octavo y noveno, últimos del recurso, al denunciar, respectivamente, por la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la interpretación errónea del artículo 1.196 del Código Civil y la violación de 1.156, párrafo primero, del propio Código, en cuanto resulta acreditado la existencia de créditos en dinero metálico a favor del recurrente contra la entidad actora, debió ser deducido del monto total reclamado, como el que, resultando que la entidad bancaria actora se reintegró del importe de una de las letras de cambio, esto no obstante se reclama su importe, y tal en efecto resultaría de

haberse estimado los motivos que en orden a la *quaestio facti*, fueron formulados, mas al no haber sido así, el recurrente no hace sino supuesto de la cuestión determinante del fracaso de dichos motivos.

SOCIEDAD CIVIL O IRREGULAR: EFICACIA DE LOS PACTOS ENTRE LAS PARTES. TRANSMISION DE LA PROPIEDAD DE LAS APORTACIONES (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Para la mejor comprensión y fallo del presente recurso han de consignarse los siguientes antecedentes: A) En 15 de enero de 1974, don Victorino R. C. y su esposa celebraron contrato en documento privado con don José Antonio O. G., mediante el cual le cedían unos solares, comprometiéndose el último a entregarles el 33 por 100 de todas las ventas que se efectuasen del edificio que se comprometía a construir en un plazo de cinco años a partir de la obtención de la licencia de obras, sin que tal porcentaje fuese nunca inferior a 10.000.000 de pesetas, debiendo también adjudicarse a los propietarios del solar el local número 1 y dos plazas de garaje, estableciéndose de modo literal, al final de la cláusula segunda, que «el 67 por 100 que reste de las ventas de todo el edificio será propiedad del señor O. G.», a cuyo cargo corrían todos los gastos de la construcción, como materiales, mano de obra, licencias de obras, etc., debiendo terminarse el edificio a los dieciocho meses de la obtención de la última, para todo lo cual el señor R. había de facilitar al señor O. un amplio poder y todas las ventas que se realizasen llevarían su visto bueno, viniendo obligado el señor O. a facilitar al señor R. mensual información de la marcha de la obra y gestiones realizadas, correspondiendo al último facultades de inspección. B) Otorgadas las escrituras de obra nueva y división horizontal; vendidos todos los pisos y solares, salvo la planta de sótano dedicada a garaje y los locales números 3 y 4 de la escritura, correspondiente a los números 2 y 3 de la planta baja; dado el fallecimiento del matrimonio titular del solar, y como en el Registro figurase inscrito todo a nombre de sus herederos doña María del Carmen y doña Cristina R. G., las demandó el señor O. para que se declarase que era dueño de una participación indivisa del 67 por 100 y le otorgasen en escritura pública la parte indivisa de su propiedad. C) Opusieron las demandadas que el contrato celebrado no constituía título traslativo alguno de propiedad, siendo su naturaleza la de un contrato de sociedad, civil irregular, particular y que había de regirse por las normas de la comunidad de bienes, en la que cada socio conserva la propiedad de sus aportaciones, así como que aún no se les habían adjudicado las dos plazas de garaje y que los dos locales que se decía quedaban por vender lo habían sido a su padre, señor R., por lo que pedían la desestimación total de la demanda, subsidiariamente la parcial, por no ser procedente la escrituración a favor del demandante del 67 por 100 de los locales comprados por el señor R., ni del local destinado a garaje, por deberse deducir las dos plazas de aparcamiento que a su favor debían adjudicarse, pero con carácter preferente a todo ello solicitaban que se declarase resuelto el contrato privado por haber incumplido sus obligaciones el señor O., al no haber liquidado en el plazo de cinco años el 33 por 100 de la participación correspondiente a su padre, señor R., estableciéndose como

penalidad la pérdida de todos los gastos y obras realizadas, que pasarían a ser propiedad de las demandantes de contradicción. D) Por el Juzgado de Primera Instancia número 15 de los de Madrid se dictó Sentencia, en 16 de junio de 1984, desestimando la reconvencción y condenando a las demandadas al otorgamiento de la escritura de adjudicación de 67 partes sobre 100 en la indivisión de los locales y del garaje, esto último una vez se les adjudicasen dos plazas en el mismo. E) Recurrieron doña María del Carmen y doña Cristina, y la Audiencia Territorial, en Sentencia de 9 de junio de 1986, confirmó íntegramente la del Juzgado, apreciando la prueba en su conjunto y dando por reproducidos sus razonamiento y fundamentos de Derecho. F) Contra esta última Sentencia se interpuso el recurso de casación, en el que ya no se alude a la demanda reconvenccional.

El primer motivo del recurso, al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error en la apreciación de la prueba y señala a dichos efectos el contrato de 15 de enero de 1974, consistiendo el error en entender que el mismo contenía una fórmula expresa para repartir entre los contratantes aquellas partes del edificio no vendidas a tercero, debiendo hacerse constar en la Sentencia que en aludido contrato las partes «no dejaron prevista fórmula alguna para la disolución y liquidación de la sociedad civil que entre ellas constituyeron». El considerando tercero del Juzgado dice literalmente: «La verdad es que si los contratantes pusieron un terreno y otro industria de construcción para vender lo que se construyese y repartir entre sí el precio, convinieron lo que el artículo 1.665 del Código Civil llama contrato de sociedad. Está claro que esta sociedad no tenía por objeto directo e inmediato repartirse la propiedad de lo edificado, sino el precio de la venta. Pero si no se vende, algo hay que hacer con lo edificado. Y lo normal es repartirlo en las proporciones convenidas del 33 y 67 por 100. Y esto es lo que se consignó en el último párrafo de la estipulación segunda, que dice así. 'El 67 por 100 que reste de las ventas de todo el edificio será de propiedad del señor O.', por más que la redacción —como lo es de todo el contrato— no son inmejorables»; abundando en lo expuesto, el juzgador de instancia considerada que tal solución es además la adecuada a la justicia y naturaleza del contrato que se concertó, pues la resolución sería imposible en un contrato que no es sinalagmático y habría de llevar y devolver a unos su terreno y a otros su construcción, lo que no es factible; y como estima que las dos partes en litigio entienden llegado el fin del contrato por operación de la cláusula segunda, es claro que descartaba la penalización de perder la obra, no puede llegarse a otra consecuencia que el repartimiento de lo construido, todo lo cual aparece conforme con la doctrina sentada por esta Sala de que la aplicación de las normas relativas a la comunidad de bienes en las sociedades civiles sin personalidad, por ser irregulares, ha de entenderse limitada al sustrato material o fondo común formado por los socios, al que sin duda pueden ser llevadas aportaciones con finalidad traslativa, perdiendo su titularidad exclusiva el aportante por virtud del pacto social, con plena fuerza vinculante en las relaciones internas (Sentencia de 3 de abril de 1982), que es lo ocurrido aquí, dado que resulta de imposible separación el solar de lo en él edificado, por venir a formar un todo unitario, pudiendo pedirse por cualquier socio la disolución al no haberse señalado a la sociedad término de duración ni resultar éste de la naturaleza del negocio, surgida una postura inconciliable en cuanto a la venta y posterior reparto del precio, debiendo tenerse en cuenta que la disolución a efectos *inter partes* puede tener lugar, además de todas las causas señaladas en el artículo 1.700 del Código Civil, por el mutuo disenso, que no se ataca en el

motivo. Y si estas razones aparecen ajustadas a la lógica, la apreciación probatoria pertenece a la Sala de instancia, se ha verificado de manera conjunta, no siendo lícito en casación desarticulada, destacando una probanza aislada para sacar conclusiones distintas a las deducidas de dicho conjunto, cual establece la jurisprudencia de modo reiterado y constante, claro es que el motivo tiene que ser desestimado, por pretender, además de una valoración, que constituye materia ajena a este número 4 del artículo 1.692, cual viene a reconocer el recurrente en el motivo segundo, en el que, ya por el número 5 del propio precepto procesal, aduce violación del ordenamiento jurídico por inaplicación del artículo 1.283 del Código Civil, que impide entender comprendidas en el contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar, sin que pueda inferirse de los términos del contrato la voluntad de las partes de mantener en comunidad o en proindivisión los elementos del edificio enajenados a tercero, motivo que ha de parecer igualmente porque no se ataca la afirmación del juzgador de que las discrepancias surgidas entre las partes revelan una intención liquidatoria (llámesela revisión o resolución, según las partes) y hecha referencia a la creación de un todo unitario, que lleva implícito un fondo común formado por los socios, de manera que sus aportaciones forzosamente implican una finalidad traslativa, con pérdida de la titularidad exclusiva de lo que cada uno ha aportado, deviene lógica, racional y ajustada a las reglas de la zona crítica la interpretación contractual de la Sala de instancia, cuyo resultado ha de prevalecer en casación, al no estar en pugna con las pautas legales señaladas para la tarea hermenéutica (Sentencias de 31 de enero 12, 13, 21, 25 y 28 de febrero, 20 de marzo, 25 y 29 de abril, 9 de mayo, 12 y 15 de julio, 6, 20 y 22 de octubre, todas de 1986, por citar alguna de las más recientes), siendo la solución adoptada la única manera justa de llevar a cabo la liquidación, por todo lo cual también este motivo ha de perecer.

El tercer motivo, por el mismo ordinal del artículo 1.692 de la Ley procesal que el anterior, denuncia violación por inaplicación del artículo 1.669, párrafo segundo, del Código Civil, y mantiene que al ser la sociedad irregular, con pactos secretos, sin que hubiere un contrato traslativo del dominio, dicho párrafo segundo obligaba a aplicar las normas de la comunidad de bienes, conservando cada socio la propiedad de sus aportaciones mientras subsista la sociedad. El decaimiento del motivo se produce por hacer supuesto de la cuestión y contemplar una realidad contraria a la que tienen en cuenta el Juzgado y la Audiencia Territorial, según los cuales: se está en periodo liquidatorio por mutuo disenso y haber desaparecido la *affectio societatis*; hubo traslación de dominio al crearse un fondo común inseparable y la única forma de realizar la liquidación es la contemplada, acorde con el último párrafo de la estipulación segunda del contrato, cuando dice que el 67 por 100 que reste de las ventas de todo el edificio será de propiedad del señor O. G.; y es que los pactos secretos no vinculan a terceros, sino exclusivamente a quienes los concertaron, con posibilidad de que éstos, entre sí, puedan reclamar lo que de los mismos se derive y las circunstancias exijan, aunque sin afectar a dichos terceros, según doctrina también constante de esta Sala, produciendo lo expuesto, como consecuencia natural, que el cuarto motivo no siga mejor suerte (alega inaplicación del artículo 1.708 del Código Civil), al no concurrir el supuesto fáctico contemplado en el mismo, dado que el señor O. no aportó sólo su trabajo o industria, sino también bienes materiales que se unieron de modo inseparable al terreno aportado por el señor R., constituyendo un todo unitario, que obligaba a la liquidación del saldo en la forma que se llevó a cabo.

El último motivo denuncia violación, por inaplicación del artículo 1.253 del Código Civil y pretende que se tenga por acreditada la venta de los locales litigiosos al señor R., derivándolo de unas notas privadas reconocidas por el señor O. como de su puño y letra, pero prescindiendo de las afirmaciones fácticas verificadas por el juzgador de instancia de que la realidad resultante de la prueba no recoge esa transmisión de la propiedad y que «por la apelante no se ha acreditado la adquisición y pago del 67 por 100 de los locales números 3 y 4 objeto de la litis». Si, pues, la presunción, como consecuencia, ha de resultar de modo lógico, natural y razonable y la determinación del nexo directo constituye un juicio de valor que está reservado al Juez y hay que respetar en tanto no se acredite su irrazonabilidad (Sentencias de 7 de marzo, 10 de marzo y 14 de julio de 1983); si las notas dichas pueden tener un carácter equívoco, es claro que no se da el enlace preciso y directo según las reglas de la sana crítica para deducir la existencia de una compraventa consumada, en la que suele concurrir —más tratándose de inmuebles— un documento escrito y firmado por las partes, pero no unas notas simples sin firma, que pueden revelar unos meros propósitos en el iter contractual, sin que el negocio jurídico llegue a nacer.

SOCIEDAD CIVIL. APORTACIONES COMUNES PARA HACER FRENTE A LOS GASTOS DE INSTALACION DE UN NEGOCIO (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Promovida por don Justo F. T., ante al Juzgado de Primera Instancia de Ribadavia, demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don Francisco F. V. y don José A. O., sobre reconocimiento del carácter de socio y rendición de cuentas, con fecha 28 de febrero de 1986 recayó Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado el 9 de marzo de 1982, se estimaba la demanda, Sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otras, las siguientes conclusiones fácticas: A) Que está claramente probado que a mediados de 1976 el demandado, don Justo F. T., y los demandados, don Francisco F. V., ya fallecido, y don José A. O., celebraron un contrato verbal para establecer una sala de fiestas-discooteca en el sótano de la casa número de la calle, de Ribadavia, propiedad del segundo, y destinado hasta entonces a simple sala de bailes públicos, y repartir entre sí las ganancias obtenidas, a cuyo objeto emprendieron inmediatamente importantes obras de adaptación del local; lo amueblaron, adquirieron una máquina registradora, otra para fabricar cubitos de hielo, etc., haciendo frente a los consiguientes gastos por terceras partes iguales, y así se vinieron repartiendo las ganancias, desde la inauguración de la discooteca, el 4 de septiembre de 1976, hasta mediados de junio de 1979, en que el señor F. V., que era quien, de hecho, la administraba, apartó del negocio al actor, pagándole el carácter de socio.

El motivo único del recurso se ampara en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia aplicación indebida del artículo 1.665 del Código Civil, así como de su interpretación jurisprudencial, pretendiendo que la existencia del contrato de sociedad exige la concurrencia de elementos

personales, así como reales, como la aportación y consiguiente formación de un patrimonio común, que, en el presente caso, se entiende no aparece probado y apoya su tesis en la sustentada por la resolución emanada del juzgador de primera instancia, motivo éste de imposible aceptación de una parte, porque, dándose como probado por la resolución recurrida —la de la Audiencia Territorial— que tanto el actor como los demandados, tras de celebrar un contrato verbal para establecer una sala de fiestas-discotheca, hicieron frente a los gastos necesarios para ello por terceras partes iguales, con lo que se da por sentada la aportación de un patrimonio común, conclusión fáctica ésta que, al no haber sido convenientemente atacada al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hace devenir inmutables tales hechos, a los que resulta de obligada aplicación el precepto del artículo 1.665 del Código Civil, y, por otra parte, no cabe aceptar la tesis subyacente en este motivo, en el que se pretende, repetimos, que a través de una vía no apropiada para ello, como es la del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sustituir la apreciación probatoria de la Audiencia Territorial por la del Juzgado de Primera Instancia, más favorable al recurrente, quien no tiene en cuenta que el juzgador de apelación se enfrente con la litis en una forma análoga al de primera instancia, pudiendo y debiendo por sí mismo apreciar libremente las pruebas practicadas y primando su criterio valorativo de la prueba sobre el que hubiese podido sustentar el juzgador *a quo*, por todo lo cual procede desestimar este único motivo.

COMPRAVENTA DE ACCIONES CON ASUNCION DE DEUDAS. ALCANCE DE LA ASUNCION. CARGA DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La esencia del litigio objeto del presente recurso tiene su origen en el contrato celebrado el 25 de junio de 1983 entre don Francisco F. G. y don Antonio B. V., en el que el último, como consecuencia de la transmisión de unas acciones realizada a su favor por el primero, «se hace cargo en su totalidad de todas las deudas y riesgos que después se dirán, que compete a la entidad mercantil 'Triturados S. J., S. A.', quedando por ello los señores cónyuges, don Francisco S. G. y doña Rosa M. S., desde este momento (*sic*), de cuantas cargas suponga referida entidad, asumiéndola en su totalidad de la que les libera el señor B. V. Los riesgos que asume desde ese momento el señor B. V. son los siguientes: cuantas deudas y obligaciones tienen los cónyuges vendedores con 'Trituradores U., S. A.'; 'D., S. A.'; 'Cooperativa de P'; la póliza que tienen mancomunada de 10.000.000 de pesetas, suscrita con el 'Banco Popular Español, S. A.', Oficina X, como titular de 'Triturados S. J., S. A.'; cuenta corriente, asimismo mancomunada, a nombre de 'Triturados S. J., S. A.', número 60-05824-4 en la oficina de X., en el 'Banco Popular Español, S. A.'; cuantos riesgos pueda tener en cuanto a la Seguridad Social de 'Triturados S. J., S. A.'; con la Compañía Sevillana de Electricidad; Compañía Telefónica Nacional de España; Delegación o Ministerio de Hacienda; o cualquier otro en general que pueda ocasionar, todo ello relacionado con la mencionada entidad mercantil 'Triturados S. J., S. A.', incluso las letras libradas por 'Triturados S. J., S. A.', y avaladas por el señor F., o endosadas», incluyéndose otras obligaciones que no hacen al caso, pero espe-

citicándose que don Francisco F. G. y doña Rosa Josefa M. S. «desde este momento dejan de ser socios de la tan mencionada entidad mercantil 'Triturados S. J., S. A.', al asumir el señor B. todas sus obligaciones y derechos». Don Francisco F. G., en marzo de 1984, presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Huércal-Overa en súplica de que se condenase al señor B. a que le pagase 17.000.000 de pesetas, al considerar que éste había incumplido el contrato, lo que le había obligado, para hacer frente a los incumplimientos, a suscribir con el Banco Popular Español, sucursal de X., una póliza de cuenta de crédito con garantía personal por importe de 5.000.000 de pesetas y otra póliza de préstamo con superposición de garantía hipotecaria por importe de 12.000.000 pesetas, acompañando al efecto dos certificaciones, expedidas por Apoderado-Interventor de la sucursal de tal Banco, en las que literalmente se dice, en la primera, «que con fecha 23 de noviembre de 1983 le fue concedida a don Francisco F. G. una operación de crédito bajo la modalidad de póliza de cuenta de crédito con garantía personal, por importe de 5.000.000 (cinco millones) de pesetas, con el fin de que dicho señor pudiese asumir la parte de la deuda que, avalada por el señor F. G. la social 'Trituradores U., S. A.', poseía con el Banco Popular Español; consistente en la parte proporcional de una póliza de cuenta de crédito de la que le corresponden 650.000 pesetas y en un aval por importe de 3.800.000 pesetas, para amparar cualquier operación que 'Trituradores U., S. A.', realizara con el Banco Popular Español, destinando el resto de este crédito a pagar parte de las letras cedidas al Banco Popular Español, por el riesgo del señor F. G., se descontaron a cargo de 'Trituradores U., S. A.', resultando impagadas» 1; y la segunda, «que ha sido formalizada a don Francisco F. G. una póliza de préstamo con superposición de garantía hipotecaria, por importe de 12.000.000 (doce millones) de pesetas, con el fin de que dicho señor pudiese asumir la parte de deuda que tiene contraída con el Banco Popular Español, y originada por las letras que cedidas por él y descontadas a cargo de 'Trituradores U., S. A.', resultaron impugnadas a su vencimiento. Las mencionadas letras fueron endosadas por 'Triturados S. J., S. A.', al señor F.». El Juzgado desestimó la demanda en Sentencia de 28 de enero de 1986 y la Audiencia Territorial de Granada, por la suya de 23 de diciembre del propio año, confirmó la de dicho órgano unipersonal, salvo en la imposición de costas. Contra la Sentencia de apelación se interpuso recurso casacional.

Cual se hizo en Sentencia de 11 de abril de 1988, antes de entrar en el examen de los motivos planteados, conviene dejar sentado, con carácter general, que es doctrina reiterada y constante de esta Sala, consignada en innumerables Sentencias —por ello de ociosa cita—, que la nueva normativa dada por la Ley de Reforma Urgente de la de Enjuiciamiento Civil, 34/1984, de 6 de agosto, no ha introducido una impugnación abierta y libre que haya de prevalecer sin cortapisa alguna sobre lo acordado por el Tribunal de Apelación, con auténtica potestad en la apreciación de la prueba y pervivencia de su libre valoración de la misma, salvo que se acredite haber incidido en ilegalidad o notoria falta de lógica, dado que el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia que permita nuevas exégesis parciales, inspiradas en intereses subjetivos y partidistas, frente al criterio objetivo y desinteresado de los órganos jurisdiccionales; tampoco cabe hacer supuesto de la cuestión, ni desarticular la prueba cuando se ha apreciado de forma conjunta; el error de hecho ha de desprenderse clara y limpiamente de documentos que obren en Autos y tengan literosuficiencia, es decir, sin necesidad de exégesis, interpretaciones, deducciones o inferencias; y, en fin, la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurispruden-

cia ha de formularse con la debida separación, en distintos motivos, sin mezclar preceptos heterogéneos.

