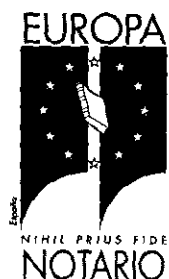


REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ENERO - MARZO 2007



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 61, enero-marzo 2007

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

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

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel (†)

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org

IN MEMORIAM

Juan Francisco Delgado de Miguel

Juan Francisco Delgado de Miguel ha muerto.

Quienes le conocimos personalmente sentimos el vacío que ha dejado en nuestro interior, sólo amortiguado porque fuimos, también, testigos de su profunda vocación religiosa, que le impulsó, día a día, durante toda su vida, a intentar lograr la perfección como hombre y en su trabajo como jurista, para alcanzar los más altos logros que un ser humano, como él, católico profundo, desea.

Juan Francisco amó la naturaleza y el deporte que en ella practicaba, dedicó su vida profesional al Derecho agrario y al Derecho notarial, pero sobre todo al notariado como función pública y profesión jurídica, que siempre entendió como servicio a la sociedad, y especialmente a quienes, por defecto de formación, más necesitaban del asesoramiento y consejo del notario; fue profesor universitario, notario ejemplar, Decano del Colegio Notarial de Oviedo, Delegado de Publicaciones del Consejo General del Notariado, Secretario de esta Revista, y una de sus grandes pasiones, pues pasión ponía en cuanto hacía, la constituyó la proyección internacional del Notariado latino, al que dedicó muchas horas de trabajo, siendo miembro de la Sección Delegada para Asuntos Internacionales del Consejo General del Notariado Español, Consejero Permanente de la Unión Internacional del Notariado, Delegado español en la Comisión de Asuntos Americanos y Presidente de la Comisión de Deontología de la UINL, donde se elaboraron los principios que deben regir nuestra función y que, sin duda, constituye su gran aportación científica al Derecho notarial.

La muerte le sorprendió, en oración, en la Catedral de Berlín. Descanse en paz.



JOSÉ MARQUEÑO DE LLANO

Presidente del Consejo General del Notariado Español

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
<i>In memoriam</i> – Juan Francisco Delgado de Miguel	5
 ESTUDIOS DOCTRINALES	
BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “La nulidad y la infracción de las limitaciones y prohibiciones de disponer en la transmisión de viviendas de protección oficial según la Ley aragonesa de 26 de diciembre de 2003”	11
CABALLERO LOZANO, José María: “La mediación como forma de solución de conflictos en los contratos agroindustriales”	35
CERDÁ GIMENO, José: “De la fiducia sucesoria en la empresa familiar”	93
DELGADO TRUYOLS, Álvaro: “La fijación de las cuotas de participación en el régimen de propiedad horizontal”	129
GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: “Los archiveros de distrito notarial están legitimados y obligados a subsanar los errores materiales de los protocolos a su cargo”	153
GÓMEZ TABOADA, Jesús: “Los contratos atípicos o innominados”	161
LÓPEZ JIMÉNEZ, David: “El recurso a la responsabilidad civil extracontractual como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes”	203
OLAIZOLA MARTÍNEZ, Fernando: “El autocontrato en la constitución de sociedades mercantiles: una reconsideración de la jurisprudencia registral”	221

	<u>Pág.</u>
VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: "Hipoteca «cambiaria». Comentario a la Resolución de 1 de junio de 2006"	251
ZURITA MARTÍN, Isabel: "Duración del arrendamiento de vivienda concertado por el usufructuario"	351

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (coordinador): "Manual de Derecho sucesorio aragonés", Ed. Sonlibros, Zaragoza, 2006. Por José M. ^a Castán Vázquez	383
VAQUER, Antoni (editor): "La tercera parte de los principios de Derecho contractual europeo" (<i>The Principles of European Contract Law part III</i>), Universitat de Lleida, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. Por Gabriel García Cantero	385

LA NULIDAD Y LA INFRACCIÓN DE LAS LIMITACIONES Y PROHIBICIONES DE DISPONER EN LA TRANSMISIÓN DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL SEGÚN LA LEY ARAGONESA DE 26 DE DICIEMBRE DE 2003 (*)

ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA

*Profesora Titular
de la Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: **A)** INTRODUCCIÓN. **B)** ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY ARAGONESA DE 26 DE DICIEMBRE DE 2003 (REFORMADA POR LEY DE 20 DE DICIEMBRE DE 2004) SOBRE LAS LIMITACIONES EN LAS TRANSMISIONES DE LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL, EN BASE AL PLAN ESTATAL DE VIVIENDA 2005-2008. **a)** Exigencia del transcurso de unos plazos de tiempo. **b)** Limitaciones al poder de disposición de viviendas protegidas de promoción pública. Derechos de adquisición preferente (arts. 27 y 28). Derecho de opción de compra. Autorización y visado (art. 14). **c)** Limitaciones al poder de disposición de viviendas protegi-

(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación de validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Fej 2005-O5790/JURI), concedido por el Ministerio de Educación y Tecnología. Investigador principal: Dr. don Jesús Delgado Echeverría.

das de promoción privada. Derechos de adquisición preferente (arts. 28 y 29). **d)** Venta a personas que reúnen determinados requisitos. **e)** Precio máximo de venta (art. 20). **f)** Otras limitaciones. **C) MEDIDAS DE CONTROL. D) INFRACCIÓN DE LAS LIMITACIONES Y PROHIBICIONES DE DISPONER EN LA TRANSMISIÓN DE VPO. a)** Introducción. **b)** Diferencias entre visado y autorización: confusión de conceptos. **E) CUESTIONES QUE PLANTEA LA FALTA O DENEGACIÓN DEL VISADO EN RELACIÓN A LA VALIDEZ DEL CONTRATO Y LA ESCRITURA OTORGADA. a)** Nulidad del contrato ya suscrito. **b)** Nulidad de la escritura pública por falta de visado. **c)** Nulidad de la escritura pública otorgada antes de la obtención de la calificación definitiva. **d)** En particular, nulidad de escritura otorgada antes de la calificación definitiva o sin el preceptivo visado. **e)** Nulidad de la escritura pública de transmisión de viviendas de protección oficial por causas recogidas en la Legislación Notarial.

A) Introducción (1)

Desde principios del siglo xx, el Estado ha decidido fomentar la construcción de determinados tipos de viviendas, al objeto de que accedieran a ella quienes, por ser económicamente débiles, se consideraban merecedores de una protección oficial.

De manera que han venido promulgándose una serie de normas que cumplen la doble finalidad de hacer atractiva su edificación a los constructores y de hacer asequible el precio de las viviendas protegidas a las economías de los potenciales compradores.

La Constitución española determina en el artículo 148,1 que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en una serie de materias, entre ellas la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; en concreto, en el artículo 47 dispone que todos los españoles tienen derecho a disfrutar una vivienda digna y adecuada, que los poderes públicos tienen la obligación de velar; el artículo 149,1,13 establece que el Estado mantiene la competencia en la legislación básica de esta materia.

Así las cosas, parece deducirse de la normativa constitucional que las Comunidades Autónomas tendrán competencia exclusiva en esta materia siempre que en sus Estatutos asuman la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

(1) Mi agradecimiento al Ilustre Colegio Notarial de Aragón por permitirme el acceso a los informes elaborados por su Comisión de Cultura.

Sin embargo, es el Estado quien mantiene la competencia en la legislación básica a través de los Planes Estatales de Vivienda (en la actualidad el Plan Estatal de Vivienda 2005-2008, establecido por el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio), correspondiendo su desarrollo a las Comunidades Autónomas.

En principio, el artículo 2,9 del Real Decreto de 2005 define a las Viviendas de Protección Oficial (VPO) a las así calificadas o declaradas por el órgano competente de las CCAA y Ceuta y Melilla que cumplan los requisitos establecidos en el mismo.

Conforme al artículo 5 del Real Decreto 2005, las VPO que se acojan a sus medidas de financiación tienen un régimen de protección, sin posibilidad de descalificación voluntaria, que se extienden a toda la vida útil de la vivienda, considerando como tal un período de treinta años, contando desde su calificación definitiva, aunque las CCAA pueden fijar un plazo superior.

Ello supone límites en la transmisión y límites en cuanto al adquirente, que impiden o tratan de impedir la venta libre de tales viviendas.

B) Especial referencia a la Ley Aragonesa de 26 de diciembre de 2003 (reformada por Ley de 20 de diciembre de 2004) sobre las limitaciones en las transmisiones de las viviendas de protección oficial, en base al Plan Estatal de Vivienda 2005-2008

Como señala el artículo 10 de la Ley de 26 de diciembre de 2003, las viviendas protegidas podrán cederse en propiedad, en arrendamiento, o en modalidades de ocupación que permitan el acceso diferido a la propiedad, así como en derecho de superficie.

Si bien, el poder de disposición de la vivienda, mientras dure el régimen de protección, está sometida a importantes limitaciones:

a) Exigencia del transcurso de unos plazos de tiempo.

Durante el régimen de protección, las viviendas están sometidas a las limitaciones que establece la Ley.

En relación a la transmisión de la propiedad, el artículo 13 del Real Decreto de 2005 indica que los compradores de viviendas acogidas a aquél no podrán transmitirlos *inter vivos* ni ceder su uso, por ningún título, durante el plazo mínimo de diez años desde la fecha de la formalización en la adquisición, pudiendo dejarse sin efecto el límite temporal en caso de subasta o ejecución judicial del préstamo, cuando se trate de familias numerosas, personas mayores de sesenta y cinco años, personas con

discapacidad, en casos de violencia de género, o cuando intervengan razones personales justificadas.

La legislación aragonesa disminuye el plazo de diez a cinco años, desde la calificación definitiva, por el que la Administración de forma discrecional puede autorizar segundas o ulteriores transmisiones.

E incluso antes del transcurso de cinco años la Administración Autónoma Aragonesa podrá autorizar segundas y ulteriores transmisiones en cuatro supuestos reseñados por la Ley (2).

Si bien, se echa en falta que no se haya incluido también como excepción al límite temporal la transmisión de la vivienda cuando ésta hubiese sido adquirida para la sociedad conyugal y sea consecuencia de la disolución de la misma acordada por ambos cónyuges en capitulaciones matrimoniales. Y extraña porque sí se han incluido los supuestos de disolución por nulidad, separación o divorcio matrimoniales.

De lo que se deduce que el legislador sólo autoriza la transmisión de la vivienda consorcial antes de que transcurran los cinco años, si la disolución de la sociedad conyugal es consecuencia de una ruptura matrimonial que acabe en separación, nulidad o divorcio, no en cambio si se trata de una separación de hecho.

No se aplican las limitaciones de las que habla la Ley a las transmisiones *mortis causa*. Pero no se extiende la excepción a las donaciones, a ellas sólo se refiere el inciso final de los artículos 27,1 y 29,2 para señalar que en las transmisiones gratuitas el precio aplicable será el máximo vigente para las viviendas de análoga tipología.

También llama la atención que, por un lado, no haya excepción en cuanto a la limitación de tiempo en las ejecuciones por embargo de la vivienda, cuando el Plan Estatal 2005-2008 prevé la posibilidad en caso de subasta, y en cambio por otro lado se permita su hipoteca sin necesidad de autorización administrativa (3).

(2) El reformado artículo 14 señala los supuestos siguientes: a) Cuando la vivienda hubiese sido adquirida para la sociedad conyugal y ésta se haya disuelto en virtud de separación, nulidad o divorcio del matrimonio, así como cuando hubiese sido adquirida proindiviso por los futuros contrayentes o por personas integrantes de parejas de hecho con aportaciones de ambos y concurriese la ruptura del vínculo de afectividad. b) Cuando concurren circunstancias laborales u otras de fuerza mayor, apreciadas como tales por el Departamento competente en materia de vivienda, que exijan necesariamente el cambio de domicilio. c) Cuando la vivienda resulte objetivamente inadecuada para la unidad de convivencia según su distribución y características en el momento de la calificación definitiva... d) Cuando el titular de la vivienda acredite suficientemente, a juicio del Departamento competente en materia de vivienda, una alteración sustancial de sus circunstancias económicas que determine la imposibilidad de continuar haciendo frente a la amortización de los préstamos con garantía hipotecaria concertados para la adquisición de la vivienda.

(3) Artículo 14: "Las viviendas protegidas de Aragón no podrán ser cedidas en propiedad, arrendamiento, precario o por cualquier otro título, ni gravadas con derechos reales, salvo el de hipoteca, sin autorización administrativa previa de la Administración".

b) Limitaciones al poder de disposición de viviendas protegidas de promoción pública. Derechos de adquisición preferente (arts. 27 y 28). Derecho de opción de compra. Autorización y visado (art. 14).

Las entidades promotoras, al solicitar la calificación provisional, presentarán simultáneamente a la Administración la oferta de venta a fin de que en un plazo de un mes desde la calificación provisional puedan ejercer el derecho de opción de compra.

De la misma manera, el primer adjudicatario o adquirente posterior de viviendas nuevas o rehabilitadas de promoción pública debe hacer la oferta de venta a la Administración, que podrá renunciar a su derecho a adquirirla en el plazo de un mes.

En caso de renuncia por parte de la Administración, el titular, siempre por precio no superior al máximo legalmente establecido, podrá enajenar la vivienda con la correspondiente autorización administrativa (plazo de un mes).

La falta de respuesta de la Administración en los plazos establecidos para ejercer su derecho de adquisición preferente implicará la renuncia a su ejercicio.

El derecho de opción de compra de la Administración subsistirá mientras se mantenga el régimen de protección.

Los derechos de adquisición preferente regulados en el artículo 27 (promoción pública) y los derechos de tanteo y retracto regulados en el artículo 29 (promoción privada) no serán de aplicación a las transmisiones resultantes de procedimientos de apremio, las derivadas de la disolución de la comunidad conyugal o cualquier otra comunidad y las aportaciones a la comunidad conyugal. Reglamentariamente podrán establecerse otras excepciones de carácter análogo.

c) Limitaciones al poder de disposición de viviendas protegidas de promoción privada. Derechos de adquisición preferente (arts. 28 y 29).

Las entidades promotoras, al solicitar la calificación provisional, presentarán simultáneamente a la Administración la oferta de venta a fin de que en un plazo de un mes desde la calificación provisional puedan ejercer el derecho de opción de compra.

En el primer párrafo del artículo 28 señala el derecho de opción de compra que tiene la Administración en la transmisión de viviendas de protección privada.

Y en los artículos 29 y 30 se regulan en concreto el derecho de tanteo y retracto a favor del ente público.

Además hay que añadir la necesidad de autorización y visado administrativo.

En cualquier caso es de resaltar que, aunque la Ley hace diferenciación entre viviendas de promoción pública o privada, en relación a los derechos de adquisición preferente a favor de la Administración, así el derecho de opción de compra para las de promoción pública y para las privadas el derecho de tanteo y retracto, en realidad no existe tal diferenciación en su ejercicio, contenido y plazos, salvo, por supuesto, el derecho de retracto que se ejercita, en su caso, después de la venta (4).

Así, en las viviendas de promoción pública como en las privadas, el precio máximo es el vigente para las viviendas protegidas de análoga tipología (arts. 27,1, *in fine* y 29,2), y en ambas la Administración tiene un mes para ejercer su derecho desde el ofrecimiento, entendiéndose que renuncia en caso de silencio.

Quizá la única diferencia es que en las de promoción pública la titularidad de los derechos de adquisición corresponde a la Administración Promotora, mientras que en el caso de las de promoción privada es la Administración de la Comunidad Autónoma o la Entidad Local donde radiquen.

La Administración no tiene derechos de adquisición preferente en las transmisiones resultantes de procedimiento de apremio, las derivadas de la disolución de comunidad conyugal o cualquier otra comunidad y las aportaciones a la comunidad conyugal (arts. 27,5 y 29,5). Nada en cambio dice la Ley sobre el visado y la autorización en las citadas transmisiones, por lo que parece que serían en principio exigibles.

d) Venta a personas que reúnen determinados requisitos.

Según el artículo 13,7 del Plan Estatal, la venta, ya sea primera o segunda transmisión, no es libre, sino que debe hacerse a favor de demandantes inscritos en los registros públicos previstos al efecto por las CCAA y ciudades de Ceuta y Melilla por el procedimiento establecido, garantizando los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, para eliminar fraudes, tanto en primera como en segunda transmisión.

Y en cumplimiento de esta norma base, el artículo 23 de la Ley Aragonesa señala que la adjudicación de viviendas protegidas, tanto de promoción pública como privada, sólo tendrá lugar a favor de quienes estén inscritos en el Registro como solicitantes de vivienda protegida en la correspondiente modalidad de demanda con la antelación mínima que se señale.

(4) La Resolución de 9 de agosto de 2005, dictada por el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes regula el ejercicio de los derechos de adquisición preferente de viviendas protegidas de Aragón.

e) Precio máximo de venta (art. 20).

Según el artículo 20 del RD de 2005, el precio de venta en segundas y posteriores transmisiones de VPO acogidas al citado Real Decreto no es libre, sino que tendrá un límite de hasta dos veces el precio de venta inicial, una vez actualizado, mediante la aplicación de la variación del porcentaje del IPIC (índice general, registrado desde la fecha de la primera transmisión hasta la segunda o ulterior transmisión de que se trate).

f) Otras limitaciones.

El Plan Estatal prevé que las Comunidades Autónomas establezcan cualquier otra medida que garantice el destino y límites de precios de venta de dichas viviendas (art. 13,9).

C) Medidas de control

El Plan Estatal determina en el artículo 13,8 que en la escritura de compraventa debe hacerse constar las prohibiciones de disponer y demás limitaciones indicadas. Dichas prohibiciones o limitaciones se inscribirán por nota marginal en el Registro de la Propiedad.

El artículo 31 de la Ley Aragonesa determina que los notarios y registradores de la propiedad exigirán, para autorizar o inscribir respectivamente, escrituras que documenten la transmisión de viviendas sujetas a lo establecido en este título, acreditándose por el transmitente la comunicación a la Administración de la oferta de venta, de su intención de transmitir, del otorgamiento de la autorización administrativa para transmitir a terceros viviendas de promoción pública o de la comunicación de la realización.

Otras medidas de control es la comunicación de la Dirección General competente en materias de Tributos a la Dirección General competente en materia de vivienda, con periodicidad no inferior a seis meses, de las viviendas cuya transmisión le conste durante el período correspondiente.

También supone un control a las transmisiones de VPO la inscripción de las mismas en el Registro administrativo creado al respecto.

Es de reseñar que, para evitar situaciones fraudulentas (5), las medidas de control se extenderán también a las transmisiones de garajes o trasteros no vinculados a favor de quienes figuren como titulares de vi-

(5) Trata de evitarse el recargo del precio en los trasteros o aparcamientos no vinculados en compensación de los precios inferiores al mercado de los elementos protegidos.

viendas protegidas situadas en el mismo edificio, unidad edificatoria o promoción.

En tal caso, no se exigirá la inscripción en el Registro. Si bien hay que reconocer la dificultad de poder controlar aquellas transmisiones cuando no se hacen simultáneamente a la vivienda y demás elementos protegidos.

D) Infracción de las limitaciones y prohibiciones de disponer en la transmisión de VPO

a) Introducción.

La Ley Aragonesa de 26 de diciembre de 2003, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, reformada por Ley de 20 de diciembre de 2004, sanciona severamente las transmisiones que incumplen los requisitos exigidos en ella.

En tres supuestos la norma señala como efecto de la infracción la invalidez del contrato o en su caso la nulidad de la escritura pública.

Así, cuando el notario autorice escrituras públicas que documenten la transmisión de viviendas protegidas con anterioridad a la emisión de la calificación definitiva por parte del órgano administrativo competente, la sanción, según artículo 10,3, es el de la nulidad de la escritura pública.

También, y a tenor del artículo 15,2, serán nulas de pleno derecho las escrituras públicas de cesión, por cualquier título, de viviendas protegidas si no se ha obtenido con anterioridad a su otorgamiento el preceptivo visado (6).

Y en la misma línea, y como señala el artículo 14,2,a, en el supuesto de denegación de visado, se entenderá que el contrato suscrito carece de validez (7).

(6) El artículo 10,3 señala que los notarios no podrán autorizar escrituras públicas que documenten la transmisión, ... de viviendas protegidas con anterioridad a la emisión de la calificación definitiva por parte del órgano administrativo competente. Cualquier escritura pública realizada contraviniendo esta disposición será nula de pleno derecho.

El artículo 15, después de determinar que los contratos de transmisión, arrendamiento... deberán contener las cláusulas de inserción obligatoria que se establezcan reglamentariamente, señala que no podrán elevarse a escritura pública los contratos de cesión por cualquier título que no hayan obtenido el preceptivo visado, ni inscribirse en el Registro de la Propiedad. Y que serán nulas de pleno derecho las escrituras públicas de cesión, por cualquier título, de viviendas protegidas si no se ha obtenido con anterioridad a su otorgamiento el preceptivo visado.

(7) El nuevo artículo 14, después de establecer la necesidad de previa autorización administrativa y visado de contratos a toda transmisión, arrendamiento, precario o cualquier otro título, constitución de derechos reales, salvo el de hipoteca, que tengan por objeto viviendas protegidas, establece las reglas que la autorización y visado deben cumplir, determinando que en el supuesto de denegación de visado se entenderá que el contrato suscrito carece de validez.

El régimen sancionador de las infracciones administrativas está recogido en el capítulo III; los artículos 41, 42 y 43 las califican de leves, graves y muy graves y en los artículos 51 a 53 se tipifican e individualizan.

De manera que son infracciones administrativas, leves, graves o muy graves aquellas que infringen limitaciones de disponer, como la omisión de las comunicaciones exigidas por la legislación vigente para facilitar el ejercicio por la Administración de los derechos de opción de compra; la transmisión de viviendas sin la previa autorización administrativa; la omisión en los contratos de las cláusulas de inserción obligatoria; el incumplimiento por el propietario de las normas o plazos sobre cesión de viviendas protegidas; la transmisiones a favor de persona que no cumpla los requisitos de acceso a la categoría de viviendas; la percepción de cualquier sobreprecio (8); la no formalización de la venta en escritura pública...

Es decir, el legislador aragonés, en principio, y salvo los supuestos ya mencionados (arts. 10,3, 15,2 y 14,2 de la Ley VPO), considera infracciones administrativas a las transgresiones de los requisitos legales en las transmisiones de las viviendas protegidas.

En consecuencia, creo que, en virtud del artículo 6,3 del Código Civil, en los supuestos de contravención ya citados no cabe hablar también de nulidad del contrato, ni siquiera parcial, porque la Ley, que ya les castiga con severas sanciones administrativas, si hubiera pretendido otro efecto a la infracción así lo hubiera señalado, como lo hizo en los artículos 10,3, 15,2 y 14,2 (9).

b) Diferencias entre visado y autorización: confusión de conceptos.

El otorgamiento del preceptivo visado adquiere especial relevancia en la transmisión de vivienda protegida, de manera que la falta o la denegación del mismo hace nula la escritura (art. 15,2) o, en su caso, el contrato de compraventa (art. 14,2).

(8) *Vid.* en relación a la transmisión de viviendas protegidas por precio superior al legalmente establecido: BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: "La transmisión de viviendas de protección oficial por precio superior al legalmente establecido. El caso en la Comunidad Autónoma de Aragón", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 4, pp. 589 y ss.

(9) Estamos ante una cuestión de interpretación sobre la Ley infringida en relación con el artículo 6,3 del Código Civil. En relación a este tema, *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA, M.ª Ángeles, en *Las nulidades de los contratos*, Madrid, 2005, p. 27: "Cuando el efecto distinto (art. 6.º,3 CC) sea ajeno al campo de la invalidez (como multas pecuniarias o privación de beneficios fiscales), podrá deducirse que el legislador ha pretendido, con ello, mantener excepcionalmente la validez del contrato contrario a la Ley, pero la inferencia —un argumento a contrario— no es segura, pues no hay incompatibilidad necesaria entre la amenaza de otra sanción a la conducta contractual y la invalidez del tipo que sea del contrato."

Por el contrario, la falta de autorización, según la ley, es infracción administrativa y como tal se sanciona.

Pero si bien la norma es clara en cuanto a los efectos en caso de contravención, no lo es tanto en relación al concepto que define cada uno de los términos.

Su diferenciación resulta difícil en la Ley y aún más en la práctica, en la que la Administración concede, en su caso, simultáneamente tanto el visado como la autorización.

Así las cosas, dado que toda reiteración parece innecesaria, hubiera sido un acierto en la reforma del 2004 aunar en uno ambos requisitos.

Sin embargo, no ocurre así, persisten ambos, y su diferenciación es importante por los diferentes efectos que produce su infracción, aunque en la práctica, que se infrinja un requisito y el otro se cumpla, se hace harto difícil, dado que la burocracia administrativa exige que se tramiten, e incluso se recojan a la vez, en el mismo impreso.

De cualquier manera, la burocracia administrativa puede cambiar. De hecho, la Ley prevé la posibilidad tanto de la tramitación separada como conjunta, estableciendo diferentes plazos para un caso y otro; así, respectivamente, es de un mes para la autorización y quince días para el visado si la tramitación no es simultánea y dos meses si lo es.

Parece deducirse del artículo 14 (10) reformado que la concesión del visado supone la aprobación del modelo del contrato siempre que su contenido cumpla los requisitos exigidos por la Ley, y que el otorgamiento de la autorización significa que el transmitente y adquirente reúnen las condiciones exigidas por la norma.

E) Cuestiones que plantea la falta o denegación del visado en relación a la validez del contrato y la escritura otorgada

a) Nulidad del contrato ya suscrito.

El artículo 14 señala que, en caso de denegación de visado, se entenderá que el contrato suscrito carece de validez y que *en los casos de segundas transmisiones que afecten a una sola vivienda* no será necesaria

(10) El artículo 14 preceptúa: “Al mismo tiempo que presente el modelo de contrato o con posterioridad a su aprobación, el transmitente deberá acreditar que el futuro adquirente de la vivienda cumple los requisitos de acceso a la vivienda de que se trate y se halle inscrito en el Registro de Solicitantes de Vivienda Protegida. Si queda acreditado, los Servicios Provinciales del Departamento competente en materia de vivienda autorizarán la transmisión” ... “el transmitente deberá presentar copia de los contratos, una vez suscritos, para su visado. Los Servicios Provinciales comprobarán que el contrato suscrito coincide con el modelo autorizado”.

la presentación del modelo de contrato, pudiéndose presentar el contrato ya firmado junto con la documentación.

Por lo que la presentación para el visado supone la existencia de un contrato previo ya firmado.

Y la denegación del visado trae como consecuencia la invalidez del contrato (11).

Realmente, para la aplicación eficaz de la norma, lo adecuado sería, no la presentación de un contrato previo ya suscrito y por tanto perfecto como exige la Ley, sino la de un borrador o proyecto de contrato que se sometiese al requisito del visado, porque eso evitaría que, al hablar de invalidez en caso de denegación del mismo, se plantearan, como ocurre actualmente, las siguientes cuestiones (12):

La denegación del visado, ¿es suficiente para que un contrato, ya perfecto, sea inválido?

El visado se aplica sobre las condiciones concretas del contrato. La Ley, en los artículos 15,1 y 17,3, determina que los contratos de cesión de las viviendas protegidas deberán contener las cláusulas de inserción obligatoria que se establezcan reglamentariamente, pero hasta que esto suceda, ¿cuáles son?; en principio hay un modelo de solicitud establecido por la Administración, que recoge:

- Circunstancias del vendedor.
- Circunstancias del comprador.
- Circunstancias de la finca.
- Condiciones de la transmisión.
- Domicilio para notificaciones.
- Indicación de que simultáneamente se comunica a la Diputación General de Aragón para su autorización y visado y a efectos del derecho de tanteo que le corresponda.

La autorización se extiende:

- A las circunstancias del vendedor, que deberá aportar fotocopia del título de propiedad y, en caso de que no hayan transcurrido cinco años desde la calificación definitiva, la documentación justificativa de las circunstancias alegadas.

(11) Curiosamente el legislador habla en el tema que nos ocupa de invalidez y en los otros dos casos ya citados de nulidad, puede que haya pretendido diferenciar ambos supuestos dado que la invalidez es un concepto de ineficacia más amplio que el de nulidad; sin embargo, creo que no es así y que ha metido en el mismo saco tanto unos como otros.

(12) En la práctica se somete a visado un borrador de escritura sin firmar, si bien aquélla puede variar y la letra de la Ley habla de contrato suscrito.

- A las circunstancias del comprador, que deberá aportar la declaración de la renta del último ejercicio fiscal y el certificado del Catastro de carecer de vivienda protegida.
- Y a la identificación de la finca, con expresión de su situación y del expediente.

El visado, como hemos dicho anteriormente, se centra en el contenido del contrato, es decir, en las condiciones de su transmisión, que en el caso de las viviendas de protección oficial se reducen fundamentalmente a que el precio no sea superior al legalmente establecido.

Así las cosas, el planteamiento se centraría en si, por exceder el precio del límite legalmente establecido, hay base sustantiva para que la denegación de un trámite administrativo, como es el visado, sea suficiente para considerar inválido el contrato ya suscrito.

En mi opinión sólo cabría hablar de invalidez si la contravención de la norma fuera causa de aquélla, según el artículo 6,3 del Código Civil.

Los criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre la eficacia de las normas limitativas del precio de venta en las viviendas de protección pueden resumirse en tres posturas:

1. Nulidad absoluta y total del contrato con precio ilegal, con su natural consecuencia restitutoria.

Los partidarios de la nulidad absoluta se basan en los artículos 6,3, 1.255 y 1.275 CC. Alegan que son contratos con causa ilícita (13), ya que el establecimiento de un precio superior va en contra de la Ley y de la moral al lucrarse de las ayudas oficiales, de manera que, en base al artículo 1.275, no producen efecto alguno.

Por tanto, la sanción al sobreprecio será la nulidad y como consecuencia la restitución a la situación anterior: devolución del precio recibido y devolución de la vivienda adquirida (14), además de las sanciones administrativas pertinentes.

2. La nulidad parcial (15).

La nulidad parcial del contrato o nulidad de la cláusula que contiene un precio superior al determinado por la Ley manteniendo la validez del contrato infractor se le ha dado carta de naturaleza por medio de la Jurisprudencia (STS de 14 de enero de 1985) y la doctrina [entre otros: DE CAS-

(13) Artículo 1.275 del Código Civil: "... Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral".

(14) SSTs de 17 de abril de 1947 y 17 de mayo de 1949.

(15) Vid. NIETO ALONSO, Antonia: *Libro Homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, Colegio Notarial de La Coruña, Consejo General del Notariado, volumen I, Madrid, 2002, pp. 787 y ss.

TRO (16), ROYO MARTÍNEZ, M. (17), MARÍN PADILLA (18), Díez-PICAZO (19), GORDILLO CAÑAS (20), LACRUZ BERDEJO (21), CARRASCO PERERA (22)].

En la legislación hay normas aisladas en las que se da la nulidad parcial, así artículos 641,2; 814,1 y 1.116 del Código Civil; la disposición adicional primera en la Ley de Arrendamientos Urbanos (23); el Estatuto de los Trabajadores, RDL 1/1995, de 24 de marzo, artículo 9,1 (24); artículo 10 bis 2 de la Ley 26/1984, según nueva redacción dada por la disposición adicional primera de la Ley 7/1998 (25).

La tesis favorable a la citada postura alega que, en caso de contravención, la nulidad parcial puede ser el efecto distinto al de la nulidad, al que se refiere el artículo 6,3 del Código Civil, y que la previsión legal de específicas sanciones administrativas en modo alguno permite reducir a ellas las consecuencias jurídicas de dicha contravención.

(16) *El Negocio Jurídico*, Madrid, Civitas, 1985 (reimpresión, 1991), p. 494.

(17) "Transformación del concepto del contrato en el Derecho moderno (La nueva concepción de revisabilidad del contrato)", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945, p. 160.

(18) *El principio general de la conservación de los actos y negocios jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1990, pp. 93-129.

(19) *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Madrid, Tecnos, 1999, p. 109.

(20) Defiende la nulidad parcial del contrato, con su integración *ope legis*, como concorde con la finalidad social de las leyes en que opera, constituyendo un específico medio de realización del nuevo orden público económico ("La nulidad parcial del contrato con precio ilegal", *Anuario de Derecho Civil*, 1975, p. 204).

(21) *Op. cit.*, pp. 562 y 563.

(22) "Comentario al artículo 6,3 CC", en *Comentarios al Código Civil*, Madrid, Edersa, 1992, p. 793.

(23) "Sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan, serán nulas las cláusulas y estipulaciones que establezcan rentas superiores a las máximas autorizadas en la normativa aplicable para las viviendas de protección oficial... no será aplicable a las viviendas de promoción pública reguladas por el Real Decreto-Ley 31/1978 (apart. G)."

(24) "Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número 1 del artículo 3.º de esta Ley."

(25) Expresamente permite la integración por la Ley -vía 1.258 CC, sin desconocer la relevancia, en la nulidad parcial, de la integración judicial si determinado interés social, según valoración del legislador, lo hace preciso-, así: "Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez declara la nulidad de dichas cláusulas, integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio aparente para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato".

En este sentido señala GORDILLO CAÑAS que la defensa de la nulidad parcial del contrato (con su integración *ope legis*), que aparece concorde con la finalidad social de las leyes en que opera, constituye un específico medio de realización del nuevo orden público económico.

También consideran que es el remedio para evitar el fraude masivo de leyes porque, en caso contrario, la nulidad total redundaría en beneficio del vendedor infractor y que el principio de la autonomía de voluntad tiene como límites, entre otros, la no posibilidad de establecer pactos, cláusulas y condiciones que sean contrarios a las leyes (art. 1.255 CC, cfr. art. 1.258) (26).

3. Validez del contrato en su integridad.

La jurisprudencia sufre un cambio de orientación y, a partir de las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 1992, 14 de octubre del propio año, 4 de junio de 1993 y 3 de diciembre de 1993, califica válido en su integridad el contrato de compraventa o de arrendamiento por precio superior al límite establecido por la Ley.

Así, el Alto Tribunal considera que la infracción tiene carácter administrativo, que no implica la nulidad de la que habla el artículo 1.305 del Código Civil y que, por tanto, no produce otras consecuencias que las sanciones expresamente previstas en las mismas, según lo establecido en el artículo 6,3 del Código Civil, reconociendo plena validez y eficacia contractual a las cláusulas convencionales por las que se estipulan precios de venta superiores a los señalados en la normativa (STS 15 de marzo de 1996).

En Aragón y, en principio, con la regulación actual es improbable la transmisión de la vivienda protegida por precio superior al legalmente establecido; sin embargo, siempre cabe la posibilidad de infringir la norma; en tal caso, ha de plantearse la validez o no del contrato.

Como ya se ha comentado en líneas anteriores, el régimen sancionador de las infracciones administrativas está recogido en el capítulo III, concretamente en los artículos 41, 42 y 43, que las califica de leves, graves y muy graves y en los artículos 51 a 53, que las tipifica e individualiza.

En concreto, la percepción de cualquier sobreprecio o la transmisión de viviendas de promoción pública o privada por precio superior al máximo legalmente exigible, el legislador aragonés la califica de infracción administrativa tipificada como muy grave en el artículo 44 de la Ley, a la que se impone como sanción una multa de 30.001 a 300.000 euros (artículo 51,3,a).

(26) J. ALFARO ÁGUILA-REAL señala que en el caso de las VPO es evidente que el precio máximo fijado por la Administración no es, en realidad, un precio máximo ni un precio de mercado, sino un precio justo, como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1978 (*Las condiciones generales de contratación*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 407-411).

A ello podría alegarse que, al tratarse de un precio justo, si el precio de venta es menor que el establecido en la Ley, ¿también sería objeto de nulidad parcial en detrimento del comprador y en beneficio del vendedor que tenga necesidad de vender?

Así las cosas, en base a la normativa aragonesa, los contratos de transmisión de viviendas de protección oficial por precio superior al máximo legalmente establecido son válidos, porque la Ley, aparte de calificar la infracción de administrativa, no la sanciona con la nulidad, cuando así lo ha hecho en otros supuestos y porque el comprador, sin perjuicio de las responsabilidades de cualquier orden en que pudiera haber incurrido, puede dirigirse a la Administración de la Comunidad Autónoma a fin de que previa tramitación del correspondiente procedimiento sancionador solicite del vendedor el sobreprecio percibido (art. 55), lo que presupone la validez de la compraventa.

Que el contrato sea válido a pesar de infringir la norma no es de extrañar, dado que las limitaciones del derecho de dominio de las viviendas protegidas, al no derivar automáticamente de la Ley, sino de un acto administrativo de afectación, como es la calificación de protección oficial de las citadas viviendas, deben encuadrarse dentro de las llamadas modificaciones singulares o restricciones singulares al contenido ordinario del derecho de propiedad, lo que conlleva un tratamiento diferente a las limitaciones establecidas automáticamente por la Ley.

Así, entre otras, las modificaciones singulares, a diferencia de las limitaciones legales, no se presumen, son de interpretación restrictiva; una vez extinguidas, el dominio recobra su contenido y es necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad para que afecte a terceros.

Por ello, el artículo 13,2 del Real Decreto 801/2005, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, determina que las prohibiciones de disponer y las limitaciones establecidas en este artículo se harán constar expresamente en las escrituras públicas de compraventa, de adjudicación o de declaración de obra nueva, y se adjuntará a dichas escrituras públicas una copia testimoniada o compulsada de la calificación definitiva de la vivienda o, en su caso, en la escritura pública de formalización del préstamo hipotecario.

En ambos supuestos, dichas prohibiciones y limitaciones se inscribirán en el Registro de la Propiedad, donde se harán constar por nota marginal (art. 13,8) (27).

Y en la misma línea, la Ley Aragonesa de 26 de diciembre de 2003, de Medidas Urgentes de Política de Vivienda Protegida, determina que los notarios y registradores de la propiedad exigirán, para autorizar o inscribir

(27) No hay duda de que se trata de una norma dirigida a proteger al consumidor, pero también es verdad que no sería necesaria si su no inscripción no perjudicara a terceros (art. 32 Ley Hipotecaria), como otros derechos reales o derechos de obligación con vocación real recogidos en una Ley (servidumbres legales, retractos legales...).

respectivamente escrituras que documenten la transmisión de viviendas sujetas a este título, que se acredite el cumplimiento de las limitaciones establecidas por la Ley, que deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras (art. 31).

Por ello, puede afirmarse que, en consonancia con los artículos anteriormente citados y con el artículo 26,1 de la Ley Hipotecaria (28), las limitaciones al poder de disposición de las viviendas de protección oficial son modificaciones singulares, con tratamiento diferente al de las limitaciones que derivan automáticamente de la Ley, de ahí la necesidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad para que produzca efecto respecto a terceros.

Además, es de reseñar igualmente que, en materia de viviendas de protección oficial, cuando el legislador pretende otro efecto a la transgresión de la norma lo determina de forma expresa.

Un ejemplo lo tenemos en la disposición adicional de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, que señala: "... sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan, serán nulas las cláusulas y estipulaciones que establezcan rentas superiores a las máximas autorizadas en la normativa aplicable para las viviendas de protección oficial", añadiendo que "no será aplicable a las viviendas de promoción pública reguladas por el Real Decreto-Ley 31/1978 (apart. G)" (29).

Por tanto, según la Ley Aragonesa, la venta por precio superior al legalmente establecido no implica la invalidez, ni siquiera parcial, sin perjuicio de que las partes ejerciten entre sí las acciones correspondientes por actuar, sin la diligencia debida, mala fe, abuso del derecho... [materias en las que adquiere protagonismo el arbitrio judicial (30)], lo que originaría, en su caso, alguno de los supuestos de invalidez contractual (31).

(28) El artículo 26,1 de la Ley Hipotecaria señala: "Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: 1. Las establecidas por la Ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial, y surtirán sus efectos como limitaciones legales..."

(29) No comparto el tratamiento desigual que el legislador otorga a las viviendas de protección pública, promovidas por la Administración, frente a las privadas, promovidas por entidades privadas, dada la identidad en la finalidad social de las normas que regulan a ambas.

(30) *Vid.* Díez-PICAZO: "Un control de la interna justicia del contrato, ¿una nueva doctrina general del contrato?", *Anuario de Derecho Civil* 1993, p. 1711. En el mismo sentido las sentencias de 29 de octubre de 1990, 17 de octubre de 1987, 27 de julio de 1986, que establecen que, cuando la Ley no establece declaración expresa sobre la nulidad o validez del acto contrario a la misma, el juez ha de analizar para ello la índole y finalidad del precepto legal contrario y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados.

(31) El artículo 55 de la Ley determina que: "Sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponderles y de las responsabilidades de cualquier orden en que pudieran haber incurrido quienes hayan adquirido o arrendado viviendas protegidas por precios o rentas superiores

Así las cosas, la denegación del visado no puede implicar la nulidad del contrato a pesar de que así lo determine la propia Ley (32).

Porque, además de lo dicho, ¿qué pasaría con el contrato en el supuesto de que se haya hecho la venta sin solicitar el visado? La Ley sólo habla de invalidez de contrato en el caso de denegación de visado y, en el supuesto más amplio de que no haya visado, señala que será nula la escritura pública (aspecto que luego veremos).

En consecuencia, resulta inadmisibile que el mismo contrato, si se presenta a la Administración y ésta le deniega el visado porque el precio de venta es superior al establecido legalmente, será inválido y, si se salta este trámite administrativo, en principio, es válido.

b) Nulidad de la escritura pública por falta de visado.

Según el artículo 15,2:

“No podrán elevarse a escritura pública los contratos de cesión por cualquier título que no hayan obtenido el preceptivo visado, ni inscribirse en el Registro de la Propiedad. Serán nulas de pleno derecho las escrituras públicas de cesión, por cualquier título, de viviendas protegidas si no se ha obtenido con anterioridad a su otorgamiento el preceptivo visado.”

De la lectura de la norma se desprende:

1. El visado es preceptivo para cualquier contrato de cesión o transmisión de la propiedad, sea a título oneroso como lucrativo.

Así se requerirá el visado en caso de arrendamiento, precario, compraventa o donación que tengan por objeto una vivienda protegida.

a los legalmente aplicables en cada caso, podrán dirigirse a la Administración de la Comunidad Autónoma a fin de que previa tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, en su caso, en el marco del mismo, exija del gestor de la comunidad de bienes, cooperativa o entidad o persona jurídica cuya naturaleza determine que sus socios o partícipes resulten adjudicatarios de las viviendas que promuevan, cuanto pudiera resultar responsable por la comisión de infracciones tipificadas en esta Ley, del vendedor o del arrendador el reintegro, en concepto de beneficio ilegalmente obtenido del sobrecoste, sobreprecio o sobrerenta percibidos, que serán reembolsados al comunero, cooperativista, comprador o arrendador denunciante. A tal efecto, el ingreso del sobreprecio se realizará mediante depósito en la Administración de la Comunidad Autónoma, que procederá a entregarlo a las personas designadas en la resolución que haya puesto fin al procedimiento sancionador. La administración de la Comunidad Autónoma podrá utilizar la vía de apremio si fuere necesario”.

(32) Señalan DELGADO, Jesús, y PARRA, M.^a Ángeles, en *Las nulidades de los contratos*, p. 31, que: “Para la determinación de los casos de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad (o de cualquier otro régimen de invalidez) hay que partir de la libertad del legislador para elegir el régimen de invalidez que entienda preferible para los actos que infringen sus normas” y añaden que esta observación, que podría parecer obvia, no debe ser tan evidente cuando la doctrina pone en duda la invalidez de actos designados así por el legislador.

En las transmisiones por causa de muerte sólo se requiere que el nuevo titular comunique su transmisión al Servicio Provincial (14,5).

Y la referencia a los derechos reales hay que entenderla limitada a los derechos de cesión del uso: usufructo, uso, habitación.

