

RN

REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

JULIO~SEPTIEMBRE 1999

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por
Rafael Núñez-Lagos

**LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS**

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radio
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Díe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa

R. E. V. S. I. A.
F. O. R. T. I. S. I. C. O. S.
...
N. O. T. A. R. I. A. N. O.
J. U. L. I. O. S. E. P. T. E. M. B. R. 1 9 9 1

Dirección:
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º
28010 MADRID

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

Estudios

DELIBES SENNA-CHERIBBO, Joaquín: "Aspectos notariales de la nueva ley de cooperativas".

DESDENTADO DAROCA, Elena: "El conflicto entre el crédito salarial superprivilegiado y los créditos hipotecarios: doctrina registral frente a jurisprudencia".

LÓPEZ RUIZ, Francisco: "Sistema jurídico, interpretación y creación normativa".

LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: "Préstamos y créditos, avales e hipotecas ante el control de cambios".

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "La ejecución transfronteriza de las escrituras públicas en los Convenios de Bruselas y de Lugano".

TENA ARREGUI, Rodrigo: "La pretendida anulabilidad de los contratos realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro".

Jurisprudencia

Tribunales Superiores

ITP y AJD: aportaciones de los cónyuges a la sociedad de gananciales.

La escritura de modificación del término previsto para la devolución de un préstamo está sujeta a AJD: determinación de la base imponible.

Escritura de constitución de préstamo hipotecario: para determinación de la base imponible a efectos del Impuesto sobre AJD no se incluye el importe de los intereses garantizados.

Actualidad jurídica

Notas bibliográficas

CERDÁ GIMENO, José: "La protección del crédito en la jurisprudencia" prólogo de Luis Díez-Picazo. Consejo General del Notariado, Madrid, 1995. Por María Cárcaba Fernández.

ASPECTOS NOTARIALES DE LA NUEVA LEY DE COOPERATIVAS

JOAQUÍN DELIBES SENNA-CHERIBBO

Notario

9

SUMARIO: **I.** ASPECTOS GENERALES. **A.** *Ámbito de aplicación de la nueva ley (art. 2).* **B.** *Disposición derogatoria. Registro de Cooperativas.* **C.** *Adaptación a la nueva ley (disp. trans. 2.^a).* **II.** CONSTITUCIÓN DE LA COOPERATIVA: ESCRITURA E INSCRIPCIÓN. **A.** *Requisitos y contenido de la escritura de constitución (art. 10).* **B.** *Inscripción de la escritura de constitución.* **III.** ESTATUTOS. **IV.** ACUERDOS SOCIALES. INTERVENCIÓN NOTARIAL. **A.** *Requisitos formales.* **1.** *Documento base para la elevación a público.* **2.** *Persona facultada para elevar a público.* **B.** *Requisitos generales de los acuerdos.* **1.** *Acuerdos de la asamblea general.* **a)** *Convocatoria.* **b)** *Constitución.* **c)** *Mesa de la junta.* **d)** *Acuerdos: votaciones, mayorías.* **2.** *Acuerdos del consejo rector (art. 36).* **C.** *Análisis de concretos acuerdos de mayor in-*

terés. **1.** *Modificación de estatutos.* **2.** *Reducción del capital social mínimo por pérdidas.* **3.** *Reducción del capital social mínimo por reembolso de aportaciones.* **4.** *Fusión.* **5.** *Fusión especial.* **6.** *Escisión.* **7.** *Transformación de la cooperativa.* **8.** *Transformación en cooperativa.* **9.** *Disolución (reactivación, nombramiento de liquidadores).* **10.** *Liquidación: escritura de extinción.* **11.** *Nombramiento y cese de cargos sociales.* **V.** REPRESENTACIÓN DE LA COOPERATIVA. **A.** Sociedad cooperativa en constitución. **B.** Sociedad cooperativa inscrita. **1.** *Representación orgánica: órgano de administración.* **2.** *Representación orgánica: órgano de liquidación.* **3.** *Representación voluntaria.* **VI.** TRANSMISIÓN DE LAS APORTACIONES SOCIALES. **VII.** BREVE REFERENCIA A LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS (ARTS. 89 Y SS.). **VIII.** ARANCELES NOTARIALES.

El *Boletín Oficial del Estado* de fecha 17 de julio de 1999 publica la ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

Desde la perspectiva notarial, la nueva ley supone una aproximación a la regulación de las sociedades mercantiles, acogiendo los principios que inspiraron la reforma del Derecho de sociedades y aplicándolos a este tipo de sociedades (en muchos casos con previsiones de contenido idéntico o similar a las ya vigentes para las sociedades anónimas y, sobre todo, para las de responsabilidad limitada).

Junto a ello, la nueva ley ofrece un impulso al cooperativismo con disposiciones que por una parte intentan simplificar y favorecer la creación de este tipo de sociedades (reducción del número mínimo de socios, supresión de la previa asamblea constituyente); por otra, procuran dar solución a cuestiones no planteadas o indebidamente resueltas por la antigua legislación (así, en las cooperativas de vivien-

das que desarrollan más de una fase o promoción, se opta por independizar los respectivos patrimonios, limitando las responsabilidades de los socios de cada fase o promoción sobre las deudas de los de las restantes); y, por último, acogen innovaciones que flexibilizan la normativa aplicable reforzando el principio de autorregulación por la vía estatutaria.

Sirvan estas breves notas para una primera aproximación a la ley desde el exclusivo punto de vista de la práctica notarial, así como para ofrecer una guía de consulta rápida para los supuestos de más frecuente aplicación.

I. Aspectos generales

A. Ámbito de aplicación de la nueva ley. (Art. 2)

Como consecuencia de la asunción por las comunidades autónomas de la competencia exclusiva en materia de cooperativas, se define el ámbito de aplicación de la nueva ley siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (ver exp. motivos), de manera que ésta se aplicará:

a) A las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio *de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal.*

b) A las cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada principalmente en *Ceuta y Melilla.*

Ello, naturalmente, sin perjuicio de la aplicación que, como **Derecho supletorio**, corresponde a la nueva ley.

B. Disposición derogatoria. Registro de Cooperativas.

— La ley deroga expresamente la anterior de 1987, con la *sola excepción del capítulo III de su título I (arts. 16 a 28 referentes al Registro de Cooperativas)*, el cual se aplicará hasta tanto se cumpla la previsión recogida en la dispo-

sición final 1.^a sobre publicación en el plazo de seis meses del Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas.

— El Registro de Sociedades Cooperativas sujetas a la nueva ley depende del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y radicará en Madrid. Sus funciones son (art. 109): Calificación e inscripción de las sociedades y asociaciones cooperativas, y de los correspondientes actos y negocios jurídicos societarios. También la legalización de libros, depósito y publicidad de cuentas (todo lo cual, conforme regulación, se efectuará en un solo Registro: disp. final 3.^a); y expedición de certificaciones negativas de denominación.

— Las inscripciones se practicarán en virtud de documento público (art. 110), resolución judicial o de la autoridad administrativa. La inscripción en base a mero *documento privado* requiere expresa previsión legal.

12

C. Adaptación a la nueva ley (disp. trans. 2.^a).

De forma análoga a las sociedades mercantiles, la nueva ley concede un plazo de **tres años** a partir de la fecha de entrada en vigor, para que las cooperativas constituidas conforme a la normativa anterior *adapten sus Estatutos a la nueva Ley*.

Transcurrido el plazo sin la previa adaptación, *no se inscribirá en el Registro de Cooperativas documento alguno de las Cooperativas sometidas a la Ley que no hayan adaptado sus Estatutos*. Se exceptúan los títulos de *adaptación, cese o dimisión de cargos sociales, revocación y renuncia de poderes; transformación o disolución y nombramiento de liquidadores; y asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa*.

El acuerdo se adopta por la asamblea, siendo suficiente el *voto a favor de más de la mitad de los socios presentes y representados*.

II. Constitución de la cooperativa: escritura e inscripción

La sociedad cooperativa se constituirá mediante **escritura pública**, que deberá ser inscrita en el Registro de Sociedades Cooperativas previsto en la ley. Con la **inscripción** adquirirá *personalidad jurídica*. (Art. 7).

Ello se entiende sin perjuicio del régimen de la sociedad cooperativa “en constitución”, establecido en el artículo 9 en forma análoga a lo dispuesto para sociedades mercantiles (ver más adelante en “representación”).

Analizaremos el *contenido de la escritura de constitución* y, posteriormente, las innovaciones referentes a la *inscripción*.

A. Requisitos y contenido de la escritura de constitución (art. 10).

A.1. Otorgantes.

13

— La escritura de constitución de la sociedad **será otorgada por todos los promotores** (art. 10.1). *Suprime, pues, la nueva Ley la fórmula de “previa Asamblea constituyente”* (que, no obstante, mantienen algunas disposiciones autonómicas como, por ejemplo, la de la comunidad de Madrid).

— **Número mínimo de socios (art. 8)**: con carácter general y salvo excepción legalmente prevista, se rebaja a **tres** (*antes cinco*) el número mínimo de socios necesarios para integrar una cooperativa de primer grado.

Las cooperativas de segundo grado deben estar constituidas, al menos, por dos cooperativas.

A.2. Contenido mínimo de la escritura (art. 10).

1. Identidad de los “otorgantes” (socios): la nueva ley no determina las concretas circunstancias de identidad que deben mencionarse. Tal vez se espere a que las fije el Reglamento del Registro de Cooperativas por lo que, mientras

tanto, será conveniente incluir las menciones que exigía la antigua ley del 87: *“si son personas físicas, el nombre, apellidos, edad, estado, documento nacional de identidad, profesión, domicilio y nacionalidad; si son personas jurídicas, denominación o razón social, código de identificación, domicilio y nacionalidad. Asimismo deberá expresarse la clase de explotación de que el promotor es titular, la actividad profesional que ejerce o el Centro docente del que es alumno, cuando, por razón de la clase de Cooperativa de que se trate, dichos requisitos sean necesarios para ser socio”* (art. 11.2; 14.2,a antigua ley).

2. Manifestación de éstos (otorgantes) de que reúnen los requisitos necesarios para ser socios.

En principio, pueden ser socios tanto las personas físicas como jurídicas, públicas o privadas, y las comunidades de bienes. Los estatutos fijarán los requisitos para la adquisición de la condición de socio de acuerdo con la ley (art. 12).

14

A tal efecto, ténganse en cuenta los requisitos específicos exigidos en función de cada clase de cooperativa (así, para las de trabajo asociado, sólo podrán ser socios trabajadores quienes legalmente tengan capacidad para contratar la prestación de su trabajo; y los extranjeros en función de lo previsto en la legislación específica, art. 80; para las agrarias, los titulares de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, o ciertas entidades, art. 93...).

3. Voluntad de constituir una sociedad cooperativa y determinación de la clase de que se trate.

El artículo 6 establece que las cooperativas de primer grado pueden clasificarse en la siguiente forma: de trabajo asociado; de consumidores y usuarios; de viviendas; agrarias; de explotación comunitaria de la tierra; de servicios; del mar; de transportistas; de seguros; sanitarias; de enseñanza; y de crédito.

4. Acreditación por los otorgantes (socios) de haber suscrito la aportación obligatoria mínima al capital social para ser socio y de haberla desembolsado, al menos, en la proporción exigida estatutariamente.

Constituye ello una novedad de la ley. Precisiones:

a) El importe total de las aportaciones de cada socio en las cooperativas de *primer grado* y como norma general, **no podrá exceder de un tercio del capital social** (art. 45.6) (lo que impone, cuando sólo existan tres socios, que éstos efectúen aportaciones iguales).

b) La *suscripción*, entendemos, se acredita por el otorgamiento de la propia escritura.

c) El *desembolso* debe acreditarse **en la forma prevista en los estatutos sociales** (lo cual es una cláusula estatutaria de obligatoria inclusión, arts. 11.1.h y 45.3, ver más adelante en “ESTATUTOS”): si la aportación es “**dineraria**”, estimamos que la forma habitual será exigir la incorporación a la escritura del resguardo acreditativo de depósito en entidad de crédito por el correspondiente importe (criterio seguido por la ley de Cooperativas de Madrid de forma análoga a lo fijado para sociedades mercantiles). Respecto a las **aportaciones no dinerarias** parece que la acreditación resultará del otorgamiento de la propia escritura de constitución.

15

5. Debe indicarse el valor asignado a las aportaciones no dinerarias, haciendo constar sus datos registrales si existieron, con detalle de las realizadas por los distintos promotores.

Respecto a **aportaciones no dinerarias**, debe tenerse en cuenta (art. 45):

— Que sólo es posible efectuarlas “si lo prevén los Estatutos o lo acuerda la Asamblea General” (supuesto equiparable, a nuestro juicio, a que se pacten en la escritura de constitución).

— Que deben consistir en bienes y derechos susceptibles de valoración económica.

— Que deben acreditarse en la forma prevista en los estatutos (ver anterior).

— Que, tratándose de “aportaciones iniciales”, la valoración asignada debe **ratificarse por el consejo rector** previo informe de uno o varios expertos independientes designados por dicho consejo, sobre las características y el valor de la aportación y los criterios utilizados para calcularlo, quedando sujeto el consejo a responsabilidad solidaria durante cinco años respecto a la “realidad y valoración de tales aportaciones”.

— Que las aportaciones no dinerarias no producen cesión ni traspaso a efectos de arrendamientos, entendiéndose lo mismo respecto a nombres comerciales, marcas, patentes, u otros títulos o derechos (LC 45).

16

6. La escritura debe expresar la acreditación de los otorgantes de que el importe total de las aportaciones desembolsadas no es inferior al capital social mínimo establecido estatutariamente. (La antigua ley se refería a “manifestación”, lo que parece más propio por cuanto la “acreditación” resultará de la mera comparación del capital social mínimo con la suma total de las aportaciones desembolsadas y justificadas, ver anterior punto).

7. La escritura debe contener la “identificación de las personas que, una vez inscrita la sociedad, han de ocupar los distintos cargos del primer consejo rector, el de interventor o interventores, y declaración de que no están incurso en causa de incapacidad o prohibición alguna para desempeñarlos establecida en esta u otra ley”.

Precisiones:

— Los nombramientos se ajustarán a las previsiones estatutarias respecto a estructura del órgano de administración (administrador único o consejo rector), número de sus miembros, distribución de cargos del consejo rector, suplentes, comisiones ejecutivas, etc. ... (ver más adelante en esta-

tutos). Asimismo, si los estatutos prevén la existencia del comité de recursos (art. 44), se designarán igualmente sus miembros.

— Si se designa **administrador único**, el nombrado debe ser *socio y persona física*.

— Si hay **consejo rector**, téngase en cuenta: A) que los designados deben ser **socios**, salvo que los estatutos prevean el nombramiento como consejeros de persona cualificada y experta que no ostente la condición de socio, en número que no exceda de un tercio del total, y sin que puedan nombrarse a tales personas presidente ni vicepresidente; se exceptúa, en su caso, el consejero nombrado por el comité de empresa; B) que si se designa a una persona jurídica, *deberá ésta designar a una persona física para ejercitar las funciones propias del cargo (art. 34)*; C) que los cargos se distribuyen por el propio consejo rector o la asamblea según previsión estatutaria, debiendo existir al menos un presidente, un vicepresidente y un secretario, con la sola excepción de que la cooperativa tenga únicamente tres socios, en cuyo supuesto no existe el cargo de vicepresidente (art. 33).

— **Respecto a las incompatibilidades, incapacidades y prohibiciones:** se contienen en el artículo 41. Destacamos: A) la prohibición de ejercer cargos a quienes realicen actividades competitivas o complementarias de la cooperativa (salvo autorización expresa de la asamblea general en cada caso, o, añadimos, de los socios promotores); B) la incompatibilidad, entre sí, de los cargos de *miembro del consejo rector (administrador único), interventor e integrante del comité de recursos, la cual se extiende al cónyuge y parientes de los expresados cargos hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad*. No obstante, respecto al parentesco, se **exceptúa** el supuesto de que el número de miembros de la cooperativa en el momento de la elección sea tal que no existan socios en los que no concurren dichas causas; C) la prohibición de ejercer los citados cargos en más de tres sociedades cooperativas de primer grado simultáneamente; D) en

las cooperativas de *trabajo asociado*, los socios en situación de prueba no pueden ser elegidos para los cargos sociales (art. 81.3.b); en las de viviendas ninguna persona puede ser miembro de más de un consejo rector simultáneamente (art. 89).

8. En la escritura debe constar expresamente la “declaración de que no existe otra entidad con idéntica denominación”, a cuyo efecto se presentará al notario la oportuna certificación acreditativa expedida por el Registro de Sociedades Cooperativas (10,h). Esta certificación se emitirá previa *coordinación con el Registro Mercantil Central*, así como con los demás *Registros de Cooperativas* (autonómicos), según las disposiciones que se establezcan al efecto (art. 109).

18

— La denominación incluirá necesariamente las palabras “Sociedad Cooperativa” o su abreviatura “S.Coop”. Esta denominación será exclusiva, y reglamentariamente podrán establecerse sus requisitos (art. 1).

— En tanto no se apruebe el Reglamento se aplicarán las disposiciones contenidas en la ley de 1987 (ver disposición final 1.^a y disposición derogatoria 1.^a).

9. La escritura debe contener los estatutos sociales. (Ver más adelante).

A.3. Otros pactos.

a) **Pactos.** En la escritura se podrán incluir todos los pactos y condiciones que los promotores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad cooperativa (art. 10).

b) **Apoderamientos.** A diferencia de la antigua ley (art. 14.3), no se refiere la nueva a la posibilidad de que los otorgantes confieran apoderamiento/s para subsanar cualquier defecto de la escritura de constitución que obste a la ins-

cripción de la sociedad, lo que, no obstante, será conveniente (quizá salvo para designación de cargos en los términos que contemplaba dicha ley). De igual modo, puede ser útil conferir poder para *ratificar la escritura a efectos de inscribirla transcurridos seis meses desde el otorgamiento* (ver “inscripción”).

c) **Actos previos a la inscripción.** Siguiendo el criterio de la ley anterior, los otorgantes pueden facultar, por unanimidad, a determinadas personas para realizar actos y contratos en nombre de la cooperativa antes de la inscripción, verificada la cual sus consecuencias son asumidas por la sociedad siempre que se hayan realizado dentro de las citadas facultades (art. 9).

d) **Designación de personas que soliciten la inscripción.** Presupone la nueva ley (art. 10.2) que la escritura contenga la designación de las personas que deban solicitar en el plazo de un mes la inscripción de la sociedad en el Registro de las Sociedades Cooperativas. En principio, la ley no exige que tales personas sean o no socios, o miembros del consejo rector; será conveniente, sin embargo, establecer una designación a favor de todos los miembros del órgano de administración, incluso facultándoles para actuar indistintamente.

e) **Advertencias:** téngase en cuenta, asimismo, la conveniencia de **advertir** sobre el plazo de un mes para solicitar la inscripción, y de forma especial, sobre los efectos de la falta de inscripción en seis o doce meses (ver más adelante).

B. Inscripción de la escritura de constitución.

1. **Personalidad jurídica:** con la inscripción de la escritura de constitución la sociedad cooperativa adquiere *personalidad jurídica* (art. 7, de contenido similar, en este aspecto, al antiguo art. 6).

2. Plazos y requisitos. La inscripción deberá ser solicitada por las personas a tal fin designadas en la escritura de constitución, en el plazo de **un mes desde su otorgamiento**. *La nueva ley establece un particular y novedoso régimen respecto a la inscripción fuera de dicho plazo, de especial interés, que resumimos en los términos siguientes:*

a) Si la solicitud se produce **durante los seis primeros meses** a contar desde el otorgamiento de la escritura de constitución, no se exige específico requisito alguno, sin perjuicio, añadimos, de la responsabilidad de las personas que debieron instar la inscripción conforme a las normas generales.

b) Si la solicitud se produce **transcurridos seis meses** será preciso acompañar *ratificación de la escritura de constitución, también en “documento” (sic) público*, cuya fecha no podrá ser anterior a *un mes de dicha solicitud*. Dicho “documento de ratificación” será otra nueva escritura otorgada por los mismos otorgantes que la primitiva o por sus representantes legales (lo que plantea la cuestión de apoderar en la primitiva escritura para efectuar dicha “ratificación”).

c) Transcurridos **doce meses** desde el otorgamiento de la escritura de constitución sin que se haya inscrito la sociedad, el Registro **“podrá” denegar la inscripción con carácter definitivo**.

20

III. Estatutos

— La escritura de constitución debe incluir los estatutos de la sociedad (art. 10.1.i).

— Se mantiene la posibilidad de que los promotores soliciten del Registro de Cooperativas la *calificación previa del proyecto de estatutos* (art. 11.2).

— Los estatutos deben contener, al menos, las siguientes menciones:

1. Denominación de la sociedad. La denominación incluirá necesariamente las palabras “Sociedad Cooperativa” o su abreviatura “S.Coop”. Esta denominación será exclusiva, y reglamentariamente podrán establecerse sus requisitos (art. 1).

(En la escritura debe constar expresamente la “declaración de que no existe otra entidad con idéntica denominación”, a cuyo efecto se presentará al notario la oportuna certificación acreditativo, expedida por el Registro de Sociedades Cooperativas. Art. 10,h).

2. Clase de la cooperativa. No exige expresamente la nueva ley esta mención en los estatutos, pero su necesidad se deduce del tenor del artículo 11.3 (que considera “modificación de estatutos el cambio de clase de la cooperativa”). El artículo 6 establece que las cooperativas de primer grado pueden clasificarse en la siguiente forma: de trabajo asociado; de consumidores y usuarios, de viviendas, agrarias, de explotación comunitaria de la tierra, de servicios, del mar; de transportistas, de seguros, sanitarias, de enseñanza, y de crédito.

21

3. Objeto social. Aproximándose al campo de las sociedades mercantiles, la nueva ley exige que conste el “objeto social” (a diferencia de la de 1987 que exigía la constancia de las “*actividades empresariales a desarrollar por la cooperativa para el cumplimiento de su «fin social»*”).

El artículo 1.2 permite que cualquier actividad económica y lícita pueda ser organizada y desarrollada mediante una sociedad cooperativa constituida al amparo de la ley.

El objeto, naturalmente, deberá estar en consonancia con la “clase” de cooperativa que se constituya sin perjuicio de concretarlo en función del caso concreto. Respecto al objeto y actividades de cada clase de cooperativa, véase: trabajo asociado, art. 80; de consumidores y usuarios, art. 88; de viviendas, art. 89; agrarias, art. 93; explotación comunitaria de la tierra, art. 94; servicios, art. 98; mar, art. 99; transportistas, art. 100; etc.

Téngase en cuenta la posibilidad de constituirse *cooperativas integrales*, en cuyo caso el **objeto social será plural** (art. 105).

Asimismo, los estatutos, en las condiciones y con las limitaciones que establece la ley (u otras leyes sectoriales que sean de aplicación), *podrán prever que la sociedad cooperativa pueda realizar actividades y servicios cooperativizados con terceros no socios* (art. 4).

4. Domicilio y ámbito territorial de actuación.

El domicilio social deberá fijarse dentro del territorio español, en el lugar donde la sociedad realice principalmente su actividad o centralice su gestión administrativa y dirección (art. 3). La referencia al centro de gestión es de especial trascendencia si se tiene en cuenta que, con carácter general, cuando la sociedad desarrolla su actividad cooperativizada principal en un solo lugar (necesariamente dentro del territorio de una comunidad autónoma), *no es de aplicación la nueva ley* (salvo Ceuta y Melilla, ver anterior sobre ámbito de aplicación).

22

5. Duración de la sociedad.

6. Capital social mínimo.

El capital social *mínimo* deberá estar completamente desembolsado desde la constitución (art. 45).

7. La aportación obligatoria mínima al capital social para ser socio, forma y plazos del desembolso y los criterios para fijar la aportación obligatoria que habrán de efectuar los nuevos socios que se incorporen a la cooperativa.

Téngase en cuenta, al respecto (arts. 45, 46 y 47):

— Que los estatutos deben fijar la aportación obligatoria mínima al capital social para ser socio, la cual puede ser diferente para los distintos socios o clases de socios (ver art. 46).

— Que las aportaciones obligatorias deben estar desembolsadas, al menos, en un 25% en el momento de la suscripción, y el resto, en el **plazo que se establezca por los estatutos “o la asamblea general”**.

— Que las aportaciones se realizan en moneda de curso legal.

— Que sólo se admiten las aportaciones “no dinerarias” “si lo prevén los Estatutos o lo acuerda la Asamblea General”; en cuyo caso pueden consistir en bienes y derechos susceptibles de valoración económica.

— Que las aportaciones no dinerarias deben ser valoradas en la forma fijada por el artículo 45 (ver anteriormente en “**ESCRITURA**”).

— Que el importe de la aportación obligatoria de los socios que se incorporen a la cooperativa con posterioridad no puede superar el valor actualizado, según el IPC, de las aportaciones obligatorias iniciales y sucesivas efectuadas por el socio de mayor antigüedad en la cooperativa.

— Que los estatutos pueden prever que sea el consejo rector (y no la asamblea general) quien acuerde la admisión de aportaciones voluntarias.

23

8. Forma de acreditar las aportaciones al capital social.
(Ver anteriormente en “**ESCRITURA**”).

9. Devengo o no de intereses por las aportaciones obligatorias al capital social. (Ver art. 48).

10. Las clases de socios, requisitos para su admisión y baja voluntaria u obligatoria y régimen aplicable.

11. Derechos y deberes de los socios.

12. Derecho de reembolso de las aportaciones de los socios, así como el régimen de transmisión de las mismas.
(Arts. 50 y 51).

13. Normas de disciplina social, tipificación de las faltas y sanciones, procedimiento sancionador y pérdida de la condición de socio.

14. Composición del consejo rector, número de consejeros y período de duración en el respectivo cargo. Asimismo, determinación del número y período de actuación de los interventores y, en su caso, de los miembros del comité de recursos. Precisiones:

14.1. Órgano de administración.

Estructura (art. 32): en las cooperativas *cuyo número de socios sea inferior a diez*, los estatutos pueden establecer la existencia de un **administrador único**, persona física que ostente la condición de socio, que asume las competencias y funciones previstas en la ley para el consejo rector, su presidente y secretario. En los demás supuestos el órgano de administración es el **consejo rector**.

24

Composición del consejo rector (art. 33): debe existir *en todo caso* un presidente, un vicepresidente y un secretario, con la sola excepción de que la cooperativa tenga únicamente tres socios en cuyo supuesto no existe el cargo de vicepresidente; los estatutos pueden fijar la existencia de otros cargos, así como la de suplentes; los estatutos no pueden establecer reserva de cargos de presidente, vicepresidente o secretario, aunque sí pueden reservar puestos de vocales o consejeros del consejo rector para ser designados entre colectivos de socios determinados objetivamente.

Elección (art. 34): los estatutos deben regular el *proceso electoral conforme a ley*; sólo pueden ser elegidos consejeros los **socios de la cooperativa**, aunque se admiten *dos excepciones*: a) que los estatutos prevean el nombramiento como consejeros de personas cualificadas y expertas que no ostenten la condición de socio, en número que no exceda de un tercio del total, y sin que puedan ocupar los cargos

de presidente ni vicepresidente; y b) el consejero designado por el comité de empresa (para cooperativas que lo tengan constituido y de más de cincuenta trabajadores con contrato indefinido). Téngase en cuenta, para las cooperativas de *trabajo asociado*, que los socios en situación de prueba no pueden ser elegidos para los cargos sociales (art. 81.3.b); tratándose de consejero **persona jurídica** *deberá ésta designar la física que la represente para el ejercicio de las funciones propias del cargo.*

Incompatibilidades, incapacidades y prohibiciones: se contienen en el artículo 41.

Duración (art. 35): los estatutos fijarán la duración entre tres y seis años. La renovación es simultánea, salvo que los estatutos establezcan renovaciones parciales.

Funcionamiento y delegaciones (art. 36): los estatutos, o en su defecto, la asamblea general, regularán el funcionamiento del consejo rector, de las comisiones, comités o comisiones ejecutivas que puedan crearse, así como las competencias de los consejeros delegados.

Retribución (art. 40): el cargo es, en principio, gratuito, sin perjuicio del derecho de consejeros (e interventores) a ser compensados de los gastos que les origine su función. Los estatutos, no obstante y salvo excepción (por ejemplo para cooperativas de viviendas, art. 89.6), pueden prever que los consejeros e interventores *no socios perciban retribuciones, estableciendo el sistema y los criterios en base a los cuales las fijará la asamblea general.*

14.2. Interventores (arts. 38 y ss.).

Los estatutos deben fijar el número de interventores titulares, que no puede ser superior al de los consejeros, pudiendo, asimismo, establecer la existencia y número de suplentes. De forma análoga al nombramiento de miembros del consejo rector, los estatutos fijarán el período de duración de su mandato entre tres y seis años. También pueden pre-

ver renovaciones parciales (art. 38). Los interventores serán elegidos entre los **socios de la cooperativa**, aunque se autoriza que un *tercio* de aquéllos se designe entre expertos independientes. Pueden ser **persona jurídica** (en cuyo caso deberá ésta designar la física que la represente para el ejercicio de las funciones propias del cargo). Las **incompatibilidades, incapacidades y prohibiciones** se contienen en el artículo 41.

14.3. Comité de recursos (art. 44).

26

No es un órgano de obligatoria existencia. Los estatutos pueden prever su creación para tramitar y resolver recursos, en cuyo caso fijarán su composición y funcionamiento, así como la duración del mandato y, en su caso, la retribución (ésta sólo para los miembros que actúen como ponentes), debiendo estar integrado, al menos, por tres socios. Las incompatibilidades, incapacidades y prohibiciones se contienen en el artículo 41, conjuntamente con las del consejo rector (ver antes). Además, a sus miembros *les son de aplicación las causas de abstención y recusación aplicables a jueces y magistrados.*

15. Exigencias impuestas por la ley para la clase de cooperativa de que se trate.

Al respecto deberá consultarse la particular regulación de cada clase de cooperativas (así, para las cooperativas de viviendas, por ejemplo, debe fijarse el ámbito territorial en que realizarán sus promociones). Ver, en particular, artículos 80 y siguientes.

16. Otras determinaciones que se estimen de interés (secciones). Por su novedad destacamos que la ley (art. 5) prevé, con cierta analogía con las “sucursales” propias de la sociedad mercantil, la figura de la **sección**, como aquella rama de la cooperativa que desarrolla, dentro del objeto social, actividades económico-sociales específicas con autonomía

de gestión, patrimonio separado y cuentas de explotación diferenciadas.

— El órgano deliberante es la “asamblea de socios de la sección”, cuyos acuerdos puede suspender la asamblea general de la cooperativa si los considera contrarios a la ley, los estatutos o al interés general de la cooperativa.

— Las cooperativas que dispongan de secciones están obligadas a auditar sus cuentas anuales.

— De las obligaciones derivadas de la actividad de la sección responden en primer lugar las aportaciones y garantías efectuadas por los socios integrantes en la sección, ello sin perjuicio de la responsabilidad universal de la cooperativa.

— En todo caso, la representación y gestión de la sección corresponde al *consejo rector de la cooperativa*.

IV. Acuerdos sociales. Intervención notarial

27

No regula la nueva ley en profundidad los requisitos precisos para la elevación a público de acuerdos sociales. Téngase en cuenta, no obstante, la previsión de aprobación del Reglamento del Registro de Cooperativas que, probablemente, incidirá en esta cuestión.

Deberán, pues, integrarse las específicas previsiones de la nueva ley, con las disposiciones referentes al Registro de Cooperativas contenidas en la ley de 1987 (aplicables en tanto no se apruebe el nuevo Reglamento, conforme disp. derogatoria 1ª), así como, por analogía y en lo adaptable, las normas sobre elevación a público de acuerdos contenidos en el Reglamento del Registro Mercantil, Reglamento Notarial y demás disposiciones de carácter general.

Conforme a ello y desde el punto de vista notarial, destacaremos los requisitos formales de elevación a público de acuerdos, los requisitos materiales de los concretos acuerdos de la asamblea y del consejo rector, y, por último, examinaremos determinados acuerdos sociales de mayor interés práctico.

A. Requisitos formales.

1. Documento base para la elevación a público.

De forma análoga a lo establecido para las sociedades mercantiles, estimamos que la **elevación a público** de acuerdos sociales podrá efectuarse tomando como base el acta de la reunión, o el libro de actas, o testimonio notarial de los mismos; la certificación de los acuerdos; o bien, en su caso, la copia autorizada del acta notarial. *Precisiones:*

a) **Acta/libro de actas:** el artículo 60 impone a las cooperativas llevar, en orden y al día, entre otros, un libro de actas de la asamblea general, del consejo rector, de los liquidadores y, en su caso, del comité de recursos y de las juntas preparatorias. Tales libros deben ser *diligenciados y legalizados* con carácter previo a su utilización, por el Registro de Sociedades Cooperativas (arts. 60 y 109). También son válidos los asientos y anotaciones efectuadas por procedimientos informáticos u otros adecuados que posteriormente serán encuadrados correlativamente para formar los libros obligatorios, los cuales serán legalizados por el citado Registro en el plazo de cuatro meses a contar de la fecha de cierre del ejercicio.

Contenido mínimo (art. 29): el acta debe ser redactada por el secretario y deberá expresar, en todo caso: lugar, fecha y hora de la reunión; relación de asistentes; si se celebra en 1.^a o 2.^a convocatoria; manifestación de existir “quórum” suficiente para su válida constitución; resumen de deliberaciones e intervenciones cuya constancia se haya solicitado; y transcripción de acuerdos con resultados de votaciones.

Aprobación del acta (art. 29): por la propia asamblea, a continuación de la reunión, o, en su defecto, en los *15 días siguientes* por el presidente y dos socios sin cargo alguno designados en la asamblea, quienes la firmarán con el secretario.

b) **Certificación.** Aunque la nueva ley no lo determina expresamente, no cabe duda de que las certificaciones deberán expedirse bien por el administrador único de la cooperativa, bien por el secretario del consejo rector con el visto bueno del presidente (ver al respecto el art. 60.4 de la nueva ley; 22,2 de la ley de 1987).

Contenido: en tanto no se determine reglamentariamente, convendrá aplicar analógicamente la normativa del Reglamento del Registro Mercantil incluyendo en la certificación (cuando ésta no sea “literal”) las circunstancias precisas para apreciar la validez y regularidad de los acuerdos (ver, a tal efecto, art. 20.2 de la ley de 1987). Servirá de guía, a estos efectos, el contenido mínimo del acta (antes determinado).

c) **Acta notarial:** téngase en cuenta que el consejo rector puede requerir la presencia de notario para que levante acta de la asamblea y que está obligado a hacerlo siempre que, con *siete días de antelación al previsto para la sesión*, lo soliciten socios que representen al menos el *diez por ciento* de todos ellos. En este supuesto el acta notarial no se someterá al trámite de aprobación y tiene consideración de *acta de la asamblea* (art. 29).

29

2. *Persona facultada para elevar a público.*

Tampoco regula específicamente la nueva ley la titularidad de la facultad de elevar a público los acuerdos sociales, si bien el artículo 32 atribuye al **presidente del consejo rector** y, en su caso, el vicepresidente, la representación legal de la cooperativa, dentro del ámbito de facultades que les atribuyan los estatutos y las concretas que **para su ejecución** resulten de los acuerdos de la asamblea general o del consejo rector.

En principio, pues, corresponde al **presidente del consejo rector** la facultad de elevar a público los acuerdos sociales, teniendo en cuenta, no obstante:

— Que el *vicepresidente* sustituirá al presidente en los supuestos de vacante, imposibilidad o contraposición de intereses del presidente (art. 35.5).

— Que si simultáneamente quedaren vacantes los cargos de presidente o vicepresidente, o si quedase un número de miembros del consejo rector insuficiente para constituir válidamente éste, las *funciones del presidente son asumidas por el consejero elegido entre los que quedasen*, debiéndose convocar la asamblea en un plazo máximo de quince días, a efectos de cubrir las vacantes que se hubieren producido (ver art. 35.6).

— Que los **estatutos**, o en su defecto la **asamblea general**, pueden regular el funcionamiento del consejo rector y de comisiones, comités o comisiones ejecutivas y delegación de facultades (art. 36), lo que abre la posibilidad de que los estatutos deleguen la facultad de elevar a público en otros miembros del consejo rector (p. ej. el secretario), o que la delegación la formule la asamblea general, incluso, puntualmente para algún acuerdo.

30

B. Requisitos generales de los acuerdos.

1. Acuerdos de la asamblea general.

a) *Convocatoria (arts. 23 y 24)*: la asamblea general deberá ser convocada *por el consejo rector* (art. 23, si bien el art. 28.4 permite que la propia asamblea, aunque no conste en el orden del día, proceda a convocar nueva asamblea) con una *antelación mínima de quince días y máxima de dos meses*, siempre mediante *anuncio expuesto públicamente de forma destacada en el domicilio social* y en los demás centros donde la cooperativa desarrolle su actividad. Los estatutos pueden exigir, además, cualquier *procedimiento de comunicación individual y escrita* que asegure la recepción en el domicilio designado al efecto, o que conste en el Libro Registro. Si la cooperativa tiene más de 500 socios, o

si lo exigen los estatutos, la convocatoria se anunciará también en un determinado *diario de gran difusión* en el territorio en que la cooperativa tenga su ámbito de actuación. El plazo quincenal se computa *excluyendo del cómputo el día de la exposición, envío o publicación del anuncio, así como el día de celebración de la asamblea* (art. 24).

Contenido mínimo: fecha, lugar y hora de la reunión; carácter de primera o segunda convocatoria, y asuntos que componen el orden del día. Destacamos la posibilidad de que el consejo rector haga público el *nuevo orden del día* con una antelación mínima de *cuatro días* a la celebración (para el caso de que así lo soliciten los interventores o un número de socios que represente el 10% o 200 socios antes de concluir el octavo día posterior al de la publicación de la convocatoria).

Asamblea universal (art. 23.5): no es precisa convocatoria si están presentes o representados todos los socios y aceptan por unanimidad constituirse en asamblea, aprobando todos ellos el orden del día, lo que constará en acta firmada por todos ellos.

31

b) Constitución (art. 25): la válida constitución de la asamblea requiere que estén presentes o representados: en *primera convocatoria*, más de la mitad de los votos sociales, o el quórum superior que fijen los estatutos. En *segunda convocatoria*, al menos el 10% de los votos sociales o cien votos sociales, teniendo en cuenta que los estatutos pueden fijar quórum superior o incluso determinar que la asamblea general quede válidamente constituida en 2.^a convocatoria cualquiera que sea el número de socios presentes o representados.

En ambos casos los estatutos, sin superar los límites fijados, pueden fijar porcentajes de asistentes referidos a socios que desarrollen actividad cooperativizada.

Téngase en cuenta que en la asamblea general, salvo excepción, **cada socio tiene derecho a un voto.** (Art. 26).

c) *Mesa de la junta* (art. 25): preside la asamblea el presidente y, en su defecto, el vicepresidente del consejo rector; actuará de secretario el que lo sea del consejo rector o quien lo sustituya estatutariamente. En defecto de estos cargos, la asamblea elige al presidente y secretario. No contempla la ley el supuesto de administrador único, pareciendo necesario mantener la dualidad de cargos de la asamblea y, por tanto, siendo razonable que éste presida la junta y que el cargo de secretario se elija por la asamblea.

d) *Acuerdos: votaciones, mayorías.*

— **Votación: cada socio tiene derecho a un voto.** Excepcionalmente los estatutos pueden alterar este principio en los casos legalmente previstos (ver art. 26).

32 Los estatutos pueden fijar los supuestos en que el socio deba abstenerse de votar por encontrarse en conflicto de intereses, incluyendo *en todo caso aquellos previstos en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (no se entiende por qué la ley no declara directamente aplicables dichos supuestos, prescindiendo de imponer una transcripción de la mencionada LSRL). Cuando la cooperativa haya de obligarse con un consejero, interventor, o con uno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, el socio afectado no puede formar parte de la votación (art. 42).

Si la cooperativa es de trabajo asociado, los socios en situación de prueba no pueden votar acuerdos que les afecten personal y directamente (81.3.c).

La votación **debe ser secreta** cuando lo exija la ley, o estatutos, o a solicitud de socios (ver 25.3).

— **Competencia de la junta:** modificando el criterio de la ley de 1987 (que permitía a la asamblea adoptar acuerdos aunque fueran de la competencia de otros órganos sociales) la nueva ley indica que la asamblea únicamente podrá tomar acuerdos obligatorios en materia que la ley no considere competencia exclusiva de otro órgano social (art. 21).

— **Mayorías (art. 28):** distinguiremos:

— **Acuerdos ordinarios:** los acuerdos ordinarios de la asamblea se adoptan por *más de la mitad de los votos válidamente expresados*, o por la mayoría superior fijada por estatutos, que no puede rebasar cuatro quintas partes de los votos válidamente emitidos.

A estos efectos, no son computables los votos en blanco ni las abstenciones.

— **Acuerdos de modificación de estatutos, adhesión o baja de un grupo cooperativo, transformación, fusión, escisión, disolución y reactivación de la sociedad:** tales acuerdos de la asamblea se adoptan por mayoría de *dos tercios de los votos presentes y representados*, o por la mayoría superior fijada por estatutos, que no puede rebasar cuatro quintas partes de los votos válidamente emitidos.

— **Otros supuestos:** lo anterior se entiende sin perjuicio de específicas disposiciones legales para ciertos acuerdos (p. ej. para **adaptar los estatutos de cooperativas a la nueva ley** es suficiente el voto a favor de **más de la mitad de los socios presentes o representados...**).

— **Validez de acuerdos (art. 28):** son nulos los acuerdos sobre asuntos que no consten en el orden del día, salvo *convocar nueva asamblea general; prorrogar la sesión; acuerdo de censurar las cuentas, ejercicio de acción de responsabilidad; revocación de cargos sociales, y los demás previstos en la ley.*

— **Eficacia: los acuerdos de la asamblea producen efectos desde el momento de su adopción (art. 28).** Téngase en cuenta, sin embargo, que los acuerdos sometidos a *inscripción constitutiva* no pueden ser aplicados en tanto no estén inscritos (art. 18.7 de la ley de 1987, aplicable, según disp. derogatoria). *Entre dichos acuerdos se incluyen los de constitución, modificación de estatutos sociales, fusión, escisión, escisión-fusión, descalificación, disolución y liquidación (art. 19, ley 1987).*

2. Acuerdos del consejo rector (art. 36).

El funcionamiento del consejo rector se regula en los estatutos o por la asamblea general; en todo caso, téngase en cuenta:

- a) Que los consejeros no pueden hacerse representar.
- b) Que la válida constitución del consejo PREVIA CONVOCATORIA requiere la concurrencia personal de más de la mitad de sus componentes.
- c) Que los acuerdos se adoptan por más de la mitad de los votos válidamente expresados. Cada consejero tiene un voto, siendo el del presidente dirimente.
- d) Que el acta de la reunión, firmada por el presidente y secretario recogerá de forma sucinta los debates, el texto de los acuerdos y el resultado de las votaciones.

34

C. Análisis de concretos acuerdos de mayor interés.

1. *Modificación de estatutos*: es competencia de la asamblea general (art. 21), salvo la modificación de domicilio dentro del mismo término municipal (art. 32); se exige mayoría cualificada (ver anteriormente). La modificación debe **constar en escritura pública** e inscribirse en el Registro de Cooperativas (11.3), con carácter *constitutivo* (art. 19 ley de 1987).

2. *Reducción del capital social mínimo por pérdidas* (art. 45): es obligatoria cuando por *pérdidas*, el **patrimonio contable** ha disminuido por debajo de la cifra del capital mínimo y ha transcurrido un año sin recuperarse el equilibrio. Debe afectar proporcionalmente a las aportaciones obligatorias. Requiere *balance* aprobado por la asamblea, referido a una fecha comprendida entre los *seis meses anteriores al acuerdo*, y *verificado* (por los auditores de cuentas de la cooperativa; o, si no está obligada a verificación, por el auditor designado por el consejo rector). *El balance y la verificación deben incorporarse a la escritura.*

3. *Reducción del capital social mínimo por reembolso de aportaciones (art. 45):* el acuerdo no puede llevarse a efecto antes de transcurrir *tres meses* a contar de la fecha de notificación a acreedores; ésta se efectúa personalmente y, si ello no es posible, por publicaciones en el *BOE* y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social de la cooperativa. Los acreedores *pueden oponerse* en dicho plazo a la ejecución si no se les satisfacen o garantizan sus créditos.

4. *Fusión:* se mantiene un régimen similar al de la ley del 87, completándolo y mejorando su regulación (ver art. 63). Requiere el acuerdo la existencia de un *proyecto previo*, suscrito por los consejos rectores de las cooperativas afectadas (ver contenido art. 63). El acuerdo de fusión debe adoptarse en asamblea general por cada una de las sociedades afectadas por la **mayoría de dos tercios de los votos presentes y representados**. Desde la convocatoria debe ponerse a disposición de los socios en el domicilio social la documentación fijada en el artículo 63.7 (proyecto, informes, balances, estatutos, y datos sobre titulares de cargos sociales). *No hay especialidades en cuanto a convocatoria y otros requisitos*. Los respectivos acuerdos deben **publicarse** en el *BOE* y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social. El acuerdo atribuye a los socios que no hubieren votado a favor el **derecho de separarse de la sociedad**. La fusión no puede realizarse antes de transcurrir *dos meses* a contar de la fecha de publicación del anuncio del acuerdo de fusión. Los acreedores ordinarios con créditos no adecuadamente garantizados anteriores al anuncio pueden oponerse en dicho plazo a la ejecución si no se les satisfacen o garantizan sus créditos. Los acreedores no pueden oponerse al pago de créditos no vencidos.

La formalización se efectúa en **escritura pública**, donde expresamente debe manifestarse por los otorgantes que *no se ha producido oposición de acreedores o, de haber existi-*

do, que han sido pagados o garantizados (con identificación en este último caso de acreedores, créditos y garantías prestadas).

5. *Fusión especial*: interesante novedad de la ley consiste en la posibilidad de que las sociedades cooperativas se fusionen con sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase, **siempre que no haya una norma legal que lo prohíba**. (Ver art. 67).

6. *Escisión*: artículo 68.

7. *Transformación de la cooperativa* (art. 69): puede transformarse en sociedad civil o mercantil de cualquier clase, sin que ello afecte a su personalidad jurídica. El acuerdo se rige por las normas de fusión. La participación de socios en la sociedad resultante debe ser proporcional a la de origen. Si la transformación es en entidad de cuyas deudas respondan personalmente los socios, tan sólo surte efectos el acuerdo respecto a los que voten a favor. Los saldos de fondos de reserva obligatorios, de educación, y otros no repartibles se destinan a los fines previstos para liquidación en el artículo 75.

8. *Transformación en cooperativa* (art. 69): puede transformarse en sociedad cooperativa cualquier asociación o sociedad que no tenga carácter cooperativo y las agrupaciones de interés económico, siempre que se cumplan los requisitos de la legislación sectorial y que los miembros de aquéllas puedan asumir la posición de cooperadores en relación al objeto previsto para la entidad resultante.

9. *Disolución (reactivación, nombramiento de liquidadores)*. (Arts. 70 y ss.).

a) **Acuerdo de disolución**: el acuerdo de **disolución** de la asamblea debe ser adoptado por mayoría de los **dos tercios de los socios presentes y representados**. Se exceptúa el

supuesto en que la disolución descansa en una causa legal del artículo 70.1, c, d, e, g (paralización de órganos sociales, reducción de socios o capital por debajo del mínimo sin restablecerse en el plazo de un año; realización de objeto o imposibilidad de su cumplimiento, o causa estatutaria), en cuyo caso basta la **mayoría simple de votos** o la mayor que fijen los estatutos.

b) Nombramiento de liquidadores:

A falta de previsión estatutaria la asamblea general debe nombrar liquidadores entre los socios, en votación secreta, y por mayoría de votos, en número impar. Si se nombran tres o más su actuación es *colegiada*, adoptando los acuerdos por mayoría.

El nombramiento, que debe ser inscrito, surte efectos desde la **aceptación**.

Téngase en cuenta que **hasta el nombramiento de liquidadores el consejo rector continúa en las funciones gestoras y representativas de la sociedad** (lo que implica que a éste compete la elevación a público del acuerdo de disolución, etc.).

Respecto a las **facultades de los liquidadores, ver artículo 73, destacando la posibilidad de enajenar los bienes sociales.**

c) Reactivación: se limita la reactivación al supuesto de que la causa de disolución hubiere sido el acuerdo de la asamblea general. La reactivación requiere el cese de la causa que motivó la disolución (que, tratándose del acuerdo, parece referirse a nuevo acuerdo), y que no haya comenzado el reparto de aportaciones. El acuerdo de reactivación se adopta por **mayoría de dos tercios de los votos presentes y representados**, y no es eficaz hasta que se **eleve a escritura pública e inscriba en el Registro de Cooperativas.**

10. Liquidación: escritura de extinción (art. 76).

Corresponde a los liquidadores el otorgamiento de la escritura de extinción de la sociedad, en la que deberán manifestar:

a) Que el balance final y proyecto de distribución del activo han sido aprobados por la asamblea general y publicados en uno de los diarios de mayor circulación del domicilio social.

La escritura debe incorporar **el balance final de liquidación, el proyecto de distribución del activo y el certificado del acuerdo de la asamblea.** (Si se hubieren nombrado interventores, tales documentos deben ser censurados por ellos: art. 74).

b) Que ha transcurrido el plazo de impugnación previsto en el artículo 74 de la ley sin que se hayan formulado impugnaciones o que ha alcanzado firmeza la sentencia que las hubiere resuelto.

El plazo son 40 días a partir de la publicación.

c) Que se ha procedido a la adjudicación del haber social conforme al artículo 75 de la ley y que han sido consignadas las cantidades correspondientes a acreedores, socios, y entidades que hayan de recibir el remanente del fondo de educación y promoción y del haber líquido sobrante.

d) La solicitud por los liquidadores en la escritura de que se cancelen los asientos registrales de la sociedad.

La **escritura debe inscribirse, depositando en el Registro de Cooperativas los libros y documentación social, que se conservarán durante seis años.**

11. *Nombramiento y cese de cargos sociales.*

Corresponde a la asamblea general **nombrar y cesar a los miembros del consejo rector** (o administrador único) **interventores, miembros del comité de recursos** (art. 21) salvo la designación de consejeros por el comité de empresa en el supuesto excepcional del artículo 33.

El acuerdo de nombrar miembros del consejo rector (o administrador único) se adopta en **votación secreta**, por el mayor número de votos y conforme al procedimiento electoral previsto en los estatutos (art. 34).

—El nombramiento surte efecto desde la aceptación y debe ser inscrito en el Registro en el plazo de *un mes*.

— Los nombramientos se ajustarán a las previsiones estatutarias respecto a estructura del órgano de administración (administrador único o consejo rector), número de sus miembros, distribución de cargos del consejo rector, suplentes, comisiones ejecutivas, etc.).

— Si se designa **administrador único**, el nombrado debe ser *socio y persona física*.

— Si hay **consejo rector**, téngase en cuenta: A) Que los designados deben ser **socios**, salvo que los estatutos prevean el nombramiento como consejeros de persona cualificada y experta que no ostente la condición de socio, en número que no exceda de un tercio del total, y sin que puedan nombrarse a tales personas presidente ni vicepresidente; B) Que si se designa a una persona jurídica, *deberá ésta designar a una persona física para ejercitar las funciones propias del cargo (art. 34)*; C) Que los cargos se distribuyen por el propio consejo rector o la asamblea según previsión estatutaria, debiendo existir al menos un presidente, un vicepresidente y un secretario, con la sola excepción de que la cooperativa tenga únicamente tres socios, en cuyo supuesto no existe el cargo de vicepresidente (art. 33).

— **Respecto a las incompatibilidades, incapacidades y prohibiciones:** se contienen en el artículo 41. Destacamos: A) La prohibición de ejercer cargos a quienes realicen actividades competitivas o complementarias de la cooperativa (salvo autorización expresa de la asamblea general en cada caso, o, añadimos, de los socios promotores); B) La incompatibilidad, entre sí, de los cargos de miembro del consejo rector (administrador único), *interventor e integrante del comité de recursos, la cual se extiende al cónyuge y parientes de los expresados cargos hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad*. No obstante, respecto al parentesco, se **exceptúa** el supuesto de que el número de miembros de la cooperativa en el momento de la elección sea tal que no existan socios en los que no concurren dichas causas; C) La prohibición de ejercer los citados cargos en más de tres socieda-

des cooperativas de primer grado. D) En las cooperativas de *trabajo asociado*, los socios en situación de prueba no pueden ser elegidos para los cargos sociales (art. 81.3.b); en las de viviendas ninguna persona puede ser miembro de más de un consejo rector (art. 89).

— **Cese:** no requiere constar como punto en el orden del día, si bien en este caso el acuerdo requiere **la mayoría del total de votos de la cooperativa** (salvo norma estatutaria que para casos justificados prevea mayoría inferior; y salvo que el cesado haya incurrido en incapacidad, incompatibilidad o prohibición, en cuyo supuesto basta mayoría simple). (Art. 35).

— **Renuncia de consejeros:** la puede aceptar el propio consejo o la asamblea.

Inscripción: por excepción a la necesidad de documentación pública para la inscripción de acuerdos (art. 110), la inscripción del nombramiento y cese de los miembros del consejo rector, de los liquidadores, y de interventores, *puede efectuarse en base a certificación del secretario y presidente del consejo, con firmas legitimadas* (art. 22 ley 1987).

40

V. Representación de la cooperativa

A. Sociedad cooperativa en constitución.

Regula la nueva ley la “sociedad cooperativa en constitución” (art. 9) en términos similares a los fijados por la ley de 1987, determinando que de los actos y contratos celebrados en nombre de la proyectada cooperativa, responden solidariamente quienes los hubieren celebrado. Sus consecuencias son asumidas por la cooperativa tras la inscripción *si fueren necesarios; o se aceptasen expresamente en tres meses desde la inscripción; o se hubieren efectuado dentro de las facultades conferidas por las personas designadas a tal fin por todos los promotores.*

Asimismo, en tanto no se obtenga la inscripción, la sociedad debe añadir a su denominación las palabras “en constitución”.

B. Sociedad cooperativa inscrita.

1. Representación orgánica: órgano de administración.

En principio (art. 32), la representación de la cooperativa corresponde al órgano de gobierno que será, o el **administrador único** (cuando así lo prevean los estatutos sociales, para cooperativas de menos de diez socios) o, normalmente, **el consejo rector**.

Ámbito de la representación: las facultades representativas del “consejo rector” (o administrador único) *se extienden a todos los actos relacionados con las actividades que integren el objeto social de la cooperativa, sin que surtan efectos frente a terceros las limitaciones que en cuanto a ellos pudieran contener los estatutos (art. 32). Precisiones:*

— Respecto a la ley de 1987, se sustituye la determinación de que “la representación se extenderá, en juicio y fuera de él, a todos los asuntos concernientes a la cooperativa”, por la referencia, igualmente ambigua a los “actos relacionados con las actividades integrantes de la cooperativa”.

— El ámbito del poder de representación en las cooperativas se formula, pues, de forma diferente al fijado para las sociedades mercantiles: por un lado, *más extenso*, al incluir los actos “relacionados” con las actividades del objeto; y, por otro, *mucho más limitado en sus efectos*, al no preverse para las sociedades cooperativas que “la sociedad quedará obligada respecto a terceros de buena fe y sin culpa grave aun cuando de los estatutos inscritos se desprenda que el acto «no está relacionado» con las actividades que integren el objeto social”.

Actuación notarial.— Desde el punto de vista de la práctica notarial, destacamos los siguientes aspectos:

a) **Compareciente y facultades:** si existe **administrador úni-**

co, deberá comparecer éste; para el supuesto ordinario de existir **consejo rector**, el **presidente del consejo** ostentará la representación legal de la cooperativa, *dentro del ámbito de facultades que le atribuyan los estatutos y de las concretas que para su ejecución resulten de los acuerdos de la asamblea general o del consejo rector* (art. 32).

En todo caso el compareciente deberá tener el cargo *en vigor*, teniendo en cuenta que: los nombramientos de consejeros surten efectos desde la aceptación (art. 34); y que el plazo de duración del cargo será el fijado en los estatutos (entre tres y seis años) si bien los que hubieren agotado el plazo continúan ostentando sus cargos **hasta la aceptación de quienes los sustituyan** (art. 35).

La comparecencia del presidente no excluye la excepcional de otros cargos del consejo, así:

42 — El vicepresidente sustituirá al presidente en los supuestos de vacante, imposibilidad o contraposición de intereses del presidente (art. 35.5).

— Si simultáneamente quedaren vacantes los cargos de presidente o vicepresidente, o si quedase un número de miembros del consejo rector insuficiente para constituir válidamente éste, *las funciones del presidente son asumidas por el consejero elegido entre los que quedasen* (debiéndose convocar la asamblea en un plazo máximo de quince días, a efectos de cubrir las vacantes que se hubieren producido, ver art. 35.4).

— Los **estatutos**, o en su defecto, la **asamblea general**, pueden regular el funcionamiento del consejo rector y de comisiones, comités o comisiones ejecutivas y delegación de facultades (art. 36).

b) **Relación del acto con el objeto social.**

Desde el punto de vista de la naturaleza del acto a documentar, deberá comprobarse que *“esté relacionado con las actividades que integran el objeto social”* (art. 32). Al respecto, naturalmente, deberá consultarse la redacción del artículo estatutario referente al objeto, siendo asimismo clarifi-

cador que, respecto a cada clase de cooperativas, la concreta facultad puede incluirse **dentro de las actividades que, para cada una, determina expresamente la ley** (así, por ejemplo, para las de viviendas pueden “adquirir, parcelar y urbanizar terrenos y, en general, desarrollar cuantas actividades y trabajos sean necesarios para el cumplimiento de su objeto social”..., art. 89.2). En todo caso, estimamos vigente la doctrina de la DG respecto a “actos neutros”, siendo conveniente la manifestación del otorgante de que el acto en cuestión se incluye o está relacionado en el objeto social.

c) Sujetos intervinientes.

Desde el punto de vista *subjetivo*, téngase en cuenta que *las actividades o servicios cooperativizados* sólo pueden realizarse con **terceros no socios** cuando lo prevean los estatutos sociales, en las condiciones y con los límites que fija la ley y otras de carácter sectorial (que, por ejemplo para viviendas, permite enajenar o arrendar a terceros no socios locales comerciales e instalaciones complementarias de su propiedad: art. 89.4). Ello se entenderá sin perjuicio de la autorización administrativa especial para ampliar actividades y servicios con terceros por plazo y en cuantía determinada en supuestos excepcionales (ver art. 4).

d) Actuación por órgano competente.

Desde el punto de vista **competencial**, deberá cuidarse que el acto a documentar haya sido otorgado, consentido o autorizado por el órgano competente. Normalmente dicho órgano será el de **gobierno** (consejo rector o administrador único). Al respecto ténganse en cuenta las siguientes precisiones:

— Que la actuación del **presidente del consejo rector**, cuando el acto no esté dentro de las facultades que a su cargo asignen los estatutos y/o la ley, deberá tener como soporte el correspondiente acuerdo del órgano competente (normalmente el consejo), lo que convendrá acreditar con la pertinente certificación.

— Que, a diferencia de la ley de 1987, la asamblea ge-

neral no puede adoptar acuerdos obligatorios en materias que la ley considera competencia exclusiva de otro órgano social (art. 21).

— Que, bajo sanción de anulabilidad (y sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe por terceros) es preciso el **previo acuerdo de la asamblea general** cuando la cooperativa deba obligarse con cualquier *consejero* (administrador único), interventor, o con uno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Se exceptúa el supuesto de *relaciones propias de la condición de socio*. (Art. 42)

2. Representación orgánica: órgano de liquidación.

Disuelta la sociedad, **corresponde a los liquidadores la representación de la cooperativa, en juicio y fuera de él para el cumplimiento de las funciones que tienen encomendadas** (art. 73).

44

Precisiones (arts. 71 y ss.):

1. El número de liquidadores debe ser siempre *impar*. Si es único, el liquidador actúa por sí solo; si son varios (tres o más) actúan en forma colegiada y adoptan sus acuerdos por mayoría.

2. Su representación se extiende a las “*funciones a ellos encomendadas*”, entre las que destacamos (art. 73): realizar las operaciones pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la cooperativa, incluida la **enajenación de bienes**; reclamar y percibir créditos, y concertar transacciones y compromisos que convengan a los intereses sociales.

3. Téngase en cuenta que hasta el nombramiento de los liquidadores (que surte efecto desde la aceptación) **el consejo rector continúa con las funciones gestoras y representativas de la sociedad**.

3. Representación voluntaria (art. 32.3).

El consejo rector puede conferir *apoderamientos*, así como proceder a su revocación, en favor de cualquier persona cuyas facultades constarán en la *escritura de poder*, y en es-

pecial nombrar y revocar al gerente, director general o cargo equivalente como apoderado principal de la cooperativa.

El otorgamiento, modificación o revocación de los poderes de gestión o dirección *con carácter permanente se inscribirá en el Registro de Cooperativas.*

VI. Transmisión de las aportaciones sociales

Las aportaciones sociales son *transmisibles*, debiendo observarse las específicas previsiones estatutarias (art. 11.1.1).

En todo caso, la ley establece las siguientes normas (art. 50):

1. Transmisión *inter vivos*:

— **A favor de socio.** En principio son libres las transmisiones de participaciones sociales en favor de otros socios de la cooperativa.

— **En favor de no socio.** Si el adquirente no es socio, la transmisión quedará condicionada a que adquiera la cualidad de socio de la cooperativa en el plazo de tres meses a contar de aquélla.

— **Límite.** Deberá tenerse en cuenta, en todo caso, el límite del artículo 45.6 que, con carácter general, prohíbe que el importe total de las aportaciones de cada socio exceda de **1/3 del capital social.**

2. Transmisión *mortis causa*:

Es libre en favor de los causa-habientes que sean socios “y así lo soliciten”. Si no son socios, la transmisión requiere la previa admisión como socios conforme al procedimiento del artículo 13, la cual debe solicitarse en el plazo de *seis meses* desde el fallecimiento. Si no se solicita, o no se verifica la admisión, los sucesores tienen derecho a la liquidación del crédito correspondiente a la aportación social.

3. Baja: en los supuestos de baja del socio téngase en cuenta que *responderá personalmente de las deudas sociales, previa exclusión del haber social, durante cinco años* desde la pérdida de su condición de socio, por las obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja *hasta el importe reembolsado de sus aportaciones al capital social* (art. 15.4). Naturalmente esta responsabilidad exige el previo *reembolso de aportaciones a socios o a sus herederos* (quienes se subrogan en la responsabilidad de sus causantes), por lo que carece de contenido si la baja no produce reembolsos por haberse transmitido la aportación a otro socio o a persona que adquiriera dicho carácter.

VII. Breve referencia a las cooperativas de viviendas (arts. 89 y ss.)

46

La regulación de las cooperativas de viviendas en la nueva ley es prácticamente idéntica a la contenida en la anterior legislación, con las siguientes variedades esenciales:

a) **Construcciones por fases o promociones:** en este aspecto, el artículo 90 de la nueva ley establece importantes innovaciones respecto a la legislación anterior, que resumimos en los términos siguientes:

— Cada promoción, o cada una de las fases que la integren, debe dotarse de autonomía de gestión y patrimonial, así como con su particular contabilidad sin perjuicio de la general de la cooperativa.

— Cada promoción o fase debe identificarse con una **denominación específica** en todo documento o contrato.

— En la *inscripción en el Registro de la Propiedad se hará constar la fase o promoción a que están destinados los bienes adquiridos por la cooperativa*. (Si el destino se acuerda posteriormente, los representantes de la cooperativa solicitarán se haga constar por nota marginal).

— Cada fase o promoción debe tener su *junta especial de socios*, cuya regulación constará en los estatutos. Ello sin perjuicio de las competencias de la asamblea general.

— *Los bienes que integran el patrimonio debidamente contabilizado de una promoción o fase no responden de las deudas de las diferentes.*

b) **Transmisión de derechos (art. 92):**

Se mantiene el **derecho de adquisición preferente** en términos similares a los recogidos por la antigua ley, con las siguientes modificaciones puntuales:

— Se concreta que los estatutos no pueden ampliar el plazo legal de vigencia del derecho de adquisición (5 años) a más de *diez años*.

— Se determina *el momento a partir del cual se inicia el plazo* (licencia de primera ocupación o documento que legalmente lo sustituya y, en su defecto, entrega de posesión de las viviendas). Se sustituye la denominación de los titulares del derecho de adquisición (antes “socios expectantes”, y ahora “solicitantes de admisión como socios”).

— Se completa la regulación determinando que si transcurre un año desde que se comunicó la intención de transmitir sin haberla llevado a efecto, debe repetirse el ofrecimiento.

— Se extiende la exclusión de derecho preferente de adquisición, a las *transmisiones entre cónyuges decretadas o aprobadas judicialmente en los casos de separación o divorcio*. (Lo que **no incluye**, por tanto, las transmisiones entre cónyuges fuera de casos de separación o divorcio, o en dichos supuestos pero sin **autorización judicial**).

VIII. Aranceles notariales

Se mantiene **inalterada** (disp. adicional 5.^a) la reducción prevista en la ley de 1987 (art. 157): *igual a la que se concede al Estado en los casos en que la escritura o cualquier otro instrumento público notarial venga impuesto por la legislación cooperativa.*

Se extiende la misma bonificación a los aranceles registrales, siempre que se trate de inscripciones **obligatorias** (?) de actos y contratos previstos en la normativa aplicable o *dirigidas al mejor cumplimiento del objeto social.*

**EL CONFLICTO ENTRE EL CRÉDITO
SALARIAL SUPERPRIVILEGIADO
Y LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS:
DOCTRINA REGISTRAL
FRENTE A JURISPRUDENCIA (*)**

49

**(En torno a la resolución de la Dirección General
de los Registros y del Notariado de 3 de abril de 1998)**

ELENA DESDENTADO DAROCA

*Becaria de FPI, Departamento de Derecho Privado,
Área de Derecho Mercantil,
Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*

SUMARIO: I. UNA RELACIÓN DIFÍCIL: LOS CRÉDITOS SALARIALES PRIVILEGIADOS Y LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS. **II.** EL ÁMBITO MATERIAL DEL ARTÍCULO 32 ET: LAS PREFERENCIAS DEL

(*) Este trabajo se ha publicado también en la revista *Relaciones Laborales*, n.º 4, 1999, y por su interés se publica en la *Revista Jurídica del Notariado*, con el consentimiento de su autora.

CRÉDITO SALARIAL. **1.** La preferencia, el privilegio y la garantía real. **2.** La preferencia del crédito laboral como privilegio. Un examen general del sistema de protección del crédito laboral en el artículo 32 ET. **III.** EL CONFLICTO ENTRE EL SUPERPRIVILEGIO DEL ARTÍCULO 32.1 ET Y LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA REAL. EN ESPECIAL, LA CANCELACIÓN DE LAS HIPOTECAS ANTERIORES. **1.** La posición de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. **2.** La posición crítica de la doctrina registral. **IV.** ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS. **1.** Crítica de carácter sustantivo: el problema del efecto cancelatorio del superprivilegio salarial sobre la hipoteca. **2.** Problemas de orden procesal. **V.** TEXTO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 3 DE ABRIL DE 1998.

I. Una relación difícil: los créditos salariales privilegiados y los créditos hipotecarios

La concurrencia entre los créditos salariales privilegiados y los créditos hipotecarios viene planteando graves problemas en nuestro ordenamiento jurídico. La cuestión se aborda hoy en el artículo 32 ET; disposición que, sin embargo, no ha puesto fin a las dudas y a las confrontaciones entre los distintos órganos judiciales y administrativos con competencia sobre la materia.

El artículo, con el título de “garantías del salario”, establece las preferencias que, en orden al cobro, tienen los créditos salariales, utilizando para ello como parámetro fundamental su relación con los créditos con garantía real, de manera que unas veces éste se pospondrá en favor de aquél y otras será aquél el pospuesto.

Este trabajo se centra en el estudio de los problemas que plantea la colisión en la práctica entre el superprivilegio

salarial y el crédito hipotecario, concretamente en el efecto cancelatorio que, según la jurisprudencia y la doctrina científica, aquél provoca en las hipotecas anteriores. Con este fin, en la primera parte del trabajo se realizará un análisis de la jurisprudencia más reciente sobre el tema, destacando las discrepancias de criterio entre el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado y poniendo de relieve las consecuencias que de esta diversidad de criterios se derivan en orden al correcto funcionamiento de las instituciones de garantía examinadas. Tras este examen de carácter fundamentalmente descriptivo, el estudio se cierra con unas reflexiones críticas tanto sobre las cuestiones de orden sustantivo como sobre los problemas procesales que suscita la intervención del registrador.

II. El ámbito material del artículo 32 ET: las preferencias del crédito salarial

51

1. La preferencia, el privilegio y la garantía real.

El artículo 32 ET regula, en sus primeros números, los aspectos materiales de la garantía y se ocupa, en concreto, de la *preferencia* asignada al crédito salarial. Para examinar el alcance de este precepto es conveniente, por ello, comenzar delimitando los conceptos de preferencia, privilegio y garantía real, en los que parece existir cierta confusión. Ello nos ayudará a entender el tratamiento jurídico de los créditos salariales y su relación con los créditos hipotecarios.

A) *La preferencia*

Dice el artículo 1.911 C.c. que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”. El patrimonio del deudor constituye así, en palabras de DÍEZ-PICAZO, “la base común de garantía de

todos los acreedores y, al mismo tiempo, el común objeto del poder de agresión por parte de éstos” (1). Ahora bien, puede ocurrir que este patrimonio no sea suficiente para satisfacer todas las obligaciones contraídas por el deudor. En este caso rige, como regla general, el principio *par conditio creditorum* o condición igual de todos los acreedores, de acuerdo con el cual, el activo del que se dispone ha de repartirse en proporción al importe de cada uno de los créditos (2).

Esta regla general tiene, no obstante, algunas excepciones. Se trata de aquellos casos en que se reconoce a determinados acreedores una *preferencia*, es decir, un derecho a ser satisfechos con antelación o anteposición respecto de otros acreedores, que, concurriendo igualmente al reparto del precio de los bienes expropiados al deudor común, no gozan de tal ventaja o la tienen atribuida en grado inferior. El derecho de preferencia (*ius prelationis*) viene así a cubrir, para el beneficiario del mismo, el riesgo que comporta el excesivo aumento del número de obligaciones a satisfacer, con peligro de que el activo existente no alcance a todos (3).

Concepto complementario del de preferencia es el de *prelación* (4), que se refiere al orden en que deben ser pagados los distintos créditos preferentes. La prelación supone una colisión entre preferencias que se resuelve de acuerdo con un orden jerárquico aplicable a los distintos créditos preferen-

(1) Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II (Las relaciones obligatorias)*, Civitas, Madrid, 1996, p. 749.

(2) El principio *par conditio creditorum* ha sido expresamente recogido por el Código civil italiano, en su artículo 2741.1, de acuerdo con el cual los acreedores tienen igual derecho (*eguale diritto*) a ser satisfechos con los bienes del deudor, salvo causa legítima de preferencia, siendo tal el privilegio, la prenda y la hipoteca. En nuestro Derecho este principio no está recogido expresamente en ninguna norma jurídica, pero debe considerarse implícita. *Vid.*, RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios del crédito salarial*, Civitas, 1984, p. 256.

(3) RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios...*, cit., pp. 256-257.

(4) *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, A., voz “Preferencia y prelación de créditos”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, pp. 4994-4996; CASTILLO MARTÍNEZ, C., voz “Prelación de créditos”, *Enciclopedia Jurídica*, Seix, pp. 165-185.

tes, excluyendo así el principio de *pro rata* (5). Nuestro Código civil dedica el título XVII del libro IV a la “concur-rencia y prelación de créditos”, estableciendo el orden en que los créditos privilegiados, con garantía real u ordinarios han de ser satisfechos.

El privilegio y la garantía real son dos modalidades del derecho de preferencia (6). En efecto, ambos institutos jurídicos tienen como característica común el ser *preferentes* a la hora de cobrar frente a otros acreedores. Sin embargo, existen grandes diferencias entre ellos, siendo de capital importancia aclararlas para poder calificar la preferencia del crédito salarial como de uno u otro tipo.