El primer motivo se formula al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; denuncia, pues, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en Autos, demostrativos, para la recurrente, de la equivocación en que incide el juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. En el desarrollo, cita el documento de 25 de junio de 1983 y la validez que le reconoce el Tribunal de Instancia al decir «que en el caso de que el señor F. haya satisfecho cantidad para cumplir las obligaciones que asumiera el señor B., aquél tiene acción contra éste para reintegrarse de lo pagado», impugnando después el que no se consideren como prueba las certificaciones bancarias, pues si el contrato se dice que los riesgos asumidos por el demandado eran «cuantas deudas y obligaciones tienen los cónyuges vendedores con 'Trituradores U., S. A.', ...», y que otro riesgo que asumía el demandado era la póliza que existía con el Banco Popular Español de la que era titular «Triturados S. J., S. A.», no se puede estar de acuerdo con la afirmación de la Sentencia de que «no se sabe si los 17.000.000 concedidos a crédito se corresponden exactamente con la cantidad que el señor F. tiene de derecho a repetir». El perecimiento del motivo es obligado, sin que la razón para ello pueda expresarse con mayor claridad que lo que sigue diciendo la Audiencia: «...sería en todo caso preciso, para satisfacer la exigencia probatoria del artículo 1.214 del Código Civil, a prueba de todas y cada una de las obligaciones a que ha hecho frente el señor F., así como de su montante económico y de que estaban comprendidas, por su tiempo y por su origen, entre las asumidas por el señor B. en el mencionado documento»; de las certificaciones expedidas por el Banco no se desprende con literosuficiencia, de forma clara, limpia, sin necesidad de hipótesis o inferencias, ni en *montante*, ni el *tiempo*, ni el *origen* de las obligaciones satisfechas por el señor F., única forma de saber si le correspondían al señor B. y se habían incumplido por éste, extremos no salvados por el recurrente con la pregunta que se formula (¿cómo iba a suscribir los citados créditos el actor así por las buenas?), pues ello revela, ya que acude a esas hipótesis, inferencias, deducciones o interpretaciones que se han de rechazar, pues en Derecho no es suficiente hacer alegaciones: hay que probar lo que se afirma. La confesión no puede fundamentar este motivo.

No mejor suerte ha de seguir el motivo segundo, amparado en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que acusa infracción por inaplicación «del contenido de los artículos en que fundamentábamos nuestra demanda y, no eran otros, que los referentes al cumplimiento de las obligaciones y contratos». Sobre que no ha variado la realidad fáctica tenida en cuenta por el Tribunal de Instancia, no se cumplen las exigencias rituarias, pues la conjunción de normas del ordenamiento jurídico sin la adecuada separación la tiene vedada la doctrina jurisprudencial, por cuanto proyecta confusión en el razonamiento de la pertinencia y fundamentación del motivo, que es obligación insoslayable del recurrente, como afirman el artículo 1.707, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las Sentencias, entre otras muchas, de 14 de marzo, 25 de abril, 24 de mayo y 9 de diciembre, todas de 1985. Por último, en la demanda sólo se citan el artículo «1.088 y siguientes» y «el artículo 1.254 y siguientes», siendo así que en la Sentencia recurrida se reconocen la existencia y validez del contrato y de las obligaciones que constituyen su objeto, si bien no estima probado que lo que se demanda constituya su contenido.

HIPOTECA EN GARANTIA DE LETRA DE CAMBIO. EFICACIA EN CASO DE ENDOSO DE LA CAMBIAL (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró si haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—El procedimiento a que se contrae el presente recurso fue promovido por los señores B. J., que por escritura pública de 3 de febrero de 1979, habían constituido, representados por el señor S. P., hipoteca para garantizar a doña María Luisa P. R. el buen fin de determinadas letras de cambio libradas por dicha señora, aceptadas por los señores B. J. y giradas a la orden del señor S. P. En dicha escritura de hipoteca se hacía una detallada relación de las características de las letras de cambio que en número de 14 y por un importe de 12.000.000 de pesetas venían a integrar el título crediticio garantizado, por lo que el Notario hizo constar al dorso de las mismas la garantía hipotecaria que aseguraba su pago con las indicaciones precisas para conocimiento completo del respaldo inmobiliario referido. La demanda de la presente litis tiene como objeto la declaración de nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, instado por el acreedor cambiario, que a la sazón era el endosatario de dichos efectos mercantiles don Germán M. V., por carecer de la condición de acreedor hipotecario, y por defectos en la escritura de constitución de la hipoteca, así como la de carecer las cambiales de valor en orden al ejercicio de la acción hipotecaria ejercitada; con causas todas ellas, en definitiva, encaminadas a lograr la nulidad del procedimiento especial de ejecución de que se ha hecho mérito, como acertadamente expone el Juez de Primera Instancia, en su Sentencia, por cualquiera de las objeciones que opone a su desarrollo y culminación con la realización del valor de los bienes constituidos en garantía del pago de dichas cambiales. Como quiera que la demanda fue rechazada por dicho juzgador de primer grado y en apelación fue revocada, es el ejecutante endosatario de las letras de cambio el promovente de este recurso extraordinario.

Por razones de brevedad, claridad y utilidad, dada la específica naturaleza del supuesto que se contempla en el recurso, han de analizarse conjuntamente los cuatro primeros motivos por su íntima conexión, como se verá a continuación. En efecto, el primero, amparado en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa el error en la apreciación de la prueba señalando una serie de documentos obrantes en los Autos de los que pretende poner de relieve tal error. Como quiera que los principios de especialidad y publicidad, características del orden inmobiliario, han de verse cumplidos para la eficacia del negocio jurídico aquí contemplado, quiérese decir, que en cuanto a terceros, como lo es en el orden cambiario el hoy recurrente, no puede apoyarse para establecer el *factum* de la controversia suscitada, en documentos que no sean los mismos que sirvieron de títulos para iniciar el procedimiento especial de ejecución cuya nulidad se demanda en este procedimiento declarativo; es decir, las letras de cambio y la escritura de constitución de la hipoteca previamente inscrita en el Registro de la Propiedad, porque en torno a ellos y sólo a ellos, sobre los que giran las determinantes de la idoneidad o no del proceso del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Por ello, el motivo primero no puede prosperar, porque procesalmente queda desplazado el *punctum pruriens* del tema controvertido a un problema de interpretación de los textos literales y de la intención de las partes al suscribir tan excepcionales y trascendentes documentos. Por ello,

ha de entrarse seguidamente al análisis de los motivos segundo, tercero y cuarto, que por el cauce del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusan la violación de los artículos 1.281-2.º y 1.282 del Código Civil, del artículo 1.285 del mismo cuerpo legal y del artículo 1.288 también del Código Civil, respectivamente, y sobre tal materia claramente ha de entenderse, o sobreentenderse, que quien firma una letra de cambio —dada su condición objetiva de acto mercantil, con abstracción del carácter de las personas que en ella estampan sus firmas (art. 443 del Código de Comercio), y por su configuración de título o contrato formal y abstracto— queda sujeto a las consecuencias legales inherentes a esa configuración formal y abstracta que imponen por su propia esencia una rigidez de comportamientos que no es posible eludir; y así tenemos que la propiedad de las letras «se transferirá por endoso», es decir, imperativamente (art. 461 del Código de Comercio y art. 14 de la Ley de 16 de julio de 1985), y siendo como es la letra de cambio el paradigma de los títulos a la orden, vehículo jurídico usual en el tráfico mercantil con unos privilegios sustantivos y procesales fruto y consecuencia de su condición de título formal y abstracto, como ya se ha dicho, es, por tanto, el instrumento más adecuado y asequible para las gentes para su utilización como medio de pago o de concesión de crédito; de aquí ha de deducirse, que si se libraron unos cambiales que aceptaron los señores B., no cabe interpretar una intención que comportara una merma de la disponibilidad y transmisibilidad de esos títulos constancial a su naturaleza mercantil, por lo que consecuentemente si firmaron unas letras en las que se embebía un reconocimiento del adeudo de sus respectivos importes, al hacerlo en este instrumento de crédito, era aceptando esa disponibilidad y transmisibilidad que a este documento al uso le es inherente. Ahora bien, lo que acontece es que a pesar de esos privilegios de que está investida la letra de cambio, la dificultad de su buen fin surge en el momento de hacerlo viable hallando bienes o derechos en los que hacer trance y remate de la responsabilidad que la desatención del crédito incorporado a la letra conlleva, y de ahí, que para corregir ese defecto que incuestionablemente resta confianza a dicho título-valor, se auspicien garantías que ya de primera mano ofrezcan y señalen efectos patrimoniales en los que hacer materialmente asequible el cobro de lo adeudado, y para ello nada más positivo que la hipoteca de bienes que los sujetan en forma inequívoca a cumplir ese destino de cubrir las deudas cartularias que quedan, definidas, concretadas y especificadas con adscripción plena y mutuo detalle en uno y otro documento, de suerte que siendo instrumentos distintos pero con una misma y única finalidad, no cabe enjuiciar con amplitud el problema que aquí se contempla, sino con una visión de conjunto que al Registrador de la Propiedad le está vedado por no poder calificar, al no estar sometido a su ámbito profesional más que uno de los instrumentos operantes en este negocio jurídico. En conclusión, que la intención de los contratantes, vertida en la suscripción de las letras de cambio y otorgamiento de la escritura de hipoteca, no podía ser otra que la de facilitar el éxito de cobro de aquéllas sujetando de antemano bienes concretos a tal menester y sin que pueda entenderse que la hipoteca estaba estrictamente constituida en forma personal a favor de la libradora de las letras de cambio, pues para garantizar a dicha libradora el pago de la deuda con la sola escrituración de la hipoteca era suficiente, sin necesidad de incorporar su crédito a unos títulos esencialmente transmisibles, por lo que al coincidir la voluntad negocial en la firma de estas dos clases de documentos, implícitamente se transmite la garantía hipotecaria a los títulos cuyo crédito incorporado a ellas se protegía en su buen fin con aquella garantía, tanto más que el propio derecho real de hipo-

teca también es sustancialmente transferible. La firma, por tanto, de la escritura de hipoteca y de las letras de cambio, verificada en acto conjunto, con expresión en la escritura de todos los datos y características de los títulos-valores garantizados y la mención detallada de la garantía constituida para su buen fin en los propios títulos-valores, ha de hacer prevalecer la tesis de que la intención de las partes y la virtualidad que surge de esos documentos con trascendencia coincidente, era la de que el derecho de hipoteca se transmitía sucesiva y paralelamente a la enajenación que pudiera operarse en dichos títulos-valores, aunque por una redacción quizá poco afortunada, pero desmentida por la propia naturaleza del negocio que proyecta un conocimiento claro de la intención de las partes al elegirlo entre otros que pudieran ofrecer una garantía inmobiliaria para el simple pago de una deuda dineraria, se hiciera constar que la hipoteca se constituía para asegurar el pago de las cambiales a la libradora doña María Luisa P. R., cuya constancia personal era simple punto de partida para las transmisiones de los efectos cambiarios que conferirían la titularidad del crédito a personas obviamente ignoradas; y al no hacerse una interpretación de la escritura de hipoteca en el considerando tercero de la Sentencia recurrida en el sentido expuesto, que es el más acorde y lógico en función de la naturaleza, finalidad o instrumentos jurídicos utilizados para cumplirla, según la voluntad de las partes contratantes que querían no garantizar el pago de una deuda dineraria cualquiera, sino señalar de primera mano bienes en los que hacer efectivo el buen fin de una deuda cambiaria, sujetándolos a tal menester como medida arbitrada a tal efecto sin necesidad de indagar en el patrimonio de los deudores, ha lugar a la estimación de esos tres motivos —segundo, tercero y cuarto— del presente recurso.

Los motivos quinto y sexto, por vía del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncian, respectivamente, la violación de los artículos 1.523 del Código Civil y el artículo 150 de la Ley Hipotecaria por inaplicación y por aplicación indebida del artículo 149 de este último texto legal. Ambos motivos se beneficiarán con una exégesis conjunta, dada la común aplicabilidad de las consideraciones siguientes. Por lo razonado en el fundamento jurídico precedente se viene en perfecto conocimiento de que la situación contemplada en estas actuaciones queda enmarcada en el artículo 150 de la Ley Hipotecaria y artículos 242 y 244 de su Reglamento, dada la naturaleza paradigmática ya expuesta de la letra de cambio como título-valor a la orden y, por lo tanto, de su transmisibilidad por endoso, también señalada anteriormente, y no se comprende cómo en los tiempos presentes, y con singular obediencia a lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, pueda dudarse de que el artículo 150 de la Ley Hipotecaria no comprenda en una interpretación incluso de pura semántica a los efectos cambiarios, pues la tesis contraria incide en el defecto, desde luego, en distinguir donde la norma no distingue; por ello, para que las letras de cambio, que no pueden ser títulos de peor condición jurídica que los demás títulos-valores, por ejemplo, las obligaciones al portador, cuya transmisibilidad rápida y constante en el mercado bursátil, no es compatible con una expresión o publicidad registral paralela del titular del crédito que comportan en cada momento y situación, es suficiente, decimos, con que consten en el Registro con el suficiente detalle los títulos que incorporan el crédito cuyo pago se garantiza con la hipoteca y más en el supuesto de las letras de cambio en que ya en la propia inscripción consta el primer acreedor eventual del mismo que es el librador y el otorgamiento y celebración de un negocio en estas condiciones hace presuponer, salvo que otra cosa se disponga expresa y claramente en contrario, que igualmente estarán legitimados los sucesivos tenedores de las letras en la

cadena de endosos, situación ésta de legitimación no sólo cambiaría, sino de ejecución hipotecaria, que no le es dable conocer ni calificar al Registrador de la Propiedad, sino al órgano judicial, que, con visión de conjunto, ha de examinar no sólo la escritura de hipoteca cuya calificación inicial por el Registrador determinó su inscripción, sino la de los títulos-valores cuyo crédito incorporado garantiza aquel derecho real, cuyos documentos integradores de esa acción ejecutiva cambiaría o de la acción hipotecaria, como en este caso, escapa del ámbito calificador registral, pero que por ser complementario como elemento integrador imprescindible de la acción hipotecaria, requiere y exige una conexión tal con el Registro que, salvo el nombre propio y domicilio del tenedor del momento y ejecutante, conste todos los detalles de los títulos-valores cuya materialidad de posesión es exigencia de su naturaleza de tal (tanto endosables como al portador), como prenda del éxito de la acción ejercitada. Por eso, aquí que *mutatis mutandis*, dada la diferencia de clase de los títulos-valores parangonados, se ha cumplido por el Notario, que en la biología del negocio jurídico examinado, ha tenido la visión de conjunto de los instrumentos utilizados jurídicamente al buen fin del negocio propuesto por los contratantes y dado fe de su adecuación a esa biología negocial que se ofrece en el ordenamiento jurídico, con los requisitos del artículo 154-2.º tanto en la escritura de hipoteca como en la diligenciación de las letras de cambio que cubría con seguridad dicho derecho real, ha de consignarse que no es de aplicación ni el artículo 149 ni el artículo 151 de la Ley Hipotecaria, sino su precedente como trasunto fiel a la disposición contenida en el artículo 1.528 del Código Civil. En consecuencia, si la hipoteca y los títulos-valores que aquélla garantiza en su plena satisfacción, están perfectamente individualizados en la inscripción registral y en éstos está diligenciada fehacientemente tal garantía y su conexión con el Registro de la Propiedad, si además se cumplen en cuanto a las letras los requisitos de la legislación mercantil en punto a su validez y corrección y se acredita en la forma exigida por tal legislación su falta de pago, el tenedor eventual legítimo, según la cadena de endosos, está igualmente legitimado para promover tanto la acción cambiaría como la hipotecaria, ya que en último término quienes son responsables ante los sucesivos tenedores del pago de las cambiales son por este orden, si bien solidariamente, el librador y el librado-aceptante que como último y fatal responsable señaló y sujetó bienes propios para hacer útil el privilegio un tanto teórico de la letra de cambio, pues de otra suerte se verían defraudados los sucesivos titulares de las letras en sus legítimos derechos, por lo que incide la Sentencia recurrida en desajuste con el ordenamiento jurídico.

ABORDAJE. PRODUCIDO POR BUQUE MARROQUI: LEGISLACION APLICABLE. PRUEBA DEL ABORDAJE. VALORACION DEL DAÑO. LEGITIMACION PARA RECLAMAR DAÑOS DE LOS ENSERES DE LOS TRIPULANTES. CARACTERES DE LA EMPRESA MARITIMA (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Las actuaciones del presente recurso se iniciaron con la demanda de la sociedad propietaria del motopesquero «Masso 35» y dos tripulantes del mismo, en reclamación de los daños y perjuicios sufridos a consecuen-

cia del abordaje acaecido el 25 de septiembre de 1983 por dicha embarcación, que determinó su hundimiento a las nueve horas, con pérdida, prácticamente total del barco, pertrechos y aparejos, pesca cobrada y efectos personales, de los veintidós tripulantes de que se componía su dotación marinera y gran parte de la documentación y cuya reclamación se formula contra la propietaria del barco de bandera marroquí «Leyla», a quien estima culpable del episodio marítimo relacionado. Rechazada la demanda en primera instancia, fue estimada por la Sala *a quo* en parte, promoviéndose por la sociedad extranjera demandada y condenada al pago de la indemnización el presente recurso extraordinario.

El motivo primero, amparado en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia el error en la apreciación de la prueba sufrido por la Sala de Apelación, basado en el contenido del documento obrante en Autos consistente en la Certificación de 4 de diciembre de 1986, expedida por la Secretaría de la Comandancia Militar de Marina de Las Palmas de Gran Canaria. El motivo va encaminado a resaltar que la fecha de la presentación de la protesta por el buque abordado fue el 28 de septiembre de 1983 y que no se tuvo en cuenta en la Sentencia recurrida, según la expresión del primer considerando relativa a que tal dato no estuviera debidamente acreditado y añadase en el motivo que tal circunstancia está reconocida por la parte recurrida en su escrito de 23 de julio de 1985 obrante en Autos al folio 342 vuelto. Pues bien, el motivo no puede prosperar porque la aseveración de la Sala, en que ni se afirma ni se niega la tesis de hecho que mantiene la recurrente, se hace con vista de otros elementos de prueba consistentes en otras certificaciones del mismo órgano de Marina competente cual es la certificación de 4 de diciembre de 1986 (folios 28 y 29 rollo Sala), que viene corroborada por la diligencia puesta por dicha Comandancia de Marina al pie de la protesta formulada por el patrón del «Masso 35», obrante asimismo en el rollo de la Sala *a quo* a los folios 16 y 17, lo que efectivamente refleja a los ojos del juzgador la duda existente en cuanto a la certeza y realidad de lo acontecido al respecto, habida cuenta de los factores anímicos que en tales episodios desgraciados concurren en los protagonistas de los mismos.

El motivo segundo, por el cauce del número quinto del artículo 1.692, así como el tercero, por la misma vía normativa, acusan, respectivamente, la infracción de los artículos 953, en relación con el artículo 835 del Código de Comercio, por inaplicación el primero de ellos y el segundo la violación de los artículos 6 y 12 del Convenio de Bruselas para la Unificación de ciertas reglas en materia de abordaje, de 23 de septiembre de 1910, rectificado por España en Nota de Adhesión de 17 de noviembre de 1923, por aplicación indebida. Por su singular conexión ambos motivos se analizarán conjuntamente y ambos fracasan por las siguientes razones. En efecto, habida cuenta de que España es miembro adherido a dicho Convenio, está unánimemente admitido por la doctrina que en la normativa a este respecto de abordajes marítimos se ha producido una clara y patente dicotomía, cual es la que ha de reglamentar estos accidentes marítimos según que las partes involucradas sean connacionales españolas o intervenga en el mismo algún barco foráneo, con lo que ha de distinguirse el régimen jurídico interno y el internacional. En esta inteligencia y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 96-1 de la Constitución y 1.º-5 y 12 del Código Civil, está meridianamente claro que el Convenio de Bruselas constituye la norma jurídica a la que ha de atenerse el juzgador para resolver la controversia de Autos, puesto que el buque abordador es de bandera marroquí y, consiguientemente, a tenor de su artículo 12-1.º debemos regirnos por el principio de reciprocidad que en este

caso viene definida por los artículos 292 a 298 del Código de Comercio Marítimo de Marruecos de 31 de marzo de 1919 —cuya vigencia y virtualidad jurídica está contundentemente acreditada en los Autos de primera instancia con certificaciones legalizadas y fotocopias del texto legal, lo que comporta un estado de reciprocidad de especialísimo relieve jurídico, ya que dimana de una norma legal de mayor raíz y seguridad que la simple reciprocidad por costumbre o, de hecho, sujeto a eventualidades políticas o diplomáticas—, lo que reglamentan los conflictos marítimos como el que nos ocupa de idéntica forma que el convenio y sus artículos 1 a 7, es decir, que la acción de resarcimiento de daños sufridos por consecuencia de un abordaje, no está subordinado a que se haya extendido una protesta, ni a ninguna otra formalidad especial (art. 6), con tal que se promuevan antes de los dos años que el artículo 7.º señala como tiempo de prescripción, a contar de la fecha del accidente. En consecuencia, queda patente que habiéndose promovido la acción dentro de período hábil, resulta inoperante y sin trascendencia la fecha exacta en que se presentara el escrito de protesta ante la Comandancia de Marina por el patrón del pesquero abordado y por ello adecuadamente aplicado el ordenamiento jurídico por el Tribunal de segundo orden.