2. La denegación del visado al que se refiere el precepto ha de ser expresa, mientras que la falta de resolución en los plazos establecidos legalmente tiene efectos estimatorios (art. 14,2,e).
3. Será nula la escritura pública de cesión por cualquier título, si no se ha obtenido el preceptivo visado.

Como veremos más tarde, el legislador aragonés se ha excedido de sus competencias, puesto que al legislar sobre los requisitos de validez del contrato relativo a una vivienda protegida ha ido más allá y ha regulado una materia que no le corresponde: el de los instrumentos públicos (art. 149,1,8 de la Constitución) (33).

c) Nulidad de la escritura pública otorgada antes de la obtención de la calificación definitiva.

El artículo 10,3 de la Ley determina que: “Los Notarios no podrán autorizar escrituras públicas que documenten la transmisión, incluida la adjudicación en el caso de sociedades cooperativas, comunidades de bienes u otras personas jurídicas sin ánimo de lucro, de viviendas protegidas con anterioridad a la emisión de la calificación definitiva por parte del órgano administrativo competente. Cualquier escritura pública realizada contraviniendo esta disposición será nula de pleno derecho”.

De la lectura de la norma puede señalarse:

1. El contrato no se declara nulo, sino la escritura pública que se formaliza, porque no puede dudarse de que el contrato de compraventa de una vivienda protegida antes de la calificación definitiva es válido.

2. Atenta contra principios esenciales de la libertad de forma y de la seguridad jurídica preventiva recogida en los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil, por los que cualquiera de las partes, siendo válido el contrato formalizado relativo a bienes inmuebles, puede compeler a la otra al otorgamiento de la escritura pública.

(33) Nada se decía al respecto en la Ley de 26 de diciembre de 2003; sin embargo, la Ley de 20 de diciembre de 2004, que reforma la anterior, determina en el artículo 14,2,a, *in fine*, que en el supuesto de denegación de visado se entenderá que el contrato suscrito carece de validez. Hubiera sido un buen momento para que el legislador rectificase sobre la nulidad de la escritura pública.

3. Nuevamente, el legislador califica de nula la escritura.

4. Aumenta la desprotección del adquirente de viviendas, ya que al anularse la escritura pública dispone sólo de documento privado, que protege sus derechos de modo más imperfecto, frente al promotor constructor y sus posibles situaciones de insolvencia, que la escritura pública, ya que se entiende que el contrato formalizado carecerá de fecha auténtica y de los demás efectos de aquélla: no será inscribible (art. 3 de la Ley Hipotecaria), tampoco será título ejecutivo, no tendrá la eficacia probatoria del documento público, no se darán los efectos traditorios de la propiedad.

d) En particular, nulidad de escritura otorgada antes de la calificación definitiva o sin el preceptivo visado.

1. Introducción (34).

La principal división de los documentos es la que separa los documentos públicos de los privados. El artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene una enumeración de los documentos públicos y el Código Civil, en su artículo 1.216, nos da de una manera más perfecta un concepto de documento público: "Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley".

Por lo que los documentos públicos notariales son instrumentos públicos, siendo las normas que los regulan de la competencia exclusiva del Estado, según el artículo 149,1,8 CE (35).

Así, la sentencia del Tribunal Constitucional de 24-IV-89 declara: "La reserva al Estado de la ordenación de los instrumentos públicos tiende al aseguramiento de un tratamiento normativo unitario y común de los documentos públicos notarialmente autorizados y, por tanto, de las escrituras públicas, uniformando a tal fin el régimen de su naturaleza y contenido, de sus requisitos internos y formales de su validez y eficacia y, en general, de todos aquellos aspectos que comprometan la unidad de su disciplina jurídica, de modo que una nota definitoria de las reglas ordenado-

(34) Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *Escritos jurídicos III*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996; GONZÁLEZ PALOMINO: *Negocio jurídico y documento*, Valencia, 1951; NÚÑEZ LAGOS: "Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1, Madrid, 1945; "Falsedad civil en documento público", en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo IX, Madrid, Reus, año 1957, pp. 411 y ss.; MOXO RUANO, Antonio: "Nulidad y falsedad civil del instrumento público", en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo III, Madrid, Reus, 1946, pp. 195 y ss.; RUIZ GÓMEZ, J. Eugenio: *Comentarios a la Ley del Notariado y su Reglamento*, Málaga, 1865, pp. 125 y ss.

(35) "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias... ordenación de los registros e instrumentos públicos..."

ras de los instrumentos públicos y, por tanto de las escrituras públicas, ha de ser la de servir, en relación de necesidad, al establecimiento y preservación de la uniformidad de su régimen jurídico”.

Por otro lado, el artículo 1.217 del Código Civil señala que: “Los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la Legislación Notarial”.

En consecuencia, el régimen de los documentos notariales corresponde a la Legislación Notarial, siendo su texto fundamental la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 y el Reglamento Notarial vigente de 2 de junio de 1944, que han sufrido posteriormente algunas modificaciones.

Una primera clasificación sobre los instrumentos públicos notariales es:

— Los instrumentos públicos *mortis causa*, que se rigen por las Leyes Sustantivas y subsidiariamente por la Legislación Notarial.

— Los instrumentos públicos *inter vivos*, que se rigen por la Legislación Notarial.

Una segunda clasificación de los instrumentos públicos *inter vivos* se refiere el artículo 144,1 del Reglamento Notarial, así pueden ser protocolares y no protocolares. Los protocolares se dividen en originales y copias, y los originales en escrituras y actas.

Es decir, la escritura pública es un instrumento público notarial *inter vivos* protocolar, cuyo régimen, que compete exclusivamente al Estado, es el de la Legislación Notarial.

Y dentro de esta escritura pública se documenta un negocio jurídico que debe estar perfectamente adecuado a la Ley y perfectamente adecuado también a las necesidades e intenciones de las partes, cuya regulación pertenece al Derecho sustantivo.

Por lo que se hace necesaria la distinción entre el continente o documento y el contenido o negocio jurídico documentado; y la nulidad sustancial, también denominada negocial, material, de fondo o de contenido, que es la nulidad del negocio, regida por el Derecho sustantivo y la nulidad formal, o instrumental, o documental, que es la nulidad del instrumento público regida por el Derecho Notarial puro.

Pero ¿la nulidad negocial conlleva la formal? o ¿la formal, la negocial?; como señala RODRÍGUEZ ADRADOS (36), la validez y la nulidad del negocio documentado y del documento pueden marchar por distintos caminos.

En efecto, la nulidad del negocio no lleva consigo la nulidad del documento que lo contiene y, por el contrario, aunque el documento sea nulo, puede ser válido el negocio documentado, según demuestra el artículo 1.223

(36) *Escritos jurídicos III*, p. 139.

del Código Civil, que al señalar: “La escritura defectuosa, por incompetencia del Notario o por otra falta de forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviese firmada por los otorgantes”, establece la posibilidad de que se mantenga la validez del negocio jurídico documentado a pesar de que no lo sea el documento público.

Por excepción, el negocio sí será nulo cuando también lo sea el instrumento público, en los casos en que la forma del instrumento público venga exigida *ad solemnitatem*.

2. Legislación aragonesa.

Según lo dicho en el texto, puede concluirse que será la Legislación Notarial la competente para regular todas las vicisitudes de la escritura pública, incluida su nulidad; que el Derecho sustantivo regulará el negocio en ella contenido, incluida también su nulidad y sólo en el supuesto de que la escritura venga exigida *ad solemnitatem*, la nulidad y validez de ambos vendrá aparejada.

Así las cosas, ¿cómo cabe enjuiciar a la normativa aragonesa que con carácter imperativo dicta la nulidad de la escritura de compraventa de VPO si se otorga antes de la calificación definitiva o con ausencia del visado?

En principio, en la transmisión de una vivienda de protección oficial cabe distinguir la venta o negocio jurídico documentado regulado por el Derecho sustantivo (constituido por la normativa autonómica de viviendas protegidas y subsidiariamente por la estatal) y la escritura pública cuyo régimen pertenece a la Legislación Notarial.

Dado que la nulidad o validez de la escritura pública depende de lo que dicte la Legislación Notarial habrá que acudir a la misma para saber qué dispone al respecto.

Y la Ley Orgánica del Notariado, en el artículo 27 y concordantes, determina que son causas de nulidad las siguientes (37):

1. Si el notario no es competente u omite su nombre y vecindad.
2. Si contiene alguna disposición a favor del notario autorizante.
3. Si el otorgante es pariente del notario autorizante dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
4. Si faltan los testigos cuando sean necesarios.
5. Si los testigos, cuando son necesarios, son parientes de los otorgantes o del notario en los grados dichos, o son empleados o criados del notario.

(37) Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *Revista de Derecho Notarial*, números 97-98, pp. 228-247.

6. Si falta la fe de conocimiento.
7. Si se omite la lectura y su constancia documental.
8. Si faltan las firmas de las partes y la de los testigos, en su caso.
9. Si falta el signo, firma y rúbrica del notario, que dejan sin efecto el instrumento público notarial (38).

Así las cosas, los supuestos de nulidad de instrumento público notarial recogidos en la Ley de Viviendas de Protección Oficial de Aragón, como son el otorgamiento de escritura pública antes de la calificación definitiva o sin visado, no se encuentran ni en la letra ni en el espíritu de las causas de nulidad recogidas en la Legislación Notarial, por lo que la nulidad dictada por la Ley Autonómica, además de su incompetencia, es improcedente.

e) Nulidad de la escritura pública de transmisión de viviendas de protección oficial por causas recogidas en la Legislación Notarial.

Cabe la posibilidad de que la escritura de compraventa de viviendas protegidas sea nula por alguna de las causas recogidas en la Legislación Notarial. En este supuesto, ¿qué suerte correría la venta o negocio jurídico documentado?

Ya hemos comentado anteriormente que por el principio de libertad de forma del artículo 1.278 del Código Civil, el documento y el acto que contiene hace que, en principio, puedan funcionar separadamente y que la nulidad de uno no implica la nulidad del otro, y viceversa, salvo que se exija la forma *ad solemnitatem*.

¿Qué ocurre en la Legislación aragonesa? ¿La escritura en la compraventa de viviendas de protección oficial se exige como forma *ad solemnitatem*?

Las normas que aluden a la escritura pública no son claras al respecto, pues el artículo 10,2,a, que regula el régimen de cesión, señala:

“No podrá disponerse en forma alguna de tales inmuebles a favor de los adquirentes o arrendatarios de las viviendas antes de la elevación a es-

(38) Hay otras causas más cuestionadas: La falta de número de protocolo (no produce la nulidad, según R. de 5 de octubre de 1893); la no expresión del lugar del otorgamiento (no produce la nulidad porque se presume que se ha hecho en la residencia y en el despacho del notario); la inexpressión de la fecha del documento (no es causa de nulidad al no expresarla la Ley Orgánica del Notariado y admitir la Dirección General de los Registros y del Notariado la data indirecta y la rectificación de fecha inexacta); la falta de juicio de capacidad (no da lugar a la nulidad porque va implícita en la autorización); la falta de unidad de contexto, que daría lugar a un caso de falsedad; la falta de numeración de los folios de la matriz no es causa de nulidad, pero puede dar lugar a que sea atacado por defecto de autenticidad.

critura pública de las ventas o la formalización de los contratos de arrendamiento de viviendas protegidas u otros elementos anejos protegidos.”

Porque, ¿qué significa? ¿Que el titular de una vivienda protegida no puede disponer de ella si no acredita su titularidad mediante escritura pública? o ¿que la transmisión ha de formalizarse obligatoriamente en escritura pública?

Parece, aunque resulta confusa la letra de la Ley, que el legislador pretende que la transmisión se formalice en escritura pública para su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad (39).

Pero ¿es un requisito *ad solemnitatem*? o ¿es una obligación que se impone a las partes?

La Ley, en el artículo 43, enumera las infracciones administrativas graves y entre éstas en la letra s) señala la de incumplir la obligación de formalizar la compraventa de viviendas protegidas o sus anejos en escritura pública (40).

Así las cosas, puede deducirse que la formalización en escritura pública es una obligación, cuyo incumplimiento se sancionará administrativamente, con independencia del ejercicio de las acciones que el transmitente y el adquirente puedan ejercitar entre sí y con independencia también de que el contrato, al tener valor de documento privado, carezca de los efectos de la escritura pública.

(39) Es frecuente la alusión a la escritura pública y al Registro de la Propiedad, así, además de los artículos 10,2,3; 15, 2 y 43, que aparecen en el texto, el artículo 31 señala la obligación de los notarios y registradores de la propiedad de exigir para autorizar o inscribir, respectivamente, que se acredite por el transmitente la comunicación a la Administración de la oferta de venta, de su intención de transmitir, del otorgamiento de la autorización...

(40) Como ya hemos citado en el texto, cuando la Ley sanciona con nulidad lo hace expresamente.

LA MEDIACIÓN COMO FORMA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS AGROINDUSTRIALES (1)

JOSÉ MARÍA CABALLERO LOZANO

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Burgos*

SUMARIO: 1. LA SOLUCIÓN PRIVADA DE CONFLICTOS. A) Conciliación y mediación. B) Mediación y proceso judicial. 2. EL ÁMBITO DE LOS CONFLICTOS AGROINDUSTRIALES. A) Los contratos agroindus-

(1) Las abreviaturas empleadas en este trabajo son: ADR: *alternative dispute resolution*; CC: Código Civil, de 24 de junio de 1889; CE: Constitución española, de 27 de diciembre de 1978; CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; LA: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje; LAR: Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos; LAR 1980: Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos; LCT: Ley 2/2000, de 7 de enero, de contratos tipo de productos agroalimentarios; LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil; LEC 1881: Ley de enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881; LOIA: Ley 38/1994, de 31 de diciembre, de organizaciones interprofesionales agroalimentarias; LOPJ: Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; LPL: Ley de procedimiento laboral, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril; RLCT: Reglamento de la Ley de contratos tipo de productos agroalimentarios, aprobado por Real Decreto 686/2000, de 12 de marzo; LRJAP: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Para el *Boletín Oficial del Estado* puede consultarse: www.boe.es. Las siglas AC, JUR, RJ y RTC corresponden a la Base de Datos "Aranzadi".

triales. **B)** Marco jurídico de estos contratos. **3.** ANTECEDENTES LEGALES DE LA MEDIACIÓN AGROINDUSTRIAL. **A)** El sistema de la Ley de contratos de productos agrarios (1982). **B)** El Real Decreto de contratos de compraventa de productos agrarios (1985). **4.** OTROS MODELOS DE MEDIACIÓN EN LA AGRICULTURA. **A)** En los arrendamientos rústicos. **B)** En los contratos de cultivo de Cataluña. **5.** LOS CONFLICTOS AGROINDUSTRIALES Y SU RESOLUCIÓN. **A)** Materias conflictivas. **B)** La mediación como procedimiento de solución. **6.** CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN AGROINDUSTRIAL. **A)** Marco jurídico del procedimiento de mediación. **B)** Carácter obligatorio de la mediación. **7.** LA INSTITUCIÓN MEDIADORA: LAS COMISIONES DE SEGUIMIENTO. **A)** Régimen de las comisiones de seguimiento. **B)** Estatuto de los miembros de la Comisión de seguimiento. **8.** EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN Y SU TERMINACIÓN. **A)** Iniciación del procedimiento. **B)** Diversas vicisitudes iniciales. **C)** Desarrollo del procedimiento. **D)** La propuesta de la Comisión y su valoración. **E)** Finalización anormal del procedimiento. **F)** El acuerdo y su ejecutividad. **G)** Los gastos de la mediación. **9.** LA MEDIACIÓN EN LOS CONTRATOS DE INTEGRACIÓN GANADERA.

El presente estudio tiene por objeto la mediación como forma de solución de conflictos en los contratos agroindustriales. Se ha elegido este tema en razón de la creciente importancia que presenta la mediación en el tráfico y, también, en el ámbito de las relaciones entre agricultores e industrias de transformación. En general, por influencia del mundo anglosajón se recurre cada vez más al arreglo negociado de las controversias privadas en lugar de acudir a los tribunales de justicia estatales. Por otra parte, existe un Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria que introduce la mediación como institución jurídica específica en el interior del proceso civil, dotándola de un perfil capaz de acoger un último intento de solución autónoma de conflictos, al menos en materias disponibles para los particulares (2). Este trabajo pretende suministrar ideas y experiencias provenientes de un ámbito concreto, el sistema agroindustrial, que

(2) El Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, publicado en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento del número de 15 de octubre de 2005, distingue entre conciliación (arts. 24-33) y mediación (arts. 34-40). Una vez elaborado el presente estudio ha sido publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*,

pueden ser útiles para configurar un régimen general de la mediación, más amplio incluso que el comprendido en el citado Anteproyecto, del que tan necesitado está nuestro ordenamiento jurídico.

ABSTRACT

The main purpose of this paper is the application of the Alternative Dispute Regulations to the field of the agroindustrial agreements between farmers and the transformation industries. This topic is been chosen by us because of the increasing relevance that nowadays is getting in Spain this way to resolve legal problems, not only in the field of family law but also in commercial relationship. It is recognised by our doctrine the influence that anglo-saxon method of ADR is having over Spanish legal studies.

As in Spain is been prepared a new law about Voluntary Jurisdiccion, that introduces ADR on private conflicts, we would want to give some ideas and experiences happened in the context of the agroindustrial activities in order to extend, if possible, the rules of ADR to this economic sector.

1. La solución privada de conflictos

A) Conciliación y mediación.

Con carácter general, se advierte cómo en el ámbito de las relaciones económicas entre particulares la solución extrajudicial de las controversias puede tener lugar a través de diversos modos. Como señala el *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, presentado por la Comisión Europea, “las modalidades alternativas de solución de conflictos relacionadas con el derecho civil y mercantil pueden incluirse en distintas categorías, que a su vez pueden obedecer a otros tantos regímenes jurídicos. Una primera distinción se impone entre las ADR [*alternative dispute resolution*] aplicadas por un juez o confiadas por éste a un tercero (“ADR en el marco de procedimientos judiciales”) y las ADR a las que recurren las propias partes en conflicto, al margen de cualquier procedimiento judicial (“ADR convencionales”). Procede efectuar una segunda distinción, igualmente fundamental en opinión de la Comisión, en las ADR convencionales. Al tér-

de 27 de octubre de 2006, número 109-1, el Proyecto de Ley de “Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil”. Dedicó a la “conciliación” el título III, artículos 29-38, y suprime los preceptos dedicados a la mediación. De este modo seguimos sin un régimen general en la materia, lo que hace aún más oportunas las reflexiones que a continuación se desarrollan, a la espera de una futura Ley de mediación en la contratación civil y mercantil.

mino de determinados procesos de ADR, el o los terceros pueden verse obligados a tomar una decisión vinculante para una de las partes, o a hacer una recomendación a las partes, que éstas pueden decidir aplicar o no. En otros procesos de ADR, los terceros no se pronuncian de manera formal sobre la solución que podría aportarse al litigio, limitándose a ayudar a las partes a encontrar un acuerdo" (3). Como ha señalado acertadamente S. BARONA VILAR, "se está produciendo una superación de la etapa exclusivista jurisdiccional como delimitación de nuestra disciplina (el Derecho Procesal), para abordar el futuro de la misma, que pasa necesariamente por la asunción de la tutela extrajurisdiccional en la resolución de conflictos; tutela que no supone, pese a la utilización del nombre, una alternativa antagónica o excluyente a los tribunales, sino que comporta, en muchos casos, como claramente se ve en los sistemas occidentales, un comportamiento desde los tribunales o para que los tribunales puedan cumplir su función de manera más efectiva" (4).

Todos los modos expuestos anteriormente vamos a concretarlos en cuatro: transacción, conciliación, mediación y arbitraje. En el primero de ellos las partes llegan por sí solas a la solución del conflicto; en el segundo, las partes son ayudadas por un tercero para acercar posturas, pero son ellas las que formulan las propuestas y contrapropuestas necesarias para llegar al acuerdo o solución; en el tercer caso, las partes son ayudadas por un tercero, hasta tal punto que llegan a aceptar la solución que les propone aquél; por último, en el arbitraje las partes son asistidas por ese tercero hasta el extremo de que delegan irrevocablemente en sus manos la solución del conflicto, de modo que la voluntad del árbitro es vinculante para ellas. Es particularmente interesante reparar en que la principal diferencia que separa la mediación y el arbitraje radica en que la mediación intenta conseguir un acuerdo entre las partes contratantes (previa propuesta formal del mediador), mientras que el arbitraje, aun siendo acordado por las partes como modo de solución de conflictos, sin embargo, se escapa a éstas en cuanto al fondo del asunto, ya que el laudo arbitral es fruto de la decisión de un tercero y se impone a los contratantes. Más difícil es distinguir en la práctica la conciliación y la mediación, porque si bien en el plano teórico en ambas interviene un tercero carente de facultades decisorias (intervención aproximativa de las partes, en la conciliación, y propositiva, en la mediación), en cambio, en la realidad, es sumamente fácil

(3) *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, presentado por la Comisión, Bruselas, 19-04-2002, COM (2002) 196 final, punto 3, p. 7.

(4) BARONA VILAR, Silvia: *Solución extrajurisdiccional de conflictos. "Alternative dispute resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, 1999, p. 17.

que el tercero interviniente en la solución del conflicto pase de la mera animación o traslación de propuestas y contrapropuestas, en ida y vuelta, a la formulación él mismo de algún tipo de iniciativa tendente a lograr el punto de encuentro entre las dos partes en liza (5).

En el ámbito normativo se observa una gran similitud, incluso coincidencia, entre conciliación y mediación. En efecto, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002) dispone en su artículo 1.3 que, “a los efectos de la presente Ley, se entenderá por «conciliación» todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros («el conciliador») que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas”. Por tanto, son tres los elementos que concurren en la conciliación o mediación: existencia de una controversia, intención de las partes de llegar a un arreglo amistoso y participación de un tercero o terceros independientes e imparciales que ayuden a las partes a llegar a ese arreglo amistoso. Por otra parte, el citado precepto continúa expresando que “el conciliador no está facultado para imponer a las partes una solución de la controversia”; además, según el artículo 10.1, “las partes en el procedimiento conciliatorio, el conciliador y los terceros, incluidos los que participan en la tramitación del procedimiento de conciliación, no harán valer ni presentarán pruebas, ni rendirán testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar en relación con... las propuestas presentadas por el conciliador” [letra d)]. En definitiva, la Ley Modelo no impide –ni tampoco impone– que el conciliador proponga una solución al conflicto, siempre que se trate de una mera propuesta, no una imposición. Por ello, cabe entender que en el espíritu de la Ley Modelo resultan comprendidas tanto la conciliación en sentido estricto como la mediación.

En el ámbito doctrinal, M.^a T. ÁLVAREZ MORENO (6) define la mediación como “la técnica mediante la cual son las partes mismas, inmersas en un conflicto, quienes tratan de llegar a un acuerdo con la ayuda de un mediador, tercero imparcial, que no tiene facultades de decisión”. Añade, precisando más, que “el mediador no impone, ni siquiera ofrece la solu-

(5) Sobre las diferencias entre todas estas figuras puede verse ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: “La mediación empresarial”, *Revista de Derecho Privado*, 2000, pp. 959-962; y MUÑOZ GARCÍA, Carmen: “Aspectos jurídicos de la mediación familiar”, *Revista de Derecho Privado*, 2003, pp. 260-266. En particular, sobre la diferencia entre conciliador y mediador, BARONA VILAR, S.: “Comentario del artículo 415 LEC”, en AAVV, *El proceso civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, volumen IV, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 3070-3071.

(6) ÁLVAREZ MORENO, M.^a T.: cit., p. 958, con cita de otros autores.

ción a las partes, sino que su papel se circunscribe a ayudar a las partes en conflicto a comunicarse para intentar superar sus desavenencias por sí mismas, mediante acuerdos que regulen sus relaciones futuras” (7). Por tanto, para esta autora no hay diferencia entre conciliación y mediación, según las definiciones ofrecidas anteriormente. Por el contrario, A. BALLARÍN MARCIAL (8), si bien en algún momento apunta que “la mediación es, por definición, un contrato que ayuda a las partes a llegar a un acuerdo transaccional”, en cambio, al definir la mediación, dice que es “el procedimiento alternativo de solución de conflictos entre dos o más interesados mediante la ayuda de un tercero imparcial, designado por todos ellos, el mediador, que, oyendo a las partes y analizando las diversas cuestiones en juego, formula una propuesta de acuerdo y procura convencer a las partes para que la acepten” (9). Esta definición creemos que es la que mejor expresa lo que es la mediación; el concepto de mediador debiera reservarse al caso en que el tercero proponga una solución, pues de lo contrario no hay modo de distinguirlo de la conciliación, y aun así, como se apuntaba anteriormente en el texto, es difícil hacerlo en la práctica.

La mediación opera en caso de conflicto de intereses entre los contratantes para llegar a una decisión que solvente la controversia y permita continuar y concluir el cumplimiento del contrato a plena satisfacción de las partes, de conformidad con el programa contractual de prestación. De este modo, la mediación se manifiesta bajo dos aspectos: como contrato y como procedimiento (10); más bien podríamos decir que es un contrato previsor de conflictos entre las partes, que se ejecuta o activa cuando sobreviene la controversia contemplada en el título negocial, dando lugar a un procedimiento de solución de conflictos que, en los sistemas jurídicos occidentales, “se ha convertido en la «alternativa» institucional por excelencia a la vía jurisdiccional” (11).

B) Mediación y proceso judicial.

La conciliación o mediación se desarrolla privadamente, al margen de la Administración de Justicia dispuesta por el Estado para la solución de conflictos. No obstante, aunque resulte paradójico, los mecanismos de solución privada de conflictos tienen también cabida en el curso de un proceso judicial, como anteriormente se apuntaba en relación al Antepro-

(7) ÁLVAREZ MORENO, M.^a T.: cit., p. 960.

(8) BALLARÍN MARCIAL, Alberto: “La mediación”, *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 2003, p. 22.

(9) BALLARÍN MARCIAL, A.: cit., p. 10.

(10) ÁLVAREZ MORENO, M.^a T.: cit., p. 971.

(11) BARONA VILAR, S.: “Comentario del artículo 415 LEC”, cit., p. 3070.

yecto de Ley de jurisdicción voluntaria. Las Leyes procesales prevén la conciliación y/o mediación como una de las formas de evitar el procedimiento o de procurar su solución negociada si ya han comenzado las actuaciones procesales.

En el orden jurisdiccional civil subsiste, con carácter previo y voluntario al proceso, el acto de conciliación regulado en los artículos 460 a 480 LEC 1881. La Ley señala los tipos de asuntos ante los que no cabe la conciliación (por razón de las personas o de la materia), la competencia funcional y territorial, el planteamiento de la conciliación, el desarrollo de la comparecencia, la eficacia de lo convenido, el modo de impugnación de lo acordado, la eficacia del acto de conciliación respecto de la prescripción, la imputación de los gastos devengados y los casos en que se tiene por intentada la conciliación sin avenencia.

La Ley de 1881 experimentó una modificación a través de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de enjuiciamiento civil, que dio nueva redacción, entre otros, a los artículos 691 y 692. Con arreglo al artículo 692.I, al comienzo del juicio de menor cuantía (procedimiento tipo) el juez debía “exhortar” a las partes para que llegaran a un acuerdo, sin que estuviese expresamente prevista la formulación de una propuesta por parte de aquél.

Por su parte, los artículos 414 (“Finalidad, momento procesal y sujetos intervinientes en la audiencia”) y 415 (“Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral. Homologación y eficacia del acuerdo”) (12) de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, han modificado el sistema.

(12) Acerca del contenido de la expresión “comprobará si subsiste el litigio entre ellas”, véase BARONA VILAR, S.: “Comentario del artículo 415 LEC”, cit., pp. 3058-3061. Para DAMIÁN MORENO, Juan: “Comentario del artículo 428 LEC”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dir. A. M.^a LORCA NAVARRETE, coord. V. GUILARTE GUTIÉRREZ, tomo II, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2154, el artículo 428.2 LEC “se encuentra entre los que tratan de estimular los métodos autocompositivos”. Según BARONA VILAR, S.: “Comentario del artículo 428 LEC”, cit., p. 3210, en el trámite del artículo 428.2 LEC, “la función del tribunal se acercaría a lo que en el artículo 415 denominábamos como mediación y conciliación”, incluso “consagra de forma más incisiva esa posible intervención judicial”. Asimismo, BANACLOCHE PALAO, Julio: “Comentario del artículo 415 LEC”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 698, atribuye un papel más incisivo al juez en el artículo 428.2 respecto del artículo 415, si bien (“Comentario del artículo 428”, cit., p. 723) “en todo caso la exhortación no puede ser una coacción ni debería suponer que se adelantara a las partes —cuando aún falta una buena parte de la prueba— el contenido de la sentencia”. En este mismo sentido opina DAMIÁN MORENO, J.: “Comentario del artículo 415 LEC”, cit., p. 2117, para quien, “a diferencia de lo que sucede en el artículo 428, el juez se ha de limitar a constatar que tal acuerdo es inexistente o por lo menos que no hay indicios de que vaya a producirse de inmediato, quizá pensando que resulta mucho más oportuno esperar a la finalización del acto, que es cuando las partes están en mejores condiciones para valorar sus posibilidades de éxito”. No obstante, “la exhortación al acuerdo —añade— tiene su momento al final de la audiencia y puede llegar a ser un eufemismo si el juez trata de imponerles una decisión” (id.).

ciamiento civil, disponen que el citado “intento de conciliación” tendrá lugar en la fase de audiencia previa del juicio declarativo ordinario. La tramitación de esta conciliación intraprocesal es parecida a la del acto de conciliación preprocesal de la LEC 1881, ya señalado: las partes plantean sus respectivas pretensiones a través de la demanda y su contestación, y, en su caso, la reconvencción y respectiva contestación; y prosigue la tramitación con la celebración de la audiencia, donde puede suceder que las partes lleguen convenidas o que, al menos manifiesten su disposición a lograr un acuerdo en el transcurso de la audiencia y que efectivamente lo logren. Existiendo acuerdo, el proceso puede terminar por desistimiento, en cuyo caso el consenso logrado por las partes es asunto privado entre ellas, o bien por resolución judicial, que homologue públicamente lo acordado. La ventaja de esta segunda opción es innegable desde un punto de vista práctico, ya que el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial (cfr. art. 19 LEC) y tendrá fuerza ejecutiva (arts. 415.2 y 517.2.3.º LEC). No obstante, el acuerdo no pierde su naturaleza convencional por el hecho de ser homologado, ya que podrá ser objeto de impugnación con base en las causas y la forma que se prevén para la transacción judicial (art. 415.2 *in fine* LEC). La Ley regula con detenimiento la representación y defensa de las partes en el acto de la audiencia, así como los modos anormales de terminación de la fase de conciliación, con el efecto de la prosecución del juicio. La intervención del juez está muy difuminada, menos clara que en la reforma de 1984, antes expresada, lo que nos hace dudar de que estemos en presencia de una auténtica mediación (13), si bien nada impide

(13) MUÑOZ GARCÍA, C.: p. 273, observa que los artículos 414-415 LEC contienen una regulación que no es suficiente para entender configurada una auténtica mediación, puesto que la previsión normativa “puede reducirse a ser puro trámite (ya que el requisito de la audiencia previa puede verse cumplido con la mera formulación a las partes de si existe o no acuerdo), por lo que precisa de la concienciación y voluntad del Juez, para poner los medios precisos para que las partes lleguen a un acuerdo. Ciertamente que la intervención judicial en esta audiencia podría llegar a ejercer una presión o actuación coactiva sobre los sujetos en conflicto”. Por el contrario, BARONA VILAR, S.: “Comentario del artículo 415 LEC”, cit., p. 3071, entiende que “los términos «comprobará si subsiste el litigio entre ellas», no parecen dar posibilidad activa de intervención al tribunal, sino que simplemente está concediéndole la posibilidad de acoger el acuerdo previo, si lo hubiere, o el acuerdo inmediato si se produce, homologando los términos referidos”. No obstante, ve un resquicio para la mediación en la idea de “comprobación”, “que —dice— puede consistir en indagar, buscar y analizar si efectivamente subsisten los motivos que dieron lugar al mantenimiento de las posiciones enconadas de ambas partes, y en ese procedimiento de averiguación se está empeñando una labor de mediación”. BANACLOCHE PALAO, J.: “Comentario del artículo 415 LEC”, cit., p. 698, sostiene una postura más restrictiva, pues señala que, “a diferencia de lo que sucede en el artículo 428.2, en este caso la ley limita la actuación del tribunal a la mera comprobación de si subsiste o no el litigio. No puede, pues, exhortar a las partes a que lleguen a un acuerdo; su comportamiento ha de ser, en este caso,

que el juez adopte de hecho una postura más activa en el intento de solucionar el conflicto, pero siempre sin comprometer su independencia ni adelantar el fallo de una eventual sentencia.

En el ámbito del proceso laboral, Ley de procedimiento laboral, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, reproduce el esquema antes señalado: conciliación preprocesal (arts. 63-68 LPL) y conciliación intraprocesal al inicio del procedimiento, concretamente, al principio del acto de la vista (art. 84 LPL). La primera está ubicada junto con la “reclamación previa a la vía judicial” dentro del título V del libro I, bajo la rúbrica “la evitación del proceso”. Aquí la Ley regula diversos extremos, tales como los tipos de asuntos ante los que no cabe la “conciliación previa” (por razón de las personas o de la materia), el desarrollo de la comparecencia, la eficacia de lo convenido, el modo de impugnación de lo acordado, la eficacia de la conciliación previa respecto de la prescripción y caducidad y los casos en que se tiene por intentada la conciliación sin avenencia. Por otra parte, el artículo 84 LPL regula la conciliación dentro del proceso, como último intento de lograr un acuerdo y evitar la solución por medio de sentencia. Se dice que “el órgano judicial... intentará la conciliación” (ap. 1), lo que parece traspasar el límite de la estricta conciliación para introducirse en la mediación, donde sabemos que el mediador adopta un papel mucho más incisivo. Si no hay avenencia prosigue el proceso, pero si la hay caben dos posibilidades: que el juez no apruebe el acuerdo, en cuyo caso el proceso proseguirá; o que el juez apruebe el acuerdo, con lo que dictará la correspondiente resolución, poniendo fin al proceso. De los términos del precepto se desprende claramente que el juez tiene amplia capacidad para examinar el fondo del acuerdo, seguramente en razón del carácter tuitivo que para el trabajador tiene el Derecho del Trabajo y también en evitación de posibles lesiones, fraudes y abusos. Finalmente, podemos añadir que, para el proceso especial de conflictos colectivos, el artículo 154 LPL dispone con carácter obligatorio la conciliación previa, administrativa o interprofesional, así como la eficacia de convenio colectivo respecto de lo acordado, en el caso de que se cumplan los requisitos legales requeridos para este tipo de negocio jurídico.

simplemente pasivo, limitándose a preguntar si las partes quieren o no continuar el proceso”. Es asimismo restrictivo respecto de la mediación, HOYA COROMINA, José: “Comentario del artículo 415 LEC”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coords. M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, J. M.^a RIFÁ SOLER y J. F. VALLS GOMBAU, tomo II, Ed. Iurgium, 1.^a reimpr., Barcelona, 2001, p. 1877, para quien “lo que ni previene ni autoriza [el precepto] es la mediación en la obtención del citado acuerdo, y menos aún realizar proposiciones para lograr éste, pues en el supuesto de mediar o proponer fórmulas de acuerdo entre las partes atentaría contra el principio de imparcialidad al prejuzgar como consecuencia de las propuestas solutorias el fin del procedimiento”.

En el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria se distingue entre conciliación (arts. 24-33) y mediación (arts. 34-40) de modo distinto a como hasta ahora se ha venido indicando. En efecto, en el texto aún en fase de estudio la conciliación tiene lugar ante el juez, ya sea con carácter previo al proceso judicial, durante su fase declarativa o incluso durante la ejecución de sentencia, mientras que la mediación, por el contrario, se contempla únicamente como eventual trámite “en cualquier fase de los procedimientos judiciales” (art. 34.1), con suspensión del curso del procedimiento e intervención de un tercero denominado mediador; no se prevé la mediación preprocesal, categoría a la que pertenece la agroindustrial, según veremos. En ninguno de los dos casos el Anteproyecto contempla expresamente la formulación de propuestas de solución por parte del conciliador o mediador. A lo más que llega es a disponer que en la celebración del acto de conciliación –no en la mediación–, y para el caso de que no hubiera avenencia entre las partes, el órgano conciliador, que es el secretario judicial o el juez de paz, “procurará avenirlos”, en relación a lo cual no está previsto, aunque tampoco prohibido, que dicho órgano llegue hasta el extremo de formular él mismo una propuesta, lo que seguramente se producirá en el curso del debate.

Hemos visto cómo la conciliación/mediación puede tener lugar en el curso de un proceso judicial, pero el término “mediación” se reserva usualmente para la solución extrajudicial de conflictos, que tiene lugar con carácter previo a cualquier intento de solución heterocompositiva. Prueba de ello es que el artículo 1.9, letra a), de la Ley Modelo de la CNUDMI dispone que “la presente Ley no será aplicable... cuando un juez o un árbitro, en el curso de un procedimiento judicial o arbitral, trate de facilitar la concertación de un arreglo entre las partes”. Es precisamente en este ámbito extraprocésal o preprocesal privado, tan necesitado de regulación positiva (14), donde se ubica la mediación agroindustrial que enseguida examinaremos.

(14) El ámbito donde más se está desarrollando el instituto de la mediación a nivel normativo es en el Derecho de familia, como modo de poner término a las crisis familiares sin tener necesidad de acudir a las instancias judiciales. Hasta el momento se han ocupado de regular el tema las Comunidades Autónomas de Cataluña (Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar), Galicia (Ley 4/2001, de 31 de mayo, de mediación familiar), Comunidad Valenciana (Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de mediación familiar), Comunidad Canaria (Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar, modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio), Castilla-La Mancha (Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar) y Castilla y León (Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León). La bibliografía específica sobre el aspecto jurídico de la mediación familiar va siendo abundante, y sólo con cautela, por razón de la diversidad de materias (familia/patrimonio), puede ser tomada en consideración en nuestro tema. En la doctrina española cabe citar a TORRERO MUÑOZ, Magda: *Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*, Edito-

2. El ámbito de los conflictos agroindustriales

A) Los contratos agroindustriales.

La economía y el mercado se dividen tradicionalmente en tres sectores: agricultura, industria y servicios, que lejos de formar compartimentos estancos se hallan relacionados entre sí de forma intensa. En particular, cabe destacar cómo ha ido ganando importancia desde la eclosión de la sociedad de consumo la mutua implicación de la agricultura y la industria a través de los contratos agroindustriales o de integración vertical (15). En la actualidad, el agricultor no se relaciona normalmente de modo directo con el consumidor, en razón tanto de la distancia geográfica que separa los lugares de producción y consumo, como del tiempo que transcurre desde la puntual recolección del producto hasta su adquisición por los consumidores en tiendas y mercados. Por otra parte, existen productos alimenticios cuya elaboración ulterior les proporciona mayor utilidad, como sucede con la uva en relación con el consumo en fresco y la transformación en vino; otros, en fin, como el azúcar respecto de la remolacha y la caña, sólo pueden obtenerse mediante determinados procesos industriales (16), en razón de lo cual el contrato agroindustrial apareció cuando la agricultura empezó a necesitar de la industria para la conservación y/o transformación de los productos y su ulterior comercialización. Finalmente, la irrupción de la industria en el sector de los recursos alimenticios viene operando la introducción en el mercado de multitud de compuestos nutritivos preparados sobre la base de productos agrícolas; nuevos alimentos cuya elaboración está alentada por unas empresas de transformación que continuamente introducen en el mercado nuevos productos y presentaciones con la finalidad de mantener su nivel de competitividad. Estos y

rial Práctica de Derecho, SL, Valencia, 1999; *id.*, "La mediación familiar: una alternativa a la resolución de los conflictos familiares", *Actualidad Civil*, 2000-3, pp. marg. 857-874; y MUÑOZ GARCÍA, C.: *cit.*, sobre todo, pp. 266-278. Existen estudios doctrinales en otros ámbitos, tales como la mediación laboral o escolar.

(15) Sobre las diferencias –no esenciales– entre ambos, véanse nuestros trabajos "Los contratos agroindustriales en la experiencia española: el problema de su naturaleza jurídica", *Rivista di Diritto Agrario*, 1996, I, pp. 206-237; y "Los contratos agroindustriales: reflexiones en torno a su naturaleza jurídica a la luz de la experiencia italiana", *Revista de Derecho Privado*, 1997, pp. 19-51.

(16) Esta necesidad explica la realidad detectada ya por el Decreto de 7 de mayo de 1931, sobre establecimiento de los Jurados mixtos del Trabajo rural, los Jurados mixtos de la Propiedad Rústica y los Jurados mixtos de la Producción y de las Industrias agrarias, el cual señalaba en su preámbulo que "con excepción de las Comisiones Remolachero-Azucareras, aún no funciona en la agricultura ninguna de esas Instituciones mixtas, reguladas por disposiciones tan numerosas y algunas tan minuciosas en su articulado".

otros hechos han determinado que hoy día las rentas agrarias provengan no sólo de las ventas al consumidor o intermediarios comerciales, sino también –y sobre todo– de la disposición en favor de las industrias de transformación.

Como los contratos agroindustriales gozan de amplia difusión en la comercialización de los productos agrarios, la práctica del tráfico ha ido creando un modelo de relación entre agricultor (17) e industria de transformación. El alto grado de tipicidad social logrado por estos contratos agrarios ha consolidado un catálogo de obligaciones que pesan sobre el empresario agrícola, ganadero o forestal, según la naturaleza de su actividad, y que fundamentalmente son las siguientes: cultivar la tierra o criar el ganado según las técnicas descritas en el contrato o comunicadas en el curso de la actividad por parte de la industria de transformación; emplear semillas, abonos, insecticidas, piensos, etc., suministrados directamente por aquélla o indicados por la misma en el contrato; observar determinada modalidad y tiempo de siembra y recolección, o engorde y sacrificio, fijada por el industrial; utilizar determinados recipientes de transporte o embalaje proporcionados por éste o indicados por el mismo; suministrar el producto en exclusiva al industrial y recibir asimismo en exclusiva los elementos antes indicados; en fin, atender al ejercicio de la facultad de inspección que se reserva el industrial. Por parte de la industria de transformación existe el fundamental compromiso del pago del precio, fijado en el momento de la celebración del contrato, o bien por referencia a parámetros señalados en el contrato y relativos a circunstancias externas posteriores a la celebración (por ej., precio de mercado en cierto día). También puede pactarse la entrega de dinero al agricultor para capitalizar la

(17) Se hace hincapié en la circunstancia de que en el sistema agroindustrial, para ser agricultor, no es necesario que la persona posea la cualidad de profesional de la agricultura, que, introducida en el Derecho español por la LAR 1980 y continuada por la Ley de modernización de 1995, fue eliminada del ámbito arrendaticio por la Ley de arrendamientos rústicos de 2003, para ser nuevamente recuperada por la reforma operada en esta última Ley en 2005. Es una figura superada en la Política Agrícola Común (PAC), pero que vuelve a aparecer en nuestro Derecho, no sólo en la reforma indicada, sino también en la Ley 18/2005, de 30 de septiembre, por la que se deroga la Ley 23/1986, de 24 de diciembre, por la que se establecen las bases del régimen jurídico de las Cámaras Agrarias, la cual sigue basándose en el profesional de la agricultura para organizar la representación institucional, reivindicación y negociación en defensa de los intereses profesionales y socioeconómicos de los agricultores y ganaderos (cfr. disp. trans. única). Por su parte, la Ley 2/2005, de 4 de abril, de contratos de integración (Cataluña), participa de esta orientación, ya que emplea el concepto de profesional de la ganadería, sin definirlo, a los efectos de sucesión en el contrato de integración [art. 8.b)]. En este sentido de privilegiar a cierto tipo de agricultores respecto de los demás cabe citar finalmente el Proyecto de Ley de contratos de cultivo (Cataluña), donde se reconoce al “cultivador directo y personal” (art. 8) un régimen especial (cfr. art. 7.2) en materia de duración mínima del contrato (art. 18) y derechos de adquisición preferente (arts. 34-36).

explotación, a modo de provisión de fondos a cuenta del precio que en su día se devengue; recursos financieros que lógicamente no pueden desviarse a otros fines distintos de los que constituyen el logro del cumplimiento de los objetivos del contrato.