B) *El privilegio.*

RÍOS SALMERÓN señala que “hablamos de privilegio, en sentido estricto, cuando un determinado crédito se satisface con anterioridad a otro crédito, como consecuencia de lo establecido en una norma legal expresa, mediante la cual, el legislador lleva a cabo una valoración del interés que aquel crédito sirve, y le incorpora, como cualidad esencial e inseparable, la de preferente” (7). De esta definición podemos destacar las siguientes características de los créditos privilegiados.

En primer lugar, la legalidad. La fuente de los privilegios es exclusivamente la ley, no pudiendo establecerlos la voluntad de las partes. En el tema que nos ocupa, esto quiere decir que el privilegio no puede constituirse por pacto entre empresario y trabajador, ni por convenio colectivo (8). Por

(5) DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, II, cit., pp. 775 y 776.

(6) Vid. AMORÓS GUARDIOLA, M., “La garantía patrimonial y sus formas”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1972, pp. 561-592.

(7) RÍOS SALMERÓN, B., “Garantías del salario”, en AAVV, *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, tomo 1, vol. I, Edersa, Madrid, 1994, p. 313.

(8) LACRUZ BERDEJO, J. L., “Sobre los privilegios del salario y en particular el superprivilegio del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores”, en AAVV, *El salario como crédito privilegiado*, ACARL, Madrid, 1981, p. 13.

otra parte, la razón que lleva al legislador a establecer privilegios está basada en consideraciones de política legislativa.

Actualmente, junto a los listados generales del Código civil y del Código de Comercio, han aparecido numerosas normas sectoriales cuya finalidad es conferir a los créditos que surgen en las relaciones por ellas reguladas la mejor posición prelativa. Una de estas normas sectoriales es el artículo 32 ET.

54 La segunda característica del privilegio es la excepcionalidad. Con ello se alude a que los privilegios constituyen una excepción al principio general de igualdad de condición y de trato de todos los acreedores. Para la doctrina, este carácter de excepción obliga a que la interpretación de las normas que establecen privilegios sea restrictiva. No cabe, pues, ni una aplicación analógica ni una extensión de los términos en que la ley los admite. Esta conclusión se deduce, según LACRUZ (9), del artículo 1.925 C.c., con arreglo al cual “no gozarán de preferencia los créditos de cualquier otra clase, por cualquier otro título, no comprendido en los artículos anteriores”. No obstante, esta exigencia de interpretación estricta no ha sido acogida por los tribunales en relación con los créditos salariales, al considerar que, dado el carácter protector del artículo 32 ET, éste debe ser interpretado en el sentido más favorable a los trabajadores (10).

La accesoriedad es la tercera nota característica del privilegio. Éste no es un derecho subjetivo independiente y autónomo, sino una “cualidad” (11) o “facultad” (12) que la ley ha añadido al crédito al que acompaña. En este sentido, LA-

(9) LACRUZ BERDEJO, J. L., “Sobre los privilegios...”, cit., p. 12.

(10) Entre otras, *vid.* TS SS, Sala de lo Civil, de 12 de noviembre de 1981 (Ar. 5399), 23 de octubre de 1985 (Ar. 4965) y 18 de diciembre de 1989 (Ar. 8839).

(11) ROCA SASTRE, R. (*Derecho Hipotecario*, IV, 2.^a parte, Bosch, Barcelona, 1979, p. 615) lo califica como “cualidad o especial modo de ser”, y LACRUZ BERDEJO, J. L., de “cualidad del crédito” (“Sobre los privilegios...”, cit., p. 7).

(12) Para DIEZ-PICAZO, L. (*Fundamentos...*, cit., II, p. 753), “el privilegio es una simple facultad del acreedor para reclamar el cobro preferente frente a otros acreedores”.

CRUZ nos dice que “el privilegio, en relación con el crédito, es más forma suya que materia” (13). Consecuencia de esta accesoriedad es que el privilegio se transmite con el crédito. Así lo dispone el artículo 1.528, según el cual “la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o *privilegio*”.

Por último, se ha señalado también como uno de los rasgos propios del privilegio su naturaleza obligacional y la consecuente *ausencia de reipersecutoriedad* (14). Este último punto requiere, sin embargo, de mayor precisión. El privilegio puede ser de dos clases: general y especial. El privilegio general da preferencia a unos acreedores sobre otros con referencia a la totalidad del patrimonio del deudor. En el privilegio especial la preferencia recae sobre el valor de bienes determinados y concretos, de los que excluyen a los acreedores con privilegio general. En el Código civil, los privilegios generales aparecen enumerados en los artículos 1.924 y siguientes; y los privilegios especiales en los artículos 1.922 y 1.923. La doctrina civilista ha discutido tradicionalmente la naturaleza jurídica de los privilegios, centrándose el debate en la cuestión de si constituían o no derechos reales. Para que puedan configurarse como derechos reales, dos son las características que deberían reunir: que recaigan sobre bienes determinados (*in re*) y que sean oponibles frente a terceros (*erga omnes*), en particular frente a los terceros posibles adquirentes de los bienes. Los privilegios generales no pueden ser derechos reales, puesto que falta, como dice Díez-Picazo (15), “la base física de concreción del derecho”. El problema se plantea con los privilegios especiales, donde sí se da esa base física. Pero, ¿son estos privilegios oponibles *erga omnes*?, ¿juega en ellos la reipersecutoriedad? A favor de la respuesta afirmativa se alega el artículo 1.922 C.c. que, tras enumerar los diversos

(13) LACRUZ BERDEJO, J. L., “Sobre los privilegios...”, cit., p. 8.

(14) LACRUZ BERDEJO, J. L., “Sobre los privilegios...”, cit., pp. 11 y 14.

(15) Díez-Picazo, L., *op. cit.*, p. 753.

privilegios mobiliarios, añade en un último párrafo: “si los bienes muebles sobre los que recae la preferencia hubiesen sido sustraídos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de treinta días contados desde la sustracción”. Algún autor (16) entendió, en su momento, que esta facultad de persecución que establece el precepto debía entenderse referida a todos los privilegios mobiliarios, cuya naturaleza, por tanto, no sería obligacional, sino real. Sin embargo, hoy es doctrina mayoritaria que el párrafo final del artículo 1.922 no extiende su influencia a los siete apartados que le preceden, sino exclusivamente al apartado séptimo, que privilegia a los “créditos por alquileres y rentas de un año sobre los bienes muebles del arrendamiento existentes en la finca arrendada, y sobre los frutos de la misma”. Así lo demuestra, dice LACRUZ, el origen histórico del precepto, “pues desde el Derecho romano el privilegio del arrendador ha consistido en una prenda sobre los *inventae et illatae*, lo cual no ocurre en los restantes supuestos” (17).

Por consiguiente, los privilegios no producen la reipersecutoriedad: facultan para cobrar primero sobre el producto de la venta de objetos existentes en el patrimonio del deudor, pero no para intentar el cobro sobre tales objetos si han pasado a ser propiedad de un tercero. Puede ocurrir, ciertamente, que, en virtud de la inscripción en el Registro de la Propiedad, los privilegios especiales adquieran el carácter de reipersecutoriedad. Pero ello no se deberá al privilegio, sino al hecho de que, como consecuencia de la inscripción, a la deuda se le adiciona un derecho de garantía que es derecho real en cuanto oponible *erga omnes*. Un ejemplo de esto son los créditos refaccionarios anotados en el Registro (18).

(16) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, tomo XII, Madrid, 1921, p. 730.

(17) LACRUZ BERDEJO, J. L., “Sobre los privilegios...”, cit., p. 16.

(18) LACRUZ BERDEJO, J. L., “Sobre los privilegios...”, cit., p. 15.

C) *La garantía real.*

Al igual que el privilegio, la garantía real otorga preferencia para el caso de concurrencia de varios acreedores en el cobro sobre el patrimonio del deudor común. Por eso, para RÍOS SALMERÓN “es atinado el punto de vista adoptado por el Código civil, cuando, en la enumeración de posibles acreedores concurrentes, determina quiénes son los dotados de preferencia, e incluye, entre ellos, a los acreedores hipotecarios (art. 1.923); cosa que también cabe decir, lógicamente, del Código de Comercio (art. 914)” (19).

La garantía real concede al acreedor un poder jurídico que recae sobre una cosa determinada, permitiendo al mismo dirigirse contra la cosa a fin de realizar su valor y satisfacer su interés. La garantía real tiene eficacia *erga omnes*, pudiendo los bienes sobre los que incide ser objeto de agresión, cualquiera que sea la persona que ostente su titularidad. Aquí encontramos la diferencia fundamental entre el privilegio y la garantía real: ésta otorga, junto al derecho de preferencia (*ius praelationis*), un derecho de persecución (*ius persequendi*) (20).

Otra diferencia relevante consiste en que la garantía real, normalmente, es de creación voluntaria, mientras que el privilegio tan sólo puede ser creado por el legislador. Ello se debe, a juicio de RÍOS SALMERÓN, a que “en el privilegio se

(19) RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios...*, cit., p. 259.

(20) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A. (*El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Comares, Granada, 1995, pp. 137-142) destaca como determinante esta diferencia entre el privilegio y la garantía real. Para este autor, “la hipoteca es algo más que un privilegio, y aun cuando el Código Civil la sitúa entre los privilegios es lo cierto que por la inscripción registral adquiere una cierta inmediatez sobre la cosa, pues al contrario que en los privilegios especiales ordinarios (incluso inscritos) se realiza aun frente a los actos de enajenación anteriores a la constitución del derecho de hipoteca, lo que no sucede con ningún otro privilegio y además en la ejecución la jurisprudencia –aún muy reciente– reconoce su inmediatez frente al tercer poseedor”. Es, concluye, “el último residuo de la distinción entre privilegio y derecho real de hipoteca y de eficacia directa del principio de publicidad registral”.

protege un interés muy concreto ligado al crédito preferenciado (así, el salario, porque con lo ganado, atiende el trabajador necesidades elementales o cuasialimenticias)” mientras que en la garantía real (en su modalidad más común que es la voluntaria), “no se protege interés alguno ligado al particular crédito que se contemple, sino que, en virtud de una finalidad muy general, la regularidad del tráfico y del crédito inmobiliarios (hoy también mobiliarios), se permite a los particulares que hagan uso de su autonomía negocial para constituir una enérgica garantía real”. Ahora bien, cuando estamos ante hipotecas o prendas legales (expresas o tácitas), esta diferencia no se da: el legislador, en estos casos, ha apreciado, al igual que en el privilegio, intereses dignos de tutela. No obstante, la confusión de esas dos figuras –privilegio y garantía real– no es posible, porque sigue operando la primera diferencia a la que se hizo mención: las hipotecas y prendas legales gozan del *ius praelationis* y del *ius perseguendi*, mientras que el privilegio sólo produce el *ius praelationis* (21).

2. La preferencia del crédito laboral como privilegio. Un examen general del sistema de protección del crédito laboral en el artículo 32 ET.

Una vez aclarados estos conceptos, cabría ahora preguntarse cuál es el tipo de preferencia que el artículo 32 ET ha otorgado al crédito salarial en sus números 1, 2 y 3.

Inicialmente, esta preferencia fue calificada por parte de la doctrina e, incluso, por el Tribunal Supremo como un tipo de hipoteca legal tácita. Actualmente, esta concepción ha sido superada y es opinión unánime de la doctrina y de la jurisprudencia que la preferencia del crédito salarial consiste en un privilegio, que sólo actúa en concurrencia con los demás acreedores del empresario, aunque sean hipotecarios, mien-

(21) RÍOS SALMERÓN, B., “Garantías...”, cit., p. 316.

tras que no puede utilizarse cuando los bienes de éste han pasado a manos de terceros adquirentes. Esta posición está además avalada por el artículo 158 de la Ley Hipotecaria de acuerdo con el cual “sólo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter” no existiendo ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico que atribuya expresamente al crédito salarial la condición de hipoteca legal (22). Más adelante se examinará, sin embargo, una corriente doctrinal según la cual la interpretación del superprivilegio del artículo 32.1 ET, tal y como ha sido realizada por la jurisprudencia del orden social y la doctrina mayoritaria, desemboca en la práctica en el reconocimiento de una hipoteca tácita (23).

Por lo que se refiere al contenido de las preferencias laborales, el artículo 32 ET establece en el plano material tres tipos de preferencias a favor del crédito laboral. En primer lugar, regula en su número 1.º un superprivilegio que tiene un ámbito de aplicación limitada, pues comprende únicamente los salarios de los últimos treinta días y en una cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. Estos créditos son, según el artículo 32.1 ET, preferentes sobre cualesquiera otros créditos. El precepto aclara, además, que esta preferencia actúa incluso aunque el crédito concurrente con el superprivilegiado “esté garantizado por prenda o hipoteca”.

El segundo nivel de protección –el llamado privilegio refaccionario (24)– tiene un ámbito de aplicación más amplio, pues se refiere a todos los créditos salariales –desaparece el límite relativo a los treinta últimos días de trabajo y el tope

(22) RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios...*, cit., pp. 271-272.

(23) En este sentido, *vid.* resolución DGRN de 3 de abril de 1998 (BOE 5 de mayo de 1998).

(24) La denominación de privilegio “refaccionario” resulta del hecho de que los objetos a que se refiere incorporan una actividad productora desarrollada por los trabajadores. El fundamento de este privilegio, junto al genérico de su papel alimenticio, lo constituye, según RÍOS SALMERÓN “el deseo legal de protección del fenómeno productivo en general”, puesto que “el trabajo se ha incorporado a los bienes” (RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios...*, cit., pp. 355-356).

cuantitativo—, pero no actúa sobre todos los bienes del deudor, sino únicamente sobre “los *objetos elaborados por los trabajadores*” (25) y sólo “mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario” (26).

Los créditos laborales no incluidos en la protección establecida en los números anteriores tienen, según el número 3, la condición de “singularmente privilegiados” (27). Este privilegio se extiende tanto a los créditos salariales, sin límite temporal, como a las indemnizaciones por despido (28). En

(25) Durante un tiempo, dados los precedentes legislativos, se dudó de si el llamado privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2 ET abarcaba también los locales donde los trabajadores desarrollaban su trabajo. Así, una sentencia del orden civil de 18 de diciembre de 1989 (*Ar. 8839*), fundándose en una interpretación no estrictamente literal del artículo 32 ET, entendió que el local donde desarrollaban su trabajo los demandantes debía quedar incluido en el privilegio refaccionario del núm. 2 de tal precepto. No obstante, hoy este criterio ha quedado superado, pronunciándose sobre este particular muy recientemente la Sala de lo Social en sentencia de 17 noviembre de 1997 (*Ar. 3707*), de acuerdo con la cual el lugar de trabajo no se incluye en el ámbito del artículo 32.2 ET.

(26) La expresión “en posesión” ha generado cierta confusión en la doctrina que se ha apresurado a interpretarla de forma restrictiva. Así, para MARTÍNEZ GIL, J. L. (“Privilegio salarial refaccionario, privilegio salarial ordinario”, en AAVV, *El salario como crédito privilegiado*, cit., pp. 59-64), el artículo 32.2 ET “no puede interpretarse como atributivo de preferencia a los créditos refaccionarios laborales sobre los objetos elaborados en posesión de empresario, pero no de su propiedad, porque ello sería algo ajeno al campo de actuación del privilegio en su sentido propio”. En el mismo sentido se pronuncia RÍOS SALMERÓN, B. (“La preferencia del crédito salarial”, en AAVV, *El salario y las garantías salariales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, VIII, 1993, p. 230).

(27) RÍOS SALMERÓN, B. (*Los privilegios del crédito salarial*, cit., pp. 400 y 401) critica el error del legislador a la hora de calificar como “singularmente privilegiados” los créditos postpuestos al crédito hipotecario cuando, históricamente, esta expresión se destinaba a aquellos antepuestos a la hipoteca.

(28) Antes de la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994 se planteó en ámbitos doctrinales y jurisprudenciales una interesante polémica sobre el alcance del término “salario”, a efectos de aplicación del artículo 32 ET, concretamente sobre si las indemnizaciones por despido y los salarios de tramitación podían incluirse en tal precepto. La Sala de lo Civil del TS comenzó con una corriente amplia o permisiva, que se inicia con la sentencia de 16 de enero de 1968 (*Ar. 402*) y se ve bruscamente interrumpida por un criterio restringido y excluyente que inicia la sentencia de 11 de mayo de 1993 (*Ar. 3894*). Por el contrario, en la Sala de lo Social del mismo Tribunal se consolida el criterio amplio, destacando por su claridad la sentencia de 25 de mayo de 1995 (*Ar. 4033*). En cuanto a la Sala de Conflictos, mantuvo en todo momento el mismo criterio que la Sala de lo Social, desde la sentencia de 28 de enero de 1983 (*Ar. 2729*) hasta el más reciente auto de 6 de julio de 1994

ambos conceptos existe, sin embargo, un importante límite cuantitativo: los créditos por salarios sólo se protegen hasta la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo por el número de días de salario pendientes de pago. En cuanto a las indemnizaciones por despido, también están sujetas a un límite: el mínimo legal calculado sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional. El alcance de este último privilegio requiere alguna explicación adicional. La expresión “singularmente privilegiado” es, como se ha señalado, incorrecta. Lo que quiere decir el precepto es que estos créditos tienen preferencia sobre todos los demás créditos concurrentes que no tengan garantía real. No hay aquí, por tanto, posibilidad práctica de conflicto entre el crédito laboral protegido por este privilegio y el crédito hipotecario, por lo que no será objeto de nuestro estudio. En cuanto al refaccionario, la escasa conflictividad real en su aplicación, hace que no existan pronunciamientos jurisprudenciales de interés.

La protección del artículo 32 ET se complementa con unas garantías de alcance procesal, al margen de las sustantivas que acaban de exponerse (29). El número 4 aclara que las preferencias pueden hacerse efectivas tanto en los supuestos de concurrencia de ejecuciones individuales (tercerías de mejor derecho), como en ejecuciones generales (quiebra y suspensión de pagos) en las que se haya insinuado el crédito laboral. Por otro lado, el número 5 reconoce la garantía procesal de la llamada ejecución separada (30), estableciendo

(Ar. 10582). En la doctrina, *vid.*, entre otros, CONDE MARTÍN DE HUJAS, V., y FERNÁNDEZ DE LA VEGA, T., *Procedimientos concursales y derecho de los trabajadores*, Colección Abogados Jóvenes, núm. 1, y RÍOS SALMERÓN, B., *Privilegios salariales e indemnizaciones por cese*, Tecnos, Madrid, 1993.

(29) *Vid.* MONTROYA MELGAR, A., y otros, *Curso de procedimiento laboral*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 315 y ss.; BAYLOS GRAU, A., y otros, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Valladolid, 1995, pp. 489 y ss.; ALONSO OLEA, M., y MIÑAMBRES, C., *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 405 y ss.

(30) El privilegio de ejecución separada desaparece para los supuestos de quiebra en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal del Profesor ROJO (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, “Materiales para la reforma de la legisla-

que las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los créditos protegidos, es decir, todos los incluidos en el artículo, “no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal” (31).

Finalmente, el número 6 del artículo 32, relativo al ámbito temporal, establece que “el plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos” (32).

ción concursal”, suplemento al núm. 1768, de 15 de febrero de 1996). En efecto, aunque la proyectada redacción del artículo 32.5 ET (disp. adic. 8.ª) mantendría formalmente este privilegio, de la lectura de los artículos 64 a 66 de la Propuesta se concluye que dicho privilegio no tendría ninguna virtualidad práctica. *Vid.* en este sentido LOUSADA AROCHENA, J. F., “La Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal y los derechos de los trabajadores en la crisis de la empresa”, *AL*, núm. 48, 1996, pp. 949-959.

(31) Algún titubeo jurisprudencial fue terminantemente resuelto por la sentencia de 28 de enero de 1983 de la Sala de Conflictos, según la cual el artículo 32.5 ET confiere a los créditos laborales “un derecho de separación absoluta en el aspecto procesal”, en cuya virtud, “el ejercicio de acciones por parte de los trabajadores ante las Magistraturas de Trabajo en reclamación por los salarios que les sean debidos, y la ejecución de las sentencias que en estos procesos se dicten, no queda en suspenso por la iniciación del (...) juicio universal en los supuestos de quiebra o suspensión de pagos de las empresas deudoras de dichos créditos”. Pierde así importancia procesal, en el supuesto de quiebra, la distinción entre deudas salariales del empresario quebrado y deudas salariales de la masa de la quiebra en cuanto que ambas quedan fuera del proceso universal. *Vid.* en este sentido, ALONSO OLEA, M., y CASAS BAA-MONDE, E., *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1997, p. 345.

(32) Respecto al núm. 6 del artículo 32 ET, se ha planteado la cuestión de si el plazo en él establecido es de prescripción o de caducidad. El TS ha entendido que se trata de un plazo de prescripción, tal y como se deduce del tenor literal del precepto [sentencias de la Sala de lo Civil de 22 de septiembre de 1987 (*Ar.* 6190), 11 de noviembre de 1987 (*Ar.* 8371), 22 de noviembre de 1991 (*Ar.* 7977) y 20 de mayo de 1994 (*Ar.* 3725)].

III. El conflicto entre el superprivilegio del artículo 32.1 ET y los créditos con garantía real. En especial, la cancelación de las hipotecas anteriores

El número 1 del artículo 32 ET dispone que “los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca”. Se trata de un privilegio general, porque recae sobre todos los bienes del empresario, y de un privilegio absoluto, porque se antepone a cualquier otro crédito, incluso al hipotecario. Estas características han llevado a la doctrina a calificarlo como “privilegio extraordinario” o “superprivilegio”.

La posposición del crédito hipotecario frente al “superprivilegio” del crédito salarial por los últimos treinta días trabajados, ha dado lugar a muchos problemas en la práctica, destacando particularmente el efecto de cancelación de las hipotecas anteriores que el “superprivilegio” produce, según la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y la doctrina científica mayoritaria (33).

De acuerdo con esta posición, cuando se ejecuta un bien gravado con hipoteca para hacer efectivo un crédito superprivilegiado, la venta de ese bien ha de llevarse a cabo libre de cargas, inscribiendo el adjudicatario el bien con esa condición en el Registro de la Propiedad, previa cancelación de la hipoteca. Ello tiene que ser así, se dice, porque en caso contrario, de subsistir el gravamen hipotecario, el bien se vendería a precio más bajo, pudiendo ocurrir que el crédito salarial quedara sin satisfacer, de forma que la preferencia absoluta de éste en realidad no se habría hecho efectiva. La venta pública del bien lleva, pues, consigo, necesariamente, la extinción y subsiguiente cancelación de la hipoteca anterior, con

(33) Vid. RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios del crédito salarial*, cit., pp. 341 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L., *El salario como crédito privilegiado*, cit., p. 47.

la sola notificación del apremio al acreedor hipotecario, entregando posteriormente el sobrante, si lo hubiere, primero a éste y, de lo que quedare, a otros acreedores posteriores o al empresario deudor. El acreedor hipotecario puede, sin embargo, evitar este resultado, pagando durante la ejecución el crédito superprivilegiado, en cuyo caso se subrogará en el crédito mas no en la preferencia que desaparecerá (34).

El fundamento de esta tesis se encuentra no sólo en el artículo 32.1 ET, sino también en lo dispuesto en los artículos 175.2 y 233 del Reglamento Hipotecario (en adelante, RH) que, si bien no referidos al mismo supuesto, prevén situaciones muy similares. Así, de acuerdo con el primero de ellos, cuando en virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene una finca, “se cancelarán las inscripciones y anotaciones de crédito o derechos no preferentes al del actor, a instancia del que resulte dueño de la finca o derecho, con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación...”. Por su parte, el artículo 233 prevé, para el supuesto de ejecución de hipotecas, la posibilidad de *cancelar* todas las inscripciones y anotaciones “anteriores pospuestas al crédito del actor”, posibilidad que podría extenderse a los créditos salariales superprivilegiados respecto a las hipotecas anteriores pospuestas por el artículo 32.1 ET.

Abiertamente contraria a esta tesis se manifiesta la llamada “jurisprudencia registral”, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que opone resistencia —últimamente de una forma ya directa— a admitir la cancelación de las hipotecas anteriores al crédito salarial, posición que ha dado lugar, como veremos, a graves conflictos entre los jueces y los registradores, y que produce, en definitiva, el desamparo del adjudicatario del bien subastado como libre, que se ve imposibilitado a inscribirlo como tal.

(34) La subrogación en la preferencia del crédito laboral sólo se admite respecto del Fondo de Garantía Salarial, cuando anticipa al trabajador el débito de su empresario insolvente *ex* artículo 33 ET. *Vid.* en este sentido, RÍOS SALMERÓN, B., “Garantías del salario”, *cit.*, p. 332.

1. La posición de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Comenzaremos nuestro análisis exponiendo la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, destacando dos sentencias de la Sala de lo Social, ambas del año 1988, de 23 de marzo (35) y 20 de diciembre (36), respectivamente:

A) La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1988: la absoluta prioridad del crédito salarial superprivilegiado justifica su efecto cancelatorio.

El supuesto de hecho de esta sentencia es extremadamente interesante, por lo que merece la pena detenernos en su exposición. En una primera sentencia, de 9 de enero de 1985, la entonces Magistratura de Trabajo condenó a la empresa demandada a pagar los salarios pendientes a los trabajadores demandantes. En ejecución de esta sentencia se embargaron determinados bienes inmuebles, gravados con hipoteca, notificándose la ejecución a los acreedores hipotecarios y privilegiados en cuanto el crédito de los trabajadores gozaba del superprivilegio del artículo 32.1 ET.

El acreedor hipotecario, la Caja de Ahorros de Bilbao, solicitó a la Magistratura que suspendiera el procedimiento, declarando ésta no haber lugar a tal requerimiento. Contra esta decisión, la Caja interpone recurso de reposición, que no fue admitido. Al no obtener su propósito de paralizar la ejecución, acude entonces en amparo al Tribunal Constitucional, invocando la vulneración del artículo 24 CE. Para la Caja de Ahorros, el privilegio de salarios que instituye el artículo 32.1 ET debe someterse, antes de proceder a su efectividad, a un proceso de cognición ante un juez civil, en

(35) Ar. 2365. Vid. sobre esta sentencia el comentario de RÍOS SALMERÓN, B., en "Jurisprudencia sobre los privilegios del crédito laboral", As, 1996, p. 2728.

(36) Ar. 10077.

el que las partes en el proceso laboral y ella misma puedan discutir la aplicación del indicado privilegio salarial. La aplicación inmediata de este privilegio vulnera, según la recurrente, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso por auto de 18 de diciembre de 1985. Entiende este Tribunal que, “ni existe violación alguna del derecho a la tutela judicial efectiva, pues abierta tenía —la recurrente— la vía de la tercería de mejor derecho, que no ha utilizado, ni el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley ha sido quebrantado, pues el juez laboral es el competente para juzgar y ejecutar lo juzgado en los litigios que se promuevan dentro de la rama social del derecho (art. 1 LPL)”.

66

La ejecución prosiguió, pues, en la Magistratura de Trabajo, con la publicidad que el caso requería, adjudicándose finalmente los bienes hipotecados a los trabajadores. Al intentar éstos inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes adjudicados como libres, el registrador se opuso, disponiendo que para ello necesitaba de una resolución judicial en la que se declarara expresamente que el crédito obrero era preferente al hipotecario. Este parecer es mantenido también por el Presidente de la Audiencia Territorial de Bilbao, en el pertinente recurso gubernativo (auto de 18 de mayo de 1983).

Para conseguir tal declaración judicial, los trabajadores interponen de nuevo demanda ante la Magistratura de Trabajo, instando entonces la Caja de Ahorros al Juzgado de Primera Instancia para que requiera de inhibición a la Magistratura de Trabajo, a lo que el Juzgado accede, efectuando dicho requerimiento, que fue rechazado por ésta. Se plantea así un conflicto que fue resuelto por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en auto de 11 de diciembre de 1986, a favor de la Magistratura de Trabajo, “al versar la problemática litigiosa sobre la efectividad de un crédito salarial cuyos caracteres de preferente o singularmente

privilegiado habrán de verificarse a la luz del artículo 32 ET”, con derivación “de un contrato de trabajo”.

Se mantiene, pues, la competencia de la Magistratura de Trabajo, que dicta sentencia estimatoria de la demanda, declarando la absoluta preferencia del crédito salarial de los actores frente a los créditos hipotecarios de los demandados, añadiendo que “en virtud de esta relegación a segundo término de los créditos hipotecarios, debo ordenar, como así lo hago, la remisión de mandamiento en forma al señor Registrador de la Propiedad al que corresponda la jurisdicción de los inmuebles adjudicados, a fin de que proceda a cancelar todas y cada una de las cargas y gravámenes que aparezcan en los libros del Registro a su cargo, anteriores o posteriores a este proceso, a fin de que los adjudicatarios de aquellos bienes ante esta Magistratura puedan efectuar la inscripción libre de cargas a su nombre”.

Contra esta segunda sentencia la Caja de Ahorros de Bilbao interpone recurso de casación, dando lugar a una de las sentencias más importantes de la jurisprudencia social sobre esta cuestión.

Comienza el Tribunal Supremo desautorizando la tesis registral de acuerdo con la cual, para practicar la cancelación de las hipotecas anteriores, es necesaria una segunda sentencia que declare expresamente la preferencia del crédito salarial sobre el hipotecario. Según el Tribunal, los trabajadores debieron obtener satisfacción de su derecho no en este segundo y específico pleito declarativo sobre prioridad crediticia, sino en el pleito primero, en trámites de ejecución, “removiendo la Magistratura los obstáculos procesales y registrales que se opusieron, ejercitando las facultades coercitivas que fueren precisas”.

En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal Supremo afirma que la preferencia del artículo 32.1 ET significa que “el trabajador ha de cobrar antes que el acreedor con garantía real y, como señala la doctrina científica más caracteri-

zada (37), para que esa anterioridad sea efectiva y real, la venta de la cosa ha de llevarse a efecto libre de cargas, pues en caso contrario, de subsistir el gravamen hipotecario, el crédito laboral fácilmente quedaría sin satisfacer”. La venta pública de un inmueble hipotecado lleva por tanto consigo, a juicio del Tribunal, “la extinción y subsiguiente cancelación de la hipoteca anterior, como prevé en similar supuesto el artículo 233 RH al decir que se cancelarán todas las inscripciones y anotaciones pospuestas al crédito del actor”. Este privilegio establecido en norma con rango de ley, concluye, “no puede ser desconocido ni por los Tribunales de cualquier orden jurisdiccional, ni por los Registros de la Propiedad, ni por los acreedores afectados, por cuanto el artículo 32.1 ET no establece en la preferencia excepción alguna”.

68

B) *La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1988: la eficacia cancelatoria sólo es posible si repercute en beneficio de los trabajadores.*

En esta sentencia de nuevo se reconoce el efecto de cancelación que produce el superprivilegio del artículo 32.1 ET, pero resulta especialmente interesante porque le pone un límite: sólo es posible cuando redunda en beneficio de los trabajadores.

En autos por reclamación salarial, seguidos ante la Magistratura de Trabajo, reayó sentencia condenando a la empresa demandada a pagar a los trabajadores los salarios devengados y no pagados. En ejecución de esta sentencia, se embargan una serie de bienes, entre ellos un local comercial hipotecado. La subasta pública de los bienes embargados se publica mediante edicto, en el que se hace figurar “que las cargas y gravámenes anteriores al crédito de los actores y las preferentes, si las hubiere, continuarán subsistentes, sin destinarse a su extinción el precio de remate”.

(37) Referencia, sin duda, a RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios...*, cit., pp. 341-343.

El Banco Comercial Español, acreedor hipotecario, presentó escrito ante la Magistratura de Trabajo, solicitando se separase el local comercial sobre el que él tenía hipoteca anterior, de los bienes a subastar, lo que le fue denegado, reiterándole que el local se vendería con las cargas y gravámenes anteriores. Este local tenía un valor de 18.131.664 ptas., existiendo sobre él la hipoteca del Banco Comercial, por valor de 10.700.000 ptas. y un embargo anterior del Banco Central por importe de 6.363.569 ptas. En tercera subasta, el local es adjudicado a don Pedro M. P. por el precio de 50.000 ptas. Con el fruto de ésta y otras subastas, el crédito salarial queda satisfecho.

Posteriormente, don Pedro M. P. solicita a la Magistratura de Trabajo que libre mandamiento al Registro de la Propiedad para que se cancelen las cargas y gravámenes anteriores que pesaban sobre el inmueble, incluida la hipoteca del Banco Comercial. Aducía para ello el carácter superprivilegiado del crédito de los ejecutantes trabajadores, condición que don Pedro M. P. no ostentaba. La Magistratura de Trabajo accede a tal petición, interponiendo contra esta decisión el Banco Comercial recurso de reposición. Este recurso es desestimado, por lo que el Banco recurre en casación al Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo admite el recurso de casación interpuesto por el Banco Comercial, por entender que, dadas las circunstancias en que se desarrolló la ejecución de la sentencia de la Magistratura de Trabajo, éste no pudo defenderse mediante una tercería de mejor derecho, siendo "el único cauce útil" para su defensa este recurso. En efecto, cuando se publicó la subasta del local comercial sobre el que el Banco Comercial tenía una hipoteca, se dispuso expresamente la subsistencia de las cargas anteriores. Pese a que ello suponía la indemnidad de su garantía, ya entonces el Banco manifestó su diligencia cuando compareció ante la Magistratura solicitando que se excluyera el bien de la subasta, a lo que no se accedió, mas repitiendo la Magistratura que subsistirían

las cargas anteriores. Ante esta seguridad que se le ofrecía, resultaba innecesario interponer tercería de mejor derecho e incluso realizar intervención en el avalúo y en la subasta. Cuando la cancelación fue acordada, el Banco ya no tenía más arma contra ella que el recurso, por lo que de inadmitirlo se le impediría su defensa.

70 Entra luego el Tribunal en el fondo del asunto, subrayando el hecho de que los trabajadores durante la ejecución no alegaron en ningún momento el carácter superprivilegiado de sus créditos. Éstos se hicieron efectivos sin necesidad de ello. Tras dejar clara esta circunstancia, que será determinante, el Tribunal nos recuerda que ciertamente el superprivilegio del artículo 32.1 ET “lleva consigo que el trabajador amparado por aquél haya de cobrar antes que el acreedor con garantía real, lo que supone, para que la prelación sea efectiva, que la venta del bien afectado a ambos créditos realizada en el procedimiento de ejecución del superprivilegio, deba llevarse a efecto libre de cargas, pues, de subsistir la anterior –el crédito hipotecario– dicho superprivilegio resultaría inoperante”.

Ahora bien, inmediatamente se precisa que “las consideraciones que preceden parten del supuesto de que el enfrentamiento de privilegios –el superprivilegiado y el hipotecario– se produzca entre los titulares de uno y de otro, pues sólo desde tal titularidad o con causa en la misma, los privilegios existen”. Esta titularidad, en lo que se refiere al privilegio superprivilegiado, “corresponde a los trabajadores, pues obedece a la finalidad de dotar de la más plena garantía al crédito correspondiente al salario devengado en los últimos treinta días de trabajo”. La finalidad garantizadora del superprivilegio “ha de redundar siempre, por tanto, en beneficio de los trabajadores, titulares del crédito protegido; no, como es obvio, para terceros, carentes de causa”.

En el supuesto de la sentencia, don Pedro M. P. había comprado el local comercial, tasado en 18.131.664 ptas., por el ínfimo precio de 50.000 ptas., debido a la subsistencia de

las cargas anteriores, que rebajaban considerablemente el valor del bien. Estas 50.000 ptas. fueron objeto de entrega a los trabajadores ejecutantes para que, junto con otras cantidades obtenidas de otras subastas, se diera satisfacción a sus créditos. Una vez satisfechos los trabajadores, don Pedro M. P. pretendía inscribir en el Registro el bien como libre, lo cual sólo beneficiaba a él, que vería cómo incrementaba el valor del bien sin tener que incrementar él a su vez el precio pagado. No es ésta la finalidad del superprivilegio del artículo 32.1 ET, por lo que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima el recurso del Banco Comercial.

2. La posición crítica de la doctrina registral.

La tesis hasta ahora expuesta, sobre la virtualidad cancelatoria del superprivilegio salarial, defendida tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como por la doctrina científica, no ha encontrado, sin embargo, acogida en la llamada jurisprudencia registral. Examinaremos a continuación algunas resoluciones en las que se advierte esta discrepancia de criterios para analizar luego la reciente resolución de 3 de abril de 1998 en la que el conflicto se muestra ya abiertamente.

A) La resolución de 29 abril de 1988 (38): para que se pueda producir la cancelación es requisito necesario la previa notificación del apremio a los afectados.

Con ocasión de la ejecución de un crédito salarial correspondiente a los treinta últimos días de trabajo, una finca, justipreciada en 247.984.400 ptas., fue adjudicada libre de cargas al Fondo de Garantía Salarial, en 3.892.624 ptas. Otorgada la pertinente escritura pública y presentada ésta en el Registro de la Propiedad, se procedió a la inscripción del inmueble a favor del Fondo de Garantía Salarial, pero denegando

(38) BOE de 7 de junio de 1988.

el registrador la cancelación de las cargas anteriores solicitada (dos hipotecas y una anotación de embargo), denegación que se mantuvo después de que se presentara mandamiento judicial al respecto.

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del registrador, el presidente de la Audiencia Territorial revocó la nota de calificación. El registrador apeló el auto presidencial ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, alegando, entre otras, las siguientes razones, que, por su interés, transcribimos aquí:

1.º Las entidades titulares de los derechos de hipoteca y de la anotación de embargo no han sido citadas ni notificadas de ninguna actuación de este expediente y en las diligencias publicadas en los periódicos oficiales, ni siquiera se alude a que la finca cuya subasta se anunció estuviera afectada a cargas o que las que tuviera habrían de quedar canceladas. Para el registrador, el requisito de la notificación a los afectados es de una importancia fundamental, “ya que con ello se permite a dichos titulares el ejercicio de sus respectivos derechos”, pudiendo la falta de tal notificación producir indefensión.

2.º El superprivilegio salarial, según el registrador, “no opera de forma automática, desconociendo los derechos protegidos por la fe pública registral, que están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1 LH), sino que requiere un previo reconocimiento judicial, con intervención de los acreedores hipotecarios que van a resultar perjudicados con dicho privilegio”. En este sentido, el registrador apela al auto de la Audiencia Territorial de Bilbao de 18 de mayo de 1983. Ahora bien, ya vimos cómo este auto fue expresamente desautorizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1988.

La Dirección General de los Registros y del Notariado acuerda confirmar la nota del registrador, desestimando la pretensión del Fondo de Garantía Salarial de inscribir como libres los bienes adjudicados a él con esa condición. El ar-

gumento principal de la Dirección es el de falta de notificación del procedimiento de ejecución a los titulares de las cargas registradas, aunque se extiende en otras reflexiones, que reflejan claramente su postura crítica ante el superprivilegio del artículo 32.1 ET.

Así, comienza la Dirección censurando este precepto que sitúa en el mismo plano jurídico la preferencia del crédito y los derechos reales de garantía. Para la Dirección, el privilegio tan sólo produce una anteposición en el cobro en caso de concurrencia con otros créditos, de manera que tan sólo puede hacerse valer a través de la correspondiente tercería de mejor derecho, en supuestos de ejecución colectiva o de ejecución individual instada con anterioridad por otros créditos contra el mismo deudor. Por el contrario, la garantía real genera una vinculación directa e inmediata entre el crédito garantizado y el bien gravado, de manera que el valor de éste, en la cuantía estipulada, ha de considerarse en caso de impago, fuera del patrimonio del deudor. Guarda de esta forma el artículo 32.1 ET “una grave desarmonía con los principios básicos de nuestro sistema hipotecario, cuales son los de publicidad y especialidad, que al consolidar la seguridad de las garantías reales han hecho posible el desarrollo del crédito y la mejora de sus condiciones, contribuyendo innegable y decisivamente al crecimiento de la economía nacional”.

Ahora bien, y dejando a un lado las críticas a la normativa, la Dirección considera que “aun cuando se sostenga” el efecto cancelatorio del superprivilegio salarial, “es indudable que por aplicación de la normativa general en materia de ejecuciones, al menos, debería haberse notificado el estado de apremio a los titulares de las cargas recayentes sobre el bien a ejecutar que constaren en el Registro al tiempo de iniciarse aquél y que se estimasen postpuestas al crédito salarial del actor, para que, si les conviniese, o bien pagaren el crédito del actor con la consiguiente subrogación, o bien interviesen en el avalúo y subasta del bien”.

B) *La resolución de 22 de noviembre de 1988 (39): procede la cancelación de las anotaciones posteriores a la hipoteca ejecutada, aunque lo sean por créditos salariales.*

En este caso se trataba también de una nota denegatoria del registrador, pero emitida a favor de los trabajadores. Se había ejecutado una hipoteca por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, dictándose el mandamiento cancelatorio previsto en su regla 17.^a. Pero el registrador suspendió la cancelación de dos anotaciones posteriores al crédito hipotecario del actor en tanto no se acreditase ante el juez competente que los créditos a los que éstas se referían, que tenían carácter salarial, no reunían los demás requisitos exigidos por el artículo 32.1 ET para gozar de la preferencia que esta norma proclama.

74 El registrador, en defensa de su nota, considera que la suspensión de las cancelaciones se debe “a una medida de prudencia para prevenir daños que pudieran ocasionarse a los titulares de los créditos salariales o al Fondo de Garantía Salarial”. La Dirección establece tres premisas básicas que la llevan a desautorizar el criterio acogido por el registrador, ordenando, en consecuencia, la cancelación de las anotaciones relativas a los créditos salariales:

1.^a El artículo 32.1 ET únicamente atribuye al crédito que reúna los requisitos en él especificados una preferencia para el cobro. En ningún caso puede verse en este precepto “el establecimiento de una hipoteca legal tácita, general y absolutamente prioritaria, pues, además de contradecir los principios básicos del sistema cuales son los de publicidad y especialidad, al implicar una restricción del contenido ordinario del derecho de dominio, no puede presumirse sino que reclamaría un establecimiento legal indubitado”.

2.^a La preferencia de los créditos carece de operatividad fuera de la hipótesis de concurrencia de créditos. Prescindien-

(39) BOE de 21 de diciembre de 1988.

do ahora de los procedimientos de ejecución colectiva, dice la Dirección, “cualquier crédito puede provocar la ejecución individual sobre los bienes del deudor obteniendo la satisfacción con cargo al importe realizado, por más que pudieran existir otros créditos preferentes contra el mismo deudor”. Es a estos otros créditos, si les interesa hacer valer su preferencia, “a quienes incumbe la carga de acudir a la ejecución ya iniciada e interponer en ella la oportuna tercería”, no pudiendo el registrador apreciar de oficio esa preferencia.

3.^a Debe distinguirse entre el crédito perseguido y el embargo que trata de protegerlo. El embargo no vincula el bien trabado al crédito que lo determina sino al proceso en el que se decreta, “independientemente de cuál sea el crédito que en definitiva resulte satisfecho, bien el del actor, bien el de un tercero que interpuso y venció en la correspondiente tercería”. El embargo tiene eficacia real; por ello, “cuando entra en colisión con otras mutaciones jurídico-reales, esta concurrencia ha de regirse por la regla del *prior tempore* respecto a los actos constitutivos de aquél y de éstas, sin que puedan interferirse los planos personal y real trasvasando a los embargos las preferencias entre los créditos respectivos”. Por tanto, “ni el embargo altera la naturaleza personal del crédito que lo motiva convirtiéndolo en real, ni éste confiere a aquél su preferencia, sino que cada uno conserva la suya propia que se desenvolverá en su plano respectivo y por las vías articuladas en el ordenamiento jurídico vigente”.

De todo esto se deduce que los trabajadores, de estar protegidos por el superprivilegio del artículo 32.1 ET, debieron haber interpuesto una tercería de mejor derecho en el juicio sumario del artículo 131 LH, cauce adecuado para hacer efectiva su preferencia (40). No lo hicieron, por lo que la ejecución de la hipoteca determinará, conforme a los prin-

(40) *Vid. infra* IV.2.B.b) Planteamiento de la tercería de mejor derecho por el titular del crédito laboral superprivilegiado en una ejecución del artículo 131 LH.

cipios registrales de prioridad y legitimación (arts. 17 y 38 LH), la cancelación de toda carga posterior y no preferente, entre ellas, las anotaciones referidas a los posibles créditos salariales superprivilegiados.

C) La resolución de 3 de abril de 1998 (41): el artículo 32.1 ET no puede extinguir derechos reales constituidos con anterioridad sobre el bien ejecutado.

76

Con esta reciente resolución, la Dirección General de los Registros y del Notariado da un paso más en su crítica al efecto cancelatorio del superprivilegio salarial. En la resolución de 29 de abril de 1988 negó la cancelación, pero se basó para ello en la falta del requisito de la notificación a los afectados. En esta resolución, el requisito se había cumplido, a pesar de lo cual la Dirección niega la cancelación con una argumentación que cuestiona directamente la efectividad del superprivilegio. La resolución de 3 de abril de 1998 es de una importancia sin precedentes, porque refleja con extremada claridad las discrepancias entre la jurisprudencia y la doctrina registral a la hora de aplicar el artículo 32.1 ET y sus graves consecuencias.

Los hechos presentan cierta complejidad, pero es necesario exponerlos para dejar claro el problema debatido. Con fecha 25 de febrero de 1992, el Juzgado de lo Social dictó auto acordando la ejecución de la sentencia dictada el 18 de julio de 1991, que condenaba al demandado "El Júcar, SA" a abonar a la parte ejecutante la cantidad de 35.001.993 ptas., haciéndose constar que de la citada cantidad 6.785.650 ptas. corresponden a los salarios de los treinta últimos días trabajados, con el límite del duplo del salario mínimo interprofesional. En dicha resolución se acordó el embargo de un inmueble propiedad de la parte demandada. Una vez firme la anterior resolución, se dictó por el Juzgado de lo Social

(41) BOE de 5 de mayo de 1998.

mandamiento de anotación preventiva de embargo sobre tal finca dirigido al registrador de la Propiedad, que fue anotado con la letra "II". De la certificación de cargas y gravámenes resulta que sobre el inmueble embargado existen dos hipotecas y once anotaciones preventivas de embargo.

El día 18 de noviembre de 1992 se dictó providencia acordando hacer saber a los titulares de las hipotecas y anotaciones de embargo la existencia del procedimiento de ejecución y, en concreto, que parte del crédito ejecutado correspondía a los treinta últimos días trabajados, así como notificarles en lo sucesivo las resoluciones que recayeren. Posteriormente se adjudicó el inmueble en la tercera subasta a don Fausto C. H., dictándose auto de adjudicación con fecha 2 de noviembre de 1993. El día 9 de diciembre de 1993, el juez de lo Social dictó mandamiento ordenando al registrador cancelar la anotación preventiva letra "II" y las inscripciones de hipotecas y las anotaciones preventivas de embargo anteriores a la calificación de cargas, así como las posteriores. Se hace también constar que el importe de la venta ha cubierto la parte de crédito correspondiente a los treinta últimos días de salario, consignándose el sobrante a favor de los acreedores no preferentes.

Ante el mandamiento judicial, el registrador contesta denegando la cancelación de las inscripciones de hipoteca y de las anotaciones preventivas de embargo anteriores a la anotación relativa a los créditos salariales.

El adjudicatario interpone recurso gubernativo contra esta calificación, alegando que el artículo 32.1 ET establece el carácter superprivilegiado de los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. Invoca también que la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha contemplado dos supuestos idénticos en las sentencias de 23 de marzo y 20 de diciembre de 1988, reconociendo el efecto cancelatorio del superprivilegio salarial. Por último, destaca que desde el inicio del procedimiento de ejecución se

ha dado traslado de todas las resoluciones dictadas en el mismo a los titulares de las inscripciones y anotaciones anteriores, incluido el auto de adjudicación, haciéndoles saber el carácter superprivilegiado del crédito, sin que ninguna de dichas resoluciones haya sido recurrida por los afectados.

Por su parte, el registrador, en defensa de su nota, afirma que se confunden dos principios: el de preferencia sustantiva derivada del carácter privilegiado del crédito y el de preferencia registral derivada de la prioridad de los asientos registrales. Estas preferencias actúan en campos diferentes y no tienen por qué entrar en conflicto. Así, la prioridad registral ha de regir necesariamente para establecer el orden de cancelación de las cargas y gravámenes en caso de ejecución y actúa con un criterio cronológico por aplicación de las normas hipotecarias; mientras que la preferencia sustantiva del derecho de crédito regirá para establecer el orden de cobro de los créditos, cuando el bien ejecutado no alcance a satisfacer a todos los acreedores (para lo cual la ley tiene previsto un procedimiento especial de tercería y sólo a través de él mismo puede y debe el acreedor justificar su derecho). El registrador pone de relieve que confundir ambas preferencias, tratando de resolver en un mismo proceso el carácter preferente del crédito que se ejecuta frente a los demás y, apoyándose en este criterio, ordenar la cancelación de cargas anteriores, no hace sino convertir un proceso de ejecución estricta en un proceso de ejecución cuasi universal en el que se van a ver implicados todos los créditos existentes sobre el bien ejecutado, provocando la acumulación automática de las diversas ejecuciones, aunque sean de distintos órdenes o ámbitos, y dejando sin contenido las tercerías de mejor derecho, que nunca tendrían lugar según su procedimiento especial. Para el registrador, los conflictos entre créditos preferentes deben resolverse a través de la tercería, en donde se determina el mejor derecho a cobrar. Ahora bien, la ejecución de un crédito preferente no puede dejar sin efecto un crédito anterior, y si dicho crédito anterior no es pre-

ferente, cuando se trate de ejecutar, es cuando debe hacerse valer la preferencia. Por ello considera que los artículos 1.518 LEC y 175.2 RH, por su carácter prioritario registral, se oponen a la orden de cancelación de las cargas anteriores, sean o no preferentes desde el punto de vista sustantivo. No cabe, pues, anteponer la preferencia sustantiva a la prioridad registral.

El presidente del Tribunal Superior de Justicia revocó la decisión del registrador fundándose en la preferencia de los créditos salariales y apelando a las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo y 20 de diciembre de 1988. Pero el registrador recurre, a su vez, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que estima el recurso en la resolución de 3 de abril de 1998.

La Dirección comienza analizando el efecto cancelatorio que se pretende se produzca sobre las anotaciones preventivas de embargo anteriores. Para ello parte de la idea de que la preferencia sólo puede operar en caso de concurrencia de acreedores. Ahora bien, la mera yuxtaposición sobre un mismo bien de embargos acordados en procedimientos distintos, seguidos contra su propietario, no implica una concurrencia entre los créditos que los determinan y, por tanto, no puede pretenderse que dicha colisión se resuelva por la relación de preferencia entre los créditos subyacentes. Siendo el embargo una afección real, “resulta evidente que la colisión entre embargos debe resolverse por el criterio del *prior tempore*, que es el criterio de solución de conflictos que rige en el ámbito de los derechos reales, y que conduce a que el juez que acordó la primera traba sea el que pueda desenvolver la ejecución del bien trabado sin ninguna interferencia derivada de nuevos embargos posteriores recayentes sobre ese mismo bien y acordados en otros procedimientos”.

En cuanto a las cancelaciones de las inscripciones de hipoteca, la Dirección entiende que la constitución de garantías reales “implica un acto dispositivo por el cual se transmite al acreedor garantizado un derecho de realización

separada del bien afecto, cualquiera que sea el poseedor, así como un derecho al cobro de su crédito –hasta el límite garantizado– con cargo al precio obtenido en esa realización”. Se trata, continúa la Dirección, “de un derecho de naturaleza real que pasa a integrar el patrimonio del acreedor garantizado y que, en consecuencia, no podrá ser ya menoscabado por la actuación posterior del constituyente, sea ésta dispositiva o de endeudamiento”. El dominio del bien hipotecado “permanece ciertamente en el patrimonio del constituyente, pero con la restricción en su contenido jurídico que implica el derecho real constituido”. Pretender que una eventual deuda posterior del constituyente, cualquiera que sea su naturaleza, puede diluir esa vinculación específica del bien hipotecado a la seguridad de la deuda especial garantizada, además de implicar la posibilidad de que el constituyente inutilice unilateralmente y sin concurso de la contraparte el negocio dispositivo bilateral anterior, “supondría para el adquirente de la garantía una privación de su derecho que no se acomoda a las exigencias constitucionales inherentes al reconocimiento de la propiedad privada”.

Cuando, en una ejecución singular, se decreta el embargo de un específico bien del deudor que está ya hipotecado en garantía de un crédito distinto al del actor, la eventual preferencia de este último crédito sobre cualquier otra deuda del ejecutado no puede, según la Dirección, llevar a la extinción de esa garantía real, “porque el crédito del actor está haciendo valer exclusivamente la responsabilidad patrimonial universal del deudor y, en consecuencia, sólo puede ejecutar el derecho embargado con la extensión y contenido con que se integraba en el patrimonio del deudor, esto es, con la restricción inherente a la garantía real establecida sobre el bien, a favor de tercero”.

Tras estas argumentaciones, concluye la Dirección declarando la improcedencia de la cancelación pretendida al amparo del mandamiento judicial dictado en la ejecución singular laboral, “aunque lo fuere por créditos salariales del 32.1 ET,

pues estableciendo este artículo una mera preferencia creditual en caso de concurrencia con cualquier otro crédito del ejecutado (...), ni se da la concurrencia de créditos en la que puede operar tal preferencia, ni ésta tiene vigor para diluir derechos reales constituidos sobre el bien ejecutado con anterioridad al embargo decretado en la ejecución seguida, que no pertenecen ya al patrimonio del ejecutado”.

IV. Algunas consideraciones críticas

1. Crítica de carácter sustantivo: el problema del efecto cancelatorio del superprivilegio salarial sobre la hipoteca.

Las resoluciones examinadas plantean diversos problemas. Analizaremos primero las de carácter sustantivo para abordar luego las de orden procesal.

En el plano sustantivo, el artículo 32.1 ET es muy claro en su formulación: el crédito superprivilegiado goza de preferencia sobre cualquier otro crédito, “aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca”. Esto lleva inevitablemente consigo el efecto cancelatorio de las hipotecas anteriores del bien que se va a embargar para satisfacer el crédito laboral superprivilegiado, pues de otro modo esa preferencia sobre el crédito hipotecario no sería efectiva. Supongamos, por ejemplo, que sobre un mismo deudor concurre un crédito laboral superprivilegiado de 25 millones de pesetas y un crédito hipotecario de 35 millones de pesetas. El único bien que tiene el deudor es el hipotecado y su valor es de 40 millones de pesetas (42). Uno de los dos cré-

(42) Si hubiera otros bienes sin gravamen, entiende LACRUZ BERDEJO, J. L., que, por aplicación del principio de “no causar daños innecesarios” basado en el artículo 1.447 LEC, se deberían embargar primero éstos. Y aún va más allá en la aplicación de este principio, considerando que si el valor del bien con la hipoteca basta para satisfacer los créditos laborales, la cancelación no deberá tener lugar, vendiéndose el bien con el gravamen (“Sobre los privilegios del salario y en particular el superprivilegio del artículo 32.1 ET”, cit., pp. 7-49).

ditos va a quedar forzosamente insatisfecho de forma parcial. La solución que se adopta responde a razones de política legislativa: será preferente el crédito laboral pues se entiende que va destinado a satisfacer de modo inmediato las necesidades vitales del trabajador y su familia (43). Para que esta solución se pueda hacer efectiva será necesario vender el bien como libre de la hipoteca, puesto que, en caso contrario, el bien no valdría más de 5 millones de pesetas. Se debe, pues, cancelar la hipoteca que garantizaba el crédito pospuesto por el legislador.

82

Ahora bien, como indica RÍOS SALMERÓN (44), para que esta cancelación pueda producirse será necesario que se cumplan dos requisitos: en primer lugar, que el crédito salarial quede perfectamente individualizado como correspondiente a los últimos treinta días y como tal se manifieste en demanda y sentencia; en segundo lugar, que el procedimiento de ejecución social sea notificado al acreedor hipotecario puesto que, en caso contrario, se le provocaría indefensión. En este sentido, parece acertada la resolución de 29 de abril de 1988 en la que, como vimos, la Dirección General confirmó la nota del registrador por la que denegaba la cancelación de las cargas anteriores inscritas, entre otros argumentos no tan defendibles, por no haberse notificado el estado de apremio a sus titulares. De haber existido esta notificación los afectados hubieran tenido la oportunidad de intervenir en las distintas fases del apremio defendiendo sus intereses, incluso optando por pagar al trabajador el importe al que ascendieran los salarios correspondientes a los últimos treinta días, en cuyo caso hubieran evitado la cancelación de sus hipotecas, subrogándose en el crédito del trabajador aunque no en la preferencia.

Adecuada también resulta la doctrina establecida en la resolución de 22 de noviembre de 1988. Recordemos que en

(43) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1988, cit.

(44) RÍOS SALMERÓN, B., "Garantías...", cit., p. 334.

un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH se había dictado el correspondiente mandamiento cancelatorio previsto en la regla 17.^a, mandamiento que había sido denegado por el registrador respecto a dos anotaciones posteriores referentes a créditos salariales, mientras no se acreditase que los mismos no disfrutaban del superprivilegio del artículo 32.1 ET. La postura del registrador en este caso es, desde luego, protectora del crédito salarial superprivilegiado, pero tiene un fundamento discutible. La vía correcta para la defensa de los intereses de los trabajadores titulares de estos créditos era la interposición por parte de éstos de la correspondiente tercería de mejor derecho en el procedimiento de ejecución hipotecaria, cosa que no hicieron (45).

La resolución de 3 de abril de 1998 va, sin embargo, más lejos. Como hemos visto más arriba, del tenor literal del artículo 32.1 ET se deduce el efecto cancelatorio que el crédito salarial superprivilegiado produce en las hipotecas anteriores existentes en el bien que va a ser ejecutado para satisfacción de aquél. Por ello, resulta criticable la posición adoptada por la Dirección General en esta resolución, pues deja sin efecto el superprivilegio salarial establecido por una norma con rango de ley, con argumentos discutibles. Uno de los argumentos más criticables es, sin duda, el que afirma que el privilegio sólo puede operar en caso de concurrencia de acreedores y mediante una tercería de mejor derecho. Esto significaría, en el ejemplo ya comentado, que el trabajador, para hacer efectiva su preferencia frente al acreedor hipotecario, debería esperar a que éste ejecutara la hipoteca, lo cual podría no suceder o producirse pasado un largo período de tiempo, con lo que el privilegio laboral quedaría sin efecto. Otro de los argumentos utilizados por la Dirección General para negar el efecto cancelatorio del superprivilegio, consiste en afirmar que la hipoteca es un

(45) *Vid. infra* IV.2.B.b) Planteamiento de la tercería de mejor derecho por el titular del crédito laboral superprivilegiado en una ejecución del artículo 131 LH.

derecho real que pertenece al patrimonio del acreedor hipotecario. Cancelar la hipoteca para que otro acreedor del deudor pueda cobrarse "supondría para el adquirente de la garantía una privación de su derecho que no se acomoda a las exigencias constitucionales inherentes al reconocimiento de la propiedad privada". Ahora bien, este argumento tampoco es aceptable, puesto que el bien hipotecado sigue siendo propiedad del deudor y, de acuerdo con el artículo 1.911 C.c., "del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros". Lo que sucede es que, como consecuencia del ejercicio del superprivilegio, la garantía real que concede la hipoteca queda limitada. Volviendo al ejemplo, existe un bien, propiedad del deudor, que, como tal, responde del cumplimiento de sus obligaciones, y dos acreedores con distinto título de preferencia: el trabajador, con un superprivilegio; el otro, con una hipoteca. Ambas preferencias se incluyen en sus patrimonios. Pero el legislador ha establecido que una de ellas sea prioritaria a la otra.

No obstante, dicho esto, y pasando a un análisis *de lege ferenda*, también hay que señalar que el efecto cancelatorio del superprivilegio puede producir consecuencias muy graves cuando el crédito hipotecario no ha vencido al ejecutarse el crédito laboral. En este caso, el acreedor hipotecario no sólo perdería la garantía real sino también la posibilidad de cobrarse con el eventual remanente que queda a disposición de los restantes acreedores con créditos vencidos (46).

Los resultados económicos de una medida tan radical pueden ser muy negativos, ya que se genera un peligroso debilitamiento de la garantía hipotecaria, que se desea sea siempre fuerte y segura para fomentar la práctica del crédito y, con ello, el desarrollo de la economía nacional. La solución contraria puede, ciertamente, desconocer la situación de necesidad del trabajador y el fundamento alimentario del privilegio. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el super-

(46) A salvo los supuestos de ejecución general.

privilegio es un mecanismo más simbólico que realmente eficaz. En primer lugar, porque solamente cubre treinta días de salario y, en segundo lugar, porque actualmente existen mecanismos de garantía pública (Fondo de Garantía Salarial y prestaciones de desempleo) que permiten una cobertura de estas situaciones sin los costes que para el sistema general de crédito supone el superprivilegio. Pero es ésta una solución que debe establecerse a través de las correspondientes medidas legislativas (47). En la situación actual no parece posible ignorar el alcance del superprivilegio por actos de gestión registral.

(47) No ha sido, sin embargo, esta línea la acogida por la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal del profesor ANGEL ROJO. A pesar de que uno de los objetivos principales de la Propuesta es, como indica su Exposición de Motivos, proceder “a una drástica poda de los privilegios, intentado recuperar la lógica interna del concurso de acreedores”, el superprivilegio salarial no sólo se mantiene sino que extiende su ámbito de aplicación temporal y se elimina la restricción cuantitativa. Los créditos laborales se configuran en el artículo 125 como créditos con privilegio general cuya satisfacción queda así subordinada a la previa satisfacción de los créditos con privilegio especial. No obstante, el artículo 195 establece una excepción: “los créditos por salarios devengados durante los tres meses anteriores a la declaración de concurso gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque tenga privilegio especial”. Aparece así el superprivilegio salarial notablemente favorecido: el período temporal cubierto pasa de los últimos treinta días a los últimos tres meses y el límite cuantitativo del doble del salario mínimo interprofesional desaparece. El artículo 32.1 ET quedaría modificado, tal y como expone la disp. adic. 8.^a, en los siguientes términos: “Los créditos por salarios correspondientes a los últimos tres meses gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque tenga privilegio sobre determinados bienes o derechos”. Para un estudio de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, *vid.* GARRIDO, J. M., “La reforma del derecho concursal español. Reflexiones en torno a la Propuesta de anteproyecto de la ley concursal del Profesor Rojo”, *RDBB*, núm. 64, 1996, pp. 879-943; LOUSADA AROCHENA, J. F., *op. cit.*; FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., “Los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos y su incidencia en los créditos salariales cara a la reforma de nuestro Derecho concursal”, *RDM*, núm. 225, 1997, pp. 1119-1154.

2. Problemas de orden procesal.

A) *La ejecución laboral y la calificación registral.*

a) El registrador ante el mandamiento de cancelación del juez de lo Social.

Pero aparte de los problemas de orden sustantivo, el conflicto entre el superprivilegio salarial y la garantía hipotecaria pone de manifiesto graves desajustes en el plano procesal.

86 Cuando el juez de lo Social dirige al registrador un mandamiento judicial ordenando la cancelación de las hipotecas anteriores que existen sobre el bien adjudicado como libre, éste puede, como hemos visto, negarse a ello. Esta decisión del registrador se realiza en virtud de las competencias que tiene para calificar los documentos en que se fundan las inscripciones registrales o su variación. En concreto, la que le atribuye el artículo 100 RH a tenor del cual “la calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro”. En virtud de este artículo, el registrador tiene competencia para examinar y valorar la suficiencia del mandamiento judicial que ordena la cancelación y puede llegar a la conclusión de que el juez carece en un procedimiento laboral de ejecución de facultades para ordenar esa cancelación (48).

Para precisar el alcance de esta decisión hay que tener en cuenta que, como señalan Díez-PICAZO y GULLÓN (49),

(48) Sobre la calificación de documentos judiciales, *vid.* GÓMEZ GÁLIGO, F., *La calificación registral*, tomo I, pp. 903-1061, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, y LÓPEZ BURNIOL, J. J., “Notas sobre la calificación registral de documentos judiciales”, en AAVV, *Los procesos hipotecarios*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, XVI, 1993, pp. 11-53.

(49) Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1995, p. 366.

hay dos formas a través de las cuales puede producirse la cancelación de un asiento: 1.º) en virtud de providencia ejecutoria, cuando se trata de inscripciones y anotaciones hechas también por mandamiento judicial, en el supuesto del artículo 83 LH, y 2.º) mediante resolución judicial cancelatoria –normalmente sentencia–, dictada en un proceso contradictorio entre las partes afectadas (art. 84 LH), cuando la inscripción ha tenido lugar a través de escritura pública. El mandamiento dictado en la ejecución laboral no está incluido en el primer supuesto y, desde luego, tampoco en el segundo, porque no ha existido un procedimiento contradictorio entre el ejecutante laboral y el acreedor hipotecario. De ahí que el registrador se niegue normalmente a cancelar.

Esta negativa plantea, sin embargo, un problema grave en la práctica, porque cuando lo que se ejecuta es un crédito superprivilegiado, la adjudicación en subasta pública del bien hipotecado se realiza por el órgano judicial social conforme al principio de cancelación de cargas. Ello significa registralmente que el bien hipotecado se vende como libre por el órgano judicial y que como libre debe incorporarse esa adquisición en el Registro de la Propiedad (50). El adquirente, por tanto, ha participado en la subasta pensando que adquiriría un bien libre de cargas a un precio que tenía en cuenta la eliminación de éstas y, sin embargo, cuando se ordena por el órgano judicial la cancelación de la hipoteca, la negativa del registrador determina que la adquisición se haya realizado sobre un bien sujeto a la carga hipotecaria anterior (51).

(50) Vid. MONTAYA MELGAR, A., y otros, *op. cit.*, p. 321.

(51) Vid. FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho procesal civil*, III, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 242 y ss.

b) Las reacciones ante la eventual negativa del registrador a practicar la cancelación.

1.º El recurso gubernativo.

Ante esta situación, el adquirente podría intentar la anulación de la subasta (52), con lo cual el superprivilegio quedaría sin efecto, al no haberse podido realizar el bien. Pero para ello la decisión que niega la cancelación debería ser firme, lo que sólo se produce con el agotamiento de los recursos previstos frente a la misma. Estos recursos son, con carácter alternativo, el recurso gubernativo y el denominado recurso judicial, que se analizan a continuación.

De acuerdo con el artículo 66 LH, los interesados podrán reclamar *gubernativamente* contra la calificación del título hecha por el registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado. La naturaleza jurídica de este recurso ha sido objeto de polémica en la doctrina científica. Para GONZÁLEZ PÉREZ (53) y Díez-PICAZO (54), el recurso gubernativo tiene naturaleza administrativa. Si el procedimiento registral, dice este último, “es sustancialmente un procedimiento administrativo, el llamado recurso gubernativo es también un recurso en vía administrativa”. Se trata de “una pretensión de reforma de la decisión del Registrador sostenida por el particular ante los superiores del mismo de acuerdo con la jerarquía administrativa”.

En contra de esta posición se muestran LACRUZ (55),

(52) En virtud del artículo 240.2 LOPJ (modificado por la LO 5/1997, de 4 de diciembre), según el cual el juez o tribunal “podrá de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiera recaído sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”.

(53) “El recurso gubernativo contra la calificación de los Registradores de la Propiedad” *RCDI*, 1976, pp. 1029 y ss.

(54) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo III, Civitas, Madrid, 1995, p. 394.

(55) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 315.

CHICO (56) y CAMY (57), partidarios de calificar el recurso gubernativo como de “un procedimiento especial”. En este sentido, dice LACRUZ que “nos hallamos ante un procedimiento *sui generis*, que participa de la naturaleza del registral, con notas afines al procedimiento administrativo y al judicial”. Como vemos, afirma a su vez CHICO, se acerca a unos y se aleja de otros procedimientos. La función registral, entiende este autor, de una parte, se asemeja a la actuación judicial, de otra, tiene rasgos administrativos y, por último, guarda semejanza con los actos de jurisdicción voluntaria. Si tiene rasgos de todos ellos quiere decirse que no puede encuadrarse en ninguno de ellos o, por lo menos, que resulta difícil encuadrarlo en alguno de ellos (58).

Finalmente, otros autores, como ROCA SASTRE (59), se pronuncian a favor del recurso como un acto de jurisdicción voluntaria no judicial. El recurso tiene, afirma ROCA SASTRE, la misma naturaleza que la calificación registral de la cual es una simple incidencia. No tiene naturaleza judicial contenciosa porque no hay contienda *inter partes*. Tampoco se trata de ningún supuesto en que se niegue ningún derecho de índole administrativo, ni puede hablarse de apurar la vía gubernativa, ya que se puede acudir a los órganos judiciales sin necesidad de utilizar este recurso. La Dirección General, como órgano administrativo de jurisdicción voluntaria, resuelve sobre materias principalmente de Derecho civil e hipotecario, un problema de Derecho de juego constitutivo y de trascendencia *erga omnes* limitada al solo efecto de inscribir, denegar o suspender el asiento solicitado. En esta misma lí-

(56) CHICO Y ORTIZ, J., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 1989, pp. 659-704.

(57) CAMY, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. V, Pamplona, 1983, pp. 575-624.

(58) En la misma línea, la resolución de la Dirección General de 6 de junio de 1991 declaró que la naturaleza de la función registral tiene carácter especial y no encaja en la judicial ni mucho menos en la administrativa al versar sobre cuestiones civiles.

(59) ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1979, tomo II, pp. 311-326.

nea se decantan muy recientemente la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación y el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que modifica algunos artículos del Reglamento Hipotecario (60).

La regulación del recurso gubernativo ha sido recientemente objeto de modificación en el Real Decreto 1867/1998 con el objetivo primordial de agilizar su tramitación. Los sujetos legitimados para interponer el recurso aparecen enumerados en el artículo 112 RH (61). Este se promoverá dentro del plazo de tres meses (62) a contar desde la fecha de la nota contra la cual se recurra, por medio de escrito dirigido al presidente del Tribunal Superior de Justicia (63) en cuya demarcación radique el Registro de la Propiedad. Dicho escrito se presentará en el propio Registro (64) (art. 113 RH).

(60) La Ley 7/1998 (BOE de 14 de abril de 1998, núm. 89) establece en su Exposición de Motivos que “las normas registrales, dirigidas a la actuación profesional del Registrador, dados los importantes efectos de los asientos que practican, deben acomodarse a los nuevos requerimientos sociales, con la garantía añadida del recurso gubernativo contra la calificación, que goza de la naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria”. Por su parte, el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (BOE de 29 de septiembre de 1998, núm. 2381) que modifica el Reglamento Hipotecario, introduce en el artículo 118 una aclaración: “la resolución del Presidente del Tribunal Superior de Justicia se dictará en forma de auto *en expediente de jurisdicción voluntaria*”.

(61) De acuerdo con este artículo, están legitimados para interponer el recurso gubernativo: 1.º la persona individual o jurídica a cuyo favor se hubiere de practicar la inscripción; quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta como transferente o por otro concepto; y quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria de unos u otros para tal objeto; 2.º el fiscal de la respectiva Audiencia, cuando se trate de suspensiones o negativas a inscribir documentos expedidos por las autoridades judiciales; pero solamente en los asuntos criminales o civiles en los cuales deba ser parte con arreglo a las leyes, y 3.º el notario autorizante del título en todo caso.

(62) Antes del plazo era de cuatro meses. Sin embargo, la nueva redacción del artículo 113 RH lo reduce a tres meses.

(63) Antes de la LOPJ, la interposición debía hacerse ante el presidente de la Audiencia Territorial y así venía establecido por el artículo 113 RH. No obstante, el Real Decreto 1867/1998 actualiza esta terminología sustituyendo las referencias al presidente de la Audiencia Territorial por otras al presidente del Tribunal Superior de Justicia.

(64) Anteriormente el recurso se presentaba directamente ante el presidente del TSJ. Con esta reforma se posibilita que el registrador inmediatamente pueda cambiar su calificación o, en caso de mantenerla, remitir su informe en defensa de su nota.