Por método lógico y establecido con seguridad la norma aplicable y también la no caducidad de la acción por supuesta extemporaneidad de la protesta referida, se ha de estudiar a continuación el cuarto motivo que por el cauce del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se basa en la infracción por inaplicación del artículo 1.214 del Código Civil y aplicación indebida del artículo 1.249 del mismo texto legal y ello viene referido a la determinación que se hace en la Sentencia de la culpabilidad del patrón del barco «Leyla» perteneciente a la entidad recurrente. El motivo incurre en el defecto casacional de invocar dos preceptos de distinta proyección jurídica bajo una misma regla del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero es lo cierto, además, que al referirse la Sentencia recurrida a la valoración de la prueba y no a la carga probatoria, no ha podido incidir en el ámbito de aplicación del precepto que se estima infringido, olvidándose, por otro lado, que los hechos declarados como tales son fruto de un análisis de las pruebas, siendo irrelevante quién de las partes las haya aportado (Sentencias de 9 de abril y 30 de junio de 1954 y 30 de noviembre de 1982), no pudiendo decirse que se haya aplicado indebidamente el artículo 1.249 del Código Civil por la Sala *a quo*, cuando ateniéndose al resultado del accidente, cual fue el del hundimiento del barco «Masso 35» tras el abordaje y conforme a las apreciaciones de los escritos de protesta de ambos patrones y declaraciones testificales obrantes en Autos, dada la situación de los buques y condiciones de maniobrabilidad de los mismos, no combatidas eficientemente en Autos, sino objetadas por elucubraciones y conjeturas —siempre fáciles cuando por el hundimiento de uno de los buques protagonistas del suceso, se carece de pruebas absolutamente tangibles para hacer deducciones exactas como se reconoce por la doctrina científica tanto jurídica como técnica—, establece en su Sentencia una afirmación que sólo aspira a sustituirla por la propia el recurrente apoyado tan sólo en su apreciación subjetiva y no en datos fácticos ni eventuales incorrecciones de maniobra del patrón del buque abordado, a tenor del Reglamento aceptado por España el 21 de abril de 1964 para prevenir abordajes de mar o del Convenio de 20 de octubre de 1972 sobre Reglamento Internacional para prevenir los abordajes al que se adhirió España por Instrumento de 13 de mayo de 1974, por todo lo cual el motivo ha de fracasar.

El motivo quinto, al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 826 del Código de Comercio e inaplicación de los artículos 827 y 828 del mismo texto legal, no puede prosperar, porque habiendo quedado incólume la afirmación fáctica de la culpabilidad del patrón del «Leyla», ya que el motivo cuarto anterior tampoco tuvo éxito, quiérase decir que el alegato de orden puramente jurídico del presente motivo carece del soporte que le pueda mantener en este recurso extraordinario, viniendo en definitiva las consideraciones del recurrente a hacer supuesto de la cuestión la pretensión de que no se ha determinado la culpabilidad de cuál de los dos buques es el causante del abordaje o que lo fueron los dos, lo que no es lícito en casación (Sentencia de 29 y 30 de abril, 15 de octubre de 1985 y 30 de abril de 1987).

El motivo sexto, basado en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia el error en la apreciación de la prueba padecido por la Sala *a quo* al señalar el valor del motopesquero, haciendo caso omiso de la escritura de reconocimiento del dominio del mismo aportada por la actora como documento número 3 de la demanda en que se consta el de 10.497.000 pesetas, que justamente con el costo de las obras de mejora asciende todo ello a 13.613.903 pesetas. El motivo fracasa a la sola consideración de que en uso de su plena soberanía la Sala de Apelación ha concretado esos valores, como todos los demás que integran el *quantum* a de la indemnización a satisfacer por la parte demandada-recurrente, con vista de todos los factores de valoración obrantes en Autos, que coinciden con un informe pericial en que se perfilan valores venales que están más cohonestados con la efectividad y realidad de la disminución patrimonial sufrida por el actor, pues ni las escrituras, como es sabido, constatan valores reales a fin de eludir la presión fiscal, ni las pólizas de seguros ofrecen cifras más reales, pues no es desconocido que por la actuación del fenómeno del coseguro el asegurado, fija libérrimamente en la póliza el *quantum* pecuniario del evento asegurado, que señala el interés jurídico que concretamente para él y a los solos fines del seguro le merece, por lo que no es lícito al recurrente extrapolar a los fines de su propia defensa específicos instrumentos de prueba del conjunto global del material probatorio de Autos, para preterir las conclusiones sentadas en la Sentencia, con imparcialidad y objetividad de principio no desmentidas, por la preeminencia de las que ofrece el recurrente que van encaminadas, con la subjetividad que le es connatural, a apoyar su tesis mantenida en el procedimiento.

El motivo séptimo, al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa el error en la apreciación de la prueba y la infracción del artículo 1.214 del Código Civil y doctrina legal, este último bajo la égida del número quinto del mismo precepto procesal, en orden todo ello «a la valoración del alcance de los perjuicios por pérdida de los efectos personales de toda la tripulación del buque 'Masso 35', con base en los documentos 50 al 69 de los acompañados a la demanda». En definitiva, la impugnación de la Sentencia se dirige a poner de manifiesto no ya el error del valor de tales efectos, sino la representación que de los demás tripulantes atribuye la Sentencia a los demandantes individuales. Lo cierto es que procesalmente no debieron formularse bajo un mismo motivo, causas de dispar proyección casacional, pero es que la Sala *a quo* se ha hecho eco de la constante y unánime doctrina científica que estima que la Empresa Marítima —en su variopinta finalidad, como transporte de personas y carga, pesca, turismo, estudios oceanográficos, ecología, etc.—, radicada física y funcionalmente en el buque, con una organización de signo autárquico que se circunscribe con autonomía económica al propio buque y que

se le asimila a un miniestado con facultades en quien lo dirige (capitán o patrón), auxiliado por otros cargos de específicos cometidos (arts. 626, 632 y 649 del Código de Comercio) a la resolución de las diversas materias en tanto se hallen en alta mar (véanse los arts. 618 del Código de Comercio y art. 612-16), lo que supone que la Empresa Marítima, que asume las responsabilidades derivadas de la navegación en sus múltiples eventualidades, ha de llevar aparejada paralelamente una representación tácita de los intereses de quienes van embarcados en tanto en cuanto esos intereses se vean involucrados en las peripecias dimanantes de la navegación misma, pues de otra manera se produciría un desfase entre esas responsabilidades y los derechos derivados de la navegación, con grave detrimento de la economía procesal y con no menor perjuicio de la continencia causal que se vería patentemente escindida. Por ello, es bastante en el presente caso, la apreciación valorativa por la Sala de segundo grado de esos efectos personales con la racional ecuanimidad exigida en estos casos, cuando se ha producido el hundimiento del barco y práctica pérdida total de efectos, como sostiene la doctrina, para entender que su reclamación por la empresa o su representación más auténtica como es la del patrón o capitán del barco en alta mar, es bastante en lo atinente a los efectos de la propia dotación, vinculada con aquélla y con éstos, de suerte que es posteriormente quienes a efectos internos decidirán lo más adecuado a sus derechos e intereses dentro de la común relación que les mantiene unidos. Por todo lo cual ha de decaer el presente motivo.

En punto a la alegación formulada *in voce* en el acto de la vista y a su término por la parte recurrente, relativa al fallecimiento de uno de los recurridos después de interponerse el recurso, ha de procederse en la forma que el principio de economía procesal exige en el sentido de conservar las actuaciones procesales (arts. 241, 242 y 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), toda vez que la representación de sus sucesores o quienes del fallecido traigan causa no interfiera lo más mínimo en el tema debatido que ha llegado a su ultimación absoluta; ello sin perjuicio, no obstante, de ser exigible en el momento de ejecución de Sentencia quiénes sean los interesados para las percepciones correspondientes. Y tal pronunciamiento se hace dado, además, de que la invocación del Letrado en el acto de la vista, ni facilitó fecha del deceso, ni aportó la más mínima prueba de su acaecimiento.

R. DE A.

3. JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

LIQUIDACIONES. NOTIFICACION.—AL NO DARSE EN LA NOTIFICACION LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS HA DE ESTIMARSE INCORRECTA, CON REPOSICION DE LO ACTUADO AL MOMENTO DE IR A PRACTICAR DICHA NOTIFICACION (SENTENCIA DE 23 DE DE ENERO DE 1988).

Hechos.—Girada liquidación sobre el Impuesto de Sucesiones se notifica al portero del inmueble en que viven los interesados recurrentes, advirtiéndose que en la notificación no se expresa si el acto notificado es o no definitivo en vía económico-administrativa, recursos que contra el mismo proceden, órgano ante el que han de interponerse y plazos para interponerlos.

Recurrida dicha liquidación, se aceptan las alegaciones de los recurrentes en base a la siguiente:

Doctrina.—Es evidente, según resulta del expediente de la reclamación económica y recoge la sentencia de instancia, que el Tribunal Provincial de Madrid notificó de manera incorrecta su resolución, en lo que se refiere a la expresión de los recursos que contra ella procedían, actuación procedimental impropia que merece reproche, pues, como ha dicho la Sala en su Sentencia de 30 de abril de 1987, ciertamente, todos los mecanismos y garantías con que las leyes procesales o procedimentales rodean los actos de comunicación entre el órgano decisor y las partes contendientes (sean notificaciones, citaciones, emplazamientos, etc.) no tienen otra finalidad o razón de ser que la de asegurar que, en la realidad se ha producido aquella participación de conocimiento o que, en la ficción jurídica, se han producido en determinadas circunstancias o no se han producido. La entrega de una copia o traslado, la firma del receptor, su identidad, etc., no son más que signos materiales externos que, al ser consustancial al derecho de defensa, ha de verse rodeada de las máximas garantías, de ahí que en los modernos Ordenamientos rituarios tales exigencias se llevan hasta el límite de lo que la eficacia y los intereses de terceros, permiten; y en la Jurisprudencia de los Tribunales se extrema el formalismo de estos actos, en contra de las corrientes informistas que dominan las nuevas concepciones del procedimiento.

En el presente caso, la racional incertidumbre que se deriva del expediente administrativo, donde no puede venirse en riguroso conocimiento de si la notificación practicada a los interesados expresaba o no los recursos procedentes contra ella, incluso, la fecha de la propia resolución, que, en un caso parece ser la de 30 de septiembre de 1980, con registro de salida de 27 de octubre siguiente,

mientras que en otro parece el 27 de noviembre de 1980, y la notificación practicada un día antes de que se dictara (26 de noviembre), llevan a la indiscutible conclusión de haber existido una evidente laxitud en el cumplimiento de los trámites procedimentales, que si bien podrá tener su causa en la enorme acumulación de tareas, nunca puede alcanzar a lo que constituyen hitos fundamentales del derecho de defensa y garantías del procedimiento, por lo que ha lugar a la desestimación de esta alzada.

RECURSOS. COMPETENCIAS.—NO SON SUSCEPTIBLES DE APELACION ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO LAS SENTENCIAS DE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS AUDIENCIAS TERRITORIALES QUE DEDICAN RELACION CON ACTOS EMANADOS DE ORGANOS DE LA ADMINISTRACION CUYA COMPETENCIA NO SE EXTIENDE A TODO EL TERRITORIO NACIONAL Y QUE TENGAN CUANTIA QUE NO EXCEDA DE QUINIENTAS MIL PESETAS (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1988).

Prescindiendo de la cuestión de fondo planteada se rechaza el recurso de apelación interpuesto ante el Tribunal Supremo contra sentencia de la Audiencia Territorial, de acuerdo con la siguiente:

Doctrina.—Primero.—Atendiendo a lo alegado en esta segunda instancia por la parte apelada, resulta obligatorio resolver con carácter previo acerca de la viabilidad procesal de la presente apelación, cuya indebida admisión ha sido suscitada por la aludida parte, y ante este planteamiento del recurso, resulta necesario establecer que, a tenor de la determinada en el artículo 8.º de la Ley reguladora de esta jurisdicción, la competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo es improrrogable, lo que por afectar al orden público procesal puede y debe ser examinado de oficio por aquellos con carácter previo al estudio de las cuestiones de fondo que ante las mismas se susciten, para lo que es necesario tener en cuenta que, a tenor de lo establecido en los artículos 10-I-a) y 94-I-a) de la antes citada Ley, no son susceptibles de recurso de apelación las Sentencias de las Salas de este orden jurisdiccional de las Audiencias Territoriales, pues decidieron en relación con actos emanados de los órganos de la Administración cuya competencia no se extiende a todo el territorio nacional y que tuvieran una cuantía que no exceda de 500.000 pesetas, cuantía que habrá de ser fijada con arreglo a las normas establecidas por los artículos 49 y siguientes del precitado ordenamiento legal, sin que, en el supuesto de acumulación de diversas pretensiones y aunque la cuantía venga determinada por la suma del valor de las mismas, ello no comunicaría a las de cuantía inferior a 500.000 pesetas la posibilidad de apelación, tal como al efecto establece el párrafo 3.º del artículo 50, debiendo tener en cuenta, por último, que para determinar el contenido económico de un acto administrativo tributario, se atenderá al débito principal en el mismo consignado, pero no a los recargos, costas o cualquier otra clase de responsabilidad, según previene el artículo 51-I, débito principal como factor único determinante de la cuantía del proceso, y asimismo, como motivo excluyente de la apelación de los que no alcancen 500.000 pesetas, que ha sido recordado a los efectos que venimos aludiendo en numerosas Sentencias de este Tribunal Supremo, y como más recientes, en las de 23 y 25 de mayo de 1984; 17, 23 y 28 de junio de 1985; 9 de diciembre de 1986, y 16, 22 y 31 de octubre de 1987.

Segundo.—En el presente recurso contencioso-administrativo, se impugnó una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Murcia, que desestimó la reclamación formulada contra una liquidación girada al hoy apelado por el concepto del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, liquidación en la que, según aparece la misma reflejada en el expediente de gestión, la cuota o débito principal de la deuda tributaria contenida en la mencionada liquidación es de 336.200 pesetas, cantidad que, por consiguiente, es la que debe determinar la viabilidad procesal de la apelación, sin que a ello afecte que la cuantía de este recurso contencioso-administrativo se fijara por el recurrente en la anterior instancia en 527.839 pesetas, lo que se aceptó por la Sala Territorial en el correspondiente proveído, ya que ello es como resultado de añadir al referido débito principal, la cantidad de 191.639 pesetas correspondientes al importe de la sanción, intereses de demora y otros recargos contenidos en la liquidación en cuestión, cantidad la últimamente aludida que no debe tenerse en cuenta a los efectos de la cuantía determinante de la posibilidad de apelar la Sentencia que resuelve en relación con la conformidad jurídica de la indicada liquidación. De lo expuesto se infiere, pues, que en correcta aplicación de la doctrina y normativa expuesta en el primero de los razonamientos jurídicos de la Sentencia, y al no tener la liquidación objeto de este proceso un débito principal con cuantía superior a 500.000 pesetas, es procedente, tal como se ha alegado por la parte apelada, declarar que la presente apelación ha sido indebidamente admitida, declaración que, por consiguiente, impide entrar a conocer de las cuestiones de fondo suscitadas en segunda instancia.

TASACION PERICIAL.—NO PUEDE ADMITIRSE LA VALORACION HECHA POR PERITO CUANDO EN SU INFORME INCURRE EN EL DEFECTO DE BASAR LAS CONCLUSIONES EN CIRCUNSTANCIAS INEXISTENTES CUALES SON LAS EXPECTATIVAS URBANISTICAS DE LA FINCA QUE SEGUN EL AYUNTAMIENTO SON IRREALIZABLES TODAVIA (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1988).

Hechos.—La presente controversia tiene su origen en la presentación en la Oficina Liquidadora de un documento público en el que se refleja la compraventa de una finca rústica —según se calificaba la misma en dicho documento— haciéndose constar allí que la transmisión se efectuaba por 800.000 pesetas, lo que no aceptó la Administración Tributaria, que realizó la comprobación de valores del inmueble en cuestión, resultando una valoración de 14.497.200 pesetas, de la que el obligado al pago del tributo mostró su disconformidad, por lo que se realizó la tasación contradictoria correspondiente, en la que el Perito de la Administración —Ingeniero técnico Agrícola Jefe del Servicio del Catastro de Rústica— estableció un valor de la finca transmitida de 22.551.200 pesetas, porque estimó que aquella, al estar incluida en el Plan General de Ordenación Urbana, «presenta una inmediata expectativa urbanística, que sustituye plenamente todo el carácter agrícola mencionado en la escritura», deduciendo de dicha expectativa una posible edificación de cuatro metros cúbicos por metro cuadrado, de lo que resulta el valor anteriormente indicado. Frente a tal valoración, el Perito práctico designado por el adquirente de la finca, y que era el Vicepresidente de la Cámara Agrícola Local, efectuó su dictamen exclusivamente «por valores rústicos», fijando el precio de la hectárea de regadío extensivo en el año 1977 en

1.050.000 pesetas, lo que hacía un total valor de la finca transmitida en 2.537.010 pesetas. Dada la disparidad las precitadas valoraciones, se procedió al nombramiento por el Juzgado de Primera Instancia de un tercer Perito, designándose a un Ingeniero Agrónomo, que en su informe, y al igual que el Perito de la Administración a que anteriormente nos hemos referido, establece que «procede tomar como criterio base para la valoración de la parcela, las perspectivas urbanísticas de la misma, en lugar de tener en consideración su valor actual como terreno rústico», por lo que estimando que se podrían construir 75 viviendas por hectárea, lo que hacía un total de 180 dada la superficie de la parcela, y en función, exclusivamente, de tales circunstancias urbanísticas, fijó un valor de 12.474.000 pesetas, valoración que fue impugnada en vía económico-administrativa por el adquirente de la mencionada parcela, confirmándose aquella tanto por el Tribunal Provincial, como posteriormente en alzada por el Tribunal Central, resoluciones ambas que han sido declaradas nulas en la Sentencia ahora apelada por el Letrado del Estado, como también lo fue la valoración efectuada por el Perito tercero, por lo que se ordena que la liquidación correspondiente sea practicada teniendo en cuenta la valoración de 2.537.010 pesetas.

Todo ello en base a la siguiente:

Doctrina.—En el presente caso concurren dos motivos que hemos de estimar determinantes para la confirmación de la Sentencia recurrida, el primero de ellos, el evidente error en que han incurrido tanto el Perito de la Administración que valoró la finca objeto de este proceso de 22.551.200 pesetas, como el Perito tercero que, recordemos, fijó dicho valor en 12.474.000 pesetas, ya que ambos para llegar a esas valoraciones se basaron en unas expectativas urbanísticas que, según señalan en sus informes, deducen de una inclusión de la finca aludida en el Plan General de Ordenación Urbana, lo que proyectan en unas posibilidades de edificación de 4 metros cúbicos por metro cuadrado —el primero de los peritos— o de 75 viviendas por hectárea —el perito tercero—, más como resulta de la prueba practicada en la primera instancia, es evidente que tales expectativas urbanísticas las hemos de estimar absolutamente inexistentes, toda vez que, el propio Alcalde de la localidad ha certificado que en el Plan de Ordenación Urbana la finca en cuestión aparece calificada como suelo no urbanizable sin protección especial, sin que exista Plan parcial aprobado sobre la misma. A la vista de la aludida calificación, obvio resulta que no podrán realizarse las construcciones a que los mencionados peritos se refieren en sus informes, y que, por lo tanto, a la acreditada condición de rústica de la finca habrá que atender para efectuar la correspondiente valoración, lo que debe conducir a la invalidez de aquellos informes periciales que, sin merma de su imparcialidad, incurrieron en el grave defecto de basar su conclusión en una circunstancia inexistente, cuales son las de las expectativas urbanísticas, según el Ayuntamiento de..., irrealizables todavía.