Estos contratos, según hemos señalado, se caracterizan porque las prestaciones recíprocas que los vertebran consisten básicamente en la producción y entrega de una determinada cantidad de productos agrícolas, ganaderos o forestales, a cambio del pago de una suma de dinero. Consecuentemente, se excluyen de la categoría "agroindustrial" los títulos contractuales que legitiman el acceso del agricultor a los elementos de capital de su explotación, tales como el arrendamiento o aparcería de las fincas o de un determinado número de cabezas de ganado. Asimismo, se excluyen los servicios contratados por el agricultor con un tercero, cuya finalidad es posibilitar las operaciones de cultivo o recogida, tales como la asistencia técnica al cultivo o el arrendamiento de cosechadoras, respectivamente. Tampoco se incluye la adquisición de los elementos que se incorporan al proceso productivo y sin los cuales el producto no existiría o no alcanzaría los requisitos normales que cabe exigir a todo producto agrícola, tales como semillas, abonos, insecticidas y otros elementos; si bien, no obstante, estos productos pueden constituir parte instrumental de la prestación a cargo de la industria de transformación, pero nunca su objeto exclusivo. Finalmente, quedan también excluidos los contratos dirigidos a obtener recursos financieros para la explotación (préstamos bancarios) y aquéllos cuya finalidad es proteger la actividad agraria de los riesgos que puedan comprometer el resultado de la misma (seguros).

Los contratos agroindustriales no forman una categoría jurídica rígida, porque los objetivos económicos que las partes contratantes persiguen son realizados, según los casos, utilizando técnicas e instrumentos jurídicos diversos. El intérprete, en presencia de una relación negocial que, a través de la asociación o el cambio, realice de alguna forma la integración entre agricultura e industria de transformación, deberá prestar atención a la denominación otorgada por las partes al contrato y, sobre todo, tendrá que identificar, sin apriorismos, el entramado de derechos y obligaciones que configuren la individual relación jurídica. Por tanto, deberá verificar qué tipo contractual concurre en cada caso, sin pretender aplicar maquinalmente un mismo esquema típico. Así, cuando se efectúe el cambio de cosa por precio estaremos en presencia de una compraventa; si, además, el industrial tiene un interés específico en el desarrollo de la actividad agraria según determinadas técnicas, el contrato será de obra; etc. El panorama doctrinal es bastante rico en opiniones y valoraciones, como lo demuestra el amplio número de teorías que se han formulado para

intentar buscar un régimen jurídico aplicable a los contratos agroindustriales (18).

La contratación agroindustrial se articula en torno a dos niveles, colectivo e individual, los cuales se caracterizan por relacionar entre sí, respectivamente, a organizaciones de agricultores y de industrias de transformación, en el primer caso, y a singulares agricultores e industrias de transformación, en el segundo. Lo normal es que el proceso de contratación sea descendente, de modo que primero se logre un acuerdo en el nivel de las organizaciones representativas a modo de convenio marco, y luego se traslade lo así convenido a las particulares relaciones contractuales que entablen agricultores e industrias de transformación; pero esto no siempre sucede así, dado el principio de libertad de contratación que inspira el mercado de bienes y servicios. A los dos tipos de relación negocial, colectiva e individual, se les aplica el apelativo de “contratos agroindustriales”, pero una mayor precisión lingüística debiera hacernos reservar dicho término para los contratos individuales y designar a los colectivos con la expresión “acuerdos interprofesionales”. De todos modos, es una cuestión semántica en la que, como sucede habitualmente, lo importante, más que la pulcritud de los términos, es la correcta inteligencia de los mismos en un determinado contexto (19).

B) Marco jurídico de estos contratos.

Los contratos agroindustriales, tanto en su versión colectiva como individual, se apoyan en el principio de autonomía privada consagrado en el artículo 1.255 CC, según el cual “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral y al orden público”. Además, para los contratos colectivos rige el principio de representación, contemplado en el artículo 1.727.I CC, conforme al cual “el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato”, si bien, como señala el artículo 1.715 CC, “no se considerarán traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste”.

Este último principio de representación se ha visto superado por el de intervención pública de la Administración, conforme al cual el contra-

(18) Sobre la naturaleza jurídica de los contratos agroindustriales, véanse nuestros trabajos antes citados.

(19) Sobre este tema, véase nuestro trabajo “Los acuerdos interprofesionales y su tipificación normativa”, en obra en colaboración *Estudios de Derecho Agrario*, Málaga, 1997, pp. 221-233; DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.^a: “Contratos normativos”, *Estudios sobre el ordenamiento jurídico español*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, Burgos, 1996, pp. 63-77.

to colectivo, signado por determinadas organizaciones agrarias y de empresas de transformación, vinculará a todo un sector, con independencia del número e importancia de los agricultores e industrias de transformación que hayan estado representados por las partes firmantes, si éstas obtienen la “extensión” de lo convenido a todo el producto mediante la “homologación” administrativa. Así queda patente en las dos normas que vertebran en Derecho español el sector agroindustrial, que son la Ley 38/1994, de 30 de diciembre, sobre organizaciones interprofesionales agroalimentarias (LOIA) (20), y la Ley 2/2000, de 7 de enero, reguladora de los contratos tipo de productos agroalimentarios (LCT) (21).

(20) Modificada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; por la Ley 2/2000, de 7 de enero, que regula los contratos tipo de productos agroalimentarios, y por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En el Derecho autonómico tienen normativa específica sobre organizaciones interprofesionales agroalimentarias: Andalucía, Ley 1/2005, de 4 de marzo (BOA 16 marzo 2005); Castilla-La Mancha, Decreto 24/2006, de 7 de marzo (DOCLM 10 marzo 2006); Islas Baleares, Decreto 126/2000, de 8 de septiembre (BOIB 16 septiembre 2000); País Vasco, Ley 2/1996, de 10 de mayo (BOPV 31 mayo 1996) y Principado de Asturias, Decreto 1/1996, de 24 de enero (BOPA 8 febrero 1996). El artículo 3.1.e) LOIA dispone como una de las finalidades de las Organizaciones la de “promover los contratos-tipo de productos agroalimentarios compatibles con la normativa comunitaria y con la Ley 2/2000, de 7 de enero, reguladora de los contratos-tipo de productos agroalimentarios”. Acerca de la extensión de un acuerdo interprofesional a todo un sector, véanse artículos 8 a 10 LOIA. A título de ejemplo, véase Orden APA/2156/2003, de 25 de julio, por la que se extiende el Acuerdo de la Organización Interprofesional Agroalimentaria de cereales panificables y derivados, INCERHPAN, para la realización de campañas promocionales de consumo de pan en España durante tres años, con aportación económica de todos los operadores del sector que se indican (BOE 29 julio 2003). Asimismo, véase Orden APA/3849/2005, de 25 de noviembre, por la que se extiende el Acuerdo de la Interprofesional Citrícola Española, INTERCITRUS, al conjunto del sector de la naranja y de la mandarina clementina y satsuma y se fija la aportación económica obligatoria, para la realización de campañas promocionales de dichos productos en las campañas de comercialización 2005-2006, 2006-2007 y 2007-2008 (BOE 10 diciembre 2005).

(21) Modificada también por la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que ha reformado los artículos 4.1 y 5.1 LCT. En el primero de ellos, la redacción originaria de la Ley parecía conceder personalidad jurídica a las comisiones de seguimiento sin otro requisito que el de su existencia; el artículo 18 RLCT concretaba esto y parecía disponer la concesión de la personalidad jurídica con la constitución de la Comisión de seguimiento en el plazo de un mes desde la publicación en el BOE del contrato tipo agroalimentario homologado. Era dudoso si la posterior inscripción en el Registro de Comisiones de Seguimiento, llevado en la Dirección General de Alimentación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (inscripción practicada como consecuencia de la remisión del acta de constitución en el plazo de quince días desde su constitución), era un segundo requisito de constitución o si, por el contrario, la inscripción era meramente declarativa. Ahora, tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, las comisiones de seguimiento se dotan de personalidad jurídica de acuerdo con el ordenamiento jurídico, con lo cual habrá que aplicar el régimen de la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, de modo que el artículo 18 RLCT debe ser armonizado con la Ley orgánica citada. Otra novedad de la reforma es que una misma comisión de seguimiento puede desempeñar su función respecto de “uno o varios contratos tipo homologados siempre que se trate de

La primera Ley regula un tipo de contrato colectivo, como son los “acuerdos interprofesionales agroalimentarios”, pero en ella no hay previsión alguna acerca de las discrepancias que puedan producirse en el desarrollo de la relación entablada entre un agricultor y una industria de transformación. La segunda Ley contempla un modelo de contrato individual (22), que es el contrato tipo de productos agroalimentarios; Ley que sí contiene una previsión acerca de la materia que nos ocupa. En efecto, el artículo 3 LCT dispone el contenido mínimo de los contratos tipo para que puedan ser homologados administrativamente y extendidos a todo un sector de producto, y uno de los elementos ineludibles que han de poseer para obtener tal beneficio es la fijación de la “forma de resolver las controversias en la interpretación o ejecución del contrato tipo” [letra e)]. De este modo, el precepto establece como requisito necesario para la homologación pública que el contrato contenga una previsión acerca de la solución de las diferencias que puedan manifestarse entre las partes. Si estuviera pensando el legislador en los tribunales de justicia no habría establecido disposición alguna al efecto, ya que el artículo 24 CE reconoce a todos los ciudadanos el derecho de tutela judicial efectiva, que los faculta para acceder a los tribunales de justicia y plantear ante ellos cuantas pretensiones crean tener frente a terceros. Por esta razón cabe pensar que el precepto hace referencia, aunque velada, al ya mencionado sistema de *alternative dispute resolution* (ADR), cuya función es la de inten-

un mismo producto agrario”, lo cual ocurre en las producciones de naranjas, clementinas, satsumas, limones, semillas de cereales, higos, etc. Por su parte, el artículo 5.1 añade como primera instancia que puede proponer un contrato tipo homologado, las comisiones de seguimiento, lo que responde a lo que venía sucediendo en la práctica, en que estas comisiones, entidades estables dotadas de personalidad jurídica, prolongan su vida más allá del estrecho marco de una campaña agroindustrial y son las que con parecida, si no igual intensidad, se hallan al corriente de las necesidades del sector y, por tanto, las que mejor pueden proponer modelos de relaciones agroindustriales plasmados en un contrato tipo. Sobre la extensión de un modelo de contrato tipo de producto agroalimentario a todo un sector, véanse artículos 5 a 9 LCT.

(22) Las partes signatarias pueden ser “las comisiones de seguimiento” creadas al amparo de un contrato tipo anterior al que ahora se quiere homologar, “las organizaciones interprofesionales reconocidas”, reguladas por la Ley de 1994 citada, o “las organizaciones representativas de la producción, por una parte, y de la transformación y comercialización, por otra”, o, incluso “en defecto de estas últimas por empresas de transformación y comercialización” [art. 5.1 LCT redacción Ley 62/2003, también art. 6 *in fine*; para las organizaciones interprofesionales, art. 3.h) LOIA, modificado por LCT]. A través del procedimiento administrativo de homologación (arts. 5-9 LCT; caps. I y II, arts. 2-9 RLCT), el contrato tipo adquiere “la consideración de modelo, al cual podrán ajustar sus contratos, sometidos al derecho privado, los operadores del sistema agroalimentario” (art. 2.1.II LCT), si bien el legislador considera que el contrato tipo homologado va a regular toda la cadena agroalimentaria del producto, como lo demuestra que sólo se pueda homologar un contrato tipo por producto y mercado (art. 1.4 LCT) y que la homologación no tendrá lugar si la Administración entiende que el contrato tipo no va a respetar el principio de “no perturbación del sector” (cfr. art. 6 LCT).

tar buscar remedio a las discrepancias que se generen entre los contratantes sin necesidad de acudir a los tribunales de justicia. De este modo, la norma da cabida a la mediación como forma de solución de los conflictos agroindustriales, lo que no constituye una novedad absoluta en el sector agroindustrial, ni mucho menos, como vamos a ver.

3. Antecedentes legales de la mediación agroindustrial

Acabamos de señalar cómo la Ley de contratos tipo de productos agroalimentarios contempla el modo de solución de las controversias como uno de los elementos que han de integrar la relación entre agricultor e industria de transformación.

A) El sistema de la Ley de contratos de productos agrarios (1982).

Cabe observar cómo la solución privada de los conflictos agroindustriales es una posibilidad que ya estaba contemplada en nuestro ordenamiento jurídico (23). La Ley 19/1982, de 26 de mayo, sobre contratación de productos agrarios, que ha sido reemplazada por la Ley de contratos tipo que venimos comentando, ya regulaba la materia con cierto detenimiento. Esta Ley se promulgó con la finalidad de fomentar la contratación

(23) Un precedente remoto de la mediación agroindustrial, quizá no el único, podemos encontrarlo en el Decreto de 7 de mayo de 1931 (a propuesta del Ministerio de Trabajo y Previsión Social), sobre establecimiento de los Jurados mixtos del Trabajo rural, los Jurados mixtos de la Propiedad Rústica y los Jurados mixtos de la Producción y de las Industrias agrarias (*Gaceta de Madrid*, 8 de mayo). Dispone su artículo 23.a) la competencia de los últimos para “prevenir y dirimir las diferencias que surjan entre las partes o con ocasión de la contratación del suministro de las primeras materias para las fábricas”. Igual competencia concede a los citados Jurados mixtos la Ley de 27 de noviembre de 1931 sobre Jurados mixtos (*Gaceta de Madrid*, 28 de noviembre) en su artículo 90, letra a). En la letra b) del citado artículo se añade la competencia de “interpretar las cláusulas dudosas de los contratos celebrados entre los productores de las materias primas agrícolas y los propietarios de los establecimientos industriales que transformen directamente dichos productos”, y la letra h) del mismo precepto, la competencia de “conocer todos los demás asuntos que directa o indirectamente se relacionen con los anteriores apartados”. Por otra parte, en ejecución de la Ley de azúcares de 23 de noviembre de 1935 (*Gaceta de Madrid*, 28 de noviembre), concretamente, de su artículo 1.D), la Comisión mixta Arbitral creada por dicha Ley aprobó en sesiones de 13 y 14 de enero de 1936 el “contrato-tipo para la contratación de remolacha azucarera en la campaña 1936-1937”, según comunicación del secretario de la Comisión de fecha 19 de febrero de 1936 (*Gaceta de Madrid*, 24 de febrero). En la estipulación 17 se disponía que “las diferencias que puedan surgir en la recepción se someterán a la resolución amistosa de los cultivadores o sus representantes y de la Sociedad; si no hubiera acuerdo se levantará acta de los hechos ocurridos, que se enviará al Jurado mixto para la resolución que proceda”. Por tanto, fracasada la vía amistosa se acudiría necesariamente al Jurado mixto para que éste decida, si bien no se expresa claramente el carácter de la decisión que adopte ese órgano colegiado.

agroindustrial de algunos productos –los señalados periódicamente por el Gobierno– mediante la concesión de los “estímulos” contemplados en aquélla. Sin embargo, esa Ley no establecía para los contratos de productos agrarios un régimen jurídico acabado, sino que, por el contrario, preveía un sistema de acuerdos colectivos entre agricultores e industrias de transformación, en los cuales se había de detallar el régimen jurídico de las individuales relaciones que se constituyeran entre empresas de ambos sectores. Por tanto, se dejaba en manos de la autonomía colectiva la configuración concreta del contenido de los contratos individuales, pero no en un marco de libertad, sino mediante la imposición de un complejo sistema de instrumentos jurídicos: los acuerdos interprofesionales, los acuerdos colectivos y los denominados por la Ley “contratos de compraventa de productos”, negociados colectiva o individualmente; contratos de carácter normado, esto es, sujetos a las prescripciones de otra instancia superior a cuyo tenor debían acomodarse.

En la materia que ahora nos interesa, la Ley de 1982 disponía en su artículo 12 que “en el caso de existencia de diferencia en la interpretación de los acuerdos interprofesionales o colectivos, o en la aplicación de las cláusulas de penalización, las partes podrán recurrir al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación para su arbitraje”. Añadía que “el procedimiento arbitral será el establecido en la legislación vigente sobre arbitrajes de derecho privado, excepto en lo que se refiere a la designación de árbitros, que se hará por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación”. El precepto consideraba posibles o de interés únicamente las controversias en materia de interpretación del contrato o aplicación de cláusulas penales, no otros aspectos del cumplimiento del contrato; por otra parte, sólo contemplaba el arbitraje como modo privado de solución de conflictos, sin hacer ninguna referencia expresa, ni siquiera insinuación velada, a posibles formas de autocomposición; finalmente, parece que de optarse por el arbitraje no cabría configurarlo libremente, sino ateniéndose a la exigencia ineludible de que fuese desempeñado por la Administración agraria. No obstante, una correcta interpretación del precepto, inspirada en el principio de autonomía privada, nos debería llevar a la conclusión de que nada hubiera impedido que las partes pactaran la mediación como forma privada de solución de conflictos para todas las controversias, no sólo las existentes en materia de interpretación del contrato o aplicación de cláusulas penales.

En el Reglamento de ejecución de la Ley de 1982, aprobado por Real Decreto 2707/1983, de 7 de septiembre y hoy también derogado, se disponía, de modo más flexible, que para ser homologado un Acuerdo Interprofesional debería contener disposiciones relativas a la “elección de la vía para resolver las posibles diferencias en la interpretación del Acuerdo o

en la aplicación de sus cláusulas de penalización”, añadiendo que “caso de que las partes quieran optar por el arbitraje del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, deberán hacerlo constar en el texto del Acuerdo” [art. 8.2.g)]. Por su parte, el artículo 12.1) disponía que para ser homologado un contrato-tipo agroalimentario debería incluir una cláusula sobre la “forma de resolver las controversias en la interpretación del contrato, pudiendo acogerse al arbitraje del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, que en todo caso será obligatorio si así estuviese establecido en el Acuerdo Interprofesional”. Estos preceptos, sobre todo el citado en primer lugar, admitían expresamente, si bien de modo todavía tímido e insuficiente, la posibilidad de optar por otra “vía” de solución de conflictos distinta del arbitraje. Esta vía no podía ser la jurisdicción ordinaria, como señalábamos más arriba, ya que todo ciudadano tiene derecho a ella con carácter esencial, de acuerdo con el artículo 24 CE, sino que debía pertenecer al ámbito de la solución privada de conflictos, donde cabe perfectamente la mediación.

De todos modos, la preferencia por el arbitraje seguía siendo evidente, como lo demuestra precisamente el título IV del Reglamento citado (arts. 28-31), que versaba sobre la solución privada de conflictos y llevaba por rúbrica el término “arbitraje”, dedicándose exclusivamente a disponer la ordenación del mismo. En efecto, el artículo 28 contemplaba la posibilidad de que las partes incluyeran, tanto en los Acuerdos Interprofesionales y Colectivos (ap. 1), como en los contratos tipo (ap. 2), cláusulas de sumisión al arbitraje del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. El recurso a la heterocomposición, no obstante, también era posible en defecto de pacto expreso, pues el artículo 29 disponía que “asimismo, las partes podrán someter al arbitraje del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación las diferencias surgidas a propósito de la interpretación y cumplimiento de los Acuerdos Interprofesionales y de los Acuerdos Colectivos”. Como puede observarse, la preferencia por el arbitraje era absoluta, en detrimento de otros modos de solución de conflictos, como la mediación agroindustrial.

B) El Real Decreto de contratos de compraventa de productos agrarios (1985).

El sistema agroindustrial diseñado por la Ley de 1982 y su Reglamento de 1983 pronto se mostró alejado de la realidad negocial operante en el tráfico, como lo evidencia la aprobación del Real Decreto 2556/1985, de 27 de diciembre, por el que se regulaban los contratos de compraventa de productos agrarios contemplados en la Ley de 1982. Esta modificación, apenas perceptible, del cuadro legal existente hasta el momento esta-

ba motivada por el fracaso del esquema acuerdo interprofesional / acuerdo colectivo / contrato singular de compraventa de productos. En la práctica apenas se estaban celebrando los acuerdos interprofesionales y colectivos previstos en la Ley, pero era necesario dar certidumbre a las relaciones agroindustriales que seguían concertándose con base en el artículo 1.255 CC, a fin de hacer valer los contratos, basados en la autonomía privada, ante el Estado y la entonces Comunidad Económica Europea. Este Real Decreto se acogió al artículo 4 de la Ley, que admitía la negociación colectiva o individual de los contratos singulares de compraventa de productos, y también al artículo 1, que de modo genérico contemplaba la homologación administrativa de los contratos celebrados entre empresas agrarias y las de industrialización. El Real Decreto intentaba, con estos antecedentes, superar el estrecho marco a que había reducido la autonomía privada el artículo 5 del Reglamento de 1983, que contemplaba únicamente los contratos singulares de compraventa “que se formalicen en el marco del Acuerdo Interprofesional, o, en su defecto, en el de los Acuerdos Colectivos”. Por tanto, con el Real Decreto de 1985 no era necesaria la previa existencia de un acuerdo interprofesional o colectivo, dispuesta por el Reglamento de 1983, por lo que el sistema agroindustrial ganó en flexibilidad.

Centrándonos en el tema de la mediación agroindustrial, el artículo 2 del Real Decreto citado disponía que “para ser homologable un contrato-tipo deberá incluir, al menos”, diversas cláusulas, entre las que figuraba la relativa a la “forma de resolver las controversias en la interpretación del contrato, pudiendo acogerse al arbitraje del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación” [letra k)]. El precepto seguía la senda marcada por los artículos 8.2.g) y 12.l) del Reglamento de 1983, ya citados, relativos, como sabemos, a los Acuerdos Interprofesionales y los contratos de compraventa de productos, respectivamente, repitiendo casi literalmente el segundo de los indicados preceptos. Nos encontramos, pues, ante un precepto que establecía como contenido negocial obligatorio la determinación de la forma de resolver las controversias suscitadas en la interpretación del contrato. En consecuencia, los contratantes debían señalar si para tal fin podían acudir al arbitraje, como reconoce expresamente el precepto, o a otra forma de solución privada de conflictos, como es la mediación; no tiene sentido, como indicábamos antes, referir el precepto a la posibilidad de acudir a los tribunales de justicia, toda vez que el artículo 24 CE ya lo reconoce indefectiblemente para todos los ciudadanos. De todos modos, tampoco se aportaba nada relevante, ya que las partes contratantes podían someter sus diferencias al arbitraje por autorizárselo el principio de autonomía privada (art. 1.255 CC y art. 2 Ley de 22 de diciem-

bre de 1953, de arbitrajes de Derecho privado, vigente en ese momento).

El Real Decreto de 1985 fue modificado por el Real Decreto 1468/1990, de 16 de noviembre. Apenas cinco años después de la aprobación del Real Decreto que liberalizó los acuerdos interprofesionales se creyó necesario introducir unas leves modificaciones en su redacción. En tema de mediación y arbitraje cabe señalar el nuevo artículo 2.1.1), que disponía como contenido del contrato, de necesaria observancia para obtener el reconocimiento administrativo, la “constitución de comisiones de seguimiento con representación paritaria de las partes suscribientes de los contratos”, a lo que se añadía que “la aceptación o adopción del contrato-tipo permitirá la integración en las citadas comisiones de las organizaciones y empresas correspondientes”. De este modo se introdujo expresamente en el sistema agroindustrial un órgano paritario, al que, sin embargo, no se atribuyeron funciones de solución privada de conflictos, función que ya era habitual en los contratos-tipo homologados tras la Ley de 1982 y el Real Decreto de 1985 (24).

4. Otros modelos de mediación en la agricultura

A) En los arrendamientos rústicos.

La Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos, daba plena acogida, aunque sin nombrarla específicamente, a la mediación arrendaticia. Es la conclusión a que se llega como consecuencia del examen de los artículos 121 y 122 LAR, y la Orden Ministerial de 8 de octubre de 1982, sobre funcionamiento de las Juntas Arbitrales, complementados por las disposiciones transitorias segunda de la Ley y de otra Orden Ministerial de 8 de octubre de 1982 (misma fecha que la anterior), sobre constitución transitoria de las Juntas Arbitrales. Las citadas normas determinaban los asuntos de que conocían las Juntas Arbitrales y los tipos de intervención en los mismos, la composición del órgano, la designación o elección de sus

(24) A título de ejemplo entre los muchos que se podrían citar, el contrato-tipo de compraventa de resina destinada a transformación industrial en la campaña 1987, prorrogable para las de 1988 a 1991, homologado por Orden Ministerial de 6 de abril de 1987 (BOE 9 abril 1987), disponía en su cláusula undécima, sobre “sumisión expresa”, que “en el caso de incumplimiento del presente contrato, que no pueda resolverse por la buena voluntad de las partes con el concurso de la Comisión de Seguimiento, los contratantes podrán ejercitar las acciones que les asistan ante los tribunales de Justicia, a cuyo efecto se someten los Juzgados y Tribunales de...”. En este temprano modelo de contrato agroindustrial homologado no sólo se disponía la creación de una Comisión de seguimiento, sino que, además, se le reconocían facultades de mediación.

miembros, la determinación de su ámbito funcional y territorial, y el procedimiento de actuación. Con base en el artículo 121.5.último LAR 1980, el artículo 1 de la Orden Ministerial de 8 de octubre de 1982, sobre funcionamiento de las Juntas Arbitrales, establecía un régimen operativo de carácter supletorio respecto de lo que pudieran establecer las Comunidades Autónomas, lo que está en sintonía con el artículo 149.3 CE, que dispone la supletoriedad del Derecho estatal frente al Derecho autonómico (25).

La Ley de 1980 establecía la posibilidad de que las partes contratantes acudiesen voluntariamente ante la Junta Arbitral competente para intentar avenirse en las cuestiones relacionadas con la aplicación de la Ley. Esa intervención podía ser incluso de oficio, derivado del propio conoci-

(25) El régimen de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, que era competencia de las Comunidades Autónomas según el artículo 121.5.último LAR 1980, carecía de homogeneidad, ya que se observan dos grandes líneas en las Comunidades que han regulado la materia: por una parte se hallan las que se han ocupado sólo del aspecto interno u organizativo de las Juntas (ámbito territorial, nombramiento de los integrantes, funcionamiento en cuanto órgano administrativo), y por otro están las que, además de esto, han regulado un procedimiento de actuación en relación con las controversias de las que pueden o deben conocer. Al primer grupo pertenece la Comunidad de Madrid, Orden 3308/1992, de 14 septiembre, de creación de la Junta Arbitral (BOCM 23 septiembre); el Principado de Asturias, Decreto 89/1992, de 30 de diciembre, por el que se dispone la creación de la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos del Principado de Asturias (BOPA 29 enero 1993); y la Comunidad de Cantabria, Ley 3/1998, de 2 de marzo, de Cámaras Agrarias (BOC 17 marzo). Aún dentro de este primer grupo, la Comunidad Autónoma de Aragón, en el marco de la Ley 2/1996, de 14 de mayo, sobre Cámaras Agrarias (BOA 22 mayo), la Orden del Departamento de Agricultura y Medio Ambiente de 29 de octubre de 1996, que regula de forma provisional la composición y funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, las Comisiones Mixtas de Pastos, Hierbas y Rastrojeras y las Juntas de Fomento Pecuario (BOA 13 noviembre), artículos 1 a 5, declara aplicables a las Juntas Arbitrales que nos ocupan las normas sobre el régimen de los órganos administrativos (arts. 22-29 LRJAP); del mismo modo, la Comunidad Valenciana, Orden de 13 de marzo de 1997, por la que se crea la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos de la Comunidad Valenciana (DOGV 8 abril), declara aplicables a las Juntas Arbitrales los preceptos sobre órganos administrativos en general (arts. 22 y ss. LRJAP). En el segundo grupo podemos incardinar las Comunidades Autónomas del País Vasco, Decreto 94/1983, de 25 de abril, por el que se dictan normas complementarias de funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos (BOPV 25 mayo), donde se especifica que se aplicarán las normas sobre recusación y abstención en los órganos administrativos (arts. 20-21 Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, hoy sustituida por la LRJAP); la Región de Murcia, Decreto 36/1985, de 25 de mayo, que regula la Junta Arbitral (BORM 14 junio), el cual dispone que "en cuanto a funcionamiento y procedimiento la Junta se sitúa dentro del ámbito del Derecho Administrativo" (art. 1), especificándose reiterativamente que se aplican las normas sobre recusación y abstención (de la citada Ley de procedimiento administrativo de 1958, hoy derogada); Castilla y León, Decreto 272/1994, de 1 de diciembre, sobre creación de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos (BOCYL 7 diciembre), y Orden de 8 de marzo de 1995, sobre constitución y funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos (BOCYL 23 marzo); y Cataluña, Decreto 326/1995, de 28 de noviembre, por el que se crean las Juntas Arbitrales Territoriales de Cataluña (DOGC 28 noviembre), donde se dispone la aplicación supletoria de toda la LRJAP.

miento adquirido con ocasión de alguna actuación oficial o como consecuencia de la denuncia de un tercero que conociese la existencia y términos de la controversia contractual. Sea como fuere, lo cierto es que la Junta Arbitral que actuara de oficio en un contrato estaría entrometiéndose indebidamente en la esfera jurídica ajena, y más que ayudar a componer el conflicto seguramente contribuiría a agravarlo. El principio de relatividad de los contratos implica no sólo que las partes no puedan regular intereses ajenos, sino, además, que terceros ajenos no puedan ordenar los intereses de las partes.

Con carácter general, la función genérica consistía en “intentar la avenencia” de las partes contratantes en cuantos conflictos pudieran surgir entre ellas, derivados de su relación contractual (cfr. art. 121.3.inicio). De este modo, la Junta Arbitral era configurada como órgano esencialmente conciliatorio, ya que su función quedaba circunscrita a “intentar la avenencia” (26).

A continuación, la Ley establecía la preceptiva intervención de la Junta Arbitral en dos grupos de casos, que comprenden los problemas más frecuentes e importantes que pueden plantearse en el ámbito de aquélla. En los supuestos del artículo 121.3, relativos a la renta, la prórroga del contrato, las obras de conservación de la finca, la indemnización por mejoras, la conversión de la aparcería o del arrendamiento parciario en arrendamiento ordinario, y el régimen de los frutos en la aparcería, era obligatorio el intento de avenencia, así denominado por el propio artículo 121.3 y el artículo 122.1; avenencia que podía finalizar con el acuerdo de las partes o, por el contrario, sin efecto. Seguimos, por tanto, en el ámbito de la conciliación, donde las partes intentan llegar por sí solas a un acuerdo, animadas por el conciliador, que en modo alguno formula propuesta de solución, salvo de modo verbal y voluntario.

Por otra parte, en los casos del artículo 121.4, relativos también a otros aspectos de la renta distintos de los del caso anterior, la participación del arrendatario en los beneficios generados en el arrendamiento parciario, la participación del aparcerero en el capital y frutos de la aparcería y el ejercicio de los derechos de adquisición preferente (tanteo y retracto) en de-

(26) En la práctica, las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos tardaron en constituirse más tiempo del deseado, lo que provocó numerosas sentencias acerca de los casos en que el pleito arrendaticio se había iniciado sin el previo intento conciliatorio ante la Junta Arbitral. De este modo, la STC 119/1983 (Sala Segunda), 14 de diciembre, resolutoria de un recurso de amparo, dispensó del intento previo de avenencia ante la Junta Arbitral en el caso de no estar aquélla constituida; doctrina que siguió la jurisprudencia del Tribunal Supremo; cfr. SSTs 17 noviembre 1983 (RJ 1983\6484), 30 enero 1986 (RJ 1986\340), 10 junio 1986 (RJ 1986\3383), 12 julio 1989 (RJ 1989\5602), 11 octubre 1989 (RJ 1989\6907), 7 de noviembre 2000 (RJ 2000\9591).

terminadas circunstancias (27), era asimismo preceptivo acudir a la Junta Arbitral, ante la cual las partes debían intentar llegar a un acuerdo. Caso de que esto no fuera posible, el procedimiento no terminaba sin avenencia, sino que la propia Junta Arbitral debía dirimir el conflicto mediante el pronunciamiento de una “decisión” (art. 121.1 y 2) o “resolución” (122.1) dotada de fuerza ejecutiva, aunque la Ley reservara a las partes el derecho de acudir al juicio declarativo correspondiente. Es precisamente en este punto donde se manifestaba la especificidad de la actuación de la Junta: se separa de la mediación porque en ésta el mediador no impone una solución, sino que formula una propuesta; también se diferenciaba del arbitraje en que éste es adoptado voluntariamente por las partes como modo de solución de conflictos; por otra parte, un laudo arbitral posee eficacia de cosa juzgada mientras que la decisión de la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos carecía de ese importante efecto, de modo que el demandado no podía oponer en la contestación de la demanda la existencia de una decisión o resolución “arbitral”.

Llegados a este punto podemos advertir cómo el nombre de “Junta Arbitral” era engañoso, ya que no se desarrollaba ante ella un auténtico arbitraje; es más, ni siquiera la Ley preveía expresamente que pudiera actuar como órgano genuinamente arbitral. Lo propio hubiera sido denominar al órgano con la expresión “Junta de Conciliación y Mediación”, ya que si alguna función estaba claro que no cumplía era la de arbitraje en sentido propio (28).

(27) A estos supuestos se añadía el importante caso introducido por el artículo 2.2 LARH, el cual disponía la competencia de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos para fijar el precio que debía abonar el arrendatario al propietario cuando ejercitara el derecho de acceso a la propiedad de la finca arrendada. En efecto, según este precepto, “El arrendatario, hasta la fecha indicada en el apartado anterior [31 diciembre 1997], podrá ejercitar el derecho de acceso a la propiedad de las fincas arrendadas, pagando al arrendador como precio de las mismas la cantidad resultante de la media aritmética entre la valoración catastral y el valor en venta actual de fincas análogas por su clase y situación en el mismo término municipal o en la comarca. Dicha cantidad será fijada por las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos y sus decisiones tendrán los efectos establecidos en el apartado 4 del artículo 121 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos”.

(28) Las Juntas Arbitrales eran órganos administrativos encuadrados en los Departamentos o Consejerías de Agricultura de las Comunidades Autónomas, las cuales tienen transferidas todas las competencias en materia de agricultura, ganadería y montes; sin embargo, eran independientes en cuanto a su funcionamiento, porque no se hallaban sujetas al principio de jerarquía administrativa. El presidente era un funcionario público designado por la Administración autonómica, lo que aseguraba la relación entre la Junta Arbitral y la Administración pública; por otra parte, el secretario, que debía ser funcionario público y licenciado en Derecho (art. 121.5.II LAR 1980), había de someterse en su actuación a la Orden de 8 de octubre de 1982, sobre funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos y, supletoriamente, a las reglas generales del procedimiento administrativo. De todos modos, la tarea de conciliación (intentar la avenencia), mediación (formulación de sugerencias o proposiciones) y cuasiarbitraje

Cabe destacar del procedimiento “arbitral” el papel de Junta en el acto de la comparecencia de las partes contratantes, pues según disponía el artículo 5.1 de la ya citada Orden sobre funcionamiento de las Juntas Arbitrales, “los miembros de la Junta colaborarán activamente con los interesados comparecidos en el intento de avenencia, incluso formulando sugerencias o proposiciones conducentes al acuerdo, pero cuidando de no anticipar criterio sobre las cuestiones susceptibles de ser resueltas mediante decisión de carácter ejecutivo”; decisiones éstas que eran las señaladas en el ya citado artículo 121.4 LAR. Por tanto, nos hallamos ante una actuación que excedía la mera conciliación o intento de coincidencia de posiciones, para pasar a constituir una auténtica mediación, ya que los miembros de la Junta Arbitral podían actuar, no sólo como espectadores pasivos o animadores distantes, sino también formulando “sugerencias o proposiciones conducentes al acuerdo”. Este es un aspecto en que la solución privada de conflictos arrendaticios se aproximaba, aunque sin coincidir, a la mediación agroindustrial, porque, como veremos, en esta última la Comisión de seguimiento debe formular o intentar formular una propuesta de solución, mientras que en la esfera de los arrendamientos rústicos la expresión de sugerencias o propuestas por parte de la Junta Arbitral no era una actuación legalmente indispensable, aunque quepa imaginar que sería frecuente en la práctica.

(adopción de una decisión o resolución ejecutiva, pero sin eficacia de cosa juzgada), se regía primordialmente por las normas del Derecho privado, lo que excluía la consideración de procedimiento administrativo ordinario a la intervención de las Juntas Arbitrales en las controversias privadas. Acerca de la naturaleza jurídica de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, el Auto del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencia) de 5 de noviembre de 2001 (JUR 2002/24872) declaró que las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos son entes públicos cuya actuación ha de sujetarse a las normas de funcionamiento que para los órganos colegiados establecen los artículos 22 y ss. LRJAP, aplicables a todas las Administraciones públicas dado su carácter básico. El caso versaba sobre la competencia de fijación del precio de acceso a la propiedad en los arrendamientos rústicos históricos (cfr. art. 2.2 LARH), pero cabe entender extensible la doctrina a todo el régimen de las Juntas Arbitrales. En el plano doctrinal, cfr. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, J. M.: *Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Ed. Civitas, 2.ª edición, Madrid, 1982, pp. 349-352, que es quien mejor ha tratado el problema de la naturaleza jurídica de esta figura; AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Ed. Comares, 4.ª edición, Granada, 2001, pp. 596-598; MÚZQUIZ VICENTE-ARTECHE, J. I.: “El arbitraje en los arrendamientos rústicos”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, número 42, enero-abril 2004, p. 126. Por su parte, MARTÍNEZ VALENCIA, J.: *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Ed. Dykinson, Madrid, 1991, pp. 794-795, advierte semejanzas entre las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos y las Juntas Provinciales de Expropiación Forzosa (art. 32 Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954) y los Jurados o Comités Paritarios (Ley 27 noviembre 1931). En efecto, el artículo 80.h) de esta última Ley dispone entre las funciones de los Jurados mixtos de la Propiedad rústica la de “intervenir en todos los conflictos que surjan entre los propietarios y arrendatarios, estudiando e interpretando los contratos dentro de las leyes vigentes”; sus acuerdos serán recurribles ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (cfr. art. 88).

Otra peculiaridad del procedimiento extrajudicial arrendaticio que vemos estudiando era la previsión de una segunda comparecencia cuando no se hubiera logrado una avenencia entre las partes y el asunto fuera de los que debía resolver la Junta mediante decisión, que son los del artículo 121.4 LAR, como sabemos. En la citada comparecencia se oían “sus alegaciones finales antes de resolver la cuestión mediante decisión de carácter ejecutivo” [art. 6.1.a) Orden], aunque sin fuerza de cosa juzgada (cfr. art. 121.2 *in fine* LAR 1980). Esta segunda comparecencia era propia de un procedimiento arbitral, a diferencia de como sucede en la composición agroindustrial, en que no hay resolución que cierre el procedimiento al margen de la voluntad de las partes.

Actualmente, por efecto de la disposición transitoria primera de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos (29), la Ley de 1980 sólo se aplica a los contratos vigentes en fecha 27 de mayo de 2004, en que entró en vigor aquélla. Además, la disposición derogatoria única de la Ley de 2003 suprime las dos Órdenes Ministeriales sobre Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, con lo que al quedar eliminadas las Juntas Arbitrales citadas no es posible que acudan a ellas los arrendatarios con contrato vigente el día, ya señalado, en que comenzó a regir la Ley de 2003.

Por otra parte, la Ley de 2003 dispone que “las partes... podrán someterse libremente al arbitraje en los términos previstos en la legislación aplicable en la materia” (art. 34), con lo que se deja reducida la composición privada arrendaticia a ese modo tradicional de solución de controversias (30), sin consideración alguna hacia la mediación. La posibilidad de acudir al arbitraje, por una parte, y la remisión al Derecho arbitral para la regulación del arbitraje arrendaticio, por otra, resultan ser previsiones totalmente superfluas, pues las partes contratantes son libres de someter sus diferencias a la decisión de un árbitro sin necesidad de que lo diga la Ley de arrendamientos rústicos, ya que el artículo 2.1 de la Ley 60/2003,

(29) La norma es confusa porque el “tiempo de celebración” de los contratos vigentes a la entrada en vigor de la LAR 2003 puede ser incluso el período histórico anterior a la vigencia del Código Civil, con lo cual pudieran resultar de aplicación al contrato el texto medieval de las Siete Partidas, por ejemplo. Creemos que ha de interpretarse esta disposición transitoria conjuntamente con la disposición transitoria primera de la LAR 1980 y dar al precepto el sentido del texto; es decir, se les aplicará a esos contratos el mismo derecho que les venía siendo de aplicación, que es la LAR 1980. Sobre este tema, con más detalle, véase nuestro trabajo “Ámbito de aplicación de la Ley de arrendamientos rústicos”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, número 42, enero-abril 2004, pp. 56-58. La Ley ha sido modificada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre. La reforma no afecta al tema objeto del presente trabajo.

(30) Sobre el significado de esta previsión legal, puede verse SANZ VALENTÍN, L. A.: “Comentario del artículo 34 LAR”, en *Comentario de la Ley de arrendamientos rústicos*, coord. J. M.^a CABALLERO LOZANO, 2.^a edición, Madrid, 2006, p. 500.

de 23 de diciembre, de arbitraje (LA) dispone que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”, y es indudable que los contratos agroindustriales versan sobre materias de libre disposición para las partes; por otra parte, la citada Ley de arbitraje se aplica supletoriamente a los arbitrajes previstos en otras leyes, según prevé su artículo 1.3.

En definitiva, la mediación arrendaticia rústica ha dejado de tener un ámbito normativo propio.

B) En los contratos de cultivo de Cataluña.

El arbitraje como solución privada de los conflictos arrendaticios, alternativo a la administración de justicia, estaba presente también en el Proyecto de Ley de contratos de cultivo de Cataluña (31), actualmente caducado al haber finalizado la VII Legislatura del Parlamento Catalán (2003-2006) con motivo de la celebración de elecciones autonómicas (1 de noviembre de 2006).

Este Proyecto introducía la solución privada de conflictos en el ámbito de los contratos de arrendamiento, aparcería y similares, celebrados sobre fincas rústicas situadas en Cataluña. Con la finalidad de ahorrar costes y tiempo, según dice en su exposición de motivos, el Proyecto incluía un capítulo V sobre “arbitraje y mediación”. Constaba de un único artículo 43, a su vez bajo el título “Juntas de Arbitraje y Mediación”, en el cual se disponía que los conflictos que surgiesen en la ejecución de los contratos de cultivo podrían someterse voluntariamente a la decisión de las Juntas de Arbitraje y Mediación (ap. 2), las cuales eran dependientes del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca (ap. 1), quien a su vez tendría que precisar reglamentariamente la composición, organización y funciones de las citadas Juntas (ap. 3). De este modo, la regulación de la solución privada de conflictos quedaba limitada a la creación de las citadas Juntas, configuradas claramente como órganos administrativos.

Habría que estar, no obstante, a lo que resulte de la eventual aprobación definitiva de este Proyecto como Ley en su día, caso de que se vuelva a retomar el asunto en la presente legislatura, aunque no está de más señalar que el Tribunal Constitucional ha excluido de la competencia de las Comunidades Autónomas la regulación del arbitraje por tratarse de un “equivalente” de la jurisdicción, que es materia de la competencia exclusiva del Estado. No obstante, se podría intentar superar esta objeción circunscribiendo la regulación autonómica del arbitraje a los aspectos orga-

(31) Projecte de Llei de contractes de conreu, *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 216, 5 de setembre de 2005.

nizativos y de funcionamiento interno de las Juntas Arbitrales, excluyendo el procedimiento de tramitación de las reclamaciones y su culminación en el laudo arbitral; por otra parte, podría invocarse el artículo 149.1.6.^a CE, que reserva la legislación procesal a la competencia exclusiva del Estado, pero “sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”.