El registrador ante quien se presente el recurso, sea o no el mismo que hizo la calificación recurrida, podrá mantenerla o rectificarla en todo o en parte (art. 115 RH). Si estuviera conforme totalmente con el recurrente, practicará los asientos correspondientes y devolverá el escrito. Si mantiene en todo o en parte su calificación, elevará el expediente al presidente del Tribunal Superior de Justicia junto con informe en defensa de la calificación, en el plazo de 15 días desde la interposición del recurso. Una vez recibido el expediente, el presidente pedirá informe también al notario autorizante no recurrente, cuando la nota recurrida atribuya al instrumento defectos de redacción o autorización, y, en su caso, al juez, tribunal o funcionario que conociera de los autos o del expediente en que se hubiere acordado el asiento suspendido o denegado (art. 118 RH). El presidente resolverá el recurso en el plazo de treinta días, contados a partir del momento en que se hayan unido al expediente los documentos en que hubiere de fundar su decisión (art. 120 RH). La resolución del presidente se dictará en forma de auto en expediente de jurisdicción voluntaria (art. 118 RH).

91

Contra la decisión del presidente del Tribunal Superior de Justicia, tanto el registrador como el recurrente pueden apelar ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. La apelación debe interponerse dentro de los quince días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera notificado el auto, por medio de escrito dirigido al presidente que lo hubiera dictado. En el escrito deben exponerse con claridad los extremos del auto contra los cuales se dirija la impugnación (art. 121 RH). Interpuesta en tiempo y forma, el presidente, sin sustanciación alguna, la admitirá en ambos efectos y remitirá el expediente a la Dirección General dentro de los seis días siguientes. Contra su negativa a admitirla se puede recurrir en queja ante la misma Dirección General (art. 122 RH).

La resolución de la Dirección General se dictará en el plazo de tres meses desde la recepción del expediente y se

publicará en el *Boletín Oficial del Estado*. Si la resolución considerase procedente la inscripción en todo o en parte, el presidente del Tribunal Superior de Justicia devolverá al registrador los documentos calificados. En caso contrario, los devolverá al recurrente.

2.º El denominado recurso judicial

El artículo 66 LH concede a los particulares el recurso gubernativo “sin perjuicio de acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos”.

Legitimados para promover este juicio declarativo lo están los interesados, pero no el notario autorizante. En cuanto a la tramitación, no existen normas específicas, por lo que deberá ventilarse el procedimiento por los trámites del juicio declarativo ordinario según la cuantía que le corresponda (65).

Si la sentencia que resuelve el pleito es contraria a la calificación, se modificará el contenido del Registro, obligando al registrador, caso de que se declare la validez del título, a practicar la inscripción solicitada. La resolución judicial prevalece, así, sobre la calificación del registrador, aunque dicha calificación hubiera sido ratificada por la decisión de la Dirección General, en el supuesto de que se hubiera recurrido en vía gubernativa (arts. 101.2 RH y 1 LH).

Varios problemas se plantean respecto a este “recurso” judicial:

1.º En primer lugar, hay que determinar cuál es exactamente el objeto de la pretensión que debe ejercitarse. Tradicionalmente se ha considerado que las resoluciones de la Dirección General así como las de los presidentes que no han sido apeladas en tiempo y forma, son firmes y se entendía que el eventual recurso judicial no era propiamente una impugnación de la resolución, sino un proceso independien-

(65) DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, III, cit., p. 398.

te seguido entre las partes afectadas (66). Sin embargo, esta conclusión resultaba cuestionable después de la Constitución Española, porque suponía admitir la existencia de un acto administrativo exceptuado de control judicial. Así lo ha estimado una sentencia relativamente reciente, la dictada en 22 de diciembre de 1994 (67) por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la que se impugnó la resolución emitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los hechos fueron los siguientes: en junta general universal de accionistas se adoptaron una serie de acuerdos relativos a las retribuciones mensuales de los administradores. Cuando se acudió al Registro Mercantil, el registrador denegó la inscripción de los acuerdos, calificación que fue refrendada por la Dirección General. La sociedad anónima afectada acudió entonces al Juzgado de Primera Instancia contra la resolución de la Dirección. Para la Sala de lo Civil se debe admitir el recurso “porque está fuera de toda duda que las resoluciones de la Dirección General, como emanadas de un órgano de la Administración, *están sujetas al control jurisdiccional* por expreso mandato del artículo 106 CE y 8 LOPJ”. Hoy, la nueva redacción del artículo 131 RH dada por el Real Decreto 1867/1998 parece acoger esta tesis. Así, en el último párrafo se dispone que “la resolución de la Dirección General será recurrible ante la jurisdicción civil en el plazo de tres meses siguientes a su notificación”.

2.º En segundo lugar, cabe preguntarse también qué orden jurisdiccional es el competente para conocer de estos litigios en el caso específico de los créditos laborales. Ya

(66) Díez-PICAZO, L. (*Fundamentos...*, III, cit., p. 397), nos dice que “las resoluciones de la Dirección General, así como las de los Presidentes que han sido apeladas en tiempo y forma, causan estado en la esfera gubernativa y registral y son firmes y ejecutorias”. No cabe frente a ellas, concluye, “recurso gubernativo, ni contencioso-administrativo”, sólo cabe “plantear demanda ante los tribunales, para que se pronuncien acerca de la validez o nulidad del título cuya inscripción fue rechazada”. En la misma línea se pronuncian LACRUZ BERDEJO, J. L. (*Derecho Inmobiliario Registral*, cit., p. 318) y ALBADALEJO, M. (*Derecho Civil*, III, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1983, p. 460).

(67) *Ar.* 10.498.

hemos visto que el artículo 131 RH atribuye la competencia con carácter general a la jurisdicción civil. En el caso de la sentencia de 22 de diciembre de 1994 también fue esta jurisdicción la declarada competente pues “tratándose de cuestión que afecta al derecho de las sociedades mercantiles, para acordar en Junta las retribuciones de sus administradores y a la publicidad registral que ha de darse al acuerdo mediante la inscripción correspondiente, para que produzca los efectos civiles previstos por la ley, es evidente que se trata de una cuestión eminentemente civil, y que por tanto, en cumplimiento del artículo 9.2 LOPJ, debe conocer este orden sin hacer uso de la regla, también contenida en el mismo artículo, según la cual el orden jurisdiccional civil conoce de todas las materias que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional”.

94

No obstante, la atribución de la competencia al orden civil en el supuesto concreto de los créditos laborales no deja de ser discutible. El problema es difícil porque hay dos puntos de conexión: el carácter laboral del superprivilegio afirmaría la competencia del orden jurisdiccional social (art. 9.5 LOPJ y arts. 1 y 2 LPL), mientras que la naturaleza civil de la garantía hipotecaria y la *vis atractiva* del orden jurisdiccional civil determinarían la competencia de éste, de conformidad con el artículo 9.1 LOPJ.

Si el adjudicatario es un tercero ajeno al crédito salarial, lo más razonable es que el orden competente sea el civil ya que entre las partes en la controversia no existe una relación laboral a los efectos del artículo 2 a) LPL. Sin embargo, hay que señalar que el resultado no parece satisfactorio, porque, en última instancia, podría suponer que el juez civil controla la legalidad de una decisión del juez social (en nuestro caso concreto el mandamiento cancelatorio de las hipotecas anteriores emitido por el juez social). En este sentido, es interesante la sentencia del Tribunal Constitucional 39/1994 (68),

en la que se ventiló un supuesto distinto al que nos ocupa, pero de resultados similares. El Juzgado de lo Social había condenado a un empresario a pagar los salarios debidos. Ante el impago del débito, se abre la ejecución forzosa de la sentencia, que ocasiona la subasta de una finca urbana del apremiado. En tercera subasta, la propiedad es adjudicada a la propia accionante, por la cantidad de 10.000 ptas. La escritura pública de venta accede al Registro que señala como titular del derecho inscrito a la trabajadora adjudicataria. El empresario demandado y ejecutado no combatió los resultados del apremio social en el interior del correspondiente proceso, mostrando –en palabras del TC– “desinterés ante la marcha” del mismo. No obstante esta conducta, interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia frente a la trabajadora. Se deducía en dicha demanda una petición de nulidad que abarcaba el procedimiento de apremio, a la escritura otorgada y a la consecuente inscripción registral. El Juzgado de lo Civil aceptó la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por los demandados. En apelación, la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que se revocaba la primera y se accedía a todo lo pedido por el actor. Respecto a su facultad para revisar la resolución del juez de lo Social, la Audiencia invocaba como norma legitimadora el artículo 40 LH. Contra esta sentencia civil, interpuso recurso de amparo la trabajadora, alegando, entre otros motivos, que la nulidad de lo actuado en vía social se decretó al margen de los cauces establecidos en la legislación vigente. El TC estima el motivo al entender que el artículo 40 LH “no puede ser interpretado como norma legal que predetermine al orden judicial civil y a los juicios declarativos como la sede y el medio adecuado para la revisión de resoluciones firmes del órgano del orden jurisdiccional social en fase de ejecución”. Por importantes que fueran los defectos del procedimiento, concluye este tribunal, “no es posible subsanarlos cometiendo el aún mayor de autorizar que se revise por un órgano incompe-

tente y a través de un procedimiento inadecuado lo actuado por el juez social, reduciendo a la nada su efectividad de acuerdo con una valoración que el juez civil no estaba autorizado a efectuar, y articulando una vía de recurso inexistente por la indebida utilización realizada del proceso ordinario de menor cuantía”. Evidentemente, lo dispuesto en esta sentencia sólo podría aplicarse al caso aquí estudiado si la resolución del juez de lo Social adjudicando el bien libre de cargas quedara firme. Sin embargo, no deja por ello de ser interesante la argumentación que sigue el TC respecto al artículo 40 LH (69).

96

Más defendible, aunque también dudosa, sería la competencia del orden social cuando los adjudicatarios fueran los trabajadores ejecutantes. A favor de esta tesis se pronunció el auto de la Sala de Conflictos de 11 de diciembre de 1986, dictado precisamente en el caso que resolvió la ya estudiada sentencia de 23 de marzo de 1988. Recordemos que en un primer pleito por salarios –que incluían los superprivilegiados– los trabajadores obtuvieron sentencia condenatoria. En ejecución de la misma, se adjudicó a los trabajadores un bien inmueble de la empresa, gravado con una hipoteca anterior. Al intentar inscribir su adquisición como la de un bien libre, que con esa condición se había ofertado en la subasta, el registrador opuso que, en virtud del artículo 83 LH, precisaba de una declaración judicial en la que se declarara que el crédito laboral era preferente al hipotecario. Para conseguir tal declaración, los trabajadores, en vez de ir al orden jurisdiccional civil, acuden ante la Magistratura de Trabajo. El acreedor hipotecario postula la competencia del juez civil, tesis mantenida por éste y desautorizada por la Sala de Conflictos. El auto se funda en dos argumentos básicos.

(69) Vid. el comentario a esta sentencia de RÍOS SALMERÓN, B.: “¿Puede el Juez civil anular resoluciones ejecutivas firmes, supuestamente irregulares, pronunciadas por el Juez social?”, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo XII, año 1994, ALONSO OLEA, M., y MONTOYA MELGAR, A., Civitas, 1995, pp. 119-126.

El primero señala que la preferencia que a los trabajadores atribuye el artículo 32 ET para el cobro de sus créditos salariales, quedaría convertida en mera posibilidad de interesar el cumplimiento de una deuda de remota percepción si se defiriera a la jurisdicción civil, dados los complicados, largos y lentos trámites de los juicios declarativos civiles, lo que resulta incompatible con la naturaleza del salario laboral como retribución dirigida a satisfacer de modo inmediato las necesidades vitales del trabajador y su familia. Más técnico y formal es el segundo argumento, según el cual, al versar la problemática sobre la efectividad de un crédito derivado de un contrato de trabajo, la competencia resulta del artículo 1.1 LPL –hoy art. 2 a)– y del artículo 25.1 LOPJ.

3.º Por último, si las resoluciones de la Dirección General son recurribles, tal y como señalaba el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de diciembre de 1994 y como ha consagrado el nuevo artículo 131 RH, ¿contra quién habrá que dirigir la demanda? El artículo 66 LH configura este recurso como una contienda entre los particulares. Pero esta idea, acorde con la tesis clásica de la firmeza de las resoluciones de la Dirección General, hoy no tiene sentido. Si estas resoluciones se pueden recurrir habrá que preguntarse contra quién se dirige ese recurso. En la sentencia de 22 de diciembre de 1994 tantas veces citada se planteó esta cuestión como problema principal. La sociedad anónima recurrente había dirigido su demanda contra el Ministerio Fiscal, que alegó la excepción dilatoria del artículo 533.4 LEC por carecer de la representación que el actor le atribuía en la demanda. El Juzgado de Primera Instancia apreció la excepción, por lo que desestimó la demanda sin entrar en el fondo del asunto. Presentado recurso ante la Audiencia Provincial de Valencia, se dictó sentencia por la que se revocó la anterior resolución en cuanto apreciaba la excepción del Ministerio Fiscal y, entrando en el fondo del asunto, desestimaba la demanda. Para el Tribunal Supremo la Dirección General de los Registros y del Notariado pertenece a la Administración del

Estado y la representación de ésta corresponde a la Abogacía del Estado, pues así lo establece el artículo 447 LOPJ. Por ello, declara “la nulidad del proceso por no haberse seguido contra la Administración del Estado, representada por la Abogacía del Estado” (70).

B) *La tercería de mejor derecho como vía para la resolución de conflictos entre el crédito salarial superprivilegiado y el crédito con garantía hipotecaria.*

El conflicto entre crédito laboral superprivilegiado y crédito hipotecario podría sustanciarse a través de una tercería de mejor derecho. Caben aquí dos supuestos: que sea el acreedor hipotecario quien plantee la tercería frente al titular del crédito laboral que está ejecutando dicho crédito en el orden social, o que sea a la inversa.

98

a) Planteamiento de la tercería de mejor derecho por el acreedor hipotecario: el artículo 273 LPL.

Ante la existencia de una ejecución laboral que embarga el bien hipotecado, el acreedor titular de la hipoteca puede interponer una tercería de mejor derecho para discutir en ella sobre el alcance del privilegio salarial y su prioridad.

Requisito imprescindible para que ello sea posible es que la ejecución laboral le sea notificada. Así deberá hacerse, advirtiendo el juez de lo Social expresamente que entre los créditos laborales que se ejecutan existen créditos superprivilegiados, con las consecuencias que ello conlleva para la hipoteca que grava el bien embargado (71).

(70) En principio, están afectados: por un lado, las partes en conflicto en relación con la aplicación de la cancelación; el registrador, que ha realizado la calificación inicial; y la Dirección General, como órgano de la Administración del Estado. El artículo 132 RH mantiene que el registrador no será parte. Pero pueden serlo tanto la Administración, tal y como señala la sentencia de 22 de diciembre de 1994, como los particulares afectados.

(71) BARRIO CALLE, M. A., “Tercería de mejor derecho y preferencias de crédito en el procedimiento laboral”, *Secretarios Judiciales*, núm. 4, abril 1998, *op. cit.*, p. 15.

Un problema que preocupó mucho a la jurisprudencia y a la doctrina científica fue la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de esa tercería. En un principio, se entendió que debía ser competente el juez civil, por la *vis atractiva* de este orden jurisdiccional. Incluso se llegó a mantener la competencia del orden civil cuando se trataba de concurrencia entre créditos laborales. Este es el caso de una muy criticada (72) sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1991 (73), en la que se trataba de dos ejecuciones laborales instadas por trabajadores contra la misma empresa. Entendió el Tribunal que el orden competente para conocer de la tercería de mejor derecho era el civil porque “para que una cuestión sea competencia del orden laboral debe decirse explícitamente en las leyes”, de manera que “cuando se suscite algún género de duda ha de darse cumplimiento al precepto del artículo 9.2 LOPJ, conforme al cual los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional”. No obstante, este criterio no fue compartido por el orden social. La sentencia de 24 de julio de 1990 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (74), también en un supuesto de concurrencia de acreedores laborales, declaró que “si bien es cierto que como principio general se ha afirmado la *vis atractiva* del orden civil para conocer de las tercerías que se susciten frente a ejecuciones pendientes ante el orden civil”, este principio “ha de ceder en supuestos como el presente en que los créditos en concurrencia son de carácter laboral, como laborales son también las normas básicas que han de aplicarse para establecer el orden de preferencia”.

(72) RÍOS SALMERÓN, B., “Garantías del salario”, cit., p. 386.

(73) Ar. 2445.

(74) Ar. 6463.

La cuestión se ha aclarado tras la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, cuyo artículo 272 –hoy 273– establece que “las tercerías fundadas en el derecho del tercero, sea o no acreedor laboral del ejecutado, a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante, deberán deducirse ante el órgano judicial del orden social que esté conociendo de la ejecución, sustanciándose por el trámite incidental regulado en esta Ley”. La atribución al juez de lo Social de este tipo de tercerías se hace, pues, sin reservas: el tercero que demanda, tanto puede ser un acreedor laboral, como un *acreedor no laboral* (75).

Esta nueva competencia del orden social ha sido, sin embargo, matizada por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, de manera que si concurren dos ejecuciones sobre un mismo bien, se deberá interponer la tercería de mejor derecho ante el juez que primero embargó (76). Es interesante en este sentido el auto de 4 de junio de 1996, en el que concurrían dos ejecuciones, una civil y la otra laboral, que, sorprendentemente, terminaron adjudicando un mismo bien a distintos rematantes. En el interior de la ejecución laboral, los ejecutantes que la habían promovido plantean una tercería de mejor derecho, frente a los accionantes en vía civil, para que el juez social declarara que los créditos de los primeros eran preferentes a los créditos de los segundos. Ante ello reacciona el juez civil, quien requiere de inhibición al juez laboral, señalando que su embargo era de fecha anterior. Advierte la Sala que su misión no es la de pronunciarse sobre aquella anómala adjudicación del bien inmueble, sino la “determinación de cuál de ambos Juzgados sea competente para conocer de la correspondiente tercería de mejor derecho”, añadiendo que “centrada ya la cuestión a resolver, la solución que procede es, como acertadamente informa el Ministerio Fiscal, la de declarar la competencia de Juzgado

(75) MONTROYA MELGAR, A., *op. cit.*, p. 301.

(76) BARRIO CALLE, M. A., *op. cit.*, p. 9.

de Primera Instancia para conocer de la tercería de mejor derecho que inadecuadamente ha sido planteada”. En efecto, la previsión contenida en el artículo 273 de la vigente LPL “descansa en el supuesto de que, tramitada ejecución por órgano del orden social y embargado determinado bien del deudor, un tercero, sea o no acreedor laboral del ejecutante, alegue su mejor derecho en orden a que, con referencia a tal bien, su crédito se reintegre con preferencia al del acreedor ejecutante”. En tal caso y sólo en tal caso, tiene competencia el órgano del orden social que practica la ejecución para decidir sobre el problema preferencial. Mas no es este el supuesto debatido, pues en el mismo, los que son ejecutantes en las actuaciones seguidas por el Juzgado de lo Social, “lo que pretenden es que, existiendo previo proceso civil sustanciado por el Juzgado de Primera Instancia, en el que con anterioridad a la traba realizada por el Juzgado de lo Social se había embargado el mismo bien, dicho Juzgado de lo Social declare la preferencia del crédito de aquéllos”. Pero ello no puede aceptarse. Tal declaración de preferencia “tiene que ser solicitada ante el Juzgado de Primera Instancia a través del procedimiento establecido por los artículos 1.532 y ss. LEC, sin posibilidad, por tanto, de acogerse a lo dispuesto por el artículo 273 LPL, dado que lo que dicho artículo ordena ha de ser interpretado en los términos expuestos” (77).

101

Por lo tanto, si no hay ejecución hipotecaria o ésta es posterior a la laboral, el acreedor hipotecario deberá interponer la tercería de mejor derecho ante el juez de lo Social que esté conociendo de dicha ejecución laboral. Si, por el contrario, la ejecución hipotecaria es anterior a la laboral, o ésta todavía no se ha producido, los trabajadores deberán

(77) En cuanto a las tercerías de dominio, según el auto de la Sala de Conflictos de 5 de marzo de 1996 (Ar. 1995/9789) son incidentes que deben desarrollarse dentro de la ejecución laboral, siendo competente para conocer de ellas el juez de lo Social que sustancia el proceso. El auto precisa que no puede confundirse, en este sentido, la tercería de dominio con la acción reivindicatoria.

interponer en aquélla la tercería de mejor derecho, como enseguida veremos.

b) Planteamiento de la tercería de mejor derecho por el titular del crédito laboral superprivilegiado en una ejecución del artículo 131 LH.

De acuerdo con el artículo 32.4 ET, el trabajador podrá hacer valer su preferencia al cobro “tanto en el supuesto de que el empresario haya iniciado un procedimiento concursal, como en cualquier otro en el que concurra con otro u otros créditos sobre bienes del empresario”. El precepto remite así a dos vías: la ejecución concursal, aludida de manera explícita; y la ejecución singular, referida por mera contraposición, pues a tal equivale el “otro” procedimiento mencionado (78).

102 Ahora bien, el problema que se plantea con esta última vía es que, de acuerdo con el párrafo 6.º de la regla 4.ª del artículo 132 LH, en la ejecución hipotecaria no se admiten tercerías de mejor derecho deducidas en su interior. Éstas deberán ventilarse en el juicio declarativo que corresponda, sin suspenderse el procedimiento de ejecución hipotecaria (79). ¿Se aplica esta limitación al crédito salarial? La doctrina y la jurisprudencia han interpretado la expresión del artículo 32.4 ET “en cualquier otro” como referida también a los procedimientos hipotecarios, por lo que, en definitiva, los trabajadores podrán interponer, como excepción a lo dispuesto en el artículo 132 LH, tercerías de mejor derecho en las ejecuciones hipotecarias (80).

(78) RÍOS SALMERÓN, B., “Garantías del salario”, cit., p. 387.

(79) Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y otros, *Derecho Procesal I*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 455; RÍOS SALMERÓN, B., “Garantías del salario”, cit., p. 387; OLIVA, A. de la, y FERNÁNDEZ, M. A., *op. cit.*, p. 112; MONTERO AROCA, J., *Procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 100 y ss.

(80) RÍOS SALMERÓN, B., “Garantías del salario”, cit., p. 388.

Favorable a este criterio se mostró la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la sentencia de 27 de octubre de 1983 (81). Se trataba de un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, seguido en un Juzgado de Primera Instancia, a solicitud del acreedor hipotecario, una Caja de Ahorros. Los trabajadores del empresario ejecutado comparecieron ante el juez civil y pidieron el prioritario abono de su crédito por salarios de los últimos treinta días, reconocido en una sentencia anterior de la Magistratura de Trabajo. A tal pretensión accedió el Juzgado, así como, en apelación, la Audiencia. El acreedor hipotecario interpone recurso de casación. Comienza el Tribunal por advertir que este recurso “no debió haber superado la fase de admisión”, pero pese a ello se analiza el tema de fondo. Tras subrayarse la preferencia propia del salario de esos últimos treinta días, *ex* artículo 32.1 ET, se rechaza el alegato formulado por la Caja de que “la vía procesal empleada por los trabajadores (...) no es idónea para la finalidad perseguida, ya que debió haberse utilizado el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía”, pues debe tenerse presente “la preferencia y protección dispensada a los créditos por salarios rotundamente afirmada en los párrafos 4 y 5 del artículo 32 ET, en términos tales que en las tareas de elaboración legislativa se ha llegado a calificar el correspondiente privilegio como «derecho de separación absoluto», determinante de una afección patrimonial que lo antepone al crédito hipotecario, sin necesidad de que la preferencia sea declarada en los dilatados trámites de un juicio declarativo de mayor cuantía, cuando todos los antecedentes figuran en el proceso de ejecución y su contenido no ha sido puesto en duda, conclusión autorizada asimismo por el sentido de las reglas octava, diez y trece del repetido artículo 131”.

Posteriormente, otra sentencia de esta Sala, de 10 de julio de 1989 (82), volvió a pronunciarse sobre un supuesto

(81) Ar. 5345.

(82) Ar. 5595.

similar, y, esta vez indirectamente, reconoció de nuevo la posibilidad de interponer por los trabajadores tercería de mejor derecho en las ejecuciones hipotecarias. En este caso, el Fondo de Garantía Salarial, subrogado en el crédito de los trabajadores, planteó tercería de mejor derecho en una ejecución hipotecaria. El Juzgado de Primera Instancia –según recuerda el Tribunal Supremo– partió de la idea de que era “factible esta tercería como incidencia en un proceso especial sumario del artículo 131 LH”, pero entendió que el plazo de un año a que alude el artículo 32.6 ET era de caducidad y no de prescripción, de tal forma que en el supuesto concreto había transcurrido con exceso ese plazo. La Audiencia revoca la decisión de la instancia y el acreedor hipotecario recurre en casación. El alto Tribunal desestima el recurso, calificando dicho plazo como de prescripción, sin poner objeción, por otro lado, al planteamiento de la tercería en el seno del proceso hipotecario (83).

(83) No parece que esta jurisprudencia haya sido contradicha por la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1992 (*Ar.* 9416), que declara inadmisibile el recurso de casación por no ser las resoluciones impugnadas susceptibles del mismo. Se decidía aquí un supuesto muy parecido al de la sentencia de 10 de julio de 1989. El Fondo de Garantía Salarial había interpuesto tercería de mejor derecho en una ejecución hipotecaria. El juez de Primera Instancia ni siquiera admitió a trámite la demanda, manteniendo la Audiencia, en apelación, dicha resolución. El Fondo plantea un recurso de casación que es inadmitido. La sentencia recuerda, de un lado, “la naturaleza de procedimiento accesorio que la jurisprudencia viene atribuyendo a las tercerías, al exigirse para su viabilidad la pendencia de un juicio ejecutivo o un procedimiento de apremio”, y de otro, “el carácter no definitivo que tienen las resoluciones recaídas en el procedimiento judicial sumario del artículo, en virtud de la remisión al correspondiente juicio declarativo ordinario, a que de un modo genérico hace referencia el párrafo 6.º de la regla 4.ª del artículo 132 de la misma Ley de hipotecas”. Añade el Tribunal que “el artículo 132 LH, al admitir la posibilidad de promover otro juicio sobre el mismo objeto, reserva la vía casacional para ese otro juicio”, y que, “en definitiva, la remisión genérica al juicio declarativo, incluso en relación con los terceros interesados (...), elimina toda posibilidad de indefensión”; por lo que concluye que “resulta obligado terminar declarando la inadmisibilidad del presente recurso de casación”. *Vid.*, sin embargo, la crítica a esta sentencia de RÍOS SALMERÓN, B. (“Jurisprudencia...”, cit., p. 2741).

C) Valoración crítica de los problemas procesales planteados.

El control de la decisión del registrador se somete a un procedimiento de configuración preconstitucional que resulta hoy particularmente polémico. En primer lugar, no parece razonable que contra la calificación realizada por un órgano con funciones administrativas, como lo es el registrador, se recurra ante el presidente del Tribunal Superior de Justicia, que, aunque no actúe judicialmente, está incardinado en el poder judicial; y menos razonable parece que un acto emanado de éste sea recurrido de nuevo ante un órgano administrativo (la Dirección General) (84).

Por otra parte, el reconocimiento del carácter revisable de las resoluciones de la Dirección General a partir de la nueva redacción del artículo 131 RH dada por el Real Decreto 1867/1998 pone en crisis todo el sistema. Ahora la Administración tendrá que asumir en un proceso la defen-

105

(84) Sobre estas particularidades se ha pronunciado la doctrina. Así, OGAYAR AYLLÓN ("Impugnación de la calificación registral", *RCDI*, 1974, pp. 11 y ss.) aboga por un único recurso ante la Dirección General, sin pasar por el presidente de los Tribunales Superiores "con lo que se conseguiría, entre otros extremos, ahorro de trámites y de tiempo". En la misma línea y aunque con carácter más crítico, VERGER GARAU, J. ("En torno a una estructura constitucional y estatutaria de los recursos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles", *RCDI*, núm. 614, enero-febrero, 1993, p. 65) afirma la inconstitucionalidad de una norma que establece la revisión del auto del presidente por un órgano administrativo como es la Dirección General. Contrario a suprimir el trámite del presidente se muestra CHICO y ORTIZ (*op. cit.*, pp. 659 y ss.), para quien la intervención del presidente "dignifica y da prestancia y rango jurídico al recurso", concediéndole esa singularidad que le caracteriza: no ser judicial ni administrativo, sino *tertius genus*.

MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J., realizó una encuesta entre los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia sobre este tema ("Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXII, Madrid, 1993, pp. 506 y 507). En primer lugar, se les preguntó si creían que debían seguir conociendo en apelación contra la calificación de los registradores. Sólo dos respondieron afirmativamente. Después se les preguntó si debía o no abrirse una vía judicial contra las resoluciones de la Dirección General. Tres respondieron negativamente, mostrándose todos los demás a favor. En cuanto a la pregunta de qué orden debería conocer de este recurso, ninguno elige la vía contencioso-administrativa como solución única y la mayoría opta por la vía civil.

sa de un interés privado de un acreedor hipotecario que debió asumir su propia tutela en el procedimiento correspondiente.

Otro punto que suscita una reflexiva crítica es la posibilidad de que el registrador pueda dejar sin efecto una decisión judicial. Ya se vio en su momento que, de acuerdo con el artículo 100 RH, el registrador no sólo puede sino que debe calificar los documentos expedidos por la autoridad judicial, pero dicha calificación “se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro”. A este ámbito se constriñe —aunque no sin realizar críticas de fondo a la decisión judicial— la resolución de 29 de abril de 1988, en la que la Dirección General razona la denegación de cancelación ordenada por el juez en la falta de notificación al titular de la hipoteca, lo que, efectivamente, le provocaba indefensión. Ahora bien, no había sido éste el caso de la resolución de 3 de abril de 1998 que mantiene la calificación denegatoria del registrador, basándose en que, al contrario de lo que afirma el Juzgado de lo Social, el superprivilegio del artículo 32.1 ET no puede producir la cancelación de las cargas y gravámenes anteriores. Esta línea de razonamiento sustituye el criterio del juez por el de la propia Dirección, lo que podría entenderse que excede de los límites establecidos en el artículo 100 RH. Pero es que, además, al adjudicatario, que ha comprado el bien por precio acorde a su condición de libre de cargas, y que, sin embargo, no puede inscribirlo como tal, le impone una carga desproporcionada para su defensa. En efecto, esta situación le obliga a acudir a los tribunales del orden civil para que declaren su derecho, lo que, como se dijo, plantea el grave problema de la revisión de resoluciones judiciales por otro orden jurisdiccional distinto del que las dictó. En la práctica, se produce así un “peregrinaje” de jurisdicciones antieconómico, prolongándose hasta límites in-

tolerables el tiempo en que el adjudicatario no podrá hacer efectivo su derecho reconocido por resolución judicial.

En la resolución de 3 de abril de 1998 el registrador y luego la Dirección adoptaron la defensa del titular de la hipoteca que el juez de lo Social ordenaba cancelar. Pero este papel es cuestionable teniendo en cuenta que aquél pudo haber interpuesto tercería de mejor derecho en la ejecución laboral para defender sus intereses e intervenir en la subasta. Nada de esto hizo el afectado, que se limitó en todo momento, incluso durante la calificación registral, a mantener una conducta pasiva.

Y es a raíz de esto último donde se dilucida el único camino razonable: notificado el acreedor hipotecario de la existencia de una ejecución laboral en la que existen créditos superprivilegiados que pueden dar lugar a la cancelación de su hipoteca, podría discutir la existencia y el alcance del privilegio laboral en una tercería interpuesta ante el juez de lo Social. Esto permitiría obviar en un simple incidente los inconvenientes del recurso gubernativo y del judicial. En el caso de que la ejecución laboral no se notificara, el acreedor hipotecario podría ejercitar una acción de nulidad de actuaciones, de acuerdo con el artículo 240.2 LOPJ, en su nueva redacción.

107

V. Texto de la resolución de la DGRN de 3 de abril de 1998

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 23.3 y 24 CE; 1, 1.857,3 1.911 y 1.929 C.c.; 1.516, 1.520, 1.532 y LEC; 104 y 133.2 LH; 32.1 ET; las TS SS de 27 de octubre de 1983, 23 de marzo y 20 de diciembre de 1988, 10 de julio de 1989, 17 de diciembre de 1994, y las resoluciones de 29 de abril de 1988, 22 de noviembre de 1989 y 3 de junio de 1996.

Primero: En el presente recurso se debate sobre la virtualidad cancelatoria del mandamiento dictado en autos de ejecución 427/92 seguidos ante el Juzgado de lo Social para el cobro de salarios, respecto de cargas y gravámenes (dos hipotecas y varios embargos, alguno de ellos decretado también en procedimientos también laborales) que se han inscrito o anotado con anterioridad a la anotación del embargo trabado en aquella ejecución 427/92. Del mandamiento resulta que hizo saber a los titulares de esas cargas anteriores la existencia del procedimiento en la parte de crédito que corresponda a los treinta últimos días de salarios (con traslado del nombramiento de oficio de perito tasador para que puedan hacer uso del derecho de nombrar peritos a su costa).

108

Segundo: La cuestión planteada incide pues en la determinación del específico alcance de la preferencia que el artículo 32.1 ET concede a los créditos salariales de los treinta últimos días de trabajo, cuestión que debe resolverse no sólo en función del tenor del precepto citado sino que, en congruencia con la unidad y plenitud del ordenamiento jurídico (cfr. art. 1 C.c.), dicho precepto deberá ser valorado en conexión con el resto de las normas jurídicas con los que se halla en íntima relación, al objeto de hallar unas soluciones armónicas y coherentes con el sistema jurídico en el que aquella norma se inserta.

Tercero: La preferencia de un crédito es una cualidad intrínseca del mismo cuya virtualidad exclusiva es determinar una anteposición en el cobro en las situaciones de concurrencia de acreedores, frente al criterio general de la *par conditio creditorum* (inherente al principio de responsabilidad patrimonial universal proclamado en el art. 1.911 C.c.) que determinaría el reparto proporcional de los bienes del deudor entre los acreedores concurrentes (cfr. art. 1.929 C.c.). La preferencia creditual es, pues, una modalización del principio de responsabilidad patrimonial universal, y sólo puede

operar cuando se está actuando exclusivamente dicha responsabilidad.

Cuarto: Dejando al margen ahora las hipótesis de ejecución colectiva (quiebra y concurso de acreedores) y centrándonos en el supuesto de ejecución singular, para que se produzca la concurrencia de acreedores que permita desenvolver la virtualidad de la denominada “preferencia”, es preciso que el acreedor pretendidamente preferente acceda por vía de tercería de mejor derecho, a la ejecución ya instada por otro acreedor del ejecutado (cfr. art. 1.532 LEC) y que, tras una fase contradictoria entre el tercerista y el actor y ejecutado, recaiga sentencia declarando el orden de pago entre los acreedores concurrentes (cfr. art. 1.536 LEC). Así pues, es el acreedor pretendidamente “preferente” el que debe acudir a una ejecución ya iniciada por otro acreedor del común deudor, si quiere hacer valer su pretendida preferencia respecto del actor, y si no lo hace, dicha preferencia devendrá inoperante, pues el precio de remate del bien ejecutado se destinará en primer lugar al pago íntegro del ejecutante (cfr. art. 1.520 LEC); por otra parte, resulta inequívoco que la actuación de una preferencia presupone un reconocimiento judicial de la misma en procedimiento contradictorio entre los dos acreedores concurrentes.

109

Quinto: De lo anterior se desprende que la mera yuxtaposición sobre un mismo bien de embargos acordados en procedimientos distintos, seguidos contra su propietario, no implica una concurrencia de créditos y por tanto, ninguna relevancia puede tener la eventual preferencia intrínseca de alguno de ellos; en tal caso, cuando sobre un bien del deudor se decretan dos embargos acordados en procedimientos distintos incoados por sendos acreedores de aquél, hay, ciertamente, dos acreedores que pretenden cobrarse con cargo al mismo bien deudor, pero no hay concurrencia entre ellos en sentido jurídico, de modo que ninguna relevancia juega la

eventual relación de preferencia entre los créditos subyacentes; el acreedor que obtiene el segundo embargo no cuestiona con ello el derecho del primer embargante a que el bien se ejecute en el procedimiento por él instado y a cobrarse con el precio de remate en los términos previstos en el artículo 1.520 LEC; el segundo embargo en nada afecta al desenvolvimiento de la ejecución en que se acordó la primera traba, la cual se desarrollará como si aquél no existiese, de modo que una vez ultimada, el bien pasará al rematante libre del segundo embargo, conforme previenen los artículos 1.512 y 1.518 LEC, y el acreedor que obtuvo esta segunda traba, ya no podrá cobrarse con cargo al bien ejecutado a no ser que hubiere remanente después de pagado íntegramente el actor (en este sentido, debe advertirse, que la sola práctica del segundo embargo ni siquiera implica que el remanente resultante en esa primera ejecución, después de pagado el autor íntegramente, debe quedar a disposición del acreedor reembargante, pues para ello, es preciso que el juez que acordó esta segunda traba, pida oportunamente al juez de la primera ejecución, la pertinente retención del sobrante —cfr. art. 1.516 LEC—). El segundo embargo únicamente garantiza, a quien lo obtiene, que si se alza la primera traba podrá seguirse la ejecución del bien en el procedimiento en que se decretó ésta (cfr. artículo 266 LPL, único texto que regula expresamente el reembargo), y aun cuando se entienda que la ejecución en que se acordó la segunda traba puede desenvolverse simultáneamente con la ejecución en que se acordó el primer embargo, en tal caso es indudable, por imperativo del artículo 133.2 LH, que aquélla se desarrollará bajo la consideración de que el embargo será de carga preferente y, por tanto, quedará subsistente pese al remate del bien en esta segunda ejecución.

Sexto: La colisión de embargos sobre un mismo bien del deudor no implica, pues, concurrencia entre los créditos que los determinan y, consiguientemente, no puede pretenderse que

aquella colisión se resuelva por la relación de preferencia entre los créditos subyacentes. Siendo el embargo una afección real en virtud de la cual el bien trabado queda vinculado *erga omnes* al proceso en el que se decreta –y no al crédito que lo motiva–, al efecto de facilitar la actuación de la Justicia y la efectividad de la ejecución (independientemente de cuál sea el crédito que en definitiva resulte satisfecho en ésta, ya el del actor, ya el de un tercerista triunfante), que atribuye al órgano jurisdiccional poderes inmediatos sobre el bien trabado que pueden ser actuados sin la mediación de su dueño, y que restringe las facultades dominicales en cuanto que sólo es posible la enajenación de ese bien respetando el embargo, resulta evidente que la colisión entre embargos debe resolverse por el criterio del *prior tempore*, que es el criterio de solución de conflictos que rige en el ámbito de los derechos reales, y que conduce, como antes se ha señalado, a que el juez que acordó la primera traba sea el que pueda desenvolver la ejecución del bien trabado sin ninguna interferencia derivada de nuevos embargos posteriores recayentes sobre ese mismo bien y acordados en otros procedimientos; estos otros procedimientos de ejecución podrán desenvolverse simultáneamente con aquél o no, pero en todo caso, su desarrollo y su resultado debe quedar plena e inequívocamente supeditado al propio desarrollo y resultado de la ejecución en la que se acordó la primera traba. Las conclusiones anteriores son las únicas que garantizan una racional organización de la actuación ejecutiva y conjugan, además, la salvaguardia del juego de las preferencias de los distintos créditos con el necesario respeto del principio de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (cfr. art. 24 CE), al garantizar al acreedor que primero inicia la ejecución sobre un bien de su deudor, que ningún otro acreedor del mismo deudor se le anticipará en el cobro con cargo a ese bien so pretexto de ser de mejor condición, sin previa declaración judicial que así lo reconozca, recaída en trámite contradictorio.

Séptimo: Por otra parte, la delimitación del alcance de la preferencia establecida en el artículo 32.1 ET, exige su conexión con los preceptos legales que regulan la hipoteca y la prenda, figuras éstas cuya esencia trasciende a la mera atribución de preferencia al crédito garantizado, pues, aparecen configuradas con toda claridad como derechos reales en cuya virtud se sujeta *erga omnes* y de forma directa e inmediata un concreto bien (sea del propio deudor o de un tercero) a la garantía del pago de una deuda (cfr. arts. 1.863 y ss. C.c. y 104 LH). La constitución de tales garantías implica un acto dispositivo (cfr. art. 1.857.3 C.c.) por el cual se transmite al acreedor garantizado un derecho de realización separada del bien afecto, cualquier sea el poseedor, así como un derecho al cobro de su crédito –hasta el límite garantizado– con cargo al precio obtenido en esa realización.

112

Se trata de derecho de naturaleza real que pasa a integrar el patrimonio del acreedor garantizado y que, en consecuencia, no podrá ser ya menoscabado por la actuación posterior del constituyente, sea ésta dispositiva o de endeudamiento; el dominio del bien pignorado o hipotecado permanece ciertamente en el patrimonio del constituyente, pero con la restricción en su contenido jurídico que implica el derecho real constituido, en cuya virtud la afección genérica de ese bien al pago de las deudas de su titular –inherente al principio de responsabilidad patrimonial universal– se operará ya sin perjuicio de su específica vinculación en favor del crédito garantizado hipotecariamente; pretender que una eventual deuda posterior del constituyente, cualquiera que sea naturaleza, puede diluir esa vinculación específica del bien pignorado o hipotecado a la seguridad de la deuda especial garantizada, sobre implicar la posibilidad de que el constituyente inutilice unilateralmente y sin concurso de la contraparte el negocio dispositivo bilateral anterior –con la consiguiente inseguridad jurídica– supondría para el adquirente de la garantía una privación de su derecho que no se acomoda a las exigencias constitucionales inherentes al reconocimiento de la propiedad privada (cfr. art. 23 CE).

La mera “preferencia” de un crédito y la especial afectación de un bien hipotecado o pignorado a la seguridad de la deuda garantizada, operan, pues, en planos diferentes; aquella, en cuanto modalización del criterio de la *par conditio creditorum*, se desenvuelve únicamente cuando hay concurrencia de acreedores que intentan hacer valer exclusivamente la responsabilidad patrimonial universal de su común deudor, ya en juicio universal, ya en una ejecución singular por medio de una tercería de mejor derecho; en cambio, cuando un acreedor con garantía pignoratícia o hipotecaria ejercita su acción real, en modo alguno pide el desenvolvimiento de la responsabilidad patrimonial universal del deudor sino la actuación de un derecho real que integra su propio patrimonio (y ello se pone de manifiesto cuando el bien dado en garantía pertenece a persona distinta del deudor). Jurídicamente no hay colisión ni, por tanto, comparación, entre la simple “preferencia” de un crédito y la garantía real de que goza otro acreedor del mismo deudor, ni siquiera cuando una y otra se proyectan sobre el mismo objeto; en efecto, cuando en una ejecución singular se decreta el embargo de un específico bien del deudor que está ya pignorado o hipotecado en garantía de un crédito distinto al del actor, la eventual “preferencia” de este último crédito sobre cualquier otra deuda del ejecutado no puede llevar –ni aun cuando fuera tan absoluta como la del 32 ET– a la extinción de esa garantía real, porque el crédito del actor está haciendo valer exclusivamente la responsabilidad patrimonial universal del deudor –si bien concretada por vía del embargo en el derecho seleccionado– y, en consecuencia, sólo puede ejecutar el derecho embargado con la extensión y contenido con que se integraba en el patrimonio del deudor, esto es, con la restricción inherente a la garantía real establecida sobre el bien, en favor de tercero; no hay en el supuesto planteado ninguna concurrencia entre créditos, el del actor embargante y el protegido con la garantía real sobre el bien embargado que estén haciendo valer su mejor derecho al cobro con cargo

al patrimonio del deudor, y, por tanto, no hay lugar al juego de la preferencia inherente al crédito del embargante, y ello se hace ostensible si se piensa que es perfectamente posible que la deuda garantizada con la prenda o la hipoteca no lo sea del ejecutado.

114

Octavo: Las anteriores consideraciones obligan a concluir en la improcedencia de la cancelación pretendida al amparo del mandamiento dictado en una ejecución singular, aunque lo fuere por créditos salariales del 32.1 ET pues estableciendo este artículo una mera preferencia creditual en caso de concurrencia con cualquier otro crédito del ejecutado (en ningún caso puede verse en el art. 32 ET, el establecimiento de una hipoteca legal, tácita, general y absolutamente prioritaria, pues, además de contradecir los principios básicos del sistema, cuales son, los de publicidad y especialidad, tal hipoteca legal al implicar una restricción del contenido ordinario del derecho de dominio, no puede presumirse sino que reclamaría un establecimiento legal indubitado; adviértase, además, que los supuestos de hipoteca legal tácita –arts. 9.5 LPH, 73 LGT, etc.– se establecen en garantía de obligaciones inherentes al derecho de propiedad, de origen legal o derivados de determinado régimen de propiedad que goza de publicidad registral previa, y, en todo caso, por una cuantía limitada y reducida en proporción al valor del bien gravado), ni se da la concurrencia de créditos en la que puede operar tal preferencia, ni ésta tiene vigor para diluir derechos reales constituidos sobre el bien ejecutado con anterioridad al embargo decretado en la ejecución seguida, que no pertenecen ya al patrimonio del ejecutado.

SISTEMA JURÍDICO, INTERPRETACIÓN Y CREACIÓN NORMATIVA

FRANCISCO LÓPEZ RUIZ
Profesor titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

115

1. El concepto de sistema no es algo novedoso en la literatura jurídica. Se puede afirmar que está estrechamente ligado a la aparición y constitución de la dogmática jurídica como una forma de saber jurídico autónoma y especializada. Los nombres de SAVIGNY, PUCHTA, IHERING, en el terreno del Derecho privado, y de GERBER, GIERKE y, especialmente, LABAND, en el terreno del Derecho público, han contribuido de manera decisiva a la institucionalización de la idea de *sistema*.

Por otra parte, la dogmática jurídica actual resulta incomprensible al margen del concepto de sistema (1), pues

(1) Cfr. LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1994, pp. 437 y ss. Véase también, GARCÍA AMADO, J. A.: "Teorías del sistema

aquella se concibe a sí misma como una estructura conceptual ordenadora del material jurídico positivo, al que dota de unidad y coherencia; en definitiva, se le reconduce a la categoría de sistema. Es preciso, sin embargo, hacer notar que, frente a lo que pudiera pensarse, la idea moderna de sistema en el ámbito jurídico ha sido elaborada y construida, fundamentalmente, por el iusnaturalismo racionalista. La noción de sistema es un presupuesto explícito unas veces, implícito otras, de ese movimiento precursor de la codificación que es el racionalismo jurídico iusnaturalista (2) que importa la idea de sistema de los modelos axiomáticos de las matemáticas y, especialmente de la física, al universo jurídico, haciendo de la "razón" la pieza clave a través de la cual el sistema se convierte en un nuevo criterio de cientificidad y, por tanto, de racionalidad del conocimiento jurídico. Al mismo tiempo, "razón" y "sistema" tratan de proveer de *orden, coherencia y unidad interna* al heterogéneo Derecho positivo, atomizado y disperso en múltiples disposiciones, proviniendo éstas de fuentes absolutamente dispares ubicadas en diferentes ordenamientos. La trilogía *razón, sistema y naturaleza* constituye el punto de arranque de la jurisprudencia moderna.

Como advierte H. COING, es preciso distinguir entre un concepto estricto de sistema, que él identifica con la idea de sistema deductivo, y un concepto más amplio que solamente se refiere al orden material según puntos de vista "comprensivos" o "esquema de orden". "La materia de la

jurídico y concepto de Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo II, nueva época, 1985, pp. 297 y ss. Cfr. igualmente: CANARIS, C. W.: *El sistema en la jurisprudencia*, ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

(2) Al respecto pueden consultarse los trabajos de GONZÁLEZ VICÉN: "Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo", en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979. También en esta misma línea: "Del Derecho natural al positivismo jurídico", en su libro *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Fernando Torres editor, Valencia, 1979. Vid. también el trabajo de HERNÁNDEZ GIL y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A.: "La idea de sistema en Savigny", en *Anales, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1981, pp. 107 y ss.

jurisprudencia lo constituyen las reglas que, en cierta sociedad y en cierto tiempo, regulan la vida social o, dicho más técnicamente, las llamadas normas jurídicas positivas. El intento de juntar todas estas normas individuales en un sistema, presupone que hay entre todas estas reglas individuales positivas una conexión universal, de la cual se pueden sacar puntos de vista unificadores para su orden” (3).

En un sentido no opuesto al anterior, C. W. CANARIS entiende que las notas del concepto de sistema son *orden y unidad*. Éstas tienen su correspondencia jurídica en las ideas de coherencia valorativa y *unidad interna del ordenamiento jurídico*. En este contexto, el autor define el sistema jurídico como “un ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del Derecho, donde con la nota de orden teleológico se alude más al elemento de coherencia valorativa y con la nota de principios generales se alude más a la *unidad interna*” (4).

Otro entendimiento posible del concepto de sistema sería aquel que lo entiende como un conjunto de elementos heterogéneos u homogéneos, que se puede definir bien *extensionalmente* bien *intensionalmente*, entre los que se dan ciertas *relaciones* y con los cuales se pueden realizar determinadas *operaciones*. Desde este planteamiento un sistema es una totalidad que puede estar organizada atributiva o distributivamente (5).

Recogeré aquí, a modo de inventario, algunos de los usos más frecuentes del concepto de sistema en los diversos discursos que conforman el “universo jurídico”. Para ello me serviré del análisis que ha hecho G. TARELLO (6).

(3) COING, H.: *Historia y significado de la idea de sistema en la Jurisprudencia*, ed. UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, México, 1959, pp. 21 y 22.

(4) CANARIS, C. W.: *op. cit.*, pp. 55-56.

(5) Cfr. mi trabajo: “Los conceptos de todo y parte aplicados al estudio de los Estados compuestos”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 49, Madrid, 1997, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 145-167.

(6) TARELLO, G.: *Cultura giuridica e politica del diritto*, ed. Il Mulino, Bolonia, 1988, pp. 164 y ss.

En un primer sentido *sistema* hace referencia a la identidad de la fuente de producción. Según este criterio forman parte del sistema jurídico todas las normas producidas por una única fuente.

En segundo lugar, la expresión *sistema* hace referencia a la común derivación material. Conforme a este criterio, pertenecen a un sistema jurídico todas las normas derivables de una sola norma, atendiendo a su contenido.

En tercer lugar, la idea de *sistema* hace referencia a la común derivación formal, lo cual se traduce en la *delegación* por parte del titular de un poder o potestad en favor de uno o más sujetos, del poder para producir nuevas normas jurídicas.

En cuarto lugar, la expresión *sistema* hace referencia a la “común proyección institucional”; según este criterio, forman o pertenecen a un sistema todas las normas que regulan una misma institución.

118

En quinto lugar, la expresión *sistema* se refiere a la “comunidad de usuarios”. Según este criterio de pertenencia, forman un sistema *las normas usadas* por un sujeto o por un órgano público, siendo en este contexto especialmente relevantes el conjunto o sistema de reglas y criterios *usados* por los tribunales de “última instancia” para *reconocer* (identificar) las normas válidas de un ordenamiento jurídico (7).

En sexto lugar, la expresión *sistema* se refiere al dato cultural. Según este criterio de pertenencia forman un sistema todas las normas que la tradición cultural, por cualquier motivo, ha reunido en un sistema.

(7) Las normas *reconocidas como válidas* por los órganos aplicadores de “última instancia” forman un sistema. De donde se desprende que *atendiendo al uso* de las normas podamos distinguir dos tipos de sistemas: el sistema 1 de normas que sirven para reconocer otras normas como válidas (metanormas, *regla de reconocimiento* en el sentido expuesto por Hart, etc.), y el sistema 2 de las normas reconocidas como válidas, usando las normas del sistema 1. Los órganos judiciales que *deciden* asumen como sistema el conjunto de las reglas que reconocen y aplican. Entre los órganos que deciden sobre la validez de conjuntos de reglas, existen relaciones de mutuo reconocimiento basadas en normas de competencia.

Los sistemas jurídicos *se caracterizan* por ser sistemas:

1) *Autorregulados*, regulan su forma de creación, modificación y extinción, con esto se quiere poner de manifiesto que el Derecho es un sistema normativo 2) *institucionalizado* (8). Los sistemas jurídicos son sistemas 3) *jerarquizados*, es decir, estratificados en grados o niveles. Los sistemas jurídicos son 4) *comprehensivos*, es decir, pretenden autoridad para regular cualquier tipo de conducta en una determinada comunidad, “no reconocen ninguna limitación a las esferas de conducta que pretenden tener autoridad para regular” (9). Los sistemas jurídicos “pretenden ser 5) *supremos*, lo que significa que todo sistema jurídico pretende autoridad para regular el establecimiento y la aplicación de otros sistemas institucionalizados” (...) “todo sistema jurídico pretende autoridad para prohibir, permitir o imponer condiciones sobre el establecimiento y funcionamiento de todas las organizaciones normativas a las que pertenecen los miembros de su comunidad-sujeto” (10). Los sistemas jurídicos son sistemas 6) *abiertos*. Un sistema jurídico es un sistema abierto en la medida en que contiene normas cuyo propósito es dar fuerza vinculante dentro del sistema a normas que no pertenecen a él.

119

En el lenguaje usual de los juristas, la expresión “fuentes del Derecho” es usada para referirse, de un modo habitualmente confuso, a objetos diversos. La existencia de una fuente del Derecho presupone la presencia necesaria de los siguientes elementos (11):

1) Una *autoridad normativa*, es decir, un órgano o sujeto titular de la potestad o la competencia para crear Dere-

(8) Cfr., RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, ed. UNAM, México, 1986.

(9) RAZ, J.: *Razón Práctica y normas*, ed. CEC, Madrid, 1991, p. 175.

(10) *Ibidem*, p. 176. “Dado que todos los sistemas jurídicos pretenden ser supremos con respecto a su comunidad-sujeto, ninguno puede reconocer ninguna pretensión de supremacía sobre la misma comunidad hecha por otro sistema jurídico”. Es lo que habitualmente se denomina como *soberanía*.

(11) GUASTINI, R.: *Le fonti del Diritto e l'interpretazione*. Ed. Giuffrè, Milano, 1993, pp. 4 y ss.

cho. 2) *Un acto normativo*. Los actos normativos pueden ser analizados desde un doble punto de vista: (a) como actos lingüísticos de contenido prescriptivo; (b) como procedimiento normativo, es decir, como una secuencia de actos capaces de producir un texto o documento normativo. 3) *Un texto o documento normativo*, es decir, el producto de un procedimiento normativo que concluye con la promulgación (12). El documento o texto normativo es un conjunto de enunciados que, normalmente, adoptan la forma prescriptiva; tales enunciados reciben el nombre de *disposiciones*. 4) *El contenido de significado* del documento o texto normativo que es el producto de la interpretación (13).

Estos elementos, para evitar ambigüedades, pueden agruparse dos a dos en la dicotomía proceso/producto, la autoridad y el acto o procedimiento conforman el proceso interno de creación de una norma, mientras que el documento normativo o disposición y su contenido de significado constituyen el “producto” creado.

En conclusión, un análisis detallado de los elementos de una fuente del Derecho nos revela la presencia necesaria de los cuatro componentes descritos. Sin embargo, no hay que confundir los elementos señalados con las propias fuentes; son cosas distintas.

En efecto, por *fuentes del Derecho*, en una primera aproximación, podemos entender con BOBBIO “aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas” (14). Por su parte, A. PIZZORUSSO se expresa en los siguientes términos: “Con la

(12) La excepción, como resulta obvio, la constituye la costumbre.

(13) Otros autores distinguen entre: (a) *acto normativo*, como acto lingüístico, ejecutado por un sujeto determinado en un tiempo y lugar dados, destinado a promulgar una prescripción y, como tal, orientado a dirigir la conducta de determinados sujetos; (b) *enunciado normativo*, que es el resultado de un acto de normativo y consiste en una cadena de expresiones lingüísticas gramaticalmente correcta; (c) *norma* es el significado del enunciado formulado. Cfr. MENDONÇA, D.: *Introducción al análisis normativo*. Ed. CEC, Madrid, 1992, p. 66.

(14) BOBBIO, N.: *Teoría General del Derecho*. Ed. Temis, Bogotá, 1987, p. 158.

expresión *fuentes del Derecho* se indican aquellos hechos o actos jurídicos que, en virtud de las «*normas sobre la producción jurídica*» vigentes en un determinado ordenamiento, tienen como efecto la creación, modificación o derogación de disposiciones o normas de aquel ordenamiento” (15).

Entre nosotros, I. DE OTTO señala que las fuentes del Derecho “no son otra cosa que fuentes sobre la producción jurídica. Y las fuentes sobre la producción no son más que las normas reguladoras de la creación de normas” (16).

Estos últimos planteamientos no son incompatibles sino complementarios de lo anteriormente afirmado; en ellos se indica que las fuentes del Derecho están en conexión con tipos especiales de normas, las *normas sobre la producción jurídica*, que son una variedad de las *normas de competencia* o normas que confieren poderes (17).

Una aproximación técnico jurídica al concepto de *fuentes del Derecho*, ha de tener en cuenta, en mi opinión, un en-

(15) Cfr. PIZZORUSSO, A.: Voz: “Fonti del Diritto”. *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*. Vol. VI, ed. UTET, Torino, 1991.

(16) DE OTTO, I.: *Lecciones de Derecho Constitucional*. Ed. Guiastur, Oviedo, 1980, pp. 87 y ss.

(17) Sobre las normas de competencia cfr.: ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ed. Ariel, Barcelona, 1996, pp. 45 y ss. Vid. igualmente, LÓPEZ RUIZ, F.: *Fuentes del Derecho y Ordenamientos jurídicos*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 87 y ss.

En las normas de competencia (normas que confieren poderes), y por tanto, también en las *normas sobre la producción jurídica* podemos distinguir los siguientes elementos: 1) la determinación de la persona u órgano titular del poder y las condiciones requeridas para su ejercicio; 2) la especificación de la clase de actos que el titular del poder puede realizar y el procedimiento a seguir a tal efecto; 3) la concreción de los efectos jurídicos que tiene el acto u actos válidamente realizados.

Para Alf Ross, la *competencia* es un caso especial de poder. El poder existe cuando una persona es capaz de producir, por medio de sus actos, los efectos jurídicos deseados. En su opinión, las *normas de competencia enuncian las condiciones necesarias para crear un nuevo acto jurídico o una nueva norma legal*. Estas condiciones se dividen usualmente en tres grupos: 1) las que prescriben qué personas u órganos están cualificadas para realizar el acto creador de la norma (competencia personal); 2) las que prescriben el procedimiento a seguir; y 3) las que prescriben el alcance posible de la norma creada con relación a un sujeto, situación y materia (competencia material). Cfr. Ross, A.: *Lógica de las normas*. Ed. Tecnos, Madrid, 1971, pp. 93 y 123.

foque formal que no descuide la dicotomía, ya indicada anteriormente, proceso/producto, es decir, el binomio: proceso de creación y el resultado. Que un acto o un hecho sean capaces de producir Derecho depende de la existencia de normas que vinculen a la realización del acto o al acaecimiento de un hecho una peculiar consecuencia jurídica: el nacimiento de una norma jurídica. El que un acto o un hecho puedan considerarse como fuentes del Derecho, dependerá de un género especial de normas, las *normas de competencia*, dentro de las cuales se encuadran las *normas sobre la producción jurídica*.

122

No puede considerarse que un acto o un procedimiento creen una norma si tal acto o procedimiento no está establecido en otra norma. Si un acto y un procedimiento crean una norma son, por tanto, su *fuentes*. La norma que establece el carácter creador de tal acto o procedimiento, es también su *fuentes*. En la doctrina italiana las *normas sobre la producción jurídica* se suelen denominar como *metanormas*, indicando con ello que trata de normas de un nivel distinto que aquéllas por ellas creadas. Esto supuesto, se ha de distinguir entre *I. fuentes acto* y *II. fuentes norma*. Entre ambas se da una estrecha relación: *la fuentes acto* es la ejecución de la *fuentes norma*, es decir, no hay acto de producción normativa dentro de un sistema jurídico si tal acto no se encuentra autorizado por una *metanorma de competencia* del mismo sistema jurídico (18).

Las normas jurídicas son válidas cuando forman parte de un ordenamiento, cuando son creadas teniendo en cuenta

(18) "Los actos normativos son regulados al menos por dos tipos de *metanormas*:

(a) De un lado las *metanormas* de competencia: o sea, normas que confieren a un cierto sujeto la función, la autoridad, la competencia o el poder de producir normas jurídicas dentro de ciertos límites materiales.

(b) De otro lado, *metanormas* de procedimiento: o sea, normas de conducta que establecen el procedimiento a través del cual la competencia normativa en cuestión debe ser ejercitada". GUASTINI, R.: *Dalle fonti alle norme*, ed. Giappichelli, Torino, 1992, p. 212.

los propios criterios de producción de normas que el ordenamiento establece. Los criterios para juzgar la pertenencia de una norma a un ordenamiento vienen determinados por el ordenamiento mismo. En este sentido, WRÓBLEWSKI ha desarrollado el concepto de *validez sistémica*, donde la validez de una norma está determinada por la *pertenencia* a un *sistema jurídico* (validez = pertenencia). Conforme a este planteamiento, una norma N es válida, es decir, pertenece al *sistema jurídico* S_j , si y sólo si:

(1) N ha sido promulgada conforme a una norma válida en el sistema S_j ;

(2) N no es derogada por normas válidas en el sistema S_j ;

(3) N es coherente con las normas válidas en el sistema S_j ;

(4) Si N no es coherente con las normas válidas en el sistema S_j , entonces: o bien no pierde su validez según las reglas aceptadas en materia de conflicto de normas, o bien N es interpretada de modo que deja de ser no coherente (incoherente) con las normas en cuestión;

(5) N es una consecuencia formal aceptada de normas válidas en S_j ;

(6) N es una consecuencia interpretativa aceptada de normas válidas en el sistema S_j (19).

De ahí que pertenecerán al sistema jurídico S_j no sólo las normas formuladas o disposiciones, sino también las **consecuencias formales** de tales disposiciones y las **consecuencias interpretativas**. Estas últimas dependerán de las directivas de interpretación jurídica usadas para encontrar un significado de la norma interpretada, o para justificar una decisión interpretativa (20). Estas directivas interpretativas pueden ser:

(19) WRÓBLEWSKI, J.: "Validità e struttura del sistema giuridico. Metateoria e Teoria Pura del Diritto", en GIANFORMAGGIO, L. (comp.), *Sistemi normativi statici e dinamici, analisi di una tipologia kelseniana*, ed. Giappichelli, Torino, 1991, p. 308.

(20) WRÓBLEWSKI, J.: "Tre concetti di validità", en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1982, pp. 584-595.

a) *Lingüísticas*, por ejemplo:

— “Si no hay razones en contra, los términos legislativos mantendrán el significado que tienen en el lenguaje común.”

— “Si no hay razones suficientes en contra, a los términos idénticos se les atribuirá significados idénticos.”

b) *Sistémicas*, por ejemplo:

— “A una regla jurídica no debe atribuírsele un significado que la haga contradictoria con otra regla perteneciente al sistema.”

— “A una regla debe atribuírsele el significado que sea más consistente y más coherente con un principio jurídico.”

c) *Funcionales*, por ejemplo:

— “A una regla jurídica debe atribuírsele el significado que se deduce de la finalidad que persigue la institución a la que pertenece la regla.”

— “A una regla jurídica debe atribuírsele un significado concorde con la intención del legislador contemporáneo.”

124

Señalemos aquí que en el ordenamiento español existen positivamente formulados unos criterios hermenéuticos básicos en materia de interpretación formulados en el artículo 3,1 del Código civil (21). Ahora bien, al intérprete no se le indica regla alguna para el uso de las distintas directivas interpretativas señaladas. De ahí que estas directivas interpretativas de *primer grado* (lingüísticas, sistémicas y funcionales), deben venir acompañadas de directivas de *segundo grado* que indiquen cómo proceder con las de *primer grado*.

Si el intérprete puede manejar libremente las directivas interpretativas lingüísticas, sistémicas y funcionales, lo hará guiándose por criterios valorativos, con lo cual las directivas de *segundo grado* se apoyarán en los valores que asume el intérprete.

(21) “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.”

El intérprete tendrá que manejar: 1) el material normativo vinculante, es decir, las fuentes del Derecho reconocidas (disposiciones); 2) las directivas interpretativas; 3) las opciones valorativas; éstas, señala WRÓBLEWSKI, determinan los valores presupuestos en la elección de las directivas de interpretación y los valores necesarios para utilizar al menos una de las directivas interpretativas (22).

2. Centraré ahora mi atención sobre las diversas concepciones de la interpretación jurídica.

GIANFORMAGGIO (23) ha indicado cómo de la “interpretación” se puede hablar en tres planos: *noético*, *lingüístico* y *dianoético* (24). El término *dianoético* se utiliza para designar el pensamiento discursivo, el pensar que procede por razonamiento, mientras que *noético* es el pensamiento intuitivo, es decir, la captación intelectual inmediata de una realidad inteligible.

De otra parte, es habitual hablar de “interpretación” tanto para referirnos a una *actividad* como al *producto* de esa actividad. Pues bien, combinando los tres planos indicados con las dos formas de ver la interpretación podemos obtener la siguiente tabla (25):

	Noética	Lingüística	Dianoética
Actividad.....	1.1	1.2	1.3
Producto.....	2.1	2.2	2.3

(22) WRÓBLEWSKI, J.: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 70.

(23) GIANFORMAGGIO, L.: “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 4, Alicante, 1987, pp. 90 y ss.

(24) Las explicaciones que a continuación haré siguen fielmente los trabajos de ATIENZA, M.: “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Tomos XIII-XIV, 1996-1997, Madrid, pp. 466 y ss., y de GIANFORMAGGIO, L.: *op. cit.*

(25) La tabla y la explicación que sigue está tomada de GIANFORMAGGIO L.: *op. cit.*, y ATIENZA, M.: *op. cit.*, p. 466.

He aquí una breve explicación de la misma:

1.1 es el fenómeno mental de la atribución de significado. Se trata de una aprehensión, una comprensión, un entender. 1.2 es la adscripción de un significado a una disposición. Es la enunciación de un enunciado interpretativo. 1.3 es el tipo de actividad que se dirige a elucidar el significado de un enunciado; es decir, es un razonamiento, una justificación, una argumentación.

2.1 es un significado, lo que se entiende o se ha entendido; 2.2 es también un significado pero sólo si se dan las condiciones de validez del acto; 2.3 no es un significado, y no es una adscripción de significado, sino que es un enunciado o una proposición del tipo S ha de entenderse como S' (tiene el significado S'), y es la conclusión de un argumento.

126

Tras esta esquemática introducción, sobre la que volveré más adelante, procederé a continuación a exponer, sucintamente, aunque con más detalle, las concepciones básicas de los juristas sobre la interpretación que considero básicas.

En sentido *estricto*, “interpretación” se utiliza para referirse a la atribución de significado a un documento normativo en caso de dudas en torno a su ámbito de aplicación. Un texto normativo, se afirma, exige interpretación sólo cuando su significado es controvertido u oscuro, es decir, cuando se duda sobre si es aplicable a un concreto supuesto de hecho.

Este modo de usar el término “interpretación” se fundamenta, como señala GUASTINI (26), sobre una u otra de las dos afirmaciones siguientes:

1.^a Se debe distinguir entre dos tipos de formulaciones normativas. De un lado, existen formulaciones normativas cuyo significado es claro y no discutido. De otra parte, existen formulaciones normativas cuyo significado es equívoco y

(26) GUASTINI, R.: *Le Fonti del Diritto e l'interpretazione*, ed. Giuffré, Milán, 1993, pp. 323 y ss.

suscitan dudas razonables. Sólo las formulaciones del segundo tipo requieren interpretación.

2.^a Debe distinguirse también entre dos tipos de supuestos de hecho. Por una parte, se dan supuestos de hecho a los cuales una determinada norma se aplica de forma pacífica; por otra, se dan supuestos de hecho en los cuales la aplicación o no de una norma suscita dudas y polémicas. Los supuestos de hecho mencionados en primer lugar dan lugar a casos “claros”; los indicados en segundo lugar dan lugar a casos “difíciles”; y, por tanto, no se produce interpretación siempre que se resuelve un caso claro.

En sentido *amplio*, el término “interpretación” se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa con independencia de las dudas o polémicas que suscite. Cualquier decisión sobre el significado de un texto normativo, sea “claro” u “oscuro”, constituye una interpretación. Incluir o excluir un determinado supuesto de hecho del campo de aplicación de una cierta formulación normativa aunque la cuestión sea pacífica, requiere una interpretación. Desde este punto de vista, se produce interpretación no ya en presencia de casos “difíciles”, sino en presencia de cualquier caso: la interpretación es el presupuesto necesario de la aplicación del Derecho.

GUASTINI indica otro modo de entender la interpretación; se trata de la interpretación como *traducción*. “Traducir” significa reformular un texto en un lenguaje distinto de aquel en que fue formulado. En Derecho, la interpretación es típicamente reformulación de textos normativos de las fuentes: “Como la traducción, consiste en la producción de un enunciado en una determinada lengua, que el traductor asume como sinónimo de un enunciado distinto, pero en otra lengua; así en la interpretación jurídica el intérprete produce un enunciado, que pertenece a su lenguaje, que él asume como sinónimo de otro enunciado diverso perteneciente al lenguaje de las fuentes” (27).

(27) GUASTINI, R.: *op. cit.*, p. 328.

Como se ha indicado anteriormente, con el término “interpretación” designamos tanto el *producto*, el nuevo texto elaborado, como a la *actividad* desplegada sobre el texto para justificar el nuevo texto producido. Por lo tanto, la “interpretación” puede verse como un tipo de relación que se da entre un texto, un sujeto, el intérprete, y un nuevo texto

TEXTO \longleftrightarrow Intérprete \longleftrightarrow Nuevo TEXTO

En este punto concreto es donde, habitualmente, se distingue entre “*enunciado interpretado*” y “*enunciado interpretativo*”. Se denominan enunciados interpretativos a aquellos que atribuyen, por parte del intérprete, un significado a un texto normativo. Estos enunciados pueden ser usados de dos formas muy distintas: 1) un “enunciado interpretativo” puede utilizarse para interpretar en sentido estricto, es decir, para adscribir significado a un documento o texto normativo. 2) De otro lado, un “enunciado interpretativo” puede ser usado para referirse a la interpretación realizada por otros intérpretes, esto es, para transmitir una información referente al significado atribuido por diferentes intérpretes al texto normativo. En el primer caso, estamos ante un *discurso interpretativo*; en el segundo, ante un *discurso descriptivo de interpretaciones*.

128

Así como el texto traducido debe ser cuidadosamente distinguido de su traducción, de igual modo el lenguaje del texto interpretado debe distinguirse del enunciado o enunciados lingüísticos resultantes de la interpretación (28).

Esto supuesto, se puede entender que adoptar uno u otro de estos dos primeros conceptos de “interpretación” conlle-

(28) Por esta razón, es “altamente inoportuno designar indiferentemente con el mismo nombre de ‘norma’ tanto al texto interpretado (la disposición, como se suele decir), como al resultado de la interpretación (el significado adscrito al texto)”. GUASTINI, R.: *op. cit.*, p. 328.

va ofrecer diversas representaciones de la actividad de los juristas.

En concreto, quien adopta el primer concepto de interpretación estará inclinado a dejar de lado el componente volitivo o decisorio de las operaciones doctrinales y jurisprudenciales. Este modo de ver las cosas, de hecho, asume que existen fuentes “claras” y fuentes “oscuras”, lo que sugiere que sólo la atribución de significado a una fuente “oscura” o de significado equívoco exige valoraciones, elecciones y decisiones, mientras que la atribución de significado a una fuente “clara” sería una actividad puramente cognoscitiva, consistente en descubrir un significado preexistente en un cierto texto y no decidir qué significado convenga a ese texto concreto.

Tal planteamiento descansa en la tesis falaz según la cual las palabras tienen un significado “propio” o intrínseco (recuérdese el art. 3.1 del C.c.), es decir, un significado independiente preconstituido a los modos de usar y entender las palabras. Cada palabra “tiene su significado”: no son los hombres quienes le atribuyen un significado. Es decir, frente a la aseveración de que “el significado de una palabra depende del *uso* que de ella se hace en el lenguaje” (WITTGENSTEIN y con él toda la teoría pragmática del significado), se opone la idea de la existencia de un significado “propio” de las palabras, este significado “propio” reflejaría la presunta esencia real única de las entidades a que se refieren las palabras (esencialismo lingüístico); estamos, pues, en presencia de una “sustancialización” de los términos lingüísticos a los que la *teoría lingüística* ha hecho justicia hace tiempo. Eso sin contar con el hecho de que *son los enunciados o disposiciones y no las palabras individuales lo que integra el objeto de la interpretación*, y que hablar de “significado propio” de los enunciados es aún más difícil.