El segundo motivo determinante de la confirmación de la Sentencia apelada, es consecuencia de la falta de idoneidad del Perito tercero, dado que por su titulación de Ingeniero Agrónomo, no estaba cualificado para fijar un valor que no deducía de los conocimientos propios de su titulación. Ya en la Sentencia de 8 de octubre de 1984, cuya doctrina es recogida en la más reciente de 13 de febrero de este año 1988, se estableció la necesidad de que la comprobación de valores sea efectuada por Perito con título adecuado a la naturaleza de los bienes transmitidos o del acto liquidable, tanto cuando dicho Perito intervenga

a requerimiento del liquidador en su condición de funcionario técnico, como cuando lo haga por designación en el expediente correspondiente, pues sólo así es admisible la valoración por dichos funcionarios y Perito realizada, debiendo añadirse que, como se declara en la Sentencia de 9 de julio de 1984, la valoración debe contener, no sólo el guarismo que refleja el resultado obtenido, sino los elementos de juicio y de cálculo que hayan sido tenidos en cuenta para llegar al resultado final. En el presente supuesto, aparece como evidente que nos encontramos ante una transmisión de terrenos, de una superficie de algo más de 2 hectáreas y 4 áreas, situados a unos 900 metros de distancia de los primeros edificios de la localidad de Azuqueca de Henares, y cuyo destino agrícola se ofrece como indudable, al estar dedicado a cereal en regadío extensivo, terrenos que habían sido objeto de concentración parcelaria y que figuraba en el Catastro de Rústica y, como tales, tributa por la Contribución Territorial Rústica, resultando de lo expuesto, que tanto el Perito tercero, como el anteriormente designado por la Administración, y dada su titulación de Ingeniero Agrónomo e Ingeniero técnico Agrícola, respectivamente, se debían haber limitado a realizar su valoración atendiendo a la indubitada condición agrícola de la finca transmitida, sin que, por su titulación, fueran Peritos idóneos para efectuar dicha valoración en función exclusivamente, de unas expectativas urbanísticas que, además de inexistentes como ya dejamos antes establecido, no eran los mencionados Peritos competentes para sobre las mismas fijar su tasación.

Por todo lo razonado, procede la confirmación de la Sentencia recurrida.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

4. DERECHO PROCESAL

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

ARBITRAJE DE EQUIDAD. CUESTIONES NO CONTROVERTIDAS (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Constituye un principio jurisprudencial tan generalizado, tanto bajo el imperio de la legislación precedente como de la aplicable a partir de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que no precisa de cita concreta de Sentencias, el de que los supuestos de inadmisión de los recursos de casación que no se hubieren señalado en la fase de admisión que contemplan los artículos 1.709 y 1.710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se convierten en causas de desestimación al resolverse el recurso.

Así centrada la cuestión que constituye la razón de ser de la presente impugnación, es de señalar, que el de casación que contempla el número segundo del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene referido concreta y específicamente a «Los autos dictados en apelación, en los procedimientos *para la ejecución de Sentencias* recaídas en los juicios a que se refiere el número anterior...»; dichos juicios son, concretamente, los «declarativos ordinarios de mayor cuantía y en los de menor cuantía a que se refiere el número segundo del artículo 484 o en los que la cuantía exceda de 3.000.000 de pesetas...»; a su vez, el número cuarto del artículo 1.687 de la citada Ley Procesal, incluye en el ámbito de la casación «Los laudos en el arbitraje de derecho», supuesto que no es aquí el contemplado en cuanto se trata de un arbitraje de equidad. Por último y en lo que a esta categoría de arbitrajes se refiere, el artículo 30 de la Ley reguladora de los Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 en relación con el artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determinan las formalidades del *recurso de nulidad* que se pueda interponer contra los laudos de esta naturaleza.

Como puede claramente observarse a través del esquema normativo procesal descrito en el precedente fundamento, el recurso de casación aquí interpuesto y sustanciado, en cuanto dirigido a impugnar un auto dictado en ejecución de un laudo de equidad, no tiene encaje en el número segundo del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que pretende apoyarse, toda vez que: a) No se trata aquí como concretamente se establece en dicho numeral, de un auto dic-

tado en ejecución de Sentencia pronunciada en un juicio declarativo ordinario de los comprendidos en el número primero de dicho precepto; b) Siendo el de casación un recurso extraordinario presidido por el interés público en cuanto su objeto principal es velar por la pureza de la aplicación de la norma jurídica y la uniformidad de la doctrina, la interpretación de los presupuestos que lo regulan no puede realizarse, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, con criterios hermenéuticos amplios, sino restrictivos.

Pero es que, además de esta desestimación por improcedencia del acceso a la casación del recurso instado, éste, parecería, en cuanto en todo caso y para el supuesto de que pudiera ser de aplicación el número segundo del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede olvidarse que éste viene referido al concreto supuesto de que la resolución impugnada haya resuelto «puntos sustanciales no controvertidos en el pleito» —en este caso laudo— o «no decididos en la Sentencia (aquí, auto) o que contradigan lo ejecutoriado».

Sobre esta base, en el presente recurso el único motivo instrumentado centra su razón de ser en que el auto impugnado resuelve «puntos sustanciales no controvertidos ni decididos en el laudo arbitral que pretende ejecutar», lo que apoya en un excesivamente amplio razonamiento del que lo esencial se encuentra en que según la entidad recurrente, conteniendo el laudo pronunciado una decisión puramente declarativa, la relativa al «alcance que haya de darse a unas estipulaciones contractuales», al señalarse en el auto impugnado el *quantum* a satisfacer por «Promotora MC, SA», se ha resuelto algo no controvertido en el pleito.

El motivo resulta de imposible estimación, en cuanto se trata de un argumento carente de contenido procesal, que encierra, únicamente, un subterfugio por parte de la recurrente para retardar en la medida de lo legalmente posible el pago de una cantidad. Y no es aceptable el razonamiento, porque el laudo cuya ejecución se combate no ha operado la simple declaración de una situación jurídica preexistente, sino el derecho de una de las partes a obtener la percepción de un canon por tonelada de carbón extraído, derecho cuya constatación por parte de los árbitros no se agota aquí sino que abre el camino a la ejecución de ese derecho. Se está tratando, pues, como muy bien apunta el auto impugnado, de interesar «la ejecución del laudo para determinar en aplicación del mismo el importe de lo que debe percibir la ejecutante y lo que debe pagar la ejecutada; por tanto, el laudo no es una mera declaración platónica, sino la determinación de una cláusula para su aplicación, que no estando las partes acordes con la forma de aplicarla la ejecutada, abre la vía judicial para la ejecución del laudo en los términos en que ha sido pronunciado».

DEFECTO LEGAL EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA. APLICACION DEL PRINCIPIO IUS NOVIT CURIA: NO PROCEDE (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La Sentencia recurrida, revocando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, estimó la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda opuesta en su oportunidad por la entidad demandada

y aquí recurrida «Cofradía de Pescadores Virgen del Carmen de Cudillero», razonando en sus fundamentos jurídicos primero y segundo los motivos que hacían procedente la acogida de la excepción dicha, destacando con particular relieve que ni del relato de «Hechos», ni de los fundamentos de derecho contenidos en la demanda era dable deducir la causa de pedir justificativa de la pretensión de entrega de cantidad que en el Suplico de la misma se contenía y concretaba, lo que al par de originar una infracción de la preceptiva contenida en el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, colocaba a la parte contra la que la pretensión se ejercitaba en una clara situación de indefensión al privarle de la base imprescindible para poder articular su defensa.

En efecto, si bien en la demanda se contiene un relato cronológico de hechos, de los que resulta la intervención de pescadores, integrados en la «Cofradía» demandada y aquí actores en su mayoría, de la propia «Cofradía», de quien era a la sazón su Patrón Mayor, del Instituto Social de la Marina, del Instituto Nacional de la Vivienda e incluso de un tercero que intervino como constructor y todo ello con el fin de promocionar la edificación de viviendas de carácter social para su adjudicación a los pescadores que anticiparon las cantidades que en la demanda se reclaman, la realidad es que ni del meritado relato fáctico ni de los preceptos legales que como fundamentos de derecho se aducen es dable inferir con garantías racionales de acierto en qué tipo de contratación de las que nuestra ley sustantiva civil regula pretenden los demandantes tengan su adecuado encaje legal las relaciones que mediaron entre ellos y la Cofradía de Pescadores y su Patrón Mayor, pues aunque existieran variantes con respecto a un determinado tipo de negocio jurídico en principio estas simples variantes no autorizan para que se pueda prescindir en absoluto de la aplicación de la normativa jurídica que regula lo que las relaciones existentes entre las partes significa, lo que en el caso concreto que el supuesto aquí enjuiciado plantea hace inadmisibile la aplicación por el juzgador del principio *iura novit curia*, en razón a que si para la resolución del tema litigioso se acude a su subsunción en las normas del Código Civil que regulan el contrato de mandato por ser éste el negocio jurídico en el que posiblemente pueden tener encaje las relaciones que se originaron por el encargo de los pescadores a su Cofradía de que realizara gestiones para la construcción de viviendas de promoción social, entregándole cantidades a fin de que la Cofradía coronara con éxito la gestión que le había sido encomendada, aparte de la incongruencia que ello podría determinar, conllevaría la aplicación de una normativa de la que no puede resultar sin más que a los demandados se le atribuya un incumplimiento que haga procedente su condena a la devolución de cantidades de las que en forma alguna se lucraron, y es que, en definitiva, el principio *iura novit curia* sólo puede ser aplicado por los tribunales cuando puestos en relación los hechos que sirven de fundamento a la demanda con los pedimentos que en el Suplico de la misma se contienen la norma jurídica cuya aplicación hace permisible la acogida de los últimos aflore con carácter indubitado, pero no cuando exista la posibilidad de elección de normas o combinación de normas de cuya aplicación puedan resultar consecuencias dispares.

Lo razonado en los fundamentos de derecho que anteceden determina la procedencia del rechazo de los cuatro motivos que sirven de fundamento al recurso, deducidos todos ellos por el cauce del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que según es de ver en los alegatos que les sirven de desarrollo lo son con base en la argumentación de que el Tribunal sentenciador en la instancia estimó indebidamente la excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda en atención a la circunstancia de que, aun

admitiendo que en los fundamentos de derecho de la misma no se contenía la invocación de la preceptiva legal cuya aplicación hiciera permisible acceder a la pretensión de condena postulada en su Suplico, la aplicación del principio *iura novit curia* imponía al juzgador la elección de la norma en que tuvieran su adecuado encaje legal los «Hechos» en su oportunidad invocados, pero dado que, como ya ha sido razonado, ello no era posible verificarlo en el caso concreto de la presente controversia, es obvio que la conclusión que la Sentencia recurrida establece de que la meritada ausencia de fundamentación jurídica determinaba la infracción de lo dispuesto en el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de considerarse ajustada a Derecho. Por tanto, la resolución impugnada no infringió por inaplicación el principio *iura novit curia* y la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala sancionadoras de su procedencia, como se supone en el primer motivo del recurso; tampoco vulneró por igual concepto de inaplicación la doctrina legal relativa a la interpretación del alcance que haya de concedérsele a las omisiones que se produzcan en la fundamentación jurídica de las demandas —motivo segundo— e hizo una debida aplicación de lo dispuesto en el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y excepción dilatoria del número sexto del artículo 533 de la propia ley, cuya vulneración se acusa, respectivamente, en los motivos tercero y cuarto.

EJECUCION DE SENTENCIA: CONTRADICCION CON LO EJECUTORIADO
(SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró si haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Las presentes actuaciones son consecuencia de solicitud de ejecución provisional de la Sentencia dictada, con fecha 10 de octubre de 1983, por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, al amparo del entonces artículo 1.786 —hoy 1.722— de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dichas actuaciones tienen su base fundamentadora, aun sin expresión concreta por el recurrente, en la normativa contenida en el actual número 2 del artículo 1.687 de la propia Ley procesal, en conexión con el número 5 del artículo 1.692, de aplicación todo ello de conformidad con lo prevenido en las disposiciones transitoria primera y segunda, párrafo primero, de la Ley de 6 de agosto de 1984 de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El recurrente entiende, y en ello apoya el motivo único de su recurso, que el Auto recurrido de fecha 7 de febrero de 1986 fijando en novecientas mil pesetas la cantidad a abonar por la compañía demandada y condenada «X, S. A. » al demandante y ahora recurrente, con concepto de indemnización, contraviene lo declarado por el concepto de incapacidad permanente para ejercer su profesión de Facultativo de Minas en el interior de las mismas, que se establecía en la Sentencia cuya ejecución provisional se solicitó en arreglo a las bases y elementos de juicio que fijados en los Considerandos de aquella resolución en contra de lo apreciado por el Juzgado de Primera Instancia, que en Auto de 21 de septiembre de 1984 lo fijó en seis millones de pesetas (6.000.000 de pesetas), contradice lo ejecutoriado, o sea lo acordado en la indicada Sentencia de 10 de octubre de 1983 a que se contrae la ejecución provisional solicitada.

La Sentencia de 10 de octubre de 1984, afectada por la meritada ejecución

provisional, claramente establece, al confirmar íntegramente la dictada en fase de primera instancia, la condena a la entidad demandada «X, S. A.» a pagar al demandante la cantidad que se determine en ejecución de Sentencia por el concepto de incapacidad permanente para ejercer su profesión de Facultativo de Minas en el interior de las mismas, con arreglo a las bases y elementos de juicio que se fijan en los Considerandos de dicha resolución de Primera Instancia (Considerandos séptimo y octavo de la Sentencia de Primera Instancia, aceptados por la que es objeto de ejecución provisional, a que se remite el indicado pronunciamiento de la primera también aceptado por la segunda). Incapacidad permanente absoluta para trabajar en el interior de la mina, cual corresponde a la titulación de Facultativo, cuya determinación y fijación cuantitativa en orden a la debida indemnización ha de establecerse a tenor de lo dicho en el noveno Considerando de la repetida Sentencia del Juzgado, al que el pronunciamiento segundo se remite, según la categoría exacta que tuviere dicho demandante como Facultativo de Minas, importe de los salarios que percibiera de las empresas en que trabajaba, teniendo en cuenta los baremos de la Seguridad Social (folios 107 y 108 de los Autos) y los informes precisos conforme a lo prevenido en el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre dentro del límite máximo de las condiciones pactadas en la Póliza correspondiente, cuyos aspectos, tal como certeramente reconoce el Auto dictado el 21 de septiembre de 1984 en fase de Primera Instancia, conduce a estimar que a la controvertida incapacidad permanente de que en el presente caso se trata y que específicamente afecta a la referida profesión de Facultativo de Minas del actor corresponde una indemnización que puede ser del 55 al 75 po 100 de la Base reguladora, y que por la gravedad de la lesión y secuelas (no sólo la pérdida de movimiento de la cadera, sino también acortamiento de un miembro inferior con cojera manifiesta) ha de ser del 75 por 100 de aquella Base reguladora, con asignación de una pensión mensual de 34.740 pesetas, equivalente a 413.640 pesetas anuales, que para constituir el capital correspondiente a esa renta anual se ha de disponer de una suma notoriamente superior a los seis millones de pesetas, que es el límite de cobertura de la Póliza concertada y, por tanto, la cantidad en definitiva a que debe condenarse a la entidad aseguradora. Y al no entenderlo así la Sala que dictó el Auto de 7 de febrero de 1986, objeto de este recurso, reduciendo aquella suma a la de novecientas mil pesetas, por no compartir el criterio de estar en presencia de una incapacidad permanente para ejercer la profesión de Facultativo de Minas en el interior de las mismas, que toma como base a efectos indemnizatorios el repetido Auto de Primera Instancia, evidentemente se produce en la resolución recurrida contradicción con lo ejecutoriado, puesto que con su pronunciamiento va en contra de lo claramente reconocido y declarado en la Sentencia a que la ejecución provisional se refiere, desde el momento en que en ella se parte —como queda dicho— del supuesto de incapacidad permanente para ejercer el demandante su profesión de Facultativo de Minas y no de simple pérdida de movimiento de una cadera, con artrosis (75 por 100 sobre baremo de un capital de un millón doscientas mil pesetas).

En consecuencia debe declararse haber lugar al recurso resolviendo conforme a lo establecido por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid, en las actuaciones de ejecución provisional de que se trata, en su Auto de 21 de septiembre de 1984. Y de conformidad con el párrafo primero del número 4 del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en Primera Instancia y sin especial pronunciamiento respecto a las de segunda, en virtud *a sensu contrario*, de lo normado en el

párrafo tercero del artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo cada parte satisfacer las suyas por lo que concierne a las de este recurso.

ARBITRAJE DE EQUIDAD. OMISION, EN EL LAUDO, DE PUNTOS QUE DEBIERON RESOLVERSE (NO EXISTE). RESOLUCION DE PUNTOS NO SOMETIDOS A ARBITRAJE (NO EXISTE). INTERPRETACION POR LOS ARBITROS DE LA ESCRITURA DE COMPROMISO. NATURALEZA Y CARACTERES DEL ARBITRAJE (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—El motivo primero, inspirado en el número 1 del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia «la nulidad de la escritura de compromiso de 11 de julio de 1986, al no ajustarse a la misma lo preceptuado en el número tercero del artículo 17 de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953». Su razón de ser, se encuentra, en que «ni en la exposición de antecedentes ni en la fijación de los dos puntos sobre los que habrá de versar el arbitraje cumple la escritura de compromiso con el requisito de establecer la controversia que se somete al fallo arbitral, con expresión de sus circunstancias, por lo que incurre en la causa de nulidad que se invoca».

Lo primero a determinar en lo que se refiere al contenido de la presente motivación y a los efectos de su adecuado examen en este recurso, es, que la escritura de compromiso a que el mismo hace concreta y específica indicación contiene todos los requisitos que exige el artículo 17 de la citada Ley de Arbitraje y, concretamente, por lo que al fundamento del motivo se refiere, se establece que: «las cuestiones objeto de controversia que se someten al laudo arbitral son las siguientes: 1.º ...que los árbitros, ...deberán resolver la controversia y establecer monto, procedencia y características de cada una de las citadas partidas. 2.º Como consecuencia del punto primero... formarán los lotes correspondientes a la partición de cada comunero teniendo en cuenta en lo posible... quedando facultados los arbitrios para efectuar las compensaciones necesarias para estas atribuciones».

Sobre estas bases, de las que es preciso partir habida cuenta la construcción del motivo, es evidente que el mismo no puede prosperar, dado que la escritura de compromiso otorgada se acomoda, cual quedó indicado, a lo prevenido en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje y no adolece de la imprecisión y falta de claridad que la motivación denuncia, máxime, si por virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la citada Norma, referida escritura constituye un auténtico contrato cuyo contenido ha sido establecido de común acuerdo por todos los intervinientes, entre los cuales se encontraban los ahora recurrentes, razón por la cual fundamentar esta motivación en que adolece de imprecisión el compromiso que se somete al fallo arbitral, constituye un ir contra los propios actos, lo cual ha rechazado esta Sala en tal número de resoluciones que no es preciso individualizar.

El motivo segundo, con asiento procesal en el ordinal tercero del mismo precepto que el anterior, atribuye a los árbitros designados haber omitido puntos que debieron resolverse, cual son «el no incluirse el montante y resultados de las inversiones de la comunidad en Portugal, punto expresamente alegado por don

Pedro A. V. y don Antonio A. S. en su escrito de alegaciones de 20 de octubre de 1986».

Tampoco esta motivación puede ser estimada. En efecto, si se pone en conexión para su interpretación sistemática con el número tercero del artículo 1.733 y el 1.736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sirven de apoyo procesal al mismo, puede comprobarse, no sólo que ambos vienen referidos a unos mismos presupuestos, sino también que éstos guardan mucha semejanza (por no decir que igualdad) con dos defectos procesalmente muy semejantes a los que cuando se trata de resoluciones judiciales reciben la denominación; bien de *incongruencia por defecto* (en este caso resolver puntos no sometidos a la decisión arbitral), o *por defecto* (aquí, omisión de la decisión sobre extremos comprendidos en el contrato de compromiso); bien de *exceso de poder o de jurisdicción* (resolución de puntos que no pueden ser objeto de arbitraje). Y ello sentado, es conveniente recordar: a) Que el tema a que la motivación se refiere, no tiene encaje en ninguno de dichos presupuestos; b) Que es doctrina de esta Sala, que la misión de los Tribunales en estos casos consiste en dejar sin efecto lo que puede constituir exceso del fallo arbitral, mas el no corregir sus deficiencias y omisiones, así como tampoco complicar o crear dificultades respecto del móvil de paz y cordialidad que a los árbitros se encuentra confiado, ya que no hacerlo así, supondría un examen total del fondo del asunto que la especial naturaleza de este recurso no consiente (Sentencias de 12 de febrero de 1957, 13 de mayo de 1960, 21 de enero de 1961, 20 de febrero de 1982, 9 de octubre y 12 de noviembre de 1984 y 14 de julio de 1986), convirtiendo a esta Sala en Tribunal de última instancia (Sentencia de 13 de octubre de 1986); c) En consecuencia y como colofón de lo hasta ahora indicado, puede decirse, que el defecto en el motivo denunciado no existe cuando lo no resuelto son casos o supuestos que no vienen determinados explícitamente en el compromiso, como aquí precisamente acontece (Sentencias de 12 de febrero de 1968 y 15 de noviembre de 1971).

En cuanto a la motivación tercera, tiene su encaje procesal en el mismo número y precepto que la precedente y su razón de ser, en el hecho de «haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión por señalar en el pronunciamiento octavo del fallo un plazo de seis meses para el desalojo de bienes, explotaciones o negocios propios instalados en fincas atribuidas a otro compromitente». Tampoco este motivo puede ser aceptado, por cuanto al ser tal pronunciamiento el colofón lógico de las pretensiones integrantes del contrato de compromiso sometido a su decisión, es tan evidente que no han traspasado los límites de aquél como que, consecuentemente, actuaron resolviendo plenamente las cuestiones sometidas a su juicio de equidad.