5. Los conflictos agroindustriales y su resolución

El examen tanto de los antecedentes históricos inmediatos como de otros sistemas de solución privada de conflictos en la agricultura ha mostrado la existencia de un incipiente marco jurídico para la mediación agroindustrial, dirigida a resolver los conflictos entre agricultores e industrias de transformación. De ahora en adelante vamos a introducirnos en el entramado de elementos que configuran este procedimiento privado de solución de conflictos.

A) Materias conflictivas.

La relación entre un agricultor individual o social y una industria de transformación es esencialmente de tracto sucesivo. No estamos en presencia de un contrato de compraventa manual, sino ante una relación dilatada en el tiempo, como pone de manifiesto la cláusula del contrato tipo que fija el plazo de vigencia del contrato y el calendario de entregas del producto generado [cfr. art. 3.b) y c) LCT]. Es incuestionable que pueden surgir entre las dos partes diferencias en orden al cumplimiento del contrato, diversos modos de entender el contenido del mismo y la adecuación o no de lo realizado por cada una de ellas respecto del programa de prestación que toda relación contractual comprende. Este supuesto se halla expresamente previsto en el artículo 3 LCT, que contempla como posibles controversias agroindustriales las que tengan por objeto “la interpretación o ejecución del contrato tipo” [letra e)]; y en el artículo 10.I LCT, que al regular las que denomina “controversias” las define como las “diferencias que surjan en la interpretación o ejecución de los contratos tipo agroalimentarios”, a lo que añade también las discrepancias que surjan acerca de “las cláusulas de penalización que en ellos se incluyan”. No se entiende muy bien por qué razón este segundo precepto distingue dentro del contenido del contrato la pena voluntariamente establecida, por una parte, y el resto de la relación contractual, por otra, siendo así que las cláusulas penales son un elemento más de los contratos y se hallan some-

tidas al mismo régimen que las restantes cláusulas. En definitiva, a poco que profundicemos veremos cómo las diferencias que se susciten entre las partes durante la fase de cumplimiento del contrato frecuentemente serán consecuencia, a su vez, de diferentes modos de interpretación del mismo.

Por su parte, el artículo 10 RLCT, que versa sobre el “sometimiento de las controversias a las comisiones de seguimiento”, describe esas “controversias” como “las diferencias y conflictos que puedan plantearse en la interpretación y cumplimiento de los contratos de compraventa ajustados al contrato tipo homologado”. Los términos “diferencias” y “conflictos” son idénticos, se emplean indistintamente sin precisión técnica, porque lo importante es destacar la falta de acuerdo en la fase ejecutiva del contrato, según venimos comentando. No obstante, las dos palabras pueden distinguirse tomando como base el diverso grado de tensión entre las partes que reflejan una y otra: más leve en las “diferencias”, más grave en los “conflictos”.

B) La mediación como procedimiento de solución.

La discrepancia en el cumplimiento del contrato puede tener su origen en un acuerdo de voluntades mal configurado, o plasmado documentalmente de forma defectuosa, o bien aparecer *ex novo* en el cumplimiento del contrato. Cualquiera que sea su origen, lo cierto es que el conflicto ha de ser objeto de una solución, dando la razón a uno, a otro o a los dos en igual o distinta medida.

En el ordenamiento jurídico, los procedimientos que se conocen para resolver los conflictos son de diversos tipos, como señalábamos al principio de nuestro trabajo. De entre las múltiples clasificaciones que pueden hacerse, a nosotros nos interesa recordar ahora la que distingue entre procedimientos públicos, ofrecidos por el Estado, tramitados ante la autoridad judicial, y los privados, mediante los cuales las partes contratantes confían en resolver ellas mismas el conflicto surgido (transacción, conciliación o mediación) o encomiendan la consecución de la solución a la persona por ellas designada (arbitraje).

Los posibles procedimientos de solución de los conflictos agroindustriales se hallan contemplados, o por lo menos insinuados, en el citado artículo 3 LCT, que dispone la constancia en el contrato tipo de la “forma de resolver las controversias en la interpretación o ejecución del contrato tipo” [letra e)]. Estamos en presencia de uno de los elementos que ha de contener el contrato agroindustrial para que pueda ser homologado administrativamente como contrato tipo agroalimentario para todo el sector determinado por una producción. Como para imponer el procedimiento judicial como forma de solución de conflictos no sería necesaria mención

alguna de ello en el contrato, porque todo contratante es sujeto activo de la tutela judicial efectiva del Estado (cfr. art. 24 CE, reiteradamente citado), la conclusión a la que podemos llegar es que la Ley impulsa la solución de conflictos de modo distinto al que resulta de acudir al procedimiento judicial estatal. De este modo, la Ley de contratos tipo agroalimentarios configura el modo privado de solución de conflictos entre el agricultor y la industria de transformación como un elemento de la máxima importancia para la correcta ordenación de las relaciones agroindustriales.

En un segundo momento, la normativa sobre contratos tipo se decanta por la mediación como forma de solución de los conflictos agroindustriales. En efecto, el artículo 10 LCT dispone primeramente que “las partes suscribientes de los contratos ajustados al contrato tipo solicitarán de la comisión de seguimiento una solución a las diferencias que surjan...” (párr. I), mientras que seguidamente prevé “en caso de que por la comisión de seguimiento, en el plazo y la forma que reglamentariamente se establezca, no se lograra una solución al conflicto, o en el de discrepancia de la solución propuesta, las partes podrán recurrir al arbitraje” (párr. II). Por su parte, el Reglamento LCT dispone en el párrafo cuarto de la exposición de motivos que “el capítulo III [del Reglamento] regula el procedimiento para la solución de las controversias que se produzcan en la interpretación y ejecución de los contratos de compraventa ajustados al contrato tipo homologado, confiriendo un destacado papel mediador a las comisiones de seguimiento”, de tal manera que “sólo cuando éstas no hayan podido lograr una solución satisfactoria en el plazo establecido, podrán las partes recurrir al arbitraje”. En esta línea, el artículo 10.1 RLCT dispone que las controversias “se someterán por las partes a la comisión de seguimiento para su solución”, mientras que el artículo 15.2 RLCT se expresa diciendo que “las partes podrán recurrir al arbitraje” si no se logra una propuesta de solución o ésta no es aceptada por las partes.

En vista de todo ello resulta que acudir a la Comisión para que medie en el conflicto es una actividad obligatoria, mientras que instar el procedimiento arbitral es voluntario. La mediación es lo primero cronológicamente, mientras que el arbitraje es secundario y supletorio, de modo que nada obsta para que, una vez fracasada la mediación, se acuda directamente al procedimiento judicial. De este modo, tanto la Ley de contratos tipo como su Reglamento dan preferencia a la mediación respecto del arbitraje, variando así una tendencia histórica examinada anteriormente. En definitiva, mediación y arbitraje se nos presentan, debidamente jerarquizados, como procedimientos alternativos a la vía judicial para la solución de los conflictos agroindustriales.

La preferencia que se muestra por la mediación no está carente de jus-

tificación. En efecto, las ventajas de una solución negociada (mediación que termina en acuerdo) frente a una solución impuesta (arbitraje o procedimiento judicial) son evidentes. La duración de la controversia es mucho menor, lo que redundará en un ahorro de costes de tramitación (abogados, procuradores, peritos, etc.) (32) y en la propia incertidumbre que crea el prolongado estado de pendencia sobre el *status*, expectativas y proyectos de cada una de las partes. Por otra parte, en la mediación las partes contratantes presentan sus argumentos directamente la una frente a la otra, mientras que en el otro caso –la heterocomposición– son otros los que presentan los argumentos con sus propias palabras, generándose una información no tan extensa y detallada como la poseída por los propios interesados; por tanto, el conocimiento del caso adquirido por el juzgador o árbitro es limitado. En la mediación las partes asumen la responsabilidad de sus propias decisiones; son las que determinan la solución, mientras que en el otro caso es el juez o árbitro el que la impone. En cuanto al fondo, la mediación permite llegar más fácilmente hasta el final, a la realidad en que se hallan las partes, mientras que la heterocomposición en ocasiones se queda en el plano de la verdad legal. Por último, y esto no es lo menos importante, la satisfacción de un arreglo logrado por ambas partes hace remota la posibilidad de futuras diferencias sobre la materia del conflicto, mientras que el descontento con la sentencia o el laudo puede alimentar futuros litigios –con su correspondiente coste en tiempo y dinero– para recurrir la sentencia o impugnar el laudo, o vencer la oposición o pasividad del vencido de cara a la ejecución. Buena parte del éxito de la mediación radica en que procura una solución negociada a través de la inmediatez de las partes con respecto al mediador (33).

(32) Sin embargo, BALLARÍN MARCIAL, A.: cit., p. 14, señala algunos inconvenientes o disfunciones que se vienen produciendo. Según este autor, “hemos observado en la práctica que, en no pocas ocasiones, se acude a las ADR para ganar tiempo y demorar, por ejemplo, el pago o el esclarecimiento de si procede una indemnización, para lo cual la parte deudora finge aceptar la ADR, desarrolla la actividad que le corresponde, pero, al final, dice simplemente que no acepta la recomendación del tercero, que no hay acuerdo, y así se zafa de la cuestión, tras haber entretenido a la otra parte y al tercero durante un plazo de meses o de años”.

(33) En general, sobre las características de la mediación, puede verse ÁLVAREZ MORENO, M.^a T.: cit., pp. 958-959, a quien sigue MUÑOZ GARCÍA, C.: cit., pp. 258-259. Cabe destacar de estas autoras, entre otras notas, la voluntariedad, tanto para las partes como para el mediador, al inicio de la mediación y en cada instante de su desarrollo; la confidencialidad, de modo que ni el mediador puede informar como testigo en un proceso ulterior ni las partes utilizar o difundir lo allí debatido, en un proceso o fuera de él; la flexibilidad formal, en cuanto a los trámites procedimentales; la imparcialidad o neutralidad del mediador; la participación activa y constante de las partes durante todo el procedimiento, ya que ellas son las dominadoras del mismo y pueden aceptar o no las intervenciones del mediador; y la ruptura de la relación perdedor-ganador, de modo que no se reproduce el esquema adversarial, sino que las dos partes ganan.

6. Características de la mediación agroindustrial

A) Marco jurídico del procedimiento de mediación.

La mediación como forma de solución de los conflictos agroindustriales recibe un gran impulso, no sabemos si el definitivo, en la Ley de contratos tipo, que venimos estudiando. Como hemos visto, alude a ella, sin nombrarla, el repetido artículo 10.I LCT, cuando atribuye a la Comisión de seguimiento del contrato tipo homologado la función de encontrar una solución a las diferencias que surjan entre las partes contratantes. Por otra parte, el Reglamento LCT regula en uno de sus cuatro capítulos –el tercero– algún aspecto más del procedimiento de “solución de controversias”, dedicando al tema los artículos 10 a 14.

Estos preceptos ni son muchos ni muy detallados, lo que ya desde un primer momento plantea la cuestión de cuál será el Derecho aplicable supletoriamente a la mediación agroindustrial. Si este procedimiento trata de resolver un conflicto jurídico privado a través de una solución adoptada por los interesados, o propuesta por un tercero, pero aceptada o hecha suya por aquéllos, todo ello es después de la actuación desarrollada por una instancia neutral como es la Comisión de seguimiento: nos estamos moviendo en el ámbito de la autocomposición asistida, prejudicial, y de carácter civil. Es autocomposición porque la solución del conflicto la adoptan las propias partes enfrentadas; es asistida porque la Comisión de seguimiento ayuda a las partes a lograr un acuerdo, de tal manera que formula una propuesta que puede ser aceptada o no, en todo o en parte, por las partes contratantes; es prejudicial, porque mediante ella se pretende evitar acudir a los tribunales de justicia; y, finalmente, es de carácter civil, porque el problema que se resuelve atañe a un contrato privado de carácter patrimonial, celebrado bajo el principio de la autonomía privada. Por eso, a la vista de estas características creemos que la mediación debe recibir la aplicación como Derecho supletorio del régimen sustantivo de “los actos de conciliación”, materia regulada en el ordenamiento jurídico español por los todavía vigentes artículos 460 a 480 LEC 1881 (34), a la espe-

(34) MUÑOZ GARCÍA, C.: cit., p. 261, opina que “la conciliación... se diferencia esencialmente de la mediación en la formalidad que la conciliación alcanza mediante el oportuno acta de conciliación, que sirve de prueba, en todo caso, de la voluntad manifestada, incluso cuando no media un acuerdo”. Creemos, no obstante, que la prueba del procedimiento no es un elemento esencial de diferencia, ya que en ambos casos es la voluntad de las partes, concretamente, de cada una de ellas, la que es “dueña” del procedimiento de solución del conflicto en todo momento. Sobre el acto de conciliación LEC 1881, véase con más detalle BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial...*, cit., pp. 189-197. Esta autora indica, con mayor acierto, a nuestro juicio, que “la función que desempeña el mediador es la de acercar posiciones incluso con propuesta

ra de lo que pueda regular la futura Ley de jurisdicción voluntaria. Creemos que deben ser estos preceptos, antes que los de la mediación familiar, los que nos proporcionen el cauce adecuado para resolver privadamente las controversias, toda vez que el Derecho de familia, vertebrado sobre la base de un extenso orden público, se halla impregnado por el principio de imperatividad y protección del menor, mientras que los contratos agroindustriales se hallan afectados por un orden público mucho más reducido, sustentado por la autonomía privada, donde las partes en liza presentan intereses formalmente iguales.

Finalmente, el artículo 10.I LCT acota la mediación agroindustrial a “los contratos ajustados al contrato tipo”, de modo que la mediación prevista en la Ley parece quedar vedada a quienes hayan suscrito un contrato agroindustrial que no se adapte al modelo de contrato homologado administrativamente, es decir, extendido a todo el sector determinado por una producción agraria. Sin embargo, nada obsta para que la controversia que se presente en un contrato distinto del modelo homologado se tramite ante la Comisión de seguimiento relativa al mismo producto y mercado que el no homologado, siempre que las dos partes contratantes voluntariamente lo deseen y la instancia mediadora lo acepte.

B) Carácter obligatorio de la mediación.

La mediación agroindustrial es un procedimiento o conjunto ordenado de trámites cronológicamente sucesivos, que se siguen ante una institución de Derecho Privado, como es la Comisión de seguimiento.

En primer lugar rige el principio de rogación o iniciación a instancia de parte. En este procedimiento no está previsto el comienzo de oficio, por lo que no es admisible tal posibilidad, ya que nadie puede entrometerse en una relación contractual que le es ajena. Así lo apuntamos cuando abordamos las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, las cuales sí que podían intervenir de oficio en las controversias contractuales locativas por autorizárselo así su Ley creadora (LAR 1980). Como la mediación pretende resolver un conflicto de intereses nacido en el seno de una relación agroindustrial, son las partes contratantes, agricultor e industria de transformación, quienes únicamente se hallan legitimados para iniciar los pertinentes trámites legales.

Como la actividad mediadora se plantea por la Ley como necesaria u obligatoria, según dispone el ya examinado artículo 10.I LCT y su con-

de acuerdos, mientras que en la conciliación las partes se relacionan a través del conciliador, que no hace ningún tipo de propuesta de acercamiento entre las mismas”. Puede verse la monografía ALBERT EMBUENA, Vicente L.: *El acto de conciliación civil*, Valencia, 1999.

cordante artículo 10.1 RLCT, las partes contratantes acudirán a la Comisión de seguimiento, bien individualmente, bien de mutuo acuerdo. Los citados preceptos imponen acudir a la Comisión de seguimiento para la solución de los conflictos, impidiendo someter directamente, sin mayor dilación, las “diferencias y conflictos” contractuales a los tribunales de justicia o el arbitraje. Todo ello contrasta con lo que es principio general en las controversias civiles (y un conflicto agroindustrial lo es), conforme al artículo 460 LEC 1881, relativo a los actos de conciliación, el cual dispone que, “antes de promover un juicio, podrá intentarse la conciliación ante el Juzgado de Primera Instancia o de Paz competente”; es decir, el intento de conciliación es facultativo, mientras que aquí la mediación se presenta como paso obligatorio, aunque fácilmente eludible por la parte que desee acudir a juicio o arbitraje sin mayor dilación.

Para interpretar estos dos preceptos, legal y reglamentario, debemos acudir a la tramitación parlamentaria de la Ley. El Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales decía en su artículo 10.I que “las partes suscribientes de los contratos ajustados al contrato tipo «podrán solicitar»...”. En el Congreso de los Diputados hubo dos enmiendas a este texto: la número 5, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, y la número 12, del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, solicitando la sustitución de la expresión “podrán solicitar” por la de “solicitarán”, que es como ha quedado en el texto definitivo. La motivación de estas dos enmiendas, literalmente casi iguales, era que la redacción del Proyecto “conlleva una interpretación contradictoria entre los párrafos primero y segundo del artículo, ya que el primero utiliza el término «podrán solicitar», de forma que el trámite de intervención de la comisión de seguimiento en las discrepancias entre suscribientes tiene un carácter potestativo. Sin embargo, de la lectura del párrafo segundo parece deducirse que el arbitraje será posterior a la intervención en el conflicto de la comisión de seguimiento”. Por otra parte, se decía que “con la redacción propuesta damos carácter obligatorio a la intervención conciliadora de la comisión de seguimiento, de forma que, además de eliminar las discrepancias interpretativas entre los párrafos, dotamos a estas comisiones de unas funciones muy positivas tanto para su funcionamiento interior como para evitar conflictos, al estar formadas por las organizaciones representativas de los suscribientes. Sin que en ningún caso, como es lógico, se restrinja el derecho de los discrepantes a acudir a procedimientos de arbitraje”. Por tanto, los antecedentes de la norma legal actualmente en vigor (art. 10.I LCT) nos muestran cómo el propósito del legislador fue someter obligatoriamente el conflicto agroindustrial a la mediación antes de poder acudir al arbitraje, aunque no lo revelen expresamente los artículos 10.II LCT y 14.I RLCT.

No obstante, el propósito del legislador puede quedar en poco más que una declaración de intenciones, ya que si una de las partes quiere someter la controversia directamente a los tribunales de justicia, la otra no puede hacer nada para impedirlo. En efecto, el artículo 39 LEC prevé el planteamiento de la declinatoria por causa de la falta de jurisdicción cuando se haya sometido a arbitraje la controversia, pero nada dice cuando tal cosa suceda respecto de la mediación, ni cuando esa mediación sea impuesta por un precepto legal, no meramente acordada por las partes, como sucede en el ámbito agroindustrial (35). Cabe la posibilidad de efectuar una interpretación integradora de los artículos 10.I LCT y 39 LEC, en el sentido de posibilitar el planteamiento de la declinatoria cuando se trate de una controversia suscitada en un contrato tipo homologado y sea voluntad de una sola de las partes acudir a la tutela judicial directamente sin agotar previamente la vía de la mediación agroindustrial impuesta con carácter necesario por la Ley de contratos tipo, pero también cabría sostener, quizá con mayor fundamento, que si una parte plantea un conflicto ante la Comisión de seguimiento y la otra acude a los tribunales de justicia con el mismo propósito deba entenderse que ésta no quiere conciliarse con la primera y deba tenerse por intentada la mediación sin avenencia.

7. La institución mediadora: las comisiones de seguimiento

A) Régimen de las comisiones de seguimiento.

La actividad mediadora como forma privada de solución de conflictos requiere de una persona u órgano colegiado que desarrolle las actuaciones conducentes al logro de la solución del conflicto. Apunta S. BARONA VILAR que esa instancia es “un tercero no relacionado con los sujetos en conflicto que... trata de poner encima de la mesa los intereses en juego, las prioridades, las posibles opciones y las consecuencias perniciosas que se derivarían de la no consecución de una solución mediada en el conflicto” (36). Según dispone el artículo 10 LCT, la solución de los conflictos agroindustriales producidos en los contratos homologados corresponde a

(35) ÁLVAREZ MORENO, M.^a T.: cit., p. 960, nota 10, reconoce que una de las diferencias entre la mediación y el arbitraje es que “en el arbitraje (cosa que no puede hacerse en la mediación) se puede invocar por vía de excepción procesal la imposibilidad de los Jueces de entrar a conocer un asunto cuando la cuestión litigiosa estuviese sometida a arbitraje mediante el correspondiente convenio arbitral [art. 11.1 LA (de 1988)]”.

(36) BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial...*, cit., p. 74.

las comisiones de seguimiento. Introducidas con carácter general por el Real Decreto de 1985 en su reforma de 1990, la Ley de contratos tipo agroalimentarios las configura como una pieza clave del sistema agroindustrial. Según expresa la exposición de motivos de la citada Ley, "la importancia de las mismas en el correcto funcionamiento del régimen contractual" lleva a configurarlas como "entidades con personalidad jurídica y carácter representativo a las que se encomienda el seguimiento, promoción, vigilancia y control de los contratos agroalimentarios homologados" (cfr. art. 4.1 LCT), lo que las configura como verdaderos órganos interprofesionales, aunque con un cometido aparentemente más concreto que el de las organizaciones interprofesionales agroalimentarias. La solución de conflictos no parece, por tanto, ni la única ni la más importante función de las citadas comisiones, pero lo cierto es que su Ley reguladora también las encomienda gestionar la solución o arreglo de los conflictos en el sector.

El régimen jurídico de las comisiones de seguimiento se encuentra detallado en el capítulo IV (último) del Reglamento LCT, en los artículos 16 a 20. La problemática que comprenden es muy amplia, pero en estos momentos vamos a circunscribir el análisis al tema que nos ocupa.

Las comisiones de seguimiento están vinculadas a los contratos tipo. Estos contratos pueden ser homologados a instancia de una Comisión de seguimiento ya establecida, una organización interprofesional reconocida, o las organizaciones representativas de la producción, por una parte, y de la transformación y comercialización, por otra, y, en defecto de estas últimas, por empresas de transformación y comercialización (art. 5.1 LCT). En el primer caso, las comisiones de seguimiento continúan en el nuevo contrato homologado la función desempeñada en el anterior, al que el nuevo contrato sustituye en la siguiente campaña agroindustrial; en el segundo caso, las comisiones de seguimiento se constituyen en el seno de la organización interprofesional agroalimentaria que se haya creado en el sector (art. 4.2 LCT); en el último supuesto estamos en presencia de organizaciones representativas o, en su defecto, empresas en concreto, que ante la ausencia de organización interprofesional o Comisión de seguimiento en el sector acuerdan un modelo de contrato tipo que, si es homologado administrativamente, obligará a la creación de una Comisión de seguimiento, con personalidad jurídica propia e independiente de la de sus miembros, de naturaleza privada y carácter representativo, careciendo de ánimo de lucro (cfr. arts. 4.1 LCT y 16 RLCT).

En cualquier caso, la Comisión de seguimiento se compondrá del número de vocales que libremente decidan los proponentes del contrato tipo, pero ha de respetarse la regla de la paridad, de modo que la parte vendedora esté igualmente representada que la parte compradora, y vicever-

sa (art. 17 RLCT). Nótese cómo no es necesaria la presencia de ninguna autoridad o funcionario representante de la Administración pública; lo que visualiza aún más el carácter privado de la mediación agroindustrial. En caso de que por decisión de los signatarios del contrato tipo homologado concurriera esa autoridad o funcionario habría que especificar su posición en el seno de la Comisión de seguimiento; concretamente, si le corresponde la presidencia con voto de calidad (dirimente), o si, por el contrario, participará tan sólo como mero asesor o moderador, con voz pero sin voto. En el caso de que las partes omitiesen ese miembro neutral, representante de la Administración, deberían especificar quién y cómo va a desempeñar la presidencia de la Comisión con las funciones que le son inherentes.

Cabe plantearse si es posible que las comisiones de seguimiento puedan constituir, con base en los artículos 4.3 LCT y 20 RLCT, una subcomisión especializada únicamente en la solución de conflictos agroindustriales. El segundo precepto, que regula la figura de las subcomisiones, autoriza su constitución para “ámbitos territoriales concretos... cuando las circunstancias del mercado lo hagan conveniente” (ap. 1). De este modo la especialidad de la subcomisión descansa en la atribución de un ámbito territorial por razones de mercado, no en otros criterios distintos, como pudiera ser dedicarse en exclusiva al cumplimiento de alguna de las funciones que asigna a las comisiones de seguimiento el artículo 4.1 LCT u otros preceptos; por ejemplo, la mediación agroindustrial. Sin embargo, siendo esto cierto, no lo es menos que “las subcomisiones realizarán aquellas funciones que expresamente les sean atribuidas por la comisión de la que emanan” (ap. 4), con lo cual parece respetarse el principio de autonomía privada a la hora de poder configurar el contenido competencial concreto de la subcomisión. Según la interpretación de este precepto que proponemos, en el seno de una Comisión de seguimiento podría existir una subcomisión de mediación agroindustrial, encargada con carácter exclusivo y excluyente del conocimiento y solución de estos conflictos, ganando seguramente las relaciones agroindustriales en fluidez y acierto en la adopción de soluciones.

B) Estatuto de los miembros de la Comisión de seguimiento.

Un aspecto importante del régimen jurídico de las comisiones de seguimiento es la determinación de su composición, ya que ello nos puede ofrecer una pauta para la comprensión del tipo de intervención que puede desarrollar en la solución privada de los conflictos agroindustriales. El artículo 4.1 LCT nos dice que los miembros de las comisiones de seguimiento han de pertenecer paritariamente a las partes que han promovido

la homologación del contrato tipo; visto de otra manera, la instancia que debe resolver el conflicto se halla integrada por personas procedentes de los sectores enfrentados. Nada impediría que el mediador fuera ajeno al sector, con tal de que sus cualidades personales (prudencia, buen criterio, capacidad negociadora) ofrezcan plena garantía de que puede proponer pautas adecuadas para el buen fin del conflicto, pero la Ley ha preferido optar por un sistema de composición interna. Por otra parte, cuando el contrato tipo haya sido propuesto por una organización interprofesional agroalimentaria [cfr. art. 3.h) LOIA], entendemos que también ha de respetarse la paridad que señala la Ley de contratos tipo agroalimentarios, ya que, aparte de ser ley posterior, que deroga la anterior en lo que sea incompatible, es lógico que sean los representantes de los agricultores, por un lado, y los de las industrias de transformación, por otro, quienes ayuden a la solución de los conflictos suscitados en un contrato en que precisamente son partes un agricultor y una industria de transformación.

Esta circunstancia ahora señalada da pie para plantear el tema de la independencia e imparcialidad del órgano mediador. El Reglamento no es extraño a este problema y para preservar la idoneidad del mediador plantea el deber de abstención y el derecho de recusación, propios de los órganos administrativos (arts. 28-29 LRJAP), arbitrales (art. 17 LA) y jurisdiccionales (art. 219 LOPJ) (37). El artículo 13 RLCT regula la “abstención de los miembros de las comisiones de seguimiento”, que en realidad es abstención y recusación. De este modo, según el apartado 1, relativo al deber de abstención, “no podrán intervenir en la solución de las diferencias planteadas aquellos miembros de las comisiones de seguimiento que tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un juez”; y el apartado 2, respecto de la recusación, dice que “los miembros de las comisiones de seguimiento podrán ser recusados por las partes por las mismas causas que los jueces”. Al optar por el régimen más exigente en esta materia, que es el que afecta a los miembros de la carrera judicial, se pasa por alto la diferente función que realizan un juez y un mediador. Las cualidades de independencia e imparcialidad se deben exigir y vigilar en un juez e incluso en un árbitro, que han de dictar, respectivamente, sentencia definitiva y laudo arbitral en el asunto que conozcan; en cambio, el mediador agroindustrial únicamente intenta arreglar a las partes contratantes mediante la formulación de una propuesta de solución no vinculante.

(37) MUÑOZ GARCÍA, C.: cit., p. 276, señala que el mediador “está sujeto a una serie de obligaciones, como son la confidencialidad, imparcialidad, objetividad, entre otras, como si de un órgano judicial se tratase, aunque sin facultades de decisión”.

El Consejo de Estado, en su dictamen de fecha 13 de abril de 2000 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley (núm. de expediente 1556/2000), pasó por alto la colisión entre la procedencia de los miembros de la Comisión de seguimiento y las cualidades de independencia e imparcialidad. En su análisis de las formas de solución de conflictos destacó que “la lógica del proyecto (perfectamente explicada en la Ley de contratos tipo que se desarrolla) es la de que si se plantea un conflicto exista un previo órgano de resolución del mismo cercano al sistema específico que se diseña (la comisión de seguimiento)”, de modo que, “agotado este mecanismo interno, debe procederse a la formalización del arbitraje en el modo previsto en la Ley de 5 de diciembre de 1988”. A pesar de la corrección del razonamiento no debió pasar por alto que la cercanía del órgano mediador respecto de las partes en conflicto fácilmente puede crear supuestos de falta de independencia e imparcialidad, lo que desea evitar el Reglamento, máxime teniendo en cuenta que por la parte industrial puede haber relativamente pocas empresas en el sector de que se trate. En definitiva, cercanía, por una parte, e independencia e imparcialidad, por otra, son cualidades frecuentemente incompatibles. Sea como fuere, en cualquier caso el mediador no debe tener interés en el caso concreto, pues necesariamente es esencial a esta figura el carácter de persona ajena para que pueda proponer soluciones desinteresadas.

Hecha esta observación, la abstención y recusación contempladas en el Reglamento LCT se mueven en los parámetros normales de estas figuras. En efecto, ambas producen como consecuencia la sustitución del mediador afectado de dependencia o parcialidad. A este respecto, el artículo 13.3 RLCT dispone que “cuando se den algunas de las circunstancias del apartado 1 anterior, o un miembro de la Comisión de seguimiento acepte la recusación, se procederá a designar un sustituto en la misma forma en que se hubiese nombrado al titular sustituido”. En el segundo caso, la recusación puede prosperar porque lo consienta el mediador afectado, pero nada se dice cuando éste se muestre en desacuerdo con la tacha aducida. Ante la laguna legal, quizá pueda invocarse, por analogía, lo dispuesto en el artículo 18.2 *in fine* LA, según el cual, “a menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta”. Es decir, si aplicáramos este criterio sería el resto de los miembros de la Comisión de seguimiento los que en ausencia del interesado decidieran sobre la tacha. Esto puede ser especialmente problemático en sectores donde haya pocas industrias de transformación, pues será difícil encontrar personas para el cargo de vocal de la Comisión de seguimiento que no tengan nada que ver con esa parte contratante o con el objeto de la disputa, siendo así que

la Comisión de seguimiento se refiere exclusivamente a un sector de la producción. Una vez apreciada la tacha, habrá que notificárselo a quien propuso al miembro de la Comisión afectado, para que proceda a la designación del sustituto.

8. El procedimiento de mediación y su terminación

A) Iniciación del procedimiento.

Hemos señalado anteriormente que la mediación agroindustrial se plasma en un procedimiento o conjunto ordenado de trámites sucesivos, que se siguen ante una institución de Derecho Privado como es la Comisión de seguimiento.

El primer trámite que hay que observar es la notificación del conflicto agroindustrial a la Comisión de seguimiento (cfr. art. 10.2 RLCT). No se establece quién debe efectuar la notificación, aunque basta con que una de las partes lo haga: se presume que existe conflicto si uno de los contratantes así lo dice, seguido de una explicación de los motivos que concurran en el caso. Por otra parte, tampoco se dice nada acerca del contenido de la notificación, la cual se rige por el principio de libertad de forma, si bien cabe entender que el notificante deberá explicar en qué consiste el conflicto y qué razones le asisten para interesar una determinada solución. La notificación puede contener una propuesta de solución, pero esto, a diferencia de lo que sucede en la conciliación civil (cfr. art. 465 LEC 1881), no parece imprescindible. Todo ello nos lleva a pensar que la notificación ha de hacerse por escrito, lo que el artículo 465 LEC 1881 exige para el acto de conciliación cuando dispone que el que lo intente acudirá por escrito al órgano mediador, con expresión de “la pretensión que se deduzca”; carácter escrito que, por otra parte, es norma en los actos procesales de comunicación (cfr. arts. 149 y ss. LEC), y lo exige la necesidad de una constancia formal e indubitada del acto. La notificación hace las veces de escrito rector del procedimiento, que no se denomina papeleta (cfr. art. 465 LEC 1881), ni mucho menos demanda; seguramente con la intención de flexibilizar la mediación y no dar motivos para una excesiva asimilación al proceso judicial, ni siquiera al acto de conciliación.

Una vez producido un conflicto, cualquiera de los interesados –partes contratantes– dispondrá del plazo señalado en el contrato tipo para efectuar la notificación (art. 10.2 RLCT). En caso de que el contrato no contemple esta vicisitud, que es lo que está sucediendo en la práctica, el artículo 10.2 RLCT establece supletoriamente el de setenta y dos horas desde que se produzca el conflicto. Llama la atención el señalamiento de un pla-

zo de ejercicio de la pretensión, como si se tratara de un plazo de prescripción o caducidad. Como en todos los casos de plazo corto de prescripción, frecuentemente surgirá controversia acerca de su *dies a quo*, pero bastará con reproducir la controversia ulteriormente y presentar de nuevo la notificación para con ello soslayar cualquier problema derivado del vencimiento del plazo. Con un plazo de tiempo tan breve se quiere visualizar el deseo de celeridad que anima al legislador, impidiendo la creación de un obstáculo insalvable para el buen fin de la mediación. Tampoco se prevé sanción alguna para el caso de que se rebase el plazo señalado, ni se contempla la posibilidad de que la Comisión de seguimiento pueda rechazar de oficio la mediación solicitada. Parece, por tanto, que ese plazo es inútil, como lo demuestra, quizá, el hecho de que ningún contrato tipo de los homologados hasta ahora lo contemple.

Todas estas cuestiones pasaron inadvertidas al Consejo de Estado en su dictamen número 1556/2000, de 13 de abril, sobre el Proyecto de Reglamento LCT, citado más arriba, donde formuló tan sólo una observación formal en lo que respecta al plazo supletorio de setenta y dos horas. Señalaba que “no se entiende bien si es plazo máximo o plazo mínimo”, lo que fue corregido en el sentido de señalar el plazo como un máximo de tiempo. Añadía el dictamen que “se trata, en cualquier caso, de un período muy breve que (si es un plazo máximo de notificación, como parece querer decir) resulta en exceso apurado para plantear un conflicto como el pretendido”. La razón parece ser la de celeridad, como hemos señalado, aparte de que siempre será posible reproducir la controversia y notificarla en el plazo reglamentariamente previsto, como apuntábamos.

No dice el Reglamento cómo ha de actuar la Comisión de seguimiento una vez recibida una notificación. Esta Comisión, cuando actúa como órgano mediador, debe guiarse por la regla no escrita de hacer todo lo necesario en orden a la solución de la controversia. Por ello, deberá comenzar por dar traslado de la notificación a la otra parte contratante. Según el artículo 466 LEC 1881, el juez que conoce de la conciliación, en el día en que se presente la solicitud o en el siguiente hábil, citará a las partes contratantes, señalando el día y hora en que haya de tener lugar la comparecencia, procurando que se verifique a la mayor brevedad posible. Entre la citación y la comparecencia deberán mediar al menos veinticuatro horas, cuyo término podrá, sin embargo, reducir el juez si hubiese causas justas para ello, sin que en ningún caso pueda dilatarse por más de ocho días desde aquél en que se haya presentado la solicitud. No obstante, no parece claro que la Comisión de seguimiento deba quedar sujeta a las rigideces formales señaladas, pues en definitiva no estamos en presencia de un procedimiento judicial o prejudicial tramitado ante un juez, si bien será un acierto seguir el criterio del precepto señalado porque el ar-

título 14 RLCT dispone el plazo de un mes como tiempo máximo que ha de transcurrir entre la notificación del conflicto y la propuesta de solución a formular por la Comisión, como veremos más adelante.

B) Diversas vicisitudes iniciales.

Puede suceder que, a pesar de la obligatoriedad de la mediación agroindustrial, en el sentido ya señalado, la otra parte no comparezca ante la Comisión mediadora. En tal caso, ante el silencio del Reglamento, entendemos que se puede aplicar el criterio del artículo 469 LEC 1881, con arreglo al cual “si alguna de las partes contratantes no comparece en el día y hora señalados y no manifestare justa causa para no concurrir, se tendrá por intentada la conciliación sin efecto, condenándole en las costas”. Por tanto, son dos los efectos que se producen: el fracaso de la mediación y la imputación de los gastos generados al no compareciente; gastos a los que luego nos referiremos.

El artículo 20 RLCT autoriza la constitución de subcomisiones territoriales, por lo que en caso de que efectivamente se hayan constituido, aplicando por analogía el artículo 463.1 LEC 1881, correspondería el conocimiento de la mediación a la subcomisión del lugar del domicilio de la otra parte contratante y, en su defecto, de su residencia. Si el otro contratante es persona jurídica sería también competente para conocer del conflicto la subcomisión correspondiente al lugar del domicilio del solicitante de la mediación, siempre que en éste radique delegación, sucursal u oficina abierta al público. La parte a quien se dirige la mediación puede discutir la competencia de la subcomisión territorial a la cual se ha dirigido la contraparte planteando el conflicto agroindustrial. Si tal cosa sucediera, el criterio del artículo 464 LEC 1881 es que “se tendrá por intentada la comparecencia sin más trámites”, lo que en el caso de la mediación agroindustrial sólo estimamos razonable para el caso de que el solicitante obre de mala fe y acuda a una subcomisión territorial sin conexión alguna con el contrato.

Si alguna de las partes solicita la recusación de uno de los miembros de la Comisión de seguimiento y éste la acepta, el artículo 13.3 RLCT dispone la designación de un sustituto; de este modo puede continuar el procedimiento de mediación. No es de aplicación, por tanto, la sanción jurídica prevista por el artículo 464 LEC 1881 para la conciliación civil general, con arreglo al cual “se tendrá por intentada la comparecencia sin más trámites”. No obstante, cabe señalar que el precepto reglamentario no contiene previsión alguna para el caso de que el recusado no acepte la recusación y se crea, por tanto, con derecho a seguir participando en la mediación agroindustrial.

Cabe plantearse qué efectos produce la notificación a la otra parte de que la Comisión de seguimiento ha admitido a trámite la solicitud de mediación; concretamente, es necesario saber si se interrumpe la prescripción de la acción judicial que pudiera ejercitarse a propósito de la controversia. En el acto de conciliación, el artículo 479 LEC 1881 dispone que “la presentación con ulterior admisión de la petición de conciliación interrumpirá la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los términos y con los efectos establecidos en la Ley desde el momento de la presentación”. Parece lógica de nuevo la aplicación por analogía de esta regla a la mediación agroindustrial, ya que ello tranquilizaría a las partes y facilitaría la solución negociada del conflicto, que es lo que quiere la Ley de contratos tipo agroalimentarios. Sin embargo, entendemos, junto con A. BALLARÍN MARCIAL (38) que, si bien el recurso a un mecanismo alternativo de resolución de litigios debiera dar lugar a la suspensión de los plazos de prescripción para poder acudir a los tribunales, la concesión de tan importante efecto debiera estar previsto en una ley, la cual tendría que establecer, a su vez, las condiciones o requisitos necesarios para obtener tal efecto. Es decir, que no cualquier tipo de mediación, sino tan sólo aquella que se ajustara a los principios básicos en la materia, produciría ese importante resultado de interrumpir la prescripción.

Este respeto del principio de legalidad ha sido también advertido por el Libro Verde de la Unión Europea, al que nos hemos ya referido (39), para el cual “el fomento de las ADR pudiera suponer la modificación de las leyes de enjuiciamiento civil en materia de plazos de prescripción, estableciéndose que el plazo pueda suspenderse cuando comienza el procedimiento alternativo y reanudarse si éste concluye sin alcanzar solución”. Por su parte, la Ley Modelo de la CNUDMI no regula el tema, si bien propone, bajo la rúbrica “suspensión del plazo de prescripción”, que “cuando se inicie el procedimiento de conciliación dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de la conciliación” (ap. 1), y que “cuando el procedimiento de conciliación concluya sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción se reanudará a partir del momento en que concluyera sin arreglo el procedimiento de conciliación” (ap. 2). Por tanto, la Ley Modelo establece como opción la de suspender, no la de interrumpir, el plazo de prescripción. Las diferencias entre una y otra figura son conocidas: la interrupción detiene el cómputo del tiempo transcurrido, de modo que si cesa la causa de interrupción es necesario comenzar de nuevo el cómputo del plazo, sin sumarse el tiempo transcurrido hasta el momento; por el contrario, la suspensión produce un efecto menor, ya que

(38) BALLARÍN MARCIAL, A.: cit., p. 21.

(39) Libro Verde, punto 68, p. 29.

efectúa asimismo la detención del cómputo del plazo, pero si cesa la causa de tal detención, el cómputo del tiempo se reanuda, sumándose el tiempo anterior al nuevamente comenzado. En el primer caso estamos ante dos tiempos independientes, el anterior y el posterior, mientras que en el segundo esos tiempos anterior y posterior forman parte de un mismo y único plazo.

Otro principio que rige la mediación agroindustrial, junto con los de no formalismo y celeridad, ya examinados, es el de buena fe, consagrado por los artículos 7.1 CC, con carácter general, y 247 LEC, para el proceso civil; consecuencia del cual es el “deber de colaboración con las comisiones de seguimiento”. En efecto, el artículo 11 RLCT dispone que “las partes suscribientes de los contratos deberán facilitar a la comisión de seguimiento la información y documentación necesarias para la resolución de la controversia suscitada”. A pesar de la referencia expresa a la “documentación”, este precepto no limita los medios de prueba de que pueden valerse las partes, que son todos los admitidos en derecho.

C) Desarrollo del procedimiento.

Una vez que la Comisión de seguimiento conoce la existencia de una controversia entre las partes contratantes y es requerida para mediar a través de la notificación del conflicto, debe emprender todas las actuaciones necesarias tendentes a lograr el acuerdo o avenencia entre los interesados. La Ley de contratos tipo agroalimentarios y su Reglamento no señalan cómo debe producirse la intervención mediadora, a diferencia como hace el artículo 471 LEC 1881 para el acto de conciliación civil, el cual consta de una vista pública o “acto de conciliación” en sentido estricto, en el cual el solicitante comenzará exponiendo su reclamación y manifestando los fundamentos en que la apoya; contestará la otra parte lo que crea conveniente, y podrá exhibir cualquier documento en que funde sus excepciones; y después podrán los interesados replicar y contrarreplicar, si quisieren. Ante el silencio de la Ley de contratos tipo y su Reglamento, el acto discurrirá sin ninguna limitación de índole formal, aunque seguramente lo hará siguiendo las sencillas pautas marcadas para la conciliación judicial ya señalada, pues, además, está en la naturaleza del instituto de la mediación la negociación presencial de las partes ante el mediador y en diálogo con éste. No obstante, en un plano puramente teórico, es admisible que las alegaciones de las partes se formulen no sólo mediante comparecencia de ambas conjunta o separadamente ante el órgano mediador, sino incluso por escrito, pues en modo alguno puede operar como preceptiva la forma que reviste el acto de conciliación general, que exige la presencia física de los conciliantes ante el juez.

La intervención mediadora necesariamente se halla marcada por el carácter colegiado del órgano que la desarrolla, el cual ha de estar compuesto por al menos dos personas, uno por cada sector contratante (agricultura e industrias de transformación). Como está integrado por varias personas, la Comisión de seguimiento ha de retirarse a deliberar para formular su propuesta de solución, ya que los miembros del órgano pueden hallarse, a su vez, divididos entre sí ante la solución que deba ofrecerse para el caso, y no parece prudente que se airee en público tal circunstancia, lo cual, además, puede enconar la propia controversia de que conozcan, dando más argumentos a cada una de las partes para aferrarse en su respectiva posición. De este modo se impide la adopción de un acuerdo o propuesta de solución en unidad de acto.