Quienes adoptan el segundo concepto de “interpretación” quieren destacar que atribuir un significado a un texto siempre exige valoraciones, elecciones y decisiones. En ningún

caso la interpretación así entendida puede ser representada como una actividad puramente cognoscitiva. “Y esto por la buena razón de que no existe algo así como «el significado propio» de las palabras: las palabras sólo tienen el significado que les viene atribuido por quien las utiliza y/o por quien las interpreta” (29). Por tanto, el significado de un texto es contingente y mutable y depende en buena medida y en cada caso del intérprete.

Por otro lado, hay que señalar que la distinción entre textos “claros” y textos “oscuros” no se refiere a las cualidades intrínsecas de un texto, anteriores a la interpretación; son ellas mismas fruto de la interpretación, entendida en un sentido amplio como adscripción de un significado a un texto.

130 Advertir, por último, que aquellos que adoptan el concepto estricto de interpretación, tienden a identificar habitualmente textos legislativos y normas de manera que siempre hay una norma preexistente a la actividad interpretativa.

3. Anteriormente he hablado de las *consecuencias interpretativas*, ahora es preciso clarificar qué se entiende por tales. Para esclarecer este concepto, es imprescindible, en mi opinión, introducir una serie de precisiones que ayudarán a su mejor comprensión.

I. La primera de ellas se refiere a la distinción entre *disposición* y *norma*.

Entenderemos por *disposición* todo enunciado que forme parte de un documento normativo y por *norma* el significado que se atribuye a una *disposición*. En este sentido, aquí adoptaremos la estipulación, por otra parte, ampliamente difundida, según la cual *una norma es bien el resultado de una inferencia lógica, o bien el resultado de la interpretación de una disposición* (una consecuencia interpretativa).

(29) GUASTINI, R.: *op. cit.*, p. 329.

La *disposición* es un texto o un enunciado pendiente de interpretación. La *norma* no puede ser identificada con el texto legislativo, ya que ella no es otra cosa que el significado atribuido al texto. TARELLO (30) ha señalado que la *norma* no “tiene” un significado por el simple hecho de que “es” un significado; y GUASTINI ha escrito: “las disposiciones son enunciados lingüísticos completos que deben ser interpretados para formular una norma” (31). Es ahí, en la interpretación, donde radica la línea divisoria entre *disposición* y *norma*. Para este último autor, la *disposición* es parte de un texto pendiente de interpretación, mientras que la *norma* es ya un texto interpretado por lo que la *disposición* es el objeto de la interpretación y la *norma* es el producto de la interpretación. Tal distinción entre *disposición* y *norma* es parangonable a la que se establece en lógica entre un *enunciado* y una *proposición*, entendida esta última como el significado del enunciado.

Sin embargo, la definición de *disposición* que hemos ofrecido puede dar a entender que la actividad interpretativa se sitúa por completo entre (“en medio de”) la *disposición* y la *norma*, es decir, que la *disposición* sería el punto de partida de la interpretación y la *norma* el punto de llegada. Este sería un planteamiento equivocado. Para reconocer una *disposición qua disposición* y en general, para reconocer un enunciado *qua* enunciado, es necesario llevar a cabo, aunque sea inconscientemente, una actividad interpretativa previa (32).

Por otro lado, la interpretación implica una *transformación* (33) de las *disposiciones* en *normas*.

(30) TARELLO, G.: *Diritto, enunciati, usi*. Ed. Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 399-400.

(31) GUASTINI, R.: *Della fonti alle norme*. Ed. Giappichelli, Torino, 1992, pp. 15 y ss.

(32) COMANDUCCI, P.: *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. Ed. Fontamara. México, 1999, p. 33.

(33) Como ha escrito PECZENICK, en contextos jurídicos, “tiene lugar una *transformación* (un “salto”) sí, y sólo sí, se satisfacen las siguientes condiciones: 1) se aduce la proposición *p* como justificación de la proposición *q*; pero 2) *p* no implica

En la interpretación jurídica estamos en presencia de dos lenguajes: el *lenguaje objeto* de la interpretación y el *lenguaje producto* de la interpretación, es decir, el conjunto de enunciados producidos por el intérprete. En consecuencia, llamaremos *disposición* al lenguaje objeto y *norma* al lenguaje producto. En definitiva, *disposición* será todo enunciado que forme parte de un documento normativo vinculante para el intérprete y *norma* el significado que se atribuye a una disposición obtenida a través de la interpretación (34). El siguiente esquema pretende ilustrar la *transformación* realizada a través de la interpretación:

deductivamente q ; 3) la transformación de p en q no puede convertirse en deductiva mediante la adición de una proposición analítica”.

La fórmula más simple de *transformación* es pTq , por tanto, p o q pueden consistir en una pluralidad de proposiciones, siendo a veces necesario una fórmula más compleja del tipo $(p_1, p_2, p_3, \dots, p_n) T (q_1, q_2, q_3, \dots, q_n)$.

132

PECZENICK, A.: “Rationality of Legal Justifications”. En *ARSP*, n.º 68, vol. 2, pp. 140 y ss.

El mismo autor distingue entre *transformación “en el” Derecho* y *transformación “en” Derecho*. Esta última se da “cuando se llega a una conclusión relativa al Derecho válido a través de una transformación de premisas, ninguna de las cuales expresa o menciona el Derecho válido. A partir de hechos y de un «deber ser» (Sollen) no jurídico se pasa, mediante una regla de transformación, a un «deber ser» jurídico”. PECZENICK utiliza aquí la expresión “Derecho válido” en el sentido de que esta locución presupone la existencia de *cráterios (no jurídicos, morales, políticos, etc.) para identificar el Derecho*.

Por el contrario, una *transformación “en el” Derecho* se da “cuando una conclusión relativa al Derecho válido es derivada mediante una transformación, de un conjunto de premisas, una de las cuales, al menos, expresa o menciona el Derecho válido”. PECZENICK ejemplifica así el “modelo simple” de transformación jurídica:

$$p T_1 q T_2 r$$

Donde:

p = hechos y valores no jurídicos;

T_1 = transformación “en” Derecho;

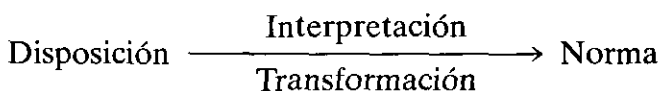
q = validez normativa del ordenamiento jurídico, de su constitución y también de algunas fuentes del Derecho independientes;

T_2 = transformación “en el” Derecho;

r = validez jurídica de otras fuentes del Derecho, reglas jurídicas no escritas, principios y de otros enunciados que expresan un deber jurídico”.

Cfr. AARNIO, A., ALEXY, R., PECZENICK, A.: “The Foundation of Legal Reasoning”. En *Rechtstheorie*, n.º 12, 1981, pp. 133 a 158.

(34) IGARTÚA SALAVERRÍA, J.: *Márgenes y límites en la aplicación del Derecho*. Librería Carmelo, Facultad de Derecho, Donostia, 1992, p. 25.



Fuentes-Disposición	F.D
Directivas de interpretación.....	D.I
Valoración de las directivas.....	V.D
Valores del intérprete.....	V.I
Argumentación interpretativa	A.I
<div style="display: flex; justify-content: space-between;"> Resultado I_i = Norma </div>	

II. En segundo lugar, es preciso destacar que con la expresión *consecuencias interpretativas* se quiere poner de relieve que tales consecuencias no son el producto de un razonamiento estrictamente deductivo, es decir, no responden a los esquemas de una rigurosa inferencia lógica. Lo cual no significa que sean ilógicas e irracionales. Una inferencia lógica es una relación formal, lo que garantiza el paso de las premisas a la conclusión son reglas de carácter formal, en el sentido de que su aplicación no exige entrar a considerar el contenido de verdad o corrección de las premisas.

La idea de *consecuencia interpretativa* se refiere a cómo pasar del enunciado a interpretar al enunciado interpretado a través de enunciados interpretativos. El procedimiento a través del cual se verifica este paso no es otro que la utilización de las directivas de interpretación, los métodos o cánones de interpretación y sobre todo, y especialmente, la *argumentación interpretativa* (35). Sin embargo, en el razona-

(35) Para GIANFORMAGGIO, la argumentación interpretativa es un camino que une dos lugares y *estos dos lugares no pueden ser otra cosa que enunciados interpretados*. “El lugar de partida, es decir, *la premisa* del argumento interpretativo, no puede ser un signo. Un signo no puede ser la premisa de un argumento”. Y puesto que las *argumentaciones interpretativas no pueden tener signos como premisas y significados como conclusiones*, “se sigue que el hecho de que una relación signo/significado no tenga carácter lógico no dice nada acerca de los caracteres que pueda o no tener una argumentación interpretativa”. De igual modo, la *conclusión* de un argumento interpretativo no puede ser más que enunciados interpretados. GIANFORMAGGIO, L.: *op. cit.*, pp. 94-95.

miento jurídico el paso de las premisas a la conclusión no tiene las propiedades características de una inferencia lógica, puesto que dicho paso se realiza a través de *transformaciones* no estrictamente deductivas (36).

Por otra parte, se suele entender desde las llamadas *teorías de la justificación racional de las decisiones jurídicas* (habitualmente denominadas teorías de la argumentación jurídica), que una argumentación interpretativa correcta es aquella cuyo resultado resulta ser el más razonable, esto es, el resultado que se llega tras la ponderación de los criterios y directivas de interpretación y los argumentos de justicia material válidos para una *auditorio racional universal* (37).

PERELMAN opone a la demostración lógica la adhesión fundada en el acuerdo justificado, esto es, en el carácter racional de la adhesión. El jurista no puede *demostrar* sus decisiones, pero sí *justificarlas*. Mientras la demostración se apoya en la verdad, la justificación se funda en la aceptación de los argumentos por parte de los interlocutores; la justificación se consigue cuando se alcanza el consenso generalizado de los interlocutores, a los que PERELMAN denomina “el auditorio”, formado por el conjunto de personas sobre las que el jurista quiere influir con su argumentación. La justificación se articula a través de la argumentación, que puede ser *persuasiva*, cuando sólo pretende influir en un “auditorio particular”, y *convinciente*, cuando intenta convencer a un “auditorio universal”. Por tanto, *persuasión y convicción*

(36) PECZENICK, A.: *op. cit.*

(37) Para Ch. PERELMAN, sólo será argumentación racional y objetiva aquella que pretende ser válida para un auditorio universal compuesto por todos los seres humanos o, al menos, por todos los seres dotados de razón, es decir, por el conjunto de la humanidad, o al menos por todos los hombres adultos y normales.

“Por otro lado, en Perelman hay otra noción de auditorio universal que se inspira en el imperativo categórico kantiano y que se formula así: «Debes comportarte como si fueras un juez cuya *ratio decidendi* deba proporcionar un principio válido para todos los hombres». De otra parte, “un buen argumento (un argumento fuerte) es el que valdría frente al auditorio universal”. Cfr. ATIENZA, M.: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ed. CEC, Madrid, 1991, pp. 89-90.

son conceptos opuestos en función de su diferente finalidad. A la persuasión le interesa primordialmente el resultado de conseguir fácticamente la adhesión de un “auditorio particular”; a la convicción, el carácter racional de la adhesión de “todo ser racional”. La argumentación es convincente cuando es universalizable, es decir, aceptable por todos los miembros del “auditorio universal”.

Las directivas tienen una doble función: *heurística*, muestran cómo pasar del enunciado a interpretar al enunciado interpretativo y, al mismo tiempo *justifican* (función justificatoria) ese paso. No se da, por tanto, una estricta relación deductiva entre el enunciado a interpretar y el enunciado interpretado.

De igual forma, los valores inciden de manera decisiva en el proceso interpretativo en un doble sentido: a) los fines y valores admitidos por el propio ordenamiento jurídico (la “moral interna del Derecho”, en feliz expresión de FULLER), vgr., la igualdad, la seguridad jurídica, la libertad, el pluralismo político, etc.; b) los valores asumidos por el intérprete en todo el proceso de precomprensión del Derecho y de la norma. Finalmente, tiene que darse una coherencia valorativa entre ambos para que el resultado del proceso interpretativo sea razonable y equitativo, es decir, para que las consecuencias interpretativas resulten jurídica y socialmente aceptables para un auditorio racional universal. “En la interpretación y en la aplicación de la ley se busca una solución que sea no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable. En una palabra: que pueda ser al mismo tiempo justa y conciliable con el Derecho en vigor. La solución buscada no sólo debe poder insertarse en el sistema, sino también revelarse como social y moralmente aceptable para las partes y para el público ilustrado (38).

(38) Cfr. PERELMAN, Ch.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Ed. Civitas, Madrid, 1979, p. 178.

Quienes sostienen estos planteamientos asumen que una *consecuencia interpretativa*, y por tanto, una argumentación interpretativa, implica una *transformación*, un *salto no deductivo* en la elección de la opción interpretativa y, en consecuencia, en la solución jurídica del caso. “Incluso habiéndose fijado estrictamente las premisas de la interpretación, la solución jurídica suele conllevar transformaciones no deductivas: un salto, un paso final no deductivo. La causa inmediata de este salto no deductivo estaría determinada por la «textura abierta» del lenguaje jurídico, por el hecho de que las reglas de interpretación no forman un conjunto cerrado y su aplicación es susceptible de controversias, además, hay que tener presente el sistema axiológico del intérprete” (39).

En consecuencia, el intérprete *transforma* (40) el Derecho legal en Derecho interpretado. Y es al intérprete al que se le requiere y exige una justificación razonable de una determinada interpretación, especialmente si este intérprete está dotado de autoridad, como es el caso del juez. “La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pue-

(39) CALVO GARCÍA, M.: *Teoría del Derecho*. Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 120. Del mismo autor, cfr.: *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica*. Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 230.

Vid. al respecto, especialmente, sobre la idea de “transformación” y de “salto no deductivo”, PECZENIK, A.: *On Law and Reason*, Ed. Kluwer, Dordrecht, 1989. Véase igualmente la obra de AARNIO, A.: *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Ed. CEC, Madrid, 1991.

(40) “El resultado de la interpretación se sigue de las fuentes del Derecho cuando ellas son usadas de la manera requerida por las reglas de interpretación. Así, el punto de partida del proceso interpretativo es el siguiente:

$$F \xrightarrow{\text{TR}} I_i$$

En esta fórmula, la letra F se refiere a las fuentes del Derecho; I_i a la alternativa de interpretación elegida y TR a la transformación”. Cfr. AARNIO, A.: *Lo racional como razonable, op. cit.*, p. 121.

da tener” (41). Se insiste, pues, en que las *transformaciones* sean justificadas racionalmente, admitiendo, sin embargo, que no existen reglas de justificación capaces de producir una y sólo una única conclusión.

La hermenéutica filosófica nos ha mostrado que el mismo intérprete parte ya de una experiencia y es poseedor de una precomprensión (unidad de significado entendida previamente), desde la que cuestiona el texto a interpretar. Todo intérprete pretende algo y el resultado de su interpretación será algo, un nuevo sentido o un nuevo significado, con la pretensión de poder ser aceptado por la comunidad jurídica y por la sociedad, frente a otras interpretaciones posibles.

Desde estas premisas, se revaloriza y cobra un papel primordial la posición del intérprete; su labor ya no es la de simple “mediador” entre unas premisas y una conclusión, siguiendo ciertas reglas de inferencia lógica. Aquí cobra toda su fuerza la actividad intelectual del intérprete con todo lo que ello implica: ubicación del intérprete en una determinada “tradicción”, lo que conlleva la existencia de una “precomprensión” y la presencia de unos pre-juicios (42) y de unos concomitantes juicios de valor. El intérprete y su subjetividad se convierten, así, en el eje de todo el proceso interpretativo y, precisamente por ello, para compensar este presunto déficit de “objetividad”, se exige al intérprete que esté en condiciones de suministrar una interpretación justificada, es decir, que su interpretación será aceptable racionalmente en la medida en que está justificada con la fuerza de un proceso argumentativo.

La teoría de los *sistemas normativos* desarrollada por ALCHOURRON y BULYGIN resulta un instrumento extremadamente útil para analizar una determinada concepción del sistema y de las fuentes del Derecho. Para estos autores el sistema

(41) Cfr. AARNIO, A.: *op. cit.*, p. 29.

(42) Los términos “tradicción”, “precomprensión” “pre-juicios”, provienen de la hermenéutica filosófica de H. G. Gadamer.

es entendido, siguiendo a TARSKI, como sistema *deductivo*, es decir, como un conjunto de enunciados que contienen todas sus consecuencias lógicas. De ahí que un *sistema normativo* es un conjunto de enunciados tales que entre sus consecuencias hay al menos una norma. No se exige, por tanto, que en el conjunto haya solamente normas.

De otra parte, si el *orden jurídico* es entendido como un conjunto de normas, resulta claro que no puede cambiar sin perder su identidad, ya que cada vez que se cree una nueva norma o se derogue una norma perteneciente al orden, obtendremos un nuevo conjunto, distinto del originario (43).

Lo anterior implica que un sistema dinámico, como lo es el jurídico, no puede ser un conjunto de normas, sino una familia de conjuntos de normas o, más precisamente, una secuencia *temporal* de conjuntos de normas. Para explicar estos dos aspectos, el *estático* y el *dinámico*, estos autores han propuesto la distinción entre *sistema jurídico*, como conjunto de normas, y *orden jurídico*, como secuencias de sistemas jurídicos (44).

Un primer problema que se plantea es el de determinar la *base axiomática* del sistema. “Los juristas llaman *válidos* a los enunciados que se consideran admisibles para figurar en la base de un sistema jurídico y también a las consecuencias de tales enunciados. Para identificar los enunciados válidos usan los juristas ciertos criterios que llamaremos *criterios de identificación*”. Los criterios de identificación esta-

(43) BULYGIN, E.: “Dogmática Jurídica y Sistematización del Derecho”, en *Análisis Lógico y Derecho*, ed. CEC, Madrid, 1991, p. 476. “Es bien sabido que los sistemas jurídicos son dinámicos; esto quiere decir que están sujetos a cambios en el transcurso del tiempo. Si un sistema jurídico es un conjunto de normas (clausurado bajo la operación de consecuencia lógica), entonces es claro que todo cambio de un sistema es reemplazo de un sistema por otro. En este sentido, un orden jurídico puede ser considerado como una secuencia temporalmente ordenada de sistemas sucesivos”.

(44) “Por ‘sistema jurídico’ entenderé un conjunto de normas válidas en un cierto momento conforme a algunos criterios de pertenencia, mientras que la expresión ‘orden jurídico’ será siempre usada para referirse a una secuencia de sistemas jurídicos”. BULYGIN, E.: “Tiempo y validez”, en *op. cit.*, p. 197.

blecen qué requisitos debe reunir un enunciado jurídico para que sea válido. La noción de validez es, por tanto, relativa a uno o varios criterios de identificación. Los criterios de identificación comprenden dos tipos de reglas: a) *reglas de admisión*, que estipulan las condiciones bajo las cuales un enunciado es válido, y b) *reglas de rechazo*, que establecen cuándo un enunciado de Derecho, válido de acuerdo con las reglas de admisión, deja de serlo. Las *reglas de admisión* señalan las distintas *fuentes* de producción del Derecho (45).

Los *criterios de identificación* suelen expresarse en *reglas de admisión*; éstas pueden considerarse como *normas de competencia* que establecen una condición suficiente para que un enunciado sea jurídico (46), determinando que los enunciados normativos que provengan de una *autoridad normativa A*, que hayan sido creados con arreglo al procedimiento *P* y referentes a la materia *M* son válidos.

Ahora bien, si consideramos los sistemas jurídicos como sistemas deductivos, es decir, como conjuntos de enunciados que contienen todas sus consecuencias lógicas, habrá que admitir que forman parte del sistema jurídico todos aquellos enunciados que sean *consecuencias lógicas* de la base axiomática del sistema; por lo tanto, el sistema jurídico estará integrado por: a) *normas independientes* o no derivadas de ninguna otra norma; b) *normas formuladas*, es decir, disposiciones aprobadas por el poder legislativo, pongamos por caso; y, c) *normas derivadas*. Por *normas derivadas* entenderemos, según estos autores, aquellas normas que son *consecuencias lógicas* (47) de otras normas del sistema. Mientras

(45) ALCHOURRON, C., y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 119.

(46) En este sentido, HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, ed. PPU, Barcelona, 1989, pp. 162 a 165.

(47) En este contexto la noción de *consecuencia lógica* se opone a la de *consecuencia interpretativa*. Las primeras son producto de estrictas inferencias lógicas, las segundas son el resultado de transformaciones no deductivas y de procedimientos argumentativos.

que las *normas formuladas* están expresamente consagradas en el sistema, las *derivadas* son consecuencia lógica de aquéllas y pertenecen al sistema aunque no hayan sido creadas expresamente por el legislador.

Esto supuesto, un ejemplo puede contribuir a aclarar todo lo dicho anteriormente. Una *regla de admisión* que instituye la legislación como fuente de enunciados válidos, puede tener la siguiente forma:

1. Todos los enunciados que pertenecen al conjunto C (una Constitución) son válidos.

2. Si existe un enunciado válido que autoriza a una autoridad normativa x a formular el enunciado p , y x ha formulado p , entonces p es válido.

3. Todos los enunciados que son consecuencia (se infieren) de los enunciados válidos, son válidos.

“Las reglas a), b) y c) constituyen, conjuntamente, una definición recursiva de «enunciado válido»”.

“Como se advertirá fácilmente, la regla b) hace expresa referencia a las normas de competencia (normas que autorizan a formular enunciados válidos); para establecer la validez de un enunciado es necesario, por consiguiente, conocer el contenido de ciertas normas de competencia (con la excepción en que la regla a es suficiente por sí sola, es decir, cuando se trata de los enunciados constitucionales mismos)” (48).

CARACCILO diseña dos modelos o criterios de *pertenencia* de las normas a un sistema jurídico (49). Tales criterios son: 1) el de *deducibilidad* y, 2) el de *legalidad*.

El criterio C1 (deducibilidad) puede formularse así: “Si N pertenece a S, y N1 es una consecuencia lógica de N, entonces N1 pertenece a S”.

El criterio C2 (legalidad), puede formularse como sigue: “Si N pertenece a S, y N autoriza a X la promulgación de

(48) ALCHOURRON C., y BULYGIN, E.: *op. cit.*, pp. 120-121.

(49) CARACCILO, R.: *El sistema jurídico. Problemas actuales*. Ed. CEC, Madrid, 1988, pp. 57 y ss.

N1, y X ha promulgado N1, entonces N1 pertenece a S”.

CARACCILO diseña cuatro modelos analíticos de pertenencia, el primero, *el modelo 1 (M1)*, se define por la relación de *deducibilidad* e indica una condición necesaria y suficiente de pertenencia al sistema de normas *dependientes*. Sólo se admitirían en el sistema S aquellas normas que sean consecuencias lógicas de S, e inversamente, todas las consecuencias lógicas de S pertenecen a S, esto es, son normas válidas. *El modelo 2 (M2)* se define por su relación con el criterio de *legalidad*, establece una condición suficiente y necesaria de pertenencia de normas *dependientes*. La utilización de este modelo conduce a un sistema ordenado jerárquicamente, que prescinde de los contenidos de las respectivas normas. *El modelo 3 (M3)* se constituye por la *conjunción* de los criterios de *legalidad* y de *deducibilidad*, cada uno de los cuales enuncia una condición necesaria, *pero no suficiente* de pertenencia. Esto significa que una norma dependiente pertenece al sistema, si, y sólo si, es el resultado de un acto de promulgación autorizado por otra norma del sistema y, además, es una consecuencia lógica de otras normas pertenecientes al mismo. *El modelo 4 (M4)* establece que cualquiera de ambos criterios constituye una condición suficiente, *pero no necesaria*, de pertenencia de las normas a un sistema. Conforme a este criterio, probado que la norma N emitida por la autoridad X se deduce del sistema S, entonces N pertenece a S, con independencia de la legalidad o ilegalidad del acto de emisión, de manera que aun en el supuesto de tratarse de un acto prohibido, su resultado cuenta como norma válida; y a la inversa, probado que X está autorizado por una norma de S para emitir N, es indiferente para decidir su pertenencia determinar su contenido. Salvo que, para una categoría de normas, se incluya entre las condiciones de legalidad, la emisión de sus consecuencias lógicas (50).

(50) CARACCILO, R.: *op. cit.*, p. 66.

Los criterios de *deducibilidad* y de *legalidad* son insuficientes para dar cuenta de la pertenencia de *todas* las normas del sistema, pues presupone que el sistema ya tiene normas, cuya pertenencia no depende de ninguno de los dos criterios, tales normas serían *normas independientes* (51). Todo ordenamiento jurídico tiene que originarse en un sistema de *normas independientes* $[N_1, N_2...N_3]$ al que denominaremos primera constitución. Esto supuesto, BULYGIN ha propuesto el siguiente criterio de identificación de un ordenamiento jurídico determinado O_i :

1. El conjunto de las normas $[N_1, N_2...N_3]$ es el sistema originario (primera constitución) de O_i .

2. Si una norma N_j es válida en un sistema S_t , que pertenece a O_i , y N_j faculta a la autoridad x a promulgar la norma N_k y x promulga en el momento t la norma N_k , entonces N_k es válida en el sistema S_{t+1} (es decir, en el sistema correspondiente al momento siguiente a t) y S_{t+1} pertenece a O_i .

3. Si una norma N_j es válida en un sistema S_t , que pertenece a O_i , y N_j faculta a la autoridad x a derogar la norma N_k que es válida en S_t y x deroga N_k en el momento t , entonces N_k no es válida en el sistema S_{t+1} (correspondiente al momento siguiente a t) que pertenece a O_i .

4. Las normas válidas en un sistema S_t , que pertenece a O_i , que no han sido derogadas en el momento t , son válidas en el sistema S_{t+1} de O_i (que corresponde al momento siguiente a t).

5. Todas las consecuencias lógicas de las normas válidas en un sistema S_t , que pertenece a O_i , también son válidas en S_t .

Una reconstrucción sistemática del Derecho permite señalar la existencia de diferentes clases de normas jurídicas atendiendo a los criterios de pertenencia señalados:

(51) BULYGIN, E.: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 9, Alicante, 1991, p. 262.

1. *Normas independientes* en el sistema S_j : son aquellas normas cuya pertenencia al sistema no depende de la pertenencia de otras normas al sistema S_j .

2. *Normas dependientes* en el sistema S_j : son aquellas normas cuya pertenencia al sistema está determinada por la pertenencia de otras normas a S_j .

Un sistema que sólo admitiese la relación de *deducibilidad* como condición necesaria y suficiente de pertenencia de las normas sería un *sistema estático*. Un sistema que sólo admitiese la relación de *legalidad* como condición necesaria y suficiente de pertenencia de las normas sería un *sistema dinámico*. Un sistema jurídico es *mixto* si sus criterios de pertenencia están constituidos, conjuntamente por los criterios de *deducibilidad* y de *legalidad* (52).

La conclusión fundamental de este trabajo puede resumirse de forma muy sucinta en la afirmación general de que tanto las *consecuencias lógicas* como las *consecuencias interpretativas* forman parte del ordenamiento jurídico y, se obtienen, como hemos visto, por procedimientos diferentes. Ello no obstante, hay que advertir que las denominadas *consecuencias lógicas*, obtenidas por procedimientos deductivos, exigen y requieren, en la mayoría de los casos, una posterior interpretación. En suma, la interpretación se configura realmente como el último paso en el procedimiento de obtención del Derecho.

(52) CARACCILO, R.: *op. cit.*, p. 31.

PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS, AVALES E HIPOTECAS ANTE EL CONTROL DE CAMBIOS

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

Notario

145

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** PRÉSTAMOS FINANCIEROS (O CRÉDITOS FINANCIEROS) OTORGADOS POR NO RESIDENTES A FAVOR DE RESIDENTES. **1.** Deber de declaración. **A)** *Préstamos o créditos financieros por importe superior a 250 millones de pesetas, o que, aun siendo de cuantía inferior, se obtienen de prestamista residente en un paraíso fiscal.* **a)** *Préstamos.* **b)** *Créditos.* **B)** *Préstamos o créditos financieros por importe no superior a 250 millones de pesetas, y que no procedan de paraíso fiscal.* **2.** Vencimiento y plazos de amortización. **3.** Intereses. **4.** Comisiones y gastos. **III.** ADQUISICIÓN POR NO RESIDENTES DE TÍTULOS EMITIDOS POR RESIDENTES NO NEGOCIABLES EN BOLSA O MERCADOS ORGANIZADOS. EMISIÓN O COLOCACIÓN EN MERCADOS EXTRANJEROS DE CIERTOS

VALORES EMITIDOS POR RESIDENTES. **IV.** PRÉSTAMOS FINANCIEROS OTORGADOS POR RESIDENTES A NO RESIDENTES. **1.** Deber de declaración. **A)** *Préstamos o créditos por importe superior a 250 millones de pesetas o que aun siendo inferiores se conceden a prestatario residente en un paraíso fiscal.* **a)** Préstamos. **b)** Créditos. **B)** *Préstamos o créditos por importe no superior a 250 millones de pesetas, y que no estén concedidos a personas residentes en un paraíso fiscal.* **2.** Vencimiento y plazos de amortización. **3.** Intereses. **4.** Comisiones y gastos. **V.** ADQUISICIÓN POR RESIDENTES DE TÍTULOS EMITIDOS POR NO RESIDENTES QUE NO SEAN NEGOCIABLES EN BOLSA O MERCADOS ORGANIZADOS. **VI.** CRÉDITOS COMERCIALES DE NO RESIDENTES A FAVOR DE RESIDENTES PARA IMPORTACIONES DE BIENES Y SERVICIOS. **1.** Deber de declaración. **2.** Vencimiento y plazos de amortización. **3.** Intereses. **4.** Comisiones y gastos. **VII.** CRÉDITOS COMERCIALES DE RESIDENTES A NO RESIDENTES PARA EXPORTACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS. **1.** Deber de declaración. **2.** Vencimiento y plazos de amortización. **3.** Intereses. **4.** Comisiones y gastos. **VIII.** AVALES Y GARANTÍAS. **IX.** COMPENSACIONES DE COBROS Y PAGOS EXTERIORES. **X.** INCIDENCIA DEL CONTROL DE CAMBIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN. El problema en los juicios declarativos. El problema en los juicios ejecutivos. **1.** Demanda ejecutiva. **2.** Despacho de ejecución. **3.** Requerimiento de pago. **4.** Embargo. **5.** Citación de remate, posible oposición y sentencia de remate. **6.** Apremio. **XI.** PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS DE O A NO RESIDENTES. **1.** Posible necesidad de autorización. **2.** Obligación de declaración. NOF. **3.** Fijación de la deuda hipotecaria en moneda extranjera. **4.** Hipoteca de máximo. **5.** Ejecución de los préstamos en moneda extranjera. **6.** Cancelación de la hipoteca. **7.** Cancelación por renuncia del acreedor. **XII.** INCIDENCIA DE LA INTRODUCCIÓN DEL EURO EN NUESTRO SISTEMA MONETARIO.

I. Introducción

Las normas de control de cambios han sido siempre especialmente sensibles a la figura del préstamo, precisamente por la más fuerte incidencia de los mismos en los mercados de cambio y en la estabilidad monetaria.

De ahí que los préstamos del y al exterior hayan sido sometidos a la necesidad de autorización administrativa previa, sin la cual su otorgamiento podía hacer incurrir a quienes los otorgaran en delito monetario.

Ya antes con la Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios, de 24 de noviembre de 1938, y más recientemente con la Ley de Control de Cambios, Ley 40, de 10 de diciembre de 1979, se podía producir la situación delictiva a que hemos hecho referencia.

Con referencia a esta última, su artículo 6.º,A,3.º, en su redacción dada por Ley Orgánica, n.º 10, de 16 de agosto de 1983, señalaba que “Cometen delito monetario los que contravinieren el sistema legal de control de cambios mediante cualquiera de los actos u omisiones siguientes siempre que su cuantía exceda de 2.000.000 de pesetas:

A) Los que sin haber obtenido la preceptiva autorización previa o habiéndola obtenido mediante la comisión de un delito: ...”

3.º ... los residentes que aceptaran préstamos o créditos de no residentes o se los otorgaren...”.

Como venimos repitiendo a lo largo de los temas de control de cambios, presupuesto para que surja la figura de delito era, no sólo que se acepten préstamos de no residentes o se les conceda, sino que se infrinja el sistema legal de control de cambios mediante la omisión de la obtención de autorización administrativa previa, y en fin, y aunque lo digo en último lugar, era realmente requisito indispensable que alguna norma con rango adecuado exija la previa obtención de tal autorización. Y esta exigencia venía proclamada por el RD 2402, de 10 de octubre de 1980, que en su artículo 3.1.

disponía que “requieren previa autorización las siguientes operaciones: ...

6.^a La obtención por residentes de préstamos o créditos concedidos directamente o a través de un residente por no residente.

7.^a La concesión por residentes de préstamos o créditos a no residentes...”.

Después, ciertamente, disposiciones varias habían ido concediendo autorizaciones con carácter general, aunque con ciertos condicionamientos. Así, para créditos o facilidades crediticias la circular n.º 5 del Banco de España de 1987, en su norma 4.^a, permitiendo a las “entidades delegadas” colocar libremente los recursos obtenidos en moneda extranjera: “a) En personas físicas o jurídicas no residentes y en las entidades delegadas, con arreglo a las buenas prácticas bancarias...”.

148 Así también para créditos o préstamos en divisas a favor de residentes, la circular n.º 6 del Banco de España, también de 13 de marzo de 1987, dentro de ciertos requisitos y con un límite máximo de 1.500.000.000 de pesetas, circular hoy derogada por la norma 4.^a de la circular n.º 2 del Banco de España de 15 de enero de 1992. Y ésta, a su vez, derogada por la circular n.º 23 del Banco de España de 18 de diciembre de 1992.

En cuanto a préstamos en pesetas a no residentes, destacaban la resolución de la DGTE, de 23 octubre de 1989, que autorizó a las “entidades delegadas” para conceder préstamos hipotecarios a no residentes para la adquisición de inmuebles. En igual sentido la orden de 4 de febrero de 1990 en su artículo 14.

Hoy no es necesario acudir a estas normas liberalizadoras. La derogación del RD 2402/1980 por el RD 1816/1991 las hizo innecesarias. Por otro lado, dicho RD y la orden de 27 de diciembre de 1991, declaran libres las operaciones de toda índole que las personas físicas o jurídicas residentes realicen con no residentes. Esta última orden además, suje-

ta a declaración los préstamos financieros recibidos de no residentes u otorgados a no residentes (art. 8.º,2), así como ciertos créditos o facilidades crediticias derivadas de operaciones comerciales o de prestación de servicios. Pero, además, expresamente y aun sin ser necesario, la circular n.º 2 del Banco de España, de 15 de enero de 1992, reconoció la libertad de que gozan los residentes para la obtención de préstamos en divisas, así como para la obtención de créditos comerciales. Esta circular, como ya he dicho antes, ha sido derogada por la n.º 23 de 18 de diciembre de 1992, también del Banco de España, y claro está que reconociendo igualmente el principio de plena libertad en esta materia.

Estudio también las garantías personales y reales, hoy totalmente liberalizadas, sin perjuicio de ciertas restricciones en tema ajeno al control de cambios como es el de la posible necesidad de autorización militar cuando la finca ofrecida en hipoteca se halle en determinadas zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjero o en zonas de interés para la defensa nacional. A los avales y garantías me refiero en el epígrafe VIII, y a las hipotecas en el epígrafe X bajo la rúbrica de “préstamos hipotecarios en moneda extranjera”.

Veamos los siguientes:

II. Préstamos financieros (o créditos financieros) otorgados por no residentes a favor de residentes

Puede tratarse de préstamos o de créditos. La matización puede ser importante según veremos.

Pueden ser en divisas o en pesetas. Puede ser con cláusula multidivisas, en cuyo caso se determinará la moneda base (y ello habrá de tener reflejo en el impreso-declaración, en el que habrá de indicarse no sólo si existe o no cláusula multidivisa, sino cuál es la moneda base). La cláusula multidivisa es utilizada más que en los préstamos en

los créditos, dando opción al acreditado para que al solicitar una disposición dentro del límite global de crédito concedido, indique la moneda de disposición de entre varias predeterminadas. Al efecto se prevén distintas cuentas, una para cada divisa, en cada una de las cuales tendrán reflejo los movimientos, disposiciones y reintegros, para cada divisa.

En la parte acreedora pueden figurar una o varias personas, que no han de ser necesariamente entidades de crédito aunque de ordinario así será. Y en general por razones de carácter práctico las entregas o disposiciones de cantidades se efectuará a través de entidades registradas. Si se tratara de préstamo sindicado, deberá indicarse en el impreso-declaración del que luego hablaremos, el nombre y domicilio del banco agente.

150

Debe tratarse de préstamos o créditos de no residentes a personas físicas o jurídicas residentes en España, distintas de las entidades registradas. Ahora bien, cuando se trata de préstamos o créditos en divisas, se han venido considerando incluidos en esta categoría de préstamos o créditos de no residentes a residentes, los otorgados por las entidades registradas, por medio de sus oficinas operantes en España, a favor de personas físicas o jurídicas residentes en territorio español en atención a que se otorgan con cargo a recursos en divisas obtenidos de no residentes. La propia circular n.º 2/1992, en su norma transitoria 1, dispuso que “durante 1992 se declararán, en los términos previstos en la norma primera de la presente circular, los préstamos y financiaciones en divisas obtenidos por residentes de las entidades registradas”. Sin embargo, derogada esta circular n.º 2/1992, por la 23/1992 de 18 de diciembre, y sin contener previsión alguna respecto a esta hipótesis a que acabamos de aludir, hay que entender excluida la hipótesis que contemplaba la referida norma transitoria 1 de la circular 2/1992, de la necesidad de declaración.

1. Deber de declaración.

Según decíamos antes, son totalmente libres, sin necesidad de autorización o verificación. Pero deben declararse al Banco de España.

El artículo 8.º,2 de la orden de 27 de diciembre de 1991, sujeta a los residentes que los obtengan al deber de declaración en la forma que establezca el Banco de España.

Y el Banco de España en su circular n.º 23, de 18 de diciembre de 1992, dispone en su norma 1.ª que las personas físicas o jurídicas residentes en España distintas de las entidades registradas que obtengan préstamos y créditos financieros de no residentes, en divisas o en pesetas, quedan obligadas a declararlos al Banco de España, cumplimentando el impreso de “Declaración de préstamos y créditos financieros de no residentes”. El Banco de España asignará a cada operación un número de registro denominado “número de operación financiera” (NOF). Sin embargo, las entidades registradas podrán asignar directamente (la circular advierte que “actuando por delegación del Banco de España”) el NOF de los préstamos de no residentes cuyo importe no exceda de 250.000.000 de pesetas o su contravalor en otras divisas, y siempre que el prestamista no sea persona física o jurídica residente en alguno de los territorios o países a los que se atribuye el carácter de paraísos fiscales en el RD 1080 de 5 de julio de 1991.

En la derogada circular n.º 2/1992, no se exceptuaba en su norma primera a las entidades registradas. Y por otro lado no se mencionaban los créditos sino tan sólo los préstamos, lo que dio lugar a algunas dificultades prácticas en supuestos concretos de créditos (no préstamos) en que se pretendía la obtención del NOF, con negativa por parte de algún funcionario apegado excesivamente a la letra de la norma. Además ha cambiado el nombre del impreso que antes era “Declaración de préstamos y créditos exteriores”.

El deber de declaración afecta a toda clase de operacio-

nes comprendidas en el ámbito de la norma primera de la circular. Por tanto: a los préstamos y a los créditos financieros simples, préstamos y créditos financieros sindicados, créditos rotativos, compraventa de títulos emitidos por residentes (pagarés, bonos, etc.) que no sean negociables en Bolsa o mercados organizados, incluidas las operaciones de descuento en el exterior de efectos de cualquier naturaleza, y la emisión o colocación en mercados extranjeros de valores negociables representativos de empréstitos emitidos por personas o entidades públicas o privadas residentes.

152

En el impreso declaración se reserva un casillero, el 3, para especificar la clase de endeudamiento, señalando el cuadrante correspondiente, y al efecto distingue: 1. Préstamo financiero simple. 2. Préstamo financiero sindicado. 3. Crédito "revolving" (lamentablemente se emplea esta expresión inglesa cuando en la práctica se utiliza la más castiza de "rotativo". Los créditos rotativos adquieren tal carácter en virtud de una cláusula apuesta en los mismos en que expresamente se señala tal calificación y que en consecuencia el acreditado recupera su facultad de disponer de las cantidades acreditadas a medida que vaya satisfaciendo las anteriormente dispuestas). 4. Venta de títulos. 5. Emisión en el exterior.

En tema de declaración, debe distinguirse:

A) Préstamos o créditos por importe superior a 250 millones de pesetas, o que, aun no excediendo de dicho importe, o siendo inferiores, se obtienen de prestamista residente en un paraíso fiscal.

Se declararán mediante impreso normalizado PE-1. Esta declaración –según la instrucción 7.^a de las normas de procedimiento anejas a la circular– habrá de realizarse en la Oficina de Balanza de Pagos del Banco de España, Madrid, por el prestatario, con anterioridad a la primera disposición de fondos del préstamo o financiación obtenidos. El Banco

de España asignará un NOF, que habrá de consignarse en todas las comunicaciones de cobros y pagos relativos a dicho préstamo o financiación. Ahora bien, tratándose de préstamos o financiaciones procedentes de los paraísos fiscales, el Banco de España podrá solicitar de los prestatarios residentes cuantos datos estime oportunos, o realizar las comprobaciones necesarias “para la identificación de las condiciones de la operación”, antes de proceder al registro de la operación y a la asignación del correspondiente NOF. En la circular n.º 2/1992, en su instrucción 1.ª de procedimiento, se permitía que pudiera también presentarse en las sucursales del Banco de España, y además podía hacerlo bien el prestatario o bien una entidad registrada en su nombre. Esta posibilidad se ha suprimido en la vigente circular 23/1992. Pero no veo inconveniente en que al menos un apoderado en escritura pública pueda efectuar la referida presentación, en virtud del principio *potest quis per alium quod potest facere per se ipsum*, al no estar prohibida la representación en este caso.

153

Aunque ningún precepto exige que en las escrituras de préstamos o créditos financieros de no residentes se consigne el NOF, en la práctica habría que subdistinguir:

a) Préstamos.

En estos casos considero debe indicarse en la escritura el NOF, que se obtendrá previamente con la previa declaración. Así resulta de la regla de la norma 1.ª,3, de la circular n.º 23/1992 del Banco de España que estamos examinando, y que ordena que las entidades registradas “no realizarán abono o adeudo alguno derivado de la disposición, amortización o pago de intereses del préstamo contraído o de la financiación obtenida del no residente, sin que a los mismos les haya sido asignado el número de operación financiera (NOF) ...”.

Y aunque no con la rotundidad con que se expresaba la instrucción 1.ª,1, párrafo 3.º de la circular 2/1992, según la

cual “las entidades registradas no podrán abonar al prestatario la primera disposición del préstamo o financiación sin que éste le aporte el número de operación financiera (NOF) obtenido en el Banco de España”, también la circular 23/1992, en la instrucción 7.º,1, en su párrafo primero dispone que la declaración habrá de realizarse “con anterioridad a la primera disposición de fondos del préstamo o crédito concedido”.

Todo ello significa, traducido a nuestra gramática jurídica usual, que no se podrá entregar al prestatario la cantidad prestada (ni siquiera bajo la modalidad ordinaria en los préstamos bancarios de entrega mediante ingreso en la cuenta de dicho prestatario que al efecto se identifica, con su número y nombre y dirección de la oficina en donde se hubiese abierto), en tanto no se hubiese obtenido el NOF.

154

Y siendo esto así, no podemos olvidar la naturaleza del préstamo como contrato real que se perfecciona mediante la entrega de la cosa prestada, según la opinión más generalizada. Sin tal entrega, no se perfecciona el contrato de préstamo. Aquí, como recuerdan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (*Sistema de Derecho Civil*, volumen II, 6.ª ed. Madrid, 1990, p. 453) dicha entrega “no supone cumplimiento de una obligación anterior, sino que es elemento o requisito de perfección del contrato y, por consiguiente, del nacimiento de las obligaciones derivadas de él, centradas en el prestatario; obligaciones de restitución...”.

Sin dicha entrega no cabe obligación de devolver lo que todavía no se ha recibido. Sin la entrega, podrá haber: o un contrato de crédito, no de préstamo; o una promesa de préstamo; o un contrato de préstamo bajo condición suspensiva. Pero no un préstamo puro.

En consecuencia, no se perfecciona el contrato de préstamo sin la entrega de la cantidad prestada. Y si la cantidad prestada no se puede entregar al prestatario en tanto éste no haya obtenido el NOF, parece evidente que es de elemental prudencia que el notario ante el que, en su caso, se otorgue el negocio, exija el cumplimiento de la norma

antes indicada y consigne en la propia escritura el NOF obtenido.

Ahora bien, aun apartándome un momento del tema de control de cambios, me parece oportuno detenerme en esta cuestión relativa a la entrega de la cantidad prestada. Entiendo por mi parte que la perfección del contrato de préstamo se dará cuando se produzca la entrega y ésta, en consecuencia, puede suspenderse hasta que se obtenga el NOF. De no aceptar esta opinión, habrá que entender, al menos como el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de julio de 1940, para un supuesto de préstamo en que no se había producido la entrega de la cosa prestada, que se da en este caso una promesa de préstamo.

FUNAIOLI (*La tradizione*, Padua, 1942, pp. 320 y ss.) aun reconociendo que la ley al disciplinar los contratos reales, tiene en cuenta el caso normal en que la entrega de la cosa se produzca con la celebración del contrato, añade más adelante “con esto sin embargo no digo que la unidad cronológica sea necesaria, esto es, que sea elemento esencial del contrato”.

En el caso que ahora contemplo, la entrega posterior de la cantidad prestada se suele documentar en forma análoga a la del mismo préstamo. En los préstamos ante notario se suele realizar la entrega, cuando es posterior, mediante acta notarial en la que comparecen prestamista y prestatario.

Otra cuestión que también se puede plantear, y que tampoco es de control de cambios sino de Derecho civil o mercantil, cuando la entrega se realiza, como es actualmente frecuente “mediante ingreso en la cuenta corriente n.º..., abierta a nombre del prestatario en las oficinas del banco, agencia urbana n.º..., calle...,”: ¿Hay aquí realmente una tradición o entrega de la cantidad prestada? Entiendo que sí. La tradición supone una puesta a disposición del *accipiens* de la cosa tradida. Y esta puesta a disposición se cumple perfectamente con el ingreso pactado en la cuenta del prestatario de la que de inmediato puede disponer.

De hecho, en los préstamos bancarios se dispone en el acto. Un préstamo bancario en que el prestatario no dispone de la cantidad prestada sino hasta un tiempo ulterior, es, a mi juicio, un puro disparate económico (salvo hipótesis excepcionales). Ciertamente que cabe también subordinar la entrega a la condición suspensiva del cumplimiento de ciertos requisitos. (Caso éste en que puede también presentarse la declaración después del otorgamiento de la escritura pero antes del cumplimiento de la condición que desencadene la entrega de la cantidad prestada.) Salvo en este caso de condición suspensiva, si hay entrega pero el prestatario no tiene la necesidad inmediata de disponer de la suma prestada, lo recomendable sería acudir al contrato de apertura de crédito, con la ventaja (a diferencia del préstamo) de que el acreditado no pagará intereses en tanto no disponga de cantidades dentro del límite del crédito concedido. Pero no hay duda de que la hipótesis que he planteado puede darse. Y entonces se puede cuestionar todavía con mayor claridad que en el caso del préstamo con disposición simultánea, si aquí hay o no hay entrega en el supuesto de ingreso de la suma prestada en una cuenta del prestatario.

Creo que también aquí hay una verdadera *traditio*. Exigir en esta hipótesis la materialidad de la entrega en billetes del Banco de España, quizá en suma elevada de millones de pesetas, para inmediatamente retirarlos con orden del prestatario de que se ingresen en su cuenta corriente, además de las dificultades prácticas que ello entrañaría, supone, ciertamente, alinearse con una concepción materialista de la tradición, de la que ya se había huido en el Derecho romano clásico. En tal sentido, los juristas clásicos eran más progresistas (cfr. FUNAIOLI, ob. cit., p. 279).

Porque, ¿acaso el *constitutum possessorium* no es una forma de tradición? Y ese *constitutum* se da cuando el *accipiens* consiente que el *tradens* siga poseyendo la cosa a título distinto del de dueño, por ejemplo en el de depositario. El prestatario consiente que el dinero prestado siga pose-

yéndolo el banco a título de depositario en tanto no decida disponer de él. Para llegar a esta posibilidad no necesitamos del rodeo de la puesta e inmediata retirada de los billetes sobre una mesa.

Otra cosa es que en virtud del carácter de depositario de dinero, el banco pase a ser propietario de tal suma con obligación de devolver otro tanto a petición del prestatario. Pero esto también se produce si se elige el sinuoso camino de la puesta de billetes en la mesa e inmediata retirada e ingreso en la cuenta. ¿A eso se le llamaría entrega?

SIMONETTO (*Los contratos de crédito*, traducción y notas de MARTÍNEZ VALENCIA y FUENTES LOJO, Barcelona, 1958, p. 418), entiende que “el mutuo y el depósito irregular que sigue a aquél, pueden conservar sus características, quedando excluido que haya cambio de tipo, esto es, mutuo consensual”.

Y FUNAIOLI (ob. cit., p. 279) con carácter general para la tradición, entiende que admitida en el Código la representación en la posesión y la *interversio possessionis*, una vez sancionado por la ley “poder tener la posesión por medio de otro (art. 1140 C.c. italiano) se sigue que también el adquirente puede, en lugar de retirar la cosa, encargar al transmitente que continúe teniéndola por él”.

Pero es más, en los préstamos bancarios, normalmente no se entregan billetes. Ni se quiere eso, ni es necesario. El préstamo mutuo es, efectivamente, de dinero (u otra cosa fungible), pero el dinero no ha de ser necesariamente billetes de banco. Puede tratarse del llamado “dinero bancario” o “moneda escritural”, que en definitiva no es más que el dinero en cuenta bancaria. El prestatario no quiere de ordinario que le entreguen billetes de banco. Quiere poder disponer de dinero en una cuantía determinada (la que es objeto del préstamo), y ello se consigue de modo eficaz y seguro con el mecanismo de la cuenta bancaria, en la que, al concertar el préstamo se le “ingresa” tal cantidad. Desde ese momento tiene ya la disponibilidad de la suma prestada,

y entiendo que esa disponibilidad, esa puesta a disposición del prestatario, en su cuenta, del dinero prestado, es sin duda una entrega. Todo ello es más evidente aún en el supuesto de préstamo en divisas, ya que la divisa en definitiva no es más que el dinero (extranjero) en cuenta bancaria, o unidad monetaria extranjera en cuenta bancaria.

Volviendo al hilo del tema, repetimos que debe consignarse el NOF en la escritura. El no consignarlo, cuando realmente se ha obtenido previamente, no constituye ninguna infracción. El que recomendamos su consignación se debe a que de ese modo con la lectura del instrumento, sin necesidad de documentos complementarios, puede apreciarse fácilmente que todo se ha llevado a cabo con respeto de las normas aplicables. Pero, caso de silencio, siempre podrá unirse a la copia el documento que acredite el NOF (de ordinario la declaración), o testimonio del mismo.

158

El problema puede plantearse cuando ni siquiera se ha formulado la declaración preceptiva, y por consiguiente no se ha obtenido el NOF. Es obvio que en tal caso la entidad registrada no podrá abonar al prestatario la cantidad prestada, ya que como hemos visto lo impide la norma antes dicha de la circular n.º 23/1992 del Banco de España. Pero si no obstante con infracción de tal norma se efectúa tal entrega, ¿cuáles serán las consecuencias?

A mi modo de ver no afectará a la eficacia sustantiva del negocio. Éste será válido, eficaz. Pero se habrá cometido por la entidad registrada una infracción de la citada circular 23/1992 del Banco de España, dictada por éste dentro de sus competencias.

Según el artículo 10,3, del RD 1816/1991 “las disposiciones que regulen el deber de colaboración con la Administración de las entidades registradas se considerarán normas de ordenación y disciplina a los efectos previstos en el artículo 1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y su infracción será sancionada en los términos establecidos en dicha Ley y

por los órganos y autoridades competentes de acuerdo con la misma, sin perjuicio de la aplicación a las mismas de lo dispuesto en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre”.

Y si acudimos a la Ley 26/1988, parece que tal acto de la entidad registrada, abonando el importe del préstamo sin haber obtenido previamente el NOF, podría encajar como infracción leve, de acuerdo con su artículo 6 (“Constituyen infracciones leves –dice– aquellas infracciones de preceptos de obligada observancia para las entidades de crédito comprendidos en normas de ordenación o disciplina que no constituyen infracción grave o muy grave conforme a lo dispuesto en los dos artículos anteriores”).

Podría ser infracción grave si se entendiese subsumible en la hipótesis del artículo 5,f, de dicha ley, que tipifica como tal falta grave “la realización de actos u operaciones prohibidas por normas reglamentarias de ordenación y disciplina o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas, salvo que tengan un carácter meramente ocasional o aislado”. O si se considerara aplicable, dadas las circunstancias del caso, el propio artículo 5,q, conforme al cual son faltas graves “las infracciones leves, cuando durante los dos años anteriores a su comisión, hubiera sido impuesta a la entidad de crédito sanción firme por el mismo tipo de infracción”.

159

Las sanciones aplicables a la entidad registrada, en el caso de tratarse de infracción leve serían una de las siguientes: a) amonestación privada. O, b) multa por importe de hasta 1.000.000 de pesetas (art. 11).

Si se entendiera existente infracción grave, las sanciones aplicables las determina el artículo 10. Con arreglo a él puede ser una de las siguientes: a) amonestación pública. b) ... c) multa por importe de hasta el medio por ciento de sus recursos propios, o hasta 2.500.000 pesetas si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra. No transcribo el apartado b) porque me parece claramente inaplicable, ya que conecta la sanción a déficits de cobertura del coeficiente de caja o de

las inversiones obligatorias, supuestos alejados del caso que examinamos.

En el caso de que se estimase existente infracción grave, además de las sanciones antes vistas, el artículo 13,1 de la Ley 26/1988 dispone que se impondrá, a quienes ejerciendo cargos de administración o dirección en la entidad de crédito sean responsables de la infracción conforme a las reglas del artículo 15, una de las siguientes sanciones: a) Amonestación privada. b) Amonestación pública. c) Multa a cada uno de ellos por importe no superior a 5.000.000 de pesetas. d) Suspensión temporal en el cargo por plazo no superior a un año. No obstante lo dispuesto en este número 1, del artículo 13, en su número 2 prevé que en el caso de imposición de la sanción prevista en la letra d) del mismo podrá imponerse simultáneamente la sanción prevista en su letra c).

160 El artículo 10,3 del RD 1816/1991 prevé que la aplicación de las posibles sanciones de la Ley 26/1988 se entiende sin perjuicio de la aplicación a las mismas de lo dispuesto en la Ley 40/1979.

¿Habría aquí infracción administrativa de control de cambios? Por lo que se refiere a la obtención del NOF, y sólo en cuanto a esto entiendo que no. Ciertamente que las normas de control de cambios son de rango muy diverso, y en la práctica son o han sido innumerables las resoluciones y las circulares que se han dictado para regular numerosos aspectos del control de cambios. Pero en verdad que tales circulares y resoluciones han servido hasta ahora y han sido invocadas, precisamente para ampararse en las liberalizaciones o flexibilidades de procedimiento en ellas establecidas, de suerte que sin las mismas sí que habría sanción o la sanción sería muy superior. Si no obstante liberalizar, son infringidas, parece que no debe haber duda en aplicar la sanción.

Pero cuando la norma de ínfimo rango es la que establece una restricción o requisito (como es el de la previa obtención del NOF) ya es más dudosa tal aplicabilidad de sanción por control de cambios.

Que antes, hallándose en vigor el RD 2402/1980, que exigía la previa autorización administrativa para la concesión u obtención de préstamos o créditos a o de no residentes, se dictara la circular del Banco de España n.º 6/1987 de 13 de marzo, autorizando la obtención por residentes de préstamos en divisas concedidos por no residentes, y estableciendo determinados requisitos para esta liberalización, entre ellos el de la previa obtención del NOF, era perfectamente comprensible que la falta de obtención de ese NOF (requisito previo condicionante de la liberalización) diera lugar a la posible aplicación de una sanción por infracción administrativa de control de cambios.

Sin embargo, no lo es tanto cuando una vez derogado el referido RD 2402/1980 la obtención por residentes de estos préstamos o créditos concedidos por no residentes, se les sujeta a una limitación.

No ocurre lo mismo en tema de disciplina e intervención de las entidades de crédito, para cuya materia expresamente el RD 1816/1991, artículo 121,4,b, faculta al Banco de España a fin de dictar en el ámbito de las competencias que le confiere la Ley 26/1988, las instrucciones relativas al contenido, procedimiento y frecuencia de las comunicaciones sobre cobros y pagos entre residentes y no residentes.

Ahora bien, la pregunta se puede plantear de otra manera, porque no se trata ya de la falta del NOF, sino de la falta de declaración. La declaración lleva consigo la asignación del correspondiente NOF a cada declaración. Y es la falta de declaración la que posiblemente pueda ser considerada como falta administrativa de control de cambios.

La base para ello podría encontrarse en la orden de 27 de diciembre de 1991, que en su artículo 8.º,2 ordena que "del mismo modo, habrán de declararse por los residentes al Banco de España, en la forma que éste establezca, los préstamos financieros recibidos de no residentes u otorgados a no residentes". Tal orden del Ministerio de Hacienda podría tener cobertura en el artículo 8.º del RD 1816/1991,

que faculta al Ministro de Economía y Hacienda para someter a previa declaración las operaciones de cobro, pago o transferencia del o al exterior derivadas de los tipos de transacciones que se determinen, cuando dicho trámite resulte conveniente para el adecuado conocimiento por la Administración de las transacciones realizadas y, en particular, para el mantenimiento de los registros de activos o pasivos exteriores y la comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias.

162

Aun cuando la entrega de la cantidad prestada no supone cumplimiento de ninguna obligación, sino que, como antes hemos visto, se trata de un elemento o requisito de perfección del contrato, debemos tener en cuenta que las expresiones “cobros y pagos” que tan usuales son en las normas de control de cambio, no tienen, en la jerga de estas normas, un significado técnico. Quiero decir que no siempre “cobro” significa percepción de algo a que se tiene derecho, ni “pago” entrega de algo que se debe como cumplimiento efectivo de la prestación convenida. Más bien, en términos generales, “cobros y pagos” significan “percepciones y entregas”. Y esto puede comprobarse con la simple lectura de la instrucción 1.^a,1 de la circular n.º 23/1992 del Banco de España en la que expresamente se dice que el NOF “habrá de consignarse en todas las comunicaciones de cobros y pagos relativos a la misma” (es decir, a la operación financiera de que se trate). En general, acerca del concepto de “cobros y pagos” tan frecuentemente utilizados en estas normas me ocupó en el tema correspondiente a los cobros y pagos en materia de control de cambios, al que me remito.

b) Créditos.

Si en lugar de un préstamo se tratara de un crédito financiero, habría aquí también deber de declaración antes de la primera disposición del crédito. Pero aquí no se trata de un contrato real sino consensual. Aquí no se perfecciona el

contrato por la entrega del dinero objeto del contrato, sino por el mero consentimiento. Aquí el acreditante queda obligado a entregar al acreditado las sumas que éste quiera dentro del máximo señalado en el contrato y en la forma en éste prevista. Aquí, por tanto, no hay inconveniente en otorgar el contrato sin la previa declaración y consiguiente obtención del NOF. Puede perfectamente formalizarse sin ello. En el bien entendido que antes de la primera disposición del crédito deberá cumplirse con tal deber. No creo necesario que se consigne en el cuerpo de la escritura, caso de formalización por este medio. Pero es recomendable que el notario así lo haga o al menos advierta de esta circunstancia a los otorgantes.

B) *Préstamos o créditos por importe que no supere la cifra de 250 millones de pesetas, y que no procedan de paraíso fiscal.*

163

En estos casos, y de conformidad con lo dispuesto en la norma 1.^a,4 de la circular 23/1992 del Banco de España, y sin perjuicio de que se reafirme en la misma que con carácter general el número de operación financiera (NOF) será asignado por el Banco de España, dispone que “las entidades registradas podrán asignar, directamente, actuando por delegación del Banco de España (obsérvese aquí en estas palabras subrayadas, una nueva reafirmación de las facultades del Banco de España en esta materia) el NOF de los préstamos de no residentes cuyo importe no exceda de 250 millones de pesetas o su contravalor en otras divisas, siempre que el prestamista no sea persona física o jurídica residente en alguno de los territorios o países a los que se atribuye el carácter de paraísos fiscales en el RD 1080/1991, de 5 de julio”.

En estos casos, y siempre que el prestatario no hubiera ya tramitado la declaración mediante el impreso PE-2 ante la Oficina de Balanza de Pagos o en cualquiera de las su-

curiales del Banco de España, lo que puede hacer sin duda alguna, la declaración podrá también cumplimentarse en cualquier entidad registrada, y en este último caso podrá hacerlo a propósito de la "primera disposición" o entrega de la cantidad prestada, también, claro está, mediante el impreso PE-2, anejo a la circular. El Banco de España o la entidad registrada "que en este caso actuará por delegación del Banco de España", diligenciará la declaración y devolverá al prestatario su ejemplar, una vez diligenciado, remitiendo la entidad registrada al Banco de España, Madrid, el ejemplar correspondiente a la Oficina de Balanza de Pagos (instrucción 7.^a,2 de las de procedimiento anejas a la circular).

164

Los ejemplares correspondientes del impreso PE-2 podrán obtenerse en el Banco de España, en Madrid y sucursales. Pero también las entidades registradas que lo deseen podrán adquirir estos documentos para atender a las peticiones de sus clientes.

En la hipótesis que estamos contemplando no se plantean los problemas que antes veíamos para el caso en que no se hubiese obtenido previamente el NOF, ya que en este caso en que no se hubiera obtenido previamente, su asignación, en la práctica, será simultánea a la entrega de la cantidad prestada. En el supuesto de préstamo o crédito ante notario, bastaría un simple recordatorio de éste, y creo que en la práctica será muy raro el caso en que se infrinja esta norma.

El NOF asignado a esta clase de operaciones será el que figure preimpreso en la declaración PE-2. A diferencia del supuesto del PE-1, en que la asignación de este número se efectúa por el Banco de España en el momento de diligenciar la declaración (instrucción 2.^a).

No creo necesario que en la escritura se especifique el NOF, pero es muy conveniente que así se haga, ya que luego en todas las vicisitudes de cobros y pagos derivados de su amortización y pago de intereses, se deberá consignar

en cada caso el NOF correspondiente al préstamo (o crédito). Por otro lado, tal consignación ofrece la prueba de haberse cumplido con el requisito exigido relativo a la declaración y consiguiente obtención de tal NOF.

2. Vencimiento y plazos de amortización.

No hay limitación en estos puntos por razón de control de cambios. Es libre la fijación del plazo de vencimiento. También es libre la posible fijación de prórrogas expresas o tácitas, y el señalamiento de causas de vencimiento anticipado del préstamo o crédito.

En cuanto a los plazos de amortización, son también libres. Hay que tener en cuenta que los pagos por amortización relativos a todos los préstamos o financiaciones, habrán de hacerse siempre consignando el NOF asignado a la operación. A estos efectos en los cobros y pagos realizados a través de entidades registradas, éstas requerirán del prestatario la presentación de la correspondiente “Declaración de préstamos y créditos financieros de no residentes”. Entiendo que cuando se haya formalizado en escritura ante notario y se haya especificado en ésta el NOF, por testimonio del mismo, bastará con tal testimonio consignado en la referida escritura.

Por otro lado, conviene tener en cuenta que en el impreso-declaración hay un recuadro (el 10) reservado para consignar en el mismo el calendario de amortización, y que se cumplimentará consignando:

- El número de cuotas de amortización.
- Su periodicidad, trimestral, semestral, única al vencimiento final, etc.
- Si se trata de cuotas iguales o desiguales, lo que tendrá, asimismo, reflejo en el impreso-declaración marcando al efecto la casilla correspondiente.
- La fecha de cómputo inicial, por ejemplo: “primer vencimiento al año de la disposición del préstamo”.

—Y la fecha de cómputo final, por ejemplo “vencimiento final al 31-12-1996”.

Así resulta todo ello de la 2.^a de las instrucciones de procedimiento anejas a la circular.

3. Intereses.

Son libres. No existe norma de control de cambios vigente que imponga limitación al tipo de interés, materia ésta que, por consiguiente, se regirá por las normas generales.

En el impreso-declaración aparece un recuadro (el 8) destinado a especificar cómo ha sido fijado el interés del préstamo o de la financiación.

166 Tanto en estas modalidades de préstamo o crédito financiero como en las que luego estudiaremos de créditos comerciales, el interés puede ser fijo o variable (o flotante). Es muy frecuente el interés variable o flotante, con referencia al coste de la obtención de la divisa en un determinado mercado, Londres, Madrid, París, Frankfurt, etc. (LIBOR, MIBOR, PIBOR, FIBOR –abreviaturas de “London inter bank offered rate”, “Madrid inter bank offered rate”, “Paris inter bank offered rate”, y “Frankfurt inter bank offered rate” respectivamente–), determinándose en el contrato el período de revisión, el margen fijo sobre el tipo de oferta en % y la comisión de gestión en % que se establece a la disposición del crédito. Obviamente no hay inconveniente legal en que el tipo de interés sea fijo.

Pero los tipos de interés interbancario nacionales (MIBOR, PIBOR, FIBOR, etc.) de los países integrados en el sistema monetario europeo, están llamados a desaparecer, sustituidos por el EURIBOR, sin perjuicio de su posible subsistencia transitoria. Véase el último epígrafe de este tema.

4. Comisiones y gastos.

También se puede pactar en esta materia con plena libertad desde el punto de vista del control de cambios. También en esta materia se aplicarán, en consecuencia, las normas generales, es decir, las pertinentes como si se tratara de un préstamo entre residentes.

También en el impreso-declaración hay un recuadro (el 9) reservado para hacer constar en él las comisiones y gastos que haya de satisfacer el prestatario por estos conceptos, bien en términos de porcentajes o en cantidades fijas.

III. Adquisición por no residentes de títulos emitidos por residentes no negociables en Bolsa o mercados organizados. Emisión o colocación en mercados extranjeros de ciertos valores emitidos por residentes

167

Son libres, desde el punto de vista del control de cambios.

La norma 1.^a2 de la circular n.º 23 del Banco de España, de 18 de diciembre de 1992, dispone que:

“Igualmente, deberán declararse al Banco de España, por el mismo procedimiento:

Las operaciones de financiación a residentes que se materialicen mediante la adquisición por no residentes, de títulos emitidos por residentes (pagarés, bonos, etc.) que no sean negociables en Bolsa o mercados organizados, incluidas las operaciones de descuento en el exterior de efectos de cualquier naturaleza.

Las emisiones o colocaciones en mercados extranjeros de valores negociables representativos de empréstitos emitidos por personas o entidades públicas o privadas residentes, ya sean de rendimiento implícito o explícito, e instrumentos financieros emitidos por residentes, tanto en régimen de oferta pública como de colocación privada.”

Todo lo antes dicho sobre declaración de préstamos financieros de no residentes, será de aplicación a las modalidades que estudiamos en este epígrafe. Como antes decíamos, en el casillero 3 del impreso-declaración (tanto en el PE-1 como en el PE-2) figuran reservados los cuadrillos 4 (venta de títulos) y 5 (emisión en el exterior) para las respectivas operaciones que estudiamos en el presente epígrafe.

IV. Préstamos financieros (o créditos financieros) otorgados por residentes a no residentes

Una alusión a los mismos se contiene en la orden de 27 de diciembre de 1992, artículo 8.º,2, según el cual habrán de declararse por los residentes al Banco de España, en la forma que éste establezca, los préstamos financieros recibidos de no residentes u otorgados a no residentes.

168

No hay norma que expresamente proclame la liberalización de estos préstamos. Y la circular 2/1992 del Banco de España no los mencionaba.

Sin embargo, la proclamación de que no es necesaria autorización ni verificación para otorgar estos préstamos es innecesaria, toda vez que esta materia ha quedado plenamente liberalizada. No hay ninguna norma, después de la derogación del RD 2402/1980, que imponga trabas o requisitos que supongan prohibición o limitación a la concesión de estos préstamos o créditos.

El artículo 8.º,2, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.º del RD 1816/1992, somete estas operaciones a la obligación de declaración. Nada se previó en la circular 2/1992 del Banco de España, hoy derogada. Y es la vigente circular n.º 23/1992 la que regula esta declaración y el procedimiento para llevarla a cabo, en su norma 3.ª, que sigue una línea paralela a la establecida por la norma primera para los préstamos y créditos financieros de no residentes a residentes.

A tal fin la norma 3.^a,1 dispone:

“1. Las personas físicas o jurídicas residentes, distintas de las entidades registradas, que concedan préstamos y créditos financieros a no residentes, en divisas o en pesetas, quedan obligadas a declararlos al Banco de España cumplimentando el impreso de Declaración de préstamos y créditos financieros a no residentes”. De conformidad con lo establecido en el punto 4 siguiente, el Banco de España asignará un número de registro, denominado número de operación financiera (NOF), a cada declaración.

Puede tratarse de préstamos o de créditos.

La financiación puede ser en divisas o en pesetas. También con cláusula multidivisa, en cuyo caso en el impreso declaración se hará constar no sólo que existe cláusula multidivisa, sino también la moneda base.

En la parte acreedora pueden figurar una o varias personas, físicas o jurídicas. Por hipótesis habrá de tratarse de residentes y además de personas que no sean entidades registradas. La circular 23/1992 contempla sólo el supuesto en que las personas físicas o jurídicas residentes sean distintas de las entidades registradas. No quiere esto decir, obviamente, que las entidades de crédito no las puedan conceder, lo que quiere decir más bien es que en el supuesto en que la prestamista o acreditante sea una entidad de crédito, no será aplicable la regulación de la circular.

Entiendo que para las entidades de crédito seguirá el régimen de libertad en esta materia, de conformidad con la circular n.º 5 del Banco de España, de 13 de marzo de 1987, y aun sin ser necesaria su invocación por razones que venimos repitiendo desde el principio de este tema.

La norma 4.^a,a) de esta circular permitía a las entidades delegadas (hoy entidades registradas) que con sujeción a lo establecido en la circular 1/1987, de 7 de enero, pudieran colocar libremente sus recursos en moneda extranjera “... en personas físicas o jurídicas no residentes y en las entidades delegadas, con arreglo a las buenas prácticas bancarias”. La

expresión es tan amplia que admite toda clase de modalidades, desde las simples facilidades crediticias, hasta el préstamo y el crédito financiero.

La cuestión es si se puede hoy aplicar. Me parece cuestión no fundamental, partiendo del principio de libertad en esta materia que tantas veces venimos repitiendo. Se aplique o no, la conclusión a que debemos llegar es la de que existe plena libertad para las entidades registradas en cuanto a su otorgamiento. De todos modos, conviene decir que el Banco de España la considera en vigor en este punto desde el momento que la circular n.º 3 de dicho Banco, de 15 de enero de 1992, en su norma 12.ª, dispuso que a la fecha de entrada en vigor de dicha circular (que fue el 1 de febrero de 1992), quedarán derogadas: "... las normas 3.ª, 8.ª, 9.ª, 10.ª y 11.ª de la circular 5/1987, de 13 de marzo".

170

Así pues, la norma 4.ª está en vigor, y su valor puede ser el de corroborar la libertad existente, aunque con ciertas reservas derivadas de las normas 5.ª y 6.ª, también vigentes, que tienen gran interés, por cuanto afectan al contenido del tema que estamos desarrollando, aun siendo normas más bien de disciplina de las entidades de crédito.