El último motivo, atribuye también el laudo recurrido con apoyo en el mismo número y artículo que el precedente, «haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión al decidir la formación de dos solos lotes en lugar de los cuatro a que se refiere el mandato contenido en el extremo segundo de la escritura de compromiso». Este motivo no puede triunfar, por cuanto si bien, efectivamente, en el apartado segundo cuestión segunda de la escritura de compromiso se establece que «los árbitros formarán los lotes correspondientes a la partición de cada comunero...», no puede olvidarse que en el antecedente V del laudo se dice lo siguiente: «V. En cuanto a la formación de lotes, condiciona la actuación de los árbitros la determinación del número de ellos a formar, por la falta de una manifestación expresa de la escritura de compromiso, pues si bien el punto segundo dice que los árbitros formarán los lotes correspondientes a la participación de cada comunero, la continuación de la redacción del propio

punto es contraria a tal criterio, lo que unido a las relaciones paterno filiales entre los dos primeros y de apoderamiento entre los otros dos, a las finalidades de actuación, a sus propias manifestaciones al ser oídos por los árbitros, no dejan lugar a dudas de que las discrepancias a dirimir están entre dos partes....»

Partiendo de lo que acaba de indicarse e insistiendo en lo que constituye la finalidad de los arbitrajes de equidad y se expuso en el fundamento quinto, el rechazo de esta motivación es patente, por cuanto no sólo la redacción del supuesto de la escritura de compromiso que se deja transcrito permite a los árbitros llevar a cabo la determinación de los lotes que realizaron en su laudo, sino que, además, ha de tenerse en cuenta que esta Sala tiene declarado reiteradamente, que los árbitros no vienen obligados a interpretar las cláusulas de la escritura de compromiso de forma rígida y excesivamente literal, sino que disponen de la suficiente libertad para resolver con amplitud el conjunto de lo pactado, haciendo una interpretación racional de sus cláusulas que permita acomodar su contenido a la finalidad esencial de este tipo de decisiones extrajudiciales: contribuir al móvil de paz y equidad para la que están destinados (Sentencias de 16 de octubre de 1962, 27 de abril de 1981, 9 de octubre y 14 de noviembre de 1984, 13 de junio y 17 de noviembre de 1985, 24 de febrero y 17 de junio de 1987).

ERROR JUDICIAL: LA ACCION SOBRE ESTA MATERIA NO ES UNA TERCERA INSTANCIA (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Como cuestión previa en orden a la decisión sobre la demanda de declaración de error judicial, formulada por la entidad «C. S., S. A.», en relación con la Sentencia dictada con fecha 15 de octubre de 1966 por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona en el rollo número 538/83, referente a recurso de apelación dimanante de los autos de menor cuantía 1.459/82-3 del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona, es de tener en cuenta que el error judicial considerado en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como consecuencia del mandato contenido en el artículo 121 de la Constitución Española, no se configura ni como una tercera instancia ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto del debate y sobre los cuales el juzgador haya tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocesales, y no cuando se trate de apreciar un error *in iudicio* o *in iudicando*, lo que determina que al socaire de un supuesto error judicial no puedan denunciarse interpretaciones de quien pretende su declaración estime subjetivamente incorrectas o violaciones en orden al alcance y efectos de la ley material, como tampoco alegación de errores, de hecho o de derecho en la valoración de la prueba, puesto que, a medio de dicha solicitud de declaración de error judicial no puede traerse a colación el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales dentro del esquema traído al proceso bajo los principios de contradicción y bilateralidad, y se basan en conocimientos no adquiridos dentro del proceso, toda vez que lo contrario, aparte de incidir en una desviación procesal y un manifiesto abuso de

las normas del derecho en mengua de la seriedad de las actuaciones procesales, significaría establecer una evidente figura a la seguridad jurídica creada por la pretensión de intromisiones y los aspectos de valoración de pruebas, normas y conceptos jurídicos, que como tales solamente pueden ser aplicados o definidos por los correspondientes órganos judiciales dentro de la función jurisdiccional objetiva, libre, soberana e independiente en el marco del Estado de Derecho.

Las anteriores consideraciones claramente conducen a la solución desestimatoria de la demanda en cuestión, por la que se pretende la declaración de error judicial en la invocada Sentencia dictada, con fecha 15 de octubre de 1986, por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, porque de la simple lectura de dicha demanda, puesto en relación con la mencionada Sentencia, se pone de manifiesto, en lo que se contrae a los aducidos errores escalonados que, subjetivamente, aprecia la entidad demandante como su base, en el particular referente a haberse dado en la Sentencia en cuestión mérito de naviero o de porteador a «C. S., S. A.» se trata de una apreciación *in iudicando*, que como queda dicho en el precedente fundamento no genera posibilidad de apreciación de error judicial, al estarse en presencia de una manifestación interpretativa que corresponde a la libre y soberana apreciación del órgano jurisdiccional que pronunció la referida Sentencia; en lo que se contrae a reducción a tres las excepciones planteadas dejando de resolver una de ellas, debido a que tal circunstancia, de existir, en manera alguna es determinante de error judicial, desde el momento que la estimación de la demanda, a que llegó la Sentencia en cuestión, implícitamente supone la consideración desestimatoria de todas las excepciones alegadas por el demandado; por lo que se refiere a desestimación de pluspetición, a causa que emana de la apreciación de la mencionada Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, en el aspecto fáctico, de que la invocada entidad «C. S., S. A.» «tenía claro conocimiento del valor de la mercancía cuestionada impeditiva de la aplicación, en criterio de dicha Sala, de procedencia de limitación que para el porteador establece la Ley de 22 de diciembre de 1949, cuya apreciación es un aspecto valorativo de prueba objetivamente establecido por el juzgador inalterable, por las meras apreciaciones subjetivas de la precitada entidad demandante «C. S., S. A.»; y contemplando lo que hace relación a la desestimación de la primera excepción planteada por esa entidad en el juicio que condujo a la Sentencia tan mencionada no solamente por la indicada razón de que la estimación de una demanda es significativo de la desestimación de todas y cada una de las excepciones formuladas, si que por la circunstancia de que don Joaquín R. A., gire comercialmente con el nombre de B-N, siendo esta entidad la propietaria de las mercancías embarcadas en el buque «X» y que la sociedad «U», por cuenta de dicho don Joaquín R. A., suscribió conocimiento de embarque con «C. S., S. A.», lo apreciará la Sala que dictó la Sentencia objeto de controversia percibido por las pruebas practicadas, lo que supone apreciación objetiva probatoria, que como queda indicado no es generante del concepto de error judicial, sino de mera pretensión de la meritada entidad «C. S., S. A.» significativa tratar de convertir el presente procedimiento, de modo improcedente, en una tercera instancia, y concretamente, por modo general, de pretender, inadecuadamente, una nueva valoración de la prueba con acomodo a sus subjetivas apreciaciones.

En consecuencia, lo que de la demanda se rige las presentes actuaciones se infiere a que «C. S., S. A.» lo que pretende al socaire del remedio procesal contemplado en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, consecuencia del mandato contenido en el artículo 121 de la Constitución Española, es desconocer

la cantidad de la cosa juzgada, tratando de reproducir las cuestiones ya debatidas en el pleito y resueltas por los órganos judiciales competentes, con olvido de lo establecido en los artículos 9, 10, 11 y 12 de la mencionada Ley Orgánica del Poder Judicial, e incluso en lo prevenido en los artículos 292 y 293 de este texto legal.

CONFESION JUDICIAL: CARACTER NO TAN PERSONALISIMO COMO AFIRMA EL RECURRENTE, CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS. BUENA FE (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—En fecha 29 de julio de 1986, don Antonio P. M. emitió el Laudo para lo que fue designado como árbitro de Derecho en la escritura de compromiso de 1 de abril del mismo año, en cumplimiento de lo ordenado en Auto de 10 de enero anterior del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Barcelona, como consecuencia de las diferencias surgidas entre partes a la hora de interpretar y ejecutar el contrato de licencia y asistencia técnica otorgada por las mismas el 17 de enero de 1963 y prorrogado el 25 de octubre de 1977 y últimamente el 3 de enero de 1980, debiéndose consignar que el plazo concedido al árbitro para la emisión del Laudo, de tres meses fue prorrogado en virtud de acuerdo de los interesados, constatado en escritura pública de 25 de junio de 1986, hasta el 31 de julio siguiente.

El Laudo resuelve, a tenor de los puntos señalados para su discernimiento por el árbitro, la resolución del contrato de licencia y asistencia técnica referido por razón de diversas causas, estableciendo fechas diversas a partir de la producción de cada una de estas causas, con fijación de cantidades a satisfacer por la hoy recurrente por concepto de liquidación y de perjuicios.

Es oportuno consignar que discuriendo todos los motivos por el cauce casacional del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo el primero que lo hace por el ordinal tercero del precepto señalado, no se combaten las declaraciones fácticas del Laudo, las que al quedar incólumes condicionan, obviamente, la aplicación del ordenamiento jurídico pertinente.

El primer motivo denuncia el quebrantamiento de las normas esenciales del juicio, al infringirse las reguladoras de la prueba de confesión contenidas en los artículos 1.231 del Código Civil y 579 y 585 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que ha producido según el alegato del motivo, indefensión a la hoy recurrente. Lo que se pretende con este motivo, es poner de relieve que esa indefensión se produce al renunciar a la prueba de confesión de la parte hoy recurrida, como consecuencia de no haberse rechazado dicha prueba que habría de practicarse con persona que el recurrente estima no ostentaba la debida representación de su contraparte a estos fines de absolución de posiciones. El motivo fracasa ante la simple observación: a) Tanto el poder otorgado en 17 de mayo de 1984 como el de 29 de mayo de 1986, confieren claramente a don Jaime A. B. la facultad para absolver posiciones en nombre y representación de la empresa mercantil extranjera hoy recurrida, y b) La confesión judicial no es acto procesal tan personalísimo como se propugna en el motivo con las consecuencias que quiere

extraer la recurrente a su favor con ello, cuando el artículo 587 de la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga la potestad de su cumplimiento por persona distinta de la parte procesal, por lo que no es válida la tesis que hace énfasis en tal característica, que como se ve tiene sus modalidades que suavizan el rigor que se pretende infundir a tal instrumento de prueba.

El motivo segundo, denuncia la infracción del artículo 1.281, párrafo primero del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta cuyas Sentencias cita. El motivo parte del principio de la vigencia, conforme al contrato inicial de 17 de enero de 1963, con la modificación de 25 de octubre de 1977, del pacto cuarto, según el cual el pago del mencionado canon (por la cesión de licencia y asistencia técnica) se efectuará semestralmente y con sujeción a las Leyes Españolas que regulan la materia, lo que quiere decir, según la recurrente, que son éstas las que en cualquier momento y situación rigen, según pacto, tal particular contraprestación. Como quiera, que el árbitro no sólo no desconoce tal cláusula sino que su interpretación la hace en función de la legalidad vigente a la sazón cuando se convino tal pacto que autorizaba el pago de los derechos de cesión, o royalties, en divisas, hasta la Resolución del Ministerio de Industria de 22 de septiembre de 1982 y la de 14 de octubre de 1982, del Ministerio de Comercio, en que se revocó oficialmente la posibilidad del pago en tal moneda debiendo hacerse, a partir de entonces en «pesetas interiores», por lo que el Laudo no infringe la norma de interpretación legal sino que precisamente por ella obtiene consecuencias jurídicas diferentes de la que extrae la parte recurrente, conjugándola con la situación de hecho existente en el momento del contrato en orden a la fórmula de pagos en las diferentes monedas al amparo de la normativa especial de control de cambios por lo que, en definitiva, no puede haber la violación que se acusa, pues se ha interpretado correctamente con base en la literalidad del convenio pero conjugándolo con otros factores, máxime cuando la interpretación proclamada en la Sentencia no es ilógica ni inverosímil, únicas causas de combate de esa interpretación con posibilidades de éxito, dado que en esta materia rige el principio de soberanía de la Sala de instancia —y en este caso del Laudo que sustituye la función orgánica del Tribunal—, a tenor de la doctrina de esta Sala (SS. de 11 y 25 de mayo y 25 de junio de 1987). Con ello queda rechazado el motivo.

El motivo tercero que aduce la infracción de los artículos 1.203, 1.204 y 1.156 del Código Civil está en íntima conexión con el motivo cuarto, que acusa la infracción de la doctrina establecida por esta Sala en punto a la denominada *clausula rebus sic stantibus*, cuyas Sentencias invoca, e igualmente con el motivo quinto que denuncia la infracción de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil y la doctrina que las interpreta, los que asimismo están condicionados con el motivo sexto que propone como base de su alegato la infracción de los artículos 1.281-1.º y 1.285 del Código Civil. Todos ellos van enderezados a demostrar que la suspensión de pagos, solicitada el 15 de octubre de 1983 por la hoy recurrente, no es causa de resolución del contrato objeto del Laudo (cláusula o pacto 10.º) y que ni tal suspensión de pagos, ni la obligatoriedad del pago del canon en «pesetas interiores», pueden constituir base sólida para la aplicación de la cláusula presunta o tácita *rebus sic stantibus* como remedio sustantivo para evitar la continuación del mismo o lo que es igual, declarar la resolución del contrato.

Ante todo han de exponerse como puntos de partida para el discernimiento del tema planteado los siguientes: a) El pacto tercero establece una duración de cinco años, renovable tácitamente por periodos iguales, a menos que alguna de las partes manifieste fehacientemente a la otra su voluntad contraria a tal prórroga, durante los cuatro primeros años de cada periodo de cinco; b) En el

apartado primero C) del Laudo, sienta como hechos que no han sido atacados y por tanto permanecen incólumes, que la hoy recurrente, ni recurrió en alzada contra la Resolución del Ministerio de Industria de 22 de septiembre de 1982, ni contra la del Ministerio de Comercio de 14 de octubre de 1982, como tampoco comunicó a la recurrida tales resoluciones ni advirtió de sus consecuencias en orden al abono de royalties en forma diametralmente distinta de la que venía siendo normal desde hacía casi veinte años y por último —apartado tercero del Laudo— tampoco comunicó a la sociedad extranjera cedente la Resolución del Ministerio de Comercio de 14 de octubre de 1982 para tener efectos a partir de 17 de enero de 1983 de la imposición oficial de la apertura de una cuenta en pesetas interiores a nombre de la hoy recurrida como beneficiaria de la misma, ni se dirigió para cumplir tal ordenación administrativa a la Banca Delegada con tal propósito de apertura de cuenta en pesetas interiores, para, en su caso, continuar con el contrato de cesión de licencias de fabricación, a pesar del profundo cambio en el sistema de pago y moneda con eficacia solutoria.

Con vista de lo expuesto en el anterior fundamento jurídico, nos encontramos con que el motivo quinto no puede prosperar porque la doctrina de esta Sala proscribe la conjugación conjunta de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil y al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como soporte casacional, porque el primero de los preceptos sólo posibilita el ataque del hecho base declarado del cual se quiere deducir el nuevo hecho, es decir por el cauce del número cuarto, y el segundo, en cuanto permite acreditar la falta del enlace preciso entre uno y otro hecho y por la vía del número 5, como corresponde a la supuesta violación de la norma que impone tal nexo lógico para establecer un hecho en forma indirecta, es decir, por presunción; por ello la invocación de ambas normas sustantivas bajo un mismo motivo es incorrecto y proclive al decaimiento del mismo, pero es que además, el Laudo no hace uso de ninguna presunción sino que los hechos proclamados los hace en forma directa como obtenidos de instrumentos documentales por lo que nuevamente es de rechazar el motivo. Lo que acaece es, que aplica la cláusula *rebus sic stantibus* como una de las causas de resolución contractual, pero ello no es la declaración presuntiva de un hecho sino la aplicación de una doctrina legal (art. 1-6 del Código Civil) como complemento del ordenamiento jurídico.

El motivo sexto ya enunciado igualmente fracasa, porque si bien literalmente se aduce en el pacto décimo como causa resolutoria la quiebra, ello no quiere decir que la suspensión de pagos, no pueda comportar causa resolutoria *per se*, habida cuenta de que el contrato vincula partes de distinta legislación mercantil lo que conlleva una mentalidad jurídica no concorde en ambos contratantes, sino que hasta en el ámbito jurídico español la suspensión de pagos se estima doctrinalmente como una faceta «prequiebra» quizá como reminiscencia de lo dispuesto en los artículos 1.002 y 1.003 del Código de Comercio de 30 de mayo de 1829, equiparables a los artículos 870 y 886 del Código de Comercio vigente, respectivamente, y sobre todo como factor muy determinante de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en atención a la considerable merma que los ingresos por ventas de los artículos confeccionados con la licencia cedida, habían sufrido a partir de la solicitud de declaración de suspensión de pagos, concretada en el apartado segundo del Laudo y no descalificada en este recurso como hecho probado.

El motivo tercero tampoco merece mejor fortuna o éxito que los ya examinados pues el Laudo no dice, como base de sus pronunciamientos que haya existido una novación en el sentido técnico que los artículos citados como infringidos,

definen y delimitan, sino que la variación sustancial en la especie monetaria de pago, sufrida por imposición oficial administrativa —firme ante la actitud pasiva de la hoy recurrente—, requeriría para la conservación vincular del contrato de cesión de licencia, una expresa manifestación de voluntad en ese sentido asumiendo ambas partes las consecuencias de tales requisitos y mandatos de los órganos administrativos. Lo que acontece es que la redacción del Laudo en este particular no es del todo afortunada, aunque queda bien corregida con la explícita y ortodoxa aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* cuya violación se denuncia en el cuarto motivo, y que perece a la sola consideración de que, aparte el incumplimiento contractual relativo al pago o consignación de los royalties o cánones tras la denuncia del mismo por la hoy recurrida [apartado 3.º; apartado 4.º b), III, fundamento jurídico y Resolución I-C y III del Laudo], se ha producido, una grave e imprevisible alteración posterior de las circunstancias existentes al momento de contratar e incluso en las prórrogas por reconducción tácita, cuales son la imperiosa satisfacción de los derechos de cesión en moneda nacional no convertible, por la omisión de la recurrente en recurrir contra las Resoluciones administrativas que así lo ordenaban y la declaración de suspensión de pagos con una grave y extraordinaria disminución en las ventas del género objeto de la licencia cedida que acarrea una imponderable desproporción en las prestaciones de cada parte, con desequilibrio que gravita en perjuicio de la recurrida, que actuó de buena fe con pasividad no disculpable en la recurrente e irremediable en los términos racionales y jurídicos con que se contempla la situación (SS. de 9 de mayo de 1983, 27 de junio de 1984 y 19 de abril de 1985).

El motivo séptimo denuncia la infracción del artículo 7-1.º del Código Civil, que fracasa porque el concepto de buena fe, es de puro hecho (12 de marzo de 1963, 5 de junio de 1981, 15 de febrero de 1984 y 31 de enero de 1985) cuya existencia o inexistencia debe ser combatida por la vía del número cuarto y no del quinto del artículo 1.692 por cuyo cauce se ha combatido el Laudo y además porque es una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética, significada por los valores de lealtad, honradez, o como señala la Sentencia de 21 de septiembre de 1987, cuando con tal ejercicio del derecho propio se contradice una conducta anterior en la que hizo confiar a la contraparte, circunstancia ésta que no sólo no es predicable respecto de la recurrida, sino en todo caso de quien aduce tal violación.