D) La propuesta de la Comisión y su valoración.

La actividad de mediación debe terminar con la propuesta de una solución por parte de la Comisión de seguimiento. El plazo de que dispone el órgano mediador para efectuar tal propuesta es el “máximo de un mes, prorrogable por igual período, a partir de la notificación del conflicto por alguna de las partes”. En ese tiempo máximo, “la comisión de seguimiento deberá proponer una solución que se someterá a la consideración de éstas [las partes contratantes] para su aceptación” (art. 14 RLCT).

La propuesta de la Comisión puede manifestarse a las partes mediante su envío por escrito para que la consideren y estudien, o bien exponiéndola oralmente en un acto convocado al efecto. En cualquier caso, como ya hemos señalado, es una obligación derivada de la buena fe realizar todas las actuaciones necesarias en orden al buen fin del procedimiento. Ya se manifieste por escrito u oralmente la propuesta de la Comisión, puede facilitar el buen fin del procedimiento el hecho de que una vez que las partes hayan conocido y ponderado el contenido de la propuesta, ambas comparezcan conjuntamente ante la Comisión con la finalidad de manifestar la aceptación, o bien para intentar llegar a un acuerdo sobre la base cierta de la propuesta de la Comisión. Es un acto que, en rigor, no parece imprescindible, pero es muy conveniente por la propia naturaleza de las cosas, puesto que es de esencia de la institución negociar y aproximar posiciones, y pudiera suceder que las partes tampoco estén del todo conformes con la propuesta de solución ofrecida por la Comisión.

Este plazo tan breve es una muestra de la celeridad que se quiere imprimir a la actuación mediadora, con lo que adquiere gran importancia el acto de la notificación como *dies a quo* del procedimiento. No obstante, no se indica la consecuencia de que trascurra ese mes o su prórroga sin

que se formule propuesta de solución, o sin que se evidencie la imposibilidad de lograrla (por ejemplo, por discrepancias en el seno de la propia Comisión de seguimiento). Entendemos que si pasado el plazo señalado la Comisión de seguimiento formula una propuesta de solución, ésta es válida como tal, y si es aceptada por las partes, tan eficaz, contractualmente considerada, como si la mediación hubiera concluido temporáneamente.

El plazo de un mes es prorrogable, entendemos que por decisión del órgano mediador, pero no se nos dice quién puede solicitar la prórroga, si alguna de las partes, las dos o incluso si la puede acordar de oficio la propia Comisión de seguimiento. Todo ello cabe en la letra y espíritu del precepto, si de buena fe la prórroga está ordenada al buen fin de la mediación.

A este respecto, cabe destacar que la actividad de la Comisión de seguimiento constituye el objeto de una obligación, no de resultado, sino de medios o diligencia (40). Cabe imputar responsabilidad a la Comisión si la actividad mediadora ha sido desempeñada negligentemente, no en el caso de que las partes no acepten la solución propuesta. Puede suceder que la propia Comisión sea incapaz de formular una propuesta en su seno, por discrepancias entre los propios mediadores, circunstancia nada difícil que se produzca por tratarse de un órgano paritario. En este caso tampoco cabe exigir a sus miembros responsabilidad por el fracaso de la actividad mediadora, salvo que se demuestre negligencia o mala fe por parte de todos o algunos de los miembros de la Comisión, ya que diseñar legalmente un órgano colegiado con carácter paritario es una circunstancia que crea la posibilidad del empate inoperante. En definitiva, por el solo hecho de que no se logre un acuerdo interno en la Comisión, o por el hecho de que la solución propuesta no sea aceptada, no cabe exigir responsabilidad civil a los miembros de la Comisión.

Por su parte, el acto de conciliación civil finaliza de forma bien diferente a como sucede en la mediación agroindustrial. En efecto, una vez expuesta la controversia en todos sus extremos, dispone el artículo 471 LEC 1881 que, “si no hubiera avenencia entre ellos [las partes], el Juez procurará avenirlos”, de modo que “si no pudiese conseguirlo, se dará el acto por terminado sin efecto”. A diferencia de lo dispuesto para la mediación agroindustrial, donde el Reglamento prevé un plazo para que el órgano mediador formule una propuesta de solución, en la conciliación civil la actividad mediadora en sentido estricto se produce en unidad de acto, de modo que no se prevé, al menos formalmente, una propuesta de solución ofrecida por el juez, que todo lo más que puede hacer es intentar acercar las posiciones de las partes. Esta diferencia es explicable porque

(40) Cfr. MUÑOZ GARCÍA, C.: cit., p. 277.

obligar al juez a proponer una solución es hacerle tomar partido anticipadamente por una u otra parte, lo que debe quedar reservado para la sentencia que dicte en el eventual procedimiento subsiguiente a la definitiva falta de acuerdo en la fase de conciliación prejudicial.

Aunque el Reglamento nada dispone acerca de acreditación de haberse tramitado la mediación, es aplicable el criterio del artículo 472 LEC 1881, según el cual, una vez terminada la sesión oral, se levantará acta firmada por los asistentes. Por otra parte, conforme al artículo 474 LEC 1881, se dará documento acreditativo del acta de conciliación a la parte que lo pida, o, en caso de no comparecer la parte contraria, documento acreditativo de haberse intentado sin efecto.

E) Finalización anormal del procedimiento.

La mediación puede finalizar con la adopción de una solución al conflicto, como hemos visto, pero también puede concluir sin solución alguna, dejando las cosas como estaban al principio. Asimismo cabe, en el plano teórico, una solución parcial de la controversia, quedando subsistente, aunque en menor grado, la falta de acuerdo entre las partes. Si tal cosa ocurriera ya no sería necesario incidir más en la vía de la mediación por ver si es posible cerrar un acuerdo completo sobre toda la materia controvertida; y no sería necesario porque el presupuesto de haber utilizado la mediación se tendría por cumplido y quedaría expedita la vía arbitral o la jurisdiccional.

El artículo 15.1 RLCT contempla la terminación anormal del procedimiento de mediación agroindustrial. Conforme a este precepto, “en el caso de que por la comisión de seguimiento no se lograra una solución al conflicto en el plazo señalado en el artículo anterior, o en el de discrepancia con la solución propuesta, las partes podrán recurrir al arbitraje”.

A la vista del precepto, la tarea mediadora de la Comisión de seguimiento puede resultar inútil por dos razones: porque haya sido incapaz de consensuar en su seno una propuesta de solución, o porque las partes contratantes no acepten la propuesta de solución formulada.

El primer supuesto, que ya hemos examinado, no es tan difícil que pueda producirse, ya que el órgano mediador es una comisión paritaria que adopta sus acuerdos por mayoría de miembros presentes, en la que es perfectamente posible el empate si los mediadores que la componen se alinean cada uno de ellos con el sector, agrario o de transformación, al que pertenezca, o si se logra el empate de otra manera. Para evitar estas situaciones, el artículo 12 LA ha dispuesto que los árbitros hayan de ser siempre un número impar, pero en nuestro caso la normativa agroindustrial no contempla esta posibilidad porque dispone el artículo 4.1 LCT que

la Comisión de seguimiento ha de tener una composición paritaria. Por otra parte, en el orden práctico, sería de difícil aceptación un número impar de mediadores, porque supondría primar un sector frente al otro. No obstante, como ya señalábamos anteriormente, creemos que, dado que la Comisión de seguimiento carece de funciones decisorias, no sería contrario a Derecho llamar a un tercero independiente para moderar las sesiones, que bien pudiera ser un representante de la Administración pública u otra persona física o jurídica, siempre con voz, pero sin voto, en orden a formular la propuesta de solución.

En el segundo caso nos encontramos ante una propuesta de solución acordada por la Comisión de seguimiento, pero no aceptada por una o ambas partes. El que una parte se muestre conforme con la solución ofrecida y la otra no es circunstancia que por sí sola no califica al discrepante como de mala fe a efectos de imposición de los gastos de la mediación a que se refiere el artículo 12 RLCT. Jurídicamente el supuesto es de oferta de acuerdo contractual formulada por un mediador; más concretamente, podemos calificar el supuesto como de oferta de contrato formulada, no por una de las partes contratantes, sino por un tercero. Esta oferta contractual efectuada por un tercero ha de ser aceptada por las dos partes, ya que si una de ellas se muestra disconforme, el conflicto subsistirá como si nada se hubiera hecho.

A efectos de un ulterior procedimiento judicial, sería interesante contar con la propuesta de solución y la información acerca de la parte que haya mostrado su desacuerdo con ella, lo que debiera ser proporcionado documentalmente por la Comisión de seguimiento. Sin embargo, esto no debe mermar la observancia del principio de confidencialidad, según el cual lo manifestado por las partes durante la tramitación de la mediación no puede ser utilizado posteriormente en juicio en contra suya, pues lo contrario llevaría a las partes a afrontar la mediación con recelo, sin franqueza. Las partes han de poder expresarse libre y confiadamente sin temor a que la revelación de ciertos datos o circunstancias pudiera ser utilizado en su contra en un eventual proceso judicial posterior. A este respecto, anota S. BARONA VILAR (41) que “se ha dicho que el éxito de la mediación frente a los procesos judiciales es la confidencialidad de la materia sometida a mediación, así como la información que se vierte a lo largo de este procedimiento”. Por ello la Ley Modelo de la CNUDMI desarrolla ampliamente este principio en sus artículos 8 a 10, donde se decanta por no permitir la alegación en juicio de lo que se haya manifestado en la mediación, orientación que adopta el Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria, cuyo artículo 38 declara en su apartado 3 la confidenciali-

(41) BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial...*, cit., p. 77.

dad de las sesiones de mediación y en el apartado 4 impone al mediador la obligación de guardar secreto de cuanto acontezca en la mediación, además de que le prohíbe intervenir en juicio como testigo o perito.

Como la mediación puede concluir sin que se haya adoptado una solución de la controversia, la Ley de contratos tipo y su Reglamento plantean el arbitraje como un modo de solución de conflictos de carácter supletorio frente a la mediación. En efecto, según los artículos 10.II LCT y 15.2 RLCT (42), cuando el conflicto no haya recibido una solución mediada, “las partes podrán acudir al arbitraje”; ambos preceptos precisan que “el procedimiento arbitral será el establecido en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje”. Aparte de que hoy día la referencia a la Ley de arbitraje ha de entenderse hecha a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, que sustituyó a la de 1988 (cfr. disp. derog. única), el precepto es ocioso, ya que el recurso al arbitraje para resolver un conflicto contractual agroindustrial era posible con arreglo al artículo 1 de la Ley de 1988, y lo es con base en el artículo 2.1 de la Ley actualmente en vigor, porque ambos preceptos autorizan acudir al arbitraje cuando se trate de resolver una controversia sobre materias de libre disposición para las partes, y un contrato agroindustrial lo es. Por otra parte, la aplicación de la Ley de arbitraje no se circunscribe al “procedimiento arbitral”, como dicen los preceptos indicados, sino que se extiende a todos los aspectos del arbitraje, tanto procedimentales como orgánicos y resolutorios (laudo y sus consecuencias), ya que, según el artículo 1.3 LA, “esta ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes”. Uno de esos arbitrajes contemplados fuera de la Ley 60/2003 es el agroindustrial, el cual, ante la ausencia de preceptos legales o reglamentarios que lo regulen, se rige enteramente por el Derecho arbitral, al que nos remitimos en bloque.

(42) Inicialmente el precepto añadía como inciso final la expresión “correspondiendo el nombramiento de árbitro a la Dirección General de Alimentación”. De este modo, se daba continuidad a la inercia histórica de configurar el arbitraje agroindustrial como administrativo, sin reparar en que el arbitraje administrativo agrario estaba impulsado por un deseo de control auspiciado por un Estado intervencionista y también por una fe ciega en la capacidad de hacer justicia por parte de la Administración. Según el Consejo de Estado, “sin que exista previsión legal expresa de cobertura en la Ley de contratos tipo, no parece ajustado a derecho designar reglamentariamente el árbitro desde la Dirección General de Alimentación cuando lo que hay que seguir a tal efecto (según la Ley de contratos tipo que se desarrolla) es el procedimiento arbitral establecido en la Ley 36/1988, sin perjuicio de que las partes puedan designar como árbitro (en el seno del convenio arbitral) a quien deseen, según indica el artículo 9 de la Ley de Arbitraje, incluida la Dirección General de Agricultura”. Por tanto, la participación en el arbitraje agroindustrial de la Administración agraria dependerá de la voluntad de las partes signatarias del modelo de contrato tipo homologado. Añadía el dictamen que “la anterior observación se formula con el carácter de esencial, a los efectos prevenidos en el artículo 2.6 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado”, lo que muestra el grave defecto en que incurría el Proyecto de Reglamento LCT al imponer un arbitraje administrativo.

Hemos de añadir que, en los contratos tipo homologados administrativamente durante el año 2005, se puede observar cómo las partes proponentes del modelo contractual contemplan el arbitraje como modo obligatorio de solución de los conflictos privados una vez fracasada la mediación, cerrando de este modo el acceso a los tribunales de justicia. Habitualmente, en la estipulación que versa específicamente sobre el “arbitraje”, se dispone que cualquier diferencia que pudiera surgir entre las partes en relación con la interpretación o ejecución del contrato y que no pudieran resolver de común acuerdo o por la Comisión de seguimiento, deberá someterse a un arbitraje de equidad de acuerdo con lo establecido en la Ley de arbitraje, con la especialidad de que el árbitro o los árbitros serán nombrados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (43). Por tanto, respecto del tema de la mediación, que ahora

(43) Omitiendo determinados datos con la finalidad de simplificar la exposición, cabe citar los contratos-tipo de compraventa de pomelo con destino a su transformación en zumo, limones con destino a su transformación en zumo, limones con destino a su comercialización en fresco, clementinas para su transformación en zumo (tres tipos de duración: una campaña, igual o superior a ocho meses, y tres campañas), naranjas para su transformación en zumo (tres tipos de duración: igual o superior a ocho meses, de cinco a siete meses, y tres campañas), clementinas para su transformación en gajos (dos modalidades) y satsumas para su transformación en gajos (dos modalidades: una y tres campañas).

En algunos casos se invoca todavía la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, pero es evidente que esta referencia ha de ser entendida a favor de la Ley 60/2003, actualmente vigente. Así sucede en el contrato-tipo de compraventa de pimiento seco en cáscara con destino a su transformación en pimentón, en cuya estipulación duodécima nada se dice acerca del arbitraje de equidad ni del modo de designación del árbitro o árbitros; y en el contrato-tipo de compraventa de pimiento fresco con destino a su transformación en pimentón, en cuya estipulación duodécima sucede lo mismo. En el contrato-tipo de compraventa de peras Williams y Rocha, con destino a pera en almíbar y/o jugo natural de frutas, estipulación décima, las partes proponentes optan por “la especialidad prevista en la Ley 2/2000, de 7 de enero, reguladora de los contratos tipo de productos agroalimentarios, consistente en que el árbitro o árbitros serán nombrados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación”, lo que se basa en un error como es atribuir a la LCT una previsión sobre la administración del arbitraje que en absoluto contiene. Por último, en el contrato-tipo de compraventa de vinos, su estipulación décima dispone el nombramiento del árbitro o árbitros por parte del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y se configura como voluntario el procedimiento de mediación (“podrá someterse a la consideración de la Comisión de Seguimiento”), en flagrante contradicción con el imperativo artículo 10 LCT.

Invocan también la Ley de arbitraje de 1988, asignando la administración del arbitraje al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y sin decir nada del arbitraje de equidad, lo que es lógico, dado que es el tipo de arbitraje que por defecto regía en aquella Ley, el contrato-tipo de compraventa y recepción de semillas de cereales destinada a la fabricación de bioetanol como producto no alimentario, y el contrato-tipo de compraventa y recepción de semillas de cereales destinada a la fabricación de etanol [debe decir “bioetanol”] como producto energético, según el Reglamento CE número 2237/2003, de 23 de diciembre de 2003, y el Real Decreto 218/2004, de 7 de febrero.

Por último, el contrato-tipo de compraventa de forrajes para su transformación se remite en la estipulación octava al “arbitraje regulado reglamentariamente...”, cuando el Reglamento

nos interesa, cabe destacar el sometimiento obligatorio de la controversia al arbitraje, una vez fracasado el intento de composición individual y la intervención de la Comisión de seguimiento.

Por otra parte, cabe señalar algún caso de contrato tipo homologado en que no se impone con carácter obligatorio acudir al arbitraje, sino que se reserva esta posibilidad al criterio de los interesados; en cambio, se dispone la sumisión a determinados juzgados y tribunales para la resolución de cuantas controversias puedan plantearse, con renuncia expresa a cualquier otro fuero que pudiera corresponder a las partes (44).

En primer lugar, la cláusula de “libertad arbitral” reitera lo que dispone el artículo 10.II LCT, que faculta a las partes para que puedan acudir al arbitraje una vez fracasada la mediación, como sabemos. Al no configurarse como obligatoria la sumisión al arbitraje, se respeta con más claridad el derecho de tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. En efecto, con arreglo al precepto constitucional citado, nadie puede verse privado de la posibilidad de acudir a los tribunales de justicia para obtener la protección de sus derechos, pero al imponerse en buen número de contratos tipo homologados la sumisión obligatoria al arbitraje, da la impresión de que los agricultores e industrias de transformación han de acudir necesariamente a este modo de solución de conflictos, cuando en realidad no es así, ya que el artículo 2.II LCT dispone que el contrato tipo homologado es modelo “al cual podrán ajustar sus contratos... los operadores del sistema agroalimentario”, por lo que al considerar como voluntario el empleo de un modelo homologado se está limitando únicamente la libertad de los que libremente suscriben esos contratos homologados (afiliados a las organizaciones proponentes o ajenos a las mismas), no la de quienes optan por regular su relación agroindustrial de otra manera distinta a la aprobada oficialmente, por lo que aparentemente el sistema es de arbitraje obligatorio, aunque en el fondo no sea así.

En segundo lugar, la cláusula de sumisión a los juzgados de una determinada localidad es perfectamente explicable, ya que, reiterando el contrato-tipo que acudir al arbitraje es voluntario, en previsión de posibles

de la LCT no “regula” materialmente ningún arbitraje, sino que, a su vez, se remite a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje (cfr. art. 15.2 RLCT), que era la vigente (1988) cuando se aprobó aquél (2000). El árbitro es nombrado por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, pero no se dice nada de la Ley aplicable ni de si el arbitraje es de equidad.

(44) Contrato-tipo de compraventa de higos secos con destino a su selección y envasado, campaña 2005/2006, homologado por Orden APA/2189/2005, de 23 de junio (BOE 8 julio 2005), estipulaciones undécima y decimotercera; y contrato-tipo de compraventa de higos secos con destino a la fabricación de pasta de higos, campaña 2005/2006, homologado por Orden APA/2164/2005, de 23 de junio (BOE 7 julio 2005), estipulación undécima y duodécima. En ambos casos se cita todavía la Ley 36/1988 y se dispone el nombramiento del árbitro por la Administración agraria.

reclamaciones, se opta por confiar el conocimiento de los asuntos a los juzgados de una determinada localidad.

F) El acuerdo y su ejecutividad.

La Ley de contratos tipo y el Reglamento guardan silencio acerca de lo que debiera ser normal en la práctica, que es la aprobación por la Comisión de seguimiento de una propuesta de solución y su ulterior aceptación por ambas partes contratantes. En este caso, la mediación habría llegado a buen fin y cumplido sus objetivos de lograr una solución negociada al conflicto. Sin embargo, la mediación en sí misma considerada termina con la formulación de la propuesta de solución; en ese momento el mediador ya ha hecho todo cuanto podía y debía hacer en orden al logro del acuerdo, de modo que lo que ocurra después ya no es incumbencia suya. Cabe recordar, como hemos señalado, que la obligación del mediador es “de medios” y no “de resultado” (45), por lo que la Comisión sólo responderá de la diligencia empleada en la tarea encomendada. Supuesta esa diligencia, el mediador nunca será responsable de la falta de acuerdo entre las partes, las cuales únicamente podrán enfrentarse a la Comisión si no se ha logrado la solución del conflicto a causa de un comportamiento negligente profesional de su función, lo que deberá demostrar quien lo alegue.

Si las partes aceptan la propuesta de solución, ésta dejará de ser ya un mero acto unilateral de la Comisión de seguimiento para transformarse en una solución vinculante para los contratantes. Se convierte en un acuerdo de voluntades perfeccionado por el mero consentimiento (cfr. art. 1.278 CC), sin necesidad de formalidad extrínseca alguna como pudiera ser un acto de homologación o reconocimiento judicial o administrativo (46). De este sencillo modo, la solución mediada pasa a integrar el contenido del contrato agroindustrial y es tan obligatoria para las partes como cualquier otra cláusula contractual (cfr. art. 1.258 CC). Esta conclusión sobre la naturaleza contractual de la propuesta de solución aceptada resulta avalada por el artículo 477 LEC 1881, según el cual “contra lo convenido en acto de conciliación podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”; causas que son las expresadas en los artículos 1.265

(45) Por todos, ÁLVAREZ MORENO, M.^a T.: cit., p. 967, para quien “la responsabilidad fundamental del mediador radica en la conducción de la medición (y nunca en el fondo del asunto discutido entre las partes)” (p. 978).

(46) A este respecto, el Libro Verde de la Unión Europea sobre solución alternativa de conflictos señala que “conviene hacer todo lo posible para garantizar la validez de los consentimientos”, por lo que “parecería oportuno conceder un plazo de reflexión antes de la firma, o introducir un plazo de retractación después de ésta” (punto 83, p. 33).

a 1.270 y 1.300 y siguientes CC. Todo ello no empece para que se pueda impugnar la solución aceptada por otros motivos contemplados en Derecho, como pueda ser la rescisión, etc., al igual que cualquier contrato.

Una cuestión práctica de sumo interés es si la solución acordada en un procedimiento de mediación agroindustrial es título ejecutivo a efectos procesales. Interesa reconocer la máxima eficacia jurídica a dicho acuerdo, con la finalidad de potenciar la mediación: las partes acudirán a la mediación, o, si ésta es obligatoria –como es el caso– se hallarán estimuladas para poner fin a su controversia a través de ella, en el caso de que el acuerdo obtenido supere en eficacia al simple convenio entre las partes. Si el acuerdo mediado es realmente efectivo, las partes se sentirán estimuladas para intentar llegar a una solución que evite el proceso judicial o arbitral.

A este respecto, el Libro Verde de la Unión Europea sobre solución alternativa de conflictos señala que “habrá que analizar la pertinencia de organizar una fase de homologación durante la cual podría controlarse la validez del acuerdo y al término de la cual el acuerdo podría elevarse a la categoría de título ejecutivo. Esta fase podría desarrollarse ante un juez o un notario, aunque también podría tener lugar ante los organismos calificados para determinadas materias, como las cámaras de comercio, por ejemplo” (punto 83). Por su parte, el artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI dispone, bajo la rúbrica “ejecutoriedad del acuerdo de transacción”, que “si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución... [los Estados promulgantes podrán incorporar una descripción del medio de ejecución de los acuerdos de transacción o remitirse a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad]”. Por tanto, se dota al acuerdo mediado de carácter ejecutivo, aunque se deje en manos de los Estados la forma de adaptar o “trasponer” ese principio a su derecho interno. Comentando este precepto, la *Guía* que acompaña a la Ley Modelo señala que “muchos profesionales del derecho han adelantado el parecer de que la vía de la conciliación ganaría adeptos si se dotara al arreglo concertado en el curso de la conciliación de un régimen de ejecución ágil o de una fuerza ejecutoria idéntica o similar a la de un laudo arbitral” (apartado 87).

La respuesta en el Derecho español a la cuestión de la fuerza ejecutiva de la solución mediada parece que ha de ser inicialmente negativa, ya que si por una parte qué mejor opción para valorizar la mediación que otorgar fuerza ejecutiva a lo acordado, por otra, los títulos ejecutivos se hallan tasados en nuestro Derecho, dada la trascendencia que tiene abrir la vía ejecutiva sin necesidad de seguir un proceso declarativo tendente a obtener una sentencia condenatoria. El artículo 517.2 LEC dispone que “sólo llevarán aparejada ejecución los siguientes títulos...”, entre los cua-

les no figura el que nos ocupa, el cual tampoco goza de fuerza ejecutiva por disposición con rango de ley distinta de la LEC (cfr. art. 517.2.9.º LEC). En efecto, “distinta” de la LEC 2000 es la LEC 1881, donde como sabemos se regula el acto de conciliación. Según el artículo 476 LEC 1881, “lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto por el mismo Juez ante el que se celebró, por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal, cuando se trate de asuntos de la competencia del propio Juez”. Por otra parte, “en los demás casos [asuntos que no son competencia del propio Juez] tendrán el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne”. El caso de la mediación agroindustrial no puede ser residenciado en este precepto, ya que el mediador no es órgano judicial ni administrativo. Por tanto, ni las normas generales sobre ejecución (LEC 2000), ni las particulares sobre el acto de conciliación (LEC 1881), ofrecen argumentos a favor de la ejecutividad de lo acordado en la mediación agroindustrial.

Si de las normas procesales pasamos al ámbito específico de las que regulan la solución privada de conflictos, la respuesta al problema parece que también debe ser negativa. Ciertamente el laudo arbitral posee legalmente eficacia de cosa juzgada (art. 43 LA), como igualmente debiera tenerla la solución aceptada en la mediación, por disfrutar de ella la “cosa pactada” en la transacción (art. 1.816 CC). A este respecto, esencialmente son lo mismo transacción y mediación, ya que la solución de la controversia es en ambos casos, aunque a través de diferentes trámites, acordada entre las partes. También se puede alegar que el laudo es la solución privada de un conflicto, cualidad que también ostenta la solución mediada aceptada (47). Pero, en cambio, si bien el artículo 517.2.2.ª LEC otorga fuerza ejecutiva a “los laudos o resoluciones arbitrales firmes”, aun cuando emanen de un particular, ya sea persona física o jurídica, por el contrario el artículo 1.816 CC otorga fuerza ejecutiva a la transacción sólo cuando se trate de una transacción judicial, y esto parece un obstáculo insalvable.

Este sistema de mediación agroindustrial está llamado a producir sus frutos en la práctica, evitando el recurso a la actividad judicial mediante el fomento de la autocomposición. Existe un modo de conocimiento de la efectividad del sistema, que es la memoria anual que cada Comisión de seguimiento ha de enviar al Ministerio de Agricultura, Pesca y Ali-

(47) En el ámbito del proceso laboral, el artículo 68 LPL concede fuerza ejecutiva a lo acordado en la conciliación previa al proceso; acuerdo que puede tener lugar, según el artículo 63 LPL, no sólo ante la Administración Pública, sino también ante un órgano constituido por acuerdo interprofesional o convenio colectivo. Por tanto, según esto último, se otorga fuerza ejecutiva a lo decidido por una instancia privada.

mentación, en la cual ha de informar a la Administración acerca de, entre otros temas, el “grado de conflictividad en la ejecución de los contratos”, lo que puede permitir el conocimiento de la efectividad práctica de la mediación agroindustrial. El seguimiento de las actividades ordenadas para la solución extrajudicial de conflictos era ya preocupación de la LEC 1881 respecto de los actos de conciliación civiles, según la cual “los Jueces de Paz remitirán a los de Primera Instancia de sus respectivos partidos, para que se archiven en ellos, relaciones semestrales de los actos de conciliación convenidos” (art. 480). Lo que hace falta es que en todos estos casos las memorias confeccionadas sirvan para contrastar la efectividad del sistema y adoptar las pertinentes medidas de impulso y corrección.

G) Los gastos de la mediación.

El procedimiento de mediación agroindustrial puede originar gastos para las partes interesadas y la Comisión de seguimiento, tales como recabar documentación, solicitar informes periciales, efectuar desplazamientos, retribuir a los mediadores (48), etc. El Reglamento dispone con carácter general que los gastos originados por la intervención de la Comisión de seguimiento deberán ser abonados por las partes contratantes (art. 11 *in fine* RLCT). Más específicamente, el artículo 12 RLCT, que lleva por rúbrica los “gastos de las actuaciones de las comisiones de seguimiento”, dispone una regla general aplicable a toda la mediación, y otra específica relativa a los gastos ocasionados a la Comisión de seguimiento.

En primer lugar, el precepto dispone que “corresponde a los signatarios de los contratos satisfacer los gastos originados en la solución de las discrepancias, en proporción a la cuantía causada por cada uno de ellos, salvo notoria mala fe de una de las partes, apreciada por la Comisión de seguimiento, en cuyo caso deberá pagar la totalidad del coste de las actuaciones practicadas” (ap. 1); por otra parte, con carácter especial prevé que “cuando las comisiones de seguimiento reciban aportaciones económicas y esté previsto expresamente en su presupuesto de gastos, podrán asumir el coste de sus actuaciones, sin repercutirlo en las partes intervinientes en el conflicto” (ap. 2).

Según el precepto, la regla general es que las partes contratantes han de satisfacer los gastos originados en el procedimiento de mediación en proporción a la cuantía causada por cada uno de ellos. Por tanto, cada parte abona los gastos hechos por ella, tanto los efectuados con carácter pre-

(48) MUÑOZ GARCÍA, C.: cit., p. 277, señala que “la mediación debe ser en todo caso retribuida en cuanto prestación de servicios, ya sea por las personas que se acogen a la mediación o por los Centros o Colegios profesionales al cual pertenecen las personas mediadoras”.

vio a la mediación como los generados por la tramitación de ésta. Los causados a la Comisión de seguimiento debieran ser abonados por mitad, ya que tanto una parte como la otra los han provocado al acudir a la mediación. Como excepción, en caso de notoria mala fe de alguna de las partes, la Comisión de seguimiento, una vez apreciada esta circunstancia, impondrá los gastos de la mediación a esa parte. La expresión “actuaciones practicadas”, a que se refiere el artículo 12.1 RLCT, ha de entenderse referida no sólo a las efectuadas por la Comisión de seguimiento, sino a todas, incluidas las de las partes. Como puede advertirse, la previsión reglamentaria sobre gastos de la mediación recuerda el régimen de las costas judiciales anterior a la reforma del artículo 523 LEC 1881, operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC. En efecto, el sistema anterior a la citada reforma, originario de la LEC 1881, era el de abono de las costas con cargo a la parte que hubiera actuado con mala fe o temeridad, al causar a la otra un perjuicio –tener que acudir a juicio y asumir unos gastos– de los subsumibles en el artículo 1.902 CC; si ninguna de ellas hubiera obrado de mala fe, las costas no se imponían, con independencia del resultado del procedimiento. Y este sistema es lógico que se aplique a la mediación, en la cual no hay un ganador y un perdedor, ya que las dos partes han cedido por vía de negociación; es diferente en el proceso civil, donde lo normal es que haya una parte a la que se estimen completamente sus pretensiones y a la otra, no.

Respecto de los gastos que origine la existencia y funcionamiento de la Comisión de seguimiento, cabe señalar que el procedimiento mediador no es gratuito, ya que no está cubierto su coste por ningún presupuesto público. Por esta razón, esos gastos han de ser abonados por quienes utilizan el servicio de mediación, que son las partes del procedimiento, salvo mala fe a que antes nos hemos referido. Sobre esta base, el artículo 12.2 RLCT dispone, no obstante, la gratuidad del procedimiento en lo que respecta a los costes de la actuación de las Comisiones de seguimiento, para el caso de que éstas reciban aportaciones económicas y esté previsto en su presupuesto la aplicación de fondos a tal fin. Es una medida que, si bien no sirve para incentivar que se acuda a la Comisión de seguimiento, ya que su mediación es legalmente obligatoria, por lo menos la hace amable. Choca el precepto reglamentario con el artículo 4.4 LCT, el cual, si bien autoriza a las comisiones de seguimiento para recabar y recibir aportaciones económicas de los firmantes de los contratos tipo homologados, sin embargo, indica a qué gastos han de aplicarse los citados ingresos, de modo que ninguno de los cinco supuestos contemplados por la Ley (gestión administrativa de las comisiones, mejora de la calidad de los productos, protección del medio ambiente, información y conocimiento de productos y mercados y acciones promocionales) admite fácilmente en su seno

este tipo de gastos, con lo cual la previsión reglamentaria, si se interpreta la Ley con rigor, quedaría carente de efectividad. No obstante, en razón del principio de no onerosidad y facilitación de la tarea de las comisiones, parece lógico admitir lo que el Reglamento dispone.

9. La mediación en los contratos de integración ganadera

En el ámbito agroindustrial ganadero (49) también se ha introducido la idea de solución privada de conflictos. Uno de los modos en que tradicionalmente se han explotado las cabezas de ganado es la aparcería pecuaria. Se caracteriza por la concurrencia organizada de dos factores de producción, el capital (constituido por un determinado número de cabezas de ganado) y el trabajo, de modo que cada uno de los partícipes percibe como remuneración una parte alícuota del rendimiento obtenido en la actividad. Dicho de otro modo, los contratantes ponen en marcha una explotación de cría o engorde de ganado mediante la aportación de capital, por parte del cedente, y de trabajo, fruto de la dedicación del aparcerero. Por el contrario, en la integración vertical estamos en presencia de dos estructuras productivas ya constituidas y en funcionamiento, una dedicada a la cría y engorde de ganado, y otra, industrial transformadora, de modo que el interés de cada una de ellas es muy distinto al que concurre en la aparcería: en efecto, las partes del contrato de integración pretenden, no la formación de una nueva estructura productiva, sino el empleo óptimo de ambas explotaciones ya constituidas. Al industrial no le interesa sólo el trabajo que pueda desarrollar la explotación ganadera, sino, sobre todo, su estructura organizativa, integrada por las instalaciones, el instrumental, etcétera, que son los elementos en los que se fijará para la elección del ganadero al que confiar sus cabezas de ganado.

La difusión de la integración vertical ganadera se vio correspondida en Cataluña con la creación de un instrumento legal propio, con el propósito de clarificar y dar estabilidad a las relaciones jurídicas. La actualización del modelo de la aparcería ganadera catalana (cfr. art. 339 Compilación del Derecho Civil de Cataluña, texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio) tuvo lugar en un primer mo-

(49) Sobre este tema, véase nuestro trabajo "Aparcería ganadera y contrato de integración. Perspectivas en los Derechos civiles territoriales", *Derecho Agrario y Alimentario*, número 28, enero-junio 1996, pp. 7-10. Sin duda, el trabajo que más extensa e intensamente se ha ocupado de esta figura es el estudio de VILALTA NICUESA, A. E.: *Contratos de integración ganadera. De los primeros pactos a la Ley de Cataluña 2/2005, de 4 de abril, de Contratos de integración*, Ed. Bosch, Barcelona, 2006, el cual, sin embargo, por la propia índole del estudio no entra en el análisis del arbitraje como modo de solución de conflictos entre integrador e integrado.

mento con la aprobación de la Ley 24/1984, de 28 de noviembre, de contratos de integración, y su Reglamento (Decreto 54/1985, de 18 de febrero), que, sobre la base del artículo 339 de la Compilación de Derecho Civil, fue, desde ese momento y hasta su sustitución por la Ley 2/2005, de 4 de abril, actualmente en vigor, la única expresión legislativa que en España existió de los contratos de integración en sentido estricto.

La Ley de 2005 introduce previsiones relativas a la solución privada de conflictos. En efecto, incorpora como una de sus novedades más señaladas “la creación de la Junta Arbitral de Contratos de Integración de Cataluña (50), con el objeto de intentar la avenencia entre las partes en las cuestiones litigiosas relacionadas con su aplicación”, según dice su exposición de motivos. Sin embargo, la Ley, que daba pie a pensar en una regulación de la mediación como una de las posibles formas de solución de conflictos, opta decididamente por concretar en un nuevo tipo especial de arbitraje el vago propósito extrajudicial manifestado en su exposición de motivos. Lógica consecuencia de ello es la Resolución [Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca] ARP/2974/2005, de 13 de octubre, por la que se aprueba el modelo homologado de contrato de integración, donde se dispone en su cláusula 13, sobre “resolución de conflictos”, que, “en caso de conflicto, ambas partes acuerdan someterse a una de las dos opciones siguientes: a) Al arbitraje institucional de la Junta Arbitral de Contratos de Integración creada por la Ley 2/2005, de 4 de abril, de contratos de integración, y se obligan a cumplir la decisión arbitral. b) A la jurisdicción civil”, con lo cual, al menos en principio, se olvida la vía de la mediación.

(50) El artículo 14.3 de la Ley dispone que su composición, funcionamiento y organización se determinará reglamentariamente, lo que ha tenido lugar por Decreto 32/2006, de 28 de febrero, por el cual se regula la Junta Arbitral de Contratos de Integración.

DE LA FIDUCIA SUCESORIA EN LA EMPRESA FAMILIAR (*)

JOSÉ CERDÁ GIMENO

Notario

Doctor en Derecho

A la memoria de Juan Francisco Delgado de Miguel, hombre bueno y justo, que fue atento oyente de esta conferencia y que insistió en su publicación. Su inmerecida atención a mi persona justifica esta dedicatoria y este recuerdo de un compañero y amigo, justo entre los justos.

SUMARIO: • PALABRAS INICIALES. **I.** LA TEMÁTICA DE LA “EMPRESA FAMILIAR”. • Argumento semántico. • Argumento histórico. • Argumento sociológico. • Argumento dogmático-positivista. • Argumento teleológico. • Argumento *a completudine*. **II.** LA CONFIGURACIÓN DE LA “FIDUCIA SUCESORIA”. • Argumento semántico. • Argumento histórico. • Argumento sociológico. • Argumento dogmático-conceptual. • Argumento genético. • Argumento comparativo. • Argumento *a completudine* [canon sistemático-teleológico]. • Argumento institucional. **III.** EL VÍNCULO (ENGARCE) ENTRE UNA Y OTRA DE ESTAS FIGURAS. • Argumento semántico. • Argumento técnico-jurídico (práctica). • UNAS PALABRAS FINALES.

(1) [CONFERENCIA pronunciada en la “REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN” el día 30 de marzo de 2006.] El texto de esta CONFERENCIA tiene como base el ensayo ofrecido en su día como mi colaboración al LIBRO-HOMENAJE a D. MIGUEL COLL CARRERAS, profundamente modificado tanto en la forma como en su contenido.

• Palabras iniciales

Con la venia, Sr. Presidente.

Excmos. Sres. Académicos de Número, Ilmos. Sres. Académicos correspondientes, señoras y señores:

— Unas palabras previas de salutación y de agradecimiento personal parecen en este momento necesarias.

De agradecimiento: a la invitación efectuada por D. José M.^a CASTÁN VÁZQUEZ hace algún tiempo para dictar una conferencia en esta sede académica; a la laudatoria presentación que de mi trayectoria personal y de mis publicaciones ha efectuado el Vicepresidente y Académico de Número de esta REAL ACADEMIA, el Excmo. Sr. D. Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS; a la cuidada organización de este acto y al selecto auditorio que ha tenido a bien asistir a este acto.

De salutación, también personal, de quien les habla, venido de lejos de más allá del mar, que *no* quiere hacer bueno el tópico irónicamente descrito por J. CARBONNIER [“a bon mentir qui vient de loin”] y que *sí* pretende reflejar su carácter mediterráneo, amante de la luz y de la claridad.

— En el momento presente, para el conferenciante, esta honrosa invitación representa una doble faz: como un reto y como un compromiso. Por consiguiente, *mi actitud personal* va a tratar de dar respuesta a ese doble desafío. Y, en tal sentido, se me acumulan *unos recuerdos*:

• *RECUERDO* que:

CUANDO *en el año 1980* se me invitaba y proponía como “Académico Correspondiente” de esta Academia, no tenía *in mente* siquiera la idea de que algún día mi palabra –mis palabras– pudieran interesar en esta sede.

CUANDO, asistiendo a algunas de las conferencias en este lugar dictadas, ante las efigies de ilustres Académicos pretéritos y los medallones en mármol con los nombres de nuestros clásicos juristas hispánicos [PALACIOS RUBIOS, VÁZQUEZ DE MENCHACA, Gregorio LÓPEZ, Antonio GÓMEZ, et *alii*], *no* podía imaginar este conferenciante que las obras de tan preclaros juristas iban a jalonar una larga etapa de mi investigación de Doctorado.

CUANDO, ante la posible elección de un tema apropiado para una posible conferencia, contemplando el ir y venir de las olas del mar, *poco* podía imaginar que mi idea central –núcleo– de la temática a desarrollar iba a devenir el tema central de un “Congreso de Derecho Civil” a celebrar en Tarragona en octubre 2005, ni mucho menos suponer que este conferenciante sería designado PONENTE para el citado Congreso.

CUANDO, elegido *el tema* del discurso y aceptada la invitación que se me hizo, parece *ahora aquí –hic et nunc–* de toda evidencia que este tema:

- *No parece* ni popularmente divertido;
ni universitariamente rentable;
ni mediáticamente atrayente;
ni políticamente correcto.
- *Como lo podía ser*, v. gr.:
 - o la reforma del Estatuto Catalán;
 - o la OPA sobre ENDESA;
 - o la violencia llamada “de género” (!);
 - o el matrimonio homosexual;
 - o las parejas no casadas.

CUANDO, elegido el *Título* y perfilada la *idea básica* a él subyacente, el conferenciante se dispone a cumplimentar su tarea, se encuentra *ante una doble paradoja*:

• Una, *objetiva*, estando –como estamos– en sede de la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, parece que *el contenido* de esta conferencia [fiducia, empresa] apenas tiene en su núcleo ni jurisprudencia ni legislación. Tomando como dato básico nuestro cuerpo legal [CC], cabe observar la *inexistencia* de tales ideas o figuras: ni la “fiducia” en el ámbito sucesorio aparece como tal categoría por ninguna parte, ni la “empresa” se nombra como tal en el Código Civil [la dicción del art. 1.903-4.º es, a mi parecer, irrelevante], ni hay asomos de la categoría de “empresa familiar” a lo largo del Código Civil, ni cabe vislumbrar una *conexión* entre una y otra de dichas figuras. Ese es el dato, el *hecho* incontrastable.

Una consideración similar a la precedente es la que se deriva de un atento repaso de la jurisprudencia contenida en los varios volúmenes [publicados en *edición oficial* del Ministerio de Justicia], en los que aparecen las sentencias del Tribunal Supremo. Ni una sola vez aparecen en el ÍNDICE ANALÍTICO las figuras aquí aludidas. Lo que parece conducir a un “nullum” en el ámbito jurídico-privado.

• Otra, *subjetiva*, personal, dada mi habitual manera de hacer –*helénica* (abierta) y *no rabínica* (dogmática)–, poco parece concordar con el planteamiento “conceptual” y no realista, que es el que se desprende de tal título y tal idea básica subyacente. Sin embargo, de lo cual, parece que quien esto suscribe tiene alguna *legitimación* para la tarea

emprendida, por una doble serie de razones: de una parte, en tanto que asiduo comentarista de sentencias del TS [“arretista”, en la dicción de L. Díez- PíCAZO]; y, de otra parte, en tanto que ponente [i.e., actividad *pre-legislativa*] y autor material de la LEY de 28 de junio de 1990 del Parlamento de las Islas Baleares, de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, en cuanto a su LIBRO III.

— DELIMITACIONES PERSONALES.

CUANDO, consideradas esta doble paradoja y estas vacilaciones personales, parece oportuno aquí anticipar unas convenientes *delimitaciones personales*, puedo decir:

- Que no soy un especialista máximo en las dos grandes materias (*subtemas*) del título anunciado;
- Que *no paso* de ser un estudioso jurista práctico en el ámbito del *Derecho Civil puro*;
- Que *mi personal actitud subjetiva* ante cualquier problema responde a la conocida idea de la “pre-comprensión” de J. ESSER.