En efecto, de un lado la norma 5.ª dispone que "el Banco de España podrá establecer límites a los desfases de vencimiento de activos y pasivos que cada entidad delegada pueda mantener. Tales límites se fijarán, llegado el caso, en función de los recursos propios de la entidad delegada".

Y de otro lado, la norma 6.ª declara que:

"Los tipos de interés aplicables en las operaciones activas y pasivas contempladas en la presente circular serán libres.

Las operaciones entre entidades delegadas operantes en España y sus filiales o matrices en el extranjero se contratarán a tipos de mercado."

Volvamos a coger el hilo del tema concretándonos a los préstamos y créditos de residentes (que no sean entidades registradas a no residentes.

1. Deber de declaración.

Según decíamos antes, son totalmente libres, sin necesidad de autorización o verificación. Pero deben declararse al Banco de España.

El artículo 8.º,2 de la orden de 27 de diciembre de 1991, sujeta a los residentes que los otorguen al deber de declaración en la forma que establezca el Banco de España.

Y el Banco de España en su circular n.º 23, de 18 de diciembre de 1992, dispone en su norma 3.ª que las personas físicas o jurídicas residentes en España distintas de las entidades registradas que concedan préstamos y créditos financieros a no residentes, en divisas o en pesetas, quedan obligadas a declararlos al Banco de España, cumplimentando el impreso de "Declaración de préstamos y créditos financieros a no residentes". El Banco de España asignará a cada operación un número de registro denominado "número de operación financiera" (NOF). Sin embargo, las entidades registradas, podrán asignar, directamente (la circular advierte que "actuando por delegación del Banco de España"), el NOF de los préstamos a no residentes cuyo importe no exceda de 250 millones de pesetas o su contravalor en otras divisas, y siempre que el prestatario no sea persona física o jurídica residente en alguno de los territorios o países a los que se atribuye el carácter de paraísos fiscales en el RD 1080 de 5 de julio de 1991.

El deber de declaración afecta a toda clase de operaciones comprendidas en el ámbito de la norma tercera de la circular. Por tanto: a los préstamos y a los créditos financieros simples, préstamos y créditos financieros sindicados, créditos rotativos, compraventa por residentes de títulos emitidos por no residentes (pagarés, bonos, etc.) que no sean negociables en Bolsa o mercados organizados.

En el impreso-declaración se reserva un casillero, el 3, para especificar la clase de endeudamiento, señalando el cuadrante correspondiente, y al efecto distingue: 1. Préstamo financiero simple. 2. Préstamo financiero sindicado. 3. Crédito

“revolving” (véase la crítica del empleo de esta expresión en el epígrafe relativo a préstamos y créditos financieros de no residentes). 4. Adquisición de títulos.

En tema de declaración, debe distinguirse:

A) Préstamos o créditos por importe superior a 250 millones de pesetas, o que, aun no excediendo de dicho importe se conceden a prestatario residente en un paraíso fiscal.

Se declararán mediante impreso normalizado PE-3. Esta declaración –según la instrucción 7.^a4 de las normas de procedimiento anejas a la circular– habrá de realizarse en la Oficina de Balanza de Pagos del Banco de España, Madrid, por el prestamista residente, con anterioridad a la primera disposición de fondos del préstamo o financiación obtenidos. El Banco de España diligenciará la declaración y asignará un NOF, que habrá de consignarse en todas las comunicaciones de cobros y pagos relativos a dicho préstamo o financiación, devolviendo al prestamista su ejemplar correspondiente. Advertimos que aun cuando la circular habla a veces tan sólo de prestamista, como ocurre en el caso que ahora examinamos, debe entenderse comprendido en esta expresión al acreditante, cuando se tratara de concesión de crédito y no de préstamo.

172

Ahora bien, tratándose de préstamos o financiaciones a favor de residentes en paraísos fiscales, el Banco de España podrá solicitar de los prestamistas residentes cuantos datos estime oportunos, o realizar las comprobaciones necesarias “para la identificación de las condiciones de la operación”, antes de proceder al registro de la operación y a la asignación del correspondiente NOF.

La presentación, según hemos visto, ha de hacerse en la Oficina de Balanza de Pagos por el prestamista o acreditante residente, según los términos de la circular. Pero no veo inconveniente en que al menos un apoderado en escritura pública pueda efectuar la referida presentación, en virtud

del principio *potest quis per alium quod potest facere per se ipsum*, al no estar prohibida la representación en este caso.

Aunque ningún precepto exige que en las escrituras de préstamos o créditos financieros de residentes a no residentes se consigne el NOF, en la práctica habría que subdistinguir:

a) Préstamos.

En estos casos considero debe indicarse en la escritura el NOF, que se obtendrá previamente con la previa declaración. Así resulta de la regla de la norma 3.^a,3 de la circular n.º 23/1992 del Banco de España que estamos examinando, y que ordena que las entidades registradas “no realizarán adeudo o abono alguno para la ejecución, amortización o cobro de intereses del préstamo o de la financiación concedida al no residente, sin que a los mismos les haya sido asignado el número de operación financiera (NOF) ...”.

173

Por otro lado, la circular 23/1992, en la instrucción 7.^a,4, en su párrafo primero dispone que la declaración, mediante impreso PE-3, anejo a la circular, correspondiente a operaciones por importe superior a 250 millones de pesetas, o destinados a paraísos fiscales cualquiera que sea su importe, habrá de realizarse “en la Oficina de Balanza de Pagos del Banco de España, Madrid, por el prestamista residente con anterioridad al envío de fondos como primera disposición del préstamo o crédito concedido. El Banco de España diligenciará la declaración y asignará el número de operación financiera (NOF), que habrá de consignarse en todas las comunicaciones de pagos y cobros relativas a la misma, devolviendo al prestamista su ejemplar correspondiente”.

Todo ello significa, traducido a nuestra gramática jurídica usual, que no se podrá entregar al prestatario la cantidad prestada (ni siquiera bajo la modalidad –ordinaria en los préstamos bancarios– de entrega mediante ingreso en la cuenta de dicho prestatario que al efecto se identifica, con su nú-

mero y nombre y dirección de la oficina en donde se hubiese abierto), en tanto no se hubiese obtenido el NOF.

Sobre la entrega de la cantidad prestada en los préstamos y demás cuestiones relacionadas con esta entrega y el NOF, incluso régimen de posibles sanciones por infracción de las normas, véase cuanto decimos en el epígrafe relativo a los préstamos financieros de no residentes a residentes.

b) Créditos.

Si en lugar de un préstamo se tratara de un crédito financiero, habría aquí también deber de declaración antes de la primera disposición del crédito, también en el impreso PE-3. Pero aquí no se trata de un contrato real sino consensual. Aquí no se perfecciona el contrato por la entrega del dinero objeto del contrato, sino por el mero consentimiento. Aquí, el acreditante queda obligado a entregar al acreditado las sumas que éste quiera dentro del máximo señalado en el contrato y en la forma en éste prevista. Aquí, por tanto, no hay inconveniente en otorgar el contrato sin la previa declaración y consiguiente obtención del NOF. Puede perfectamente formalizarse sin ello. En el bien entendido que antes de la primera disposición del crédito deberá cumplirse con tal deber. No creo necesario que se consigne en el cuerpo de la escritura, caso de formalización por este medio. Pero es recomendable que el notario así lo haga o al menos advierta de esta circunstancia a los otorgantes.

B) Préstamos o créditos por importe que no supere la cifra de 250 millones de pesetas y que no estén concedidos a personas residentes en un paraíso fiscal.

En estos casos, la norma 3.^a4 de la circular 23/1992 del Banco de España, y sin perjuicio de que se reafirme en la misma que con carácter general el número de operación financiera (NOF) será asignado por el Banco de España,

dispone que “las entidades registradas podrán asignar, directamente, actuando por delegación del Banco de España (obsérvese aquí en estas palabras subrayadas, una nueva reafirmación de las facultades del Banco de España en esta materia) el NOF de los préstamos a no residentes cuyo importe no exceda de 250 millones de pesetas o su contravalor en otras divisas, siempre que el prestatario no sea persona física o jurídica residente en alguno de los territorios o países a los que se atribuye el carácter de paraísos fiscales en el RD 1080/1991, de 5 de julio”.

En estos casos, el prestamista residente deberá cumplimentar la declaración mediante el impreso PE-4, con anterioridad al primer envío de fondos, bien ante la Oficina de Balanza de Pagos o en cualquiera de las sucursales del Banco de España, o bien ante cualquier entidad registrada. El Banco de España o la entidad registrada “que en este caso actuará por delegación del Banco de España”, diligenciará la declaración y devolverá al prestamista su ejemplar, una vez diligenciado, remitiendo la entidad registrada al Banco de España, Madrid, el ejemplar correspondiente a la Oficina de Balanza de Pagos (instrucción 7.^a,5 de las normas de procedimiento anejas a la circular).

Los ejemplares correspondientes del impreso PE-4 podrán obtenerse en el Banco de España, en Madrid, y sucursales. Pero también las entidades registradas que lo deseen podrán adquirir estos documentos para atender a las peticiones de sus clientes.

El NOF asignado a esta clase de operaciones será el que figure preimpreso en la declaración PE-4. A diferencia del supuesto del PE-3, en que la asignación de este número se efectúa por el Banco de España en el momento de diligenciar la declaración (instrucciones 4.^a y 7.^a,5 de las normas de procedimiento anejas a la circular).

No creo necesario que en la escritura se especifique el NOF, pero es muy conveniente que así se haga, ya que luego en todas las vicisitudes de cobros y pagos derivados

de su amortización y pago de intereses, se deberá consignar en cada caso el NOF correspondiente al préstamo (o crédito). Por otro lado, tal consignación ofrece la prueba de haberse cumplido con el requisito exigido relativo a la declaración y consiguiente obtención de tal NOF.

2. Vencimiento y plazos de amortización.

No hay limitación en estos puntos por razón de control de cambios. Es libre la fijación del plazo de vencimiento. También es libre la posible fijación de prórrogas expresas o tácitas, y el señalamiento de causas de vencimiento anticipado del préstamo o crédito.

176

En cuanto a los plazos de amortización, son también libres. Hay que tener en cuenta que los pagos por amortización relativos a todos los préstamos o financiaciones, habrán de hacerse siempre consignando el NOF asignado a la operación. A estos efectos en los cobros y pagos realizados a través de entidades registradas, éstas requerirán del prestamista la presentación de la correspondiente "Declaración de préstamos y créditos financieros a no residentes". Entiendo que cuando se haya formalizado en escritura ante notario y se haya especificado en ésta el NOF, por testimonio del mismo, bastará con tal testimonio consignado en la referida escritura.

Por otro lado, conviene tener en cuenta que en el impreso-declaración hay un recuadro (el 10) reservado para consignar en el mismo el calendario de amortización, y que se cumplimentará consignando:

- El número de cuotas de amortización.
- Su periodicidad, trimestral, semestral, única al vencimiento final, etc.
- Si se trata de cuotas iguales o desiguales, lo que tendrá, asimismo, reflejo en el impreso-declaración marcando al efecto la casilla correspondiente.
- La fecha de cómputo inicial, por ejemplo: "primer vencimiento al año de la disposición del préstamo".

—Y la fecha de cómputo final, por ejemplo “vencimiento final al 31-12-1996”.

Así resulta todo ello de la 4.^a de las instrucciones de procedimiento anejas a la circular.

3. Intereses.

Son libres. No existe norma de control de cambios vigente que imponga limitación al tipo de interés, materia ésta que, por consiguiente, se regirá por las normas generales.

En el impreso-declaración aparece un recuadro (el 8) destinado a especificar cómo ha sido fijado el interés del préstamo o de la financiación.

Tanto en estas modalidades de préstamo o crédito financiero como en la que luego estudiaremos de créditos comerciales, el interés puede ser fijo o variable (o flotante). Es muy frecuente el interés variable o flotante, con referencia al coste de la obtención de la divisa en un determinado mercado, Londres, Madrid, París, Frankfurt, etc. (LIBOR, MIBOR, PIBOR, FIBOR –abreviaturas de “London inter bank offered rate”, “Madrid inter bank offered rate”, “Paris inter bank offered rate”, y “Frankfurt inter bank offered rate”, respectivamente–), determinándose en el contrato el período de revisión, el margen fijo sobre el tipo de oferta en % y la comisión de gestión en % que se establece a la disposición del crédito. Obviamente no hay inconveniente legal en que el tipo de interés sea fijo.

Vale aquí lo dicho en el epígrafe II,3, sobre desaparición de estos tipos interbancarios y su sustitución por el EURIBOR.

4. Comisiones y gastos.

También se puede pactar en esta materia con plena libertad desde el punto de vista del control de cambios. También en esta materia se aplicarán, en consecuencia, las nor-

mas generales, es decir, las pertinentes como si se tratara de un préstamo entre residentes.

También en el impreso-declaración hay un recuadro (el 9) reservado para hacer constar en él las comisiones y gastos que haya de satisfacer el prestatario por estos conceptos (de apertura, de disponibilidad, etc.), bien en términos de porcentajes o en cantidades fijas.

V. Adquisición por residentes de títulos emitidos por no residentes que no sean negociables en Bolsa o mercados organizados

Como una variedad de financiación por residentes a no residentes, figura expresamente en la circular 23/1992 la adquisición de títulos a que se refiere el presente epígrafe.

178 Según la norma 3.^a,2, “igualmente deberán declararse al Banco de España, por el mismo procedimiento, las operaciones de financiación a no residentes que se materialicen mediante la adquisición, por residentes, de títulos emitidos por no residentes (pagarés, bonos, etc.) que no sean negociables en Bolsa o mercados organizados”.

La declaración se efectuará en la forma vista en el epígrafe IV al estudiar los préstamos y créditos financieros de residentes a no residentes. Téngase en cuenta el tratamiento de estas adquisiciones como una forma más de financiación. En consecuencia, se utilizarán los impresos PE-3 y PE-4, según la cuantía o que concurra o no la circunstancia de ser el emisor de los títulos residente en paraíso fiscal.

Esta especial forma de financiación se reflejará en el correspondiente impreso de declaración, en el casillero 3, marcando el recuadro 4: “Adquisición de títulos”.

VI. Créditos comerciales de no residentes a favor de residentes para importaciones de bienes y servicios

Su otorgamiento es libre, pero están sujetos a declaración. Ninguna norma establece otro requisito o condicionamiento, desde el punto de vista del control de cambios.

Se refiere a ellos la norma 2.^a de la circular n.º 23 del Banco de España, de 18 de diciembre de 1992. Con arreglo a ella “las personas físicas o jurídicas residentes en España que obtengan facilidades crediticias del suministrador o de tercero financiador no residente, por plazo superior a un año, en sus operaciones de importación de bienes y servicios, quedan obligadas a declararlas al Banco de España en el plazo de un mes, contado desde la fecha de obtención de la facilidad crediticia, cumplimentando el impreso de «Declaración de créditos de no residentes para importaciones de bienes y servicios», en la forma que establece la instrucción de procedimiento 7.^a,3 de la presente circular”.

179

La expresión “facilidades crediticias” es tan amplia que permite incluir en la misma toda clase de modalidad de crédito.

En la actual regulación sólo se mencionan en el casillero 3 de la declaración CC-1, como modalidades de crédito la “de suministrador”, y la “de tercero financiador” no residente. Pero entiendo que cualquier clase de crédito puede comprenderse dentro de cada una de estas dos modalidades.

Por otra parte, como concedente del crédito parece que en la norma que estamos examinando ha de ser un no residente que en el casillero 4 del impreso se le designa como “prestamista no residente (suministrador o tercero financiador)”. Quedan fuera de los requisitos impuestos por la circular los créditos que pudieran otorgar las entidades registradas para financiar importaciones de bienes o servicios.

Según la instrucción 3.^a, en el impreso y en el casillero 4 deberá hacerse constar “el nombre, dirección y país de la persona física o jurídica no residente que concede el crédi-

to, ya sea el suministrador de los bienes y servicios, ya un tercero financiador”.

Por otro lado, debe tratarse de financiación de importaciones de bienes o servicios, debiendo distinguirse, marcando el correspondiente recuadro con una X, si se trata de mercancías o de servicios, en el casillero 5.

Es más, en el casillero 6 debe señalarse los bienes o servicios objeto de importación. Cuando se trata de bienes (importación de mercancías con traspasos de propiedad), se indicarán en el recuadro de código estadístico las dos primeras cifras del código que corresponde indicar en la declaración estadística “Intrastat” para el comercio de bienes intracomunitario, o en el Documento Único Aduanero (DUA) para el comercio de bienes extracomunitario, seguidas de cuatro ceros, excepto en “combustibles, aceites y derivados minerales”, cuyas dos primeras sean 27, en las que se indicarán las cuatro primeras, seguidas de dos ceros.

180

En caso de importación de servicios se dejará en blanco este casillero o, mejor, recuadro, de código estadístico.

La clase de moneda es libre. En caso de operación con cláusula multdivisa, se indicará la moneda base.

1. Deber de declaración.

Antes, esta declaración se cumplimentaba en el modelo de declaración TE 43, ficha de créditos relacionados con importaciones de bienes y servicios. Actualmente, conforme a la instrucción 7.^a,3 “la declaración de los créditos de no residentes para importaciones, habrá de realizarse mediante el modelo CC-1 en la Oficina de Balanza de Pagos del Banco de España, en Madrid, por el importador prestatario residente, en el plazo de un mes, contado desde la fecha de obtención de la facilidad crediticia. El Banco de España diligenciará la declaración y devolverá al prestatario residente su ejemplar correspondiente una vez diligenciado”.

“El número de crédito comercial asignado a esta clase de operaciones será el que figure preimpreso en la declaración CC-1 correspondiente, y habrá de consignarse en el espacio destinado al NOF en todas las comunicaciones de pago relativas al mismo.”

2. Fecha del crédito, vencimiento y plazos de amortización.

Son libres desde el punto de vista del control de cambios. En la declaración debe hacerse constar no sólo la fecha de concesión del crédito sino la fecha en que se haya realizado la importación o esté previsto hacerla, fecha que dará lugar a la efectividad del crédito. En caso de que estuviera previsto realizar la importación mediante varias expediciones en sucesivas fechas, se indicará al dorso el calendario previsto, con expresión de las fechas e importes de cada expedición y efectividad del crédito.

El calendario de amortización es libre, pero deberá consignarse en la declaración.

En el impreso-declaración hay un recuadro (el 14) reservado para consignar en el mismo el calendario de amortización, y que se cumplimentará consignando:

- El número de cuotas de amortización.
- Su periodicidad, trimestral, semestral, única al vencimiento final, etc.
- Si se trata de cuotas iguales o desiguales, lo que tendrá, asimismo, reflejo en el impreso-declaración marcando al efecto la casilla correspondiente.
- La fecha de cómputo inicial, por ejemplo: “primer vencimiento al año de la efectividad del crédito”.
- Y la fecha de cómputo final, por ejemplo “vencimiento final al 31-12-1996”.

3. Intereses.

Son también libres. Vale aquí cuanto exponemos en el epígrafe II,3. Hay un recuadro en la declaración (el 12), dedicado a especificar los datos del tipo de interés a cargo del acreditado, que puede ser fijo o variable o flotante indicándose en tal caso la plaza IBOR (inter bank offered rate), o tipo de oferta en el mercado interbancario (Londres, Madrid, etc.), período de revisión (trimestral, semestral, etc.), y el margen fijo sobre el tipo de oferta en %.

4. Comisiones y gastos.

Se pueden pactar igualmente con plena libertad desde el punto de vista del control de cambios.

182

En el impreso declaración hay otro casillero o recuadro (el 13), destinado a la especificación de las comisiones y gastos conexos, tales como las comisiones de apertura, de disponibilidad, de agencia, etc., así como de los gastos conexos.

VII. Créditos comerciales de residentes a no residentes para exportación de bienes y servicios

Se hallan previstos en la norma cuarta de la circular del Banco de España n.º 23, de 18 de diciembre de 1992.

Según esta norma “Las personas físicas o jurídicas residentes en España que concedan facilidades crediticias al comprador no residente, por plazo superior a un año, en sus operaciones de exportación de bienes y servicios, quedan obligadas a declararlas al Banco de España en el plazo de un mes, contado desde la fecha de concesión de la facilidad crediticia, cumplimentando el impreso de «Declaración de créditos a no residentes para exportación de bienes y servicios», en la forma que establece la instrucción de procedimiento 7.ª,6 de la presente circular”.

La norma se está refiriendo claramente a las personas físicas o jurídicas residentes que concedan facilidades crediticias al comprador no residente en sus operaciones de exportación de bienes, es decir, se está refiriendo al exportador, y no a otras personas, no, desde luego, a las entidades registradas.

La clase de moneda es libre, aunque se deberá especificar en la declaración la moneda del crédito.

Se está regulando en esta circular la declaración de los créditos a no residentes para exportaciones de bienes y servicios. Y por supuesto que en la declaración se determinará la clase de exportación que ampara el crédito, según sea de mercancías o de servicios. Es más, se deberán reseñar los bienes o servicios objeto de exportación. Cuando se trate de bienes (exportación de mercancías con traspaso de propiedad), se indicarán en el casillero correspondiente de código estadístico las dos primeras cifras del código que corresponde indicar en la declaración estadística "Intrastat" para el comercio de bienes intracomunitario, o en el Documento Único Aduanero (DUA) para el comercio de bienes extracomunitario, seguidas de cuatro ceros, excepto en "combustibles, aceites y derivados minerales" cuyas dos primeras sean 27, en las que se indicarán las cuatro primeras, seguidas de dos ceros. En caso de exportación de servicios se dejará en blanco este casillero de código estadístico.

183

1. Deber de declaración.

Ya hemos dicho que incumbe al exportador residente.

Según la instrucción de procedimiento 7.^a,6:

"La declaración de los créditos a no residentes para exportaciones habrá de realizarse mediante el modelo CC-2, en la Oficina de Balanza de Pagos del Banco de España, en Madrid, o en cualquiera de las sucursales del Banco de España, por el exportador prestamista residente, en el plazo de un mes, contado desde la fecha de concesión de la faci-

lidad crediticia. El Banco de España diligenciará la declaración y devolverá al prestamista residente su ejemplar correspondiente una vez diligenciado.

El número de crédito comercial asignado a esta clase de operaciones será el que figure preimpreso en la declaración CC-2 correspondiente y habrá de consignarse en el espacio destinado al NOF en todas las comunicaciones de cobros relativas al mismo.”

2. Fecha del crédito, vencimiento y plazos de amortización.

Son libres desde el punto de vista del control de cambios. En la declaración debe hacerse constar no sólo la fecha de concesión del crédito sino la fecha en que se haya realizado la exportación o esté previsto hacerla, fecha que dará lugar a la efectividad del crédito. En caso de que estuviera previsto realizar la exportación mediante varias expediciones en sucesivas fechas, se indicará al dorso el calendario previsto, con expresión de las fechas e importes de cada expedición y efectividad del crédito.

El calendario de amortización es libre, pero deberá consignarse en la declaración.

En el impreso-declaración hay un recuadro (el 12) reservado para consignar en el mismo el calendario de amortización, y que se cumplimentará consignando:

— El número de cuotas de amortización.

— Su periodicidad, trimestral, semestral, única al vencimiento final, etc.

— Si se trata de cuotas iguales o desiguales, lo que tendrá, asimismo, reflejo en el impreso-declaración marcando al efecto la casilla correspondiente.

— La fecha de cómputo inicial, por ejemplo: “primer vencimiento al año de la efectividad del crédito”.

— Y la fecha de cómputo final, por ejemplo “vencimiento final al 31-12-1996.

3. Intereses.

Son también libres. Vale aquí cuanto exponemos en el epígrafe II,3. Hay un recuadro en la declaración (el 10), dedicado a especificar los datos del tipo de interés a cargo del acreditado, que puede ser fijo o variable o flotante indicándose en tal caso la plaza IBOR (inter bank offered rate), o tipo de oferta en el mercado interbancario (Londres, Madrid, etc.), período de revisión (trimestral, semestral, etc.), y el margen fijo sobre el tipo de oferta en %.

4. Comisiones y gastos.

Se pueden pactar igualmente con plena libertad desde el punto de vista del control de cambios.

En el impreso declaración hay otro casillero o recuadro (el 11), destinado a la especificación de las comisiones y gastos conexos, tales como las comisiones de apertura, de disponibilidad, de agencia, etc., así como de los gastos conexos.

185

VIII. Avales y garantías

Podemos afirmar igualmente que los avales, fianzas, y en general las garantías de toda clase, personales o reales, otorgadas por residentes a favor de no residentes o de otros residentes por deudas de residentes o de no residentes, así como los otorgados por no residentes por obligaciones de residentes o no residentes a favor de residentes o de no residentes, estaban ya liberalizadas.

En gran parte las liberalizó una orden de 23 de enero de 1981. Más tarde, la orden de 16 de febrero de 1989, modificó la anterior, facultando a la DGTE para autorizar con carácter general todas o algunas de las garantías no liberalizadas. Y esta DGTE, por resolución de la misma fecha (16 de febrero de 1989) acrecentó el elenco de las garantías liberalizadas. Aunque todavía no era una liberalización total.

Por último, la orden de 19 de junio de 1990 introdujo dicha total liberalización. En su artículo único dispone que “Es libre y no requerirá autorización administrativa previa el otorgamiento u obtención por residentes de cualquier tipo de garantías exteriores cuya ejecución o restitución dé o pueda dar lugar a movimientos de fondos con el exterior, siempre y cuando la obligación garantizada se ajuste a las normas de control de cambios aplicables a la transacción de que se trate”. Dicha orden se complementa con una resolución de la DGTE de igual fecha, 19 de junio de 1990, y que dicta normas de procedimiento en materia de garantías exteriores, aunque después de liberalizar los cobros y pagos exteriores derivados de la ejecución y restitución de las garantías prestadas por residentes respecto de obligaciones entre no residentes y de las garantías prestadas por no residentes respecto de obligaciones entre residentes, los sujeta (dichos cobros y pagos exteriores) a verificación.

La orden de 19 de junio de 1990 deroga la de 23 de enero de 1981 y la de 16 de febrero de 1989. Y la resolución de 19 de junio de 1990 deroga la resolución de 16 de febrero de 1989.

Esta orden, de 19 de junio de 1990, liberalizando ya todas las garantías, ha sido a su vez derogada por el RD 1816/1991, de modo expreso, por innecesaria.

En cambio, la resolución de la DGTE de 19 de junio de 1990, se mantuvo en vigor también de modo expreso por la resolución de la DGTE de 7 de enero de 1992, “hasta tanto no se produzca la entrada en vigor de las nuevas normas de procedimiento relativas a comunicaciones de cobros y pagos al Banco de España ... a los exclusivos efectos de la utilización de códigos estadísticos y del sistema de comunicaciones de los indicados cobros y pagos exteriores...”.

Subrayo a los exclusivos efectos de la utilización de códigos estadísticos y del sistema de comunicaciones de dichos cobros y pagos exteriores. Porque la sujeción a verificación de tales cobros y pagos que se contenía en la citada resolu-

ción, debió entenderse derogada. También los cobros y pagos exteriores derivados de la ejecución y restitución de las garantías, deben entenderse actualmente libres sin necesidad de verificación. Tan sólo subsiste la obligación de comunicación a cargo de las entidades registradas.

En fin, la resolución de 7 de enero de 1992 fue derogada y sustituida por la de 9 de julio de 1996.

Obviamente, también será de aplicación el criterio de la resolución (de 19 de junio de 1990) por pura lógica, en cuanto que el artículo 4.º disponía que en el caso de que la ejecución de las garantías reales diese lugar a la adjudicación de los bienes objeto de las mismas, ... se observarán los requisitos exigidos por las normas sobre inversiones extranjeras en España o sobre inversiones españolas en el exterior que resultaran de aplicación. No en cambio los demás requisitos de verificación que imponía la resolución, que ahora sólo sería admisible si diese lugar a una inversión extranjera en España o española en el exterior, si, dadas las circunstancias, las normas aplicables así lo establecieran.

187

IX. Compensaciones de cobros y pagos exteriores

No hace falta proclamar que las compensaciones de cobros y pagos exteriores están liberalizadas, cuando ya hemos reiterado que todos estos movimientos son libres. Sin perjuicio de los deberes de declaración que a efectos estadísticos y fiscales puedan establecerse.

Y ya la orden de 27 de diciembre de 1991, en su artículo 8.º,1, dispone que "en base a lo dispuesto en el artículo 9.º del Real Decreto 1816/1991, los residentes que lleven a cabo las operaciones que a continuación se indican, estarán sometidos a la obligación de declaración ante el Banco de España en la forma, periodicidad y por el importe que éste determine: ... b) Las compensaciones de créditos y débitos que se efectúen entre residentes y no residentes por

operaciones comerciales o de prestación de servicios. c) Las compensaciones de créditos y débitos derivados de operaciones de intermediación en mercados financieros, efectuadas por las Entidades que realicen dichas operaciones”.

Y la circular del Banco de España n.º 23, de 18 de diciembre de 1992, regula en su norma quinta la declaración de las compensaciones de cobros y pagos exteriores, disponiendo al efecto:

“1. Las personas físicas o jurídicas residentes en España que realicen compensaciones de cobros y pagos con no residentes originados por transacciones de cualquier naturaleza (de bienes, servicios o capital), quedan obligadas a declararlas al Banco de España en el plazo de un mes, contado desde la fecha en que se hace efectiva la compensación, en la forma que establece la instrucción de procedimiento séptima, punto 7, de la presente circular.

188 2. El Banco de España registrará la compensación efectuada, asignándole un «número de operación de compensación», que servirá de referencia para cualquier asunto relacionado con la misma.

3. Si las compensaciones a que se refiere el apartado primero fueran parciales y, como consecuencia de ello, se produjeran cobros o pagos netos que tuvieran liquidación a través de una entidad registrada, o mediante abono o adeudo en una cuenta abierta en el exterior, los cobros y pagos compensados se declararán, respectivamente, por sus importes, y separadamente, sin agrupación ni refundición a través de los procedimientos establecidos para cobros y pagos exteriores liquidados a través de entidades registradas o a través de cuentas en entidades no residentes.”

Según la instrucción de procedimiento 7.^a,7, aneja a la circular 23/1992:

“La declaración de las compensaciones de cobros y pagos exteriores –sin liquidación a través de una entidad registrada ni abono o adeudo en una cuenta abierta en el exterior– habrá de realizarse mediante el modelo CP-1, en la Oficina

de Balanza de Pagos del Banco de España, en Madrid, o en cualquiera de las sucursales del Banco de España, por el titular residente de dichas operaciones, en el plazo de un mes, contado desde la fecha en que se hace efectiva la compensación. El Banco de España diligenciará la declaración y devolverá al interesado su ejemplar correspondiente, una vez diligenciado.

El número de la operación de compensación asignado a esta clase de operaciones será el que figure preimpreso en la declaración CP-1 correspondiente, y servirá de referencia para cualquier asunto relacionado con la misma.”

Las compensaciones de cobros y pagos exteriores pueden ser consecuencia de cualquier operación lícita. Tanto el crédito como la deuda del residente que se compensa puede ser por operación comercial, o de servicios, o de capital, debiéndose determinar en la declaración la clase de operaciones compensadas.

Puede ser en cualquier moneda, tanto el crédito como el débito compensado, y claro está que deberá determinarse la moneda en que está cifrado el crédito y el débito, su importe, y si comprende varios cobros y pagos el total de ellos, y siendo en monedas distintas se indicará el contravalor en pesetas.

Se describirán las operaciones que originan el crédito y el débito que se compensan, teniendo en cuenta que, si se trata de una exportación o importación de mercancías con traspaso de propiedad, se indicarán en el casillero de código estadístico las dos primeras cifras que corresponde indicar en la declaración estadística “Intrastat” para el comercio de bienes intercomunitario, o en el Documento Único Aduanero (DUA) para el comercio de bienes extracomunitario, seguidas de cuatro ceros, excepto en “combustibles, aceites y derivados minerales” cuyas dos primeras cifras sean 27, en las que se indicarán las cuatro primeras seguidas de dos ceros. En caso de tratarse de una prestación de servicios o de capital, el casillero de código estadístico se dejará en blanco.

Si las operaciones que originan el crédito y el débito requieren asignación de NOF, éste se hará constar en su casillero correspondiente.

Cuando el crédito o el débito compensado comprenda varios cobros o pagos, se detallarán éstos cumplimentando el dorso del formulario en sus columnas respectivas, indicando, de manera abreviada, el concepto de cada cobro y pago, y en su caso, el código estadístico y NOF correspondientes.

Se hará constar la fecha en que se hace efectiva la compensación, y aunque lo digamos ahora, realmente debe figurar en primer lugar el nombre, NIF, domicilio y teléfono de la persona física o jurídica que realiza la compensación. También se hará constar en la declaración el nombre, dirección y país de la persona o entidad no residente con la que se efectúa la compensación, titular del débito y crédito compensados.

190

X. Incidencia del control de cambios en los procedimientos de ejecución

En los préstamos en moneda extranjera, y en general en las obligaciones en moneda extranjera, podían surgir ciertas dificultades en el cumplimiento cuando las normas antes vigentes no permitían la posesión o tenencia de divisas (o billetes) más allá de los quince días a partir del que estuvieran a disposición del sujeto, o la apertura o mantenimiento de cuentas en moneda extranjera, salvo que se obtuviera autorización administrativa. Es decir, en síntesis, cuando quien debiera efectuar la prestación en moneda extranjera se viera imposibilitado jurídicamente para ello, al no permitírsele normas vigentes y al no obtener autorización específica.

El propio Código civil, en el artículo 1.170, párrafo primero, dispone que “El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso

legal en España” (hoy diríamos “en la moneda que tenga curso legal en España”).

Una sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1991, en el cuarto de sus fundamentos de Derecho distingue la cuestión de índole estrictamente civil, que se refiere tan sólo al vencimiento de un préstamo dinerario y a la subsiguiente obligación por parte de la prestataria de devolver la cantidad recibida y los intereses devengados por la misma, con el tema relativo a la clase de moneda en que haya de realizarse dicha devolución o pago y requisitos administrativos que hayan de cumplirse para llevar a cabo el mismo, cuestión que pertenece estrictamente al ámbito de la normativa del control de cambios y que habrá de concretarse en fase de ejecución de sentencia.

Es, justamente, en ese ámbito del control de cambios, en donde se pueden plantear los problemas. Como dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6.^a ed., Madrid, 1990, pp. 152 y 153) “de hecho, la cuestión queda reducida a las hipótesis en que el deudor no obtenga las monedas extranjeras del Banco de España o de otras instituciones delegadas pese a ser una operación legalmente permitida o autorizada administrativamente. Estaremos ante un caso de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor que le obligará a cumplir, según el artículo 1.170, en la moneda de curso legal en España”.

Y entonces se entrelaza la cuestión de la determinación del cambio con arreglo al cual deba hacerse la equivalencia. La Ley Cambiaria y del Cheque, en su artículo 47, prevé el cambio vendedor al tiempo del vencimiento. Pero en caso de mora permite al tenedor que pueda exigir que el importe de la letra le sea pagada por el valor en pesetas que resulte del cambio vendedor de la fecha de vencimiento o del de la fecha de pago a su elección.

Ya veremos después el criterio seguido por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Tribunal Supremo, aunque con alguna excepción (como la de la sentencia de 26 de noviembre de 1987, que acepta, en caso de litigio, el del cambio vendedor del día en que recaiga sentencia definitiva), entiende que debe aplicarse el cambio correspondiente al día en que el pago se haga efectivo.

Así, en sentencia de 21 de diciembre de 1991, en que cita las anteriores que siguen el mismo criterio, estima el motivo de casación invocado “ya que al no entenderse pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía, según preceptúa el artículo 1.157 del Código civil, cuando se trata de condena al pago en moneda extranjera, traducida al cambio en pesetas, se tendrá en cuenta para determinar tal contravalor en moneda nacional, el que corresponda al día en que el pago se haga efectivo, según reiterada y uniforme doctrina de esta Sala (sentencias de 9 de noviembre de 1957, 8 de junio de 1963, 5 de enero de 1980, 20 de febrero de 1986)”.

192

Ahora bien, actualmente no hay cuestión en el ámbito de la “normativa” del control de cambios, toda vez que la adquisición de divisas, su tenencia por más de quince días, la apertura y movilización de las cuentas en divisas, y el pago en divisas tanto por residentes como por no residentes, es libre y no precisa ni de verificación ni de autorización administrativa, aunque son precisas ciertas declaraciones que en su momento hemos estudiado o estudiaremos. El pago, no es que deba hacerse al cambio de un día o de otro. El pago debe hacerse en la moneda pactada, lo que hoy es legalmente posible sin necesidad de autorización o verificación como ya hemos dicho. Y sólo en el caso de imposibilidad fáctica de obtención de una determinada moneda, en la cuantía suficiente, es cuando habrá que acudir a la moneda de curso legal en España, y entonces, por pura lógica, habrá que seguir el criterio que antes hemos visto adopta el Tribunal Supremo: cambio vendedor (pensando que es la enti-

dad registrada la que vende, o habría de vender la moneda pactada) al día en que el pago se haga efectivo. Ya que es entonces cuando se satisface el interés del acreedor. Y por supuesto que en el caso de que a esta situación se haya llegado por incumplimiento del deudor, podrá el acreedor reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Por lo que respecta a la materia que tratamos de estudiar en el presente epígrafe, conviene distinguir el problema en términos generales de aplicación a toda clase de juicios declarativos en que se produzca una sentencia que condene al pago de una suma en moneda extranjera, es decir, en la ejecución de las sentencias en general, y por otro lado contemplaremos el problema en los juicios ejecutivos.

El problema en los juicios declarativos.

La LEC, en su artículo 921 (dentro del título VIII “Ejecución de sentencias” del libro II), en su párrafo tercero, dispone que “si la sentencia condenare al pago de una deuda en moneda extranjera, se estará a lo establecido a tales efectos en el juicio ejecutivo”.

Esta norma traslada nuestro estudio al tratamiento del problema en el juicio ejecutivo. Pero antes de llegar a él, queremos poner de relieve la acertada crítica que VALENTÍN CORTÉS (*Comentario a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por dicho autor, Madrid, 1985, pp. 666 y ss.) hace de la redacción de este párrafo, en particular, de la remisión a las normas del juicio ejecutivo.

Para dicho autor, tal remisión plantea dificultades de interpretación, que va examinando, y concluye entendiendo que en principio el artículo 921 parecería que se refiere a los dos últimos párrafos del artículo 1.481, y que sin embargo él mismo considera son inviables por entender que regulan un supuesto muy particular dentro del proceso de ejecución, que no debe servir de base para regular la ejecución por

condena de pago de suma de dinero cuando lo embargado requiere liquidación.

194 Tampoco los demás artículos. Parte de la base de que los problemas que se regulan en relación con los títulos que contienen una obligación de pago en moneda extranjera son fundamentalmente aquellos que se originan en la fase declarativa del juicio ejecutivo, salvo los que se refieren al momento y al modo de la convertibilidad de la moneda extranjera a los efectos del proceso de ejecución. Por eso, afirma, que salvo este último aspecto, los demás (cómo se ha de cumplir la obligación de pago en moneda extranjera tras el requerimiento y despacho de ejecución, problemas de consignación, eficacia del título en relación con la legislación de control de cambios) no pueden tener la más mínima relación con el proceso de ejecución, por lo que considera incomprensible que para solucionar los problemas en tema de ejecución de sentencias (en esta materia), se acuda a supuestos que nada tienen que ver con el problema que se pretende solucionar.

Destaca VALENTÍN CORTÉS que los problemas son absolutamente diversos, “porque en la ejecución la cuestión no está en saber cómo y de qué modo puede pagar el deudor una obligación, sino ejecutar una sentencia judicial que determina la cantidad de divisas extranjeras que debe pagar el condenado”. Por eso entiende que la remisión al artículo 1.435 no es posible en el proceso de ejecución, salvo en el caso de falta de convertibilidad sobrevenida y a los solos efectos de fijar la equivalencia de la moneda nacional respecto de la moneda extranjera no convertible en el momento de la ejecución.

Tampoco sirve, según este autor, la referencia a las normas del juicio ejecutivo para solucionar los problemas del pago una vez iniciada la ejecución, porque cuando el artículo 1.445 regula el pago, se refiere al pago de una obligación que no ha sido declarada aún por el órgano judicial, por consiguiente caben múltiples soluciones. Y añade: “Pero cuan-

do estamos ante el cumplimiento de una obligación declarada judicialmente, y se hace en fase de ejecución, no cabe más que cumplir, salvo acuerdo del acreedor, en los términos exactos que recoge la sentencia de condena". Por ello entiende que no es posible ejecutar la sentencia pagando pesetas, acreditando la convertibilidad de ésta a la moneda extranjera (art. 1.445). Y, como no podía menos, invoca el artículo 1.170 del C.c. que permite el pago en pesetas con efecto liberatorio sólo en los casos en que no fuere posible pagar en la especie pactada. La única remisión aprovechable al artículo 1.445 es, según VALENTÍN CORTÉS, la de admitir el pago liberatorio en pesetas cuando así lo admita el acreedor, y el mandato de embargar la cantidad entregada en pesetas cuando no exista el acuerdo del ejecutante.

Las acertadas opiniones de este autor quedan hoy reforzadas con la liberalización producida en tema de cobros y pagos entre residentes y no residentes, y aun entre residentes, tanto en moneda española como en moneda extranjera, sea en billetes, sea en divisas.

El problema en los juicios ejecutivos.

Conviene, antes de seguir adelante, recordar brevísimamente los siguientes momentos que pueden presentarse en el proceso ejecutivo:

Demanda ejecutiva, despacho de la ejecución (o admisión a trámite de la ejecución), requerimiento de pago, embargo, citación de remate, posible oposición, prueba y sentencia (si ésta falla que ha de seguir la ejecución adelante, expresando la cantidad que ha de pagarse al acreedor, se le llama sentencia de remate).

A continuación viene el procedimiento de apremio, que culminará de ordinario con el pago al acreedor de la cantidad que se le adeuda, previa venta en pública subasta de los bienes que fueren precisos, de entre los embargados.

Veamos ahora la incidencia que puede tener en algunos de estos momentos señalados, el hecho de que la obligación esté cifrada en moneda extranjera.

1. Demanda ejecutiva.

Tanto el ejecutante que demanda, como el ejecutado, que es demandado, pueden ser residentes o no residentes, o residente uno y no residente el otro. Existe plena libertad en la materia. Y no se precisa, según venimos repitiendo, ni verificación ni autorización administrativa, para el cobro o pago en moneda extranjera o en divisas. Y claro está que no hay necesidad alguna de acudir al recurso de considerar que la fijación de la deuda en moneda extranjera opera como cláusula de estabilización. Así pues, no hay inconveniente alguno en que la demanda concrete la petición en el cobro de la suma debida, fijada en moneda extranjera.

196

2. Despacho de ejecución.

Según el artículo 1.436, párrafos primero y segundo de la LEC:

“En las deudas en moneda extranjera su equivalencia en pesetas se computará conforme al cambio oficial, según precio vendedor, del día de vencimiento de la obligación o, en su defecto, del día anterior más próximo, a los efectos establecidos en el párrafo cuarto del artículo 1.440” (según este párrafo cuarto del 1.440: “... la ejecución se despachará por la suma de moneda extranjera reclamada, sin perjuicio de fijar la equivalencia en pesetas, a fin de que sirva de base a efectos del embargo de bienes y demás actuaciones ulteriores”).

“Tal equivalencia se acreditará mediante la referencia al cambio oficial publicado en el *BOE*, acreditándose la concurrencia de lo exigido en el número 2.º, del párrafo primero del artículo anterior, mediante certificación del orga-

nismo a tal efecto competente” (según dicho n.º 2.º, párrafo 1.º, art. 1.435: “Sólo podrá despacharse ejecución por cantidad líquida que exceda de 50.000 pesetas: ... 2.º En moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial, siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente”).

Es decir, que para el despacho de ejecución, la equivalencia en pesetas se computará en la forma que acabamos de ver. No se establece aquí ninguna conversión a pesetas, sino un simple cómputo en pesetas, a efectos del embargo y demás actuaciones ulteriores.

VALENTÍN CORTÉS (ob. cit., p. 709) estima que el cómputo por la equivalencia a pesetas se hace “sólo y exclusivamente a los efectos de poder llevar a cabo el embargo de bienes y las demás actuaciones procesales que tienen su base en la moneda-patrón peseta, como, desde otro punto de vista, se puede ver perfectamente en el párrafo último del artículo 1.440”.

SENES MOTILLA (*Las obligaciones en moneda extranjera. Su tratamiento procesal*, Madrid, 1990, p. 184) entiende que dicho cómputo tiene un carácter meramente instrumental a los solos efectos de determinar si la deuda en moneda extranjera tiene un valor económico superior a 50.000 pesetas. Más aún, según esta autora (ob. cit., p. 185), el artículo 1.436 es incorrecto en los efectos que atribuye a la computación a pesetas, y en contra de la letra de tal precepto, cree que el tipo de cambio aplicable al embargo de bienes habrá de ser el correspondiente al día en que se despacha la ejecución “pues es el único que garantiza la satisfacción al ejecutante de aquello que le es debido”.

Más adelante SENES MOTILLA (ob. cit., p. 191) insiste en que la equivalencia en pesetas deberá fijarla el juez con arreglo al tipo de cambio oficial, según precio vendedor, correspondiente al día en que tiene lugar el despacho de la ejecución, sin que el juez se halle vinculado por el cómputo correspondiente a la fecha de vencimiento de la obliga-

ción, a fin de evitar resultados injustos que podrían producirse en caso de oscilación del tipo de cambio tanto si la moneda extranjera se aprecia respecto de la peseta (el embargo en tal caso puede ser insuficiente, con daño al acreedor), como si se deprecia (el embargo viene a ser excesivo, en perjuicio del ejecutado).

Según el artículo 1.435, párrafo primero, n.º 2, ya hemos visto que es necesario para despachar ejecución:

— Que se trate de moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial. Al tiempo de promulgarse este precepto en su actual redacción (por Ley de 6 de agosto de 1984), sólo podían admitirse a cotización determinadas divisas. Actualmente cualquier divisa podrá ser libremente cotizada en el mercado español por las entidades facultadas para actuar por cuenta propia e intermediar operaciones en el sector exterior (antes llamadas entidades delegadas y hoy entidades registradas).

198

Actualmente, repito, todas las divisas pueden ser libremente cotizadas en el mercado español, por estas entidades (cfr. norma 1.ª,1 de la circular n.º 22 del Banco de España, de 18 de diciembre de 1992, sobre mercado de divisas).

En la fecha de la modificación de la norma del 1.435 de la LEC, no se pudieron plantear el problema de las divisas admitidas y de las divisas no admitidas a cotización oficial. Por cuanto las divisas admitidas a cotización en el mercado español de divisas eran las admitidas a cotización oficial. Pero ahora la situación es diferente.

Y sin embargo, de acuerdo con los términos literales del artículo 1.435 antes citado, no cabría despachar ejecución ante una divisa no admitida a cotización oficial, pese a ser posible su cotización en el mercado español de divisas, y ser posible en consecuencia su adquisición.

Sin embargo, este problema se solucionó de momento con el criterio de la circular del Banco de España n.º 22/1992, de muy escaso rango, ciertamente, pero de gran valor por-

que en tema de divisas el Banco de España tiene asignadas importantes competencias. Así, dice la circular 22/1992 en su norma tercera:

“El Banco de España publicará diariamente, en el *Boletín Oficial del Estado*, los cambios de compra y venta de divisas que aplicará a las operaciones ordinarias que realice por su propia cuenta, y que tendrán la consideración de «cotizaciones oficiales» a efectos de la aplicación de la normativa vigente que haga referencia a las mismas.

El Banco de España comunicará a las Entidades registradas el procedimiento seguido para la determinación de tales cambios, tomando como referencia tipos vigentes en el mercado interbancario.”

Actualmente, el artículo 36 de la Ley 46/1998 de 17 de diciembre, sobre la introducción del euro, establece que a efectos de lo dispuesto en la legislación vigente, a partir del 1 de enero de 1999 tendrá la consideración de cambio oficial de la moneda nacional frente a otras divisas el que publique para el euro el Banco Central Europeo, por sí o a través del Banco de España. El Banco de España podrá también publicar cotizaciones del euro respecto a monedas distintas de las consideradas por el Banco Central Europeo. Durante el período transitorio, el Banco de España publicará a título informativo la equivalencia del cambio oficial en la unidad de cuenta peseta.

Y efectivamente, en el *BOE* publica el Banco de España a diario una resolución por la que se hacen públicos los cambios del euro correspondientes al día anterior, publicados por el Banco Central Europeo, que tendrán la consideración de *cambios* oficiales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 46/1998 de 17 de diciembre, sobre la introducción del euro.

Asimismo, publica el Banco de España en el *BOE* una comunicación por la que, con carácter informativo, se facilita la equivalencia de los cambios anteriores expresados en la unidad peseta.

— Que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente. Este requisito, todavía podría entenderse en el año 1984, pero actualmente resulta evidentemente obsoleto, ante la liberalización general proclamada por el RD 1816/1991.

El artículo 1.436, párrafo segundo, de la LEC exige que tales extremos se justifiquen mediante certificación del organismo a tal efecto competente. Este organismo entiendo debe ser la Dirección General de Transacciones Exteriores, hoy llamada Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores.

3. Requerimiento de pago.

200

Sabido es que con arreglo al artículo 1.445 LEC, si el deudor atiende el requerimiento de pago y paga la cantidad por la que se hubiese despachado ejecución, el juez mandará entregar al actor la suma satisfecha y se dará por terminado el juicio (aunque pague, serán de cargo del deudor todas las costas causadas).

Pero cuando se trate de deuda en moneda extranjera, el artículo 1.445 LEC, en su párrafo cuarto, dispone unas reglas especiales. Dice así:

“Cuando se trate de deuda en moneda extranjera, el pago de la cantidad por la que se haya despachado ejecución deberá efectuarse en la moneda objeto de la obligación, o en pesetas, siempre que en este último caso, se acredite su convertibilidad a la moneda extranjera pactada; si no se acreditara y se pretendiera abonar en moneda española de curso legal el principal y los intereses, en su caso, sólo se admitirá el pago si el acreedor lo aceptase expresamente, en cuyo caso el juez mandará que le sea entregada la suma satisfecha, dando igualmente por terminado el juicio; de no aceptar el acreedor, podrá procederse al embargo de la suma ofrecida en moneda española.”

A la vista de este párrafo del artículo 1.445, y tenien-

do en cuenta que a partir de la entrada en vigor del RD 1816/1991 (lo que ocurrió el 1 de febrero de 1992), toda peseta es convertible, y ya no es correcto plantearse la distinción que antes existía entre pesetas convertibles y las que no gozasen de este carácter, puede afirmarse que las posibilidades que ofrece este artículo 1.445 en la actualidad, en cuanto al medio de pago que puede utilizar el deudor son las siguientes:

— Pago en la moneda objeto de la obligación. Es la primera prevista, y en la que en principio deberá efectuarse el pago.

— Pago en pesetas. Sin que ahora sea necesario acreditar su convertibilidad, porque ello resulta del RD 1816/1991.

Las otras hipótesis que contempla el párrafo cuarto del 1.445 LEC no se deben poder plantear actualmente. En efecto, la hipótesis de que no se acreditara la convertibilidad de la peseta a la moneda extranjera pactada es hoy día imposible, legalmente hablando. Toda peseta es convertible a cualquier moneda. Por tanto, no cabe distinguir entre el supuesto en que el acreedor lo aceptase expresamente o de que no lo aceptase.

Es decir, repitiendo lo ya expuesto, el deudor puede pagar actualmente: o en la moneda extranjera pactada o en pesetas. Esto según el precepto que estoy comentando. Y si así fuera, parece que se está actualmente enfrentando tal precepto al del artículo 1.170 del Código civil, ya que con arreglo a éste el pago debe hacerse “en la especie pactada”, y sólo cuando no sea posible entregar la especie se acudirá a pagar en moneda española, según hemos expuesto al tratar del problema en los juicios declarativos.

Según el artículo 1.446:

“Cuando el deudor consignare la cantidad reclamada en la moneda pactada, o en pesetas, cuya convertibilidad a dicha moneda quede acreditada, con el fin de evitar los gastos y molestias del embargo reservándose el derecho de oponerse a la ejecución, se suspenderá el embargo y la

cantidad se depositará en el establecimiento designado para ello.”

“Si la cantidad consignada no fuere suficiente para cubrir la deuda principal y las costas se practicará el embargo por lo que falte.”

Recuérdese lo que venimos repitiendo: que hoy toda peseta es convertible a cualquier moneda extranjera.

4. Embargo.

No hay inconveniente en que pueda trabarse el embargo sobre moneda extranjera, sean billetes de banco extranjeros, sea moneda extranjera en cuenta corriente, es decir, la propiamente denominada divisa, que se hallen a disposición del ejecutado. No hay inconveniente alguno desde el punto de vista del control de cambios, puesto que los pagos en moneda extranjera se hallan totalmente liberalizados a partir del 1 de febrero de 1992.

202

Y entiendo que no hay inconveniente en embargar tanto moneda extranjera admitida a cotización oficial, como cualquier otra clase de moneda, si el posible obstáculo se hallara en la convertibilidad de la peseta a dicha moneda, aunque no tenga cotización oficial en España. La razón es: de un lado, que la peseta es convertible a cualquier moneda; y de otro, que todas las divisas se pueden cotizar en el mercado español, aunque, según hemos visto, sólo determinadas divisas se admiten a cotización por el Banco de España, y en cierto modo pueden llamarse divisas admitidas a cotización oficial.

Que no sean admitidas a cotización oficial puede hacer menos fluida la conversión. Pero nada más.

No debe olvidarse que el artículo 6.º,5 de la orden de 27 de diciembre de 1991, declara que “es asimismo libre, sin sujeción a la obligación de información por parte de los titulares establecida en los párrafos precedentes, la apertura y mantenimiento por residentes de cuentas a la vista, de

ahorro o a plazo denominadas en divisas, en oficinas operantes en España de entidades registradas". No restringe (no podría hacerlo) la libertad de apertura y mantenimiento a determinadas categorías de divisas como podrían ser las admitidas a cotización oficial. Por tanto, cualquier clase de divisas podrá servir al efecto.

El problema, que no ve la LEC, no es ya hoy día el de si la peseta es o no convertible a una determinada moneda, problema que está resuelto en sentido afirmativo. El problema es el de si en el país emisor de tal moneda ésta goza de convertibilidad, porque de no serlo, las divisas nominadas en la misma no serán, en la práctica, tan interesantes para el acreedor como las que sí lo fueran.

Trabado el embargo sobre moneda extranjera, la suma embargada se ingresará en una cuenta en divisas abierta en favor del juzgado en una entidad registrada. Recuérdese que el Real Decreto 34/1988, de 21 de enero, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales, en su artículo 2.º,1 prevé que las secretarías de juzgado o tribunal puedan abrir cuentas en divisas convertibles cuando sea necesario para "cuenta de depósitos y consignaciones".

203

5. Citación de remate, posible oposición y sentencia de remate.

No hay actualmente especialidades dignas de atención en cuanto se refiere a estos momentos del procedimiento ejecutivo.

La sentencia con fallo de seguir adelante la ejecución, expresando la cantidad que ha de ser pagada al acreedor, a que se refiere el artículo 1.473,1.º de la LEC, habrá de referirse a la misma clase de moneda por la que se hubiese despachado ejecución.

6. Apremio.

Según el artículo 1.481 de la LEC:

“Consentida la sentencia de remate, confirmada por la Audiencia, o dada la fianza en el caso de pedirse su ejecución cuando se haya apelado, se hará pago inmediatamente de principal y costas, previa tasación de éstas, si lo embargado fuera dinero, sueldos, pensiones o créditos realizables en el acto”.

“En los casos en que la sentencia condenare al pago en moneda extranjera, se procederá igualmente a su entrega en la cuantía y clase fijadas.”

“Cuando entre los bienes embargados no hubiera moneda suficiente de la clase fijada, pero sí otra clase de efectivo, el ejecutante podrá optar entre ser pagado en la moneda existente o solicitar su conversión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.436.”

204

El artículo que acabamos de transcribir será hoy de plena aplicación al no existir trabas o restricciones para efectuar los pagos en moneda extranjera, y ello sin necesidad de autorización o verificación. No hay, por tanto, inconveniente en la admisión de ese carácter automático que la ley atribuye a la adjudicación de moneda extranjera al acreedor, al mismo nivel que la moneda española, cuando existiera tal moneda extranjera entre los bienes embargados.

Cuando la moneda embargada fuera otra, extranjera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.481, párrafo 3.º, de la LEC, el ejecutante podrá optar entre ser pagado en la moneda existente o solicitar su conversión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.436.

Si opta por cobrar en esa moneda extranjera existente distinta a aquella por la que se ha despachado ejecución, la adjudicación podrá llevarse a efecto de inmediato.

Si opta por su conversión se estará a lo dispuesto en el artículo 1.436, al que remite el precepto indicado del párrafo 3.º del artículo 1.481.

Para VALENTÍN CORTÉS (ob. cit., p. 743), la referencia al artículo 1.436 tiene que ser parcial: habrá que estar al precio vendedor, fijado por el Banco de España, pero “no podremos utilizar como fecha de computación —dice— la del vencimiento de la obligación, sino... la fecha del día en que se toma la opción por el ejecutante, o en su caso, la fecha del embargo de esas divisas que se pretenden convertir en la moneda objeto de la condena”.

La remisión al artículo 1.436 se considera por SENES MOTTILLA (ob. cit., pp. 231 y 232) como inoperante y “profundamente perturbadora desde el punto de vista del quehacer jurisdiccional”. Aparte de otros argumentos entiende que desde el punto de vista de la conversión, el tipo de cambio a la fecha de vencimiento de la obligación, “se revela absolutamente inoperante, no sólo por la total desvinculación existente entre la moneda extranjera embargada y la relación obligatoria en virtud de la cual se procede ejecutivamente, sino, más radicalmente, porque en la práctica la conversión sólo será posible con arreglo al cambio vigente al tiempo en que el órgano jurisdiccional verifique la venta”.

Por mi parte, entiendo que quizá se simplificara algo el problema si en estos supuestos se contempla la moneda extranjera distinta a la del despacho de la ejecución, como un bien que ha de ser realizado, al igual que lo han de ser cualesquiera otros que no consistan en dinero. De tal suerte que con su realización, se obtienen primero pesetas, y con éstas las divisas de despacho de ejecución, naturalmente en estos casos al tipo vendedor y, obviamente, al tipo vendedor aplicable en tal momento.

El artículo 1.508, párrafo segundo, contiene una norma de interés para nuestro tema. Tal artículo, en su primer párrafo se está refiriendo al supuesto en que en la tercera subasta se hiciera postura admisible en cuanto al precio, pero ofreciendo pagar a plazos o alterando alguna otra condición, entonces se hará saber al acreedor, el cual podrá pedir en los nueve días siguientes la adjudicación de los bienes, con-

forme al artículo 1.505, y si no hiciere uso de este derecho, se aprobará el remate en los términos ofrecidos por el postor. Pues bien, en el segundo párrafo dispone que: “Cuando la ejecución se hubiera despachado en moneda extranjera a instancia del acreedor no residente en España, la adjudicación en pago de los bienes embargados sólo podrá acordarse a su favor, previa autorización del organismo competente”.

Tal regla debe interpretarse en el mismo sentido con que ya se interpretaba el artículo 3.º de la orden de 21 de enero de 1981 sobre liberalización de avales y garantías, es decir, en el sentido de que para la adjudicación en pago en favor del acreedor no residente, que supone una inversión extranjera en España, deberá realizarse previo cumplimiento de los trámites o requisitos que son de necesaria observancia en caso de inversión extranjera, y que van, desde la simple declaración a posteriori, a la necesidad de verificación previa, o en ciertos casos a la de previa autorización administrativa. Lo que no será necesario hoy es la exigencia de la autorización administrativa previa por razón del medio de pago ya que los pagos están liberalizados, no importa cual sea su clase.

Por último, interesa recordar que el Real Decreto 34/1988, de 21 de enero, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales, en su artículo 2.º,1 prevé que las secretarías de juzgado o tribunal puedan abrir cuentas en divisas convertibles cuando sea necesario para “cuenta de depósitos y consignaciones”. Aunque desde el punto de vista del control de cambios existe ya libertad para la apertura de cuentas, cito este Real Decreto por las peculiaridades de los pagos, depósitos y consignaciones judiciales, y por lo clarificador que puede ser en orden al estudio actual de las ejecuciones de las deudas en moneda extranjera.

XI. Préstamos hipotecarios de o a no residentes

Las obligaciones del prestatario derivadas de un préstamo en pesetas o en divisas pueden garantizarse con hipoteca sobre bienes inmuebles sitos en España (al igual que pueden asegurarse mediante otra modalidad de garantía).

Hay aquí dos facetas, como en todo préstamo hipotecario: de un lado, la obligación garantizada. De otro, la garantía real hipotecaria.

En cuanto a la obligación garantizada: por hipótesis se trata de la obligación del prestatario de devolver el principal prestado, intereses y costas. Me estoy refiriendo a esta hipótesis concreta, y dentro de ella, pueden hacerse tantas distinciones al menos como las que hemos visto antes al hablar de los préstamos. Me remito en cuanto a estos aspectos obligacionales a cuanto hemos expuesto en apartados anteriores.

Por lo que respecta a la garantía, tampoco existen grandes diferencias entre este supuesto y los de préstamos hipotecarios en pesetas. Hay, sin embargo, algunos puntos que merecen ser expuestos:

1. Posible necesidad de autorización.

La constitución de hipoteca en garantía de un préstamo en pesetas o en divisas, otorgado por no residentes a favor de residentes o por residentes a favor de no residentes no está sujeta a autorización alguna por ese solo hecho. Ahora bien, cuando el acreedor hipotecario es persona de nacionalidad extranjera distinta a la de los países miembros de la Unión Europea, y la finca hipotecada se halle en áreas no exceptuadas de zonas estratégicas, será precisa la autorización militar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18,b) en relación con el artículo 16, párrafo segundo, de la Ley 8, de 12 de marzo de 1975, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional.

2. Obligación de declaración. NOF.

Ya antes al hablar de los préstamos y créditos hemos examinado la obligación de declaración y la asignación a la operación del Número de Operación Financiera, abreviadamente NOF, y hemos visto cómo en unos casos lo asigna el Banco de España y en otros la propia entidad registrada. Me remito a lo antes expuesto. Recordemos que en el caso de préstamos y créditos financieros de no residentes a residentes, se emplearán según los casos los impresos PE-1 y PE-2, y tratándose de préstamos y créditos financieros de residentes a no residentes se emplearán según los casos los impresos PE-3 y PE-4. Y que en los supuestos de los préstamos declarados a través de los impresos PE-2 y PE-4, el NOF figurará preimpreso en el mismo ejemplar de la declaración. Citamos sólo estos modelos, pero véanse los demás en los epígrafes correspondientes.

208

Lo que me parece evidente es que el NOF debe figurar en la escritura en todos aquellos casos en que con el otorgamiento de la misma se produce la entrega de la cantidad prestada, o tratándose de créditos cuando en el otorgamiento del mismo se produce ya una primera disposición por el acreditado. En el caso de los préstamos será lo normal según antes hemos explicado. Por tanto, puede admitirse como regla general la de la consignación del NOF correspondiente al préstamo en el mismo instrumento en que se escritura.

Pero ya hemos visto que lo importante es la declaración, a la que subsigue el NOF, cuando no figura ya preimpreso en el mismo ejemplar de la declaración. Y cabe pensar (cuando no figura preimpreso) en la justificación de una declaración, y a la que hipotéticamente no haya seguido el correspondiente NOF. Nada obstaría a que el NOF (por testimonio) se acompañara a la copia.

En los casos, que no serán tan numerosos pero no infrecuentes, en que la entrega de la cantidad prestada se realice, no en el momento del otorgamiento sino cuando se

cumplan determinadas condiciones, a cuya efectividad se subordina suspensivamente la entrega, me parece obvio que no hay obligación ni de declaración actual ni por consiguiente de constancia del NOF.

El notario debe realizar un control de legalidad del acto que se somete a formalización, debe por tanto vigilar el cumplimiento de las normas imperativas, tanto en interés del ordenamiento jurídico como de los propios clientes que a él acuden. Y con anterioridad al momento del otorgamiento les instruirá sobre este particular. Pero claro es que tal deber debe ejercerlo con la prudencia de un sabedor de leyes.

Quiero decir que infringe las normas del ordenamiento (o colabora a su infracción) el notario que autoriza la escritura sin exigir el NOF cuando éste es ya exigible; pero también lo infringe (o colabora a su infracción) el notario que, en un caso en que no se exige el NOF de modo inmediato, se niega a formalizar la escritura de forma inmediata sin que le exhiban un NOF todavía no exigible (supuesto en que no se produce inmediatamente entrega o disposición de cantidad prestada o acreditada, sino que queda diferida a momento posterior). Y por otra parte, no puede tampoco el notario convertirse en inquisidor y su calificación o control debe mantenerse dentro de los límites de su competencia, y de lo razonable. Y así, en el supuesto de préstamo en divisas, no ya es que pueda entregarse la cantidad prestada a través de una cuenta, sino que debe entregarse a través de una cuenta ya que por hipótesis la divisa es moneda extranjera en cuenta corriente. Y en tal caso, ¿debe igualmente el notario investigar si concurren los requisitos necesarios para la apertura de la cuenta en divisas? Si la cuenta se abre en una entidad registrada, entidad que también por hipótesis tiene funciones delegadas del Banco de España para operar en tema de divisas, debe darse por supuesto que tal entidad registrada habrá cumplido los requisitos exigidos por la circular n.º 1 del Banco de España, de 25 de febrero de 1994, y demás disposiciones aplicables a esta materia.

Y lo que digo del notario lo digo también del registrador de la propiedad. En los supuestos de préstamo hipotecario en que no se produzca de inmediato la entrega de la cantidad prestada, sino que esta entrega quede diferida para un momento posterior cuando se cumplan determinados requisitos, y entre estos supuestos, por ejemplo, el ya conocido de subordinar la entrega de la cantidad prestada a la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, no cabe paralizar la inscripción so pretexto de que no se ha acreditado el NOF. Ciertamente que es mucho más cómodo exigir el NOF en todos los supuestos. Pero no se trata de comodidad o incomodidad sino de servicio al público y cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico. Con tal exigencia extemporánea ni se sirve al público ni se cumple el ordenamiento jurídico, y aquí, para mayor sarcasmo, por exceso de celo.

210

En todos estos casos, la entrega de la cantidad prestada se realiza mediante acta notarial en la que se deja constancia del cumplimiento de los requisitos y/o de las condiciones a los que se ha subordinado la entrega. Y, obviamente, en esta acta se hará constar –ahora sí– el cumplimiento también de la obligación de declaración y de la obtención del NOF.

En la hipótesis en que se produce la entrega de la cantidad prestada mediante ingreso en la cuenta del prestatario, pero dejando bloqueada la cantidad entregada de modo que dicho prestatario no pueda disponer de ella sino cuando se han cumplido determinados requisitos o condiciones, puede ser más dudoso. Podría entenderse que en la modalidad de entrega consistente en el ingreso en la cuenta del prestatario, con este ingreso queda la cantidad a disposición del mismo, y se ha producido en consecuencia una verdadera entrega. Pero cuando la entrega se hace al mismo tiempo que se le dice al prestatario que no puede disponer de tal cantidad, no parece que se pueda decir seriamente que la cantidad está disponible, no parece que en este caso se dé

la entrega de la cantidad prestada para que el prestatario disponga de ella.

Sin embargo, la norma 1.^a,3 de la circular del Banco de España n.º 23, de 18 de diciembre de 1992, bien claramente ordena que las entidades registradas “no realizarán abono o adeudo alguno derivados de la disposición, amortización o pago de intereses del préstamo contraído o de la financiación obtenida del no residente sin que a los mismos les haya sido asignado el número de operación financiera (NOF) ...”.

Aquí se produce, en la hipótesis que examinamos, un abono en la cuenta del prestatario, pero no derivado de la disposición del préstamo, puesto que se bloquea la cantidad, aunque se prepara. En el fondo, por tanto, no nos hallamos ante la hipótesis de la exigencia del NOF. No en el fondo. Pero aparentemente, en la forma, sí que hay un abono que puede determinar la exigencia del NOF. Repito que no hay realmente obligación actual de obtención del NOF, aunque formalmente puede parecer lo contrario. Y quizá por esto último puede ser aconsejable tal exigencia.

211

3. Fijación de la deuda hipotecaria en moneda extranjera.

No ha habido duda antes de la liberalización del control de cambios, acerca de la posibilidad de la fijación de la deuda en moneda extranjera. Mucho menos actualmente con la liberalización existente, y según lo que hemos visto al estudiar el préstamo (y el crédito), desde el punto de vista obligacional.

El propio artículo 219,1 RH dispone que “El importe de la obligación asegurada con hipoteca, o la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada deberá ser fijado en moneda nacional o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España”.

4. Hipoteca de máximo.

La DGRN exige que la hipoteca revista los caracteres de una hipoteca de máximo. Así, en resolución de 2 de octubre de 1981, se pronuncia sobre un caso de hipoteca en garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas de una póliza de préstamo y crédito en dólares. El registrador, entre otros defectos, había señalado el de que “la hipoteca garantiza la devolución del contravalor en pesetas de un préstamo y sus intereses en divisas extranjeras (*sic*) según la cotización vigente a sus respectivos vencimientos, sin límite máximo, en contra de lo dispuesto en los artículos 12 de la LH y 219 de su RH”.

212

Antes de seguir adelante, recuérdese que el texto del artículo 12 LH dice así: “Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses si se hubiesen estipulado”. Y en cuanto al artículo 219,1.º RH lo acabamos de transcribir en el epígrafe 3 anterior.

Pues bien, contra la calificación del registrador se interpuso recurso que en cuanto a este defecto fue desestimado por la DGRN con los siguientes argumentos contenidos en los dos últimos considerandos:

“... Que en cuanto al tercer defecto, ante todo hay que aclarar que no se trata de una hipoteca con cláusula de estabilización, a las que se refiere el artículo 219,3.º del RH, sino a una hipoteca que asegura un préstamo recibido en moneda extranjera –dólares en este caso– que aparece regulada en el párrafo 1.º del mismo artículo, y en donde la cuestión concreta planteada hace referencia a si cabe que la cifra de responsabilidad del inmueble hipotecado pueda ser fluctuante y quedar fijada en el futuro con arreglo a la cotización o cambio que resulte en el día del vencimiento de la obligación asegurada –tesis del recurrente– o si por el contrario se requiere que al constituirse la hipoteca aparezca ya tal cifra plenamente determinada.”

“... Que para resolver esta cuestión hay que partir de la distinción entre la obligación que se asegura —el préstamo— y la garantía establecida —hipoteca—, pues si bien en la primera cabe determinar el importe de la deuda en la forma establecida en la escritura, en cuanto a la segunda por exigencia del principio de especialidad, la debida precisión y claridad de los asientos hipotecarios, así como para la seguridad del tercero al que es fundamental el conocer a través de los libros del Registro el total importe de que responde la finca hipotecada, se hace preciso que este último aparezca suficientemente determinado en moneda nacional al practicarse la inscripción de la hipoteca, y en este sentido hay que interpretar el artículo 219,1.º del Reglamento, que ofrece una doble alternativa en cuanto a la forma de fijar dicho importe o en su caso la cantidad máxima de que responde la finca hipotecada.”

213

5. Ejecución de los préstamos en moneda extranjera.

De esta materia hemos hablado antes. Ahora lo planteamos desde el punto de vista de la ejecución hipotecaria.

A efectos ejecutivos, no ha sido obstáculo que la obligación garantizada se halle nominada en moneda extranjera. Con mayor razón, actualmente, con la total liberalización de los préstamos y créditos en moneda extranjera, no habrá inconveniente alguno en la ejecución de los mismos. Desde el punto de vista hipotecario se parte de la base —arrastrada por inercia de la legislación anterior— de que la ejecución supone la previa conversión a pesetas de la obligación en moneda extranjera garantizada con la hipoteca.

Esto planteó dudas incluso acerca de la viabilidad del mismo procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, al ser preciso como presupuesto indispensable que se trate de deuda cuya cuantía aparezca inicialmente determinada.