El motivo octavo acusa la violación de los artículos 1.101, 1.106 y 1.107 del Código Civil y doctrina legal cuyas Sentencias cita que es improsperable porque la base de la indemnización de daños y perjuicios tanto en su causa —incumplimiento contractual—, como en su definición o concreción pecuniaria son factores de hecho declarados en el Laudo que no se han desvirtuado por el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por lo que su aplicación es consecuencia de rigurosa hermenéutica que no puede descalificarse sin previa contradicción de aquéllos, máxime cuando está su determinación conectada con el pago de royalties cuya fijación ha quedado al periodo de ejecución del Laudo.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE JUECES. COMPETENCIA PARA CONOCER DE ESTE PROCEDIMIENTO, EN LA ACTUALIDAD (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró si haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La Audiencia Territorial de Burgos, Sala de lo Civil, después de tramitar hasta la presentación del escrito de duplica un juicio de mayor cuantía iniciado por demanda de don Manuel O. C. y otras tres personas más, en el que se pide la declaración de responsabilidad civil contra doña María del Carmen C. G. en su calidad de Juez de Primera Instancia e Instrucción de Miranda de Ebro al dictar en apelación la sentencia de juicio de faltas de fecha 6 de noviembre de 1985, acuerda la nulidad de lo actuado, y en el auto ahora recurrido, basándose en el artículo 238-1.º de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial sostiene que se han cometido infracciones de procedimiento por estimar que dicha Ley Orgánica no reconoce el procedimiento que señalan los artículos 910, 912 y 913 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la declaración de responsabilidad civil de Jueces y Magistrados, y, por tanto, según la resolución recurrida, habrán de conocer de la cuestión planteada el Juzgado que corresponda conforme a las normas de competencia y funcionales de carácter general, siguiendo la tramitación del juicio ordinario que a la cuantía corresponda. Ambas partes litigantes, es decir, tanto demandantes como demandadas, interpusieron el presente recurso de casación, sosteniendo, aunque con diferencias de redacción y de orden de los motivos, que la competencia corresponde en este caso a la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial en el procedimiento que precisamente declaró nulo al finar su fase alegatoria, tomando los recurrentes su apoyo principal en haberse infringido por el auto recurrido la disposición transitoria 34 de la expresada Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ambos recursos de casación son de estimar por las razones que seguidamente se exponen: a) En primer lugar la mencionada disposición transitoria 34.^a, totalmente omitida por la resolución recurrida, establece de una forma clara y precisa, sin lugar a duda alguna, que «mientras no se apruebe la Ley de Planta, los órganos jurisdiccionales existentes continuarán con la organización y competencia que tienen a la fecha de entrada en vigor de esta Ley». Disposición transitoria, que, como las de su carácter, tiene por misión conjugar la aplicación de las nuevas normas con las existentes al tiempo de ser éstas promulgadas, decidiéndose por la continuación de la vigencia de las antiguas normas hasta tanto, en este caso, se promulgue la llamada Ley de Planta. Es de observar que esta disposición transitoria tiene un carácter muy general, ya que no distingue entre unos órganos jurisdiccionales y otros, con lo que es evidente que comprende a todos, y por consiguiente a las Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales, que seguirán por ahora con la competencia que tenía a la fecha de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial. b) En consecuencia, rige aún para el procedimiento para exigir responsabilidad civil a Jueces y Magistrados lo dispuesto en los artículos 912 y 913 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a los cuales se ha iniciado ya el procedimiento en cuestión, y que deben seguir rigiéndole en tanto no se dé la circunstancia que la antes aludida disposición transitoria 34.^a establece, lo que aún no se ha realizado. c) La norma del artículo 238-1.º de la Ley Orgánica mencionada, base del auto recurrido, ha sido en

definitiva indebidamente aplicada por la Sala *a quo*, en cuanto en el caso debatido no hay falta de jurisdicción ni de competencia objetiva o funcional, al seguir vigente todavía la normativa íntegra de los artículos 903 a 918 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como se deduce de los artículos 411, 412 y 413 de la Ley Orgánica aludida, toda vez que «el procedimiento que corresponda» (a que se refiere el art. 412) es, por remisión de la disposición transitoria 34.^a, el señalado en los artículos 903 y siguientes de la Ley procesal civil, que, a su vez, señalan «la competencia de las Salas de lo Civil de las Audiencias para conocer en primera y única instancia de las demandas de responsabilidad civil que se entablan contra los Jueces de Primera Instancia de su respectivo territorio», y ello por el trámite que señala el artículo 910 (a saber, el del juicio ordinario de mayor cuantía). Normativa vigente, en tanto no se promulgue la antes expresada Ley de Planta.

R. DE A.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

PRADA, JOAQUÍN DE, y otros: *Segundos encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco*. Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social de dicha Universidad, San Sebastián, 1988. Un tomo de 286 páginas.

El panorama normativo actual en España en materia de cooperativas es sencillamente demencial. Hay una Ley General de 1987, en principio aplicable, o así debería ser, a toda la Nación y, por otro lado, tenemos nada menos que otras cuatro leyes regionales. Esto, por supuesto, supone una tremenda confusión a la hora de saber cuál será la norma aplicable en cada caso concreto, que sólo puede llevar a ser un seguro semillero de pleitos y dudas.

Quizá el origen de todo el tiberio arranca de que había una Ley de Cooperativas de 1974 a la que en seguida se tachó de «poco democrática» y por ello había que sustituirla a toda prisa. Pero fuese porque esa sustitución se retrasó más de lo debido o porque algunos sintieron de pronto apremiantes pujos normativos, el caso es que fueron apareciendo en el interin nada menos que cuatro leyes autonómicas que o se repiten o confunden o ambas cosas a la vez. Porque estas disposiciones de limitado ámbito territorial quieren solucionar, cada una a su aire, unos problemas cooperativos que son generales y que no contienen en modo alguno peculiaridades regionales que justificasen esos absurdos intentos de singularidad.

Intentando curar un cáncer con aspirinas, la tardía Ley General de Cooperativas de 1987 incluye una disposición final primera en la que decreta su aplicación a todas las sociedades cooperativas españolas... excepto aquellas cuyas relaciones internas se llevan a cabo dentro del territorio de las Comunidades Autónomas con normas singulares, sin perjuicio, dice, de que se establezcan relaciones jurídicas fuera de sus territorios respectivos.

¡Ahí reside precisamente el problema! ¿Hay quien entienda esta norma? ¿Qué pasará cuando una cooperativa contrate con otras que se rijan por distintas normas? ¿Cuál de las leyes será aplicable a la capacidad y formalidades de las sociedades intervinientes? ¿Cómo se medirá el contenido y los efectos de los contratos? ¿Qué previa investigación de chinós tendrá que hacer el abogado para saber los preceptos, diferentes y hasta contradictorios, que habrá de alegar en el Juzgado para pedir el cumplimiento de lo pactado o las indemnizaciones si la mercancia es defectuosa o se pierde?

Para acaba de «arreglarlo», el número 2 de esa disposición final primera de la Ley General de 1987 dice que a los efectos de las competencias de desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas en materia de cooperativas, tendrá el carácter de normas básicas las contenidas en esta Ley. ¡Hombre, eso ya es algo..!

Pero, a continuación, incluye un *pero* descomunal, pues se enumeran nada menos que *setenta y seis artículos y once disposiciones*!, que son excepción a ese calificativo de normativa básica. ¿Cabe mayor confusión?

El problema es preocupante para los profesionales que más directamente intervienen en la constitución y desenvolvimiento jurídico de estos entes sociales cuya importancia económica corre pareja con su proliferación. Por ello aplaudimos la iniciativa de la Universidad del País Vasco al convocar por segunda vez estos «Encuentros», en los que se han abordado los «Aspectos notariales y registrales de las sociedades cooperativas», donde se encierran cuestiones tan importantes como la autenticidad y la seguridad jurídica de estas sociedades.

En el libro que presentamos se recogen las conferencias de varios Notarios, Registradores y otros calificados profesionales, pronunciadas en noviembre de 1987, a las que se trataba de aclarar este entramado normativo que repetidamente venimos calificando de confuso.

«Función notarial y persona jurídica» fue el tema desarrollado por el Notario JOAQUÍN DE PRADA, el cual tras dar unas nociones fundamentales sobre el papel del Notario como funcionario titular de la fehaciente, estudia el derecho de asociación y su iter negocial, para terminar relacionando ambas cuestiones y expresar su tesis de que debe darse entrada siempre a la intervención notarial en la constitución de personas jurídicas en general y especialmente de las cooperativas, ya que está en juego no sólo el interés de los individuos sino también la seguridad en el tráfico jurídico.

La misma tesis se reafirma en el trabajo del Notario ANTONIO VENTURA TRAVESET, titulado: «La constitución de la sociedad cooperativa y el papel del Notario». Resaltando la importancia del momento constitutivo de la persona jurídica y la tendencia de las cooperativas a evolucionar hacia una concepción empresarial, hace ver que es fundamental la existencia de una seguridad, claridad y operatividad de estos entes, que deben arrancar desde el mismo momento de su constitución. Estudia las formas de fundación simultánea y la sucesiva, para centrarse en la conveniencia de la escritura pública, que es la regla general, con la excepción injustificada de la norma vasca, que autoriza una simple acta con pocas garantías.

Este aspecto notarial se completa con el trabajo del también Notario JAVIER MANRIQUE PLAZA, titulado «Garantías formales para la eficacia de la transformación y extinción de las cooperativas», donde se abunda en los argumentos antes expuestos, extendiendo la conveniencia y aun necesidad de la fe pública no sólo en los actos constitutivos, sino también para las posteriores de estas figuras asociativas. Dado que la legislación de las cooperativas es confusa, dice aquí el autor, es de interés general estén circundadas por una disciplina jurídica que garantice a los terceros y a los propios socios una protección similar a la que tienen los demás empresarios, sometiéndose a las normas generales de las sociedades mercantiles.

El segundo momento de la constitución de una cooperativa es su inscripción en un Registro. Este tema lo tocan dos Registradores en sus respectivas conferencias. Bajo el título «Planteamiento total de los Registros públicos, su división en Registros administrativos y Registros jurídicos y especial nota crítica del Registro de cooperativas», ANTONIO LEYVA DE LEYVA critica los intentos doctrinales que quieren englobar en una idea única los diversos tipos registrales; esta unificación está desprovista de todo rigor científico, pues no es concebible equiparar un Registro hipotecario o jurídico con otro administrativo o de simple publicidad. Critica esas diversas posturas unificadoras con razonamientos convincentes y señala claramente la distinción entre Registros administrativos y jurídicos, basándola en consideraciones históricas, doctrinales y legales. La Constitución distingue claramente los Registros administrativos regulados en el artículo 105, de

los jurídicos, puestos en el artículo 149-1.º-8 bajo la competencia directa del Estado. Traza las tipologías que caracterizan a los Registros administrativos y los jurídicos, estableciendo netamente su diferencia, para concluir criticando el sistema adoptado al regular el Registro especial de cooperativas. Este, por ser un puro Registro administrativo, no puede aportar las garantías de autenticidad que ofrece un Registro jurídico, donde la calificación a cargo de funcionario especializado supone una base segura de la legalidad; la inscripción obligatoria denota su carácter administrativo y después viene el contrasentido de conferirle notas que más bien convienen a Registros jurídicos. Por ello concluye que donde verdaderamente debían inscribirse las cooperativas es en el Registro Mercantil, basándose en la disposición que establece el artículo 16 del Código de Comercio para las personas jurídicas en general y porque las cooperativas tienen, por lo común, verdadera naturaleza mercantil.

El otro Registrador que enfoca el tema es JUAN ANTONIO PÉREZ DE LEMA con su conferencia «La publicidad registral y la legislación cooperativa», en cuya primera parte expone la trayectoria histórica de la publicidad registral de las cooperativas en nuestro Derecho. En la segunda parte enfoca la problemática actual de esta publicidad registral, basada en un Registro administrativo pero de eficacia material. También termina propugnando la inscripción de las cooperativas en el Registro Mercantil, para mejor seguir la línea de los países europeos y porque, además, se justifica por otras múltiples razones que enumera.

NARCISO PAZ CANTALEJO, Profesor de Legislación en la Escuela de Estudios Cooperativos de la Universidad Complutense de Madrid, analiza «Algunos aspectos de la problemática registral en la Ley General de Cooperativas» y empieza haciendo un examen de los caracteres que presenta esta Ley en lo referente al Registro especial. Concluye diciendo que la Ley de 1987 no ha encontrado un nivel de equilibrio al regular la materia registral, pues ha introducido innovaciones no siempre justificadas.

Los «Encuentros Cooperativos» se completaron con una visión de Derecho comparado en esta materia, desarrollándose tres conferencias que también recogen en el libro. Son las siguientes:

«Las Cooperativas en Italia: Control estatal e intervención notarial», por MARIO MICCOLI, Notario de Livorno.

«El régimen jurídico de las sociedades cooperativas en la Alemania Federal», por HELMUT FESSLER, Notario, Vicepresidente de la Sección Mercado Común de la Unión Internacional del Notariado Latino.

Y «Las cooperativas en los países del Benelux», por ANDRÉ SCHWACHTGEN, Notario de Luxemburgo.

En el libro se agradece la decisiva aportación de JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, Registrador de San Sebastián, Director del Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores y de los Notarios de la misma capital; don JOSÉ MARÍA y don MIGUEL ANGEL SEGURA

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

FRIEDMAN, LAWRENCE M.: *Introducción al Derecho norteamericano*, Librería Bosch, 1988.

Este libro, editado por la Universidad de Stanford, ha sido traducido por el Profesor de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona señor VERGÉ Y GRAU y publicado en Zaragoza por la Librería Bosch. Tiene 346 páginas más un apéndice en el que figura la Constitución de los Estados Unidos, la Constitución de Oregón y varias leyes federales y estatales: La Ley Sherman antimonopolios, la Ley sobre Alimentos, Fármacos y Cosméticos, la Ley de Derechos Civiles de 1964, la Ley de Indemnizaciones Laborales de Ohio y la Ley de la Oficina de Control de Fumigaciones y Desratización de Edificios de California y varios textos reglamentarios: el Reglamento sobre Alimentos y Fármacos, el de la Comisión para la igualdad de Oportunidades y Empleo y el de la Oficina de Control de Fumigaciones y Desratización de Edificios, así como varios fallos del Tribunal Federal: el caso Brown y otros contra el Departamento de Educación de Topeka de 1954 sobre la segregación de negros en las escuelas públicas, el caso Dothard contra Rawlinson de 1977, en el que la señora Dothard alegó que la Ley por la que se regía el concurso para la provisión de plazas de guardián de prisiones en el Estado de Alabama, violaba el principio de igualdad de oportunidades federal al exigir unos requisitos de peso y estatura que excluían virtualmente a las mujeres; el caso Louis contra Bamboo Gardens de 1947 sobre si la agresión realizada contra el demandante mientras trabajaba en el restaurante en el que estaba empleado, debía ser considerada o no accidente laboral y el caso Marvin contra Marvin de 1976 acerca de la eficacia de un pacto de comunidad de bienes entre dos personas que vivían juntas no estando casadas.

El cuerpo del libro se divide en catorce capítulos y un epílogo sobre el futuro del Derecho en los Estados Unidos. Los capítulos más interesantes versan, el tercero, sobre los orígenes del Derecho Norteamericano; el cuarto, sobre la estructura judicial; el quinto, sobre Leyes y legisladores; el decimotercero sobre la Abogacía, y el decimocuarto, sobre el Derecho y el cambio social.

Acepta el autor la concepción del Derecho de Donald Black como control social del Estado y se adentra en el estudio del sistema jurídico desde el punto de vista de la estructura, de la sustancia y de la cultura jurídica. El sistema se halla en constante cambio. Pero sus partes cambian a ritmo diferente. En cuanto a la sustancia examina las leyes actuales, los modelos de conducta y actitudes de las personas frente al Derecho y al sistema jurídico. Estos tres elementos —estructura, sustancia y cultura jurídica— constituyen la base del libro. Estudia la forma en que el sistema jurídico está organizado, qué hace y cómo lo hace, prestando especial atención a la cultura jurídica, a las ideas y a las fuerzas que la ponen en movimiento y la detienen.

En el mundo hay una variedad de sistemas jurídicos. Cada país tiene el suyo y en los Estados Unidos, cada Estado tiene un sistema jurídico propio, para regular sus asuntos internos. Las enseñanzas jurídicas en los Estados Unidos se ciñen al Derecho Norteamericano; son netamente centralistas y pretenden ignorar el Derecho de los Estados. Los sistemas de Derecho civil son sistemas codificados, es decir, sus leyes básicas se distribuyen en códigos. En el Renacimiento, dice el autor, la ciencia jurídica europea quedó deslumbrada por la belleza y la fuerza del redescubierto Derecho romano. Sin embargo hubo un país que consiguió resistir a la llamada recepción del Derecho romano. Este país fue Inglaterra que se agarró a sus antiguas tradiciones; es posible que muchos conceptos y

términos del Derecho romano se deslizaron en el Derecho inglés, pero el núcleo central del sistema jurídico de la Isla aguantó firme. Este sistema jurídico local y tenaz es llamado Common Law. El Common Law se resistió a la codificación, no existiendo equivalente inglés del Código de Napoleón.

Los principios generales del Derecho no se sacaron de las leyes del Parlamento, sino de los procesos judiciales. La doctrina del precedente, según la cual el Juez queda obligado por las sentencias anteriores, es una doctrina típica del Derecho inglés. El jurado es una institución del Common Law. También lo es el «trust» o negocio fiduciario, por virtud del cual una persona recibe a título fiduciario dinero o propiedades de otra para invertirlo o administrarlo en provecho de determinados beneficiarios. Los ingleses llevaron el Common Law a sus colonias y allí arraigó y fructificó. Todos los países del Common Law fueron alguna vez colonias de Gran Bretaña o colonias de colonias. A *grosso modo* puede decirse que el Common Law domina donde quiera que se hable inglés. Pero a pesar de ello entre Inglaterra y Estados Unidos hay hoy importantes abismos.

Por medio de los ingleses, el sistema del Common Law —con sus costumbres, tolerancia y forma de pensar— cruzó el Atlántico y echó raíces en los Estados Unidos. En la historia del Derecho norteamericano se observan dos periodos, el colonial que va desde la llegada de los colonos a Plymouth Rock al estallido de la Revolución en 1834. Es un período tan largo como el que va desde 1834 a nuestros días. El período colonial no fue tan turbulento, ni tan cambiante, pero fue largo y estructuralmente complejo. El Océano separaba las colonias de Inglaterra. En teoría los ingleses tenían el pleno control de las colonias y sus pobladores eran súbditos del rey, pero de hecho, los ingleses sólo tenían un control débil sobre sus lejanos hijos. Estaban muy lejos y carecían de una política colonial coherente. Por ello las colonias fueron visiblemente independientes durante la mayor parte de su historia. Cabe dividir las colonias en tres grupos. Las colonias del Norte que fueron desde el punto de vista de influencia del Derecho inglés las más alejadas; las colonias del grupo Central, a medio camino entre las del Norte y del Sur, y las colonias del Sur, las más conservadoras del Derecho inglés y de su cultura jurídica.

El Derecho que trajeron consigo los colonos no fue el Derecho de los grandes tribunales, sino el Derecho local y las costumbres de sus comunidades. En el Derecho norteamericano hay tres elementos: el Derecho popular consuetudinario, el nuevo derecho surgido de las necesidades materiales de la vida en el nuevo país y los elementos jurídicos modulados por la ideología de los pobladores. El Derecho de Massachussets era forzosamente más sencillo que el Derecho inglés de 1600, que estaba plagado de tecnicismos. El sistema judicial inglés era tan complicado que Lord Cocke necesitó todo un libro para describirlo. Hubiera resultado grotesco copiar ese sistema en unos pobres asentamientos a lo largo de la costa atlántica. Massachussets estableció un sistema judicial claro y simple que se copió por las demás colonias. En el XVIII las colonias del Norte y del Sur se acercaron al Derecho inglés lo que sucedió de forma natural y automática. Los colonos se habían acostumbrado a dirigir sus asuntos y cuando los ingleses impusieron nuevos impuestos, crearon nuevos tribunales, actuaron como imperialistas e hicieron estallar la Revolución, con el resultado de la pérdida de sus colonias.

En 1776 estalló la guerra y los tenues lazos entre Inglaterra y las colonias se rompieron. La guerra fue un éxito. Pero a las colonias les quedó pendiente el problema de buscar una forma de unión. Querían constituir una especie de federación pero también querían conservar buena parte de su autonomía. Des-

pués de un primer paso en falso (los arts. de la Confederación) las colonias redactaron una carta —la Constitución de 1787— que dio al Gobierno central mucho más poder que el que tenía con la Confederación. Cada Estado seguía siendo soberano en su propia esfera.

El nuevo Gobierno tuvo que afrontar de inmediato la cuestión de qué hacer con los territorios del Oeste. Las colonias tenían reivindicaciones particulares sobre ellos pero desistieron y las cedieron al gobierno federal. La Ordenanza de Northwest de 1787 dio a estos territorios el estatus de Estados y no de colonias de colonias, a los que se extendió el Derecho de los Estados Unidos.

Las relaciones entre el Norte y el Sur se envenenaron por la esclavitud, que era parte vital de la economía de los territorios del Sur. El amplio campo jurídico de la esclavitud era ignorado por el Norte, para cuyos Estados era sólo una cuestión moral.

En 1860 estalló la Guerra Civil que duró cinco años. Después de 1865 empezó una nueva era, la era de las fábricas, de las grandes ciudades, de las oleadas de inmigrantes del Este de Europa, y que significó el lento declive de la América rural.

El sistema del Common Law es complicado por naturaleza. El Derecho hecho por los Jueces es, en los Estados Unidos con sus 50 Estados, particularmente desordenado, contradictorio e incongruente. La idea de codificar el Derecho interesó a algunos juristas con el fin de acabar con el excesivo poder de los jueces pero salvo determinadas ramas del Derecho como el Derecho procesal o el Derecho mercantil estos esfuerzos no llegaron a cristalizar. Por otro lado regía la regla jurídica de que las leyes que derogaban el Common Law debían interpretarse restrictivamente. Los Tribunales veían con desconfianza los cambios jurídicos procedentes de los ejecutivos y no de ellos mismos pues venían a romper la belleza y simetría del Common Law.

La Constitución Norteamericana de 1787 ha sido enmendada 26 veces. Doce de ellas se añadieron a la Constitución en 1804 y desde entonces sólo ha habido catorce más.