[En la doctrina alemana ha sido Josef ESSER quien ha puesto de relieve la complejidad del trabajo de “búsqueda” de soluciones de derecho (la “Rechtsfindung”), que depende de una serie de categorías previas informadoras de la práctica jurídica. Entiende que los procesos intelectuales de *aplicación* del derecho constituyen medios para la extracción de “evaluaciones previas” (“Vorbewertungen”) de política jurídica del sistema positivo; que tales “evaluaciones previas” impregnan la vida jurídica por doquier, pero que tales “evaluaciones previas” están sujetas en definitiva a los vínculos de *racionalidad*.

.....

Dando por sentado que el jurista trabaja con un tipo especial de razonamiento (la “lógica jurídica”) que esencialmente constituye una lógica “material” (“sachlogik”), de ello resulta que el razonamiento jurídico se corresponde con lo que se llama la “tópica”: argumentos fundados en puntos de vista simplemente “razonables” sobre la existencia de los fines, sobre la plausibilidad de los resultados. Por consiguiente, es preciso hacer constar la gran importancia de la “Vorverständnis” (pre-comprensión) en la interpretación del derecho...

Con mayor precisión, en un *artículo posterior a su conocida* y citada obra [es el artículo titulado “Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht”, y publicado en *Archiv für die civilistische Praxis*, 172, Band (52. Band der neuen Folge), 1972, pp. 97-130, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen], J. ESSER sostiene que es en realidad la *apreciación de los intereses merecedores de protección* y no los conceptos fijados por la técnica jurídica, la *justicia* y *no la dogmática*, quienes suministran al juez el verdadero hilo conductor para llegar a su decisión.]

• Que me limito a ser y a ejercer *como un sencillo jurista práctico*, atento a los problemas de la praxis y de su posible resolución.

— Y, en tanto que jurista práctico, es de dominio público que *si de algo saben –sabemos– los notarios* es precisamente de voluntades testamentarias y de estatutos de sociedades.

— En el sentido tal expresado, un tanto aliviado ante mis aprensiones intelectuales poco dogmáticas, parece, a mi modo de ver, que *lo que en el fondo está en juego* en la problemática subyacente a mi conferencia es sencillamente *el responder adecuadamente a unas sencillas preguntas* que –por lo que luego se dirá– suelen corresponder *a estos problemas* que de ordinario se plantean a todo notario:

- “Notario, **¿qué hacemos** con nuestro hijo discapacitado?”
- “Notario, **¿a nombre de quién** ponemos el camión?”

— *RECURSOS ARGUMENTATIVOS.*

Separando ya en este momento las precedentes *delimitaciones* temporales y personales y pasando directamente al examen de los *contenidos* de esta conferencia, conviene, a mi juicio, anticipar que el conferenciante –pese al tono aparentemente *dogmático-conceptual* aludido– *no va* servirse de los conocidos *recursos* de la argumentación jurídica [i.e., los denominados *cánones hermenéuticos*] en su *totalidad*, sino **de algunos** de ellos.

[De los diferentes *cánones hermenéuticos* que presentan los autores he seleccionado los ofrecidos por Ch. PERELMAN y R. ALEXI, como sigue:

— CH. PERELMAN.

Presenta los siguientes *argumentos de interpretación*:

- I. El argumento *a contrario*.
- II. El argumento *a simili* o argumento analógico.
- III. El argumento *a fortiori*.
- IV. El argumento *a completudine*.
- V. El argumento *a coherentia*.
- VI. El argumento psicológico.
- VII. El argumento histórico.
- VIII. El argumento apagógico.
- IX. El argumento teleológico.
- X. El argumento económico.
- XI. El argumento *ad exemplo –sic*.
- XII. El argumento sistemático.
- XIII. El argumento naturalista.

— R. ALEXV.

Analiza los *cánones de la interpretación y su papel en el discurso jurídico* como sigue:

“La discusión sobre los cánones que sigue no tiene la finalidad de suministrar un análisis ni completo ni detallado de las formas de argumentación que se sintetizan tradicionalmente con los argumentos interpretativos. Su sentido consiste simplemente en aclarar la función de estas formas de argumentación en el discurso jurídico. A tal efecto, es suficiente con destacar algunas características típicas de algunas formas. Para ello, los *cánones pueden agruparse en seis grupos*: los de la interpretación *semántica*, genética, histórica, *comparativa*, *sistemática* y *teleológica*. Se mostrará que estos grupos constituyen clases bastante distintas de formas de argumentos.”

“Para clarificar el papel de los cánones en el discurso jurídico hay que distinguir seis puntos: (1) el *campo de su aplicabilidad*, (2) su *status* lógico, (3) el *requisito de saturación*, (4) las diversas funciones de las diversas formas, (5) el problema de su jerarquía y (6) la resolución del problema de la jerarquía en la teoría del discurso jurídico.”]

— Innecesario parece, además, el recordatorio de que *uno y otro de los subtemas* de esta conferencia *son auténticos temas-estrella* de cualquier foro jurídico que se precie y que su *difusión* es palpable e imparable: así, la “empresa familiar” ha sido punto básico en el reciente “IX Congreso Nacional del Notariado” (Barcelona, mayo, 2005); y la “fiducia sucesoria” (junto con la sucesión contractual y el *Trust*, en relación con la empresa) ha sido tema central del “Congreso de Derecho Civil Catalán” (Tarragona, octubre, 2005). [Uno y otro foro *en prensa* en este momento.]

Todo ello *no* implica que quien les habla *pretenda ser —no lo es—*:

- ni conocedor de primera mano de todas las actas de uno y otro Congreso;
- ni portavoz (“vocero”, en el decir iberoamericano) de ambos foros;
- ni recensionista de uno y de otro;
- ni comentarista de Ponencias y Conclusiones.

— RESUMEN DE CUESTIONES.

Basado en estos *presupuestos de partida* en el discurso, me van a permitir explayarme en unas *muy personales reflexiones* sobre las materias de esta conferencia, reflexiones que voy a centrar en *tres grandes círculos de problemas*:

- La temática de la “empresa familiar”.
- La configuración de la “fiducia sucesoria”.
- El vínculo (engarce) entre una y otra de estas figuras.

I. La temática de la “empresa familiar”

En el análisis de la temática de la “empresa familiar” se va a proceder al uso de algunos de los cánones o argumentos interpretativos precisados. En concreto, me voy a servir de estos argumentos: semántico, histórico, sociológico, dogmático-positivista, teleológico y *a completudine*.

• *Argumento semántico.*

El Diccionario de la Lengua Española nos dice:

— Voz “EMPRESA” (del latín *in-prehensa*, cogida, tomada).- f. ...=2.-...= 3.-...= 4. Casa o sociedad mercantil o industrial fundada para emprender o llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia.-= n.5.-...= 6. Com. Entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción, y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad.- II.-...=

[V. en DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, RAE, vigésima edición, Impr. de Editorial Espasa-Calpe, SA (Madrid), Madrid, 1984: tomo I (a-guzpatarra), p. 540, columna central.]

Como puede verse, poco aporta a la investigación.

• *Argumento histórico.*

Un rastreo rápido por las fuentes nos muestra que no hay antecedentes en orden a este término en el ámbito jurídico.

No parece, por otro lado, que en la fase de la codificación civil se pensara siquiera en esta noción. La única mención en el **CC de 1889** aparece en el artículo 1.903-4.º y parece identificarse con la noción ambigua de “establecimiento (mercantil)”.

No aparece mencionado este término ni como concepto ni como categoría jurídica en los grandes Tratados de Derecho Civil Español [v. gr.: el de Federico DE CASTRO y BRAVO].

Aparece una cita incidental, en orden a las **Cosas singulares y universales** que pueden ser objeto de la relación jurídica, en el Tratado de J. CASTÁN TOBEÑAS [tomo I, vol. 1.º], en el sentido que sigue:

“Una universalidad de gran importancia en el Derecho moderno –que gran número de autores incluyen en el grupo de las *universitates facti*– es la *empresa* o *hacienda*, constituida por aquel conjunto de medios o elementos –cosas, relaciones jurídicas y circunstancias de hecho o probabilidades–, mediante los cuales una persona ejercita una actividad económica, singularmente mercantil. La naturaleza jurídica de la empresa suscita, empero, opiniones muy divergentes.”

• *Argumento sociológico.*

.. Observan los autores [J. M.^a DEL VAS GONZÁLEZ, F. VICENT CHULIÁ, J. P. FERNÁNDEZ GIMENO, M.^a J. REYES LÓPEZ, A. FERNÁNDEZ-TRESGUE-
RRES GARCÍA] que el análisis del tema suele efectuarse desde muy variados puntos de vista y reviste una gran relevancia económica y jurídica; que es difícil proceder a la definición de “empresa familiar” dada la complejidad derivada de la inclusión de combinar elementos civiles, mercantiles, administrativos, laborales y fiscales; y que la importancia del tema ha motivado el estudio de la misma efectuado parlamentariamente [así, en el INFORME DE LA PONENCIA del Senado, titulado “Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar”, publicado en BOCG (Senado), VII Legislatura, Serie I, BG de 23 noviembre 2001].

Ha analizado con exactitud la materia de la familia empresaria y los posibles instrumentos para su estabilización J. M.^a DEL VAS GONZÁLEZ, que entiende que:

“Un adecuado tratamiento de este tema obliga, de antemano, a contextualizarlo convenientemente, procediéndose, en primer lugar, a determinar qué se entiende por «empresa familiar», a esquematizar las distintas configuraciones que de esta empresa se pueden encontrar en nuestra realidad social y a compendiar, en términos generales, los problemas específicos que para ella se derivan, fundamentalmente, de la insuficiencia del marco legislativo vigente en la actualidad. Entre esos problemas adquiere especial relevancia la permanencia en el tiempo y consolidación de la «empresa familiar», para el que trataremos de aportar distintos instrumentos de estabilización.”

Me parecen de relevante interés las *matizaciones* que, a este respecto, presentan los diferentes autores que se ocuparon de este tema, v. gr.:

“Hay que distinguir *variados supuestos fácticos*, atendiendo tanto a la titularidad como a la composición objetiva, a las finalidades de la empresa, a su forma jurídica, partiendo desde luego de la premisa base, que ante una empresa propiamente dicha nos hallamos. Hay evidentemente que aclarar conceptos y para ello concretar los supuestos. En esta línea de pensamiento –dice– existe ante todo un supuesto de empresa familiar típico; cuando un cabeza de familia da entrada a su cónyuge y a sus hijos nutriendo el fondo social con los elementos patrimoniales afectos al negocio mercantil que antes explotaba como empresa individual” [V. M. GARRIDO DE PALMA] [Seminario UIMP, Santander, 1995].

“Las características peculiares de la empresa familiar pasan necesariamente por la interrelación entre los intereses familiares o personales del fundador y los de la empresa, afectando normalmente a tres elementos o aspectos que han de tenerse en cuenta: las relaciones personales entre los socios

(elemento familiar), la titularidad de las partes sociales (elemento propiedad) y la gestión social (elemento poder); cada uno de ellos con una problemática singular, pero vinculados en última instancia al objetivo común de resolver el tránsito generacional y, con ello, la viabilidad en el futuro y conservación de la empresa" [A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA].

.. A la doctrina mercantilista debemos las más exactas y convincentes aproximaciones a esta realidad implícita en la noción de "empresa familiar". Así, en la dicción del profesor F. VICENT CHULIÀ, se expresa que:

"El término «empresa familiar» engloba una realidad muy variopinta susceptible de revestir cualquier forma jurídica que vaya desde la persona física o empresario individual hasta la persona jurídica societaria o sociedad mercantil, en su más variada tipología"; "no existe un concepto unívoco, ni jurídico ni económico, de «Empresa Familiar»"; "el concepto de «empresa» es plurívoco. En principio, puede significar cuatro conceptos o realidades distintas: Empresa-sujeto organización; Empresa-establecimiento; Empresa-patrimonio y Empresa-actividad [sustancialmente idéntica esta distinción a la que propone el maestro J. GARRIGUES]. La Empresa-sujeto-organización es la más importante de las cuatro nociones".

"En principio, esta organización socioeconómica trata de armonizar dos importantes instituciones sociales, regidas por distintos valores, a veces antagónicos: una, la Empresa, que se rige por la competencia, el rendimiento y los resultados, y otra, la Familia, que se rige por la protección y la lealtad"; partiendo de una definición amplia de empresa podemos contemplar las diversas clasificaciones que se han dado de la misma. Una clasificación cuatripartita –sigue diciendo– distingue entre Empresa familiar doméstica, tradicional, ampliada y abierta. Teniendo en cuenta la doble tipología social y jurídica, cabe contraponer, de una clasificación bipartita, dos grandes conceptos de Empresa Familiar: 1.º) Por un lado, el concepto de «Microempresa familiar», entendida como pequeña comunidad de trabajo no asalariado en actividades que exigen escasa inversión de capital [su forma jurídica suele ser la del empresario individual] ...: 2.º) En segundo lugar... existe el concepto de «Empresa Familiar, en el sentido amplio, que interesa al Derecho Mercantil (la 'Sociedad Familiar')»."

Estas precisiones y consideraciones de la doctrina mercantilista que se ha ocupado del tema de la "Empresa Familiar" parecen, a mi juicio, suficientes y de relevante interés.

- *Argumento dogmático-positivista.*

Las consideraciones dogmáticas de los autores españoles pueden subdistinguirse entre las argumentaciones de los civilistas y de los mercantilistas.

— *Autores civilistas.*

• Ha sido muy meritorio el esfuerzo de algunos notarios [v., por todos, V. M. GARRIDO DE PALMA] y algunos civilistas [G. GARCÍA CANTERO], consistente en la tarea de *ubicar* a la denominada “Empresa Familiar” dentro de la tradicional sistemática civilista, anclada en la preocupación dogmático-jurídica acerca de la posible delimitación conceptual de esta realidad diaria dentro del sistema del CC.

Así, en tal sentido, los autores civilistas intentan detectar *rastros* de la noción en el CC [arts. 475, párr. 2.º; 1.903, párr. 4.º; 1056, párr. 2.º] y encuentran numerosos términos *sinónimos* [“explotación agrícola, industrial o fabril”, “explotación industrial o mercantil”, “establecimiento o empresa”], sobre todo a partir de la reforma en 1981 del CC [art. 1.347-5.º, en sede del régimen de gananciales, objeto de innumerables comentarios doctrinales, en los que aquí no voy a entrar]. La reconducción a la configuración *en sentido objetivo* de la empresa como “establecimiento” parece, por lo tanto, inevitable. De ahí a la delimitación de la noción como una “*universitas facti*”, a incluir dentro del LIBRO SEGUNDO del Código en su TÍTULO I (De la clasificación de los bienes), sólo media un paso forzado dogmático.

[La ubicación de la noción de “empresa” en *el plano sistemático* como “*universitas facti*”, ya fue intuida por el maestro J. CASTÁN TOBEÑAS, con una perspicaz cita de Domenico BARBERO (*Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936).

Entre nosotros, que yo conozca, no existe más que un trabajo —al parecer inédito— de Ambrosio ARANDA DE PASTOR, “Las universalidades patrimoniales en el Derecho Civil Aragonés” (*Discurso de Ingreso*, como Académico de Número, en la “Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación”)].

• Ante esta tesitura no resulta extraño la agudeza e intuición del malogrado profesor J. L. LACRUZ BERDEJO, que parece inclinarse hacia un concepto de la “empresa” más económico que jurídico [en la línea tradicional, expuesta por el maestro J. GARRIGUES].

Recoge esa misma reflexión J. J. RAMS ALBESA, concluyendo que el legislador [CC] no ha pretendido formular un concepto específico de empresa, noción fundamentalmente económica. Entiende que este término es *un concepto jurídico indeterminado*.

En el ámbito estrictamente *civilista* parece que las reflexiones, dogmáticamente hablando, no dan para más.

• *Mi posición.*

Desde mi punto de vista, habría que proceder a una previa delimitación en el ámbito conceptual y a una demostración por la vía *ad exemplum*.

Tiene que tomarse el término “empresa familiar” como uno de tantos *términos tópicos* [“mostrencos”, en feliz idea de J. L. VILLAR PALASÍ] utilizados por los autores. Si se concibe, en el sentido propuesto por RAMS ALBESA, como propio “concepto jurídico indeterminado”, habrá que precisar cuál es la *noción clave* dentro del mismo: ¿la idea de “empresa”?, ¿el calificativo “familiar”? La respuesta no parece sencilla. Si nos atenemos a la configuración dada por HECK en orden a tal categoría de conceptos, habrá que deslindar en ese término, de un lado, el “núcleo conceptual”, y, de otro lado, el “halo conceptual”: ¿cuándo es “núcleo” la empresa y cuándo lo es el tipo familiar? De otro lado, ¿dónde está la indeterminación en cada supuesto? Esa posible delimitación no parece sencilla ni fácil en muchos casos. A tal efecto [como en sentido genérico ya dijera en su día L. DÍEZ-PICAZO], la vía preferible será la de analizar los posibles *ejemplos* tomados en consideración. Así, v. gr. [ejemplos tomados de mi despacho notarial]:

- Comunidad familiar [*una o varias estirpes*, derivadas de un mismo tronco, en comunidad *incidental* originada por una adquisición *mortis causa* de un “*de cuius*” o tronco común], cuyo objeto consiste en la administración, gestión y disposición de bienes muebles e inmuebles adquiridos por el título precitado.

- Comunidad familiar [idéntico título, precitado] cuyo objeto consiste en la urbanización de una finca calificada de “urbanizable”, en la constitución posterior de la “Junta de Compensación” *ad hoc* y en su desenvolvimiento y actuación.

- Comunidad familiar [idéntico título] auto-promotora de la construcción de un edificio sobre un solar edificable y la posterior constitución del mismo en propiedad horizontal.

- Comunidad familiar [título único común, o títulos diversos] cuyo objeto sea la extracción de las aguas negras (fecales) de fosas [comunes, individuales] en fincas rústicas y el posterior transporte, depósito o depuración [i.e., **¿a nombre de quién –NIF– ponemos el camión-bomba?**].

- Comunidad familiar [título único, o diversos] para la perforación en busca de agua y su posterior distribución [con o sin servidumbre de acueducto].

- Comunidad familiar [título único] para la administración, gestión y conservación de los “elementos comunes” de una urbanización: viales, aceras, alumbrado, etc.

- Asociación familiar para la conservación y continuidad de un patrimonio globalmente configurado como típica “universitas” y compuesto de objetos diversos [libros, cuadros, bodega, discos, videoteca...].

- Asociación familiar para la promoción, defensa, mantenimiento y conservación de un legado artístico o cultural.
- Etc.

Serían innumerables, como puede verse, los ejemplos y casos que nos presenta a diario la realidad, de tantos entes y organizaciones sin personalidad jurídica, pero con vínculos funcionales interpersonales entre sus componentes.

— *Autores mercantilistas.*

Habrà que recordar, con J. GARRIGUES, que la idea de organización, en sí misma, no es objeto de protección jurídica; que, a falta de un concepto legalmente acuñado, no puede darse un concepto jurídico unitario de la empresa; que es imposible encajar a la empresa en los cuadros y nomenclaturas tradicionales del Derecho; y que no puede haber *un concepto jurídico* allí donde falte *la institución jurídica* correspondiente [v. gr., tutela, patria potestad, sociedad].

A lo expuesto por J. GARRIGUES habrá que añadir —*respecto del término “familiar”*— la opinión de los mercantilistas recientes [J. BISBAL MÉNDEZ]:

“Se debe responder antes a la siguiente pregunta: ¿qué valor añade a una empresa el hecho de que su base personal sea familiar? ¿Cuál es el activo específico que representa esa base personal? Ante la variedad del paisaje, esta pregunta sólo admite una respuesta: depende. Depende de cómo sea la familia, de la complejidad de los intereses que concurren y de las expectativas materiales y vitales de sus miembros. No hay fórmulas preconcebidas al respecto.”

Por otra parte, el mismo J. BISBAL MÉNDEZ recuerda que:

“La tutela de la empresa familiar *no es* una provincia de la tutela de la familia, ...= La empresa familiar, *como categoría jurídica*, es de configuración imposible.”

El punto de vista del análisis de la empresa familiar, para este autor, se sintetiza en la palabra *desfamiliarización*.

• *Argumento teleológico.*

El argumento *teleológico* alude a una finalidad caracterizada normativamente: requiere *normas de tipo general o principios*. La argumentación *teleológica* se vuelve con ello argumentación *a partir de principios*, lo cual

exige una *concreción* de esos principios. Lo cual se traduce –en nuestro tema investigado– en la determinación de la *finalidad concreta* de la “empresa familiar”. Esa finalidad parece pasar por dos grandes temas –ya apuntado en su día por L. Díez-PICAZO–: el de la conservación de la empresa y el de la continuidad de la empresa. Ambos temas apuntan a la obvia interrelación entre “empresa” y “Derecho sucesorio”, a la que ahora me refiero.

La interrelación entre “empresa” y “Derecho Sucesorio” –**en especial**, el problema de la transmisión *mortis causa* de la empresa– ha suscitado innumerables reflexiones. La incidencia sobre la temática de la “empresa familiar” es máxima y a ella haré referencia seguidamente.

- *Argumento a completudine.*

Como *consideraciones concluyentes*, y a la vista de las precedentes aportaciones doctrinales, parece claro que puede afirmarse ahora:

1.º La previa distinción entre los mercantilistas [F. VICENT CHULIÀ] de diversas acepciones (plurivocidad) de “empresa”, siendo la más omnicomprendensiva la de la organización en forma de sociedad mercantil. No existe una noción legal de la empresa familiar, ni de la sociedad familiar.

2.º La reducción operada por los civilistas a una noción restringida de “empresa” como explotación o establecimiento.

3.º La existencia de numerosos *supuestos* en la realidad en los que aparecen subyacentes empresas organizadas, pero *no* en forma de sociedad de capital.

4.º La “empresa familiar”, como categoría jurídica, es de configuración imposible.

5.º No parece posible la existencia de un concepto jurídico donde no exista la institución jurídica correspondiente.

6.º Parece que detrás de la pantalla de la *noción* de “empresa familiar” se encuentra *un concepto jurídico indeterminado*, para cuya delimitación de perfiles, análisis e interpretación, habrá que aludir a la libre apreciación de los tribunales en la tarea básica de su determinación o concreción.

7.º Parece claro que *una cosa* es la existencia –*dato fáctico*– de “empresas familiares” (bien de tipo individual, bien del tipo de sociedad comercial) y *otra cosa* es –*dato jurídico*– la protección de la familia, como tal familia, por el Derecho. Parece lo mismo, pero no es lo mismo. Se trata de planos distintos de la realidad y de la dinámica del Derecho.

II. La configuración de la “fiducia sucesoria”

En la misma forma efectuada en el epígrafe I precedente se van a tomar en consideración diversos argumentos o cánones interpretativos. En especial, aquí, estos: semántico, histórico, sociológico, dogmático-conceptual, genético, comparativo, *a completudine* e institucional.

• *Argumento semántico.*

El Diccionario de la Lengua Española nos dice:

–Voz “FIDUCIA” (del latín *fiducia*).

f. ant. confianza.

— Voz “FIDUCIARIO, RIA” (del latín *fiduciarius*).

adj. *Der.* Heredero o legatario a quien el testador manda transmitir los bienes a otra u otras personas, o darles determinada inversión.

[V. en DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, RAE, vigésima edición, Impr. de Editorial Espasa-Calpe, SA (Madrid), Madrid, 1984: Tomo I (a-guzpatarra), p. 639, columna derecha.]

Puede verse que poco aporta a la investigación.

• *Argumento histórico.*

— *Mi posición.*

Me he referido en particular al origen probable de esta figura en otro lugar. Cabe así hablar: de un origen *mediato* (remoto) de probable tronco o raíz común alto-medieval o anclada en los usos del Derecho romano-vulgar o de alguna práctica visigótica del tipo de la *donatio post obitum* [así, en RUBIO, Von SCHWERIN, G. VISMARA]; y de un origen *inmediato* (próximo) de ascendencia catalana situada en el Pirineo Leridano.

— J. CASTÁN TOBEÑAS.

A mi entender, la primera vez que en la literatura jurídica española se habla en concreto de la “**fiducia sucesoria**” –entendida en su tradicional versión de la “*fiducia testamentaria*”– es en una sentencia ejemplar [v. **STS de 30 de octubre de 1944**, núm. 153 de la Relación de Sentencias de la que fue ponente D. José CASTÁN TOBEÑAS] debida al magisterio de D. José CASTÁN TOBEÑAS, de la que en este lugar reproduzco *el fundamento jurídico TERCERO*, como sigue:

“Considerando que a impulso de necesidades prácticas sentidas en todos los tiempos, las costumbres jurídicas y las legislaciones han dado acogida, con mayores o menores restricciones o aun prohibiciones, según los

casos, a variadísimas manifestaciones de la fiducia testamentaria (entendida ésta en su más amplio sentido), por la cual los testadores hacen o encomiendan determinados ruegos o encargos a un heredero o persona de su confianza, bien invistiéndole de la facultad omnímoda de elegir, por él, el heredero (testamento por comisario), bien concediéndole nada más la facultad de designar el heredero o distribuir la herencia entre las personas u obras señaladas por el propio testador (herederos distributarios, heredamientos fiduciarios con elección encomendada a los parientes más próximos, cláusula de confianza concedida al cónyuge viudo, etc.), ya imponiendo al heredero el cumplimiento de determinadas disposiciones (legados, cláusulas *sub modo*, fideicomisos, donaciones *mortis causa* con transmisión fiduciaria, etc.), o remitiéndose a las que establezca y dicte el propio otorgante, fuera del testamento, en escritos complementarios (memorias testamentarias), ya, finalmente, confiando a esa persona de su confianza la ejecución de su última voluntad (albaceazgo), ora con la obligación normal de rendir cuentas de su gestión, ora relevándole de esta obligación (albaceazgo de confianza)."

• *Argumento sociológico.*

En una contemplación panorámica descriptiva muy completa, dibuja A. NÚÑEZ IGLESIAS el cuadro siguiente:

"La terminología ha sido, en verdad, fuente de dificultades desde el principio; y, con ella, la delimitación de los conceptos. Parece útil, pues, catalogar y nombrar ahora, en un breve cuadro —algo así como un retrato de familia—, las distintas clases de confianza susceptibles de recaer en un tercero; y ello, con base en **el criterio más radical: el grado de poder atribuido**. Las especies que resultan son las siguientes:

1.^a El testamento por comisario o testamento *in dispositione alterius* (o, para los que objetan que el comisario no siempre otorga un testamento en sentido estricto, "disposición por comisario"). En él se atribuye la *dispositio*, la *ordinatio*, a distintos niveles:

a) Al *liberum arbitrium* o *plena voluntas*. Aquí, el comisario no tiene otros límites que los propios del testador: las legítimas, por ejemplo. Pero este grado de atribución sólo fue permitido por el Derecho común, para disponer *ad pias causas*.

b) A la cláusula *si Titius in Capitolium ascenderit*, permitida también por el Derecho común.

c) Al arbitrio *boni viri*. Es el caso del comisario de la Ley 49/1981 y el del comisario vizcaíno.

d) A la elección *in incertum de certis* o distribución, combinada o no con el arbitrio *boni viri*. Es la posibilidad más admitida por el Derecho común

y por los derechos actuales. Aquí se encuadran las cláusulas de confianza catalana, la “fiducia sucesoria” aragonesa, la disposición por medio de “dis-tributivo” o “distribuidor” balear y los supuestos de los artículos 671 y 831 del Código Civil.

2.^a La disposición fiduciaria o herencia de confianza. En ella se abandona la *declaratio*. Es la institución admitida en el artículo 118 de la Compilación de Cataluña y en la Ley 289 de la Compilación de Navarra; y la prohibida en el artículo 785.4.º del Código Civil.

3.^a La facultad de hacer la partición hereditaria, cuya atribución a tercero es admitida por el artículo 1.057 del Código Civil.

4.^a La ejecución testamentaria.

Pero queda por hacer otro cuadro; éste, *desde el punto de vista de la relación del comisario con los bienes hereditarios*. Bajo este aspecto existen las siguientes posibilidades, dentro de la disposición por comisario:

1.^a Que el comisario sea intermediario de la transmisión. Esta posibilidad, que es la originaria, ha admitido históricamente, y admite hoy, las siguientes variedades:

a) Que el comisario sea un *intermediario real*, es decir, un titular de derechos reales sobre el patrimonio hereditario, de modo interino. Esta situación se produce, normalmente, a través del usufructo. Pero ese usufructo puede ser, a su vez, expreso o tácito.

a') El caso de un usufructo expreso es el contemplado para el comisario de la Ley 49/1981; así como para el distribuidor de Mallorca y Menorca, aunque en estas dos islas cabe que el intermediario sea también propietario.

b') El caso de un usufructo tácito es el de la cláusula de confianza catalana, anterior a la actual Compilación; y el del testamento por comisario vizcaíno, cuando el comisario es el cónyuge sobreviviente, según la interpretación más admitida.

b) Que el comisario sea un *intermediario formal*, o sea, un sucesor aparente del causante. Es el caso de la cláusula de confianza catalana actual y de la cláusula de confianza de Ibiza y Formentera.

2.^a Que el comisario no sea intermediario de la transmisión. Esta es la situación admitida por la doctrina castellana anterior al Código Civil, y por ese mismo cuerpo legal, al considerar al comisario como a mandatario del causante.”

• *Argumento dogmático-conceptual.*

El planteamiento de la doctrina pasa por la determinación de los varios aspectos de esta figura y la concreción del “núcleo duro” del concepto. Pasa así revista la doctrina a los puntos siguientes: noción, naturaleza, dimensión estática (estructura), dimensión dinámica (funcionamiento) y extinción.

— Argumentos doctrinales.

•• *Noción.*

Una noción de esta figura, de obvia polimorfía ya aludida, ha sido presentada por casi todos los autores que se ocuparon de ella. De las exposiciones doctrinales creo muy exacta la de J. FERNÁNDEZ DEL POZO, que dice así:

“Desde la ya famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944, la doctrina ha venido reconociendo la utilidad dogmática de la “fiducia” para encuadrar bajo un mismo *nomen iuris* una serie dispar de instituciones tanto de Derecho común como forales: el testamento por comisario, los herederos distributarios, las llamadas cláusulas de confianza, las cláusulas *sub modo*, los herederos o legatarios de confianza, la fiducia continuada y los fiduciarios —comisarios, el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, etc. Tampoco ha dejado de llamar la atención a nuestra doctrina la relativa proximidad de otras figuras del Derecho nacional y comparado, tales como singularmente son los legados, el albaceazgo, el *trust* del *Common Law* o instituciones como el *Treuhand* o *Salman* del Derecho germánico.—...=

El núcleo dogmático de la fiducia: caracteres. Sigue diciendo J. FERNÁNDEZ DEL POZO que interesa, si no una definición, al menos desvelar, bajo la aparatosa heterogeneidad institucional, un núcleo mínimo conceptual, pues de lo contrario deberíamos concluir que la fiducia no es más que un puro *nomen* carente de valor sustancial.

En mi opinión —dice—, caracterizan a aquélla las siguientes notas:

- a) Ser un negocio jurídico *mortis causa*.
- b) Atributivo a una o varias personas (fiduciarios o confidenciarios) de una titularidad sobre bienes o derechos del caudal relicto del disponente.
- c) El encargo de aplicación de dichos bienes al destino confiado.

Adviértase la analogía sustancial con la definición de *trust* del hasta ahora proyecto de la Convención de La Haya sobre Derecho internacional privado de *trust* en su artículo segundo: «(...) *the term ‘trust’ refers to the legal relationships created —inter vivos or on death— by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of beneficiary or for a specified purpose.* (El término *trust* hace referencia a relaciones jurídicas creadas *inter vivos* o para después de la muerte por una persona, el constituyente, cuando bienes o derechos son puestos bajo el control de un fiduciario en beneficio de un tercero, el fideicomisario, o para un propósito específico)».” [J. FERNÁNDEZ DEL POZO.]

•• *Naturaleza.*

Recoge J. L. MERINO HERNÁNDEZ las diferentes teorías en torno a la “delegación sucesoria” implícita en la figura aquí examinada, en la forma que sigue:

- a. Teoría de la representación.
 - b. Teoría del negocio jurídico *«per relationem»*.
 - c. Teoría de la titularidad de disposición. Mantenido por el maestro ROCA SASTRE, seguido por L. FERNÁNDEZ DEL POZO y C. I. ASÚA GONZÁLEZ. Prácticamente compartida, aun sin manifestarlo explícitamente, por muchos autores españoles.
 - d. Teoría de la voluntad integradora. Defendida para Cataluña por el profesor L. PUIG FERRIOL, y seguida aparentemente por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA y C. I. ASÚA GONZÁLEZ.
- Esta posición, prácticamente *mayoritaria* entre nosotros, es explicitada recientemente por los más caracterizados autores (catalanes o no).
- e. Teoría de la subrogación personal o subjetiva. Es la posición –al parecer– de la SAT Zaragoza de 6 de abril de 1954, y la mantenida por J. L. MERINO HERNÁNDEZ.

Crítica de las distintas teorías: Con su habitual rigor y análisis exhaustivo ha procedido J. L. MERINO a un examen en profundidad de las distintas argumentaciones doctrinales y de las normativas hispánicas vigentes, *en su cotejo con la fiducia sucesoria aragonesa típica –cotejo que entiende aplicable a la figura homóloga de Ibiza-Formentera.*

Para definir la verdadera naturaleza de la fiducia entiende J. L. MERINO que el negocio sucesorio es uno, actuado por dos diferentes voluntades –la del comitente y la del fiduciario–, pero no en el sentido de existir una voluntad principal –la del causante– auxiliada o integrada por una voluntad subsidiaria –la del fiduciario–, sino con el criterio de la existencia de dos voluntades principales que se suceden en el tiempo y se superponen en lo sustantivo, para conformar entre ambas una sola y única voluntad. Creo, por ello, que en la fiducia sucesoria aragonesa el fenómeno jurídico que se produce es el de una «subrogación subjetiva» o «subrogación personal», en virtud de la cual el fiduciario se coloca o se subroga en la posición jurídica del causante para actuar sucesoriamente «como si de éste se tratara» (es lo que escuetamente defendía la Audiencia Territorial de Zaragoza en su sentencia de 6 de abril de 1954)."

.. Estructura (Presupuestos de constitución de la figura).

Me he referido más ampliamente a este punto en mi obra de *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Baleares de 1990* [v. en "Comentarios al artículo 71"].

La doctrina suele diferenciar entre *elementos personales, reales y formales*. Remito a mi obra precitada.

De entre los puntos más interesantes, en relación con los *elementos personales*, es de gran relevancia el que se refiere a la *vecindad civil del fiduciario*. Acerca de este punto, precisa J. L. MERINO que:

"Es una cuestión ausente, en general, de los comentarios doctrinales. Después de la reforma del artículo 14 CC [LEY 11/1990, de 15 de octubre],

según el cual «el matrimonio no altera la vecindad civil», y desde su entrada en vigor se están produciendo lo que el ilustre y querido compañero aragonés califica de «matrimonios mixtos», esto es, aquellos en los que desde el principio de su unión el marido y la mujer mantienen distinta vecindad civil.

Es esta una cuestión que carece de doctrina y de jurisprudencia sólida y establecida, y que se puede plantear en cualquier momento –no sólo en la institución aquí comentada de la «fiducia», sino también respecto de otras muchas instituciones forales o civiles territoriales–. A tal efecto, parece que la opinión de J. L. MERINO HERNÁNDEZ puede ser compartida: toda la materia concerniente a la «fiducia sucesoria» debe estar referida a la persona del *comitente*, y será la *ley personal* de éste [su vecindad civil] –en concreto, la ley del momento de otorgar la fiducia– la que avoca a sí toda la problemática ulterior que pueda surgir en torno a esa «fiducia sucesoria».”

.. *Funcionamiento* (Dinámica de la figura).

Distinguía yo en su día en la 1.^a edición [en 1981] de mis *Comentarios* citados la conveniencia de deslindar tres momentos en orden al ejercicio de la facultad atribuida al cónyuge fiduciario.

De esta manera, los tres momentos se refieren o bien a la situación de *pendencia* de tal ejercicio, o bien a su cumplimiento, o bien a su incumplimiento. De todo lo cual se ha ocupado con solvencia la civilística moderna ya aludida, a la que aquí hay que remitir de nuevo, con las matizaciones –y/o añadidos, en su caso– pertinentes.

Me he referido *in extenso* a estos tres momentos, en relación con el cumplimiento del encargo dispuesto por comitente (concedente) de la fiducia, en mi obra precitada de *Comentarios* a la Compilación de Derecho Civil de Baleares de 1990, a donde remito.

El momento decisivo parece ser *el del cumplimiento del encargo*. El desenvolvimiento más completo del tema lo ofrece la obra de J. L. MERINO HERNÁNDEZ, a cuyas argumentaciones aquí remito. Los *puntos* de mayor relieve parecen ser los siguientes: forma de ejecución de la fiducia, ejercicio de la fiducia en testamento propio (del fiduciario), mención expresa de la facultad fiduciaria, ejercicio de la titularidad atribuida al fiduciario en forma genérica y encargo asignado al fiduciario.

En cuanto a *este último punto* [encargo fiduciario], son de notable interés las consideraciones de J. FERNÁNDEZ DEL POZO, en el sentido siguiente:

La diversidad de encargos confiados a la fe del fiduciario es tan grande que es imposible su enumeración, pero pueden agruparse como sigue:

a) *Encargo de restitución*: comprensivo de dos obligaciones impuestas al fiduciario: conservar los bienes o derechos atribuidos y transmitidos al fideicomisario/s.

La posición del gravado de restitución puede ser más o menos robusta, según el título: puede o no disfrutar del caudal fideicomitado, puede o no ser relevado de fianza o de la obligación de conservarlos, puede, además, atribuírsele la facultad de elección de eventuales fideicomisarios, puede o no tener derecho a la *cuarta*.

b) *Encargo de elección y/o distribución*; en estos casos se le faculta para que determine los beneficiarios ora libremente o, como es mucho más frecuente, entre un círculo de presuntos beneficiarios determinados por la ley o el disponente. Por ejemplo, el encargo de elegir heredero o legatario, de elegir entre herederos o legatarios de quedar a su arbitrio la subsistencia del nombramiento de heredero o legatario, de ordenar la sucesión *in loco testatoris*.

En estos casos el *iter* transmisivo es muy complejo: fallecimiento del causante; apertura sucesión; delación al confidenciario; situación de pendencia aceptación de la confianza; ejercicio de la facultad conferida; delegación al nombrado; situación de yacencia; aceptación o repudiación herencia o legados:

.....
c) *Encargo de aplicación, gestión o inversión*. Aquí se aproxima mucho la figura del fiduciario a la de un gestor de negocios ajenos o un mandatario *post mortis*, debiendo administrar los bienes o derechos confiados a su control:

— En interés de persona cierta y determinada (por ejemplo, heredero administrador en beneficio del fideicomisario).

— En interés de persona susceptible de determinación (por ejemplo, la persona que fuera director de cierta sociedad, el nieto o nieta que primero case, la persona que le cuidare en su última enfermedad, el más joven de los hijos, etc.).

— En interés de fin lícito y honesto, determinado o determinable y posible; en este caso, mientras se satisfaga su propósito les es indiferente al disponente quiénes en definitiva sean los beneficiarios (personas inciertas interesadas) o incluso no habiéndolas....

En este caso el problema principal reside en hallar quién sea el legitimado para reclamar el diligente cumplimiento, responsabilidad y rendición de cuentas.

•• *Extinción de la fiducia.*

La *regulación* más completa de este punto es la contenida en la LDCF. País VASCO de 1992, que en su *artículo 48* establece una enumeración de causas prácticamente exhaustiva. Al comentario del precepto por los autores especializados, aquí remito.

•• *Interpretación e integración de la figura.*

Conforme a la LEY 281 F.º N.º de NAVARRA, “la interpretación e

integración de la voluntad del causante debe ajustarse a la costumbre del lugar y a lo usos de la familia”, precepto que C. I. ASÚA GONZÁLEZ entiende que:

“Ciertamente, en la fiducia sucesoria la interpretación e integración de la voluntad del causante debe ajustarse a la costumbre del lugar y a los usos de la familia (Ley 281), y cabe pensar que ambas pautas vayan en el sentido de circunscribir los sujetos elegibles al núcleo familiar.”

— *Visión crítica del conceptualismo unitario de la figura* [“fiducia sucesoria”].

• J. B. VALLET DE GOYTISOLO se refiere *genéricamente* al “conceptualismo”, diciendo que:

“... el conceptualismo es un sarampión que es preciso pasar, siendo los veintisiete años una magnífica edad para pasarlo, como yo lo pasé hace medio siglo. Luego, si se contempla la realidad de la vida, se ve cómo las cosas no están aisladas. No vive un árbol sin que sus raíces se fundan con la tierra para sorber sus jugos nutricios, ni las hojas pueden aislarse del aire y de los rayos del sol. Ni aislado un ser humano puede nacer ni formarse física, sensible e intelectualmente en una campana neumática.

La vida no es divisible ni compartimentable en conceptos abstractos y exactamente definidos, sino que discurren en tipos —que, como han dicho ENGISCH y KAUFMANN, son universales *in re*— y en series de tipos, fluidos y variables.

Así ocurre con la fiducia y todas sus manifestaciones, que insensiblemente se deslizan de unas a otras y admiten un más y un menos.

Las manifestaciones de la fiducia pueden representarse como en un árbol vivo, en continuo desarrollo con ramas y hojas que crecen y otras que se secan, que se alimenta en la tierra fértil del derecho y con el aire y los rayos de sol, que en la fiducia lo son la moral individual y la ética social. La confianza debe existir siempre, pero se halla en distinto grado y el derecho modela troncos y ramas con distintas dosificaciones, que a veces se autoinjeran unas en otras. He aquí los tipos y series de tipos de fiducia que nosotros clasificamos, y tratamos de distinguir y que el legislador, cuando interviene, convierte en tipos legales, pero no los puede cosificar y disecar, ni debe pretenderlo.”

• E. BUSSI ha procedido a la reconstrucción de la formación de los dogmas en el Derecho privado y ha precisado la enorme influencia de *las ideas canonísticas* en el “derecho común”. En este sentido, ha escrito E. BUSSI que:

“La elaboración dogmática efectuada por los doctores del «*ius commune*» fue muy complicada, al tener que desvincularse de las prohibiciones [concretas] de los viejos principios de los juristas romanos y que adaptarse

al derecho de la Iglesia [pactos confirmados *con juramento*], derecho más dúctil, vivo y palpitante.”

“El pretender que las categorías jurídicas utilizadas por los juristas del «derecho común» sean *idénticas* a las categorías jurídicas hoy habituales entre nosotros es uno de los grandes errores de los juristas modernos.”

“Como consecuencia, aparece demostrado que la evolución de los dogmas jurídicos no es ni simple ni lineal, sino más bien tortuosa y complicada.”

Ese especial proceso de transformación de los viejos elementos y principios del “derecho común”, decantados posteriormente por la influencia del “jusnaturalismo”, lleva, como ya indicara F. CALASSO, a su solidificación o “sublimación”: esta sublimación es *el concepto*. De éste al *dogma* hay un breve paso.

- *Argumento genético.*

Con el recurso de acudir al CC y a su formación durante la fase codificadora, aparece claramente que no se menciona en él para nada el tema de la fiducia sucesoria. Las menciones de los artículos 670-párrafo 2.º y 785-4.º son expresivas e *implícitamente* se deduce de ellas que la “fiducia” aparece como una figura extraña en la normativa sucesoria del CC.

- *Argumento comparativo.*

Cabe aquí diferenciar entre el ámbito *externo* e *interno* de la comparación, como sigue:

- *Ámbito externo.*

En el CC italiano de 1942 hay una referencia simple a “las personas interpuestas”, en el clásico sentido tradicional, en el artículo 627.