Obviamente, las dudas habían de resolverse en sentido de que la deuda en moneda extranjera es deuda cuya cuantía

puede considerarse inicialmente determinada, al igual y con los mismos requisitos que la deuda en moneda española.

Así lo entendió la DGRN en resolución de 20 de diciembre de 1993 recaída en consulta efectuada por un notario. Según ella:

“1. Se consulta, al amparo del artículo 70 del Reglamento Notarial si, a efectos de que sea procedente la ejecución hipotecaria extrajudicial prevista en el artículo 129 de la LH, puede estimarse que la deuda fijada en moneda extranjera puede ser considerada como deuda cuya cuantía aparece inicialmente determinada conforme a lo previsto en el artículo 235 del RH.

2. El criterio restrictivo con que debe ser interpretado todo condicionamiento reglamentario de cualquier posibilidad legal, la amplitud con que el mismo RH admite la ejecución de la hipoteca en garantía de intereses variables (cfr. art. 236,a RH) y la solución que se da para el caso en las normas legales que regulan el juicio ejecutivo (cfr. los arts. 1.435, 1.436 y 1.445 de la LEC) (cfr. también los arts. 921 de la LEC y 447 de la Ley Cambiaria) justifican que deba entenderse que la deuda, traducida en pesetas, está inicialmente determinada, salvo si de la escritura de constitución resulta otra cosa, cuando tal cantidad resulte de aplicar a la cantidad de moneda extranjera asegurada el tipo del cambio oficial, según precio vendedor del día del vencimiento. Porque en estos supuestos la determinación exacta, partiendo de los datos que se desprenden de la escritura y de su inscripción y de otros complementarios de los que también hay certeza oficial (por la publicidad oficial de los cambios y mediante la certificación del organismo competente), depende de simples operaciones aritméticas.

Esta Dirección General, de acuerdo con el informe de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Barcelona, entiende que procede resolver la consulta en los términos ya indicados, sin prejuzgar, sin embargo, el caso concreto que dio lugar a la consulta el cual debe ser decidido en primer lugar bajo la responsabilidad del notario competente.”

6. Cancelación de la hipoteca.

Si es por renuncia del acreedor, basta su sola voluntad de otorgar dicha cancelación por renuncia a la garantía hipotecaria. No se precisan más requisitos que los exigibles a cualquier otro supuesto marginal al control de cambios.

Si es por pago de la cantidad prestada, también, obviamente, será necesaria la voluntad del acreedor otorgando la carta de pago y cancelación de la hipoteca. ¿Será necesario exhibir algún justificante del pago? ¿Será necesaria alguna declaración en impreso sea o no normalizado?

Hay que partir de la base de que la amortización del préstamo no es operación sujeta a especial declaración. Ni la derogada circular 2/1992, ni la actual vigente 23/1992, de 18 de diciembre, imponen especiales requisitos para esta eventualidad. Los plazos de amortización, incluido el vencimiento final, son datos que deben figurar en el correspondiente impreso normalizado previo a la entrega de la cantidad prestada o a la disposición primera del crédito, es decir, el impreso mediante el cual se obtiene el NOF. Pero luego por cada amortización no es necesario producir nueva declaración, ni siquiera cuando la amortización es total y se produzca la extinción del préstamo.

Tan sólo se producirá declaración cuando se trata de compensación de créditos exteriores, lo que tendrá lugar, según vimos antes, mediante la utilización del impreso CP-1, declaración que habrá de realizarse en la Oficina de Balanza de Pagos del Banco de España, en Madrid, o en cualquiera de las sucursales del Banco de España, por el titular residente de dichas operaciones en el plazo de un mes contado desde la fecha en que se hace efectiva la compensación. En estos modelos de declaración figura preimpreso el número de operación de compensación, abreviadamente NOC.

En estos casos, sin embargo, sólo cuando la compensación es total es cuando hay que declararla mediante ejem-

plar CP-1. En los supuestos de compensaciones parciales, los cobros y pagos que tuvieran liquidación a través de una entidad registrada o mediante abono o adeudo en cuenta abierta en el exterior, las declaraciones de los cobros y pagos compensados se efectuarán a través de los procedimientos establecidos para cobros y pagos exteriores liquidados a través de entidades registradas o a través de cuentas en entidades de no residentes.

Así, tenemos:

En los supuestos de amortización no hay lugar a declaración especial.

En el caso de compensación total, sí: mediante el impreso CP-1. Sólo que no sé yo qué utilidad puede tener una hipoteca que garantizara el crédito que pudiera resultar de las operaciones que se sujetan a compensación, cuando las partes han elegido el sistema de compensación precisamente como mecanismo para efectuar sus cobros y pagos, y que se halla sujeto a declaración especial precisamente por considerarse a este mecanismo como autónomo en cierto modo respecto de los otros que regula la circular 23/1992.

216

En los casos de amortizaciones y en los de compensaciones parciales (en el supuesto hipotético de que se utilizara para éstas una garantía hipotecaria), podría pensarse si el notario y el registrador deben, o aun si pueden, exigir a los interesados la justificación de los cobros y pagos, siempre partiendo de la base de que el acreedor va a ser quien otorgue la correspondiente escritura, y que en el sistema del control de cambios que sobre préstamos y créditos se halla, según hemos visto, en la circular 23/1992, de 18 de diciembre, de cuyo ámbito de actuación excluye expresamente los préstamos y créditos financieros que reciban u otorguen las entidades registradas de o a favor de no residentes.

Me inclino en estos casos por el siguiente procedimiento:

La cancelación la otorgará la persona acreedora. Si se tratara de préstamo o crédito a no residente, sólo comparecerá la persona acreedora (o su representante). Si la acree-

dora fuese no residente, comparecerá también la acreedora (o su representante) y además, aun no siendo necesario desde el punto de vista civil, será conveniente que, a efectos de control de cambios, comparezca igualmente la prestataria o acreditada residente. Deberá hacerse referencia en la escritura de cancelación al NOF (y en el caso de que se estimase viable la hipoteca por operaciones sujetas a compensación, al NOC) correspondiente a la declaración del préstamo o crédito garantizado con hipoteca. Deberá igualmente hacerse referencia al sistema empleado para la amortización.

Y aquí se plantea el problema. Si tenemos que justificar *con arreglo al sistema de control de cambios* el pago del préstamo o crédito, tendríamos que acudir según los casos:

1.º O al sistema de justificación de cobros y pagos entre residentes y no residentes a través de entidades registradas (porque normalmente se hará a través de entidades registradas), para lo cual nos bastaría (resolución DGTE, de 7 de enero de 1992, modificada por resolución DGTE, de 12 de junio de 1992, instrucción 5.ª) con copia del impreso-declaración que cada entidad registrada tiene preparada al efecto, y que debe cumplimentar el residente (sea prestamista o prestatario) cuando la cuantía del cobro o pago sea superior a 500.000 pesetas.

2.º O al sistema de justificación de cobros y pagos realizados mediante abonos y adeudos en cuentas de titularidad de residentes abiertas en oficinas operantes en el extranjero, tanto de entidades registradas como de entidades bancarias o de crédito extranjeras, a que se refiere la circular 24 del Banco de España, de 18 de diciembre de 1992, y en consecuencia bastaría copia del ejemplar DD2 (y en su caso, DD2 bis) en el que figurase referenciado el pago que da lugar a la amortización.

Pero no obstante:

En el caso 1.º, obsérvese que quien hace la declaración es el residente, y siempre que su importe sea superior a 500.000 pesetas, por lo que en los supuestos de amortizacio-

nes escalonadas, cada una de ellas inferior a 500.000 pesetas, no se producirá tal declaración. Por otro lado, la declaración la hace a la entidad registrada. Más tarde es la entidad registrada la que comunicará la operación al Banco de España mediante envío de un estado decenal conforme determina la circular 15/1992, de 22 de julio, sobre normas para la comunicación al Banco de España de las operaciones entre residentes y no residentes. ¿Ha de bucear también el notario y el registrador en este estado? Me parecería demasiado. Creo que el sistema no está pensado para supuestos como el que estamos examinando y debería bastar con que el residente manifestara bajo su responsabilidad, ante notario, la forma en que se ha producido la amortización. No es que no haya que hacer declaración o declaraciones. Las hay. Pero lo que cuestiono es que el notario y el registrador deban entrar en el control de esta materia más allá de los límites de lo razonable. Si se detalla la forma en que se ha producido el pago mediante declaración del residente que comparezca ante notario, habrá siempre medios de comprobar la licitud del procedimiento empleado y en caso contrario podrán entrar en juego las sanciones correspondientes.

En el caso 2.º, obsérvese también, de un lado, que las declaraciones que debe hacer el titular de las cuentas en pesetas o en divisas abiertas en el extranjero, se realizan, no antes ni simultáneamente al cobro o pago, no en el acto de la amortización o pago, sino después de haberse producido éste. De modo que el cobro y pago se produce primero, y después se declara, mensualmente, siempre que el pago o pagos (o cobros) durante el mes excedan de 50 millones de pesetas, porque en otro caso la declaración será anual. Y cuando ni la suma total de abonos ni de adeudos de la declaración superen los 100 millones de pesetas o su contravalor en otras divisas, la declaración no contiene el detalle de las operaciones y se limita exclusivamente a referirse a los saldos inicial y final, suma total de las operaciones de abono y suma total de los adeudos del período declarado.

Tampoco este sistema está pensado para unas exigencias formales sobre justificación de cobros y pagos en el otorgamiento de una cancelación hipotecaria. Si al Banco de España no le interesa el detalle de estas operaciones, ¿por qué nosotros lo vamos a exigir? También aquí debe bastar que el residente (sea prestamista o prestatario) declare bajo su responsabilidad la forma en que se ha producido el cobro o pago a efectos de una posible ulterior comprobación. Al menos tal es mi opinión que, como es lógico, someto desde ya a otra mejor fundada.

La justificación del medio de pago se ha exigido y se exige para las inversiones extranjeras en España. De modo que cuando la Administración del Estado, en uso de sus facultades normativas, ha querido exigir la justificación ante notario del medio de pago, lo ha tenido que decir y lo ha dicho. Y así lo ha dicho incluso para una operación parecida: el pago de los aplazamientos del pago del precio. En caso de precio aplazado de una compraventa, no se producirá la necesidad de justificación, obviamente, al formalizar la inversión, pero si se produce nueva comparecencia ante notario, será necesaria la presentación de los documentos que justifiquen el pago efectuado, de conformidad con lo dispuesto en la instrucción 7.^a,7,b, párrafos segundo y tercero de la resolución DGTE, de 6 de julio de 1992. Y obviamente que en el supuesto de que el precio aplazado de la inversión se halle garantizado con hipoteca o con condición resolutoria, seguirá siendo aplicable lo dispuesto en la referida instrucción 7.^a,7,b, párrafos segundo y tercero. Mas este sistema (que por otro lado se refiere a la carta de pago y no a la cancelación) no es susceptible, a mi juicio, de aplicación del procedimiento de analogía, para trasponerlo a los supuestos de carta de pago y cancelación de hipotecas, cuando la obligación garantizada no se halla conectada al pago de inversión extranjera.

Para los préstamos no se ha exigido tal presentación para el otorgamiento de las escrituras de carta de pago y

cancelación. Y sólo se exige la declaración y NOF para los abonos y amortizaciones efectuados a través de entidades registradas por parte de estas entidades registradas. Creo, por tanto, que no tenemos que cumplir más requisitos que los queridos por las normas reguladoras. Y con las cautelas que proponemos debe entenderse más que suficientemente satisfecho el interés por el control estadístico y fiscal de estas operaciones (cfr. art. 9.º RD 1816, de 20 de diciembre de 1991).

7. Cancelación por renuncia del acreedor.

Es posible. En la escritura se expresará la causa de esta cancelación, que en este caso por hipótesis es la renuncia a la garantía hipotecaria. Y no hay que hacer referencia en tal supuesto a la situación del préstamo, es decir, si está o no amortizado hasta cierta cantidad, o si se halla pendiente de pago en su totalidad.

220

No hay exigencia alguna específica derivada de las normas del control de cambios. La renuncia a la garantía es totalmente libre y nada hay que justificar. Tan sólo el consentimiento del acreedor titular beneficiario de la garantía es el que debe quedar claro, ni más ni menos que en las demás cancelaciones en que no hay problemas de control de cambios.

XII. Incidencia de la introducción del euro en nuestro sistema monetario

Básicos en esta materia son los Reglamentos (CE) n.º 1103/97 del Consejo, de 17 de junio, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro, y el (CE) n.º 974/98 del Consejo, de 3 de mayo, sobre la introducción del euro. Y desde luego la Ley orgánica 10/1998, de 17 de diciembre, complementaria de la Ley sobre introducción del euro, y

la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

Con la introducción del euro en nuestro sistema monetario, que es ya el sistema monetario europeo, durante el período transitorio que va desde el 1 de enero de 1999 hasta el 31 de enero del año 2002, el euro viene a ser una unidad de cuenta durante este período, puesto que físicamente los billetes y monedas metálicas “euros” no se pondrán en circulación hasta el 1 de enero de 2002. Durante el período transitorio, los préstamos podrán seguir pactándose en cualquier moneda sin ninguna dificultad. Pero en cuanto se refiere al euro en relación con la peseta, debemos distinguir:

A) Los préstamos anteriores al 1 de enero de 1999 que venían ya denominados en pesetas, podrán pagarse a voluntad del prestatario en euros o en pesetas aplicando el tipo de conversión de la peseta a euro, según se deduce del artículo 14.2 de la Ley de introducción del euro.

221

Conviene advertir que ya en el período anterior a 31 de diciembre de 1999, ha sido cláusula usual en los préstamos bancarios la siguiente que tomo de uno de estos contratos:

“INTRODUCCIÓN MONEDA ÚNICA.— Las partes declaran conocer que, durante la vigencia de este contrato, la peseta puede ser sustituida por la moneda única europea y que, en tal caso, este contrato no experimentará ninguna modificación incluso con respecto a lo pactado en relación con tipos de interés o cualquier otra condición económica, por efecto de la introducción de la moneda única. Las cantidades correspondientes a las obligaciones dinerarias dimanantes de este contrato por cualquier concepto, incluidas las resultantes de la aplicación de los tipos de interés variable, serán sustituidas por las que correspondan de la moneda única, calculadas al tipo de conversión que se establezca en las normas que a tal efecto se dicten.”

B) Los préstamos que se otorguen a partir del 1 de enero de 1999 y hasta el 31 de diciembre de 2001 podrán denominarse en euros o en pesetas.

Según el artículo 13 de la Ley de introducción del euro:

“Principio de dualidad en el uso de unidades de cuenta.— Durante el período transitorio los nuevos instrumentos jurídicos que expresen importes monetarios, de conformidad con el sistema monetario nacional, podrán expresarse tanto en la unidad de cuenta peseta como en la unidad de cuenta euro siempre que, en este último caso, en las relaciones de derecho privado exista acuerdo de las partes, o en las relaciones con las Administraciones Públicas, exista la posibilidad de utilizar la unidad de cuenta euro y el interesado opte por emplearla. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las reglas especiales que se contienen en esta Ley sobre la redenominación de instrumentos jurídicos en el período transitorio.”

222

El artículo 14 se refiere al “Principio de ejecución según la unidad de cuenta empleada” y dice:

“Uno. Los importes monetarios expresados en la unidad de cuenta peseta se ejecutarán en pesetas. Los expresados en la unidad de cuenta euro se ejecutarán en euros. Lo dispuesto en este número se entenderá sin perjuicio de lo que las partes hubieren pactado.

Dos. No obstante lo dispuesto en el número anterior, todo importe denominado en la unidad de cuenta euro o en la unidad de cuenta peseta, pagadero dentro del territorio nacional mediante abono en cuenta del acreedor, podrá ser abonado por el deudor en el importe equivalente tanto en la unidad euro como en la unidad peseta. El importe será abonado en la cuenta del acreedor en la denominación de la misma.

El deudor de una cantidad cierta en pesetas que, en aplicación de la regla contenida en el párrafo anterior, quisiera pagar en euros, deberá aportar una cantidad en euros tal que, aplicando el tipo de conversión y una vez redondeada

conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de esta Ley, arroje la cantidad debida en pesetas. Recíprocamente, el deudor de una cantidad cierta en euros que en aplicación de la regla referida en el párrafo anterior quisiera pagar en pesetas, deberá aportar una cantidad en pesetas tal que, aplicando el tipo de conversión, y una vez redondeada, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de esta Ley, arroje la cantidad debida en euros.

Tres. Las conversiones que realicen las entidades de crédito, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior de este artículo, serán gratuitas.

Cuatro. Serán igualmente gratuitas las conversiones de efectivo que hayan de hacer las empresas de servicios de inversión para ejecutar órdenes de clientes.

Cinco. Las comisiones y tarifas por servicios financieros en euros, cualquiera que sea la entidad financiera que los realice, serán iguales a aquellas aplicadas a idénticos servicios en pesetas.

Seis. Lo dispuesto en los tres apartados anteriores constituirá respecto a las entidades financieras, normas de ordenación y disciplina según su legislación específica.”

C) Y, en fin, los préstamos que se otorguen a partir del 1 de enero del año 2002 se fijarán en euros. Según el artículo 23 de la Ley de introducción del euro, bajo la rúbrica “Utilización exclusiva de la unidad de cuenta euro”:

“A partir del 1 de enero del año 2002, el sistema monetario empleará exclusivamente el euro como unidad de cuenta. Todos los nuevos instrumentos jurídicos que expresen importes monetarios en la unidad de cuenta del sistema monetario emplearán la unidad de cuenta euro con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley.”

El artículo 3 es el que expresa que la moneda del sistema monetario nacional es el euro, que sucede sin solución de continuidad y de modo íntegro a la peseta como moneda del sistema monetario nacional, y que los billetes y mo-

nedas denominados en euros serán los únicos de curso legal en el territorio nacional (se entiende sin perjuicio de las disposiciones transitorias).

El MIBOR a un año es definido por el anexo VIII, apartado 6 de la circular del Banco de España n.º 5/1994, de 22 de julio, dirigida a las entidades de crédito, sobre la modificación de la circular 8/1990 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Dice así:

“Tipo interbancario a un año (también conocido como tipo Mibor a un año).

Se define como la media simple de los tipos de interés diarios a los que se han cruzado operaciones a plazo de un año en el mercado de depósitos interbancarios, durante los días hábiles del mes legal correspondiente. De las operaciones cruzadas se excluyen aquellas realizadas a tipos claramente alejados de la tónica general del mercado.

224

Los tipos diarios son a su vez, los tipos medios ponderados por el importe de las operaciones realizadas a ese plazo durante el día.

Se denomina mes legal al que comienza y finaliza con las tres decenas de cómputo del coeficiente de caja según activos, con las especificaciones que sobre las mismas se contienen en la circular del Banco de España 2/1990 de 27 de febrero.”

El artículo 32 de la Ley de introducción del euro, Ley 46/1998, de 17 de diciembre, dispone que:

“1. El tipo de interés del mercado interbancario a un año (MIBOR) a que se refiere la circular 8/1990 del Banco de España (la referencia debe entenderse hecha al anexo VIII.6 de la circular 5/1994 a que acabo de hacer referencia), para aplicar a los préstamos hipotecarios vigentes al 1 de enero de 1999, se seguirá calculando y publicando mientras concurren los requisitos técnicos necesarios para su elaboración. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las simples referencias contenidas en los contratos de préstamo hipoteca-

rio al MIBOR como tipo de interés de referencia, lo son al que se refiere el inciso inicial de este número.

2. Si no fuere posible su elaboración por dificultades técnicas o de mercado, el Ministerio de Economía y Hacienda quedará facultado bien para determinar su fórmula de cálculo o bien para establecer un nuevo tipo o índice de referencia equivalente que sustituirá a aquél por ministerio de la Ley. Si no fuese posible establecer un nuevo tipo o índice de referencia equivalente, se procurará que guarde la mayor analogía posible con aquél. Asimismo, quedará facultado para establecer reglas sobre publicidad de los citados índices. En el supuesto que lo previsto en este número resultare de aplicación, la Ley no concederá acción para reclamar la aplicación de cualquier tipo sustitutivo, subsidiario o convencionalmente aplicable en defecto del inicialmente pactado por las partes, ni la modificación o alteración unilateral del préstamo o su extinción, como consecuencia de la aplicación de lo aquí dispuesto.

3. En operaciones financieras de toda índole distintas de las previstas en los apartados uno y dos anteriores que utilicen como referencia un tipo MIBOR cuyo cálculo no pudiere realizarse por perder significación financiera, y siempre que las partes no hubiesen establecido un tipo sustitutivo, subsidiario o convencionalmente aplicable en defecto del inicialmente pactado, que fuere de aplicación efectiva, o no hubieren dispuesto reglas para el caso de desaparición o falta de representatividad de dicho tipo, será de aplicación en su lugar, el tipo de interés que presente la mayor analogía con aquél.

A los efectos de lo establecido en el párrafo anterior, se faculta al Ministerio de Economía y Hacienda, cuando las circunstancias técnicas o de mercado lo aconsejen, para determinar una nueva fórmula de cálculo o bien para establecer un tipo sustitutivo que se aplicará por ministerio de la ley. En el supuesto de que lo previsto en este número resultare de aplicación, la ley no concede acción a ninguna

de las partes para reclamar unilateralmente la modificación, resolución o rescisión del contrato como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en este apartado.”

La circular 7/1999 del Banco de España, de 29 de junio (*BOE* de 9 de julio de 1999), modifica la circular 8/1990 de 7 de septiembre, en el sentido de insertar en el apartado 3 de la norma sexta bis, una nueva letra g) con el siguiente contenido:

“g) Referencia interbancaria a un año.”

Y además añade al anexo VIII un nuevo número 7 con el siguiente contenido:

“Referencia interbancaria a un año.

Se define como la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año contado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación (EURIBOR).”

LA EJECUCIÓN TRANSFRONTERIZA DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS EN LOS CONVENIOS DE BRUSELAS Y DE LÚGANO (*)

227

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** EVOLUCIÓN DE LOS TEXTOS Y SUS INFORMES. **III.** INCLUSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LOS DOCUMENTOS AUTÉNTICOS. **IV.** ACTO AUTÉNTICO Y DOCUMENTO PÚBLICO. **V.** DOCUMENTOS EXCLUIDOS POR FALTA DE AUTENTICIDAD. **VI.** DOCUMENTO EJECUTIVO. EXCLUSIONES POR FALTA DE EJECUTIVIDAD. **VII.** LA FÓRMULA EJECUTORIA. **VIII.** LA DECLARACIÓN DE EJECUTIVIDAD. **IX.** EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN. **X.** LA VALIDEZ DEL NEGOCIO. **XI.** LAS EXCEPCIONES DE ORDEN PÚBLICO Y DE FRAUDE DE LEY.

(*) Comunicación leída el 17 de mayo de 1999 en el pleno de los Excmos. Señores Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pendiente de publicación en sus Anales.

I. Introducción

Me ha parecido oportuno redactar esta comunicación sobre el Convenio de Bruselas de 1968 y el paralelo Convenio de Lugano de 1988, relativos a la competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, por encontrarse actualmente en trance de revisión (1), lo que acrecienta el interés que tienen en sí mismos, especialmente el primero de ellos, el de Bruselas, por su contribución al desarrollo de un espacio jurídico europeo, sin necesidad de elevar la libre circulación de las sentencias (y de los documentos públicos) a “quinta libertad comunitaria” (2).

228

La idea de la revisión fue lanzada por Alemania en 1996, en la tercera reunión del comité permanente del Convenio de Lugano y, como no podía por menos de suceder, inmediatamente se extendió a la revisión del Convenio de Bruselas, por lo que podría desembocar en la cuarta revisión de éste. La revisión conjunta de los dos convenios, uno comunitario y otro extracomunitario, es ciertamente compleja, y ha sido necesaria la constitución de un grupo de trabajo integrado por representantes de los Estados de la Unión Europea y los de la Asociación Europea de Libre Comercio que forman parte del Convenio de Lugano.

Entre tanto, y posiblemente para imprimir celeridad a la revisión, la Comisión de las Comunidades Europeas, al am-

(1) Conf. BORRÁS, Alegría: “La revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano: una reflexión preliminar española”, Introducción, pp. 11-27, al libro editado por ella *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española. Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997*, Pons, 1998, p. 467.

(2) Conf. IGLESIAS BUHIGUES, José Luis y DESANTES REAL, Manuel: “La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea”, tomo III, capítulo XLV, pp. 711-52 del *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* dirigido por Eduardo García de Enterría, Julio D. González Campos y Santiago Muñoz Machado; Madrid, Civitas, 1986. “La libre circulación de las sentencias (que) debería ser el corolario de las demás libertades de circulación ...”, se limita a decir el texto de la Comisión que citamos en la nota siguiente.

paro del artículo K-3, 2.c, del Tratado de Maastricht (el llamado tercer pilar, de Cooperación en los ámbitos de Justicia e Interior), remitió el 26 de noviembre de 1997 una comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo “Hacia una mayor eficacia en la obtención y la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea”, con una “Propuesta de Acto del Consejo por el que se establece el convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución, en los Estados miembros de la Unión Europea, de resoluciones judiciales en materia civil o mercantil” (3); es decir, se propone un texto revisado del Convenio de Bruselas.

Esta propuesta de revisión, limitada claro es a los Estados miembros de la Unión Europea, va precedida en lo que ahora interesa, de una introducción en la que se alude a la posibilidad de un camino distinto, la creación de un título ejecutivo europeo, fundamentándola en una visión pesimista de los logros hasta ahora alcanzados: “En 1995 –dice su apartado 9–, los servicios de la Comisión iniciaron una reflexión sobre la oportunidad del mantenimiento del procedimiento de *exequatur* previsto por el Convenio de Bruselas y sobre la definición de la posible configuración jurídica de un título ejecutivo que funcione sin obstáculos de un Estado miembro a otro. Este título ejecutivo podría denominarse «Título Ejecutivo Europeo». La libre circulación de las sentencias –añade–, que debería ser el corolario de las demás libertades de circulación, no goza de una realidad concreta en el Derecho positivo: para pasar la frontera y ser ejecutado en otro Estado miembro, todo título ejecutivo, judicial o no, debe ir acompañado de un «pasaporte» expedido por el Estado miembro de ejecución, generalmente bajo la forma de una «fórmula ejecutoria»”.

(3) Com(97) 609, final –Documentos– Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, L-2985 Luxemburgo, p. 52.

Por su parte, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado tiene prevista la elaboración, en su XIX sesión (en el año 2000), de un convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, abierto a todos los países del mundo.

La oportunidad de esta comunicación parece, pues, evidente; pero no tendría sentido, ni siquiera sería posible, extenderme a la totalidad de estos convenios y de su proyectada revisión. Voy a ceñirme solamente a algunos aspectos concretos de la ejecución de los documentos públicos, regulada en el artículo 50 de uno y otro Convenio; es la parte más descuidada por la doctrina y que menos incidencia ha tenido en la jurisprudencia y, en general, en la práctica jurídica. “Cabe precisar –decía el Informe JENARD-MÖLLER que acompañó al Convenio de Lugano, al que más adelante me referiré– que los casos de aplicación del artículo 50 del Convenio de Bruselas parecen ser relativamente escasos”. “No obstante, posiblemente –como escribe IRIARTE–, en el futuro esta disposición esté llamada a tener cada vez un papel más relevante, puesto que según se intensifiquen fenómenos derivados de la libre circulación de capitales, como la captación de crédito en el extranjero, su relevancia práctica se intensificará” (4).

Dentro de este ámbito más reducido dedicaré especial atención a la ejecución de las escrituras públicas, y no sólo por mi personal formación, sino por ser las que ocupan el primer puesto entre los títulos extrajudiciales y las más necesitadas de una visión multidisciplinar. Tampoco las trataré en forma exhaustiva, sino limitadamente a algunos puntos de mayor importancia o de más actualidad.

(4) IRIARTE ÁNGEL, José L., p. 670 de su “Comentario al Artículo 50”, pp. 661-70 de la obra colectiva *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, editada por Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Universidad Carlos III, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1994, p. 829.

En este sentido, la resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 “sobre la situación y organización del Notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad Europea” pedía “que se presenten propuestas para completar el Convenio de Bruselas de 27.9.1968 sobre el reconocimiento recíproco y la ejecución de los actos judiciales con disposiciones que tengan en cuenta aspectos particulares de la «circulación» transfronteriza de las actas notariales” (5), consabida traducción defectuosa, pues sus palabras finales se refieren a los “actos” (documentos) notariales, no a las “actas” notariales.

Y en efecto, la Conferencia de los Notariados de la Unión Europea, cumplimentando la invitación que al efecto se le envió, ha realizado algunas observaciones a aquella propuesta hecha por la Comisión el 26 de noviembre de 1997, de las que puedo aportar algunos datos.

231

II. Evolución de los textos y sus informes

Son dos las versiones del artículo 50; la del originario Convenio de Bruselas de 1968 y la del Convenio de Lugano de 1988, que se recibe literalmente en la redacción vigente del Convenio de Bruselas establecida en el Convenio de Adhesión de España y Portugal a la CEE, en 1989. Describamos, sin embargo, más detenidamente la *evolución* seguida, junto con los párrafos pertinentes de los *informes* que siempre han acompañado a los proyectos de los expertos, que constituyen verdaderas exposiciones de motivos a la manera de lo que ocurrió con nuestra Ley Hipotecaria de 1861

(5) Puede consultarse en el libro de GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto: *La función del notario en la Unión Europea (Un estudio comparativo)*, Consejo General del Notariado 1997, p. 248; anexo I, resolución del Parlamento Europeo de 18.1.1994, pp. 215-18 (las palabras citadas en p. 218); informe para el mismo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos (ponente Sr. MARINHO), de 9.12.1993, pp. 219-36.

y que, en todo caso, tienen un inapreciable valor interpretativo.

A. El *texto originario*, de 1968, del Convenio de Bruselas, del que no hay texto oficial en lengua española porque todavía no era parte España, y que traduzco literalmente del francés, decía:

“*Artículo 50.* Los actos auténticos recibidos y ejecutorios en un Estado contratante serán, previo requerimiento, revestidos de la fórmula ejecutoria en otro Estado contratante, conforme al procedimiento previsto en los artículos 31 y siguientes. El requerimiento no podrá ser rechazado más que si la ejecución del acto auténtico es contraria al orden público del Estado requerido.

El documento presentado debe reunir las condiciones necesarias para su autenticidad en el Estado de origen.

Son aplicables, en cuanto fuere necesario, las disposiciones de la sección 3 «Disposiciones comunes» del título III «Reconocimiento y Ejecución»” (6).

El *Informe JENARD* exponía sobre este artículo 50: “El Comité no ha introducido innovaciones al regular la ejecución de los documentos públicos con fuerza ejecutiva. En efecto, ya existen disposi-

232

(6) *Texto francés.* “*Article 50.* Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État contractant sont, sur requête, revêtus de la formule exécutoire dans un autre État contractant, conformément à la procédure prévue aux articles 31 et suivants. La requête ne peut être rejetée que si l'exécution de l'acte authentique est contraire à l'ordre public de l'État requis.

L'acte produit doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité dans l'État d'origine.

Les dispositions de la section 3 du titre III sont, en tant que de besoin, applicables.”

Texto italiano. (Conf. POCAR, Fausto: “La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze”, 2.^a ed., Giuffrè, 1989, p. 590): “Gli atti autentici ricevuti ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato contraente sono, su istanza di parte, muniti della formula esecutiva in un altro Stato contraente, conformemente alla procedura contemplata dagli articoli 31 e segg. L'istanza può essere rigettata solo se l'esecuzione dell'atto autentico è contraria all'ordine pubblico dello Stato richiesto.

L'atto prodotto deve rispondere ai requisiti richiesti per la sua autenticità dalla legge dello Stato di origine.

Le disposizioni della sezione 3 del titolo III sono, per quanto occorra, applicabili.”

Los textos en las varias lenguas del Convenio son igualmente auténticos, por lo que es conveniente contar con más de uno de ellos. Conf. la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4.3.1984, Effer s.p.a. c. Kantner, recogida por POCAR bajo el número 22.

ciones análogas en los convenios celebrados hasta la fecha por los seis Estados, con la única excepción del Convenio germano-italiano.

Puesto que el artículo 1 regula la totalidad del Convenio, el artículo 50 sólo se aplica a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados en las materias que entran en el ámbito de aplicación del Convenio.

Se exigen tres condiciones para que los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados en un Estado puedan ser declarados ejecutorios en otro Estado contratante:

a) El documento deberá ser ejecutorio en el Estado en que ha sido formalizado.

b) Deberá reunir las condiciones necesarias para su autenticidad en dicho Estado.

c) Su ejecución no podrá ser contraria al orden público del Estado requerido.

También se dispone que las disposiciones de la sección 3 del título III se aplicarán en la medida que fuere necesario. De ello se deduce, en particular, que no será exigida ninguna legalización ni formalidad análoga" (7).

Al no constituir Derecho Comunitario, ni originario ni derivado, sino un Derecho complementario del Comunitario basado en el artículo 220 del Tratado de Roma, el Convenio de Bruselas no puede afectar automáticamente a los países que ulteriormente vayan ingresando en la Comunidad, sino que ha de ser negociado con ellos; para esta negociación se tomará como base el texto del Convenio de Bruselas que se encuentre vigente, según obligación asumida por los nuevos miembros en su Convenio de Adhesión a la CEE; las modificaciones que, en consecuencia, se introduzcan en el Convenio de Bruselas tampoco van a afectar automáticamente a los Estados que ya formaban parte de él mientras no se adhieran a su nuevo texto (8).

(7) Este informe fue redactado por JENARD, Paul, director de administración en el Ministerio Belga de Asuntos Exteriores y de Comercio, y portavoz del comité de expertos elaborador del proyecto de convenio; puede consultarse en *DOCE*, C 189, 28.7.1990, pp. 122-79; las palabras citadas en el texto, en pp. 171-2.

(8) Véase especialmente la "Introducción general al Convenio de Bruselas" de CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, en pp. 21-39 de la obra colectiva por él editada que hemos citado supra, nota 4.

Al ingresar como nuevos miembros de la CEE, el Reino de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, se celebra en Luxemburgo el 9 de octubre de 1978 el Convenio relativo a la adhesión de dichos tres países al Convenio de Bruselas, y éste es objeto de su primera e importante modificación, que no afectó, sin embargo, a su artículo 50.

El *Informe SCHLOSSER* hacía constar: "226. En Inglaterra e Irlanda no existe algo similar a los títulos ejecutivos. En Escocia, los títulos que fundan una obligación de suministrar una prestación bien determinada pueden asentarse en un registro oficial. Un certificado de dicho registro autoriza la ejecución con igual eficacia que una resolución judicial. Tales certificados entran en el ámbito de aplicación del artículo 50" (9).

La segunda modificación del Convenio de Bruselas se produjo tras el ingreso de Grecia en la CEE, en virtud del Convenio de Luxemburgo, de 25 de octubre de 1982, de Adhesión de Grecia al Convenio de Bruselas, sin que el artículo 50 fuera tampoco objeto de modificación alguna.

El *Informe EVRIGENIS-KERAMEUS* decía: "89. El título IV contiene disposiciones que regulan la concesión de la ejecución de los documentos públicos con fuerza ejecutiva (art. 50) ... Se trata de documentos públicos formalizados y ejecutorios en un Estado contratante. Éstos son declarados ejecutorios en otro Estado contratante con arreglo al procedimiento de los artículos 31 y siguientes. Sólo se desestima la solicitud de ejecución del documento público con fuerza ejecutiva extranjero, si la ejecución de dicho documento es contraria al orden público del Estado requerido (primer párrafo del art. 50) ... Estas disposiciones del Convenio adoptan soluciones que en sustancia son idénticas a las del Derecho griego (Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 904 y 905)" (10).

(9) Este informe fue redactado por el prof. P. SCHLOSSER, de la Universidad de Munich, ponente en la comisión redactora del proyecto; puede consultarse en *DOCE*, número citado en nota 7; informe, pp. 184-256; palabras citadas en el texto, en p. 243; van seguidas de otro párrafo sobre obligaciones alimentarias.

(10) El informe fue redactado por los profesores Dimitri EVRIGENIS y K. D. KERAMEUS, y puede consultarse en *DOCE*, número citado en nota 7; informe pp. 257-84; palabras citadas, p. 278.

B. El *Convenio de Lugano* fue firmado el 16 de septiembre de 1988, por los diez Estados que eran a la sazón miembros de la CEE (los seis iniciales, Alemania Federal, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo, más los cuatro adheridos, Dinamarca, Irlanda, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y Grecia) y los seis que lo eran de la Asociación Europea de Libre Comercio (Austria, Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y Suiza); España no firmaría este Convenio hasta el 19 de enero de 1994, después de haber ingresado en la Comunidad; el Convenio de Lugano no modificó, claro es, el Convenio de Bruselas, pero incidió paralelamente en nuestro tema, dándonos la siguiente redacción:

“*Artículo 50.* Los documentos públicos con fuerza ejecutiva, formalizados en un Estado contratante, serán declarados ejecutorios, a instancia de parte, en otro Estado contratante, con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 31 y siguientes. La solicitud sólo podrá desestimarse cuando la ejecución del documento fuere contraria al orden público del Estado requerido.

El documento presentado deberá reunir las condiciones necesarias de autenticidad en el Estado de origen.

Serán aplicables, en la medida en que fuere necesario, las disposiciones de la sección 3 del título III” (11).

Es muy importante el *Informe JENARD-MÖLLER* que al respecto consignaba: “72. Los representantes de los Estados miembros de la AELC pudieron señalar su acuerdo con el texto del artículo 50, aunque la noción de documento público con fuerza ejecutiva no se contemple en su legislación a excepción de Austria.

Sin embargo solicitaron que el informe precise las condiciones que debe satisfacer un documento público con fuerza ejecutiva para ser considerado ejecutivo con arreglo al artículo 50 (véase el apartado 226 del informe Schlosser).

Dichas condiciones son las siguientes:

— La fuerza ejecutiva del documento deberá establecerla una autoridad pública.

— Dicha fuerza ejecutiva deberá abarcar el contenido y no sólo, por ejemplo, la firma.

(11) Texto del Instrumento de Ratificación por España de 9.8.1994; *BOE* 20.10.1994, núm. 231.

— El documento deberá ser ejecutivo en sí mismo en el Estado en el cual haya sido establecido.

...

Tampoco contempla el artículo 50 las letras de cambio y los cheques.

Como en el artículo 31, la expresión «formalidades necesarias para que sean ejecutivas» se ha sustituido por las palabras «declarados ejecutivos».

Cabe precisar que los casos de aplicación del artículo 50 del Convenio de Bruselas parecen ser relativamente escasos” (12).

C. Pero a consecuencia del ingreso en la CEE de España y de Portugal se firmó en San Sebastián el 26 de mayo de 1989 el Convenio de Adhesión de estos nuevos miembros al Convenio de Bruselas, produciendo la tercera modificación de éste, y en su artículo 14 se dio al artículo 50 una redacción, ya con texto español, exactamente coincidente con la del Convenio de Lugano antes consignada; hasta el momento es el *Texto vigente del Convenio de Bruselas*, no afectado por la adhesión ulterior de Austria, Finlandia y Suecia (Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1996):

Reiteremos el texto vigente: “*Artículo 50.* Los documentos públicos con fuerza ejecutiva, formalizados en un Estado contratante, serán declarados ejecutorios, a instancia de parte, en otro Estado contratante, con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 31 y siguientes. La solicitud sólo podrá desestimarse cuando la ejecución del documento fuere contraria al orden público del Estado requerido.

El documento presentado deberá reunir las condiciones necesarias de autenticidad en el Estado de origen.

Serán aplicables, en la medida en que fuere necesario, las disposiciones de la sección 3 del título III” (13).

(12) El informe fue redactado por Paul JENARD y G. MÖLLER, presidente del Tribunal de Primera Instancia de Toijala; conf. *DOCE*, número citado en nota 7; informe, pp. 57-121; palabras citadas, p. 80.

(13) *DOCE*, número citado en nota 7; convenio pp. 2-23; artículo 50, p. 14; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, TIZZANO, Antonio y ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Código de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1996, p. 1178, artículo 50, p. 987.

Este Convenio, según su artículo 55, sustituye a los siguientes convenios bilaterales suscritos por España: con Francia, París, 28.5.1969; con Italia, Madrid, 22.5.1973; y con la República Federal de Alemania, Bonn, 14.11.1983.

El Informe ALMEIDA CRUZ - DESANTES REAL - JENARD hacía constar, respecto a los artículos 31 y 50: "29. La expresión «revestidos de la fórmula ejecutoria» que figura en el Convenio de Bruselas, se substituyó por la expresión «declarados ejecutorios» que se menciona en el Convenio de Lugano. Dicha modificación del Convenio de Bruselas se adoptó con miras a acomodar ambos Convenios, tanto más cuanto que ambas expresiones pueden considerarse como prácticamente equivalentes (véanse también a este propósito los apartados 68 y 69 del informe Jenard-Möller)" (14).

D. Añadamos el texto de la propuesta hecha por la Comisión el 26.11.1997:

"Artículo 50. 1. Los documentos públicos con fuerza ejecutiva, formalizados en un Estado contratante, serán declarados ejecutorios, a instancia de parte, en otro Estado contratante, con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 31 a 45. La solicitud no podrá desestimarse.

A los efectos del presente Convenio, se entiende por documentos públicos con fuerza ejecutiva los instrumentos expedidos por una autoridad pública, con arreglo a las normas de competencia y de forma previstas por la legislación del Estado en cuyo nombre actúa dicha autoridad.

— 2. El documento presentado deberá reunir las condiciones necesarias de autenticidad en el Estado de origen.

— 3. Serán aplicables, en la medida en que fuere necesario, las disposiciones de los artículos 46 a 49" (15).

El texto propuesto, por tanto: elimina la excepción de orden público, de manera que la solicitud de ejecución no podrá desestimarse en ningún caso; añade el concepto de documento público con fuerza ejecutiva, subsanando la omi-

(14) El informe justificativo fue redactado por Marthino de ALMEIDA CRUZ, juez de Primera Instancia, consejero jurídico de la representación permanente de Portugal ante las Comunidades Europeas; Manuel DESANTES REAL, profesor de la facultad de Derecho de la Universidad de Alicante; y Paul JENARD, que ya intervino en informes anteriores; conf. DOCE, número citado en nota 7; informe pp. 35-55; palabras citadas, p. 48.

(15) *Loc. cit. supra*, nota 3. El texto francés del adicionado párrafo 2 del artículo 50.1 dice: "Aux fins de la présente convention, les actes authentiques sont les instruments dressés par une autorité publique, suivant les règles de compétence et de forme prévues par la loi au nom duquel l'autorité agit".

sión que se había denunciado en el artículo 50; y concreta las remisiones a otras partes del Convenio.

III. Inclusión de la ejecución de los documentos auténticos

La ejecución de los documentos públicos no estaba incluida, ni en el artículo 220 del Tratado de Roma en que se basa el Convenio de Bruselas, ni en la rúbrica de este mismo Convenio. Aquel artículo 220 ordenaba a los Estados miembros que en tanto fuera necesario, entablaran negociaciones entre sí “a fin de asegurar en favor de sus nacionales ... la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las *decisiones judiciales* y de los laudos arbitrales”. La rúbrica del Convenio de Bruselas, en consonancia, solamente se refería “a la competencia judicial y a la ejecución de *resoluciones judiciales* en materia civil y mercantil”; el ámbito exclusivamente judicial quedaba reforzado con la mención expresa de la “competencia judicial”, exigida por el carácter doble del Convenio.

238

Los documentos extrajudiciales parecían, pues, excluidos. Y sin embargo el Convenio de Bruselas contiene desde el principio un título IV, “Documentos auténticos y transacciones judiciales”, compuesto de dos artículos, el segundo de los cuales –artículo 51– está dedicado a las transacciones judiciales, y el primero de ellos –el artículo 50– a los “documentos auténticos”, “*actes authentiques*”, y es el que va a ser objeto de nuestra consideración. No le falta, pues, razón a SÁNCHEZ FELIPE al proponer que el Convenio debería pasar a denominarse “Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales y de documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil” (16).

(16) SÁNCHEZ FELIPE, José Manuel: “Las notificaciones extrajudiciales en los Convenios de Bruselas y Lugano. Art. 20 en relación con el art. 50”, pp. 419-25 de la obra colectiva editada por Alegría BORRÁS citada en la nota 1; véanse pp. 423-24.

Se ha producido, pues, en el Convenio de Bruselas, desde su origen en 1968, y aunque su rúbrica no lo anuncie, una ampliación de su ámbito a la ejecución de los actos auténticos. Esta ampliación venía favorecida por la existencia de disposiciones similares en anteriores convenios bilaterales entre los seis países que entonces constituían la Comunidad (Alemania Federal, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo) (17), y sobre todo porque tal ejecución estaba admitida por los Derechos internos de todos ellos, al igual que en la generalidad de los países de notariado latino, en los que era lugar común que los documentos públicos tenían una doble eficacia, la fuerza probante y la fuerza ejecutiva (18):

— En *Francia*, el artículo 19.1 de la Ley Notarial de Ventoso (1803), uno de los pocos que continúan vigentes de aque-

(17) Convenios entre Francia y Bélgica, artículo 16; Bélgica y Holanda, artículo 16; el Benelux, artículo 18; Bélgica y Alemania, artículo 14; Italia y Bélgica, artículo 13; Alemania y Holanda, artículo 16; Italia y Holanda, artículo 8; Italia y Francia, artículo 6; conf. Informe JENARD citado en nota 7, p. 171, nota 2.

(18) *Francia*. Ley de 25 de Ventoso del año XI (16 de marzo de 1803), artículo 19.1. "Tous actes notariés feront foi en justice, et seront exécutoires dans toute l'étendue de la République".

Bélgica. Artículo 19.1 de la Ley de Ventoso. "Tous actes notariés feront foi en justice, et seront exécutoires dans toute l'étendue du Royaume".

Alemania. ZPO (*Zivilprozessordnung*) de 1877, parágrafo 794: "La ejecución forzosa podrá tener lugar además: ... 5.º a base de documentos autorizados por Tribunales o Notarios nacionales, estos últimos dentro de los límites de su competencia y en la forma prescrita ..."; (traducción de Leonardo Prieto Castro, como apéndice al *Derecho Procesal Civil* de James GOLDSCHMIDT, pp. 775-901).

Italia, *Codice di Procedura Civile* de 1940, artículo 474: "Titolo esecutivo. L'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile.

Sono titoli esecutivi: ... 3) gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli, relativamente alle obbligazioni di somme di danaro in essi contenute".

Luxemburgo, Ley de 9 de diciembre de 1976, relativa a la organización del notariado, artículo 37: "Les actes notariés font foi d'après les dispositions du code civil; ils sont exécutoires lorsqu'ils sont revêtu de la formule exécutoire".

Holanda, Ley sobre el oficio de notario de 16 de abril de 1998, artículo 1. En la presente ley y sus textos de aplicación, los términos enunciados a continuación tendrán las significaciones siguientes: ...f. *grosse*: copia o traslado de un documento notarial revestido de la fórmula ejecutoria.

lla histórica Ley, dispone que “todos los actos notariales ... serán ejecutorios en toda la extensión de la República”.

— Este mismo precepto 19.1 de la Ley de Ventoso rige en *Bélgica* sin más alteración que la referente a la forma de Estado, “... serán ejecutorios en toda la extensión del Reino”.

— En *Alemania* la Ordenanza Procesal Civil admite la ejecución forzosa “a base de documentos autorizados por ... Notarios nacionales ...” (parágrafo 794 de la ZPO de 1877).

— En *Italia* son títulos ejecutivos “los actos recibidos por Notario o por otro público oficial autorizado por la ley para recibirlos” (art. 474 del Código de Procedimiento civil de 1940).

— Y lo mismo ocurría en los otros dos países de la Comunidad originaria, Luxemburgo y Holanda, sobre los que sólo dispongo de los textos vigentes, posteriores al primitivo Convenio de Bruselas, pero que no han innovado lo que en este tema regía al tiempo del Convenio: *Luxemburgo*, “los actos notariados” “son ejecutorios cuando están revestidos de la fórmula ejecutoria” (art. 37 de la Ley de 1976); y *Holanda*, que conserva la tradicional denominación francesa de “*grosse*” para la “copia o extracción de un documento notarial revestido de la fórmula ejecutoria” (art. 1 de la Ley de 1998).

Si en todos los Estados signatarios del Convenio de Bruselas los actos notariales tenían fuerza ejecutoria, que incluso se reconocía en tratados bilaterales que habían firmado entre sí, nada más natural que esta eficacia se recogiera en el Convenio de Bruselas.

IV. Acto auténtico y documento público

El artículo 50 del Convenio de Bruselas es aplicable, según las palabras iniciales del texto francés, a los “*actes authentiques*” y según las del texto italiano a los “*atti autentici*”. Al firmar España en 1989 el Convenio de Adhesión al Con-

venio de Bruselas, tenemos ya, según adelantábamos, un texto oficial en lengua española de su artículo 50, que continúa vigente, y que en lugar de referirse a “actos auténticos”, habla de los “*documentos públicos*”, expresión que con anterioridad había introducido el artículo 50 del Convenio de Lugano de 1988.

“*Actes authentiques*” o “*atti autentici*” por un lado, y “documentos públicos” por otro; la diversidad se conserva en la propuesta hecha por la Comisión en noviembre de 1997; pero en el ámbito en que nos encontramos, al añadirse que en todo caso han de ser ejecutivos, y por tanto actos o documentos negociales, ambas expresiones resultan fundamentalmente equivalentes, reduciéndose la cuestión a una diversidad terminológica. Tiene, pues, razón el Informe ALMEIDA CRUZ-DESANTES REAL-JENARD al Convenio de San Sebastián, 1989: “ambas expresiones pueden considerarse como prácticamente equivalentes”.

El concepto de *documento público* es para nosotros bien claro; nos lo da el artículo 1.216 del Código civil: “Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”. Se exigen, pues, tres requisitos para que un documento sea público; el criterio básico es el primero, el carácter público del autor del documento, al cual se reconducen los otros dos; porque el funcionario público sólo actúa como tal cuando lo hace dentro de los límites de su competencia y de acuerdo con las formalidades que regulan su actuación; sólo entonces “es” funcionario público.

El *acto auténtico* de los Derechos francés e italiano, aun contemplando más especialmente los actos negociales, coincide esencialmente con nuestro concepto de documento público, pues no en vano ambos proceden de la misma fuente, el *Tratado de las Obligaciones* de POTHIER; Código francés, artículo 1317: “El acto auténtico es el que ha sido recibido por oficiales públicos con derecho a instrumentar (a autorizar instrumentos) en el lugar en que el acto se ha estable-

cido, y con las formalidades requeridas”; Código italiano, artículo 2699: “El acto público es el documento redactado con las formalidades requeridas, por un notario u otro oficial público autorizado para atribuirle fe pública en el lugar en que el acto se establece” (19).

El Convenio de Bruselas, por su parte, no nos proporciona ni el concepto de “acto auténtico” ni el concepto de “documento público”; el defecto había sido reiteradamente señalado y, como hemos adelantado, la propuesta de la Comisión de 1997 intenta subsanarlo; pero antes indicaremos la evolución de los textos y de los informes.

La omisión carecía de importancia en el Convenio primitivo, puesto que los seis Estados signatarios tienen una cultura jurídica común romano-germánica, y en consecuencia un claro concepto común de acto auténtico. La relación JENARD, que le acompañaba, señalaba que el artículo 50.1 exigía que se tratara de “actos auténticos formados en un Estado”, por lo que “b) (el acto) debe cumplir los requisitos necesarios para su autenticidad en este Estado” (en el Estado en que ha sido formado).

242

La ausencia de un concepto legal iba a cobrar, por el contrario, gran interés a partir de la adhesión al Convenio, en 1978, de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido, países todos desconocedores del acto auténtico. Sin embargo, el artículo 50 no se modificó.

El Convenio de Lugano, al introducir en el texto del artículo 50 la expresión “documentos públicos” tampoco precisa el concepto utilizado. Los países de la Asociación Europea

(19) POTHIER: “Les actes authentiques sont ceux qui sont reçus par un officier public, avec les solennités requises”; “Traité des obligations”, tomo II (París, 2.^a ed.) de las *Oeuvres de Pothier* por M. Bugnet, núm. 730.1.

Francia, C.c. 1804, artículo 1317: “L’acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d’instrumenter dans le lieu où l’acte a été rédigé et avec les solennités requises”.

Italia, C.c. 1942, artículo 2699: “L’atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l’atto è formato”.

de Libre Comercio que lo firmaban también desconocían, a excepción de Austria, estos documentos públicos o auténticos; aceptaron, sin embargo, su mención pero solicitaron que en el informe sobre el proyecto se determinaran las “condiciones que debe satisfacer un documento público ... con arreglo al artículo 50”. “Dichas condiciones –especificó, según vimos, el Informe JENARD-MÖLLER–, son las siguientes:

— La fuerza ejecutiva del documento (mejor, su autenticidad) deberá establecerla una autoridad pública.

— Dicha fuerza ejecutiva (mejor, autenticidad) deberá abarcar el contenido y no sólo, por ejemplo, la firma.

— ... Tampoco contempla el artículo 50 las letras de cambio y los cheques.”

En 1989, con la adhesión de España y Portugal, la expresión “documentos públicos” del Convenio de Lugano es recibida en el artículo 50 del Convenio de Bruselas, sin explicar tampoco su sentido, lo que ciertamente ni para España ni para Portugal era necesario.

No considerando, sin duda, suficiente que la determinación de concepto tan fundamental corriera sólo a cargo de un informe, que además se refería al Convenio de Lugano, es decir, a un convenio distinto, por paralelo que fuera, la propuesta presentada por la Comisión en 1997 pretende proporcionarlo añadiendo un segundo párrafo al artículo 50.1 del Convenio de Bruselas, que parece directamente inspirado en los conceptos de acto auténtico o de documento público de los códigos civiles:

“A los efectos del presente Convenio, se entiende por documentos públicos con fuerza ejecutiva los instrumentos expedidos por una autoridad pública, con arreglo a las normas de competencia y de forma previstas por la legislación del Estado en cuyo nombre actúa dicha autoridad” (20).

(20) Artículo 50.1.2, texto francés: “Aux fins de la présente convention, les actes authentiques sont les instruments dressés par une autorité publique, suivant les règles de compétence et de forme prévues par la loi de l’Etat au nom duquel l’autorité agit”.

Están aquí debidamente recogidos el segundo y el tercero de los requisitos del documento público o auténtico, la competencia del autorizante y el cumplimiento de las formalidades legales en la autorización del documento; pero en cuanto al primero y fundamental requisito parece producirse una ruptura con los conceptos que nos proporcionan los códigos civiles. El nuevo texto propuesto, en efecto, exige que los instrumentos sean “expedidos por una autoridad pública”, posiblemente siguiendo el precedente del informe JENARD-MÖLLER, para el que “la fuerza ejecutiva del documento (mejor, como aclarábamos, su autenticidad) deberá establecerla una autoridad pública”. Los códigos civiles, por el contrario, en un escalón inferior, solamente exigen “oficiales públicos” (Código francés), “notario u otro oficial público” (Código italiano), “Notario o empleado público” (nuestro Código civil); pero no “autoridad pública”. No hace falta demostrar que el notario no es “autoridad”; algún texto que lo indica, como el artículo 60 de nuestro Reglamento Notarial, es simple residuo del carácter de autoridad que se atribuyó al notario en asuntos electorales, a fin de dotarle de una protección penal más eficaz (21). Si triunfara y se entendiera literalmente la propuesta de la Comisión los documentos notariales quedarían excluidos del Convenio y con ello su artículo 50 resultaría prácticamente vaciado.

Sin duda para evitar este resultado, evidentemente no querido por la Comisión, la Conferencia de los Notariados Europeos ha indicado que a ese primer requisito del concepto de documento público de la propuesta de la Comisión “expedidos por una autoridad pública”, se le añada “o delegado de la autoridad pública” (22).

(21) Conf. mi trabajo “Las actas electorales en su perspectiva histórica”, *Revista de Derecho Notarial*, número XCV, enero-marzo 1977, pp. 297-402, y *Escritos Jurídicos*, I, pp. 397-473.

(22) El artículo 50.1.2 quedaría, por tanto, en su versión francesa, con la siguiente redacción: “Aux fins de la présente convention, les actes authentiques sont les instruments dressés par une autorité publique ou délégataire de l'autorité publique,

La finalidad de esta observación es plenamente acertada, y su texto puede asumirse, aunque no compartamos la idea de que el notario actúa por “delegación” de la autoridad pública, sino como funcionario u oficial público competente. La doctrina de que el notario obra por “delegación” de la autoridad pública está, en efecto, muy difundida, e incluso consagrada en textos legales (23) o en otros de la mayor autoridad: “El Notario es un oficial público que tiene una delegación de la autoridad del Estado ...”, comienza diciéndonos el acuerdo de la Conferencia Permanente de los Notariados de la Comunidad Europea de 23 de marzo de 1990, conocida por “Declaración de Madrid”; y por su parte la resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 sobre la “Situación y organización del Notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad Europea” señala como el primero de los elementos que caracterizan la profesión de notario, la “delegación parcial de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas”.

Es, pues, aceptable el texto de la observación formulada por la Conferencia de los Notariados Europeos, aunque esa supuesta “delegación” haya sido criticada, con razón a mi manera de ver, por algún sector doctrinal, con juristas de tanta relevancia como COUTURE o PONDÉ (24). Tal delega-

suivant les règles de compétence et de forme prévues par la loi de l'Etat au nom duquel l'autorité agit”.

(23) La más terminante que conozco es la Ley Notarial 94/1970 del Estado mexicano de Sonora, artículo 1.º: “El ejercicio del notariado en el Estado de Sonora, es una función de orden público; está a cargo del ejecutivo del Estado y por delegación se encomienda a profesionales del derecho, en virtud de la patente de notario que para tal efecto les otorga el propio ejecutivo”.

También las modernas Leyes Notariales de algunos Estados africanos francófonos, como las coincidentes de la República Centroafricana, de 1982, artículo 10.1 y la de Burkina Faso, de 1992, artículo 20.1: “Le notaire officier public détient une délégation partielle de la puissance de l'État”.

(24) COUTURE, Eduardo J.: *El concepto de fe pública. Introducción al estudio del Derecho Notarial*, Montevideo, 1947, p. 41; PONDÉ, Eduardo Bautista: *Tríptico Notarial - Naturaleza jurídica de la fe notarial ...*, Buenos Aires, Depalma, 1977, pp. 77 y ss.

ción sólo me parece compatible con un notariado puramente profesional, y no en el que tiene el doble carácter público y privado que le atribuye la legislación y la doctrina dominante; el notario, en su vertiente de “funcionario” u “oficial” público, según estas concepciones, no recibe delegación alguna, sino que es la “persona pública”, para decirlo con la expresión tradicional, por medio de la cual el Estado ejerce su función de autenticidad. El artículo 50.1.2 podría, pues, referirse a los “instrumentos expedidos por una autoridad pública o por el funcionario u oficial público a quien corresponda según la reglas de competencia y de forma previstas por la legislación del Estado en que se formalizan”.

246

Para que un documento sea público es preciso, además de que su autor sea funcionario u oficial público, que éste sea competente y que en la autorización del documento se cumplan las solemnidades establecidas por las leyes; así resulta del artículo 1.216 de nuestro Código civil que en su lugar citábamos, de sus concordantes extranjeros, y de su negativo, el artículo 1.223 del Código, para el que “la escritura defectuosa, por incompetencia del Notario o por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado (y por tanto caerá fuera del artículo 50), si estuviese firmado por los otorgantes”; esta norma, con variantes que ahora no hacen al caso, está recogida prácticamente en todos los ordenamientos civiles (Francia y Bélgica, art. 1318; Italia, art. 2701; Grecia, art. 12 de la Ley Notarial, etc.). La *lex auctor* es la que establece la competencia entre sus funcionarios y las formalidades que hayan de cumplir.

La propuesta de la Comisión de 1997, con su artículo 50.1.2 que estamos comentando, ha dado especial realce a estos requisitos al exigir expresamente, para que los documentos sean públicos a efectos del Convenio, que estén expedidos “con arreglo a las normas de competencia y de forma previstas por la legislación del Estado en cuyo nombre actúa” el autorizante.

V. Documentos excluidos por falta de autenticidad

Descendiendo ahora al examen de algunos documentos concretos de especial interés excluidos del artículo 50 por falta de autenticidad (y a veces también por carencia de fuerza ejecutoria, de la que más tarde hablaremos), recordemos que según certeramente decía el Informe JENARD-MÖLLER al proyecto del Convenio de Lugano “la fuerza ejecutiva del documento (mejor, como aclarábamos, su autenticidad) deberá abarcar el contenido, y no sólo, por ejemplo, la firma”; “tampoco contempla el artículo 50 las letras de cambio y los cheques”.

a) No están, pues, incluidos en estos convenios los *documentos privados*, ni aunque sean ejecutivos, por sí mismos o con determinados requisitos que no los conviertan en documentos públicos; y bien claro lo ponen de manifiesto las letras de cambio y los cheques, que pueden llevar aparejada ejecución conforme al artículo 1.429.2.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero que por su naturaleza de documentos privados son extraños a los convenios que estudiamos, según hacía constar expresamente el Informe JENARD-MÖLLER.

b) Tampoco están incluidos en el convenio los *documentos privados con firmas legitimadas*, ni aunque lleven aparejada ejecución; la autenticidad del documento –recordemos de nuevo el Informe JENARD-MÖLLER– “deberá abarcar el contenido y no sólo, por ejemplo, la firma”. La razón es clara, dado el concepto y eficacia de la legitimación de firmas que en concordancia con los Derechos extranjeros nos da el artículo 256 del Reglamento Notarial: “La legitimación de firmas es un testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del Notario, o el juicio de éste sobre su pertenencia a persona determinada. = El Notario no asumirá responsabilidad alguna por el contenido del documento cuyas firmas legitime”. A fin de evitar toda confusión el Reglamento sólo permite la legitimación de firmas en “documentos (que) no sean de los comprendidos en el ar-

título 1.280 del Código civil (el que establece los supuestos generales de forma vinculada) o en cualquier otro precepto que exija la escritura pública como requisito de existencia o de eficacia” (art. 258), excepción en que está incluida la eficacia ejecutiva, reservada a la escritura pública por el artículo 1.429 de la LEC; pero no todas las legislaciones contienen previsión semejante, por lo que el problema puede presentarse.

248 La confusión podría incluso agravarse por la coexistencia en algunos países de esas legitimaciones notariales de firmas de documentos privados y de documentos notariales autorizados “*en brevet*” o “*in brevetto*”; se conocen con estas habituales denominaciones francesa e italiana aquellos instrumentos públicos en los que no existe la normal bipartición de matriz y copia y, por tanto, los originales se entregan a los interesados, y al notario solamente le queda un breve asiento que extiende en un repertorio; estos documentos “*en brevet*” tienen pues, apariencia de documentos privados con firmas legitimadas, pero son verdaderas escrituras públicas uni-instrumentales o no protocolares y por tanto están comprendidas en estos convenios, siempre que reúnan todos los demás requisitos que ellos exigen. Sin embargo, entre los actuales países de la Unión Europea solamente Alemania parece admitir la entrega a las partes del original del documento notarial de contenido negocial, que es el que puede dar lugar a la ejecución; según el artículo 45.1 de la Ley Alemana de Documentación de 1969: “Sólo se entregará el original de una matriz cuando se justifique que debe ser utilizada en el extranjero y cuando todas las partes que puedan exigir una copia manifiesten su conformidad”; no se distingue aquí la clase de documento en razón de su contenido; cabe, pues, la ejecución al amparo de nuestros convenios de un documento notarial alemán de estas características, siempre que no se trate de una mera legitimación de firmas.

Está en cambio muy difundida la autorización no protocolar en materia de poderes (Alemania, Ley de Documenta-

ción de 1969, art. 45.1 que acabamos de citar; Bélgica, art. 20 de la originaria Ley de Ventoso; Francia, art. 13 de la Ley de Ventoso, según redacción del Decreto 71-971, de 26 de noviembre; Holanda, art. 38, 2 y 3 de la Ley Notarial de 1998; Italia, art. 70 de la Ley Notarial de 1913; Luxemburgo, art. 38 de la Ley Notarial de 1976), y en nuestro tema la cuestión podría plantearse, incluso con frecuencia, en los *poderes para pleitos* que se otorguen en el extranjero para solicitar la ejecución en España del documento extranjero, a los que se refiere el artículo 49 del Convenio de Bruselas. El artículo 1.280.5.º de nuestro Código civil, que hay que aplicar como *lex fori*, dispone que tales poderes deben constar en documento público (25), forma que llenan esas autorizaciones “*en brevet*”, pero sin que sea admisible el escrito privado con firma legitimada. La determinación en los casos concretos de cuándo estamos ante una u otra de estas dos formas documentales es a veces fácil, sobre todo cuando el mismo documento nos dice “*Dont acte en brevet*” o por el contrario el notario claramente se limita a certificar la identidad de las firmas; pero en muchos casos, quizá en la generalidad de ellos, puede resultar difícil.

Los documentos notariales españoles no presentan en el extranjero los mismos problemas, porque nuestro Derecho no admite estas excepciones al principio de protocolo.

c) Tampoco están incluidas en estos convenios las *actas notariales*. La cuestión no suele plantearse en la doctrina por creer que las actas, y su consiguiente distinción de las escrituras públicas, son pura creación española, que solamente ha logrado extenderse a algunos Derechos hispano-americanos. En muchos países de la Unión Europea de Notariado Latino se regula, en efecto, un solo género instrumental, el de

(25) Puede verse otra interpretación en CUEVAS CASTAÑO, José Javier: “Utilización de poderes extranjeros en España”, trabajo para mesa redonda del III Congreso Nacional del Notariado Español, Maspalomas 1986; Consejo General del Notariado, 1988, pp. 289-303. Conf. también ARENIELLO, Antonio: “Aspetti notarili della procura estera”, *Relazione al Convegno di Treviso*, 1994, *Riv. Not.*, 1995, pp. 17-30.

contenido negocial, equivalente a nuestras escrituras públicas, por constituir la razón de ser del notariado; pero se recogen algunos supuestos concretos de lo que nosotros llamamos actas notariales (notificaciones y requerimientos, actas de subasta, algún acta de presencia) y lo que falta es una teoría general sobre ellas, con consecuencias tan pintorescas como las discusiones de la doctrina italiana sobre si en un acta de junta general de accionistas el notario tiene que identificar a todos los asistentes y consignar sus circunstancias personales, o si es precisa la intervención de testigos (26). En todo caso se tendría que rechazar la ejecución que se pretendiera en base a un acta, por ejemplo de presencia de declaraciones orales, de manifestaciones escritas, de protocolización de documento privado, e incluso de requerimiento y su contestación porque, como diría el Informe JENARD-MÖLLER, la fuerza ejecutiva (la autenticidad) no abarca el "contenido" del documento y al tratar a las declaraciones de voluntad como meros hechos no cumple con las formalidades legales establecidas para documentarlas. Otra cosa sería si se tratara de una escritura de oferta de contrato y de su aceptación, en la misma o en otra escritura.

d) Parece necesario decir algo sobre la *póliza intervenida* por corredor de comercio colegiado español. No puede plantearse la ejecución en España de póliza intervenida por corredor de comercio colegiado extranjero, porque aunque otra cosa piense RODRÍGUEZ ARTIGAS, dentro de la Unión Europea sólo en España existen corredores de comercio colegiados (27). En la dirección contraria, me parece que debe admitirse la ejecución en el extranjero, en base al artículo 50

(26) Conf. pp. 101-2 de mi trabajo "Cuestiones de técnica notarial en materia de actas", ponencia en la III Jornada Notarial Iberoamericana, Palma de Mallorca, 1987, Consejo General del Notariado, 1987, p. 272; *Revista de Derecho Notarial*, CXXXVI, abril-junio 1987, pp. 13-282; *Escritos Jurídicos*, IV, pp. 9-202.

(27) RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando: "La Fe Pública y la Unión Europea", IX Seminario FPM, 1995, pp. 21-64, *La Ley*, 31.3.1995, pp. 1-8. Conf. acertadamente GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto: "La situación y la organización del Notariado en los países miembros de la Unión Europea", *La Ley*, 9.5.1995, pp. 1-2.

de estos convenios, de la póliza intervenida por corredor de comercio colegiado español, porque aunque solamente sea documento público la intervención, y no la póliza, aquélla dota a ésta, conforme al artículo 95 del Código de Comercio, de la fehaciencia que el legislador español juzga suficiente para la ejecución de las deudas del tráfico mercantil, ejecución a la que la póliza está ordenada (28).

e) Un supuesto especial lo constituye, en Italia, el documento privado con firma autenticada por notario. "Se tiene por reconocida la firma autenticada por notario, o por otro oficial público autorizado para ello", dice el artículo 2.703.2 de su Código civil; y por tanto, de acuerdo con el artículo 2.702 "el documento privado hace plena prueba, hasta la querrela de falsedad, de la proveniencia de las declaraciones de quien lo ha suscrito". La jurisprudencia italiana y parte de su doctrina (29) ha ido aproximando este documento privado notarialmente autenticado al acto público, especialmente en el control de legalidad, artículo 28.1 de la Ley Notarial italiana; pero no llega a tener esa naturaleza ni, en concre-

(28) Conf. mi "Naturaleza documental de la póliza intervenida", conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 27.10.1994, publicada en sus Anales, XXXV, pp. 7-89, en *La Ley*, 14 y 15 marzo 1995, y recogida en *Escritos Jurídicos*, VI, pp. 329-93. Admite también la ejecutabilidad en el extranjero de la póliza intervenida española IRIARTE, *op. cit. supra* en nota 4, pp. 666 y 670.

(29) Conf. FERRUCCI, "hace plena prueba ... de la proveniencia de las declaraciones", "tiene, por tanto, en cuanto al tenor de las declaraciones y a su proveniencia aquella misma eficacia probatoria que es propia del documento público", comprendiendo lo mismo "las partes que los terceros" (pp. 308 y 310); D'ONOFRIO, "el documento privado suscrito hace plena prueba de su autor del mismo modo que el documento público, a través de la intervención del oficial público" (p. 379); PROTETTI y DI ZENZO, "tiene una eficacia sustancialmente equivalente a la del documento público" (p. 249).

Obras citadas: FERRUCCI, Romeo, *Commentario del Codice Civile - Libro Sesto, Della tutela dei diritti - Trascrizione - Prove*, por Ugo NATOLI y Romeo FERRUCCI, Torino, UTET, 1959, pp. XX+421; Título II, Delle Prove, artículos 2697-2739, por Romeo FERRUCCI. D'ONOFRIO, Paolo: *Codice civile ... Commentario ... diretto da Mariano D'Amelio*, Libro de la tutela dei diritti - Firenze 1943, pp. XXIX+1079; Título II, Delle Prove (arts. 2697-2739), pp. 359-428, por Paolo D'ONOFRIO. PROTETTI, Ettore - DI ZENZO, Carmine: *La Legge Notarile - Commento con dottrina e giurisprudenza delle leggi notarili*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 546.

to, tiene fuerza ejecutiva, puesto que según el artículo 474 del Código italiano de Procedimiento civil sólo son títulos ejecutivos “3) *gli atti ricevuti da notaio*”, los documentos públicos, y no los privados con firmas autenticadas notarialmente; no cabría, pues, pretender una ejecución en España del documento italiano así autenticado. Mucho menos sería posible en el caso de “*autentica minore*”, adverbación de firma o “*vera di firma*”, juicio de legitimidad de firma que no ha sido puesta ni reconocida ante el notario, que en Italia surgió como práctica *praeter legem* y ha sido admitida en disposiciones especiales, pero cuyo ámbito y efectos son discutidos.

252 f) Al adherirse al Convenio de Bruselas, en 1978, el Informe SCHLOSSER advertía: “En *Inglaterra e Irlanda* no existe algo similar a los títulos ejecutivos”. Esto bastaría para excluir de estos convenios a sus documentos extrajudiciales, pero hay otra razón mucho más profunda, porque en realidad lo que no existe siquiera es la noción de autenticidad. “En el sistema jurídico anglosajón –dice el Informe MARINHO para la ya citada resolución del Parlamento Europeo de 1994 sobre la situación del Notariado en los Estados de la CE– ... No hay distinción entre documentos públicos y privados ni normas sobre el valor de la prueba, desconociéndose el concepto de fe pública, autenticidad y título ejecutivo” (30).