No es la Constitución la que es fuerte, sino el Sistema Constitucional. Se trata de un sistema formado, en primer término, por una actitud pública frente a la Constitución y, en segundo lugar, por formas de comportamiento e instituciones que se han desarrollado a su alrededor. La Constitución es lo que los Jueces dicen que es y lo que los Jueces dicen pertenece al contexto de los casos reales, que son producto de su tiempo, de forma que esos casos son la fuente principal del Derecho constitucional.

Todos los Estados tienen su propia Constitución y los Tribunales del Estado tienen la última palabra en materia de Derecho constitucional del Estado. Las Constituciones de los Estados son pálidos reflejos de la Constitución Federal. Todos tienen una declaración de derechos que siguen el modelo federal. Las Constituciones de los Estados han tenido un pasado más complicado que el de la Constitución Federal. Después de la Guerra Civil el Norte consiguió la aprobación de tres Enmiendas a la Constitución —13, 14 y 15. La primera abolió la esclavitud y la servidumbre involuntaria excepto como pena impuesta por delito. La decimoquinta prohibió negar o limitar el derecho al voto por motivos de raza, color o anterior condición de esclavitud, la Enmienda decimocuarta dejó sin efecto la doctrina del caso Dred Scott y declaró que los Estados no podían privar a nadie de su vida, de su libertad o de sus propiedades sin el debido procedimiento legal «due process of Law»—.

A finales del siglo pasado se desarrolló un intenso control judicial de la cons-

titucionalidad de las leyes en torno al concepto de «debido procedimiento legal». Cuando se redactó la Enmienda sólo se pensó en un procedimiento justo ante los Tribunales de Justicia. Pero con posterioridad se interpretó en el sentido de que toda ley arbitraria equivalía a una privación del procedimiento debido. Con esta argumentación los Tribunales poco a poco levantaron una estructura que hacía de la libre empresa parte del esquema constitucional, a partir de 1880 las impugnaciones por inconstitucionalidad de las leyes empezaron a ser normales, cosa que antes no lo habían sido. Esto hizo que el control judicial fuera en los años veinte cada vez más fuerte. En 1915 el Tribunal Supremo anuló 22 leyes estatales.

Igualmente esta Enmienda decimocuarta ha servido para que los ciudadanos puedan acudir a los Tribunales Federales para hacer que los Estados respeten los derechos fundamentales. Y así el Tribunal Federal declaró que el Estado que no respete la libertad de expresión se sale de la legalidad y viola el «debido procedimiento legal». La década de los cincuenta fue la del movimiento por los derechos civiles.

En fin, un libro interesante que nos acerca a un mundo jurídico nuevo que nos sorprende por su vitalidad y su dinamismo y por cuyas páginas aparecen figuras nuevas para nosotros como los Jueces de alquiler o Rent a Judge o conocidas muestras, aunque allí aparezcan con dimensiones mastodónticas, y cuyo entramado jurídico obedece hoy a la idea fundamental sobre la que se levanta nada menos que la unidad nacional, de que para que el individuo sea fuerte y sus derechos estén protegidos el gobierno debe estar limitado y ser popular, pues tanto la sociedad en general como el gobierno en particular existen para satisfacer los derechos de los individuos en cuanto a su vida, libertad y búsqueda de felicidad.

ANTONIO MORO SERRANO

SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO: *Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria*. Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

Desde que España se incorporó a las Comunidades Europeas, la doctrina se vio en la necesidad de atender al requerimiento que imponía la existencia de un ordenamiento rigurosamente nuevo y desconocido hasta ese momento.

El esfuerzo realizado ha sido considerable, ya que en el corto espacio de diez años, se ha tenido que adaptar nuestro pensamiento jurídico a los nuevos moldes impuestos por la Constitución, buscando fórmulas hasta entonces inéditas, en las que la doctrina tuvo que dar lo mejor de sí misma.

Y cuando parecía que ya se habían conseguido parámetros jurídicos de entendimiento más o menos aceptables y aceptados, surge con notable ímpetu un sistema normativo de nueva factura, que tiene una notable influencia en la vida cotidiana, aunque todavía no seamos, quizá, conscientes de ello.

Sucede que el llamado Derecho comunitario es un sistema jurídico completo, con sus propias fuentes, sus claves interpretativas también propias, y con una eficacia inmediata y directa sobre el ordenamiento particular de los doce Estados miembros, que desde luego no pueden poner obstáculos a la aplicación de dichas fuentes comunitarias, ni de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo encargado de sostenerlas, caso de que hubieran fallado los Estados miembros.

Pues bien, el libro del profesor SORIANO, Catedrático de Derecho administra-

tivo, se sitúa en ese contexto y trata de ofrecer, con un lenguaje sencillo y directo, una explicación coherente sobre este complejo tema.

En lo esencial, la monografía que recensamos, intenta explicar al lector que son dos los instrumentos normativos más importantes de las fuentes comunitarias.

Y lo hace siguiendo un método que, además de que facilita enormemente la lectura, es sin duda el más apropiado cuando se trata de enfrentarse con este ordenamiento.

Nos referimos a que el autor ha seguido el método jurisprudencial, y además lo hace, como por demás ocurre en gran medida con la doctrina comunitaria, cuidando enormemente el relato de los hechos. Con lo cual, el libro gana en amenidad, y demuestra el exquisito cuidado en la selección del material jurisprudencial, que es sin duda uno de los logros mejor conseguidos de este libro.

La jurisprudencia se expone, dentro de un contexto que permite al lector tener una rápida idea de cuáles son los problemas principales que se plantean en cada una de las distintas fuentes, que así reciben un tratamiento completo y adecuado, y permiten con facilidad compararlas con las fuentes internas.

En este aspecto el trabajo resulta enormemente sólido y atractivo ya que el estudioso recibe una información inmediata de cuál es la situación en el Derecho de las comunidades.

El autor comienza con una reflexión sobre el Derecho comunitario haciendo una descripción completa de sus principales características, enfatizando la importancia que dicho Derecho ha de recibir por nuestros operadores jurídicos, singularmente por la Judicatura, que es uno de los poderes llamados a jugar un mayor papel en este tema.

En el siguiente capítulo, se estudian los Reglamentos de la Comunidad, para lo cual, se analizan todos los rasgos jurídicos de tal fuente, especialmente la normatividad, el carácter general, la obligatoriedad, la aplicabilidad inmediata, el efecto directo y la primacía.

Cada uno de tales rasgos es estudiado con profundidad, y con el correspondiente apoyo jurisprudencial.

El complejo tema de las Directivas, quizá uno de los más difíciles de todo el Derecho comunitario, es tratado con una enorme fluidez, fruto sin duda del considerable esfuerzo del autor, que como señala en la introducción dedicó una parte considerable del tiempo de elaboración de este libro —precisamente en los centros de estudios de las distintas Universidades europeas— a este enjundioso tema.

Tras comparar tales Directivas con algunas pretendidas fuentes españolas, analiza con enorme cuidado —y con el consabido apoyo jurisprudencial— el artículo 189 del Tratado CEE, en lo que se refiere a esta fuente.

Especialmente se hace hincapié en los aspectos que se refieren al difícil tema del llamado efecto directo de las Directivas, sin duda alguna uno de los temas que más pueden afectarnos, y al fundamento para dictar esta fuente normativa.

Se trata de una obra útil y eficaz, en la que sin menoscabo del esfuerzo teórico, en el que es claro que el autor toma partido sobre todos los temas, su mayor y mejor mérito se encuentra en su eficacia práctica, al resolver todos los problemas que se plantean, y hacerlo acompañado del instrumental necesario, tanto normativo como jurisprudencial, por lo que es una obra, que nos atrevemos a calificar de excelente y a recomendar sin vacilaciones.

COTTA, SERGIO: *Justificación y obligatoriedad de las normas*. Traducción al español del Profesor Antonio Fernández Galiano. Editorial Ceura. Madrid, 1987. Un tomo de 171 páginas.

Introducción

La justificación del ordenamiento jurídico como sistema de normas es un problema que atrae constantemente la atención de los estudiosos del Derecho en su plano teórico. Este autor, en concreto, comienza intentando demostrar que se trata de un asunto que atañe directamente a los juristas y que no es tan sencillo desentenderse del mismo alegando que se trata de una cuestión simplemente política o ideológica. Es cierto que la política y las ideologías intervienen decisivamente en la producción de la norma; por eso el jurista debe tener ciertos conocimientos de política para poder entrar en la discusión que nos ocupa.

También es verdad que la norma está ahí, existe, ya sea eficaz o inoperante; desde el momento en que el legislador la incluye en el ordenamiento, es tarea del jurista cumplirla y aplicarla. Parece que si la norma debe ser aplicada no viene al caso ocuparse de su justificación, de sus orígenes; pero, en realidad, no deja de ser grave la pretensión de aplicar unos imperativos arbitrariamente. Por eso, a lo largo de la Historia se ha buscado la razón de ser del ordenamiento, mediante su correspondencia con la idea del Derecho natural, o a través de la interpretación.

Esta última ha sido importantísima a la hora de restar rigidez a la norma escrita (*summum ius, summa iniuria*), buscando lo que se ha dado en llamar el «espíritu de la norma», la amplitud de miras del legislador a la hora de regular determinadas conductas, la posible analogía con otros comportamientos no previstos, en definitiva, «La actividad intelectual que tiende a descifrar el sentido escondido en el sentido aparente y el manifestar los *niveles de sentido* implicados en el significado natural», como dice PAUL RICOEUR en la cita del autor de este libro. La relevancia de la interpretación llega al punto de modificar el significado normativo del texto inicial, hasta presentar una norma nueva. Ahora bien, ese nuevo significado, o esa nueva norma, sigue necesitando una justificación.

SERGIO COTTA propone que no hay que buscar la justificación de la norma en la interpretación, puesto que ésta se realiza sobre normas ya existentes, mientras que la justificación debe ser anterior a la norma, debe ser la causa de la misma. Con la pregunta de «¿Por qué la justificación y no su ausencia?», COTTA se propone una búsqueda a través de los diferentes planteamientos doctrinales y formula una serie de razonamientos en los que basar el fundamento del sistema normativo.

Veamos sus razonamientos siguiendo el mismo esquema que él utiliza en su obra.

I. ¿Por qué la justificación?

Para responder a esta pregunta, parte el autor de la distinción entre mandato y norma. El mandato es una proposición prescriptiva que, si bien tiene carácter imperativo, no está dotada de la obligatoriedad que caracteriza a la norma jurídica. Ahora bien, ¿por qué es obligatoria la norma? ¿Lo es por el mero hecho de estar promulgada y existir formalmente, como proponía Kelsen? ¿Deja de ser obligatoria cuando es transgredida por un acto aislado no reiterado?

La transgresión de la norma no es absolutamente evitable; de hecho se produce con frecuencia y aunque existe el miedo a la sanción, el elemento coactivo contenido en el enunciado de la norma tampoco justifica por sí solo la obligatoriedad de la misma. Es más, según COTTA, «la fuerza no puede eliminar la transgresión, pues a la fuerza cabe siempre oponer otra fuerza, que puede ser incluso mayor»; recordando el ya clásico ejemplo kelseniano del ladrón: «La bolsa o la vida!», es un imperativo acompañado de una amenaza y sin embargo no es una norma jurídica, pues el ladrón que la emite no cuenta con ningún tipo de autorización; por lo tanto no crea ninguna obligación para el destinatario de la frase.

En el plano teórico, lo que caracteriza a la norma como enunciado prescriptivo es que establece un *deber ser* dirigido a un destinatario concreto: el hombre y su conducta. Ni el legislador ni el destinatario de la norma están «predestinados» a legislar y a cumplirla, respectivamente, sino que, a juicio del autor, ambos se mueven en el plano de la posibilidad. Si nos fijamos en la diferencia entre el «ser» y el «deber ser» nos daremos cuenta de por qué la norma es infringible, ya que según COTTA, el deber ser es «la condición de pensabilidad del concepto de transgresión», basándose en la idea kantiana de la complementación de los contrarios: la prescripción normativa existe porque también existe la infracción; donde no esté aquella no se daría ésta.

Un ejemplo elocuente de esto lo encontraríamos en la historia del leñador que tenía que talar un bosque, cosa que no le apetecía nada, por lo que se le ocurrió dejar el hacha en lugar bien visible con el cartel: «Prohibido usar este hacha». A la mañana siguiente se encontró con todo el bosque talado. No es que se pretenda con esto demostrar que la norma está hecha para ser transgredida, pero queda suficientemente claro que en el enunciado prescriptivo tampoco reside la justificación de la norma; la simple observancia de la misma no es prueba de que ésta haya sido válidamente justificada.

II. ¿Obligatoriedad sin justificación?

Continúa COTTA sus razonamientos, intentando esta vez buscar la obligatoriedad de la norma en su pertenencia a un ordenamiento, tomando como referencia a Kelsen, para quien la validez de la norma consiste en su existencia específica y la eficacia supone la conformidad con el ordenamiento. Kelsen habla de una estructura jerárquica normativa y de un sistema de delegación que culmina en lo que él llama «Grundnorm», norma fundamental presupuesta de la que deriva todo el ordenamiento positivo y su consiguiente obligatoriedad. El planteamiento kelseniano es criticado en el sentido de que la norma constitutiva debe ser real y no imaginaria. Aun así, tampoco encontramos la obligatoriedad de la norma en la autojustificación del ordenamiento; y no la encontramos porque dentro de un mismo ordenamiento no sólo pueden darse antinomias entre normas (que quedarían resueltas con los criterios *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori*, *lex specialis derogat generali*), sino que incluso pueden darse antinomias entre los mismos criterios a los que BOBBIO llama «antinomias internas de segundo grado» y que sólo podrán resolverse acudiendo al «criterio de los criterios»: el de la Justicia. Aun así, todas estas ideas giran en torno a la pretensión de autojustificar el ordenamiento, propósito que excluye COTTA, para quien la justificación deberá alcanzarse por otra vía, desde el exterior del sistema normativo.

Otra solución que examina este autor es la propuesta por el realismo jurídico escandinavo, escuela en la que destaca KARL OLIVECRONA, para quien la norma

jurídica es un imperativo independiente que no implica una relación personal, como ocurre con el mandato. Para OLIVECRONA la obligatoriedad del imperativo independiente reside en la «presión psicológica» que éste ejerce sobre la población, creando una «conciencia del deber» basada en el arraigado respeto de los súbditos hacia la Constitución. Pero con este planteamiento nos está mostrando OLIVECRONA la obediencia al ordenamiento, no su obligatoriedad. Otro autor, ROSS, hace depender la obligatoriedad del comportamiento general de los tribunales al aplicar efectivamente la norma.

Para HEGEL hay que aceptar sin más la obligatoriedad del ordenamiento porque es la forma jurídica del pueblo constituido en Estado (Volksstaat). Así, el sistema normativo no tiene que justificar su propia obligatoriedad, ya que ésta deriva del Volksstaat.

En definitiva, COTTA desdénia todas estas posturas que buscan la justificación del ordenamiento en sí mismo e intentará encontrarla en los conceptos de «autoridad» y de «ideología».

Por lo que se refiere a la autoridad, tras dejar bien clara su diferencia con el concepto «poder» (la autoridad es un poder dotado de elementos apreciativos positivos), afirma que las normas que dicte quien goza de autoridad, se justificarán precisamente por el hecho de que el gobernante no sólo tiene poder sino que se tiene depositada en él una gran confianza. Es una síntesis de la actividad del gobernante y la conciencia del gobernado. El concepto de autoridad es muy utilizado, es eficaz y racional, pero puede objetarse que sólo vale para quien cree en ella y sólo produce una presunción de obligatoriedad de las normas que de ella nacen.

En cuanto a la ideología, excluidas las vías anteriormente expuestas, parece la más idónea para hallar la obligatoriedad de la norma. Si nos apartamos de las connotaciones peyorativas que tiene el término «ideología» (como, por ejemplo, ocultación de intereses), nos interesa el vocablo en el sentido de sistema de ideas y valores generalmente aceptados en un momento dado y dirigidos a provocar la acción. Este criterio tiene a favor su referencia a ideas, proyectos y valores aceptados en común y el desarrollo de juicios valorativos en los que se desarrolla la justificación del ordenamiento, pero se le pueden oponer los mismos reparos que a la autoridad: sólo vale para quien la acepta y sólo será eficaz si funciona después de implantada, creando una especie de presunción de justificación. Conclusión: Ninguno de los medios vistos prueban objetivamente el fundamento de la norma.

III. *Requisitos de la justificación*

La justificación de la norma consiste en demostrar que la opción de elevar lo posible al rango del «deber ser» no es arbitraria sino fundada. Para que exista tal justificación deben darse los siguientes requisitos: 1) La justificación debe demostrar que el comportamiento prescrito es realmente posible. 2) Debe traspasar el nivel de la simple verificación de la eficacia de la norma (es decir, debe ser algo más que la mera observancia). 3) No debe reenviar a premisas no justificadas y no justificables. 4) Debe valer para todos los miembros del mismo universo lógico, y 5) Debe probar que el comportamiento prescrito es aprobable.

De estos cinco requisitos, el segundo, tercero y cuarto tienen naturaleza formal según el autor, ya que atañen respectivamente al objeto, a la congruencia y

a la esfera de validez del discurso justificativo. En cuanto a los requisitos primero y quinto, tienen naturaleza sustancial, ya que se refieren al contenido de la norma.

IV. *La justificación y la cuestión del Derecho natural*

Aborda en este punto el autor el debate sobre la existencia del Derecho natural y su contraposición al Derecho positivo. En el natural, la validez de la norma depende de un discurso teórico, mientras que en el Derecho positivo es un deber ser establecido por la voluntad humana, dependiendo de un discurso prescriptivo.

Las teorías iusnaturalistas infieren proposiciones de deber ser a partir de proposiciones de ser, inferencia lógicamente incorrecta, por lo que se ha dado en llamar «la falacia naturalista». El término «Derecho natural» es contradictorio, ya que «Derecho» es un deber ser, mientras que «Natural» es un ser. ¿Es útil el Derecho natural para implicar correctamente la idea del Derecho positivo? El autor dice que sí, contradiciendo a la filosofía analítica.

COTTA intenta justificar la existencia del Derecho natural desde el punto de vista histórico al señalar la confrontación entre varios sistemas culturales y jurídicos, como ocurrió con Grecia al extender su civilización, o con la colonización del Nuevo Mundo, donde los europeos hallaron un sistema cultural y jurídico, que trajo como consecuencia un renacimiento del iusnaturalismo, en el que destacó la escuela española de VITORIA Y SUÁREZ.

La misma razón de ser del Derecho natural la busca también desde el punto de vista filosófico, donde el iusnaturalista fue concebido como un Derecho «oculto» e inspirador del visible o como un Derecho originario que después desapareció o como lo ideal respecto a lo real. Frente al Derecho positivo aparece como lo que «debe ser» respecto de lo que «es». Es decir, frente a quienes sostienen la inexistencia o inoperancia del llamado «Derecho natural», SERGIO COTTA no sólo afirma y prueba que existe, sino que además lo configura como «criterio normativo del Derecho positivo» o «deber metapositivo».

El Derecho positivo es considerado variable, particular, producto de la voluntad, artificial. Por el contrario, el Derecho natural se nos presenta como invariable, universal, racional, obra de la naturaleza.

Al margen de la discusión que se plantea entre ambos sistemas, el autor pretende presentarnos una realidad de dos sistemas de normas, tomando como referencia a ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS, para quienes el Derecho natural contiene las reglas generales y el positivo las determinaciones. HOBBS y SPINOZA ven al Derecho natural como el que rige en las relaciones en que interviene el Estado y al positivo rigiendo las relaciones civiles. Así, persisten como posibles y compatibles, en lo que el autor llama «dos especies de un mismo género», compatibilidad teórica que nos no ayuda a encontrar la juridicidad del Derecho natural.

Afirma COTTA que los iuspositivistas parecen reconocer este carácter de subespecie que tiene el Derecho positivo, precisamente porque al necesitar la calificación de «positivo» se considera como una especie del género «Derecho». En definitiva, es cierto que ha existido un Derecho llamado «natural», efectivamente respetado durante la Historia y que va más allá de la mera abstracción de un deber ser moral. Por lo tanto, si existe en el ámbito de la experiencia deberá tener los elementos comunes a toda norma. Así, está dotado de una estructura

lógica, un enunciado que prescribe un comportamiento, prescripción que es obligatoria, al menos a juicio del iusnaturalista.

Concluyendo, el Derecho natural es obligatorio por su racionabilidad y de forma más convincente que la ofrecida por el Derecho positivo. Así parece deducirlo el autor del Derecho internacional no escrito, llamado «Derecho natural vigente» por BARILE, y también del concepto de equidad y del de los «derechos fundamentales del hombre», cuya intangibilidad está reconocida por la conciencia común; y también, finalmente, del «núcleo prescriptivo esencial» que hace que ciertas normas conserven su capacidad vinculante aceptada naturalmente, no a la fuerza. SERGIO COTTA no parece ya tener reparo en ser tachado de iusnaturalista por intentar la búsqueda de la justificación de la norma, aunque a tenor de lo expuesto da la impresión de que le ha preocupado más justificar su iusnaturalismo que la obligatoriedad del ordenamiento.