- *Ámbito interno.*

A la exposición de la figura por parte de la doctrina habían seguido, en orden cronológico, *las normativas civiles territoriales [antes, “forales”]* de los diversos ordenamientos civiles hispánicos, normativas en las que *en especial* se mencionaba expresamente o se aludía al punto de la “fiducia sucesoria”. Así, v. gr.:

- 1) CDC de Vizcaya y Álava de 1959 [tít. III, cap. II, arts. 15 a 20].
- 2) CDC de Cataluña 1960 [lib. II, cap. II, arts. 115 y 116; y cap. III, arts. 118 a 121].
- 3) CDC de Baleares de 1961 [lib. I, arts. 18 a 23; lib. III, art. 77].
- 4) CDC de Aragón de 1967 [en su tít. IV, arts. 110 a 118].
- 5) CDC (Fuero Nuevo) de Navarra de 1973 [tít. 5, art. (ley) 151 –y

la indicación nominal al margen–; tít. XI, arts. (leyes) 281 a 288; y tít. XII, arts. (leyes) 289 a 295].

6) LDC de Baleares de 1990 [lib. I, tít. II, cap. III, sec. 1.^a, arts. 18 a 23; lib. III, tít. II, cap. III, art. 71].

7) Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña de 1991 [tít. III, cap. IV, arts. 148 a 153].

8) LDC País Vasco de 1992 [tít. III, cap. I, sec. 3.^a, arts. 32 a 48].

9) LDC Galicia de 1995 [tít. VIII, cap. III, sec. 3.^a, arts. 141 a 143].

10) LSCM de Aragón de 1999 [tít. IV, cap. I a IV, arts. 124 a 148].

11) LDC País Vasco de 1999 [Fuero Civil de Guipuzkoa: lib. III, tít. III, cap. II, arts. 164 a 171].

Interesa aquí poner de relieve en este momento y lugar que resultaría una labor excesiva replantear toda esta temática en función de la muy extensa literatura jurídica hispánica proveniente de antiguas Regiones Forales [hoy devenidas Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio], que, a su vez, se corresponde con las muy numerosas y extensas reformas legislativas introducidas en las antaño llamadas “Compilaciones Civiles Forales”.

Acompaño aquí *un cuadro comparativo internormativo* de las diferentes Legislaciones Civiles Territoriales (antes, “forales”), como muestra personal de la tarea de comparación jurídica *interna*. El autor [aquí, dicente] trata de intentar ser un continuador de una ilustre saga de “comentaristas-comparatistas” iniciada por el maestro J. CASTÁN TOBEÑAS y seguida por J. L. LACRUZ BERDEJO, F. A. SANCHO REBULLIDA y F. DE FUENMAYOR CHAMPÍN. Remito aquí a mis *Comentarios* precitados a la Compilación de Derecho Civil de Baleares de 1990 y a mi reciente libro *Conflictos entre normas* [Ed. Tirant-lo-Blanch, Valencia, 2006].

A mi modo de ver, de la contemplación de una tal variedad normativa interterritorial, parece desprenderse *la posibilidad conceptual* –ergo dogmática– de una reconducción a una figura o concepto **unitario** de esta variedad típicamente consuetudinaria.

• *Argumento sistemático-teleológico* [a completudine].

— *La indeterminación de la figura*.

Ante la precedente exposición de argumentaciones acerca de la “fiducia sucesoria”, parece, a mi juicio, evidente *la multiplicidad de figuras* comprendidas dentro de este término, la difícil reconducción a una categoría jurídica unitaria y la indeterminación del contenido de la misma. O, de otro modo dicho, aquí sobresale de nuevo bajo ropaje también nuevo un “concepto jurídico indeterminado”. También en este lugar habrá que se-

parar –dentro del mismo– qué parte ocupan el “halo conceptual”, de un lado, y el “núcleo conceptual”, de otro lado.

Resulta patente, a mi entender, que lo que pertenece al “núcleo” del término es el perfil *sucesión mortis causa* [i.e., la transmisión de la herencia al destinatario de la fiducia], y que lo que corresponde al “halo” conceptual es el perfil *fiducia* que destaca por su multiplicidad de contenidos y por su obvia indeterminación.

Es consecuencia ineludible de todo ello que la interpretación de cada supuesto conflictivo de la vida diaria va a corresponder a la tarea de los Tribunales, caso por caso.

— *La sistematicidad del Derecho.*

•• Bien ha podido decir Ch. PERELMAN que:

“El argumento *sistemático* parte de la hipótesis de que el derecho es algo ordenado y que sus diferentes partes constituyen un sistema, cuyos elementos pueden interpretarse en función del contexto en que se insertan.”

[A mi juicio, el denominado por PERELMAN argumento “*a completudine*” (o del carácter completo del sistema jurídico) –tomado de TARELLO– está íntimamente fundado en la idea de la *sistematicidad* del derecho y, en consecuencia, debe ponerse en relación con el *canon sistemático*.]

•• *Mi posición.*

Parece, en mi opinión, que entre los autores lo que ha primado más es la atención especulativa en torno al *elemento sistemático* de interpretación. De donde resulta la trascendencia y relevancia del denominado “**paradigma sistémico**” para la Ciencia del Derecho.

Mi planteamiento toma *como presupuesto* la consideración básica de entender el ordenamiento jurídico español como **un sistema jurídico** único. Por estricta sujeción a tal principio de partida, dentro de dicho sistema único habrá la posterior diferenciación en varios *subsistemas* [conjuntos], cuya clasificación (taxonomía) dependerá de las diversas ramas del Derecho, del contenido de cada una de esas ramas, de la subdivisión en “partes”, de la diversificación en “instituciones jurídicas”, etc.

Los problemas derivados de la interpretación de *la temática* aquí analizada parece deberían ser resueltos atendiendo a estos **principios básicos**:

1.º El *ordenamiento jurídico español*, considérese o no como “sistema”, es único, comprensivo de dos partes o “subsistemas” (Derecho Público y Derecho Privado).

2.º El *ordenamiento jurídico privado español*, sea o no un “sistema” –más bien “subsistema”, englobado dentro del precedente expuesto–, es también único.

3.º El “subsistema” [ordenamiento *jurídico-privado* español] está formado por varias “partes” [o ramas, en la idealización “arborescente”]: Derecho Civil, Derecho de la Empresa, Derecho Concursal...

4.º El *elemento* “Derecho Civil” del “subsistema” DERECHO PRIVADO ESPAÑOL está compuesto de diversos “elementos” [“conjuntos”, “micro-sistemas”...]: Código Civil, Código de Comercio, Ley Hipotecaria, Leyes Civiles Territoriales [antiguos “Derechos Civiles Forales”], Legislación de Sociedades, Derecho Agrario, Derecho del Consumo...

• *Argumento institucional.*

El argumento *institucional* parte de la base de la configuración del denominado “Derecho Institucional” por R. M.^a ROCA SASTRE, seguido por los grandes maestros y tratadistas del Derecho Sucesorio Español [CASTÁN TOBEÑAS, LACRUZ BERDEJO, VALLET DE GOYTISOLO...]. En el sentido indicado habrá que entender lo que se dice seguidamente.

.. Hasta este momento me he referido al conjunto de aportaciones doctrinales que versan sobre la “fiducia sucesoria” *desde una perspectiva dogmático-conceptual* y en su correspondiente *ubicación sistemática* dentro de nuestro Derecho Sucesorio actual.

Interesa ahora el considerar la figura de la “fiducia sucesoria” *desde una perspectiva institucional*, habida cuenta de que todo concepto jurídico se corresponde con una concreta institución.

Téngase en cuenta, por otra parte, que la intuición y perspicacia de algunos *maestros civilistas* [LACRUZ BERDEJO, PUIG FERRIOL] ya habían apuntado en su día la idea de reconducir la figura aquí examinada al área *institucional*, aludiendo a la inclusión *dentro de un subtipo* de institución de heredero: sea la de designación de sucesor al arbitrio de tercero [LACRUZ BERDEJO: dentro del *tipo genérico* de las que denominó “formas unilaterales de disposición sucesoria distintas del testamento”], sea la de designación de heredero por vía confidencial [PUIG FERRIOL].

.. Básicamente de acuerdo con este *planteamiento institucional*, J. B. VALLET DE GOYTISOLO había configurado su análisis del Derecho Sucesorio y de la institución de heredero, completando su examen con la distinción entre las que denomina “**instituciones-dique**” [prohibiciones legales, legítimas (individuales, colectivas), mejoras, derechos viuales, reserva viual clásica, reserva lineal, los límites de “no más que...”, reversión legal, limitaciones cualificativas de la persona del sucesor de determinados bienes o patrimonios especiales] y las “**instituciones cauce**” [institución de heredero, legados, *instituciones fiduciarias*, sustituciones, vinculaciones, llamamientos en usufructo, prohibiciones de disponer, limitaciones y moda-

lidades (condición, plazo, modo) de las disposiciones testamentarias] en orden a la designación de sucesor *mortis causa*.

Al tratar VALLET DE GOYTISOLO de las que denomina “**instituciones fiduciarias**” sienta como premisa la multivocidad del término “fiduciario”. A continuación pone de relieve el notable desarrollo que tuvo en Roma la fiducia *mortis causa* [desde una *fiducia plena*, pasando por una *fiducia formal* (como era la resultante del *testamentum per aes et libram*, atribuida al *familiae emptor* con la fórmula de la *mancipatio*, quien debía cumplir las instrucciones –*mandata*– que el testador le daba) y desembocando en otros casos en que la fiducia oscilaba entre estos dos extremos]. Desde ese remoto origen derivaron una serie de *instituciones* que conservaron más o menos pura la fiducia o bien la limitaron en mayor o menor medida. Dice así VALLET que:

“Al compás en que la ley ha ido recogiendo y positivizando las tipificaciones de los límites impuestos a la *confianza*, ésta queda circunscrita a unos márgenes determinados legalmente. De este modo, podemos distinguir los casos de *fiducia plena* (fideicomisos secretos), *casi plena* (herencia de confianza), *menos plena* (usufructo con facultad de disponer) y *lata* (fiducia de confianza... –en los territorios hispánicos de derecho especial o foral– y usufructos con facultad de designar heredero –en otros territorios–). Por otra parte, se han ido estereotipando, en *figuras típicas, diversas instituciones*, como los fideicomisos secretos y las sustituciones fideicomisarias, el modo, el albaeazgo, la donación *mortis causa*, la reversión convencional de las donaciones y las fundaciones, todas las cuales dejan muy reducido el margen de fiducia.”

•• Respecto de *determinados y específicos* supuestos de “fiducia sucesoria”, remito aquí a las excelentes versiones acerca de **instituciones muy concretas**, tales como la “fiducia aragonesa” [J. L. MERINO HERNÁNDEZ], el “testamento por comisario” [A. NÚÑEZ IGLESIAS], la “designación de sucesor por tercero” [C. I. ASÚA GONZÁLEZ], y la “fiducia sucesoria secreta” [S. CÁMARA LAPUENTE].

A este último autor [S. CÁMARA LAPUENTE] se debe la delimitación de la *concreta institución* que llama “**confianza sucesoria**” [institución que denomina “designación indirecta de los destinatarios del caudal hereditario a través de personas de la máxima confianza del testador”] y de sus variadas *manifestaciones* [manifestaciones que pueden ordenarse de acuerdo con distintos *criterios clasificadores*, según sean: el grado de atribución de confianza, el grado de poder o arbitrio concedido al fiduciario, la relación del fiduciario con los bienes hereditarios (ser intermediario real o no de la transmisión y –relacionado con ello– según el título con que se le invista respecto a los bienes), la relación con el personalismo en las dis-

posiciones testamentarias, la licitud y la existencia –o sus contrarios– en el ordenamiento jurídico español actual y muchos otros].

El autor precitado aplica conjuntamente *los criterios del grado de arbitrio en la elección de heredero y de la confianza depositada* –dentro de cada módulo–, aludiendo sólo a las *instituciones legalmente existentes*. Resulta así el siguiente *catálogo* sintético de estas figuras, con su respectiva referencia legislativa:

“• A. Confianza sucesoria *«sensu stricto»*:

a) Con facultad «omnímoda» de elegir heredero (arbitrio aceptado, *boni viri*): Testamento por comisario del País Vasco (arts. 32-48 LDC de 1992).

b) Con facultad de instituir heredero o distribuir la herencia entre las personas designadas por el testador (arbitrio restringido):

b'. En el Derecho Foral: Baleares (arts. 18-23 en Mallorca y Menorca –heredero distribuidor– y art. 71 en Ibiza y Formentera –fiducia sucesoria a favor del cónyuge–); Cataluña (arts. 148-149 y 201-202 CSCM); Navarra (Leyes 281-288 y L. 235 –y **Ley 151**–); Aragón (arts. 110-113 y 114- 118 CDC 1967; y arts. 124 a 148 (SCM de 1999); País Vasco (art. 33 LDC 1992); y Galicia (arts. 141-143 LDC 1995: el denominado por la Ley «testamento por comisario»).

b". En el Derecho Común: cónyuge distribuidor (art. 831 CC); mandatarios de distribución en favor de clases determinadas o por el alma del testador (arts. 671, 747, 749 y 751 CC); comisario para elegir sucesor en la explotación familiar agraria (arts. 23-26 LEEFA. de 1981: derogada por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias).

c) Sin arbitrio o con el mínimo margen de arbitrio: fideicomisos puros de tipo romano [arts. 781 y ss. CC.; arts. 25-37 Baleares: Leyes 224-239 Navarra]; herencias de confianza [Leyes 289-295 Navarra: arts. 150-153 Cataluña].

• B. Confianza sucesoria *«lato sensu»*:

— Sustituciones fideicomisarias y fideicomiso de residuo.

— Instituciones *sub modo*.

— Albaceas.

— Contadores-partidores.

— Mandato *post mortem*.”

La clasificación de S. CÁMARA LAPUENTE propuesta aquí se refiere a la que dicho autor denomina confianza o fiducia sucesoria *no secreta*. El

desarrollo de su obra se refiere exclusivamente a la confianza *secreta*, en la que incluye a la “herencia de confianza”, que es el núcleo de la obra.

•• Observada la realidad que trasluce bajo estas formulaciones e investigaciones doctrinales, parece detectarse entre nosotros *un dato fáctico obvio*, que apunta al efecto o “vis atractiva” de que cuando un autor procede a fijar la atención en un concepto, categoría o institución concreta, consiguientemente sucede que se incrementa el interés del tema por parte de otros investigadores. Así, entre nosotros, recientemente se ha analizado la **institución de lege data** llamada concretamente por el legislador autonómico como “testamento por comisario” gallego [M. CARBALLO FIDALGO].

Ha precisado esta joven autora civilista que la institución gallega precitada se enmarca *dentro del género* (subtipo) de la *fiducia* “de disposición” y que no se trata de un verdadero “testamento por comisario” tradicional.

Intenta la autora una configuración de *la fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales*, y su aplicación al denominado “testamento por comisario” gallego.

•• *Mi posición.*

Todas las argumentaciones doctrinales precedentes *desde la perspectiva o planteamiento institucional* parecen, a mi juicio, consolidadas y aceptables. Este punto de vista ya fue el por mi parte adoptado **en 1981** y continuado **en 2002** para mi tarea de exégesis y comentario de los preceptos del LIBRO III de la CDC de Baleares [en especial, el nuevo art. 71].

Habría que complementar lo expuesto con esa serie de remisiones *parciales* a esos “comentarios” míos en determinados y concretos puntos conflictivos existentes en la práctica al analizar la institución tal como es vivida [por lo que a mi personal experiencia profesional se refiere].

[Aquí es donde se plantea **el otro gran problema** anunciado *en la presentación* del Discurso, esto es, “¿qué hacemos con nuestro hijo discapacitado?”].

Tenemos el gran dique o freno de la exigencia de las legítimas y tenemos el gran sentimiento de injusticia (a recordar, con L. RECASENS SICHES, que “el sentimiento de injusticia es el fundamento o base de todo Derecho”) que embarga a los padres al no poder disponer libremente de su patrimonio.

Pero tenemos también la vieja praxis consuetudinaria de atribuir al cónyuge supérstite una amplísima facultad de disposición. Esto, en cuanto a las Islas Pitiusas, es inatacable: v. art. 71 CDC BAL. 1990.]

III. El vínculo (engarce) entre una y otra de estas figuras

Una aclaración del **porqué** del engarce entre una y otra de las figuras aquí analizadas, que aparece *en el título* de esta conferencia, parece ahora conveniente.

Expongo así seguidamente los argumentos utilizados.

- *Argumento semántico.*

• *Los significados de la proposición implícita en el título de este ensayo [o del sentido semántico del “dictum” que este epígrafe encierra].*

Todos los enunciados en los aparece la proposición “EN” tienen una significación, o significaciones que dependen en gran medida del sentido de “en” [J. FERRATER MORA]. El análisis de la preposición “en” puede llevarse a cabo de muy diversas maneras. Pueden examinarse los significados de “en”, los usos de “en”, etc. Puede adoptarse un punto de vista primariamente “lingüístico”, o uno “lógico”, o uno “ontológico” (especialmente ontológico formal), o uno metafísico, etc. O bien una combinación de tales puntos de vista. Pueden interpretarse diversas expresiones —especialmente adverbios— desde el ángulo del “en” [J. FERRATER MORA].

Zenón DE ELEA planteaba la paradoja —sobre el uso de “en”— indicando que no hay tal realidad como “el lugar”. Es ARISTÓTELES el que resolvió la dificultad analizando los diversos sentidos de “en”, al precisar que hay hasta ocho modos de decir “en” [ἐν], esto es, de decir que algo *está en* otra cosa. Ha seguido a ARISTÓTELES Santo Tomás DE AQUINO, considerando que los ocho modos de “estar en” son los modos en los cuales se dice que algo *está en* algo [“quibus aliquid in aliquo dicitur esse”]. Estas formas del “*aliquid in aliquo*” son de algún modo similares a las formas del “*esse in alio*”, pero no totalmente: el “*esse in alio*” (“ser en otro”, no “estar en otro”) se centra en la noción de no subsistencia (metafísica) de una cosa.

Al referirse al “en”, la expresión filosófica más usada es la de “*inesse*”. La expresión “*esse est inesse*” [=“ser es ser en” (= estar en)] se refiere al modo de ser (o de estar) del accidente en la sustancia. Se supone, en efecto, que el ser del accidente no consiste en estar en sí (*in se*), sino en otro (*in alio*). Los varios modos de ser *inesse* introducidos por los escolásticos fueron los de *inesse per se* (por sí mismo), *inesse naturaliter* (naturalmente [o intrínsecamente]) e *inesse per accidens* (por accidente).

Consideran los lógicos que las proposiciones *de inesse* son proposiciones categóricas de inherencia simple [*no* proposiciones modales], en las que se afirma o niega que el predicado (P) esté en (*est in*) o no esté en (*non est in*) el sujeto (S), es decir, se indica que el predicado es o no es

atribuible al sujeto, sin mencionar el modo como el predicado se une al sujeto.

Habrà que deducir, en consecuencia, que *el título* elegido aquí parece corresponder a una proposición *no modal*, en las que no se indica que uno de los términos [fiducia..., empresa...] sea o no atribuible al otro, ni se menciona el posible vínculo o engarce entre ese tipo de “fiducia” y ese tipo de “empresa”.

• *El punto de vista semántico* (propiamente dicho).

Así entendido el significado [aspecto *semántico*] de la proposición contenida en el título de este ensayo, viene a conducir a otro tópico más en el que la indeterminación de su contenido expresivo comprende tanto a uno como al otro de los términos lingüísticos empleados y en el que la preposición “en” **no** es equivalente a que el concepto “fiducia sucesoria” **esté dentro** del concepto “empresa familiar”.

Me parece claro, por lo tanto, que esa ubicación, buscada de intento, no equivale a un “esse in alio”, sino a **un modo de “estar en otro”**.

Así las cosas, a mi entender, de lo que se trata en el ensayo es la reflexión acerca de las disponibilidades [instrumentos técnicos, esto es, jurídicos –y, entre ellos, la amplia gama que ofrece la figura conceptual que la “fiducia sucesoria” comporta–] que se ofrecen a **la empresa** [sea o no “familiar”] en orden a su conservación, su continuidad, su transmisión y su sucesión.

• *Argumento técnico-jurídico* (praxis).

• *El tema de la transmisión [en especial, la mortis causa] de la empresa.*

El tema de la transmisión de la empresa y los problemas de la transmisión *mortis causa* de la misma se han convertido en tema “estrella” de todo Congreso jurídico actual. Al mismo se han dedicado reflexiones innumerables por la doctrina y se han ofrecido soluciones, conclusiones y recomendaciones varias [v., por todos, el Seminario en la UIMP Santander, 1995; y el reciente 9.º Congreso Notarial Español, Barcelona, 2005].

Interrelación entre la empresa y el Derecho Sucesorio –y previsiones, o no, de la transmisión *mortis causa* de la empresa– son cuestiones que al día de hoy son objeto de discusión y debates sin fin, y que entiendo merecen por sí solos un tratamiento diferenciado. Tratamiento al que me he referido recientemente en otro lugar, lo que permite excusarme y evitar reiteraciones no necesarias.

• *Un problema recurrente: la conservación de la empresa y la sucesión mortis causa de la empresa mercantil.*

Básicamente centrado en la sucesión **de un empresario individual** –ante la normativa del CC– planteó en su día L. Díez-PICAZO los dos proble-

mas fundamentales: el de la continuidad de la empresa y el de la conservación de la empresa.

Es el tema de la conservación de la empresa, habiéndose producido el evento de la muerte del empresario, el que presenta mayor complejidad. De donde resulten las múltiples variables (posibilidades) de elección de alguno de los instrumentos técnico-jurídicos puestos a disposición de los interesados por el ordenamiento jurídico. Es aquí, en este concretísimo punto, donde cabe situar el engarce o vínculo entre la “empresa” y la “fiducia”, a modo de una posibilidad más ofrecida a los interesados. Esto, al menos desde un punto de vista teórico-conceptual, parece claro.

Resulta también claro que, de entre las varias posibilidades de solución [medios técnico-jurídicos] que presentaba L. Díez-PICAZO, la del nombramiento [designación] de heredero único es la que ofrece mayor seguridad, pero que a su vez conlleva –en el ámbito del CC– una complejidad mayor [legítimas].

Entiende en tales casos la mayoría de la doctrina que lo procedente es una adecuada *previsión sucesoria* de la empresa por parte del empresario individual [A. HUERTA TRÓLEZ], o la conveniente adaptación de los estatutos sociales en caso de empresa-sociedad [E. VICENT CHULIÁ].

• El tema específico de la transmisión sucesoria de la “empresa familiar” y su articulación mediante las vías más convenientes en Derecho [en especial, la vía de la fiducia sucesoria].

• Se trata básicamente de uno de los temas básicos del “IX Congreso Notarial Español” de 2005 [la organización y transmisión de la empresa familiar], en el que se puso de relieve el deficiente marco jurídico que para ello existe en España. Por parte del notario E. BRANCÓS NÚÑEZ se analizó el punto de la *sucesión en la empresa familiar*, poniendo de manifiesto la poca concienciación del tejido empresarial en esta etapa de cambio.

Habida cuenta de las argumentaciones doctrinales, no era de extrañar que las Conclusiones 1.^a y 2.^a del citado IX Congreso propugnen *reformas legislativas* en los ámbitos civil y mercantil que, partiendo del principio de libertad civil, faciliten mecanismos de autorregulación jurídica. En tal sentido, se considera que sería muy útil revisar las rigideces del sistema de legítimas y permitir y desarrollar otras fórmulas jurídicas para la empresa familiar.

• Indicadas precedentemente las dos formas tradicionales a través de las cuales se configuran las “empresas familiares” [individual, societaria], por razones de brevedad, se prescinde de la distinción doctrinal acerca de si la empresa individual es de carácter privativo o ganancial (de ser el titular de la misma casado en régimen de gananciales). También por las obvias razones expuestas, se prescinde de los distintos tipos y regulación de

las formas societarias mercantiles, caso de que la empresa sea una “*sociedad familiar*”.

1) Para el supuesto de empresa familiar *unipersonal*, los autores suelen propugnar –según vimos– la conveniencia de que por parte del cónyuge (o cónyuges) se establezcan las oportunas previsiones sucesorias. Así, v. gr.: usufructo universal a favor del cónyuge, **fiducia sucesoria**, legado de cosa específica y determinada, institución de heredero y pago en metálico de las legítimas [A. HUERTA TRÓLEZ]. En idéntico sentido, propone G. GARCÍA CANTERO medidas similares, y además alguna otra [continuidad de la empresa familiar por uno o varios hijos, prohibición testamentaria de pedir la partición, partición realizada por el propio testador (art. 1.056-2.º CC)].

La determinación del estatuto sucesorio y, en especial, la *designación de heredero único*, que en el CC presenta tantos problemas, suele estar más facilitada en los distintos ordenamientos civiles hispánicos. Las *vías usuales* son –genéricamente expuestas–: el testamento, el pacto sucesorio, la escritura pública. Esto, al menos respecto de Ibiza-Formentera, parece incontrastable, y no requiere una estructura “cerrada”, cual la de los “heredamientos” catalanes.

2) Para el supuesto de empresa familiar *societaria* [la “sociedad familiar” a que alude F. VICENT CHULIÀ], el mecanismo jurídico articulado para las interrelaciones o conexiones entre familia, empresa y propiedad suele ser *el protocolo familiar*. Respecto a sus diferentes aspectos o perfiles, de los que existe una ya muy numerosa bibliografía, remito a la doctrina especializada [v., por todos, F. VICENT CHULIÀ]. Aquí lo que es prevalente del denominado “protocolo familiar” es su especial incidencia y efectos *en el concreto ámbito sucesorio*.

En el “IX Congreso Notarial Especial” de 2005 se ha tratado también del “*protocolo familiar*”. Se puso allí de relieve que:

“El protocolo podría ser un instrumento muy útil para la empresa familiar si se adaptase al ordenamiento jurídico español, dado que es de procedencia extranjera”; y “El protocolo familiar es un contrato opcional, poco jerárquico, anglosajón y de moda. Si queremos que supere el estadio de declaración de intenciones para pasar a ser un verdadero acuerdo debería adaptarse al sistema jurídico español” [I. GOMÀ LANZÓN].

Los *protocolos familiares* tienen, a su vez, como complementos indispensables *otras dos instituciones*: el testamento y los estatutos sociales. De todo ello me he ocupado en otros lugares, no pareciendo ahora oportuna la extensión del discurso.

• Palabras finales

Una vez deslindadas las cuestiones más relevantes en orden a la temática aquí analizada, parece procedente el proceder a la finalización de este Discurso mediante unas PALABRAS FINALES.

Palabras referentes a una Recapitulación, a un Paréntesis retórico y a una Reflexión final.

— UNA RECAPITULACIÓN.

A la hora de proceder a una breve recapitulación final, parece posible presentar estos *puntos*:

1.º El significado de “**en**” [intercalada la preposición entre los términos “fiducia sucesoria” y “empresa familiar”] indica se trata de una proposición *no modal* en la que no se explicita el vínculo o engarce que une a uno y otro términos.

De lo que se trata, por consiguiente, es de una reflexión acerca de los instrumentos técnico-jurídicos –y, entre ellos, el de la “fiducia sucesoria”– que a toda “empresa” [sea o no “familiar”] ofrece el ordenamiento jurídico en orden a su transmisión y su sucesión.

2.º La *trasposición* de los conceptos jurídicos implícitos en la terminología inicial *al ámbito jurídico-privado* parece difícil, dada la inexistencia de tales figuras en el CC.

3.º La tipología o modalidades de la llamada “empresa familiar” indica la conveniencia de una adecuada remisión a la doctrina mercantilista reciente.

4.º La noción usual entre los autores acerca de la “empresa familiar” apunta a la descripción de un “concepto jurídico indeterminado”, pendiente, claro es, de su determinación o concreción. Parece prevalente el perfil “organización” sobre el perfil “familiar”.

5.º El tema recurrente de la sucesión *mortis causa* de la empresa mercantil [ergo, de la empresa “familiar”], analizado en todos los foros jurídicos –y, en concreto, en el “IX Congreso Notarial Español” de 2005– [de cuyo tema la “fiducia sucesoria” forma parte, *como otro más*, de los instrumentos técnico-jurídicos ofrecidos a esos interesados por el derecho] hace muy aconsejable las convenientes *previsiones sucesorias* por parte de los interesados: *la vía testamentaria* [CC y Leyes Civiles Territoriales] y *la vía societaria* [Estatutos, Protocolo Familiar].

6.º La aportación pionera en el tiempo de J. CASTÁN TOBEÑAS, en orden a las modalidades de la “fiducia sucesoria”, permite una aproximación *institucional* a la figura, una posibilidad de *sub-distinciones* en función

de los criterios clasificatorios utilizados y una confrontación con *una perspectiva sociológico-realista* que evite la fragmentación de la realidad.

7.º La noción amplia de “fiducia sucesoria” apunta también a la idea de otro “concepto jurídico indeterminado” más, pendiente de su determinación. Dentro de los perfiles de la noción, parece que el núcleo del concepto es de la “sucesión *mortis causa*”, en tanto que el halo conceptual corresponde al aspecto de “fiducia”.

— EL PARÉNTESIS RETÓRICO.

[Si, con licencia del Presidente, en este momento se me permite abrir un paréntesis en el hilo discursivo y puedo aportar *un doble símil*, yo diría que éste se reduce a un recurso semiótico y un recurso mitológico.

Un recurso semiótico. Siguiendo a Umberto ECO, con su distinción entre lector oyente *semiótico* y lector oyente *semiósico* y la diferenciación entre el explicante (comunicante), lo explicado (comunicado) y los divulgadores (comunicadores) y su posible aplicación a nuestra temática...

Un recurso mitológico (¿histórico?): “En aquellos tiempos nebulosos de leyendas en los que los dioses y las diosas convivían con los seres humanos y les colmaban de bendiciones o de maldiciones... Había en una región de la primitiva Grecia, LIDIA (Anatolia, o Asia menor), en la que moraba un joven pastor adornado con todas las gracias de los dioses, que sabía interpretar el lenguaje de los animales y les hablaba y con ellos se comunicaba. PSAFÓN era el nombre del pastor. PSAFÓN hablaba a las aves y les decía –hacía repetir– «¡Psafón es un Rey!». Y las aves repetían por todas partes «¡Psafón es un Rey!». Los habitantes de aquella comarca, admirados de tal prodigio, le hicieron Rey.” Hasta aquí, *la leyenda*.

Sí, en este momento, *trasponemos* a nuestra temática aquel *doble recurso* –semiótico y mitológico– y *procedemos a la convención mental* –lo que es mucho convenir– de *adaptar* la leyenda a los perfiles semióticos (comunicación) y de *considerar* al conferenciante como comunicante (mensajero, sembrador de ideas), a los sufridos oyentes como divulgadores o comunicadores, y al texto de la conferencia como mensaje (lo comunicado), *yo diría que el mensaje es “atención, ante todo, las instituciones”*.

Y aquí cerramos *el paréntesis* aludido.]

— REFLEXIÓN FINAL.

Y, volviendo de nuevo *al texto* aquí dictado, habría que concluir con *las reflexiones* de los grandes maestros que nos han precedido [CASTÁN TOBEÑAS, GARRIGUES, ROCA SASTRE, VALLET DE GOYTISOLO]:

- necesidad de *relacionar* a los conceptos con las instituciones, y a las instituciones con las normas que las regulan;
- reiteración de la vigencia permanente del “Derecho Institucional”.

Por consiguiente, si tuviera que resumir mi intervención y mi Discurso en una breve frase, *yo diría -y digo-*:

“LAS INSTITUCIONES, SEÑORES; ANTE TODO, LAS INSTITUCIONES.”

— Y volviendo al origen, a lo mediterráneo, termino con el conocido *recurso retórico griego*:

HE DICHO,
HABÉIS OÍDO,
YA SABÉIS,
¡JUZGAD!

APÉNDICE Cuadro Informativo

FIDUCIA SUCESORIA

CONCEPTOS BASE	ARAGÓN LSCM-L. 1/1999, de 24 de febrero	PITUSAS	CATALUÑA CSCM.CDC.C (L. 1984)	GALICIA LDCG 4/1995	PAÍS VASCO LDCFPV (1992) {y L. 3/1999, de 26 de noviembre {F.º C. Guipúzcoa}}	NAVARRA Libro III Títulos XI y XII	CC
• Noción	Título IV (Fiducia sucesoria)	71	Título III (Suc. testada) Cap. IV disposiciones fiduciarias	141	32-48	L. 151 L. 281- 1.º L. 289	670- p.º 2.º 785- 4.º
• Naturaleza	Capítulo I A. 124 y ss.	71-p. 1.º	148	141	32	L. 281 1.º L. 291	
• Estructura (presupuestos)							
- Subjetivos	124/125	71-p. 1º	148 inc. inic. 149-1- 1.ª, 2.º, 3.º	141-142	32-34 [A. 164]	L. 281-1.º L. 284 L. 289	
- Reales	124/126	71-p. 1.º		141	32		
- Formales	127/128	71-p. 2.º	148.1.1.ª 148.1.2.ª 149.1.4.ª		45 a 47 [A. 165] [170] 36/44 [A. 169]	L. 286	
- Circunstanciales	129 a 132			143			
• Funcionamiento							
- Actividad de fidu- ciario (cónyuge)	141 a 146	71-p. 2.º	148.1.1.ª y 2.ª 149.1.2.ª y 4.ª	141-142	35 y ss. 43 y ss. [A. 166-167]	L. 285	
- Eficacia (cumplimiento):							
.. Pendiente	134 a 140		148-1-3.ª 148.2 148.3 148.4 149-1-5.ª		40-42 [A. 168]	L. 287 L. 293	
.. Existente	143/146	71-p. 2.º					
.. Inexistente			148-p. 2.º 149.1-6.ª			L. 288	
- Ineficacia	147-148			142	48 [A. 171]		
• Interpretación e Integración	1.1/3	1-p. 2.º	1-p. 2.º CDCC (L. 1984)	2.2/133 145		L. 281-2.º	

LA FIJACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

ÁLVARO DELGADO TRUYOLS

Notario

SUMARIO: **I. LAS NORMAS LEGALES.** 1. ¿Qué significa la cuota de participación? 2. ¿Quién fija o determina la cuota de participación? 3. ¿Cuántas cuotas de participación deben o pueden fijarse? 4. ¿Cómo se señala la cuota? 5. ¿Con qué criterios o elementos se señala la cuota? 6. ¿Pueden modificarse las cuotas ya fijadas? **II. LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL.** **III. LA JURISPRUDENCIA CIVIL DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.**

Los variados problemas surgidos en la vida diaria de los despachos profesionales nos obligan a los juristas prácticos a reflexionar sobre muy diversos aspectos de nuestro Derecho positivo, alguno de los cuales, quizá por su aparente poca importancia, no ha merecido previamente nuestra especial atención. Es precisamente éste el germen del presente trabajo, que trata de analizar, de forma somera, una de las cuestiones tal vez me-

nos estudiadas dentro del complejo régimen jurídico-civil de la propiedad horizontal, pero que, no por ser aparentemente menor, deja de plantear importantes dudas e interrogantes en la práctica. Fue a raíz de una reciente consulta realizada por los representantes de una comunidad de vecinos, que estaba inmersa en una compleja problemática, cuando se me ocurrió poner por escrito un borrador inicial sobre el tema, que luego, convenientemente ampliado, ha dado lugar a estas líneas, las cuales tratan de determinar y explicar los criterios utilizados en el Derecho español para la fijación de las cuotas de participación en los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal.

Antes de entrar en el examen de esta materia, y como breve, pero esclarecedora introducción histórica, debemos tener en cuenta que el desarrollo generalizado del fenómeno urbano y el nacimiento de las grandes ciudades, que tuvo lugar fundamentalmente a partir del siglo XIX, trajo consigo problemas que hasta entonces habían sido desconocidos en la mayoría de las colectividades humanas, como la escasez de espacio o el encarecimiento del suelo. La creciente necesidad de optimizar el escaso suelo disponible, unida a las importantes mejoras que se iban experimentando ya en muy diversos campos de la ciencia y de la técnica, hizo que se generalizara la construcción de edificios destinados a albergar diferentes viviendas por pisos, cuyas especiales características, y las relaciones y problemas que empezaron a plantear, dieron lugar al nacimiento de una incipiente disciplina jurídica que, de manera muy gráfica, comenzó pronto a denominarse *propiedad horizontal*.

Esta nueva forma de propiedad, pese a combinar elementos de la propiedad absoluta con otros típicos del condominio, presentaba ya desde su origen claros signos diferenciales respecto a las clásicas comunidades romanas o germánicas típicas del Derecho civil. Por ello, al generalizarse la construcción de este tipo de edificios, se hizo pronto evidente la necesidad de dotarles de una regulación legal. La redacción originaria de nuestro Código Civil, fechada en 1889, no regulaba la figura de la propiedad de casas por pisos, pese a que éstas no fuesen un fenómeno desconocido en su tiempo, aunque el inicial artículo 396 ya intuía la existencia de la institución. La entrada de la figura en nuestra legislación se produjo con la reforma del Código Civil realizada por la Ley de 26 de octubre de 1939, que modificó el primitivo artículo 396, separando la regulación de la propiedad de casas por pisos de la regulación de la copropiedad ordinaria. Pero la primera regulación específica de la materia, ya fuera del Código Civil, no llegó hasta 1960, año en que se promulgó la actual Ley de Propiedad Horizontal, la cual, con una veintena escasa de artículos y tres o cuatro reformas parciales, ha llegado hasta nuestros días, poniendo de manifiesto, ya desde su nacimiento, una insuficiencia casi absoluta para regu-

lar la tremenda expansión de la institución. Este breve panorama histórico nos demuestra que, de forma especialmente grave y tardía en esta materia, la regulación legal ha ido siempre muy a remolque de la vida real y de la práctica jurídica.

Sentado lo anterior, recordemos que la propiedad horizontal es, como definió en forma muy descriptiva la STS de 26 de mayo de 1994, “un régimen especial en el que los comuneros tienen una porción privativa (su piso o local) susceptible de aprovechamiento singular por tener salida a un elemento común o a la vía pública, y otras porciones comunes, unidas inseparablemente a las singulares, entre las que se encuentran los muros, escaleras, ascensores, tejados, suelos, etc.”. En ese complejo entramado de derechos y obligaciones creado por esta forma de propiedad, la cual combina elementos singulares o privativos, aprovechables de forma independiente, con elementos comunes, que son de goce y disfrute compartido, es esencial y necesaria la fijación, al constituirse el régimen, de una *cuota de participación* para cada piso o local integrante del edificio, la cual determinará el baremo o coeficiente con el que dicho piso o local participará del disfrute y del mantenimiento de todos los elementos del inmueble que se destinan al servicio común de todos los copropietarios (escaleras, ascensores, fachadas, portería, etc.).

Nuestro Derecho positivo, cuya espectacular expansión en los últimos años parece imparable, sigue siendo bastante parco en la regulación de esta materia, haciendo referencia a la cuota de participación y a los criterios para su fijación de forma muy poco detallada. En todas las cuestiones relativas a la propiedad horizontal, y en ésta especialmente, existe un fuerte contraste en nuestro ordenamiento jurídico entre lo reducido de la normativa legal, manifiestamente insuficiente para hacer frente al fenómeno de las comunidades de propietarios, y su gran expansión práctica, ya que esta regulación se aplica hoy en día no sólo a los clásicos edificios verticales divididos en horizontal por pisos y locales, sino también a figuras análogas como las viviendas adosadas o pareadas, las urbanizaciones privadas, los garajes subterráneos, las comunidades formadas por varios aparcamientos, los puertos deportivos, los cementerios privados, etc. Por ello, en esta materia, como en otras de gran aplicación práctica que han estado históricamente poco o mal reguladas (p. ej., las sociedades de responsabilidad limitada, o los derechos de superficie, rústica y urbana y de sobreedificación y subedificación), ha sido fundamental, como ahora veremos, la intervención notarial.

Es un hecho reconocido que, dada la insuficiencia de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960 —que “ya nació anticuada” según expuso agudamente Manuel DE LA CÁMARA—, ha sido la práctica diaria de las notarías y los registros de la propiedad, ya desde la primera mitad del siglo xx, la

que ha ido configurando el desarrollo de la institución, creando y consolidando una praxis y una doctrina que, complementada *a posteriori* con cierta profusión por la jurisprudencia emanada de los juzgados y tribunales, han ido señalando los justos límites de lo que debía o no admitirse dentro de una figura jurídica con tan enorme expansión e importancia en la vida real.

Para poder elaborar una modesta doctrina sobre la *cuota de participación*, debemos examinar inicialmente cuál es su tratamiento legal en nuestro Derecho, para analizar luego los escasos criterios sentados por la doctrina y la jurisprudencia, haciendo referencia tanto a la registral como a la emanada de los juzgados y tribunales.

I. Las normas legales

Se refieren a la *cuota de participación* en el Derecho español:

* La Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre *Propiedad Horizontal*, modificada en algunos aspectos puntuales por la Ley 8/1999, de 6 de abril, que dispone lo siguiente:

— Artículo 3.2: “A cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble referida a centésimas del mismo. Dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. Las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alterarán la cuota atribuida, que sólo podrá variarse por acuerdo unánime”.

— Artículo 5.2: “En el mismo título (el constitutivo de la propiedad horizontal) se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes”.

— Artículo 9.1: “Son obligaciones de cada propietario:

e) Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización...

....

f) Contribuir, con arreglo a su respectiva cuota de participación, a la dotación del fondo de reserva que existirá en la comunidad de propietarios para atender las obras de conservación y reparación de la finca”...

* La *Ley Hipotecaria*, de 8 de febrero de 1946, que dice:

— Artículo 8.4: “En la inscripción se describirán: ... la cuota de participación que a cada uno (piso o local) corresponde en relación con el inmueble”.

* Y el *Reglamento Hipotecario*, de 14 de febrero de 1947, reformado en 1998, que dice:

— Artículo 16.2: “El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, ..., será inscribible... En la inscripción se hará constar: a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento”.

De las disposiciones legales anteriores podemos deducir las seis cuestiones fundamentales que plantea la materia, y que van a ser objeto de nuestro estudio. Estas cuestiones son:

1. *¿Qué significa la cuota de participación?*
2. *¿Quién fija o determina la cuota de participación?*
3. *¿Cuántas cuotas de participación deben o pueden fijarse?*
4. *¿Cómo se señala la cuota?*
5. *¿Con qué criterios o elementos se fija?, y, finalmente,*
6. *¿Pueden modificarse las cuotas ya fijadas?*

1. *¿Qué significa la cuota de participación?*

La respuesta a la primera de estas cuestiones podemos deducirla del conjunto de las normas anteriores, sin que tal deducción plantee en la práctica demasiados problemas interpretativos. Vemos que nuestra legislación considera que la fijación de una cuota de participación a cada elemento privativo susceptible de aprovechamiento independiente, en relación con el total del inmueble, es imprescindible en el régimen de propiedad horizontal, no admitiéndose un edificio sujeto a este régimen sin que cada piso, local, plaza de garaje o cuarto trastero tenga asignada la cuota respectiva, la cual va a determinar:

— El valor proporcional o relativo (no real o absoluto) del piso o local, y cuanto a él se considera unido en el conjunto del inmueble.

— Su disfrute en los elementos comunes del edificio.

— Su contribución a las cargas y gastos generales.

— Su participación en derechos y otros beneficios derivados del inmueble.

— Junto con el número de propietarios, el cómputo de las mayorías para la adopción de acuerdos en la Junta de la comunidad.

— Y, eventualmente, la parte a percibir por el copropietario en una posible extinción de la comunidad, bien se produzca ésta por causas voluntarias, o bien por causas involuntarias, como podrían ser la expropiación forzosa o la destrucción del edificio.