Esta situación perdura bajo la Ley inglesa vigente sobre la Prueba en los Procedimientos Civiles, *Civil Evidence Act*, de 8.11.1995, que solamente dice que ciertos documentos “se pueden” admitir como prueba en los procedimientos civiles, *may be received in evidence*, –9.–(1)– no que “deban” o “tengan” que admitirse como prueba; y entre esos documentos están los procedentes de una *public authority*, expresión en que se incluye toda persona que tenga un oficio bajo su Majestad, *any person holding office under Her Ma-*

(30) Puede verse el Informe MARINHO en *loc. cit.* supra, nota 5, núm. 8.

jesty -9-(4).4-, esto es, los funcionarios, no los profesionales, sin que tampoco se cite a los notarios.

Especial preocupación han producido siempre los documentos procedentes de los *Scriveners Notaries de Londres* que, como notarios generales, pueden ejercer su profesión en cualquier parte de Inglaterra y Gales, pero que de hecho la ejercen en su circunscripción exclusiva, la *city* de Londres y regiones adyacentes; y más preocupaciones nos originan ahora, cuando su asociación, "*The Society of Publics Notaries of London*", ha sido admitida como miembro de la Unión Internacional del Notariado Latino en el XXII Congreso, Buenos Aires, 1998; quizá han primado las consideraciones políticas sobre las jurídicas, pues a mi manera de ver estos *Scriveners Notaries* no son notarios latinos, y no porque no sean "latinos" -profesionales del Derecho-, sino porque no son notarios.

Los *Scriveners Notaries*, quintaesencia del pragmatismo inglés, son unos pretendidos notarios para el extranjero, que redactan los documentos de conformidad a las reglas de forma y de fondo del país extranjero en que vayan a ser utilizados, e incluso en la misma lengua de ese país; pero no pueden tener fe pública en el extranjero, al igual que no la tienen en Inglaterra y Gales, sencillamente porque la fe pública es desconocida por el Derecho inglés. Su profesionalidad está fuera de toda duda, y sus documentos serán todo lo perfectos que se quiera; pero también muchos de nuestros profesores y de nuestros abogados son grandes documentadores, y redactan magníficos documentos ... privados.

El Informe MARINHO para la resolución del Parlamento Europeo de 1994 decía al respecto: "18. Otro sistema, el de los «scriveners notaries» de la *city* de Londres, cuya actuación exclusiva se limita a un radio de 10 millas en torno al Royal Exchange, se desarrolla, ante las continuas dificultades debidas a la ausencia de un verdadero sistema notarial inglés, en las relaciones entre Inglaterra y los países de notariado latino. Se trata de un notariado específico, especializado

en las relaciones internacionales, inspirado en el notariado latino, que redacta documentos destinados a producir efectos en el exterior de conformidad con las normas procesales y de fondo del derecho extranjero”.

La Asociación de los Notarios de Londres, por su parte, respondió a este Informe MARINHO con unas observaciones (14.3.1994) en las que con referencia al artículo 50 del Convenio de Bruselas decía: “El efecto de esta disposición es permitir la ejecución directa de numerosas categorías de actos notariales extranjeros en el Reino Unido. Por el contrario, los documentos de los notarios ingleses, cuya autenticidad no es reconocida por el derecho consuetudinario (el *common law*) no son ejecutorios ni en el Reino Unido, ni en cualquier otra parte” (6.9). Pero este resultado, en el que se da la vuelta a la situación pretendida, no parece que pueda ser evitado por otro medio que el que en su final propugnan estas observaciones: “una intervención legislativa (inglesa) que permita la recibibilidad –salvo garantías adecuadas contra la falsificación– de los actos y documentos notariales en todos los tribunales ordinarios en Inglaterra y el País de Gales de la cualidad probatoria de las declaraciones que en ellos son establecidas por el Notario, a fin de armonizar la Ley inglesa con los procedimientos comunes a una gran parte del mundo civilizado, y muy particularmente con las leyes concernientes a las pruebas de las otras jurisdicciones de la Unión Europea” (6.11). Ello no me parece difícil de conseguir del Parlamento inglés si se piensa en la importancia que los *Scriveners Notaries* tienen en la preeminencia de la city de Londres como centro financiero y comercial internacional.

Los problemas que derivan de la situación enunciada no se pueden tampoco minimizar por el hecho de que actualmente sólo existan en la city de Londres 23 *Scriveners*, agrupados en seis firmas o despachos; porque se trata de la cabeza de puente de otros 1.200 notarios generales, que tienen exactamente las mismas competencias, aunque no las

ejerzan, y el mismo nombramiento por el Maestro de Facultades (*Master of the Faculties*) de la Corte de Facultades (*Court of Faculties*) del Arzobispado de Canterbury; éste obra en nombre del Rey, según lo dispuso en 1533 Enrique VIII en la Ley de Autorizaciones Eclesiásticas (*Ecclesiastical Licences Act*), consecuencia de la Reforma, pues anteriormente el Arzobispo actuaba por delegación del Papa; de aquí el nombre originario de esta Ley, "*Act concerning Peter's Pence and Dispensations*".

El mismo nombramiento y facultades tienen los notarios de otros territorios que en 1978 fueron expresamente excluidos del Convenio de Bruselas. El Informe SCHLOSSER, al respecto dice: "252. El término *Reino Unido* no incluye las islas anglonormandas, la isla de Man, Gibraltar ni las zonas de soberanía en Chipre. No existe obligación para el Reino Unido de ampliar el ámbito de aplicación del Convenio a dichos territorios cuyos intereses, a fin de cuentas, representa en el ámbito internacional. No obstante, podría resultar útil efectuar dicha ampliación, para lo cual debe otorgarse una autorización al Reino Unido. En este caso le correspondería proceder a las «adaptaciones» indispensables ...", ninguna de las cuales se refiere al artículo 50 (31). No faltan, como se ve, razones para sostener un criterio riguroso (32).

255

(31) El número 254 del mismo Informe SCHLOSSER dice: "El grupo de expertos convino por unanimidad en que los territorios que acceden a la independencia dejan por esa misma razón de ser miembros de la Comunidad y, al retirarse, ya no pueden ser partes en el Convenio. Formular expresamente ese principio en una disposición concreta pareció superfluo y, además, habría rebasado las atribuciones del grupo".

(32) Puede verse, por ejemplo, CAMPO VILLEGAS, Elías: "Dictamen: en torno a la aptitud de una escritura notarial inglesa para fundar en España una tercera de mejor derecho al amparo del artículo 1.924.3.º.A) del Código Civil", *La Notaría*, noviembre-diciembre 1996, pp. 109-43. Esa escritura era gibraltareña, al igual que las demás relacionadas con ella.

VI. Documento ejecutivo. Exclusiones por falta de ejecutividad

Además de tratarse de un documento público o auténtico, el artículo 50.1 de ambos convenios exige que ese documento público sea “*ejecutivo*” o tenga “*fuerza ejecutiva*” en el Estado de origen, y así lo confirman muchos de los informes: “el documento deberá ser ejecutorio en el Estado en que ha sido formalizado” (Informe Jenard, 1968); “se trata de documentos públicos ... ejecutorios en un Estado contratante ... (que) son declarados ejecutorios en otro Estado contratante” (Informe Evrigenis-Karameus, 1982); “el documento deberá ser ejecutivo en sí mismo en el Estado en el cual haya sido establecido” (Informe Jenard-Möller, 1988).

256

Los conceptos de documento público y de documento ejecutivo son distintos y por tanto no siempre coinciden en un mismo documento (33); hay documentos públicos que, en razón de su contenido, no son susceptibles de ejecución, y hay también documentos privados que por consideraciones o con formalidades especiales se declaran ejecutivos por ley positiva.

En principio el documento público notarial será ejecutivo cuando su *contenido* consista en un contrato o, en general, en un negocio jurídico que origine una obligación, y a ese contenido se adecuen sus *requisitos formales*, dando lugar a un documento público, la *escritura pública*, que es el género instrumental específico en el que deben constar “las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases”, según el artículo 144.2 del Reglamento Notarial. Aquel título en sentido material, el contrato, debe constar en este título en sentido formal, la escritura pública, y así surge el título ejecutivo o que lleva aparejada ejecución, conforme al artículo 1.429.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. “Sólo los

(33) Parece a veces identificar ambos conceptos, por ejemplo, José L. IRIARTE ÁNGEL, en el comentario citado *supra*, nota 4.

instrumentos públicos (los documentos notariales, por ejemplo) —comentan certeramente GOTHOT y HOLLEAUX— que constatan un acto jurídico (*negotium*) y dotados de la fuerza ejecutiva interesan al artículo 50 de la Convención de Bruselas, pues este texto *conciérne exclusivamente a la extensión de la fuerza ejecutoria de tal instrumento de un Estado contratante a otro*” (34). Incluso podríamos decir que a este respecto es más significativa la expresión francesa e italiana, por los dos sentidos que tienen sus términos de “*acte*” y “*atto*”. “En nuestro lenguaje jurídico —nos dice por ejemplo BEUDANT— la palabra «*acte*» puede tener una doble significación. Primeramente puede significar la convención misma (venta, permuta, etc.); y los romanos ... utilizaban entonces más especialmente el término de «*negotium*». Pero la palabra «*acte*» puede entenderse igualmente como el instrumento de prueba que las partes se han procurado para constatar su acuerdo; así entendido, el acto designa no ya la convención, sino el escrito que conserva su rastro, es decir, «*el instrumentum*»” (35); en tal manera quedan simultáneamente comprendidos el título material y el formal.

257

Aquellos documentos que no sean públicos o auténticos, no están incluidos en el artículo 50, ni aun en el supuesto de que sean ejecutivos según la legislación del Estado en que se han formado; estos documentos, que llevan aparejada ejecución en el Estado de origen, pero que no son documentos públicos o auténticos, no podrán pretender, por tanto, la ejecución en otro Estado al amparo del Convenio de Bruselas o del Convenio de Lugano.

La fuerza ejecutoria, según los repetidos informes que hemos citado, tiene que apreciarse según la ley del Estado en que los respectivos documentos se han formado. “Lo cual

(34) GOTHOT, Pierre y HOLLEAUX, Dominique: *La Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968*, París, Júpiter, 1985, p. 271; las palabras citadas en núm. 404, p. 209.

(35) BEUDANT, Ch.: *Cours de Droit civil français*, 2.^a ed., publicada por Robert BEUDANT y Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, tomo IX, con la colaboración de Gastón LAGARDE y Roger PERROT, París, 1953, núm. 1180, p. 252.

es lógico –comenta IRIARTE– porque no podemos ejecutar en el foro un instrumento que carece de fuerza ejecutiva en el sistema del cual procede” (36). Recordemos que ni los documentos privados con firma autenticada por los notarios italianos, ni los extendidos por los *Scriveners Notaries* ingleses, además de no ser auténticos, no tienen fuerza ejecutiva en sus respectivos países, por lo que no puede serles reconocida en España. No se exige, por el contrario, que el documento sea ejecutorio en el país de la ejecución, sino que –continúa IRIARTE– “en base al mismo (artículo 50) pueden ser ejecutados en el foro documentos públicos extranjeros que en nuestro país carecen de ejecutividad pero la tienen en el sistema del cual proceden” (37).

“Puesto que el artículo 1 regula la totalidad del Convenio –decía con toda razón el Informe JENARD, 1968–, el artículo 50 sólo se aplica a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados en las materias que entran en el ámbito de aplicación del Convenio”, esto es, “en materia civil y mercantil”, en el sentido del Convenio, con exclusión de “las materias fiscal, aduanera y administrativa”, y de las que a continuación se relacionan: “1. El estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones; 2. La quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos; 3. La Seguridad Social; 4. El arbitraje”.

Las diversas legislaciones positivas suelen además restringir la ejecutividad, de manera no coincidente, a aquellas obligaciones que estiman pueden originar menores dificultades. En *Alemania*, por ejemplo, se admite el carácter ejecutivo para toda acción “que persiga el pago de una suma de dinero o la entrega de cantidad determinada de cosas fungibles o valores” (parágrafo 592 ZPO); en *Bélgica*, para las obligaciones de suma de dinero o entrega de géneros sus-

(36) IRIARTE, *op. cit.* en nota 4, p. 667.

(37) IRIARTE, *loc. cit.* en la nota anterior.

ceptibles de valoración; en *España* sólo puede despacharse ejecución por “cantidad líquida” “en dinero efectivo”, “en moneda extranjera convertible” o “en cosa o especie computable en dinero” (art. 1.435 LEC); en *Holanda* sólo pueden expedirse con fórmula ejecutiva los actos de partición de comunidades, de ventas, ofertas o arrendamientos públicos, y los testamentos (art. 50.2 de la *Ley Notarial*); en *Italia* sólo puede tener lugar la expropiación forzosa, respecto de los títulos extrajudiciales, por “obligaciones de sumas de dinero” (art. 474.2.3) CPV). Esta disparidad legislativa origina otras exclusiones en la aplicación del artículo 50 cuando la ejecución no está reconocida en el Estado de origen, aunque lo estuviera en el del foro (38).

VII. La fórmula ejecutoria

259

También era lógica la expresión que utilizaba en su artículo 50 el originario Convenio de Bruselas; aquel artículo 50 no decía que los actos auténticos recibidos y ejecutorios en un Estado contratante tendrían, previo requerimiento, eficacia ejecutiva en otro Estado contratante, sino que “serán revestidos, previo requerimiento, de la fórmula ejecutoria” en ese otro Estado, y precisamente de esta “fórmula ejecutoria” resultaba que el documento obtenía eficacia ejecutiva.

(38) Miguel Ángel FERNÁNDEZ LÓPEZ enumera algunos supuestos a manera de ejemplo: “en Francia no podrá ejecutarse una escritura pública española en la que se asuma una obligación de hacer o de no hacer, pues esa escritura no tiene fuerza ejecutiva en España. Una escritura pública alemana en la que se asume la obligación de entregar 20.000 kilos de naranjas, sería título ejecutivo en España, porque el artículo 794.5 ZPO permite que la obligación instrumentada en el documento público lo sea a una obligación de dinero o cosa fungible. La misma escritura pública otorgada en Italia no tendría fuerza ejecutiva en España, pues allí sólo es título ejecutivo la escritura que documenta la obligación de entregar una cantidad de dinero”. Conf. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel y otros: *Derecho Procesal Práctico*, Areces, 1993; citado por Santiago MARTÍNEZ LAGE en la ponencia desarrollada por Roberto BLANQUER UBEROS, pp. 327-97 de *Estudios de Derecho Documental*, Consejo General del Poder Judicial y Consejo General del Notariado, 1997; las palabras citadas en p. 392.

El tráfico mercantil, en efecto, a poco desarrollado que esté, tiene que basarse en el crédito, y precisa, en consecuencia, seguridad y celeridad en la ejecución de las correlativas deudas que resulten impagadas. El juicio declarativo se ha manifestado siempre inadecuado para la consecución de estas finalidades; y por ello, en todos los tiempos y lugares se han ideado, o ensayado, procedimientos para abrir la posibilidad de una ejecución sin previa sentencia declarativa, o con una cognición muy limitada. Entre tales variados sistemas, en Francia se había acudido al sello, el “*petit Sceau*” “pequeño sello” o Sello de la Justicia –el “*Grand Sceau*” era el de la Cancillería Real–, con el que a partir de 1319 se sellaban las sentencias y los contratos notariales; en este uso del sello público se encuentra posiblemente el origen de aquella concepción de que el notario es “delegado” de una parcela del poder público, o de la soberanía del Estado; se trataba en concreto de una delegación en el notario del sello público, el mismo de los jueces; y a este sello venían ligados en su caso los efectos ejecutivos, que para los Notarios Señoriales estaban limitados al territorio del Señor que les había nombrado y confiado el sello, y que se extendían a toda Francia para los Notarios Reales, aunque sólo el sello del Châtelet de París era atributivo de jurisdicción. Pero el pequeño sello de los Notarios Reales llevaba la figura o las armas del Rey –“*Cachet public, gravé de la figure ou des Armes du Roi*”, le definía FERRIÈRE–, y por ello fue suprimido por la Revolución francesa, quedando sólo el “Estilo de los documentos”, que según la definición del mismo FERRIÈRE “es lo que se pone al comienzo y al fin de la expedición de un documento que se quiere poner en forma ejecutiva” (39); esto es, quedó solamente la “fórmula ejecutoria”, sin sello.

(39) FERRIÈRE, Claude de: *La science parfaite des Notaires, ou le moyen de faire un parfait Notaire*; contenant les Ordonnances, Arrêts & Reglements rendus touchant la fonction des Notaires Royaux & Apostoliques. Avec les Stiles, Protocoles, Formules & Instructions pour dresser toutes sortes d'Actes, suivant l'usage des Provinces de

Este es el sistema que establece en *Francia* el Código de Procedimiento Civil de 1806 y que se mantiene en el moderno Código francés de Procedimiento Civil de 1975, cuyo artículo 502 dispone que “ninguna sentencia, *ningún acto*, puede ponerse en ejecución más que mediante la presentación de una copia revestida de la fórmula ejecutoria, a menos que la ley no disponga sobre ello otra cosa” (40); y por influencia napoleónica el sistema se difundió por Europa, y en concreto en los Estados fundadores de la Comunidad Económica Europea:

—En *Bélgica* por aplicación de los mismos Códigos napoleónicos (41).

—En *Italia*, el artículo 475.1. del Código de Procedimiento Civil dice: “*Expedición en forma ejecutiva*. Las sentencias y las otras provisiones de la autoridad judicial y *los actos recibidos por notario* o por otro oficial público, para valer como título para la ejecución forzosa, deben estar provistos de la fórmula ejecutiva, salvo que la ley disponga de otro modo” (42). La acogida de la fórmula ejecutoria en Italia es digna de resaltar, puesto que allí había surgido el sistema del mandato guarentigio, desarrollado a finales del siglo XII en la Toscana; éste contaba con precedentes romanos, ya que se exigía siempre la confesión del deudor y el confeso se

261

Droit écrit, & de celles du Pays Coûtumier, tant en matière Civile que Beneficiaire, Nouvelle Edition (6.^a) ... Sur l'Imprimé à Lyon - A Cologne, Chez Pierre Marteau... M.DCC.XXIV, pp. 807 y 775. Conf. ANDRINO HERNÁNDEZ, Manuel: “Antecedentes históricos del sello en el Notariado español”, *Boletín del Instituto de Estudios Giennenses*, octubre/diciembre 1996, pp. 1245-1271.

(40) *Francia*, Código de Procedimiento Civil de 1975, artículo 502: “Nul jugement, nul acte, ne peut être mis à exécution que sur présentation d'une expédition revêtue de la formule exécutoire, à moins que la loi n'en dispose autrement”.

(41) *Bélgica*. Conf. VALKENEER, R. de: *Précis du Notariat*, Bruylant, Bruxelles, 1988, pp. 173-4.

(42) *Italia*. Código de Procedimiento Civil, artículo 475.1. *Spedizione in forma esecutiva*. “Le sentenze e gli altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria e gli atti ricevuti da notaio e da altro pubblico ufficiale, per valere come titolo per l'esecuzione forzata, debbeno essere muniti della formula esecutiva, salvo que la legge disponga altrimenti”.

tenía por juzgado (43); pero su esencia consistía en un “*praeceptum*”, en un mandato de ejecución, que empezó siendo competencia del juez y acabó dictándose por el notario autorizante del documento (44).

— En *Alemania*, el parágrafo 795 de la Ordenanza Procesal Civil, dispone que para la ejecución a base de los títulos de deuda enumerados en el parágrafo anterior (entre los que se encuentran los “autorizados por ... Notarios nacionales”) se aplicará lo dispuesto, para la ejecución de las sentencias en los párrafos 724-793; el primero de ellos, parágrafo 724-1, dispone que “la ejecución se llevará a base de copia ejecutoria ... provista de la cláusula ejecutiva” (45).

— Y también se utiliza la fórmula ejecutoria en *Luxemburgo* y en *Holanda*, según sus respectivas leyes notariales, de 1976 y de 1998 respectivamente, que antes hemos citado (46).

El sistema de la “fórmula ejecutoria” favorecía además la inclusión en el Convenio de Bruselas de la ejecución de los documentos notariales con fuerza ejecutiva, en cuanto que el texto de la fórmula ejecutoria que debían tener era el mismo que el que se usaba para las sentencias y demás decisiones judiciales ejecutivas (47); y facilitaba su regulación, que en todo o en parte podía limitarse a una remisión a las disposiciones dictadas para la ejecución de las sentencias, que es lo que efectivamente hizo el artículo 50 del Convenio de Bruselas en el último de sus párrafos.

(43) *Confessus pro iudicato est, quodammodo sua sententia damnatur*, D, 42.2.1, Paulo, l. 56 Ad Edictum.

(44) Conf. BIZZARRI, Dina: *Il documento notarile guarentigiato (Genesi storica e natura giuridica)*, Torino, Università, 1982, p. 54+1.

(45) *Alemania*. Conf. Ordenanza Procesal Civil, traducción de Prieto Castro citada *supra*, nota 18.

(46) Leyes Notariales de *Luxemburgo* y de *Holanda* citadas *supra*, nota 18.

(47) Así lo dispone expresamente el artículo 25 de la Ley de Ventoso vigente en *Bélgica*: “Les grosses seules seront délivrées en forme exécutoire; elles seront intitulées et terminées dans les mêmes termes que les jugements des tribunaux”. En *Francia* el artículo 18 de la actualizada Ley de Ventoso (texto del Decreto núm. 71/971, de 26.11.1971) reitera esa redacción, con la sola omisión de las palabras “intitulées et”. Puede comprobarse *infra*, nota 50, la identidad de las fórmulas ejecutorias de los documentos judiciales y los notariales en diversos países.

El texto del artículo 50, con su exigencia de la fórmula ejecutoria, no fue modificado, según dijimos, con las adhesiones de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido e Irlanda del Norte de 1978, ni con la de Grecia en 1982, a pesar, en cuanto a la primera de ellas, de que Inglaterra e Irlanda desconocían la fórmula ejecutoria y hasta el título ejecutivo extrajudicial; los Informes de SCHLOSSER y de EVRIGENIS-KERAMEUS quedaron trascritos en la parte correspondiente.

En el Convenio de Lugano de 1988 también algunas de las partes signatarias desconocían la “fórmula ejecutoria”, pero el problema ahora no se elude, sino que se afronta. La solución del Convenio de Lugano consistió en cambiar el tenor del requisito; decir “serán declarados ejecutorios”, en lugar de referirse en concreto a la “fórmula ejecutoria”; y tras el Convenio de Lugano marchó el Convenio de Bruselas al modificarse en 1989 como consecuencia de la adhesión de España y Portugal, “con miras —explicaba el Informe ALMEIDA CRUZ-DESANTES REAL-JENARD— a acomodar ambos Convenios, tanto más cuanto que ambas expresiones pueden considerarse como prácticamente equivalentes”.

En España las escrituras públicas llevan aparejada ejecución desde hace siglos, pero la “fórmula ejecutoria” es desconocida; en Cataluña se utilizó la cláusula de tercio, dado el carácter ejecutivo de las deudas fiscales (48), y en Castilla aunque también se habló, como en Italia, de documento guarentigio, el fundamento de la ejecución sin previa sentencia en juicio declarativo se buscaba por la práctica en la voluntad del deudor manifestada en un apoderamiento al juez que hubiese de conocer de la ejecución, cláusula de “poderío a las Justicias”, que no acababa de desaparecer en las

(48) La cláusula de tercio consistía en una cláusula penal a favor del fisco de la tercera parte de la cantidad debida; conf. Luis FIGA FAURA: “Los formularios notariales y la formación del notario en Cataluña”, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de febrero de 1978, publicada en sus *Anales*, XXII-1, pp. 319-33; ver p. 329.

escrituras aunque muchos autores la consideraran superflua; porque en el verdadero sentido del Derecho castellano según las leyes enriqueña de 1396 y toledana de 1480, y aun antes, en 1360, según demostró nuestro compañero FAIRÉN GUILLÉN (49) el efecto ejecutivo es una eficacia más derivada de la escritura pública, sin necesitarse cláusulas, ni poderes, ni confesiones ni mandatos.

Ante esta situación, de haber persistido en su anterior redacción el artículo 50, los documentos notariales españoles no hubieran podido acogerse en otro país a dicho precepto, puesto que no llevan ni pueden llevar la fórmula ejecutoria; y si se tratara de un documento notarial extranjero, provisto de fórmula ejecutoria, que pretendiera la ejecución en España conforme a dicho artículo 50 en su primitiva redacción, tampoco lo hubiera conseguido, porque en España no hay juez ni autoridad que pueda imponer a un documento una fórmula ejecutoria que nuestro ordenamiento no conoce. Baste recordar el texto que en la generalidad de los países adopta esta fórmula ejecutoria (50). En Francia la fórmula se en-

(49) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: "Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España. *El Ordenamiento procesal sevillano de 1360*", discurso de recepción como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid, 1950, p. 38.

(50) *Textos de Fórmulas Ejecutorias*.

— *Francia*: "Les expéditions des arrêts, jugements, mandats de justice, ainsi que les grosses et expéditions des contrats et de tous les actes susceptibles d'exécution forcée, seront intitulées ainsi qu'il suit -REPUBLIQUE FRANÇAIS - au nom du peuple français" - et terminées par la formule suivant: "En conséquence, la République français mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procurers de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis. - En foi de quoi le présent arrêt (ou jugement, etc.) a été signé par ...". (Decreto 47/1047, de 12 de junio de 1947, art. 1.º; conf. Dalloz, Code de Procédure Civile, 1987, p. 120).

— *Bélgica*, fórmula que hay que actualizar en cuanto a la persona del soberano: "Nous, Baudouin, Roi des Belges.

A tous présents et à venir, faisons savoir: ...

Mandons et ordonnons à tous huissiers de Justice à ce requis de mettre le présent acte à exécution;

cabeza “República Francesa - en nombre del pueblo francés” y en consecuencia “la República francesa manda y ordena”. En Bélgica, personalizando, empieza “Balduino, Rey de los Belgas (nombre que estará sustituido por el del Monarca reinante) ... mandamos y ordenamos”. En Italia, más abstractamente, comienza “República Italiana - En nombre de la ley ... mandamos...”. Y en Holanda, en versión más lacónica de 1998, la fórmula se encabeza “En el nombre del Rey”. ¿Quién en España se podía permitir intitolaciones semejantes?

La cuestión, sin embargo, no era originariamente formal, como pretendía el Informe, sino de fondo. Basta leer las fórmulas de Francia, Bélgica o Italia, que son las más expresivas, con sus mandatos directos a los ujieres o agentes de la justicia de que pongan en ejecución los actos notariales, al igual que las sentencias judiciales, el cuidado enco-

265

A nos Procureurs généraux et à nos Procureurs du Roi près les Tribunaux de Première Instance, d'y tenir la main et a tous commandants et officiers de la force publique d'y prêter main forte lorsqu'ils en seront légalement requis.

En foi de quoi le présent acte a été signé et scellé du sceau du notaire”.

(Cette formule est suivie de la mention: “Pour première grosse”). (Conf. VALKE-NEER, *loc. cit. supra*, nota 41).

— *Italia*. “Al testo dell’Atto occorre far precedere la intitolazione: ‘Repubblica Italiana. - In nome della Legge’ - Indi, in calce all’Atto: - Copia conforme all’originale, in più fogli muniti delle prescritte firme, nei miei rogiti. - Comandiamo a tutti gli ufficiali giudiziari che siano richiesti ed a chiunque spetti, di mettere a esecuzione il presente titolo, ad pubblico ministero di darvi assistenza, e a tutti gli ufficiali della forza pubblica di concorrervi, quando ne siano legalmente richiesti. - ‘Prima copia in forma esecutiva che relascio al sig. ... - Roma, ...’ (notaio)”. (Conf. Arturo LOVATO y Agostino AVANZINI: “Formulario degli Atti Notarili”, 10.^a ed. 1990, Utet, p. 33; conf. art. 475 CPC modificado en cuanto a la intitolación por el art. 6 del decreto legislativo de 19.6.1946).

— *Alemania*. “La cláusula ejecutiva se redactará en estos términos: «la presente ejecutoria se expide a ... etc. (nombre de la parte) para los efectos de la ejecución» y se extenderá al pie de la ejecutoria, con la firma del secretario y el sello del Tribunal” (ZPO, parágrafo 725, referente a los documentos judiciales, que con las debidas adaptaciones hay que aplicar a los notariales según la remisión del parágrafo 795).

— *Holanda*. Artículo 50.1 de la Ley Notarial de 1998: 1. El notario puede entregar una “grosse” (copia ejecutoria) a cada parte en un acto. Las expresiones siguientes deben constituir su encabezamiento: “En el nombre del Rey” y su conclusión: “entregada por primera grosse”.

mendado a los fiscales y su ayuda a los tribunales. “Las severas garantías que están destinadas a asegurar su respeto —había escrito, sin embargo, FRÉJAVILLE en 1950— no han sido modificadas. Pero estas garantías que durante más de un siglo no han tenido necesidad de ser aplicadas en razón del respeto espontáneo a la fórmula ejecutoria, han parecido arcaicas por el hecho mismo de su extremo rigor y en cierta manera abrogadas por desuso cuando se han manifestado los fallos de los funcionarios y autoridades responsables”, por lo que “ha sido preciso que los Tribunales organizaran por sí mismos la defensa de sus decisiones por medios apropiados al fin de su institución” (51). Lo que, claro es, no podían hacer los notarios. No deja de resultar curioso que cuando en 1968 el Convenio de Bruselas se atiene a la fórmula ejecutoria, ésta había quedado reducida, en efecto, a mera “fórmula”.

266

La caída de la fórmula ejecutoria arrastraba necesariamente esa artificiosa identificación entre sentencia y escritura pública; una y otra deberán buscar su propio camino. La escritura pública no es “acto de autoridad”; tampoco “acto administrativo”; es un “acto de autonomía privada”, pues son los particulares los que hacen en la escritura pública sus declaraciones de voluntad, los que conciertan su negocio; sucede, sencillamente, que tales declaraciones las hacen en un documento público, del que es autor el notario, y por tanto éste, al autorizar el documento, presta a las declaraciones de los particulares una colaboración puramente formal, aparte de su colaboración jurídica en la formación y redacción del negocio documentado.

Por ello, por tratarse de un acto de autonomía privada, y a diferencia de lo que ocurre con la sentencia, la escritura pública no necesita “reconocimiento” alguno para lograr

(51) FRÉJAVILLE, Marcel: “Le déclin de la formule exécutoire et les réactions des Tribunaux”, en *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle - Etudes offertes a Georges Ripert*, 1950, I, pp. 214-25; las palabras citadas, en pp. 214 y 215.

su “ejecución” en un país extranjero. “Esta distinción es importante —escribieron GOTHOT y HOLLEAUX—, puesto que el régimen de *ejecución* de los instrumentos públicos difiere, en cuanto a su función y a sus condiciones, del régimen de *reconocimiento y ejecución* de las decisiones (judiciales). No hay cuestión de reconocimiento en los artículos 50 y 51, pues éste sería el de la validez y efectos del *negotium* privado, los cuales se sitúan en el terreno de las reglas de conflicto y de las leyes materiales que ellas designan” (52). Por eso la sección 2 del título III, la del “Reconocimiento”, artículos 26 al 30, ha sido siempre excluida de las remisiones del artículo 50. Y también por eso los artículos 951 a 958 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil se limitan a regular la ejecución en España de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros; porque los documentos públicos extrajudiciales extranjeros con fuerza ejecutiva tienen abierto el juicio ejecutivo de los artículos 1.429 y siguientes de la misma Ley, correspondan o no a Estados signatarios de los Convenios de Bruselas y de Lugano.

VIII. La declaración de ejecutividad

La nueva expresión empleada por nuestros convenios, conforme a la cual los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados en un Estado contratante “*serán declarados ejecutorios*” en el otro Estado contratante, y que se mantiene en la propuesta de la Comisión de 1997, no supera las objeciones de fondo que habíamos puesto a la imposición en el Estado de la ejecución de la antigua “fórmula ejecutiva” y expresaría otra vez ese “reconocimiento” del que lógica y terminantemente se ha prescindido. Los acreedores no tienen que pedir que sean “declarados ejecutorios” sus títulos extrajudiciales, ni el juez del foro podría declararlo así, ni

(52) GOTHOT y HOLLEAUX, *op. cit.* en nota 34, núm. 407, p. 210.

existe un procedimiento específico para ello –el *exequatur*–, sino que sencillamente y como dicen los convenios, tales documentos “se ejecutarán” (art. 31) en el otro Estado, cuando el interesado “instare la ejecución” (art. 46), presentando la pertinente “solicitud” en el Juzgado de Primera Instancia del domicilio (de la residencia habitual, propone la Comisión) del ejecutado (art. 32), “con arreglo a la ley del Estado en el que se solicitare la ejecución” (art. 33.1); interponiendo, pues, la demanda ejecutiva (art. 1.439 LEC), sobre la que el juez resolverá “en breve plazo sin que la parte contra la cual se solicitare la ejecución pueda, en esta fase del procedimiento, formular observaciones” (art. 34.1); lo que supone que sí deberá ser emplazada, para que tenga conocimiento del desarrollo de la ejecución y pueda hacer sus alegaciones en el momento procesal oportuno, que como veremos es el del recurso contra el otorgamiento de la ejecución (art. 36). Sería absurdo que se exigieran dos escritos; primero una solicitud y luego una demanda, complicando una ejecución que se intentaba simplificar (53).

Un procedimiento de *exequatur* es aún menos justificable en el proyecto de la Comisión de 1997, cuyo artículo 50.1 dice terminantemente: “La solicitud no podrá desestimarse”. Por ello, ha entendido la Conferencia de los Notariados de la Unión Europea que el artículo 26.1 del Convenio debería extenderse a los actos auténticos, recibiendo la siguiente re-

(53) “En Derecho material español –dice en este sentido MARÍN LÓPEZ– la doctrina se ha planteado si es necesario, a falta de régimen convencional, someter el documento al trámite del *exequatur* de la LEC. Éste no se exige para los actos auténticos, si no es en virtud de una decisión judicial. El *exequatur* existe sólo para ésta. Para los actos nacionales existe el juicio ejecutivo y para los actos extranjeros la reglamentación de los artículos 600 y 601 de la LEC. En este caso, en que hay un elemento extranjero, es necesario el control establecido en estos artículos, así como la prueba de la fuerza ejecutiva del Estado de origen. Se prescinde del *exequatur*, pero se incide en un cauce procedimental más largo, con más expectativas procesales y con dos instancias”. Conf. MARÍN LÓPEZ, Antonio: “Documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales en los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988”, pp. 449-60 de la obra colectiva editada por Alegría BORRÁS citada en la nota 1; las palabras citadas en el texto, en p. 459.

dación: “Las resoluciones dictadas en un Estado contratante y los actos auténticos autorizados en el mismo Estado, serán reconocidos en los otros Estados contratantes sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno”; la idea es buena, pero la utilización del artículo 26.1 para expresarla parece desafortunada, en cuanto que las resoluciones (judiciales) necesitan reconocimiento y los documentos públicos ejecutorios no.

IX. El procedimiento de ejecución

El *procedimiento ejecutivo* que a continuación dibujan ambos convenios tiene una regulación demasiado escueta; tendría que ser completado con leyes internas, según la técnica de las directivas. En resumen, si se otorgare la ejecución, el deudor podrá interponer recurso ante la Audiencia Provincial, y la resolución que ésta dicte sólo podrá ser objeto de recurso de casación (arts. 36 y 37); y si la ejecución se desestimare, corresponden al acreedor estos mismos recursos, teniendo por tanto que ser citado de comparecencia en el primero de ellos (arts. 40 y 41).

El juez del foro tiene, pues, que resolver lo que estime procedente sobre la demanda ejecutiva presentada, en breve plazo e *“inaudita parte”*; recordemos que en esta fase inicial no se le permiten al deudor “formular observaciones” (art. 34.1). Tiene por tanto especial interés el examen de los *documentos que deben acompañarse a la demanda*, porque de ellos tiene que deducirse la procedencia o improcedencia de la ejecución solicitada.

Las “disposiciones comunes” que regulan esta presentación (sección 3, arts. 46 a 49) contemplan el supuesto más general de la resolución judicial, pero “serán aplicables, en la medida en que fuere necesario”, como dice el artículo 50.3, a la ejecución de los documentos públicos extrajudiciales. Los documentos notariales, de los que especialmente nos ocupa-

mos, están regidos por el principio de bi-instrumentalidad, por lo que para cada acto notariado tendremos dos instrumentos públicos, la matriz y la copia; la matriz permanece en el protocolo o archivo del notario; sólo puede presentarse con la demanda la copia, y en ella hay que comprobar su naturaleza y formalidades y las de la matriz que transcribe; en cuanto a su autenticidad y en cuanto a su fuerza ejecutiva, que son las dos exigencias del artículo 50.1 para la ejecución.

270

a) *Autenticidad*. Ineludiblemente (art. 48) el acreedor deberá acompañar a su demanda “una copia auténtica de dicha resolución” (art. 46.1), de la resolución cuya ejecución se pide; en nuestro caso una copia autorizada de la correspondiente escritura pública. El juez del foro decidirá por el examen de esta *copia*, si “reúne las condiciones de autenticidad en el Estado de origen” (art. 50.2), por no tratarse de una copia simple o una fotocopia, sino de una copia autorizada. Y a través de esta copia tiene que determinar si la *escritura matriz* que reproduce es documento público o auténtico, por estar autorizada por un funcionario u oficial público, competente, y con el cumplimiento de las solemnidades legales; todo ello según la legislación extranjera de procedencia, y sin que la nueva redacción del artículo 50.1.2 propuesta por la Comisión suponga una alteración de la norma vigente, sino solamente su explicitación. El juez al que se pida la ejecución tendrá, pues, que examinar la competencia del notario autorizante extranjero y el cumplimiento en el documento de las formalidades establecidas por el Derecho extranjero; pero este control de la regularidad formal del documento presentado no será excesivamente complicado por la presunción de veracidad y legalidad que, como documento notarial, tiene. Corresponderá a la parte deudora, en su recurso, alegar y probar lo que en contra de esa presunción estime oportuno.

En el supuesto de que la escritura matriz contuviere un *negocio incompleto*, habrá que acompañar necesariamente a

su copia la de la escritura pública que le haya completado; si, por ejemplo, en representación de una de las partes hubiere intervenido un mandatario verbal, o un apoderado que no hubiese acreditado su representación al notario autorizante de dicha escritura, habrá que presentar la copia autorizada de la escritura de ratificación o la del poder preexistente no acreditado; todo ello se tiene que haber advertido por el notario en el mismo documento público ejecutivo, por lo que no cabrán dudas al respecto (54).

b) *Ejecutividad*. También deberá presentar el demandante “cualquier documento que acredite que, según la ley del Estado de origen, la resolución es ejecutoria y ha sido notificada” (art. 47.1), pero si no los presentare “el tribunal podrá fijar un plazo para la presentación de los mismos, aceptar documentos equivalentes o dispensar de ellos si se considerare suficientemente ilustrado” (art. 48.1). La cuestión es aquí más complicada, porque como hemos visto el documento público o auténtico puede reunir todos los requisitos legales y no ser ejecutivo. En cuanto a su *matriz*, en virtud de la regulación concreta de la ejecución en el Estado de origen (V. *supra*, núm. 6). O en cuanto a la *copia* presentada, pues si todas las copias autorizadas tuvieran efecto ejecutivo podría procederse a varias ejecuciones por una sola deuda, problema que ya preocupó en los tiempos medios (55); la denominación de *grosse* y la presencia de la fórmula ejecutiva –que alguna ventaja había de tener–, o nuestra indicación de “primera copia”, pueden ser decisivas porque las legislaciones notariales de los diversos países ordenan que

(54) Conf. BOLÁS ALFONSO, Juan, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, y SAGARDÍA NAVARRO, Manuel: “Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el Notario”, ponencia para el XX Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias 1992, *Revista Jurídica del Notariado*, extraordinario I, 1992, pp. 367-484, especialmente pp. 375-400.

(55) Conf. RAINERO DE PERUGIA, *Ars Notaria*, ed. Gaudencio, Bolonia, 1892, pp. 66-67; ROLANDINO, *Summa Artis Notariae*, ed. Lugduni, 1537, fols. 90v-91; DURANTE, *Speculum iuris*, ed. Lugduni, 1577, Pars secunda, c. 3, Postquam, fols. 131v-133r; Partidas, 3.19.10 y 11.

sólo se expida una copia con efectos ejecutivos a cada parte; que la expedición de otra copia con tales efectos requiera mandato judicial; y que se anote en la misma matriz la expedición y la persona a quien se entrega esa copia (56).

En la esfera extrajudicial no existe la notificación de que habla el artículo 47.1; pero sí puede ser necesario según la ley de origen un *requerimiento de pago* para integrar el título ejecutivo; en tales casos, el artículo IV del Protocolo anejo al Convenio de Bruselas dispone que los documentos correspondientes “podrán ser enviados directamente por las personas autorizadas al efecto en el Estado en que se extendieren los documentos, a las personas autorizadas al efecto en el Estado en que se encontrare el destinatario del documento”, esto es, en nuestro caso, de notario a notario; y como dice SÁNCHEZ FELIPE “sería superfluo el mantenimiento de esta disposición” cuando entre en vigor entre los Estados de la Unión Europea el Convenio de Bruselas de 26 de mayo de 1997 (57), en que se recogen ésta y otras formas de cumplimentar los requerimientos y notificaciones judiciales y extrajudiciales.

272

La exposición que precede a la propuesta de la Comisión de 1997 indica que hay que interrogarse sobre la necesidad del “mantenimiento del marcado carácter jurisdiccional que reviste actualmente el procedimiento de *exequatur*”. Y con este fundamento, la Conferencia de los Notariados de la Unión Europea “sugiere que, tratándose de actos auténticos se confíe a los notarios la delegación de revestir de *exequatur* a los actos auténticos ejecutorios notariales provenientes de uno de los países de la Unión Europea”. Incluso se ha aludido en una de las contestaciones a la encues-

(56) Conf. Alemania, párrafo 797 de la ZPO; Bélgica, artículos 25 y 26 de la Ley Notarial; España, artículos 17 y 18 de la Ley del Notariado y 233 a 235 de su Reglamento; Francia, artículos 18 y 19 de la Ley Notarial; Italia, artículos 475 y 476 del Código de Procedimiento Civil; Holanda, artículo 50 de la Ley del Notariado; Luxemburgo, artículo 43 de la Ley del Notariado.

(57) SÁNCHEZ FELIPE, *op. cit.* en nota 16, p. 425.

ta practicada al efecto, al depósito obligatorio y preventivo del documento extranjero entre los actos auténticos de un notario del Estado en que se va a proceder a la ejecución, quien así llevaría a cabo el control de legalidad y de compatibilidad con el orden público propio; entre nosotros sería un acta de protocolización, como se exige en México para los poderes extranjeros (58). A mi manera de ver, y aparte de que la desjudicialización podría chocar fácilmente con cierta interpretación judicial de los artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución Española, no cabría delegar en los notarios revestir de *exequatur* a los actos auténticos extranjeros, porque como reiteradamente he sostenido, no existe tal *exequatur* por no exigirse declaración de ejecutoriedad. Aun prescindiendo de tan poderosas razones, no me parece admisible a tales efectos documento notarial alguno en el país de la ejecución, pues incluso el de menor consistencia, el testimonio de vigencia de leyes, no sería utilizable porque éste se refiere a las leyes propias, no a las extranjeras (art. 251.3 del Reglamento); tendría, por el contrario, perfecto encaje en el artículo 47.1 o al menos en el 48.1 de los convenios presentar un dictamen o informe de un notario del país de la ejecución, como profesional especializado en la materia. Y también, claro es, un testimonio notarial del país de origen del documento sobre la vigencia de sus leyes.

Los convenios disponen, de una manera general, que “si el tribunal lo exigiere, se presentará una traducción de los documentos ... certificada por una persona autorizada a tal fin en uno de los Estados contratantes” (art. 48.2); y que “no se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna en lo que se refiere a los documentos mencionados ... y, en su caso, al poder para pleitos” (art. 49).

(58) México, Ley del Notariado para el Distrito Federal, 31.12.1979, artículo 92: “Los poderes otorgados fuera de la República, hecha la salvedad de los que fueren ante cónsules mexicanos en el extranjero, una vez legalizados, deberán protocolizarse para que surtan sus efectos con arreglo a la ley”.

X. La validez del negocio

El juez de la ejecución no tiene, por el contrario, que controlar *a priori* la validez del negocio documentado; el artículo 50 no se lo exige, ni en la ejecución forzosa regulada en estos convenios tienen cabida las cuestiones de fondo, que habrán de dejarse para el juicio ordinario que corresponda. El deudor podrá promover inmediatamente este juicio y con esta base pedir al juez de la ejecución la suspensión del procedimiento conforme al artículo 38 de los convenios.

274

Esta posición es la ampliamente mayoritaria en la doctrina, con las consiguientes divergencias de detalle (59). Sin embargo, no cabe olvidar que la ejecución sin previa sentencia de condena sólo está en principio justificada cuando se fundamenta en documentos que, aparte de su autenticidad en la esfera de los hechos, están dotados en la esfera del Derecho de una fuerte presunción de legalidad, fundada en el riguroso control de la misma que la ley atribuye, y exige, al notario o funcionario público autorizante del documento. No todos los países tienen, sin embargo, los mismos niveles de exigencia en ese control de legalidad. En este sentido, y para referirme sólo a los notarios, en Portugal, conforme al artículo 192 del Código del Notariado, la intervención notarial no puede ser rehusada porque el acto documentado adolezca de nulidad relativa, supuesto en que el notario advertirá a las partes de la existencia y de los efectos de la nulidad y consignará, al final del documento, la advertencia que hubiere hecho; y, con criterio aún más laxo, en Luxemburgo, el artículo 21 de su Ley Notarial sólo prohíbe a los notarios la autorización de actos contrarios a la

(59) Fundamentalmente conformes, GOTHOT-HOLLEAUX, *op. cit.* en nota 34, núm. 410, p. 211; IGLESIAS BOHIGUES-DESANTES REAL, *op. cit.* en nota 2, p. 750; IRIARTE ÁNGEL, *op. cit.* en nota 4, pp. 668-69; MARÍN LÓPEZ, *op. cit.* en nota 53, pp. 456 y 458. En contra, sobre todo, G. DROZ: *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, París, 1972, p. 397.

ley penal, y según el artículo 22 cuando el acto esté prohibido por otra ley que no sea la penal el notario tiene el deber de instruir a las partes y hacer la oportuna advertencia en el documento si éstas insistieran en el otorgamiento. Al menos en estos casos —que he puesto sólo a título de ejemplo— en que del documento mismo resulta su nulidad, creo que el juez debe rechazar de plano la ejecución.

También deberán dejarse para el juicio ordinario todas las demás causas de oposición del deudor, especialmente las basadas en hechos posteriores a la deuda, como el pago, compensación, prescripción, quita o espera, pacto o promesa de no pedir, novación, transacción, etc.

XI. Las excepciones de orden público y de fraude de ley

“La solicitud sólo podrá desestimarse cuando la ejecución del documento fuere contraria al *orden público* del Estado requerido”, dispone el último inciso del artículo 50.1. Esta excepción, que aparece ya en el texto originario del Convenio, estaría llamada a desaparecer según el nuevo texto que preconiza el borrador de la Comisión: “La solicitud no podrá desestimarse”, dice tajantemente el texto propuesto.

A mí me deja intranquilo esta supresión; es más, creo que debería establecerse también la excepción de *fraude a la ley*, de tanta raigambre en el Derecho Internacional Privado, cuando el documento se ha otorgado en país extranjero, por ejemplo por dos españoles, para perseguir un resultado prohibido por nuestro ordenamiento jurídico o contrario a él.

LA PRETENDIDA ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS REALIZADOS POR UN CÓNYUGE SIN EL CONSENTIMIENTO DEL OTRO

277

RODRIGO TENA ARREGUI

Notario

SUMARIO: **I.** FINALIDAD. **II.** VALIDEZ Y EFICACIA EN LA VENTA DE COSA AJENA Y EN LA VENTA DE COSA GANANCIAL. **1.** La venta de cosa ajena es válida. **2.** La venta de cosa ajena es plenamente eficaz. **3.** La doctrina dominante dice que la venta de cosa ganancial realizada por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro es anulable. **III.** LOS INCONVENIENTES DE CALIFICAR AL CONTRATO COMO ANULABLE. **1.** La anulabilidad del contrato y los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria. **2.** La anulabilidad del contrato y la usucapión ordinaria. **3.** La anulabilidad del contrato y la usucapión extraordinaria. **4.** La anulabilidad del contrato y el artículo 464 del C.c. **5.** La anulabilidad del contrato y la responsa-

bilidad contractual. **IV. EL CONTRATO ES VÁLIDO Y LO QUE ES ANULABLE SON LOS EFECTOS DE DICHO CONTRATO FRENTE AL CÓNYUGE NO CONTRATANTE.**

I. Finalidad

278

Resulta curioso que, siendo este tema de la anulabilidad de los contratos realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro tan susceptible de suscitar polémica, por contravenir alguno de los principios más básicos de nuestro Derecho patrimonial, se haya discutido por la doctrina española muchísimo menos que otros, cuyos fundamentos, por lo menos *a priori*, parecerían mucho más sólidos.

Que yo conozca, únicamente dos autores se han atrevido a defender la validez de dichos contratos (1). Sin embargo, sus tesis no han terminado de calar como merecían, seguramente por no ser capaces de explicar satisfactoriamente el implacable tenor del Código civil sobre esta materia, expresado fundamentalmente en los artículos 1.322 y 1.301.

El presente trabajo pretende defender la misma idea: el contrato realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro sobre bienes gananciales es absolutamente válido, ofreciendo los argumentos necesarios para incardinar esa validez en el sistema de nuestro Derecho positivo, al predicar la anulabilidad sólo para los efectos del contrato respecto del cónyuge que no contrató.

Estos contratos tienen que ser válidos, porque es absolutamente incongruente con nuestra teoría general del contrato

(1) GIMÉNEZ DUART; "La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (ensayo contra el artículo 1.322)"; *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXVIII; Madrid, 1986. MERINO GUTIÉRREZ; "Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial"; *Revista Jurídica La Ley*; n.º 3711; 7-2-95.

que no lo sean. Y como esa pretendida anulabilidad no encaja con dicha teoría general, produce anomalías allí donde los principios inspirados en ella entran en juego, como tendremos ocasión de ver en este trabajo, convirtiéndose en una auténtica “rueda loca” productora de todo tipo de consecuencias absurdas. Dos personas mayores de edad, plenamente capaces, deben poder obligarse a lo que tengan por conveniente (art. 1.255 C.c.), una vez respetados los límites elementales de la moral y el orden público, sin que la ley deba preocuparse de nada más. Al fin y al cabo, y con las consabidas matizaciones, “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos...” (art. 1.257 C.c.), con lo que la propia configuración institucional del contrato está protegiendo adecuadamente a los terceros.

Ningún ejemplo mejor para comprender esta idea que el de la venta de cosa ajena.

279

II. Validez y eficacia en la venta de cosa ajena y en la venta de cosa ganancial

1. La venta de cosa ajena es válida.

Esta afirmación es completamente pacífica en la doctrina y la jurisprudencia españolas. No lo fue en su origen, pues los primeros comentaristas del Código civil y la primera jurisprudencia tuvieron dudas al respecto (2). Hoy, sin embargo, a salvo alguna sentencia aislada (3), nadie lo discute. Su validez descansa en el carácter meramente obligacional del contrato de compraventa en nuestro Código civil, heredero directo de una de las más fundamentales aportaciones

(2) Ver CASTÁN; *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV; pp. 84 y ss.; Madrid, 1985.

(3) Ss. 25 de marzo y 2 de julio de 1994.

del Derecho romano a la ciencia del Derecho: la distinción entre la perfección y la consumación del contrato.

Por la perfección de la compraventa de cosa ajena me obligo a vender la finca del vecino. Si llegado el momento de la consumación me veo en la imposibilidad de cumplir, se aplicará el artículo 1.124 del C.c., norma prevista para el incumplimiento de obligaciones reales y eficaces, que sólo pueden derivar de contratos perfectamente válidos (4). Da igual si optamos por la tesis de que en el Derecho español el vendedor se obliga a entregar la propiedad o sólo la pacífica posesión de la cosa. Este tema nada tiene que ver con la venta de cosa ajena, sino con el tema de cuándo hay cumplimiento y cuándo no. Recordemos que en el Derecho alemán hay obligación de transmitir la propiedad y se admite plenamente la validez de la venta de cosa ajena, precisamente porque responde a nuestro mismo esquema de distinción entre la perfección y la consumación.

280

En aquellos ordenamientos en los que se pretendió enmendar la plana al Derecho romano y la compraventa se configuró como directamente traslativa, la venta de cosa ajena presenta en principio dificultades lógicas insalvables. ¿Si no soy dueño cómo puedo obligarme y cumplir a la vez? En consecuencia, el Code francés prohíbe la venta de cosa ajena en su artículo 1559 ("es nula") y lo mismo hacía el Código civil italiano anterior al de 1942. Pero una cosa es que no sea lógica en relación a las normas y otra que no lo sea en relación a la vida. Y como hoy la venta de cosa ajena está a la orden del día, especialmente en el ámbito comercial y financiero, y negarse a admitir su validez es simplemente absurdo, la doctrina y la jurisprudencia francesa han tenido que reconocer multitud de excepciones a la regla, y lo mismo hizo el legislador italiano de 1942 por el expediente más sencillo de seguir configurando la

(4) Sería absurdo decir que no hay objeto. El objeto es la obligación de entregar la cosa ajena.

venta como directamente traslativa, salvo en este caso, que no puede ser más que obligatoria.

Es cierto que la venta de cosa ajena puede ser anulable, por error o dolo, pero me temo que exactamente igual que cualquier otro contrato. Si creo erróneamente que la cosa es del vendedor o éste, empleando maquinaciones insidiosas, me ha ocultado este dato, podré anular la venta siempre que un juez considere, previa valoración de las circunstancias, que el error fue sustancial o que en el caso de conocer ese dato el contrato no se hubiera celebrado. Pero, desde luego, no en el caso contrario.

2. La venta de cosa ajena es plenamente eficaz.

A veces se dice, un tanto sorprendentemente, que la venta de cosa ajena es válida pero ineficaz. Parece que con ello quiere indicarse que puesto que el propietario no ha prestado su consentimiento, la transmisión no puede producirse. Sin embargo, con ello se confunden muchas cosas que nada tienen que ver, fundamentalmente dos: por un lado, la eficacia del contrato, por otro, su consumación o cumplimiento.

El contrato de cosa ajena produce plena eficacia entre las partes, en la medida en que del mismo surgen obligaciones actuales cuyo incumplimiento desencadenará la correspondiente responsabilidad. Es evidente que en nada afecta al propietario. ¿Cómo iba a ser de otra manera, si los contratos sólo producen efectos entre las partes? Ni este ni ningún otro contrato afecta en principio al que no ha contratado.

Pero es que llegada la fase del cumplimiento, tampoco es lógico decir que el propietario tiene que consentir para que se produzca el efecto buscado. Por una parte, parece que con ello se insinúa el tema de una suerte de representación sin poder al hilo del artículo 1.259 del C.c., que nada tiene que ver con este asunto. El vendedor no representa a nadie, sino que actúa en su propio nombre y derecho. Porque si representase al propietario sin poder, se trataría de una

venta de cosa propia del representado nula de pleno derecho por falta de consentimiento, sin perjuicio de los efectos de la ratificación —del contrato— si recayere. Y por otra parte, si yo me comprometo en mi propio nombre a vender una cosa ajena y repentinamente surge el propietario y por las buenas consiente la transmisión a favor del comprador, estamos ante un supuesto de pago por tercero de libro, que de nuevo es otro asunto. Nadie puede dar *a posteriori* un consentimiento a un contrato válido que ni lo ha pedido ni lo necesita.

No es preciso, por tanto, ese especial consentimiento. Basta con que el vendedor adquiriera la cosa del dueño, lo que puede hacer por los más variados medios, desde la compraventa a la adquisición *mortis causa*.

282 En conclusión, la venta de cosa ajena responde punto por punto a los principios fundamentales de nuestra teoría general del contrato: es válida, produce plenos efectos entre las partes y en nada afecta a los terceros, entre ellos al propietario.

3. La doctrina dominante dice que la venta de cosa ganancial realizada por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro es anulable.

Esto ya es un tanto chocante. Sorprende que la venta de una cosa ajena sea válida, y la de una cosa ganancial, que al fin y al cabo no me es totalmente ajena, sea anulable. La justificación no puede derivar de un especialísimo problema de capacidad derivado del matrimonio, pues éste no la restringe. Además, no es dudoso que la venta de una finca que pertenezca por mitad a los cónyuges casados en régimen de separación, realizada por uno solo de ellos, es perfectamente válida (5), lo que sinceramente parece más

(5) La doctrina dominante asimila la venta de cosa común verificada por un comunero a la venta de cosa ajena.

chocante todavía. No obstante, hay que aceptarlo, el legislador puede hacer lo que considere conveniente, algún motivo habrá tenido para ello (el motivo lo veremos enseguida) pero eso sí, siempre que no sea incongruente y contrario al sistema.

Pasemos ahora de la validez a la eficacia respecto a tercero. Esto es más sorprendente todavía, pues la doctrina dominante nos dice que este contrato (mirado con desfavor por el ordenamiento, pues al fin y al cabo lo califica de anulable) ¡produce efectos respecto de tercero!, a diferencia de lo que ocurre en la venta de cosa ajena, como hemos visto. Es evidente que produce efectos, pues si el cónyuge no reacciona durante el plazo de caducidad de la acción de anulabilidad, la obligación derivada de un contrato en el que no ha sido parte le va a ser exigible.

Sin embargo, cuando meditamos un poco más sobre esta aparente contradicción, nos damos cuenta que esto, que el contrato produzca efectos respecto del que no ha contratado, es precisamente lo que buscaba el legislador. Esa eficacia respecto de tercero es precisamente lo que quiere, lo que ocurre es que, aparentemente, no se le ocurrió mejor manera para conseguirlo que calificar el contrato de anulable, matando, en mi opinión, moscas a cañonazos (6).

Para comprender perfectamente esta idea no hay mejor camino que acudir a los antecedentes del precepto. El artículo 1.413 del C.c., en su redacción originaria, decía que “1.—Además de las facultades que tiene el marido como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento de la mujer. 2.—Sin embargo, toda enajenación o convenio que sobre dichos bienes haga el marido, en contravención a este Código o en fraude de la mujer, no perjudicará a ésta ni a sus herederos.” Es decir, el marido podía disponer de los bienes gananciales con entera libertad, por lo que el

(6) O elefantes, pero en definitiva a cañonazos.

contrato verificado exclusivamente por él producía plenos efectos respecto de un patrimonio ajeno, el de la mujer. Únicamente se exceptuaban los casos del párrafo segundo, y es casi seguro, según nos dice CÁMARA, que con la expresión “en contravención del Código” sólo se quiso aludir a las donaciones no permitidas.

En el año 1958, esas facultades del marido parecen excesivas y el legislador modifica dicho artículo, que queda con el siguiente tenor: “1.— El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles. 2.— Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de primera instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes. 3.— En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados”.

284

El artículo, en principio, no parece muy distinto del anterior. Lo único que parece hacer es excluir de las facultades de disposición del marido determinados bienes. Pero el mantenimiento del párrafo tercero es muy significativo, pues vendría a incluir en su ámbito las disposiciones a título oneroso que infringiesen lo dispuesto en el párrafo primero. Podría entenderse perfectamente, entonces, que la venta de inmueble ganancial hecha sólo por el marido “no perjudica” a la mujer, con el mismo alcance que la venta de cosa ajena “no perjudica” al *verus dominus*. Se trataría de negocios asimilables a la venta de cosa ajena y, en consecuencia, válidos.

No fue, sin embargo, esta interpretación la que prevaleció en la práctica, debido fundamentalmente al importantísimo magisterio de CÁMARA (7), sancionado posteriormente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (8), que vino a consagrar la tesis de la anulabilidad. La tesis se apoyaba en la idea de que el legislador no había querido privar al marido de su monopolio del poder de disposición, sino simplemente establecer una protección adicional en favor de la mujer. Con ello se hacía al contrato eficaz frente al cónyuge, aunque fuese con una eficacia claudicante. El contrato, por tanto, le perjudicaba. Pero no me interesa en absoluto criticar esta tesis y menos aún a estas alturas, pues no es necesario a los fines de este trabajo. Lo cierto es que, según esta interpretación, que luego fue sancionada aparentemente en el año 1975 en los artículos 65 y 1.301 y tras la reforma de 1981 en el artículo 1.322, hemos pasado por las siguientes fases:

1.^a El marido contrata con plenos efectos respecto de la mujer (redacción originaria).

2.^a El marido contrata con plenos efectos respecto de la mujer en cuanto a ciertos bienes y con eficacia claudicante en cuanto a otros (redacción de 1958).

3.^a Cualquiera de los cónyuges contrata con eficacia claudicante respecto del otro (redacción de 1981).

A mí me parece una evolución muy lógica en atención a la especial naturaleza de la sociedad de gananciales y a los cambios de mentalidad que ha experimentado la sociedad española. Pero, de nuevo, para conseguir esa eficacia claudicante, ¿era imprescindible calificar el contrato como anulable? La respuesta es muy sencilla: en 1958 probablemente sí, ahora, en cambio, esto es mucho más discutible.

En 1958 sí, porque no había ninguna norma que permi-

(7) "El nuevo artículo 1.413 del Código civil"; *Anuario de Derecho Civil*, 1960.

(8) Sentencias de 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964, 3 de marzo de 1969, 26 de diciembre de 1970, 7 de junio de 1972, 4 y 12 de mayo y 4 de octubre de 1979.

tiese predicar la anulabilidad sólo para los efectos del contrato. La única norma que había más bien parecía decir lo contrario: que no se producía ningún efecto respecto del otro cónyuge. Si se quería evitar pasar bruscamente de un sistema que decía que el marido podía hacer de todo, a otro que dijese que no podía hacerlo respecto de determinados bienes, los más importantes, lo que era incongruente con el teórico mantenimiento de su poder de disposición, no había más remedio que predicar la anulabilidad del contrato para conseguir lo pretendido: la eficacia claudicante. No existía ningún otro instrumento técnico al alcance.

Sin embargo y paradójicamente, pienso que ahora tenemos los mecanismos necesarios para conseguir los mismos efectos sin tener que defender necesariamente la anulabilidad del contrato, con todos los inconvenientes que ello tiene y que pasamos inmediatamente a examinar:

286

III. Los inconvenientes de calificar al contrato como anulable

1. La anulabilidad del contrato y los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria.

Este es un ejemplo recurrente en esta materia (9), pero no por ello menos acertado.

Imaginemos que acude a una notaría una persona para comprar un inmueble. Manifiesta que está soltero (10). Ni el notario ni posteriormente el registrador le piden, lógicamente, que acredite dicha manifestación, lo que por otra parte sería imposible. La finca se inscribe a su nombre en el Registro de la Propiedad. Tiempo después, acude a otra notaría (o a la misma) a vender esa finca. El notario comprueba su plena capacidad para contratar, le pide el título

(9) Véanse los trabajos de GIMÉNEZ DUART y MERINO GUTIÉRREZ.

(10) O viudo o divorciado o separado judicialmente.

de propiedad y solicita la información registral, comprobando que la finca continúa inscrita a su nombre. A la vista de lo anterior, el notario autoriza la escritura, el comprador paga el precio, se envía el fax solicitando el asiento de presentación, se consolida en plazo y finalmente se inscribe la adquisición del comprador en el Registro. El círculo se ha cerrado con un nuevo triunfo para nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva. El comprador puede tener la completa seguridad de que cualquier defecto de titularidad o límite en el poder de disposición del vendedor (tal como la que resultaría de una doble venta anterior) queda sanado por el juego de la fe pública registral (art. 34 LH). Nadie va a poder discutirle su adquisición.

¿Seguro? Imaginemos por un momento que cuando acudió por primera vez a la notaría ese comprador no estuviese soltero, sino casado en régimen de gananciales. La posterior venta, por consiguiente, sería anulable, pues se hizo sin el consentimiento del cónyuge. Y ahora viene lo peor, porque la inscripción del comprador no le permite alegar a su favor el juego del artículo 34 de la LH, puesto que este artículo viene inmediatamente precedido por otro que dice que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

Por tanto, si el cónyuge insta la acción de anulabilidad y consigue a su favor la correspondiente declaración, el contrato será nulo de pleno derecho, sin ninguna diferencia respecto de cualquier otro supuesto de nulidad previsto por nuestras leyes. El tercero, consiguientemente, no estará protegido, pues el artículo 33 LH lo impide (11).

A la vista de este caso se han defendido las más variadas posturas. Desde los que aceptan resignadamente la falta

(11) Como señala GIMÉNEZ DUART, el problema es especialmente grave en aquellos territorios cuyo régimen legal es el de separación, en los que muchos bienes gananciales aparecen inscritos, con toda la buena fe del mundo, como propios en régimen de separación.

de protección del tercero, hasta los que, tras un importante esfuerzo interpretativo, buscan denodadamente salvar como sea la posición del adquirente inscrito. Todos, como no podía ser de otra manera, parten de la anulabilidad del contrato.

Entre los primeros destaca la posición de ROCA SASTRE (12), al que la falta de protección del tercero le parece incluso lógica, pues el Registro no protege frente a las inexactitudes relativas al estado civil. Habría que comentar, sin embargo, que el tercero no adquiere ni pretende adquirir ningún estado civil, sino una titularidad sobre una finca perfectamente publicada en el Registro. Y si el Registro no sirve para esto, ¿para qué sirve?

Este dato, unido a la finalidad buscada por el artículo 34 LH, sanar defectos de titularidad, ha llevado a la mayoría de los autores a buscar una solución en favor del tercero. De lo contrario, este caso sería el único entre los que publicando una titularidad que no coincide con la real, no quedaría cubierto por dicho artículo. Lo que ocurre es que, desde luego, la finalidad del 34 no es sanar defectos que afecten intrínsecamente al contrato. Así lo dice el 33. Y como aquí, para conseguir ese efecto de la eficacia claudicante, a nadie se le ha ocurrido mejor solución que atacar al contrato, nos encontramos con un verdadero círculo vicioso: si sólo fuera por el defecto de titularidad bastaría el 34, pero como ese defecto de titularidad hace sorprendentemente anulable el contrato, el artículo 33 no lo permite.

En definitiva, cualquier postura a favor del tercero pasa por una interpretación correctora del tenor literal del artículo 33 de la LH, buscando una excepción a la regla que la propia no declara. Lo que ocurre es que, para eso, a mí se me ocurren otras interpretaciones correctoras con efectos positivos de más largo alcance, como tendremos ocasión de examinar más adelante.

(12) *Derecho Hipotecario*; sexta edición de 1968; pp. 622 y ss.

2. La anulabilidad del contrato y la usucapión ordinaria.

Otra consecuencia verdaderamente chocante de la calificación del contrato del que venimos hablando como anulable, es la diferencia de trato entre la venta de cosa ajena y la venta de cosa ganancial en este supuesto. Si yo vendo y entrego una cosa que no es mía, el comprador de buena fe la adquiere por prescripción ordinaria en el plazo de diez años (o veinte entre ausentes) si es inmueble, y de tres si es mueble. Pero si yo vendo una cosa que me pertenece con carácter ganancial, el comprador sólo la puede prescribir en el plazo de treinta o seis años, respectivamente.

La explicación es muy sencilla: si para la prescripción ordinaria se exige justo título (art. 1.940 C.c.) y el título ha de ser válido (art. 1.953), es evidente que el contrato anulable no puede servir para esta finalidad. La conclusión es, además, perfectamente congruente con la ratio de la prescripción ordinaria, que sólo pretende sanar el defecto de falta de titularidad en el transmitente, pero no ningún vicio que afecte a la forma de adquisición, en nuestro caso al contrato.

Es cierto que gran parte de la doctrina defiende la calificación del contrato anulable como justo título a efectos de la usucapión, pero esta tesis, que puede defenderse para los supuestos generales de anulabilidad por incapacidad o vicios del consentimiento, es incongruente para nuestro caso, como el siguiente ejemplo lo demuestra claramente:

Un cónyuge, pongamos el marido, vende una finca ganancial sin el conocimiento del otro y la entrega. El comprador es de buena fe y la posee durante diez años. Once años después de la venta, los cónyuges se divorcian. La mujer toma conocimiento de dicha venta y decide impugnarla (art. 1.301 del C.c.). ¿Puede hacerlo?

La mayor parte de los autores que defienden que el título anulable es justo título, entienden que el titular de la acción se encuentra perfectamente legitimado para ejercitarla

mientras no caduque su plazo de cuatro años y que el comprador no puede oponer la prescripción frente a esa concreta pretensión (13). Y ello no les impide calificar al contrato anulable como justo título. La razón descansaría en que en este tema hay dos vertientes que no deben confundirse. Así, se nos dice, “en el título anulable hay, por hipótesis, un conflicto entre las partes que lo otorgan, que son transmitente y adquirente”. Frente a la reclamación del transmitente vía acción de anulabilidad, el adquirente no puede oponer la prescripción, que presupone un conflicto entre diferentes sujetos. “La usucapión supone un conflicto entre el adquirente y un tercero que es en la hipótesis el *verus dominus* y que, también por hipótesis, no habrá sido parte en el negocio jurídico determinante del título anulable”. Esto permitiría que frente a la reclamación del *verus dominus* el comprador pueda alegar la usucapión, aunque su título sea anulable (por no haberse ejercitado todavía la acción de nulidad). Se entiende que si la acción se ejercita exitosamente, como el título ha pasado a ser automáticamente nulo con carácter retroactivo, la alegación de prescripción ordinaria no puede prosperar. Lo mismo ocurriría, opino yo, si tras la primera alegación infructuosa del *verus dominus*, el título fuera posteriormente anulado y todavía se pudiese evitar la prescripción ordinaria (14).

Pues bien, este esquema no se puede trasladar al contrato anulable por falta de consentimiento de un cónyuge, ¡pues en este caso el titular de la acción de anulabilidad y el *verus dominus* son la misma persona! Esa doble vertiente desaparece totalmente en nuestro caso, porque el legislador

(13) Véanse LACRUZ, J. L.; *Elementos de Derecho Civil, III*; volumen primero - 1.ª parte; pp. 210 y 211; Barcelona, 1998; y PEÑA, M.; *Derechos reales. Derecho hipotecario*; pp. 60 y 61; Madrid, 1986.

(14) Los entrecomillados de este párrafo son de Díez-PICAZO; *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III*; p. 738; Madrid, 1995; que cita a su vez a ALBALADEJO, de donde proviene la tesis (*Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1934-1965, p. 47).

ha preferido otorgarle, en vez de una acción reivindicatoria, la de anulabilidad. En la medida en que la acción defensiva del *verus dominus* se articula en todo caso a través de la acción de anulabilidad (no puede ejercitar la reivindicatoria mientras no haya anulado el contrato y además tampoco lo necesita) toda la construcción anterior cae como un castillo de naipes.

Volvamos entonces al ejemplo propuesto. Al ejercitar en plazo la acción, la mujer convierte en nulo absoluta y retroactivamente el contrato anulable. Y al ser nulo, ya no permite prescribir en diez años, sino que obliga a hacerlo en treinta, como para el caso de cualquier otro título nulo. Por eso todavía puede ejercitarse la acción. Luego si la venta es de cosa ajena el comprador prescribe en diez años y si es de cosa ganancial, aun pasados los diez años, el comprador puede todavía no adquirir por prescripción.

En conclusión, el título anulable no puede ser justo título a efectos de la prescripción ordinaria, por lo menos en nuestro caso. Sólo lo sería si por haber caducado la acción ha quedado confirmado y ya no es un título anulable, sino válido.

Pero es que aun esto último es sumamente discutible, por lo menos si seguimos la opinión de CASTRO (15), cuya enorme autoridad exige cuanto menos cierta consideración. Según él, un contrato anulable será siempre un contrato viciado por los siglos de los siglos (salvo confirmación), por mucho que haya caducado la acción, que en su opinión únicamente se refiere a la restitución de las cosas entregadas en virtud del contrato anulable, pero no a la acción para declarar la nulidad, que es imprescriptible (16). Pre-

(15) *El negocio jurídico*; reimpresión de 1991; p. 511.