V. *La justificación en términos de verdad*

Distingue el autor entre la justificación funcional o relativa y la justificación funcional-estructural o absoluta.

En cuanto a la simplemente funcional, nos muestra COTTA el siguiente ejemplo: Partiendo de una proposición como «la obediencia de las leyes es necesaria para la existencia del Estado», llega a otra proposición prescriptiva, como «todos los ciudadanos deben obedecer las leyes estatales», extrayendo la conclusión de que si este tipo de proposiciones están solidamente probadas, tendrán correcta justificación las subsiguientes prescripciones.

Estas proposiciones prescriptivas, al resultar justificadas por la determinación de ciertas situaciones, resultarán obligatorias, convirtiéndose en normas. Este tipo de justificación se asemeja al teleológico predicado por KANT, para quien el imperativo no prescribe una acción porque sea buena, sino por ser medio necesario para un fin concreto y la obligatoriedad de la norma viene justificada por el hecho de querer dicho fin. Pero el autor no quiere que la justificación por él propuesta sea calificada de teleológica, por lo que se prefiere llamarla funcional, término que define mejor el nexo de la prescripción con una situación de ser. Este tipo de justificación, al estar basado en una concreta realidad existencial, vale para todos los que participan en ella; pero, precisamente por ello, la norma deja de estar justificada fuera del ámbito del universo lógico al que se refiere, si bien podría abarcar diversos universos lógicos, justificando así un sistema global de normas de una manera funcional y con un carácter razonable y empíricamente controlable, sin acudir a valores arbitrarios. Aun así, esta justificación no deja de ser relativa por cuanto sólo sirve dentro del contexto existencial al que se refiere la norma.

Por eso se plantea la posibilidad de una justificación funcional-estructural o absoluta. Para ello toma nuevamente ejemplo de KANT, ya que su «imperativo asertórico» no se refiere a un universo lógico cualquiera, sino al universo total, universo en el que todos los hombres tienen un fin común, por lo que la acción que aparezca como medio realmente necesario para dicho fin será obligatorio. Para KANT ese fin real común a todos los hombres es la felicidad, cuyos elementos son variables, por lo que «el hombre no puede determinar con arreglo a un principio lo que le hará verdaderamente feliz». Pero las felicidades individuales no coinciden, incluso llegan a ser incompatibles, por lo que el logro de la felicidad no es condición para la realidad de la coexistencia humana.

Este es el punto al que pretendía llegar el autor: No se puede justificar la norma en la búsqueda de la felicidad o de la supervivencia como fines comunes a todos los hombres, porque en realidad no son comunes; cada uno busca *la* felicidad o *la* supervivencia, sino *su* felicidad o *su* supervivencia.

COTTA propone sustituir el *mors tua, vita mea* por un *vita tua, vita mea*; es decir, una coexistencia, concepto que tiene plena reciprocidad sin incompatibilidad y es, por tanto, universalizable.

VI. *La obligatoriedad del Derecho positivo y el Derecho natural*

Antes de llegar a sus conclusiones, sintetiza COTTA sus hallazgos: La norma constituye la posibilidad de la transgresión, su justificación va más allá de la propia eficacia y debe ser válida para todos los miembros de un mismo universo lógico; no debe remitir a ningún presupuesto injustificado, debe referirse a comportamientos posibles de forma no arbitraria ni subjetiva; esta justificación puede ser relativa (por referirse a una situación particular) o absoluta (por tratarse de la coexistencia humana, es la llamada justificación funcional-estructural). Por último, la necesidad de justificación se da en las normas de Derecho natural (para las que la obligatoriedad es *c*'-mostrable mediante razonamiento) y en las de Derecho positivo, en las que la obligatoriedad es demostrable con argumentos simplemente formales o fácticos.

Estas son, según el autor, las razones que hacen indispensable la justificación. Ahora se trata de ver qué concepción del hombre la hace razonable. La norma, además, de prescriptiva es ordenadora, instaaura el orden que no existía o concreta el que era impreciso. La conveniencia de ese orden se hace patente a través de la justificación que se nos muestra como un discurso racional. Además, el individuo no sólo tiene capacidad para comprender el enunciado lingüístico de la norma, sino también para captar en las palabras (en su sentido) la prescriptibilidad. Por lo tanto, la justificación nos hace ver la paridad entre legislador y destinatario: Lo que para el legislador es un deber ser, tiene también que parecerlo al destinatario para que resulte obligatorio; por eso la prescriptividad de la norma la encontramos más allá del simple hecho material del lenguaje utilizado por el legislador.

Llegamos así a la gran conclusión de SERGIO COTTA: La configuración del Derecho positivo como Derecho natural vigente, tomando la idea de CAPOGRASI, para quien «el Derecho positivo, considerado en su profunda razón de ser, es Derecho natural». Ya se había referido el autor al Derecho natural como «el deber ser del Derecho positivo». Dejando de lado la diferencia entre ambos por la diversidad de sus fuentes, se centra en la perspectiva de la obligatoriedad, desde la cual «todo Derecho, incluso el positivo, es natural», ya que la prescripción es obligatoria cuando está justificada objetivamente según un criterio asumible por todos los miembros del mismo universo lógico.

Esa justificación es un discurso racional referido a la coexistencia. Si estos dos elementos (razón y coexistencia) son los inspiradores de la norma (ya que sin ellos caeríamos en el *homo hominis lupus est*) y son consustanciales a la naturaleza humana, obtenemos el por qué de la atribución del adjetivo «natural» a todo el Derecho. Lo que sucede es que ese Derecho natural puede ser «puesto» por los hombres, por lo que el Derecho positivo podemos llamarlo «Derecho natural vigente»; con ello queda soslayada la contraposición de naturalismo y

positivismo, siendo ambos términos acogidos bajo el más genérico de Derecho natural. COTTA termina con una clasificación de las formas de Derecho natural vigente.

VII. *Conclusión*

Sinceramente, no termina de quedar clara la pretensión del autor de esta obra. ¿Se trataba de buscar la justificación de la norma allí donde no la encontraron las escuelas doctrinales examinadas? ¿O más bien era un pretexto para demostrar a los positivistas que el Derecho natural no sólo existe sino que abarca al mismo Derecho positivo? ¿Ha equiparado Derecho natural y justificación de la norma para poder llegar a sus conclusiones?

Es cierto que ha quedado bien patente la necesidad de justificar el ordenamiento, pero en un momento dado COTTA abandona esta cuestión para plantear la idoneidad del Derecho natural, utilizando en su defensa unos conceptos nuevos y conciliadores que serán evidentes tanto para defensores como para detractores.

Es también verdad que se ha preocupado de definir los elementos característicos de la justificación y ha seguido sus razonamientos hasta hacer encajar el concepto de coexistencia en los parámetros descritos. Durante su obra, el autor repetía: «Es cierto que la norma es coactiva, pero no encontraremos la justificación en la coacción». Venía también a decir que es verdad que la norma está influida por la autoridad y la ideología, pero no encontraremos sólo en ellas la buscada justificación. ¿Por qué nos presenta entonces la justificación de la norma como algo que deriva exclusivamente del concepto de coexistencia?

Es cierto que se trata de un concepto real, como hemos tenido ocasión de ver, pero no es menos impreciso que los términos «fuerza», «justicia», «ideología» y otros, desdeñados todos por el autor. ¿Por qué, pues, hacemos ver la justificación como un «monopolio» de la coexistencia, como algo privativo de la misma?

Este y otros intentos de buscar el origen de la justificación del sistema normativo nos ponen de manifiesto la gran paradoja que supone el hecho de que algo en apariencia tan abstracto afecte de una forma tan directa a los destinatarios de la norma.

JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 534 (Marzo 1989)

La inhabilitación especial del funcionario público y los efectos jurídico-administrativos "ex lege", por JOSÉ IGNACIO LÓPEZ GONZÁLEZ, pág. 949.

Juicio oral, veredicto y sentencia en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, por ANTONIO GISBERT GISBERT, pág. 975.

¿Se incluye el cambio de sexo (transexualidad) en el libre desarrollo de la personalidad al que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución Española?, por JAIME VIDAL MARTÍNEZ, pág. 987.

Acciones y procedimientos en la Ley de Propiedad Intelectual, por ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE, pág. 1031.

La inconstitucionalidad de la acumulación de funciones instructora y decisora consecuencia del derecho a un juez objetivamente imparcial, por JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO, pág. 1041.

Aplicación de las normas comunitarias sociales a los ciudadanos españoles en la República Federal de Alemania y a los ciudadanos alemanes en España, por CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA y otros, pág. 1275.

Los contratos de seguro de vida a prima única, por FERNANDO LUIS BLANCO GIRALDO, pág. 1341.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Abril 1989)

Los contratos agroindustriales en el Derecho español, por CARLOS VATTIER FUENZALIDA, págs. 315 a 324.

Aportación al estudio de la responsabilidad civil por daños ocasionados en los bienes y derechos de la personalidad, por ANTONIO ROMÁN GARCÍA, págs. 325 a 336.

BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

Núm. 1 (Enero-Febrero 1989)

La Revolución: nociones y paradojas, por ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, pág. 7.

La Revolución francesa y el Derecho privado, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 15.

Influencia de la Revolución francesa en la Filosofía y el desarrollo del Derecho penal, por NICANOR DEL PARDO, pág. 29.

La Revolución francesa: Esquema de sus consecuencias jurídicas, por NICOLÁS GONZÁLEZ DELEITO, pág. 47.

La reforma fiscal de la Revolución francesa, por ALFONSO RODRÍGUEZ SAINZ, pág. 53.

El capital social mínimo, por ANGEL ROJO y EMILIO BELTRÁN, pág. 77.

Núm. 2 (Marzo-Abril 1989)

La nueva Constitución brasileña de 1988, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 7.
Competencia, reparto, cambio de Tribunal y derecho al Juez predeterminado por la Ley, por ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, pág. 35.

Idea y realidad de la familia en el nuevo Derecho matrimonial español, por VICENTE SERRANO MARÍN, pág. 65.

El derecho de información del accionista en la Sociedad Anónima, por FERNANDO CALBACHO LOSADA, pág. 87.

Análisis de algunos supuestos de la inaequalitas mulierum, por MERCEDES LÓPEZ AMOR Y GARCÍA, pág. 105.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 112 (Marzo-Abril 1989)

El urbanismo en la jurisprudencia constitucional: Notas críticas, por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, pág. 13.

El abuso de la vía excepcional del artículo 180.2 de la Ley del Suelo y su impugnación, por FRANCISCO LLISSET BORRELL, pág. 33.

Parcelaciones de fincas y el Registro de la Propiedad, por MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ, pág. 41.

Implicaciones urbanísticas de la Ley de Costas, por ANGEL ORTEGA GARCÍA, pág. 65.

El régimen de fuera de ordenación y el planeamiento urbanístico, por FRANCISCO DE BORJA LÓPEZ JURADO ESCRIBANO, pág. 101.

El dictamen pericial del arquitecto en materia de ruina, por AGUSTÍN BORRELL CALONGE, pág. 117.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 2 (1989)

Honor, intimidad e imagen, por RAMÓN CASAS BALLES, pág. 285.

Técnica legislativa en el proceso normas básicas-desarrollo legislativo, por MARÍA JESÚS MONTORO CHINER, pág. 373.

Fiscalización de la actividad administrativa laboral por los Tribunales de lo contencioso-administrativo, por ENRIQUE LECUMBERRI MARTÍ, pág. 425.

La resolución de los conflictos entre el Bund y los Länder ante el Tribunal Constitucional federal alemán, por MERCE BARCELÓ I SERRAMALERA, pág. 445.

El aumento de la contribución territorial urbana y su repercusión al inquilino arrendatario, por RAMÓN CONTIJOCH PRATDESABA, pág. 475.

El valor del buque en las pólizas de seguro marítimo, por JUAN E. RODES, pág. 489.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Núm. 2 (Julio-Diciembre 1988)

La admisión de la tesis restrictiva de las inmunidades del Estado extranjero en la reciente práctica española, por ANGEL G. CHUECA SANCHO y JAVIER DíEZ HOCHLEITNER, pág. 7.

Análisis del valor de la jurisprudencia en el Derecho Internacional, por MARTÍN C. ORTEGA CARCELÉN, pág. 55.

Derecho Internacional Privado y Constitución. Proyección en la jurisprudencia española de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, por RAFAEL ARROYO MONTERO, pág. 89.

La sentencia dictada por el TIJ en el asunto relativo a la delimitación de la plataforma continental entre Jamahiriya Árabe Libia y Malta, por ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD, pág. 105.

Uti possidetis: la reactualización jurisprudencial de un viejo principio. (A propósito de la Sentencia del TIJ (Sala) en el asunto Burkina Fasso/República de Mali), por LUIS IGNACIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, pág. 121.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Núm. 6. Vol. I (Julio-Diciembre 1988)

Constitución y realidad constitucional: diez años de la Constitución Española, por JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO, pág. 13.

El recurso de casación por infracción de ley foral, por FAUSTINO CORDÓN MORENO, página 23.

Derecho civil navarro y codificación civil en España, por CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE y PEDRO DE PABLO CONTRERAS, pág. 65.

Apuntes sobre la reforma de la patria potestad en el Fuero Nuevo, por FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, pág. 87.

Elementos objetivos de la acción de filiación extramatrimonial, por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, pág. 99.

Naturaleza jurídica y redención del derecho de pastos sobre los bienes comunales a favor de los vecinos de otro municipio, por JUAN CRUZ ALLI ARANGUREN, pág. 109.

El Senado español: ¿auténtica Cámara de representación territorial?, por ROGELIA CALZADA CONDE y JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO, pág. 123.

Núm. 6. Vol. II (Julio-Diciembre 1988)

La comunidad matrimonial de conquistas en Navarra, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y JOAQUÍN RAMS ALBESA, pág. 11.

La patria potestad en la Ley Foral de 1 de abril de 1987, por FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, pág. 35.

Notas sobre la sucesión mortis causa en la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por LUIS DíEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, pág. 63.

La patria potestad y la filiación en la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, pág. 89.

La sucesión mortis causa en la reforma del Fuero Nuevo, por JOSÉ ANGEL TORRES LANA, pág. 121.

Las fuentes del Derecho civil navarro en la nueva configuración del régimen foral, por PEDRO DE PABLO CONTRERAS, pág. 135.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Núm. 61 (Enero-Abril 1988)

Las reformas jurídicas de Mijail Gorbachov. La Ley de Empresas Estatales y las leyes sobre empresas mixtas, por MANUEL BECERRA RAMÍREZ, pág. 15.

Cambio estructural para el ahorro energético: modificaciones en la organización del transporte público y la jornada laboral en la ciudad de México, por MARÍA DEL CARMEN CARMONA LARA y PEDRO LOBO DOMÍNGUEZ, pág. 47.

Evolución del federalismo fiscal en México, por DOLORES BEATRIZ CHAPOY BONIFAZ, pág. 119.

La creación del Derecho internacional. Perspectivas tercermundistas, por MARGARITA GONZÁLEZ DE PAZOS, pág. 151.

El Consejo de Gobierno, por MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA, pág. 189.

La pena de prisión. Problema de nuestro tiempo, por DOLORES E. FERNÁNDEZ MUÑOZ, pág. 207.

La planificación latinoamericana: concepciones y experiencias, por MARCOS KAPLAN, pág. 227.

La teoría del derecho orientada hacia la política, por MYRES S. McDOUGAL, pág. 269.

Núm. 62 (Mayo-Agosto 1988)

El contrato de comisión mercantil, por SOYLA H. LEÓN TOVAR, pág. 623.

La V República francesa y el fenómeno de la cohabitación política, por MONIQUE LIONS, pág. 649.

El plan de Pitic, por GUILLERMO F. MARGADANT S., pág. 699.

Dignidad de la persona y derechos. La Constitución española de 1978, por VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLE GOYRI, pág. 717.

Flexibilidad judicial y contractualismo, por ANTONIO OJEDA AVILÉS, pág. 749.

Aspectos jurídicos del Distrito Federal mexicano, por FRANCISCO JAVIER OSORNO CORRES, pág. 775.

El sistema jurídico de la Seguridad Social en México, por LUIS M. PONCE DE LEÓN ARMENTA, pág. 807.

La reforma constitucional para la prevención y restauración del equilibrio ecológico, por MARÍA DEL CARMEN CARMONA LARA, pág. 821.

Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, por DOLORES E. FERNÁNDEZ MUÑOZ, pág. 825.

Análisis del artículo 120 constitucional, por FEDERICO QUINTANA ACEVES, pág. 827.

REVISTA NOTARIAL ARGENTINA

Núm. 896 (Enero-Febrero 1988)

- Familia, capacidad, divorcio. Patria potestad y menores*, por CRISTINA N. ARMELLA J. ZALABARDO DE PIERRI, pág. 19.
- Sociedades*, por MARTA R. PIAZZA, pág. 81.
- Faltantes y demasías*, por NÉSTOR O. GÓMEZ, pág. 135.
- III Jornadas de Informática Jurídica al Servicio del Derecho*, Informe del delegado Not. CARLOS MARTÍNEZ MAGADÁN, pág. 151.
- Sociedad Anónima*, por MAX M. SANDLER, pág. 157.
- Intervención notarial de personas casadas y divorciadas*, por EDUARDO A. ZANNONI, página 163.
- Régimen y actuación de sociedades disueltas. Dinámica de la disolución societaria*, por NORBERTO R. BENSEÑOR, pág. 171.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Núms. 98 y 99 (Noviembre 1986-Junio 1987)

- Federal and Commonwealth Regulation of the Mortgage Loan Closing Transaction in Puerto Rico: What does the Borrower Really Know about the Cost of Mortgage Money?*, por GEOFFREY M. WOODS, pág. 99.
- Asociaciones federales de ahorro*, por ARTURO APONTE PARES, pág. 155.
- En torno a la vista preliminar*, por LITZA FIGUEROA MALDONADO, pág. 181.
- Apuntes sobre la admisibilidad del testimonio de testigos no peritos en las Reglas de Evidencia Federal y de Puerto Rico*, por HÉCTOR J. PÉREZ RIVERA y AMANDA M. RAMÍREZ ORTIZ, pág. 189.
- El sistema de fuentes y la Ley Orgánica del poder judicial en el Derecho Privado Español*, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, pág. 201.

BOLETIN DE LA FACULTAD DE DERECHO

DE LA UNIVERSIDAD DE COIMBRA

1985

- Invalidez e ineficácia das deliberações sociais no Direito Português, constituído e constituendo; confronto com o Direito Espanhol*, por XAVIER VASCO DA GAMA LOBO, pág. 1.
- A garantia das nacionalizações e da delimitação dessectores públicos e privados no contexto da Constituição económica portuguesa*, por ANTONIO JOSÉ AVELAS NUNES, pág. 23.
- O estabelecimento da filiação*, por GUILHERME DE OLIVEIRA, pág. 71.
- Diversão (Desjudicialização) e mediação: Que rumos?*, por JOSÉ DE FARIA COSTA, página 91.
- Contributo da Escola de Coimbra para a Teoria do Direito Internacional Privado*, por JOAO BAPTISTA MACHADO, pág. 159.
- Cooperación transfronteriza y relaciones Luso-Galaicas con especial referencia a*

- la política cultural. Bases jurídico-internacionales para su institucionalización*, por MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ y otros, pág. 177.
- Comentarios a la sanción penal desde cierto humanismo español (cristiano)*, por ANTONIO BERISTAIN, pág. 265.

NOTICIAS CEE

Núm. 52 (Mayo 1989)

- Prospectiva de la Presidencia de España del Consejo de las Comunidades Europeas*, por MIGUEL FORASTER SERRA, pág. 11.
- La Comunidad Europea como factor de integración: Las relaciones bilaterales hispano-portuguesas desde su adhesión a la Europa Comunitaria*, por JOSÉ ANGEL SOTILLO LORENZO, pág. 21.
- Poderes y competencias del Parlamento Europeo*, por FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ, página 35.
- La Propuesta de Directiva por la que se someten a normas de contratación pública a las Entidades que suministran agua potable, energía o prestan servicios de transporte*, por FERNANDO DÍEZ MORENO, pág. 49.
- Comentario a la Propuesta de Directiva del Consejo sobre el coeficiente de solvencia de las Entidades de Crédito*, por F. JAVIER PIÑANES LEAL, pág. 69.
- Situación de la armonización fiscal ante la Presidencia Española del Consejo de las Comunidades Europeas*, por ROSA RODRÍGUEZ MORENO, pág. 75.
- Tendencias de la reforma tributaria en Europa*, por FRANS VANISTENDAEL, pág. 83.
- Cuotas de producción de leche y sus derivados*, por MARÍA DE LOS DESAMPARADOS ESTELLA GOYTRE, pág. 95.
- Problemas de interpretación del Acta de Adhesión. Recursos ante el Tribunal de Justicia*, por CARMEN HIERRO SOSTRES, pág. 99.
- El paro: Un reto para la Comunidad Europea (I)*, por VICENTE PÉREZ MENAYO, página 109.