(16) "El paso del tiempo, por sí solo, no borra la condición viciada del contrato. Lo que ocurre, y lo que ha ocasionado confusiones, es que la extinción de la acción restitutoria, al pasar los cuatro años de consumado el contrato, impide el ejercicio de la misma acción declarativa; pues, con dicha extinción, cae el interés que legitima el ejercicio de la acción declarativa", ob. cit.

cisamente por esta razón la anulabilidad puede ejercitarse por vía de excepción sin sujeción a plazo.

Entonces, según esta opinión, ni aun cuando ya no pudiera ejercitarse la acción por caducidad, el título anulable sería justo título a efectos de la prescripción ordinaria.

En cualquier caso, sigamos esta tesis o la anterior, lo que está meridianamente claro es que se produce una discriminación de trato entre la venta de cosa ajena y la de cosa ganancial cuya justificación no se ve por ningún lado (17).

3. La anulabilidad del contrato y la usucapión extraordinaria.

Imaginemos que el comprador ha poseído durante el plazo exigido para la usucapión extraordinaria, seis o treinta años según los casos, y que pese a ello sigue viva la acción de anulabilidad. ¿Puede todavía ejercitarse? Estiman MORALES y LACRUZ (18) que “la usucapión no puede borrar el carácter protector del negocio. Propiamente, las vicisitudes del objeto de la prestación ningún efecto tienen frente a la posibilidad de pedir la nulidad del contrato relativo a la misma, posibilidad que ofrece la ley y que ningún precepto legal hace caducar en este caso, por lo que persiste una vez consumada la prescripción adquisitiva.”

Pues bien, si partimos entonces de esta tesis, que viene a defender la idea de que mientras viva la acción de nulidad puede siempre ejercitarse eficazmente, aun transcurrido el plazo de la usucapión extraordinaria, nos encontramos con una sorprendente diferencia de trato entre la venta de

(17) Para sostener una igualdad de trato completa deberíamos defender que el título anulable es justo título y permite la prescripción ordinaria de una manera definitiva, cumplido el tiempo correspondiente, aun cuando todavía no hubiera caducado el plazo para ejercitar la acción de anulabilidad, lo que sinceramente no casa mucho con el artículo 1.953 C.c. en coordinación con el régimen de la anulabilidad.

(18) Ob. cit.; p. 211; n.º 24.

cosa ajena y la venta de cosa ganancial. En la venta de cosa ajena, el comprador puede estar seguro de que aunque el título sea absolutamente nulo (vg. falta de precio cierto) y él haya conocido la ajeneidad de la cosa desde el primer momento, pasados seis o treinta años su posición es inatacable; mientras que en la venta de cosa ganancial, que es simplemente anulable, pasados seis o treinta años, incluso siendo el comprador de buena fe, todavía puede estar bajo la amenaza de la acción de anulabilidad.

4. La anulabilidad del contrato y el artículo 464 del C.c.

No es este, por supuesto, el lugar para comentar y criticar las variadísimas teorías en torno a la interpretación de este artículo. Partamos simplemente de la teoría dominante, la germanista, aunque no sea la más adecuada, ni desde un punto de vista histórico ni sistemático. De lo que no cabe ninguna duda es que para que pueda funcionar el mecanismo de la adquisición *a non domino* es imprescindible, aparte de la onerosidad y de la buena fe, que el título, que el contrato entre el *non domino* y el adquirente, sea válido. Pues, ¿qué sentido tiene hablar de la onerosidad de un contrato nulo? Al igual que para el caso del artículo 34 de la LH, el 464 del C.c., fundamentado en la protección a la apariencia, no puede ni quiere sanar más que el defecto de titularidad del transmitente, pero desde luego no los que puedan afectar al contrato en virtud del cual se articula la transmisión.

En conclusión, de acuerdo con la interpretación germanista del artículo 464 C.c., si se vende una cosa mueble totalmente ajena, el comprador de buena fe la adquiere automáticamente, pero si se vende una cosa mueble ganancial, el comprador de buena fe tiene siempre la amenaza del ejercicio de la acción de anulabilidad durante el plazo legal.

5. La anulabilidad del contrato y la responsabilidad contractual.

Algunas de las distorsiones más típicas que produce la consideración de estos contratos como anulables se aprecia en el ámbito de la responsabilidad contractual. Como ya se ha comentado, si el vendedor de una cosa ajena no entrega, incumple un contrato perfectamente válido y debe asumir la correspondiente responsabilidad –contractual–. Pues bien, imaginemos ahora el siguiente ejemplo:

Un cónyuge vende una finca ganancial sin consentimiento del otro. El comprador está al tanto de esa falta de consentimiento, al igual que en la venta de cosa ajena lo estaría de la ajeneidad de la cosa. Sin embargo, el vendedor se compromete en el contrato a entregar esa finca en el plazo de un año, ya sea obteniendo el consentimiento necesario o instando una liquidación de la sociedad con la correspondiente adjudicación a su favor o de la manera que sea. Ese es un tema que le resulta absolutamente indiferente al comprador, al que sólo le interesa el cumplimiento en plazo. Es más, dado el transcurso de un período más o menos largo entre la compraventa y la entrega, se decide pactar, como se pactaría en cualquier otro contrato de perfección y consumación diferida, una cláusula penal para el caso de incumplimiento.

Transcurridos seis meses, el cónyuge cuyo consentimiento se omitió es informado de la venta, y no interesándole el negocio, insta la acción de anulabilidad correspondiente. El comprador se allana, ¿pues qué otra cosa puede hacer, si es opinión dominante en la doctrina y en la jurisprudencia que ese contrato es anulable? Llegado el plazo pactado (o antes, pues el contrato ya no puede cumplirse) pide, al amparo del artículo 1.124 del C.c., la resolución y el pago de la correspondiente cláusula penal. Pero, un momento, resolución ¿de qué? ¿Qué contrato hay que haya que resolver? Sí, una vez hubo un acuerdo que parecía un contrato, pero ya se

ha encargado el juez de decir que nunca existió al declarar su nulidad. Ya no hay nada que resolver ni nada que hacer cumplir. El artículo 1.124 no puede jugar. Jugará, en su caso, el artículo 1.303 C.c. Pero, ¿y la cláusula penal prevista para el incumplimiento de esa obligación de entregar que ha sido declarada nula? No quisiéramos aterrorizar al desafortunado comprador, pero el artículo 1.155,2 del C.c. nos dice que la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.

Es cierto que podríamos intentar defender ese derecho del comprador a través de la responsabilidad precontractual o extracontractual del vendedor, pero para ello tendríamos que solventar una serie de obstáculos. En primer lugar, la imputación de responsabilidad precontractual o extracontractual al vendedor no es fácil, en la medida en que éste se ha comportado en todo momento con la mayor transparencia, diligencia y buena fe. En segundo lugar, aun reconocida dicha responsabilidad, el aplicar sin justificación aparente un régimen de responsabilidad distinto al que se aplicaría a una simple venta de cosa ajena. Pensemos solamente en el plazo.

En definitiva, tanto en este caso como en los anteriores hay seguramente mecanismos para solventar los inconvenientes apuntados, con mayor o menor facilidad, forzando más o menos la letra de las normas. Pero, de lo que no cabe ninguna duda, es que el empeño de considerar el contrato como anulable nos obliga a contorsiones de todo tipo que lo único que hacen es evidenciar su falta total de armonía con algunos de los temas más clásicos de nuestro Derecho patrimonial. Si el contrato del que venimos hablando no puede verse afectado por el tenor del artículo 33 LH, si debe ser considerado como justo título para usucapir, si no debe impedir la consumación de la usucapión extraordinaria, si debe permitir el juego del artículo 464 del C.c. y su incumplimiento debe generar una responsabilidad idéntica a la contractual, ¿por qué no sacar la correspondiente conclusión y defender directamente su validez?

IV. El contrato es válido y lo que es anulable son los efectos de dicho contrato frente al cónyuge no contratante

El principal problema con el que se han encontrado los defensores de la validez del contrato ha sido la dificultad de coordinar su tesis con el tenor de nuestro Código civil. Y el problema se vuelve absolutamente insalvable si con GIMÉNEZ DUART y MERINO GUTIÉRREZ entendemos que el acto es irrelevante frente al otro cónyuge hasta que por transcurso del plazo de cuatro años se produce una suerte de ratificación tácita. La crítica de CÁMARA (19) a la posición de GIMÉNEZ DUART es en este punto muy dura. Se apoya fundamentalmente en la dificultad dogmática de comprender cómo se puede ratificar una transmisión sin ratificar simultáneamente el contrato (que de ser válido, como hemos comentado antes, no lo necesitaría), y en el claro tenor de los artículos 1.322 y 1.301 que, quiérase o no, hablan de anulabilidad.

296

La primera objeción, siendo muy seria desde el punto de vista dogmático, no lo sería tanto desde un punto de vista más “tópico” en nuestro caso concreto. En el supuesto de venta de cosa ganancial, la “ratificación” del cónyuge no contratante no es asimilable a una suerte de pago por tercero, como en el caso de venta de cosa ajena, desde el momento en que la contraprestación que recibe el cónyuge vendedor es siempre ganancial; sino a una suerte de aceptación a *posteriori* de los efectos de un negocio que en principio no debe afectarle y que sólo impropiamente merece tal nombre de ratificación. En cualquier caso, toda la distinción defendida por GIMÉNEZ DUART entre el negocio obligacional y el dispositivo y la posibilidad de ratificar *strictu sensu* sólo este último, no parece muy convincente y al comentario de CÁMARA me remito.

(19) “Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio”; en *Homenaje a Vallet*, volumen II; pp. 191 y ss.

La segunda objeción, sin embargo, es mucho más importante, no en balde el trabajo de GIMÉNEZ DUART se subtitula "Ensayo contra el artículo 1.322". Tal subtítulo concede mucho terreno a la tesis que combate, casi hasta el punto de convertir la propia en una pura postura de *lege ferenda*, pues quiérase o no, el artículo no puede referirse a otra cosa que a la anulabilidad.

Pero, además, en contra de la tesis de la ratificación tácita está la clara finalidad del Código en este punto. La ley quiere que, mientras la transmisión no se impugne, produzca efectos. En esto hay que estar de acuerdo con CÁMARA. Mientras el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido permanezca en silencio, hay que permitir al comprador ejercitar todas las acciones propias del contrato, incluida la de exigir el cumplimiento, tal como ha reconocido reiteradamente el Tribunal Supremo. Pensemos, además, que la ratificación no produce efectos en perjuicio de terceros, por lo que no debería afectar a los derechos que tras la perfección del contrato y su entrega, pero antes de esa "ratificación", hubieran adquirido ciertos terceros sobre el bien transmitido. Tampoco encaja con la evolución del Código en esta materia, como tuvimos ocasión de examinar con anterioridad.

Es necesario encontrar una solución que encaje con el tenor, la finalidad y los antecedentes de la actual regulación contenida en el Código civil, y esa solución pasa por referir la anulabilidad no al contrato, sino exclusivamente a los efectos del mismo respecto del cónyuge que no ha consentido. Sólo así tiene sentido calificar a este tipo de anulabilidad como "especial" (20).

Esta postura encaja perfectamente con la evolución del Código en esta materia. En un principio, los contratos realizados por el marido eran válidos y plenamente eficaces respecto de un patrimonio en parte ajeno, como era el ga-

(20) Tal como hace CÁMARA a lo largo de su último trabajo citado.

nancial. En un momento dado, se piensa que esto es excesivo y se busca limitar la eficacia de esos actos, pero partiendo siempre de la idea de que el patrimonio ganancial es un patrimonio especial en el que al marido se le conceden facultades excepcionales, que no tendría respecto de otro patrimonio ajeno. Y hoy en día, por imperativo del artículo 14 de la Constitución, hay dos maridos, en afortunada frase de GIMÉNEZ DUART. Los dos tienen facultades excepcionales respecto del patrimonio ganancial. Contratan eficazmente respecto de tercero, como hacía originariamente el marido, pero con eficacia limitada, claudicante, respecto del cónyuge que no ha consentido. Y que el contrato sea válido no hace más que apuntalar y dar sentido jurídico a esta voluntad legislativa, y no ponerla en entredicho, como hace la tesis que defiende la anulabilidad del contrato.

298

Nadie puede extrañarse de que un cónyuge contrate válidamente con cierta eficacia respecto de un patrimonio ajeno, excepcionando la regla del artículo 1.257 del C.c. ¿O es que acaso no ocurre lo mismo en el artículo 1.384? En este supuesto, el cónyuge contrata válidamente con plena eficacia respecto de bienes que son parcialmente ajenos. Si el legislador hace lo más, ¿cómo no va a poder hacer lo menos, como es permitir contratar válidamente con eficacia claudicante?

Por las mismas razones, encaja con la finalidad buscada: que el contrato produzca plenos efectos mientras no se impugne. El comprador puede exigir a ambos cónyuges el cumplimiento del contrato al amparo del artículo 1.124 del C.c., mientras el cónyuge no contratante no impugne su eficacia. Después, puede también hacerlo, pero ya solamente frente al cónyuge contratante. Como el contrato es plenamente válido, no se producen ninguno de los distorsionantes efectos derivados de la anulabilidad que vimos con anterioridad. Si la cosa se entregó por el vendedor, el comprador adquiere la propiedad, aunque esta adquisición, como cualquiera de los efectos que el contrato produce frente al no

interviniente, puede ser destruida con efecto retroactivo. La única posible diferencia frente a la situación actual es que, una vez que el cónyuge ha impugnado la transmisión y eliminado consiguientemente su eficacia, sólo podría acudir a la reivindicatoria para recuperar la posesión, frente a la solución más simple del artículo 1.303 del C.c. No obstante, la flexible postura adoptada por nuestra jurisprudencia en cuanto a la prueba del dominio evitará en la práctica cualquier inconveniente (21).

Por último, esta tesis encaja con el tenor de nuestro Código civil. Si examinamos cuidadosamente el título III (“Del régimen económico matrimonial”) veremos que no hay ni un solo artículo que diga que los contratos realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro son anulables. El artículo 1.322 dice que “Cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él... podrán ser anulados...”. Únicamente habla de actos de administración o disposición, no de contratos. Lo que interesa anular al cónyuge es el acto de disposición, no el contrato. En un supuesto excepcional, en el que el contrato realizado por un tercero (mi cónyuge) afecta a mi patrimonio, a través de la acción que me concede este artículo alego en mi beneficio la regla general contenida en el artículo 1.257 del Código civil: ese contrato sólo produce efectos entre los contratantes, no para mí. Esta acción de anulabilidad es un mecanismo defensivo creado por la ley en beneficio del cónyuge cuyo consentimiento se omitió para que las aguas vuelvan a su cauce, el cauce de la relatividad de los contratos.

(21) Asimilándola, por ejemplo, a la publiciana, como hacen infinidad de sentencias. Y todo ello al margen de que sea perfectamente defendible que, permitiendo el artículo 1.322 del C.c. ejercitar esa especial acción de anulabilidad, tampoco sea estrictamente necesario acumular una reivindicatoria o publiciana, sino aplicar por analogía el artículo 1.303.

Es muy revelador que únicamente se permita ejercitar la acción al cónyuge cuyo consentimiento se omitió, y no a ninguno de los que participaron en el contrato ni a sus herederos y mucho menos a los terceros. Pone claramente de manifiesto que el que un contrato deje de producir efectos respecto de un determinado tercero es algo que sólo a él compete.

300

Resulta también interesante traer a colación el artículo 169 del Reglamento Notarial. En dicho artículo, después de decir que las personas casadas podrán intervenir por sí solas en todos los actos y contratos que con arreglo a Derecho puedan realizar sin el consentimiento de su consorte, ya sean dichos actos de administración o de dominio, se señala expresamente que “cuando se precisare dicho consentimiento y no se acredite, el Notario podrá autorizar el documento siempre que, haciendo la oportuna advertencia a las partes, éstas insistieren en ello y prestaren su conformidad, todo lo cual se consignará expresamente.” Resulta muy curioso que nuestro ordenamiento permita actuar al notario de esa manera en este supuesto, en teórica contravención con uno de los principios más fundamentales que inspiran la labor notarial, como es el control de legalidad. El artículo 145 del RN nos dice que “el Notario no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial cuando, a su juicio, todos o algunos de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan, cuando la representación del que comparezca en nombre de tercera persona, natural o social, no esté legítimamente acreditada o no le corresponda por las leyes (...) o cuando el acto o contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres, o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos.” ¿Qué justificaría entonces tamaña excepción, sino el cabal convencimiento de que este no puede ser un verdadero supuesto de nulidad del contrato?

Es cierto que la tesis que se defiende tiene un importante obstáculo literal: el artículo 1.301 del C.c. Dice dicho artículo: “La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: (...) Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuera necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento de dicho acto o contrato.” En dicho artículo se habla claramente de invalidar contratos. Sin embargo, pienso que existen argumentos suficientes para salvar el obstáculo de una manera convincente.

Este artículo no es el que se ocupa de calificar lo que es o no es anulable. Son otros los que tienen ese cometido. Para los contratos anulables por falta de capacidad o vicios del consentimiento, los artículos 1.263 y ss. y 293; y para los actos realizados por un cónyuge sin consentimiento del otro, el 1.322 y el 1.377.1. A este artículo lo único que le preocupa, y lo único que consiguientemente regula, es el plazo de la acción de anulabilidad y su cómputo. El párrafo en cuestión determina únicamente el momento a partir del cual deben contarse los cuatro años, remitiéndose a la disolución de la sociedad conyugal, salvo que antes hubiese tenido conocimiento del contrato, lo que es perfectamente lógico para estos supuestos en los que la disposición viene causalizada por un contrato traslativo. La expresión “contratos” contenida en su inciso inicial es un claro anacronismo motivado por la redacción originaria del Código civil, que en este párrafo trataba de la anulabilidad de los contratos hechos por mujer casada sin contar con la licencia marital. Bastaría remitir la expresión “contratos” a los efectos del mismo con relación al otro cónyuge, para que no se plantease ningún problema de interpretación.

Pero si aun se considerase que dicha palabra es un obstáculo mucho mayor para la tesis que aquí se defiende, que el claro tenor de los artículos 33 LH, 1.940, 1.953 del C.c.,

etc., para la contraria, me gustaría terminar citando las clarificadoras palabras de WERNER FLUME sobre el elemento sistemático de la interpretación. “Solamente a partir de la totalidad del Ordenamiento jurídico puede fundamentarse una modificación del contenido de una ley particular, porque la totalidad del Ordenamiento jurídico debe entenderse como realización de la idea del Derecho y sólo de ella pueden extraerse los criterios para la corrección de la Ley en la labor interpretativa. (...) Puede suceder –pero esto debe considerarse como una excepción– que el legislador ya al promulgar la Ley se haya equivocado en su tarea de realizar en la Ley la idea del Derecho, lo que de nuevo sólo debe ser enjuiciado atendiendo al conjunto del Ordenamiento jurídico. Incluso en este caso, el intérprete no debe considerarse como señor, sino como servidor de la Ley, aunque la modifique, y a quien incumbe una obediencia no «ciega» sino «reflexiva» respecto de la Ley y de su misión de realización de la idea del Derecho. La obediencia nunca debe practicarse respecto de la Ley concreta por sí sola, sino siempre respecto de la Ley y del conjunto del Ordenamiento jurídico, y en ello se funda la legitimación y la limitación de la legitimación del intérprete para una interpretación correctora. Nunca se insistirá bastante en la vinculación de la interpretación correctora al conjunto del Ordenamiento jurídico. El intérprete no tiene el poder del legislador, sino que está limitado a subsanar una eventual incongruencia de la ley individual con el conjunto del Ordenamiento jurídico, cuando de otra manera su aplicación fuera contra la idea del Derecho tal como ésta ha quedado plasmada en el conjunto del Ordenamiento jurídico (22).”

(22) *El negocio jurídico*; Fundación Cultural del Notariado, 1998; pp. 358, 359 y 360.

Tribunal Superior de Justicia
Sala de lo Contencioso-Administrativo

**ITP y AJD: aportaciones de los cónyuges
a la sociedad de gananciales**

Sentencia de 16-11-1998 TSJ (Castilla-La Mancha)

305

Está exenta del ITP la aportación por un cónyuge de un bien propio a la sociedad de gananciales con posterioridad a la constitución de la misma, aun con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 13-5-1981 de modificación del Código civil, pues ésta no impide los desplazamientos patrimoniales entre cónyuges y entre sus patrimonios privativos y el ganancial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto. La aportación de finca privativa a sociedad de gananciales con objeto de atribuir ganancialidad a dicho bien, originariamente privativo, está sujeta y exenta del Impuesto.

En Albacete, a dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes Autos núm. 1304/1996 del recurso contencioso-administrativo seguido a instancia de don J. M. P. T., que ha actuado en su propio nombre y derecho dada su condición de Letrado, contra el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Castilla-La Mancha, que ha estado representado y dirigido por el señor Abogado del Estado, siendo coadyuvante la Junta de Comunidades de Castilla-La Man-

cha, que ha estado representada y dirigida por los Servicios Jurídicos de la misma, sobre Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. F. R. M.; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 17 de julio de 1996, el actor interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del TEAR de Castilla-La Mancha de fecha 23 de mayo de 1996 por la que se desestima la Reclamación número 19-478/1995 interpuesta contra la Resolución de los Servicios Provinciales de Guadalajara de la Consejería de Economía y Hacienda de fecha 7 de junio de 1995 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Liquidación TO-0195 por el concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales; en trámite de demanda solicitó literalmente sentencia por la que “con estimación de la demanda, revoque la Resolución del TEAR de Castilla-La Mancha de fecha 23 de mayo de 1996 dictada en Reclamación número 19-478/1995 por no ser conforme a derecho y asimismo acuerde la anulación de la Liquidación número TO-0195 practicada por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales por los Servicios Provinciales de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por estar exenta del Impuesto la aportación a la sociedad conyugal formalizada en documento público de 10 de febrero de 1995 de conformidad con el artículo 45.I.B.3 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre”.

306

SEGUNDO. Conferido traslado de la demanda, tanto la representación del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Castilla-La Mancha, como la representación de la Administración codemandada solicitaron respectivamente sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo.

TERCERO. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba por ninguna de las partes, conforme dispone el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción, se concedió a las partes plazo para la presentación de conclusiones escritas, y transcurrido dicho plazo se señaló para el día 25 de septiembre de 1998 la votación y fallo del presente recurso, que tuvo lugar en dicho día.

CUARTO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

PRIMERO. La cuestión planteada en el presente recurso contencioso-administrativo se concreta en determinar si la resolución impugnada es nula y no conforme a derecho, por cuanto, como sostiene el recurrente, el contrato suscrito por el actor y su esposa mediante Escritura Pública de fecha 10 de febrero de 1995 otorgada por el Notario del Ilustre Colegio de Madrid, con destino en Guadalajara, don S. M. C. M.-S. (protocolo núm. 216), por el que, por una parte, doña M. M. S. aporta a su sociedad conyugal una finca de la que era titular con carácter privativo por donación otorgada a su favor por sus padres, constante matrimonio "al objeto de que obtenga el carácter de bien ganancial de ambos cónyuges" (estipulación primera); y por otra, el actor, don J. M. P. T. aporta a su sociedad conyugal la cantidad de setecientas mil pesetas, en efectivo metálico "cantidad igual al valor de lo aportado por su esposa y procedente de sus bienes privativos, lo que ésta ratifica" (estipulación segunda), constituye un negocio de aportación de bienes y derechos realizada por los cónyuges a la sociedad de gananciales, que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 45.I.B.3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, está exenta del pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Frente a ello, la representación de la Administración demandada y de la codemandada, sostienen que tal contrato no es más que una pura y simple compraventa de una cuota proindivisa y sin reemplazo de un bien privativo, dado que, después de la reforma del Código Civil operada por Ley 13 de mayo de 1981, la exención prevista en el artículo 45.I.B.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 1993 solamente será de aplicación a las adjudicaciones que se produzcan a la disolución de la sociedad de gananciales y a aquellos territorios de Derecho Foral (Aragón, Cataluña, Baleares y Navarra) en que se permite la aportación de bienes dotales y parafernales de la mujer a la sociedad conyugal, pero no al resto del Estado sometido al Derecho civil común, en que, prescindiéndose de toda referencia a la aportación de bienes al matrimonio al regular el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, resulta de imposible realización la posibilidad de aportaciones que no impliquen un desplazamiento del dominio del bien de una a otra persona, pues deben calificarse como transmisiones onerosas o lucrativas, según los términos que se estipulen, en virtud de la libertad de pactos entre cónyuges actualmente vigente según el artículo 1.323 del Código Civil.

SEGUNDO. Para la recta resolución del caso planteado con este recurso debe partirse de la distinción doctrinal entre comunidades de bienes por cuotas, también llamadas de tipo romano, y las comunidades de mano común, de origen germánico. En la comunidad de tipo romano, que es la

regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil cada condueño tiene “la plena propiedad de su parte y de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento” (art. 399 del Código Civil). Por ello, porque cada condueño es titular de un derecho real, cuando la comunidad se disuelve, las adjudicaciones de bienes no se consideran fiscalmente transmisiones sino meras concreciones de ese derecho real que ya estaba en el patrimonio de los condueños. De aquí que el artículo 30 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados tenga establecido que “la disolución de comunidades de bienes que no hayan realizado actividades empresariales, siempre que las adjudicaciones guarden la debida proporción con las cuotas de titularidad, sólo tributarán, en su caso, por actos jurídicos documentados”. No sucede así en las comunidades de mano común, donde no hay cuotas reales, ni, por ende, ejercicio individual de derechos dominicales. Sólo cuando la comunidad se disuelve surge el derecho a la cuota de liquidación, un derecho de crédito que, efectivamente, puede ser pagado mediante adjudicación de bienes, y, en este caso, las adjudicaciones están sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Pues bien, la sociedad conyugal de gananciales se configura en los artículos 1.344 y siguientes del Código Civil como una comunidad de mano común, lo que determina que, tanto las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, como las adjudicaciones de bienes que tienen lugar al disolverse, realizadas en favor de los cónyuges en pago de su haber de gananciales, están sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, y permite que el artículo 45.I.B.3 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, las haya declarado exentas.

Sentada la anterior doctrina, en el presente caso la Administración demandada cuestiona la naturaleza jurídica del contrato suscrito por el actor y su cónyuge mediante escritura pública otorgada en fecha 10 de febrero de 1995 por el Notario de Guadalajara don S. M. C. M.-S. (protocolo núm. 216), negando que pueda ser calificado como un negocio de aportación de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, para sostener que se está ante un contrato de compraventa de una cuota proindivisa y sin reemplazo de un bien privativo, dado que, después de la reforma del Código Civil operada por Ley de 13 de mayo de 1981, la exención prevista en el artículo 45.I.B.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 1993 solamente será de aplicación a las adjudicaciones que se produzcan a la disolución de la sociedad de gananciales y a aquellos territorios de Derecho Foral (Aragón, Cataluña, Baleares y Navarra) en que se permite la aportación de bienes dotales y parafernales de la mujer a la sociedad conyugal. La pretensión de la Administración demandada debe ser desestimada pues, después de la reforma del Código Civil operada por Ley de 13 de mayo de 1981,

el negocio de aportación de derechos concretos verificada por los cónyuges a la sociedad conyugal no es más que una aplicación particular del artículo 1.323 del Código Civil –como igualmente lo es el negocio de atribución de ganancialidad previsto en el artículo 1.355 del Código Civil– que instaura la libertad de contratación entre cónyuges, toda vez que los amplios términos del citado precepto posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto, entre los cuales, no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada. En el presente caso, la aportación de la finca del cónyuge del actor a la sociedad conyugal no es más que un negocio jurídico familiar que tiene por finalidad la atribución de ganancialidad a los bienes aportados, por el que se aúna la *datio o traditio* (en este caso tácita), una *iusta causa traditionis*, la *causa matrimonii* o más exactamente *ad sustinenda oneri matrimonii*, sujetándola a un proceso de comunicación de bienes y lucrándose de los *refecta*. Mas, con ello, no se quiere decir sino que, en el presente caso, el contrato de aportación de bienes a la comunidad de gananciales ha tenido por objeto la atribución de ganancialidad de bienes originariamente privativos, lo que en rigor supone la transmisión de un bien de un patrimonio (privativo) a otro (ganancial) y no solamente un simple cambio de calificación del mismo. De ahí que, en el ámbito impositivo que ahora nos ocupa, no se esté en presencia de un supuesto de no sujeción, sino ante un supuesto de exención previsto expresamente en el artículo 45.I.B.3 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 1993.

TERCERO. Procede, por tanto, la estimación del recurso, sin pronunciamiento especial en materia de costas, al no apreciarse temeridad o mala fe en los litigantes a efectos de lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción.

FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por J. M. P. T., contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Castilla-La Mancha de fecha 23 de mayo de 1996 por la que se desestima la Reclamación número 19-478/1995 interpuesta contra la Resolución de los Servicios Provinciales de Guadalajara de la Consejería de Economía y Hacienda de fecha 7 de junio de 1995 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Liquidación TO-0195 por el concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales; debemos declarar y declaramos nulas y no ajustadas a derecho las expresadas resoluciones, que han de anularse por tanto, sin hacer declaración sobre las costas causadas en este recurso contencioso-administrativo.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así, por esta sentencia, de la que se llevará certificación literal a los autos originales y la que se notificará con expresión de los recursos procedentes, plazo de interposición y órgano competente, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

COMENTARIO

1. Planteamiento previo

310 En opinión de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, entre los principios inspiradores de la reforma de 1981, destaca el principio de libertad de estipulación *“Lo reconoce el Código en el artículo 1.315. Lo reitera en el artículo 1.325. Es además el principio que sirve de inspiración al régimen jurídico de la sociedad de gananciales”*. En esta línea de pensamiento, al referirse a la ganancialidad de las adquisiciones onerosas, añaden: *“Existe un favorecimiento de la voluntad de los interesados, acorde con la relevancia que la Reforma de 1981 ha dado a lo que los cónyuges acuerden. Así, el artículo 1.355 dispone que los cónyuges pueden atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga...”*.

En relación con la llamada atribución de ganancialidad, PUIG BRUTAU señala que *“Lo que dispone este artículo es posible por haber desaparecido en el Código la prohibición de las donaciones entre cónyuges, que ahora son posibles (art. 1.323). Por esta misma libertad de contratación cualquiera de los cónyuges podrá transmitir la titularidad de un bien privativo a la comunidad ganancial...”*.

2. Evolución normativa

En la comparación del artículo 48.I.B).3 del texto refundido de la ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por el real decreto legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, y el artículo 45.I.B).3 del texto refundido de la ley de dicho impuesto, aprobado por real decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, no existe la más mínima diferencia.

3. La posición de la Administración

En contestaciones a consultas, la Dirección General de Tributos viene defendiendo que el artículo 45.1.B).3 de la ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pese a su literalidad, ha quedado sin contenido tras la reforma del Derecho de familia operada en 1981 (30 de julio de 1991). En opinión del centro directivo, no quedarían amparados por la exención las aportaciones de bienes privativos que realice un cónyuge a favor de la sociedad conyugal tributando por Transmisiones Patrimoniales Onerosas si tiene causa onerosa y sujetándose al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones si la causa es gratuita (21 de marzo de 1993).

Con fecha 21 de marzo de 1995, contesta diciendo que la exención no es aplicable a las aportaciones que un cónyuge realice de sus bienes propios a la sociedad de gananciales con el resultado de que los bienes aportados se conviertan en bienes gananciales de la sociedad conyugal.

Contrariamente, el Tribunal Económico Administrativo de Valencia, en resolución de 30 de septiembre de 1998, ha señalado que las aportaciones a título gratuito de bienes privativos a la sociedad ganancial quedan no sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, mientras que para las aportaciones onerosas o

con cualquier tipo de contraprestación al cónyuge aportante se le aplica la exención del artículo 45.1.B).3 del texto refundido de la ley del impuesto.

4. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha

312

Parte de la clásica distinción doctrinal entre la comunidad romana y la germánica para poner de manifiesto cómo en esta última no existen cuotas reales ni ejercicio individual de derechos dominicales, de ahí que, al disolverse, se produzcan auténticas adjudicaciones de bienes que inciden en el presupuesto de hecho del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Cuando de la sociedad conyugal se trata, por las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal así como por las adjudicaciones de bienes que tienen lugar al disolverse, realizadas en favor de los cónyuges en pago de su haber de gananciales, están sujetas si bien, posteriormente, exentas [art. 45.1.B).3] al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Niega la postura de la Administración, defensora de la existencia de un contrato de compraventa de una cuota proindivisa y sin reemplazo de un bien privativo, basada en una interpretación de la reforma del Código civil (Ley 13 de mayo de 1981) que, en la opinión administrativa, reserva la exención para supuestos de adjudicación en los territorios forales que permiten la aportación de bienes dotales y parafornales de la mujer a la sociedad conyugal.

La negativa la basa, precisamente, en la libertad de contratación consagrada por la reforma de 1981 y recogida en el artículo 1.323 del Código civil justificando, además, que se trata de un negocio jurídico familiar que tiene por finalidad la atribución de ganancialidad a los bienes aportados, con legales usos o modos, justa causa y para el sostenimien-

to de las cargas del matrimonio por lo que *se produce una transmisión* auténtica de un bien privativo al patrimonio común o ganancial. Ello hace que no se esté en presencia de un supuesto de no sujeción sino de transmisión exenta al amparo del artículo 45.1.B).3 del texto refundido de 1993.

5. Conclusión

El tribunal viene a seguir el criterio manifestado en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de junio de 1993 en relación con las aportaciones a la sociedad conyugal: negocios traslativos dotados de sustantividad propia entre la compraventa y la donación. Por lo que, *con independencia de su causa onerosa o gratuita*, estamos, como advierte la sentencia, ante un negocio jurídico familiar con presupuesto jurídico particular.

Por otra parte, la reforma de 1981 no puede ser argumento a esgrimir ante una ley fechada en 1993 que reproduce exactamente el mismo texto que el vigente desde 1980, por lo que el precepto, la exención, parece estar plenamente vigente.

**Tribunal Superior de Justicia
Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**La escritura de modificación del término previsto
para la devolución de un préstamo está sujeta
a AJD: determinación de la base imponible**

315

Sentencia de 19-11-1998 TSJ (Castilla-La Mancha)

No cabe negar que la escritura de modificación del préstamo contiene un acto valorable económicamente. En su mismo valor económico radica, precisamente, que se otorgue, pues si no carecería en absoluto de interés para quienes lo suscriben y no llegaría siquiera a efectuarse. En la base imponible ha de computarse el valor del acto y no el del objeto sobre el que recae, por lo que se atenderá no al valor del préstamo, sino al valor que supone para el prestatario la ampliación del plazo de devolución, que se concreta en los intereses adicionales a pagar al prestamista.

En Albacete, a diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes Autos núm. 1375/1996 del recurso contencioso-administrativo seguido a instancia de "T., SA", representado y dirigido por el Letrado don C. S. V., contra el Tribunal Económico Administrativo Regional de Castilla-La Mancha, que ha estado representado y dirigido por el señor Abogado del Estado, siendo coadyuvante

la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que ha estado representada y dirigida por los Servicios Jurídicos de la misma, sobre Impuesto de Transmisiones Patrimoniales; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. J. L. I.; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. “T., SA” interpuso recurso contencioso-administrativo, por escrito presentado el 26-7-1996, en impugnación de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Castilla-La Mancha de 28-5-1996, por la que se desestimó la Reclamación Económico-Administrativa núm. 02-92/1995, interpuesta contra la resolución de la Delegación Provincial de Albacete de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Albacete por la que se desestimó el Recurso de Reposición núm. 411/1994, interpuesto contra la Liquidación núm. T2/1531/1994, por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, en relación con la escritura de modificación de préstamo hipotecario de fecha 22-9-1993.

316

SEGUNDO. En su escrito de demanda, el actor alegó: 1.º Que el negocio se encuentra excluido de gravamen a efectos del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados por obra de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, ya que se trata de una simple modificación del tipo de interés de un préstamo; 2.º Que no debe gravarse, porque ya se gravó la escritura original de préstamo; y 3.º Que falta la correspondiente motivación de la comprobación de valores. Terminó solicitando la revocación de los actos recurridos, con las costas.

TERCERO. Por el Abogado del Estado y la representación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha demandada se contestó en el sentido de oponerse, alegando, a su vez, la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, dado que el acto original fue reformado por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Castilla-La Mancha, y, en cuanto al fondo, la corrección de la resolución recurrida. Terminaron solicitando la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

CUARTO. No habiéndose recibido el pleito a prueba, presentados que fueron los escritos de conclusiones, para votación y fallo se señaló el día 7-10-1998, fecha en la que efectivamente se llevó a término, quedando los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

QUINTO. En la presente causa se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Ha de ser rechazada la causa de inadmisibilidad opuesta por las Administraciones demandadas. El hecho de que sea preciso agotar una vía administrativa previa para acceder a la jurisdicción no quiere decir que

ésta, en los casos en que en vía de recurso administrativo se haya reformado parcialmente el acto inicialmente impugnado, no pueda entrar a conocer del mismo plenamente, para decidir, en definitiva, si procede la reforma parcial que la propia Administración efectúa o si, por el contrario, el acto ha de ser reformado totalmente, es decir, anulado. Debe entrarse, por tanto, a considerar el fondo del asunto.

SEGUNDO. Alega el recurrente en primer lugar que la escritura gravada no debió serlo, por aplicación de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Ahora bien, esta norma entró en vigor el mismo día de su publicación en el BOE (en concreto, el 5-4-1994), sin establecer norma de retroactividad alguna, por lo que es de aplicación el artículo 2.3 del Código Civil. Dado que la escritura es de fecha 22-9-1993, es claro que no cabe reclamar la aplicación de la citada disposición.

TERCERO. También aduce el actor que se está gravando doblemente un acto, dado que se gravó ya en su momento la escritura original de constitución de préstamo y ahora se vuelve a gravar la modificación. Ahora bien, esta alegación sería de estimar si el Tribunal Económico-Administrativo no hubiera ya limitado la posibilidad de liquidar exclusivamente en cuanto a la diferencia económica entre ambas escrituras, en resolución que mantiene, por otro lado, un criterio similar al que esta Sala expuso en su Sentencia de 14-2-1998 (Recurso núm. 2365/1995), en la que se indicó lo siguiente, que resulta de aplicación al caso, sin perjuicio de entender las citas que realiza del TR de 24-9-1993 referidas en nuestro caso al Real Decreto Legislativo 3050/1980:

“El problema planteado en los presentes autos se puede resumir de la siguiente forma: se trata de determinar si una escritura de modificación del término previsto para devolución de la cantidad correspondiente a un contrato de préstamo (que ya tributó como tal) se encuentra sujeta, o no, al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, en virtud de la previsión que al respecto contiene el artículo 27.1 a), en relación con el 31.2, de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TR de 24-9-1993). El recurrente alega el carácter no evaluable del acto contenido en la escritura, mientras que de contrario se afirma su evaluabilidad, y además se aporta el argumento, en favor de la sujeción, de que posteriormente se declararon exentos supuestos similares en la Ley 2/1994, de 30 de marzo. Pues bien, no cabe negar, en principio, en contra de lo que el recurrente pretende, que la escritura de modificación del préstamo contiene un acto valorable económicamente. En su mismo valor económico radica, precisamente, que se otorgue, pues si no carecería en absoluto de interés para quienes lo suscriben, y no llegaría siquiera a efectuarse. Ahora bien, sentado lo anterior, no puede, sin más, aceptarse la asignación de valor que la Administración, mecánicamente, efectúa. La escritura, en efecto, como se ha dicho,

contiene un valor o interés económico, pero éste (como de hecho reconoce la representación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha) se limita a determinados aspectos del contrato de préstamo originario, sin que reproduzca íntegramente el contenido o valor económico de la primera operación que ahora se modifica en parte, que ahora se sujeta a una novación modificativa. Siendo esta última la realidad económica subyacente a la operación, sólo abonaría la postura de la Administración un concepto estrictamente formalista del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, según el cual, una vez comprobado el carácter evaluable del acto que se grava (artículos 31.2 y 30.3 de la Ley) la determinación de la base imponible habría de hacerse tomando, sin más consideraciones, el valor del objeto a que se refiere el acto, y no el del acto mismo. Pero una interpretación de tal naturaleza no viene avalada ni por el texto del precepto a aplicar, ni por la interpretación que de esta figura impositiva se deriva de determinadas resoluciones del Tribunal Supremo. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8-4-1995 rechazó, en un caso concreto, esta concepción formalista del impuesto al declarar lo siguiente:

«Llegados a este punto, es decir, a resolver si la escritura por la que se modifican unas acciones, antes al portador, transformándolas en nominativas, sin variación cuantitativa, ni modificación estatutaria distinta (cambio de denominación, cambio de actividad, etc.) tiene por objeto 'cantidad o cosa valuable', pregunta a la que hay que contestar que no, ya que lo valuable es el capital social, y éste no es objeto de cambio o modificación alguna por la escritura pública discutida, capital que permanece uno y el mismo antes y después de la escritura, sin que pueda atribuirse valor alguno al hecho de que una acción que antes era al portador, sea desde una fecha determinada nominativa, por exigirlo, además, una Ley. La escritura que modifica las acciones, es independiente del valor de éstas; es el valor de la acción lo que es valuable, con independencia de la naturaleza de la acción, y ese valor de la acción no es objeto de la escritura».

Puede observarse, pues, cómo el Tribunal Supremo rechaza una consideración puramente formal como la que se ha descrito más arriba, sin conformarse con que el acto recogido en el documento correspondiente aluda, haga referencia o recaiga sobre un objeto que es valuable, exigiendo que el acto mismo que recae sobre tal objeto valuable, lo sea también. En la Sentencia parcialmente transcrita, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que el acto en cuestión no es en absoluto valuable; pero de ello se infiere, «a fortiori», que cuando lo sea, habrá que atender al valor que tenga el acto mismo, no el objeto sobre el que recae o al que afecta en parte. Aplicando todo lo que hasta aquí se ha razonado, al caso de autos, tenemos que el acto recogido en la escritura de 2-12-1993 se limita a modificar (Estipulación Primera) el contrato de préstamo vigente en cuanto al plazo máximo de duración del mismo, de modo que de ocho pasa a doce años, con la consiguiente afectación al importe total final de los intereses que el prestatario habrá de abonar en definitiva al prestamista, en atención a la nueva duración del contrato. Aunque no consta en autos la escritura de préstamo original, de las

alegaciones de las partes y de la certificación de la Caja prestataria que figura en el expediente administrativo, se infiere que la cuantía del préstamo no fue modificada (la modificación de la cláusula primera se limitó a actualizar el nombre de la entidad prestamista) y que lo que se alteró fue el plazo de devolución, incrementándose desde ocho a doce años, manteniéndose el plazo de carencia en dos años y ampliándose el de amortización a diez (de seis que contaría inicialmente), modificándose, además, el tipo de interés variable, y el fijo previsto para el plazo del 23-12-1993 al 31-12-1994. Pues bien, lo que hubiera tenido la Administración que valorar para determinar la base imponible del impuesto era el contenido económico de las anteriores cláusulas, en concreto el valor que tiene para el prestatario la prolongación del plazo de devolución, y por tanto el disfrute por más tiempo de la cantidad prestada, valor que se concreta en los intereses adicionales que tendrá que pagar por dicho período; y, además, de haberse modificado también, como parece, el tipo de interés, también la diferencia de valor que exista entre el interés que abonaba conforme al tipo previsto en la escritura original y el de la de modificación. Pero lo que no es admisible es que se compute, nuevamente, el importe total del préstamo. Y ello es así, simplemente, porque la escritura no contiene el otorgamiento de un contrato de préstamo, ni la alteración de su cuantía, sino sólo el contenido que se acaba de describir, y a ello ha de ceñirse la Administración. En definitiva, la Administración efectuó una liquidación tomando como base imponible una cantidad muy superior a la correcta, y que no respondía al concepto que de la base imponible de esta figura impositiva consta en su regulación, pues de acuerdo con el antes citado artículo 31.2 de la Ley del Impuesto, la base la constituye el valor de «tales actos o contratos», y si tal acto es la modificación de un préstamo, al contenido económico de tal modificación habrá que atender». Por consiguiente, no puede sino confirmarse, también desde este punto de vista, la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Castilla-La Mancha.

319

CUARTO. En fin, el actor achaca a la resolución inicial de la Administración la falta de motivación que cabe exigir a una comprobación de valores. Ahora bien, tal motivación será precisa (y este Tribunal la ha exigido de forma estricta en numerosas ocasiones) cuando se trate de efectuar una valoración sobre un bien del mundo físico, o incluso sobre uno de naturaleza puramente económica que exija de un acto de ponderación de tipo técnico. Ahora bien, el hecho de tomar como valor el propio de la escritura no necesita de mayores motivaciones o explicaciones, pues queda claro cuál es el valor que toma la Administración, la cual no lo asigna (como en el caso, por ejemplo, de un inmueble) sino que lo toma de los propios datos proporcionados por los otorgantes. Que esa consideración del valor total de la escritura sea o no correcta es otra cuestión, pero lo que está claro es que la Administración no tiene por qué explicar de dónde procede el valor que otorga cuando toma el que deriva de la propia escritura; la evidencia

de la procedencia u origen de este valor exime de mayores explicaciones a la Administración.

En definitiva, el presente recurso contencioso-administrativo ha de ser desestimado.

QUINTO. En cuanto a las costas del proceso, y por aplicación del artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede su imposición a ninguna de las partes contendientes.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo, sin hacer especial condena en costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe la interposición de recurso alguno. Y a su tiempo, y con certificación de la presente para su cumplimiento, devuélvase el expediente al lugar de su procedencia.

Así por esta, nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

320

COMENTARIO

1. Planteamiento previo

La modificación de las condiciones de un préstamo hipotecario no puede separarse de las vicisitudes que afectan a la tributación (exención o no) de los calificados como operaciones financieras a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido en relación con el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Tampoco de cómo debe cuantificarse, en su caso, la base imponible a efectos del gravamen documental.

Sentado lo anterior, podría discutirse si la novación modificativa referida, exclusivamente, a la cláusula del tipo de interés (o, conjuntamente, con la variación del plazo) supo-

ne alteración de la responsabilidad hipotecaria que incida en las previsiones legales contenidas en el artículo 31.2 del texto refundido.

2. La Ley 2/1994, de 30 de marzo

El artículo 9 de esta ley estableció la exención en la modalidad gradual de “Actos Jurídicos Documentados” para las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, cuando aquél fuera alguna de las entidades financieras a que se refiere el artículo 2.º de la ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario y la modificación afectase a la mejora de las condiciones del tipo de interés, inicialmente pactado o vigente, pudiéndose, conjuntamente con esta mejora, pactar la alteración del plazo.

La lectura que, a sensu contrario, realiza la defensa en favor de la sujeción a gravamen del supuesto de hecho recogido en la sentencia, tiene en cuenta la ley 2/1994, de 30 de marzo, en la medida en que para declarar la exención de algo debe existir una sujeción previa, por lo que el legislador hace, indirectamente, de intérprete al vincular la exención de las escrituras públicas de novación modificativa de estos préstamos hipotecarios a la modalidad gradual de Actos Jurídicos Documentados.

Este mismo argumento ya fue utilizado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de julio de 1994, si bien para confirmar la sujeción a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados de los préstamos hipotecarios no sujetos a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas: *“Esta interpretación viene avalada por el sentido liberatorio recientemente adoptado por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios, norma inspirada según su preámbulo en el propósito de introducir una drástica reducción de los costes fiscales y del*

sistema de protección de la seguridad jurídica privada (honorarios de Notarios y Registros), disponiendo en su artículo 7 que «estará exenta la escritura que documente la operación de subrogación en la modalidad gradual de actos jurídicos documentados sobre documentos notariales». Excepción que carecería de sentido introducir si con anterioridad hubiera estado vigente”.

3. La postura de la Administración

322

La Dirección General de Tributos, mediante contestación a consulta evacuada con fecha 21 de septiembre de 1994, defiende la tesis de que la modificación de las condiciones del préstamo (muy similar en cuanto al supuesto de hecho al recogido por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha) es determinante del gravamen por el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Por el contrario, la contestación de fecha 14 de octubre de 1994 admite que, no modificándose la garantía hipotecaria (en particular los intereses), la prórroga del plazo no determina por sí misma la sujeción al faltar la cosa valuable.

4. Los criterios expuestos en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha

— Se trata de doctrina ya anticipada en sentencia de 14 de febrero de 1998.

— Con amparo en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1995, rechaza la concepción formalista del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, si bien parece ignorar las de 31 de mayo de 1990; 28 de junio de 1994 y 3 de junio de 1998, que defienden la tesis contraria (1).

(1) Concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994 dice: “Finalmente, la armonización fiscal que propugna el artículo 13 de la sexta direc-

— Ello le permite, no obstante, establecer que lo importante no es el acto por el acto, sino el valor que tenga el acto mismo.

— En la medida en que el acto modifica tanto el plazo de devolución del préstamo (prolongándolo), como el tipo de interés, para el intérprete ambos actos, cada uno por separado, tienen un valor que debe someterse al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

5. Conclusión

Lo más destacable es que, por una parte, confirma, agravándolos, los criterios administrativos (la DGT no considera acto gravable la mera prórroga del plazo). Por otra, enlaza con la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 21 de mayo de 1998, en cuanto a la amplitud del concepto de valor o acto evaluable y, además, advierte que el contenido de la escritura presentada equivale a “valor declarado”, sin necesidad de comprobación administrativa.

tiva de la hoy Unión Europea, de 17 de mayo de 1977, sobre la exención a los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumente, no contradice el carácter de exceptuado del tipo especial de actos jurídicos documentados a que nos venimos refiriendo, cuyo hecho imponible no obedece al negocio jurídico que documenta, sino a su instrumentación formal”.

Tribunal Superior de Justicia
Sala de lo Contencioso-Administrativo

**Escritura de constitución de préstamo hipotecario:
para determinación de la base imponible a efectos
del Impuesto sobre AJD no se incluye el importe
de los intereses garantizados**

325

Sentencia de 20-11-1998 TSJ (La Rioja)

La base imponible del tributo, a efectos del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, habrá de determinarse con base en el artículo 29.1 del Texto Refundido, sin que pueda afectarle lo establecido en el artículo 10.2.c) del mismo para las hipotecas, prendas y anticresis, por cuanto este precepto pertenece al Título Primero, y, por tanto, es referente al Impuesto en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales.

En Logroño, a veinte de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, compuesta por los Magistrados Ilmos. Sres. D. V. I. D., que la preside, y D. L. L.-O. F., y completada por el Magistrado Suplente Ilmo. Sr. D. J. I. R. P. V., pronuncia,

EN NOMBRE DEL REY

y bajo ponencia del Magistrado Ilmo. Sr. D. V. I. D., la siguiente

SENTENCIA

Vistos los autos correspondientes al recurso contencioso-administrativo sustanciado en esta Sala bajo el núm. 839/1997 y tramitado con arreglo a las normas del procedimiento ordinario, a instancia de "H., SA", representada y defendida por el Letrado DON J. S. M., siendo demandado el TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO REGIONAL DE LA RIOJA, representado y defendido, a su vez, por el SEÑOR ABOGADO DEL ESTADO y como codemandada la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA RIOJA, representada y defendida, a su vez, por el SEÑOR ABOGADO DEL GOBIERNO; recurso cuya cuantía se cifró en 52.000 pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Mediante escrito presentado el 28 de julio de 1997 se interpuso, ante esta Sala y a nombre de "H., SA" recurso contencioso-administrativo contra Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de La Rioja de fecha 18 de junio de 1997, desestimatoria de la Reclamación Económico Administrativa núm. 1285/1996, interpuesta contra Acuerdo desestimatorio de impugnación de autoliquidación y solicitud de ingresos indebidos, de fecha 28 de octubre de 1996, y por el concepto Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

SEGUNDO. Inicialmente admitido a trámite dicho recurso, se publicó el preceptivo anuncio general y se recabó el correspondiente expediente administrativo, recibido el cual, se confirió traslado a la parte recurrente para que formulara su demanda, como así lo hizo mediante escrito presentado el 13 de marzo de 1998, exponiendo en él los hechos propios del caso y articulando los fundamentos jurídicos que reputaba aplicables al mismo, para terminar con unos pedimentos del tenor literal siguiente: "**Suplico:** dicte sentencia estimatoria de este recurso, revocando la Resolución del TEAR de La Rioja de 18 de junio de 1997, dictada en Reclamación núm. 1285/1996, así como la Resolución de la Dirección General de Tributos de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de La Rioja de 28 de octubre de 1996, referencia T-2116-1996, confirmada por el TEAR, y consecuentemente la autoliquidación indirectamente impugnada, ordenando la devolución de las 102.000 pesetas, indebidamente ingresadas dada la exención y subsidiariamente ordenando la devolución de la diferencia indebidamente ingresada en función de la distinta integración de la base imponible; en cualquier caso con los intereses correspondientes".

TERCERO. Trasladada la demanda al representante procesal de la Administración demandada, evacuó el trámite de contestación, oponiéndose a ella en los términos de hecho y de derecho que entendió oportunos, y solicitando finalmente la desestimación del recurso. Pretensión que reprodujo, con

apoyo en análogos argumentos, la representación procesal de la codemandada Comunidad Autónoma de La Rioja.

CUARTO. No habiéndose solicitado el pleito a prueba, se acordó la presentación de conclusiones escritas que fueron formuladas, en su momento, por las partes, tras lo cual se señaló, para votación y fallo del asunto, el día 13 de noviembre de 1998, en que se reunió, al efecto, la Sala.

QUINTO. En la tramitación del proceso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La entidad mercantil demandante recurre contra la Resolución dictada en Reclamación núm. 1285/1996 y fecha de 18 de junio de 1997 por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de La Rioja por la que se confirmó el acuerdo desestimatorio de impugnación de autoliquidación y solicitud de ingresos indebidos dictado por la Dirección General de Tributos del Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja con relación al concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad de Actos Jurídicos Documentados, con la pretensión de anulación de los actos impugnados.

SEGUNDO. Es del caso que en fecha 17-9-1993 "H., SA", autoliquidó el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, ingresando 102.000 pesetas, correspondiente a una Escritura Pública de préstamo hipotecario por diez millones de pesetas de principal otorgada el 30 de agosto del propio año. En 17-6-1996 la entidad solicitó la rectificación de dicha autoliquidación con devolución del exceso indebidamente ingresado. Lo que fue denegado a través de los actos ahora objeto de recurso.

TERCERO. La pretensión que, con carácter de principal o preferente, articula la demanda, esto es, que se le devuelva a la demandante el total (102.000 pesetas) de lo pagado, en cuanto todo ello indebidamente ingresado, debe ser rechazada de plano por de todo punto inadmisibile, en razón de que, dejando de lado los argumentos o motivos de orden jurídico en que fundamenta por primera vez la demanda tal pretensión, ésta, en sí misma considerada, constituye una petición nueva respecto de la que la actora formuló previamente ante la Administración, y distinta y más amplia que la originaria, limitada a la devolución de sólo parte de lo satisfecho por considerarlo indebidamente ingresado; incurriéndose así en una patente desviación procesal entre lo que fue pretendido en vía administrativa y lo que ahora se postula que, dado el carácter esencialmente revisor de la legalidad de la actuación administrativa propio de esta jurisdicción, debe ser objeto del rechazo apuntado. Quedando, precisamente por esta obligada consecuen-

cia, por completo excusado el examen y decisión de si la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria otorgada en la ocasión de autos por una Caja de Ahorros a la entidad mercantil actora debe reputarse o no exenta del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Cuestión, por otra parte, que ya parece haber obtenido definitiva respuesta negativa (en contra de lo pretendido por la demandante y sostenido por esta misma Sala en Sentencias que cita de 11-10-1990, 28-12-1990, 16-4-1991 y 29-5-1992) en Sentencias del Tribunal Supremo de 2-10-1989, 9-10-1992, 26-4-1996, 22-11-1996 y 23-11-1996, entre otras.

CUARTO. En cuanto a la pretensión, subsidiariamente articulada en la demanda –y única formulada en la vía administrativa–, de que se ordene la devolución del exceso indebidamente ingresado en función de una sobrevalorada integración de la base imponible más allá del principal del préstamo, la decisión que se impone es la de su estimación.

En efecto, tratándose en el caso de autos del Impuesto en su modalidad de sobre Actos Jurídicos Documentados y, concretamente, de las normas aplicables a la determinación de la base imponible en un préstamo con garantía hipotecaria, ha de tomarse en consideración que el artículo 29.1 del Texto Refundido de 30 de diciembre de 1980, aplicable en la ocasión (al igual que el 30.1 del vigente Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993), el cual constituye la norma específica de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, determina que en las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable, servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa.

Precepto por el que, a efectos del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, habrá que determinar la base imponible del tributo, sin que, como pretende la Administración Tributaria, pueda afectarle lo establecido en el artículo 10.2 c) del propio Texto Refundido para las hipotecas, prendas y anticresis, por cuanto este precepto pertenece al Título Primero y, por tanto, es referente al impuesto en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales, al que, por cierto, no está siquiera sujeta la operación de referencia, según pacífica doctrina científica y jurisprudencial.

Ha de concluirse, por tanto, por la indebida aplicación al caso del artículo 10.2 c) del Texto Refundido de 1980 y por la infracción, dada su indebida inaplicación, del artículo 30.1 del mismo Texto Refundido; procediendo apreciar en el caso un exceso en el cálculo de la base imponible más allá del principal del préstamo, y, por ende, la existencia de un ingreso indebido que debe ser reintegrado al solicitante con los intereses correspondientes.

QUINTO. No se aprecian motivos conforme al artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción para hacer imposición de costas.

Y, en su virtud,

Que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto y la pretensión subsidiariamente articulada en la demanda deducida en el proceso, declaramos no ser conformes a Derecho los actos administrativos impugnados, los que, en consecuencia, anulamos y dejamos sin efecto; declarando, en su lugar, el derecho de la recurrente a obtener la devolución de ingresos indebidos en los términos en su día solicitados ante la Administración de Tributos del Gobierno de La Rioja y en los que se especifican en esta sentencia.

Sin costas.

Así, por esta nuestra sentencia –de la que se llevará literal testimonio a los autos– y definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

COMENTARIO

329

1. Delimitación previa

Hoy es criterio generalmente aceptado que los préstamos concedidos por sujetos pasivos del Impuesto sobre el Valor Añadido en el ámbito de su actividad quedan sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido. Por el contrario, los préstamos concedidos por particulares, aun cuando sean retribuidos, quedan sujetos a Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

2. Las garantías accesorias de los préstamos sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido

Conforme a los artículos 4.Cuatro y 20.1.18 de la Ley 37/ 1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, las garantías reales anejas a una operación de préstamo sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, aunque exenta, comporta-

rán la exclusión de los hechos imposables de la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas. Tratándose de garantías reales inscribibles el artículo 31.2 del texto refundido de la ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (real decreto legislativo 1/1993) parece sujetar estas operaciones a la cuota proporcional de Actos Jurídicos Documentados (documentos notariales) desarrollándolo así el artículo 74.2 del reglamento.

330 Aun cuando inicialmente cierto sector doctrinal (MARTÍNEZ LAFUENTE) y algunas resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central (19 de octubre y 10 de noviembre de 1988 y 8 de marzo de 1989) estimaron que los préstamos con garantía hipotecaria estaban exentos del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, el Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 2 de octubre de 1989, dictada en recurso extraordinario de apelación en interés de la ley, ha establecido una posición contraria a extender la exención por el gravamen gradual de la modalidad del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados a los préstamos hipotecarios (art. 45.1.B.15).

Esta doctrina ha venido consolidándose en posteriores sentencias del alto tribunal (algunas de ellas recogidas en la citada del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja). No obstante, con fecha 19 de abril de 1997, el Tribunal Supremo (ponente D. J. M. D.), tras un análisis de la evolución normativa, llega a la conclusión siguiente en su fundamento de derecho primero: *“En el caso de escrituras públicas que contengan préstamos hipotecarios..., no estando sujetos por ello al concepto de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre tales Transmisiones, ni tampoco, después del 1 de enero de 1988, al de Actos Jurídicos Documentados”*. A lo anterior cabría añadir la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997 que, aunque no se refiere a los préstamos hipotecarios, la doctrina que se predica para las obligaciones pudiera trasladarse también a aquellos supuestos.

Con posterioridad, mediante nueva sentencia del Tribunal

Supremo de 3 de junio de 1998 (ponente D. E. P. C.) se vuelve a incidir sobre el tema realizándose un nuevo examen del iter legislativo para concluir:

“De esta manera:

1.º Los préstamos entre quienes no sean empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad estarán sujetos, pero exentos, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y, por ende, quedarán sujetos a la cuota porcentual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (art. 31.2);

2.º Los préstamos entre quienes sean empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad no quedan sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas (por estarlo al que grava el valor añadido, con arreglo al 7.º 5 TR), y, por consecuencia, estarán sometidos a aquella cuota porcentual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, excepto si se trata de pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie, por plazo no superior a 18 meses, representativos de capitales ajenos...”.

331

3. La base imponible

La Administración, con base en los artículos 114 y 115 de la Ley Hipotecaria y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, consideró tradicionalmente que la base imponible en estos casos venía configurada por la llamada responsabilidad hipotecaria (capital, intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otro concepto análogo), por aplicación de las previsiones legales establecidas para las hipotecas sujetas a Transmisiones Patrimoniales Onerosas (art. 10.2.c del texto refundido), habida cuenta de la equiparación fáctica entre uno y otro supuesto.

No obstante, la Audiencia Nacional, por sentencia de 29 de noviembre de 1994, ha venido a romper este esquema en la medida en que considera:

a) Que el texto refundido de 30 de diciembre de 1980 distingue tres modalidades de gravamen, cuyas normas específicas se recogen en los títulos I (transmisiones patrimoniales), II (operaciones societarias) y III (actos jurídicos documentados), dedicando el IV a las disposiciones comunes a las tres modalidades de gravamen mencionadas.

b) Tratándose del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, concretamente de las normas aplicables a la determinación de la base imponible en un préstamo con garantía hipotecaria, el artículo 29, perteneciente al título III del texto refundido y por tanto norma específica de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, en el número 1, determina que: *“En las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa”*.

332 c) Por lo que, concluye, a efectos del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, la base imponible en los préstamos hipotecarios no puede verse afectada por lo establecido en el artículo 10.2.c) del propio texto refundido para las hipotecas, prendas y anticresis, pues este precepto pertenece al título primero, referente a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales.

Esta doctrina es la que reproduce (sin citarla) el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en el fundamento de derecho cuarto de su sentencia de 20 de noviembre de 1998.

El Tribunal Supremo, por su parte, en sentencia de fecha 24 de febrero de 1996, considera que la base imponible, tratándose de varios préstamos hipotecarios concedidos por una entidad crediticia a favor de una entidad mercantil, deberá calcularse conforme a lo previsto en el artículo 29.1 del texto refundido de la ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 1980 (valor declarado), siendo evidente que dicho valor debe referirse a los préstamos hipotecarios contratados y *como en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados subyace el acto*

o contrato que se formaliza jurídicamente, la base será la que se deduce de la aplicación del artículo 10.2.k) del texto refundido que incluye, además del capital, las otras cantidades aseguradas, como los intereses, costas y gastos garantizados por la hipoteca.

Con posterioridad, en sentencia de 21 de mayo de 1998, el Tribunal Supremo confirma el criterio al establecer:

- El “valor declarado” es lo que se recoge en la escritura. No sólo el importe del préstamo garantizado con hipoteca, sino también los demás conceptos expresados y cuyo reembolso se garantiza.

- No existe incompatibilidad entre el artículo 29.1 del texto refundido (real decreto legislativo 3050/1980) y el artículo 10.2.c.

- El artículo 31.2 trae causa del número 38 de la tarifa del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, regulado en el texto refundido de 6 de abril de 1967, sin provenir, por tanto, como los demás conceptos, del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, del extinto Impuesto del Timbre del Estado, por lo que el régimen de fijación de la base imponible, mantenido por la norma de 1980, se estableció ya en 1967.

- La escritura pública del préstamo hipotecario inmobiliario documenta un contrato de préstamo y, simultáneamente, un derecho real de hipoteca, y que ambos, y no sólo uno, son evaluables, resultando de aplicación por tanto el artículo 31.2.

- La conclusión: *“En la escritura pública de autos se constituye una garantía por un acto jurídico que comprende no sólo el importe de un préstamo sino también el de otras cantidades añadidas, que son perfectamente valuables y que, por tanto, están sujetas al Impuesto”.*

4. El sujeto pasivo

También esta figura ha sido discutida en el caso de préstamos hipotecarios que tributan por el gravamen gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. En la actualidad, tanto el criterio administrativo como el jurisprudencial (resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 28 de junio de 1989 y sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988) consideran que el sujeto pasivo es el prestatario en cuanto beneficiario del negocio jurídico principal, siendo la hipoteca, en base el principio de accesoriedad, un negocio anejo a aquél. Así lo ha venido a considerar el artículo 68 del reglamento.

Conceptualmente, sin embargo, atendida la naturaleza del gravamen, cuyo hecho imponible se vincula a la garantía hipotecaria, parecería más lógico considerar sujeto pasivo al acreedor hipotecario.

334

5. Conclusiones

PRIMERA. Aunque la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997, unida a la filosofía que inspiran las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997 (empréstitos representados por obligaciones) y la del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de octubre de 1998 (prohíbe someter a imposición los empréstitos con emisión de obligaciones por el impuesto que grava las escrituras notariales de cancelación de aquéllos), pudieran alentar una variación en el criterio jurisprudencial relativo a la exención por Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados de los préstamos hipotecarios no sujetos a Transmisiones Patrimoniales Onerosas, lo cierto es que la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentido contrario, con una sentencia posterior que incluye el siguiente fundamento de derecho: “Cuarto. *La doctrina que antecede*

de ha sido sustentada por esta Sala en decenas de sentencias cuya notoriedad revela de su cita específica e, incluso, en la Sentencia de 2 de octubre de 1989 dictada en un recurso extraordinario de apelación en interés de Ley; y no empece a ello que la Sentencia de esta Sala de 19 de abril de 1997, haya patrocinado la tesis contraria” hace poco defendible la tesis de la exención.

SEGUNDA. La sentencia de la Audiencia Nacional (confirmada por otra de 29 de julio de 1997, aunque referida a la base imponible en la cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria) y en la que parece inspirarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja que se comenta, también se ven superadas por el criterio que ya constituye jurisprudencia del Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código civil) negando el concepto estricto o restringido de “valor declarado”.

335

TERCERA. No habiéndose producido cambios en la interpretación sobre la figura del sujeto pasivo, pese a lo que puede entenderse desde una vertiente conceptual, seguiría siendo el prestatario.

Como apunte final, recordar que los planteamientos discrepantes de los criterios administrativos no son por sí mismos determinantes de culpabilidad (inexistencia de responsabilidad objetiva), conforme a lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (26 de abril de 1990), Tribunal Supremo (24 de enero de 1994) y doctrina administrativa (resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central de 23 de junio de 1992; y Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria de 29 de febrero de 1988).

“La protección del crédito en la jurisprudencia”, CERDÁ GIMENO, José (prólogo de Luis Díez-Picazo), Consejo General del Notariado, Madrid, 1995.

Experto ya en la elaboración de obras jurisprudenciales de importancia y envergadura, el autor de la obra reseñada, a lo largo de la misma, expone casi 300 sentencias del Tribunal Supremo, examinando así cien años de jurisprudencia (1890-1992) sobre un tema que, como pone de relieve D. LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN al prologarla, “presenta un gran interés porque no ha sido hasta ahora objeto de tratamientos completos”.

El autor alude exclusivamente a los llamados “medios directos” de protección del crédito, siendo la base del libro ahora reseñado los dos grandes bloques de remedios: procesales y civiles.

Con estas líneas pretendo varios fines:

1) Difundir, por su gran utilidad práctica, el conocimiento de esta nueva obra de carácter jurisprudencial de D. JOSÉ CERDÁ GIMENO, alabando sus pretensiones de exhaustividad y la minuciosidad de su investigación.

2) Poner de relieve que no nos encontramos ante un autor “típico”, en el sentido de que no es un mero teórico, ni tampoco un simple práctico; no es tan sólo un jurista, sino también un filósofo; sus obras no son fruto de una ambición personal de carácter académico o económico. Nos encontramos ante un enamorado del Derecho que, notario de profesión, se enfrenta a la realidad todos los días, y “humanista” de formación y condición, no puede eludir el trascender de lo humano a lo divino, ni de lo prosaico a lo poético, intentando entrelazar esos mundos diferentes que, sin embargo, coexisten en nuestro fuero interno.

3) Consecuencia de todo lo anterior es una obra en algún aspecto sorprendente e incluso desconcertante, cuyo sencillísimo manejo no es fácil de captar con un simple vistazo de su índice, por lo que es mi intención faci-

litar su utilización, puesto que esta obra nos puede ahorrar mucho esfuerzo y tiempo de búsqueda y estudio en una biblioteca.

Si alguno de los lectores tiene en su despacho de abogado un problema de crédito impagado, seguramente encontrará en esta obra gran ayuda, pero si acude al índice o sumario de la página 7 se encontrará un tanto despistado ante epígrafes tales como "Breve principio", "Reglas del juego" o "Tercera recapitulación", porque quizá no sepa por dónde empezar. Y si sigue "ojeando", al "hojear" se encontrará al inicio de la obra con 279 sentencias expuestas en orden cronológico y ordenadas numéricamente, por lo que es fácil que adivine que sin duda ha de haber más de una que le interese, aunque no sepa dónde, de entre las 580 páginas en las que se exponen las mismas encontrará lo que realmente le interesa.

Entiendo que lo más sencillo es abrir el libro por la página 629, pues en ella nos dice el autor, breve y claramente, todo lo que podemos esperar y encontrar en esta obra, y nos apunta dónde. Pero ese "dónde" yo lo veo más claro aún en las páginas 715 y ss., donde se encuentra una elaborada tabla de sentencias sistemáticamente ordenadas, en la que fácilmente hallaremos el tema que nos preocupa y la página del libro en que la encontraremos.

340

Personalmente no iría a la consulta de las sentencias aún, sino que me detendría antes en las páginas 583 y ss., o sea, en la segunda parte del libro, titulada "Reflexiones sobre las sentencias anotadas", donde tras unas consideraciones previas distingue el autor entre medios procesales y medios sustantivos de protección del crédito, donde nuevamente sistematiza la jurisprudencia haciendo referencia al contenido de la misma, con listas y referencias claras de las resoluciones judiciales de interés, matizando en esta ocasión todavía más, al utilizar subórdenes de clasificación atendiendo a aspectos muy concretos.

Hallada la resolución jurisprudencial, nos encontraremos con que la misma ha sido "depurada" por el autor de esta obra, de forma tal que sólo alguien con gran conocimiento del Derecho y madurez jurídica es capaz de hacer, exponiendo tan sólo los considerandos que vienen al caso y en lo que interesan, añadiendo en todas ellas una "nota", a guisa de epílogo, resumen o conclusión, especialmente fiable dada la categoría jurídica del autor.

Si lo que queremos es conocer algo acerca del tratamiento del tema en el Derecho comparado, en las páginas 747 y ss. nos encontramos con una tabla en la que, partiendo del Código civil español, se establecen las diversas correspondencias entre nuestras normas y las de los Códigos civiles de algunos países europeos (España, Francia, Bélgica, Italia, Portugal, Suiza, Alemania e Inglaterra); y si lo que se desea o necesita es conocer los textos legales que en la tabla se mencionan, su literalidad viene reproducida en las páginas 633 y ss.

Se incluyen también otras tablas menos clásicas y por ello más llamativas, en forma de gráficos, a los que los juristas estamos poco acostumbrados, pero en todo caso útiles.

Aconsejo el manejo de esta obra a todos los profesionales del Derecho, en especial a aquellos cuyo breviario es la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin duda encontrarán en este libro respuesta a muchas de sus dudas, y con ello habrán recorrido ya una buena parte del camino cuya andadura inician.

Felicito al autor por su obra en la esperanza de que pronto nos aporte otra.

María Cárcaba Fernández