Como ya comentó Manuel DE LA CÁMARA, en la legislación española anterior a la LPH de 1960 (básicamente el Código Civil), la cuota de participación de cada elemento privativo parecía referirse exclusivamente a la participación del copropietario en los elementos comunes, mientras que hoy se refiere claramente al edificio en su conjunto. Hoy, según ECHEVERRÍA SUMMERS, la cuota de participación constituye un módulo esencial sobre el que se vertebran todos los derechos y obligaciones que emanan de la propiedad horizontal.

Nuestra LPH, aunque regula la cuota de participación de forma muy somera en los preceptos antes examinados, hace referencia a la misma en varios otros artículos, poniendo de relieve que se trata del *elemento esencial* sobre el cual gira toda la actividad de las comunidades de propietarios constituidas en régimen de propiedad horizontal. Y así vemos que la cuota:

— Se configura como contenido necesario del título constitutivo (art. 5).

— En caso de segregación o agrupación de pisos o locales se modifica la de éstos, sin alterar la de los restantes (art. 8).

— Es la referencia básica para determinar la participación de cada propietario en los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades no individualizables, y también su contribución al fondo de reserva (art. 9).

— Determina la participación de cada propietario en el coste de las obras de conservación que sean necesarias en el edificio (art. 10).

— Sirve de criterio para determinar la unanimidad o las mayorías necesarias para la válida adopción de acuerdos (art. 17).

— Y se configura también como contenido necesario del título constitutivo de los complejos inmobiliarios privados (art. 24).

Debemos concluir este primer apartado aclarando que sólo tienen cuota de participación los elementos privativos del inmueble, susceptibles de aprovechamiento independiente, pero en ningún caso los elementos comunes, destinados a la utilidad o servicio de la generalidad de los copropietarios, ni los anejos, que participan de la cuota del elemento principal al que van unidos.

2. ¿Quién fija o determina la cuota de participación?

Esta segunda cuestión, ya algo más compleja en la práctica, trata de regularla el artículo 5.2 de la LPH, estableciendo que la cuota se determina:

a) Por el *“propietario único del edificio”*.

La determinación de la cuota por el propietario único del edificio exige, necesariamente, que no se haya iniciado todavía la venta a terceras personas de los distintos pisos o locales, ni siquiera en documento privado, pues, en tal caso, sería necesario el consentimiento de todos los compradores, según consolidada jurisprudencia. Es éste, quizá, el sistema de fijación más frecuente en los despachos notariales y se da cuando el promotor de una obra, normalmente un empresario individual o una sociedad que se dedica al tráfico inmobiliario, otorga de forma unilateral una escritura pública de declaración de obra nueva y, simultánea o posteriormente, divide horizontalmente el edificio dando forma pública al título constitutivo de la propiedad horizontal. El presente sistema de fijación presenta una gran ventaja práctica, que es la enorme comodidad o facilidad que se deriva del hecho de que una sola persona, sea física o jurídica, es quien señala unilateralmente la cuota de participación de cada piso o local, sin contradicción ni discusión alguna. No obstante, puede acarrear también un gran inconveniente la posible fijación injusta o arbitraria de la cuota, especialmente en aquellos casos en los que el propio promotor se reserva en el edificio alguna vivienda o local para sí mismo, pudiendo beneficiarlo o favorecerlo en su cuota en comparación con los demás pisos o locales.

b) Por *“acuerdo de todos los propietarios existentes”*.

Este sistema de determinación se da, necesariamente, en los casos de edificios en los que no existe un único propietario, bien porque inicialmente el inmueble ya pertenecía a varias personas, las cuales otorgan conjuntamente el título constitutivo de la propiedad horizontal, o bien por-

que el promotor o propietario único ha iniciado ya la venta a terceras personas de pisos, locales, aparcamientos o cuartos trasteros, en cuyo caso todos los adquirentes deben participar en la fijación de las cuotas. El principal problema práctico derivado de este sistema de fijación deriva de la complicación extraordinaria que puede suponer la determinación unánime de la cuota cuando existe un número importante de copropietarios, tanto por la dificultad de conseguir la universal reunión de los mismos como por la beligerancia que puede alcanzar la pretensión de complacer la voluntad individual de cada uno de ellos.

- c) Por *“laudo” arbitral*.
- d) O por *“resolución judicial”*.

Son éstos dos últimos los sistemas subsidiarios de determinación de la cuota previstos por nuestra legislación para el caso de imposibilidad de fijación de conformidad con los dos primeros criterios. El principal campo de aplicación de estos medios subsidiarios, tanto el arbitral como el judicial, será doble: o bien resolver los casos de fijación injusta o arbitraria de la cuota por el propietario único del edificio, comentados en el anterior apartado a), o bien resolver los supuestos de falta de acuerdo unánime o desacuerdo generalizado de todos los propietarios del inmueble comentados en el anterior apartado b). La decisión de acudir a un laudo arbitral o a los Tribunales de Justicia, en ambos casos con similar efecto de cosa juzgada del laudo o resolución recaída en el procedimiento, corresponderá a los propietarios interesados.

3. ¿Cuántas cuotas de participación deben o pueden fijarse?

La tercera de las cuestiones planteadas hace referencia al número de cuotas de participación que deben o pueden fijarse para cada elemento independiente sujeto al régimen de propiedad horizontal. La LPH exige necesariamente en su artículo 3 que “a cada piso o local se atribuirá *una cuota de participación*”.

Por tanto, que cada parte determinada susceptible de aprovechamiento independiente tenga, al menos, una cuota de participación es la exigencia legal imperativa, aunque tal exigencia puede ser matizada de la siguiente manera:

— La jurisprudencia ha admitido (*vid.* STS de 22 de abril de 1974), consolidando una praxis ya generalizada que, además de la *cuota general* exigida por la Ley, pueda fijarse en el título constitutivo de la propiedad

horizontal, para todos o alguno de los pisos o locales, una *cuota especial* que determine la contribución de éstos al pago de algunos gastos no generales, sino individualizables, destinados al sostenimiento de servicios que disfruten en exclusiva, por su situación o configuración, algunas partes determinadas del edificio.

— También es admisible, constituyendo un pacto lícito de los particulares interesados que, atendiendo a las características del edificio, la cuota que los propietarios tienen en el total inmueble (que hemos llamado cuota general) sea diferente a la cuota especialmente establecida para la participación en los gastos de los elementos y servicios que sean comunes, aunque no sean individualizables. Así dice ESPÍN CÁNOVAS que no existe impedimento legal para la diversificación de una *cuota de servicios* y otra *cuota de titularidad dominical*. En este sentido vemos que el artículo 9.1.e) de la LPH dice que “son obligaciones de cada propietario... contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización”.

— El Reglamento Hipotecario, en su artículo 16.2, antes visto, admite un supuesto excepcional de *indeterminación de la cuota de participación*, aunque sea una indeterminación temporal o transitoria. Así, en los casos en los que se haya constituido un derecho real de *sobreedificar* o *subedificar* nuevas plantas sobre el vuelo o bajo el suelo de un edificio en régimen de *propiedad horizontal*, al inscribirse en el Registro de la Propiedad tal derecho real deberá hacerse constar las cuotas que corresponderán a las nuevas plantas que se construyan o, al menos, las normas que se establezcan para su determinación en el futuro.

— Y en los casos de urbanizaciones privadas u otros complejos inmobiliarios, integrados por varios conjuntos o bloques de viviendas que comparten entre todas o algunas de ellas unos espacios comunes destinados a zonas deportivas, de esparcimiento, de servicios, etc., se produce una *pluralidad de cuotas de participación*. En estos casos, que quedan sometidos, según el nuevo artículo 24 de la LPH (introducido por la reforma de 1999), al régimen legal de la propiedad horizontal, cada vivienda puede tener una cuota de participación en el solar general (la cuota general exigida por la Ley) y, además, una cuota en el bloque del que forma parte y, eventualmente, otra cuota en los servicios o elementos de que disfruta.

4. ¿Cómo se señala la cuota?

La cuarta cuestión que nos hemos planteado es conocer cómo debe señalarse materialmente la cuota de participación en el título constituti-

vo de la propiedad horizontal. La única referencia legal de que disponemos es la prevista en el artículo 3.2 de la LPH, que indica que la cuota debe determinarse en “centésimas” y que debe “referirse al inmueble”. Y ¿qué significan esas dos expresiones?

* La expresión “a centésimas” es propiamente una expresión matemática y no una expresión jurídica, por lo que puede entenderse en el mundo del Derecho, según mi criterio, de dos maneras diferentes:

— Considerar que la Ley quiere que la cuota de participación se señale en cifras numéricas enteras acompañadas de dos decimales como máximo. Esta sería quizá la interpretación más acorde con el tenor literal de la expresión “a centésimas”, aunque en mi opinión no tiene demasiado sentido, especialmente en grandes comunidades, limitar el número de decimales que se pueden emplear al señalar las cuotas. El problema que plantea esta interpretación literal se percibe muy claramente cuando se crean en un edificio o en un complejo inmobiliario elementos privativos independientes de reducido tamaño, tales como pequeños cuartos trasteros o aparcamientos para motocicletas, para los cuales los dos decimales pueden resultar gravosamente insuficientes, so pena de atribuirles una cuota desproporcionada en relación con los demás elementos privativos de gran tamaño que puedan estar integrados en el inmueble.

— O considerar que la Ley, aunque de forma no muy precisa, utiliza la expresión “centésimas” para expresar que la fijación de la cuota debe ser porcentual, esto es, que debe señalarse en un tanto por ciento, empleando en él los decimales que se estimen necesarios. Esta es la interpretación que ha prevalecido, en forma abrumadora, en la práctica diaria de los despachos notariales y registrales.

* Y con la expresión “referida al inmueble”, la Ley quiere aclarar que la atribución de una cuota de participación a cada uno de los elementos privativos integrados en un régimen de propiedad horizontal no es meramente individual o independiente, sino que debe tener una referencia general o global, que es el conjunto integrado por la totalidad del edificio, de forma que la cuota de cada elemento privativo, aunque se adecue a las características de éste, no constituye una magnitud abstracta en sí misma, desconectada o independiente de las demás, sino que tiene que ser necesariamente una cifra armonizada o coordinada con las demás cuotas atribuidas a todos los elementos independientes integrantes de un todo, que es el inmueble en general. Ello supone, en la práctica, que la suma total de todas las cuotas de participación atribuidas en cifra porcentual a cada uno de los pisos, locales, aparcamientos, etc., integrantes de un edi-

ficio constituido en régimen de propiedad horizontal *debe sumar necesariamente el ciento por ciento* (vid. STS de 15 de marzo de 1985).

5. ¿Con qué criterios o elementos se señala la cuota?

La quinta cuestión planteada, tal vez la que más problemas plantea en la vida jurídica diaria, consiste en analizar los principales criterios que nuestra legislación señala para que sean tenidos en cuenta en la fijación de la cuota de participación. Tales criterios son, según el artículo 5.2 de la LPH, los siguientes:

a) La “*superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble*”.

Esta expresión legal hace referencia a la medición, expresada en metros cuadrados como unidad legal de medida, de cada elemento privativo integrado en el inmueble, que es la comprendida dentro del perímetro de cada uno de ellos, a la que habrá de añadirse la que tengan a su vez los anejos que se vinculen al mismo. Tal medición se señala necesariamente en las escrituras públicas por las que se constituyen los edificios en régimen de propiedad horizontal. En estas escrituras suelen determinarse, tomándose literalmente del Proyecto elaborado por los arquitectos del edificio que ha obtenido la preceptiva Licencia Municipal de Obras, dos mediciones relativas a cada parte determinada susceptible de aprovechamiento independiente: la *superficie construida*, que es la total contenida en los linderos que delimitan el contorno o perímetro del elemento privativo en cuestión, y la *superficie útil*, que se obtiene restando de la superficie construida el espacio no habitable ocupado por los pilares, paredes, tabiques y demás elementos constructivos contenidos dentro de los mismos linderos. Es esta última, por su mayor justicia, ya que indica de forma precisa la parte exacta del edificio que está a la entera disposición de cada copropietario, la que la Ley señala como criterio a tener en cuenta para fijar la cuota de participación.

b) Su “*emplazamiento interior o exterior*”.

La frase legal se refiere a que debe tenerse en consideración, para fijar su cuota, la ubicación real de cada piso o local en una parte del edificio con vistas al exterior o sin ellas, de forma que aquellos pisos o locales emplazados en zona exterior (es decir, que disfruten total o parcialmente de vistas a la vía pública o de parte de la fachada principal del edificio) deben tener una cuota de participación mayor que los de igual

medida ubicados en emplazamientos interiores, que no disfrutaban de vistas a la calle o de parte de la fachada principal del edificio, y ello aunque las disfrutaban a patios abiertos o cerrados, sean de mayor o menor amplitud.

c) Su *“situación”*.

Esta expresión se refiere a la colocación material de cada elemento privativo (piso, local, plaza de aparcamiento, cuarto trastero, ...) dentro del complejo “puzzle” formado por todos los elementos constructivos que componen el total edificio, de forma que aquellos elementos privativos que tengan una situación considerada “mejor”, como por ejemplo los pisos áticos o las plazas de aparcamiento de más cómodo y fácil acceso, deben tener una cuota de participación mayor que los “peor” situados.

d) Y *“el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes”*.

Esta última expresión legal hace referencia a que debe tomarse en consideración para la fijación de la cuota, y en función de la ubicación, forma, configuración o acceso de cada elemento privativo, si se estima que éste hará una mayor, menor o nula utilización de todas o algunas de aquellas partes del edificio que son elementos comunes al servicio de la totalidad de los propietarios (escaleras, terrazas, ascensores, patios, etc.). En algunos casos de la vida diaria, este criterio legal es de fácil aplicación práctica (p. ej., locales comerciales que no usan el portal o los ascensores, o viviendas que usan en exclusiva terrazas o patios). No obstante, en otros supuestos no tan claros, el presente resulta ser un criterio legal complejo y de determinación subjetiva o apreciativa, que trae consigo un elevado riesgo de arbitrariedad, ligereza o injusticia material en su aplicación. Y especialmente importante resulta la ponderación de este criterio en las urbanizaciones privadas y otros grandes complejos inmobiliarios, regulados también por la LPH, caracterizados muchas veces por la cantidad e importancia de los servicios y elementos comunes que disfrutaban todos o algunos de los propietarios (piscinas, zonas deportivas o de esparcimiento, clubes sociales, etc.).

Como hemos podido ver, los criterios legales establecidos por la LPH para la fijación de las cuotas de participación exigen la valoración técnica y jurídica de una serie de factores que no son todos homogéneos, matemáticos y de determinación objetiva, sino que en algunos de ellos existe un importante componente de apreciación subjetiva. Son de muy sencilla aplicación práctica los criterios de la superficie o del emplazamiento interior o exterior, ambos de base eminentemente fáctica, pero no lo son tan-

to los de la situación o el uso presunto de los elementos comunes. Todo ello exige en la persona o personas constituyentes del régimen de propiedad horizontal, en el notario autorizante de la escritura pública y en los asesores que se suelen utilizar (arquitectos, aparejadores, etc.), un extremado ejercicio de prudencia a la hora de hacer un uso excesivamente ligero o generoso de los dos últimos criterios legales, evitando en lo posible maximizar su importancia en relación a los dos primeros y manteniéndolos en sus justos y equilibrados términos.

Una vez estudiados los criterios que establece la Ley surge en la práctica otra gran pregunta: ¿son dichos criterios imperativos?, o dicho de otra manera, ¿pueden los interesados, atendiendo a las peculiaridades del inmueble, utilizar otros criterios distintos a los legales?

Vista la enorme parquedad de la regulación legal, es un hecho reconocido que, debiendo constituirse los edificios en propiedad horizontal mediante escritura pública, ha sido la doctrina notarial española, al tener que enfrentarse en la práctica diaria de los despachos notariales a los infinitos problemas planteados por esta materia, la que más y mejor la ha tratado y desarrollado, estudiando y aportando soluciones para aquellas cuestiones no previstas por la escasa regulación legal. Y una de las principales cuestiones examinadas por la doctrina notarial ha sido el ámbito de admisión de la autonomía de la voluntad de los particulares en el extenso campo de la propiedad horizontal, deslindando los aspectos de la Ley que debían considerarse imperativos de aquellos otros en los que la voluntad de los interesados podía modalizar la regulación legal.

Es ya un clásico para todos los expertos el trabajo del notario FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO ("Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad Horizontal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 462, Madrid, 1967, pp. 1251-1252), que, en relación a la cuestión que nos ocupa, dice lo siguiente:

"... A) Características de la cuota: a) Su fijación *es esencial* y precisamente ha de hacerse con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo... La fijación en centésimas es *totalmente imperativa* por exigirlo así el párrafo 2.º del artículo 3.º de la Ley...

B) Criterios de fijación. Los criterios señalados en el artículo 5.º, párrafo 2.º, de la Ley *son meramente orientadores y, por tanto, dispositivos*".

Corroboran la opinión de ESCRIVÁ DE ROMANÍ otros señalados autores de la doctrina notarial española:

— MONET ANTÓN ("Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal", *Estudios de Derecho Notarial por el Centena-*

rio de la Ley del Notariado, Madrid, 1962, vol. 1, p. 263) considera que la trascendencia de los criterios objetivos que fija la Ley es muy relativa, pudiendo tener importancia sólo en el caso de cese de un proindiviso, si se acude al laudo o a la resolución judicial, siendo aconsejable en este caso, además, el asesoramiento de un técnico.

— PERÉ RALUY (*La propiedad horizontal*, Barcelona, 1961, p. 64) cree que los criterios de la Ley difícilmente pueden traducirse en módulos matemáticos precisos, siendo sólo elementos de juicio indiciarios, susceptibles de valoración muy diversa; ello da lugar a que, fijada por cualquiera de los medios legales la cuota, quepa difícilmente su impugnación, aunque sí su modificación por la unanimidad de los copropietarios.

— JOSÉ LUIS ÁLVAREZ ÁLVAREZ (“El título constitutivo de la propiedad horizontal”, *Estudios de Derecho Notarial por el Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1965, p. 482) opina que los criterios que la LPH da para fijar la cuota producen una disposición del tipo de las de consejo, es decir, que ni siquiera es rigurosamente, no ya imperativa, sino aún ni norma, puesto que de su conjunto se deduce que la fijación de cuotas es absolutamente discrecional.

— VENTURA TRAVESET (*Derecho de la Propiedad Horizontal*, Bosch, 5.^a edición, Barcelona, 1992, p. 227) cree que deben también utilizarse otros criterios distintos a los legalmente establecidos, que tengan carácter objetivo, para la determinación de las cuotas de participación, como podrían ser la valoración a efectos de catastro o los informes técnicos de arquitectos u otros profesionales.

— ESPÍN CÁNOVAS (“Titularidad dominical y criterios para la fijación de la cuota de participación en la propiedad horizontal”, *Revista de Derecho Privado*, enero 1978, pp. 1053 y ss.) cree que ni el Código Civil ni la propia Ley especial (LPH) expresan de modo inequívoco el criterio a seguir para la atribución de la participación en esta forma de propiedad.

— Modestamente, el autor de estas líneas, en trabajo publicado en 1997 (“La propiedad horizontal: Su régimen jurídico. El desarrollo moderno de los complejos inmobiliarios”, *Cuadernos Notariales*, número 4, Fundación Matritense del Notariado, p. 49), ha escrito que “la cuota de cada piso o local no se determina de una manera arbitraria. El citado artículo 5 de la LPH establece los criterios para su fijación, diciendo que se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes. Sin embargo, la mayoría de los autores cree que los criterios legales son orientativos y que la fijación de las cuotas es discrecional”.

— En la más moderna doctrina, ECHEVERRÍA SUMMERS (*Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por Rodrigo BERCOVITZ

RODRÍGUEZ-CANO, artículo 5, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 125) concluye que la enumeración que establece la LPH no debe interpretarse como la exclusión de cualquier otro índice de valoración, ya que, cuando las circunstancias concurrentes revelen que otros factores imponen una clara diferencia en la valoración de los diferentes pisos o locales, deberán estimarse en la asignación de la cuota. A modo de ejemplo, pueden citarse los criterios de la luminosidad, la orientación, el volumen, la antigüedad (casos de ejercicio del derecho de sobreedificación), etc.

De todo lo expuesto podemos concluir, recogiendo un sentir casi unánime, que los criterios legales para la fijación de las cuotas de participación en la Ley de Propiedad Horizontal son discrecionales. Y esa discrecionalidad debe entenderse en el sentido de que el propietario único del inmueble, o todos los propietarios del edificio, o la autoridad arbitral o judicial que deba fijar las cuotas de participación debe tener básicamente en cuenta los criterios del artículo 5.2 de la LPH, pudiendo también tomar en consideración otros criterios distintos cuando las características o configuración física o jurídica del inmueble así lo exijan, como la luminosidad, la orientación, la altura, las vistas, el volumen, la cercanía o lejanía a la vía pública o a las zonas de servicios o esparcimiento, la mayor o menor incidencia de ruidos y actividades molestas, la antigüedad en los complejos por fases, las asignaciones de uso exclusivo del suelo común en jardines, terrazas o cubiertas, y varios otros con un fundamento real, físico o jurídico.

Especial importancia reviste el criterio de la asignación de terrazas o jardines comunes en uso privativo (contemplado además en el art. 5.2 de la LPH, que habla del “uso de los servicios o elementos comunes”), bastante frecuente en complejos residenciales, y que suele suponer un aumento en las cuotas de las viviendas beneficiarias de la asignación, de la misma manera que implica también una diferencia en los precios de venta de las mismas respecto a las demás. Así se hace a diario en la práctica habitual de los otorgamientos de títulos constitutivos de propiedad horizontal por parte de promotores y constructores, con la colaboración de arquitectos y notarios.

FUENTES LOJO, uno de los autores más prolíficos de nuestra doctrina (*Suma de propiedad por apartamentos*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1979, p. 285), pone un ejemplo esclarecedor de la flexibilidad de los criterios de fijación de las cuotas en nuestro Derecho: “en una zona comercial serán más valorados los pisos bajos; mientras que en una zona residencial la valoración irá «in crescendo» a medida que se eleve la altura. Por último, en los edificios antiguos, sin ascensor y con frecuentes problemas de impermeabilización de azoteas, los pisos más valorados serán los ubicados en zonas intermedias”.

Carlos y Juan GÓMEZ MARTÍNEZ (*La Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 235) añaden a todo lo ya expuesto la conveniencia de valorar otro criterio no tipificado por el artículo 5 de la LPH, que es el “número de elementos privativos en que esté dividida la comunidad de propietarios”.

Debemos dejar claro, sin embargo, que la casi unánimemente reconocida discrecionalidad en la utilización de los criterios legales no debe confundirse en ningún caso con la arbitrariedad, entendida, según la define el diccionario, como “acto contra la justicia o la razón dictado por el capricho”. Resulta evidente que el margen de flexibilidad que la doctrina y la jurisprudencia permiten a la hora de fijar las cuotas de participación no legitima cualquier señalamiento injusto, desproporcionado o estrafulario, que resulte manifiestamente contrario a la lógica o a la equidad, las cuales deben presidir siempre la aplicación de la Ley (cfr. art. 3.2 del Código Civil). Es en esta cuestión donde ha insistido con más habitualidad la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, que ha ido acotando, como luego veremos, el margen de arbitrariedad que podía afectar a algún título constitutivo del régimen de propiedad horizontal. Y es también aquí donde los criterios del artículo 5.2 de la LPH, en caso de que las cuotas se hayan señalado sin razón suficiente o de forma caprichosa, deben tenerse en cuenta como principal referencia para su corrección.

6. ¿Pueden modificarse las cuotas ya fijadas?

La última cuestión importante a plantear, ciertamente debatida en la práctica, hace referencia a la posibilidad de que, durante la vida de una comunidad de propietarios en un edificio o complejo sujeto al régimen de propiedad horizontal, quepa modificar las cuotas de participación que fueron inicialmente establecidas en el título constitutivo del régimen. En mi opinión, para tratar adecuadamente esta cuestión, deben diferenciarse cuatro supuestos muy dispares:

— Modificación de cuotas por alteración física del perímetro de los pisos o locales: Nos referimos aquí a los casos en los cuales se produce, de conformidad con la Ley o los estatutos de la comunidad, la segregación o la agrupación de algún piso o local para formar otro independiente o para ser unido al colindante. En este caso resulta evidente que debe admitirse la modificación de cuotas, que de hecho suele ya estar prevista y autorizada en los estatutos de muchas comunidades de propietarios.

— Modificación de las cuotas por modificaciones interiores, por obras ornamentales, o por menoscabos de los pisos o locales: En este supuesto se generó tiempo atrás cierta polémica doctrinal, entendiendo algunos auto-

res que en la determinación de las cuotas debían valorarse también los adornos, embellecimientos o mejoras ejecutados en el interior de los pisos o locales con carácter permanente o perpetuo. Pero la mayoría de nuestros autores se ha manifestado de acuerdo en que la cuota debe ser un módulo estrictamente representativo del interés del dueño de un piso o local en la comunidad, sin que dicho módulo deba verse afectado por el mero ornato o embellecimiento de los mismos, aunque señalando algunos atinadamente que únicamente en el caso de auténticas alteraciones estructurales éstas habrían de repercutir en las cuotas. Y el mismo criterio sostenido para las mejoras debe valer igualmente para los menoscabos interiores de los pisos o locales. La redacción actual del artículo 3.2 de la LPH, que antes hemos visto, parece dejar clara la cuestión.

— Modificación de las cuotas por acuerdo de los propietarios. Aunque el acuerdo de los propietarios es necesario en toda modificación de cuotas, es posible que la Junta de la comunidad acuerde modificar las cuotas, cumpliendo con los requisitos legalmente establecidos, en supuestos diferentes a los antes tratados. Estas modificaciones son perfectamente admisibles en el Derecho español, aunque luego veremos cuál ha sido la opinión de nuestra jurisprudencia civil en esta materia. Sólo cabe añadir aquí que los tribunales han venido a consagrar el principio de la “mutabilidad voluntaria de las cuotas”, el cual había sido discutido vehementemente por algunos autores por ser contrario, en su opinión, al principio general del Derecho que prohíbe ir contra los propios actos, entendiendo por “propio acto” el consentimiento inicialmente prestado por cada propietario al otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal o al adquirir posteriormente su piso o local prestando su consentimiento y aceptación a las normas comunitarias.

— Modificación de las cuotas en las urbanizaciones privadas y otros complejos inmobiliarios. Es frecuente en estos casos la construcción por fases, que da lugar a que formen parte del complejo parcelas aún sin edificar, conviviendo con otras ya construidas y con sus servicios en funcionamiento. Esta situación genera la dificultad jurídica de ponderar esas parcelas todavía no edificadas a la hora de fijar las cuotas de participación del total conjunto de elementos integrados en la urbanización. La solución más razonable, en opinión de ESTRUCH ESTRUCH y VERDERA SERVER, pasa por una adecuada previsión en el título constitutivo de la modificación automática de las cuotas de las parcelas en función de su progresiva edificación. BRANCÓS NÚÑEZ ha defendido, por razones de seguridad jurídica, el señalamiento de las cuotas desde un principio mediante criterios ciertos, aunque flexibles y adaptables al proceso de crecimiento y realización de la urbanización. Como consecuencia práctica, y al objeto del presente trabajo, parece lógico y razonable sostener que el titular de

una zona no edificada tenga, en un principio, fijada una cuota de participación de escasa cuantía, que le permita no contribuir en exceso a unos servicios o instalaciones de los que aún no disfruta, pero participar en las deliberaciones de la comunidad de propietarios, existiendo en el título constitutivo una previsión de un aumento de esa cuota, con paralela reducción de las restantes, para el caso de la efectiva edificación de esta fase. Y de todo ello podemos fácilmente deducir que, en los supuestos de complejos inmobiliarios, la fijación de las cuotas de participación debe efectuarse con especial cuidado, ya que tales conjuntos presentan, ya sea por la inclusión de nuevas parcelas, ya por la progresiva ampliación de las fases urbanizadas, con mucha mayor facilidad que en los demás supuestos de la propiedad horizontal, una tendencia a la modificación de su composición, tanto cualitativa como cuantitativa.

Ya para finalizar el presente trabajo, y como complemento necesario de todo lo expuesto hasta ahora, creo conveniente ofrecer una breve panorámica de lo que sobre esta materia se han pronunciado la jurisprudencia registral, entendiendo por tal la emanada de las Resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en los recursos gubernativos presentados por notarios y particulares interesados contra calificaciones de los registradores de la propiedad en los títulos públicos presentados a inscripción, y la jurisprudencia civil, dictada por los Tribunales de Justicia.

II. La jurisprudencia registral

La Dirección General de los Registros y del Notariado, pese a haber hecho referencia de pasada en muchas de sus Resoluciones a la cuota de participación como instrumento o medio para tratar otras cuestiones relativas a la propiedad horizontal o a los complejos inmobiliarios, no ha tenido muchas ocasiones de estudiar la figura con cierto detenimiento. Encontramos sólo unas pocas Resoluciones en las que la DGRN hace un pronunciamiento expreso, aunque no extenso, sobre las características y la regulación de la cuota de participación:

— La pionera *Resolución de 14 de diciembre de 1935*, muy anterior a la existencia de la Ley Hipotecaria de 1946 y de la propia LPH de 1960, que ya admitió que en la escritura de transmisión de uno de los pisos que formaba parte de una casa de varias plantas se incluyera también la transmisión de “la participación correspondiente en todo lo que se considere de uso común de dicha casa”. Vino aquí a consagrar el Centro Directivo,

con una interesante argumentación, y considerando que “la llamada propiedad por pisos o habitaciones ofrece importancia trascendental en los tiempos actuales a consecuencia de la gran difusión que ha adquirido... siendo conveniente una regulación convencional que supla las deficiencias y parquedad de los preceptos legales a ella referentes”, una incipiente referencia a la cuota de participación, que años más tarde cuajó como exigencia legal imperativa en la legislación hipotecaria y en la legislación civil especial.

— La *Resolución de 23 de julio de 1966*, reiterada por la de 20 de abril de 1967, las cuales admitieron, si bien casi de soslayo, que el notario utilice en la escritura otros medios de fijación de la cuota distintos a los legalmente establecidos, diciendo: “... la escritura... es inscribible pues, aunque el Notario no se ha ajustado a los términos literales de la Ley, sí lo ha hecho a su recto sentido toda vez que el expresado artículo 8, párrafo 3.º, de la LPH se refiere a la cuota «en relación con el inmueble»...”.

— La *Resolución de 11 de mayo de 1978* (Considerando 10), en la que, de forma algo más explícita, la DGRN deja claro que la regulación legal del artículo 5.2 de la LPH no es en absoluto de *ius cogens*, de modo que ni siquiera el registrador de la propiedad debe velar por el cumplimiento de los criterios legales establecidos para la fijación de la cuota. Y así dice: “... CONSIDERANDO que la Ley de Propiedad Horizontal enumera en su artículo 5.º –sin que tengan un carácter limitativo– algunos de los elementos o valores a tener en cuenta por el propietario para la fijación de la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, materia que en cuanto a su fondo escapa a la calificación del Registrador...”.

— La *Resolución de 7 de enero de 1994*, que rechaza la posibilidad de que un local situado en un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal tenga en parte la consideración de elemento común del inmueble, carente por ello de cuota de participación, y en parte la consideración de elemento privativo, dotado de una cuota de participación, estableciendo la necesidad de que dicho local se configure o bien como un elemento íntegramente privativo o bien como un elemento íntegramente común. En consecuencia, la cuota de participación no puede referirse nunca a parte de un piso o local, sino que debe hacerlo a su totalidad.

— La *Resolución de 13 de junio de 1998*, relativa a un caso de desafectación como elemento común de la vivienda destinada al portero de un inmueble y su posterior venta a un particular, ya como elemento privativo, previo el correspondiente señalamiento de cuota de participación, modificando las demás. Aquí cree el Centro Directivo que la cuota de participación que a cada piso o local preexistente correspondía sobre el edificio en su conjunto se descompone, al producirse la desafectación de

la vivienda del portero, en dos nuevos elementos: la nueva cuota sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble y, además, una cuota proporcional de titularidad en el nuevo objeto jurídico antes integrado en ese todo común (la vivienda del portero).

— Y la *Resolución de 23 de mayo de 2001*, que sostiene que la modificación de las cuotas de participación no es necesariamente un acto que requiera el consentimiento y el otorgamiento individualizado por cada uno de los propietarios de un inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal, sino que puede considerarse un acto colectivo que no se imputa a cada propietario singularmente, sino a la Junta de Propietarios como órgano comunitario, aunque ésta haya de adoptarlo por la unanimidad o cuasiunanimidad previstas por la Ley. En consecuencia, para el otorgamiento público de la escritura de modificación de las cuotas de participación es suficiente la comparecencia ante notario del presidente de la comunidad, aportando al notario certificación expedida por el secretario, que acredite el cumplimiento de las mayorías legalmente establecidas y de los demás preceptos legales.

III. La jurisprudencia civil de los Tribunales de Justicia

Nuestros Tribunales de Justicia y el Tribunal Supremo se han pronunciado con cierta profusión en múltiples cuestiones relativas a la propiedad horizontal que podemos considerar tangenciales o colaterales a las cuotas de participación, pero muy escasamente en cuanto al problema que nos ocupa, que es el examen de las características propias de la cuota y sus criterios de determinación, fijación o modificación. De entre los temas más cercanos al objeto de nuestro estudio tratados por nuestra jurisprudencia, básicamente la del TS, podemos destacar los siguientes:

1. La posible *modificación de las cuotas de participación por acuerdo de los propietarios*, a la que antes nos hemos referido. Así la STS de 22 de abril de 1974, la STS de 15 de marzo de 1985 y la STS de 2 de febrero de 1991, entre otras, establecieron que las cuotas de participación inicialmente fijadas en el título constitutivo de la propiedad horizontal son susceptibles de variación y de acomodación por un acuerdo posterior, obtenido con la unanimidad de todos los propietarios del edificio en Junta de Propietarios debidamente convocada al efecto, y cumpliendo con los demás requisitos legales exigidos por la LPH para la adopción de acuerdos y la modificación del título constitutivo.

2. La posible *impugnación de las cuotas en supuestos de arbitrariedad o de atribuciones injustificables*, habiendo oscilado aquí nuestra juris-

prudencia, por las particularidades de cada caso concreto (que en esta materia pueden resultar significativas), entre dos posturas opuestas:

— Algunas resoluciones judiciales, como la STS de 22 de diciembre de 1993, han aplicado con rigor literal el último inciso del artículo 3.2 de la LPH, según el cual la cuota de participación “*sólo podrá variarse con acuerdo unánime*”. Esta sentencia desestimó el recurso de los demandantes (que eran algunos de los copropietarios de un inmueble), que pedían adecuar las cuotas de participación fijadas por quien entonces era propietario único del edificio (el promotor) a las superficies útiles realmente construidas, procurando una correspondencia entre las que figuraban en la cédula de calificación definitiva y aquéllas. Entiende aquí el Alto Tribunal que, de prosperar la tesis de los propietarios recurrentes, se vulneraría la LPH, que, en su artículo 16.1, exige el acuerdo de la Junta de Propietarios por unanimidad para que sea válida la aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos.

— Otras sentencias han sugerido que la atribución de cuotas de participación de cada piso o local puede variarse no sólo por acuerdo unánime de los copropietarios, sino también por resolución judicial cuando concurren circunstancias excepcionales que así lo exijan. Así la STS de 11 de abril de 1995 y la de 5 de julio de 2005. También la SAT de Barcelona de 14 de junio de 1974 dice que “la fijación supuestamente arbitraria de la cuota es materia susceptible de ser corregida en procedimiento judicial, siendo los factores que han de tenerse en cuenta para dicha fijación los reseñados en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, *que deben completarse en cada supuesto con todas las demás circunstancias físicas y jurídicas concurrentes para su adecuada ponderación...*”. Y la SAP de Valencia de 17 de mayo de 1991 añade que “la alteración judicial de las cuotas sólo debe aplicarse en circunstancias excepcionales que lleven al desequilibrio de las prestaciones o a una excesiva onerosidad sobrevenida de las cuotas; de lo que se deduce que, por lo general, regirá el principio de *pacta sunt servanda*, exigiéndose para su modificación el acuerdo unánime de los propietarios”.

3. Otro tema tratado por el Tribunal Supremo ha sido el referente a la posibilidad de *establecer una contribución a los gastos generales no proporcional a la cuota de participación, sino igual para todos los copropietarios*, según lo dispuesto en el artículo 9.1.e) de la LPH, que habla de “contribuir con arreglo a la cuota... o a lo especialmente establecido”. En sentido favorable se han pronunciado la STS de 22 de abril de 1974, la STS de 10 de marzo de 1993 y la STS de 30 de abril de 2002, entre otras varias, las cuales han admitido la validez del establecimiento por la Junta

de la Comunidad de un sistema igualitario de contribución a los gastos, que no tenga en cuenta las cuotas de participación de cada propietario, en especial cuando tal sistema se señala en anualidades concretas o para supuestos determinados.

4. Y una última cuestión estudiada por la jurisprudencia, que tiene relación con el objeto de nuestro estudio, es la referente a la *imposibilidad de que, por un acto unilateral* del propietario de una parte determinada de un inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal, dicho propietario decida *cambiar su uso o destino* de forma que pase de trastero a vivienda, de local a plaza de aparcamiento o viceversa, de local comercial a vivienda, etc., ya que tal decisión requiere en todo caso la autorización de los restantes propietarios del edificio, por incidir en el destino y en el uso que debe hacerse de los elementos comunes, y con ello en el sistema de reparto de las cuotas de participación, pues las mismas se asignan no sólo en relación a la superficie, sino que en ellas se tienen presentes otros elementos, tales como la situación o el uso que racionalmente se entienda que vaya a hacerse de los elementos comunes (art. 5 LPH), el cual, evidentemente, no es el mismo según el destino que tenga o se le atribuya a cada parte determinada privativa del edificio. Esta cuestión ha sido tratada en detalle por varias resoluciones judiciales recientes:

— La STS de 18 de diciembre de 1995 no admitió la posibilidad de realizar cambios unilaterales de destino de las partes determinadas integrantes de los inmuebles sujetos a propiedad horizontal, declarando que el artículo 7 de la LPH prohíbe llevar a cabo alteración alguna, no procediendo el cambio de destino de un local que consta como tal en el título constitutivo en virtud de actos dispositivos materiales realizados de forma unilateral, que desnaturalizan el servicio de las cosas, como sucedía respecto al sótano de un edificio, que se trataba de un espacio cerrado con comunicación interior con el local de los bajos, al que servía de almacén, y al cual su propietario pretendía sin consentimiento de los demás transformarlo en plazas de aparcamiento unidas al resto del aparcamiento del inmueble. Ello ocasionaba necesariamente un cambio efectivo total en el título constitutivo de la propiedad horizontal, siendo necesario para su admisión el consentimiento de todos los propietarios.

— En el mismo sentido, la STS de 15 de marzo de 2000 dice que, aun reconociendo las facultades de cada propietario para modificar los elementos de aquello que le pertenece exclusivamente dentro de la comunidad en la que está integrado con otros copropietarios, queda recortado o impedido aquel derecho cuando por ello debe producirse una alteración de las cuotas de participación, obligando a la fijación de unas nuevas, lo

que viene impuesto por el cambio de destino del local litigioso, pasando de trastero –con el uso y elementos que le son propios– a vivienda –con las instalaciones y servicios adecuados a ese nuevo fin.

— Y la SAP de Badajoz de 24 de octubre de 2001 reitera el criterio de las dos anteriores sentencias del Alto Tribunal en el caso de la pretendida transformación en una nueva vivienda independiente del trastero anejo a una vivienda situado en el desván de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal. La Audiencia consideró necesario para ello el consentimiento de todos los copropietarios del inmueble y, además, la necesaria redistribución de las cuotas de participación, al estimar que, formándose dos viviendas distintas donde antes había sólo una, no pueden ambas mantener unas cuotas de participación que sumen entre las dos la misma cuota que tenía la vivienda originariamente existente.

LOS ARCHIVEROS DE DISTRITO NOTARIAL ESTÁN LEGITIMADOS Y OBLIGADOS A SUBSANAR LOS ERRORES MATERIALES DE LOS PROTOCOLOS A SU CARGO

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA

Notario

Aunque esa frase “en Derecho todo es opinable” circula como moneda jurídica acuñada por un maestro del Derecho, es propia de un charlatán de café y la subsanación de errores u omisiones en los documentos notariales en nuestro Derecho positivo no es una cuestión opinable, es un derecho de quien lo sufre y un deber jurídico de quien lo causa y en último término del Estado, a quien pertenecen los protocolos, sirviéndose de los notarios, a quienes encomienda la custodia de los mismos.

Naturaleza de la relación jurídica de los notarios con los protocolos a su cargo

La relación jurídica de los notarios con los protocolos a su cargo, tanto sean los protocolos que formen o autoricen como de los que tengan por

sustitución del titular de la notaría o como archiveros del protocolo por suceder en la notaría vacante o ser archiveros de distrito, es de la misma naturaleza jurídica, la propia de un funcionario público tipificado como un administrador de estos bienes de dominio público, tanto si formó o autorizó los documentos que integran el protocolo como si es un sustituto del notario a cuyo cargo está el archivo o un sucesor en el protocolo como sucesor en la notaría o como archivero de distrito. Las facultades respecto de los mismos las expresa la vieja y sabia Ley del Notariado.

La notaría no es una empresa que pueda aceptar o rechazar sin razones a un cliente, la notaría es un despacho público regido personalmente por unos profesionales del Derecho y a la vez funcionarios públicos y quien al requirente no puede negarle su oficio arbitrariamente y así lo dispone el artículo 2.º de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862: “El notario que, requerido para dar fe de cualquier acto... particular extrajudicial, negare sin justa causa la intervención de su oficio incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las Leyes”.

El patrimonio de la notaría no está integrado por un conjunto de bienes valorables en dinero, cuyas titularidades sean transmisibles por voluntad del empresario, sino por su protocolo, que es un bien de dominio público, “*Los protocolos pertenecen al Estado*” (art. 36, inc. 1.º) y como tal no evaluable en dinero. A su creación se refiere el artículo siguiente, “*Cada notario formará por sí protocolo*” y a su custodia, el artículo 36, inciso 2.º, “*Los notarios los conservarán con arreglo a las Leyes, como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad*”. Responsabilidad determinada por la Ley y confiada al Cuerpo Notarial.

Los protocolos formados por cada notario quedan adscritos a la notaría que sirva y “*en caso de muerte, enfermedad, ausencia, inhabilitación o cualquier otro género de imposibilidad de un notario se encargará del protocolo y le sustituirá el que al tiempo de la creación de las Notarías haya sido designado para este objeto. En los distritos judiciales, cada uno de los notarios sustituirá al otro en caso de muerte, ausencia o imposibilidad... El sustituto cesará en el desempeño de su cargo tan luego como tome posesión el nuevamente electo o deje de existir la imposibilidad del notario a quien sustituya*” (art. 6.º de la L. del N.).

“*En los casos de vacante de una notaría y de inhabilitación o incapacidad de un notario, el que con arreglo al artículo 6 de esta Ley deba encargarse de la notaría recibirá bajo inventario los protocolos y demás documentos para entregarlos con igual formalidad al mismo notario, si se habilitase, o en su caso, a su sucesor en el oficio*” (art. 38 de la L. del N.).

“*Los Archivos se formarán con los protocolos de las notarías comprendidas en el territorio respectivo de cada Audiencia (hoy de cada Colegio Notarial) que cuente con más de veinticinco años de fecha. Los veinticinco*

protocolos más modernos formarán el Archivo del notario a cuyo cargo esté la notaría, que remitirán anualmente en fin de diciembre, con seguridad, al Regente de la Audiencia, el protocolo que debe ser depositado en el Archivo general" (hoy Archivo de Distrito).

"El libro y protocolo reservados a que se refieren los artículos 34 y 35 de esta Ley se remitirán en igual forma a los veinticinco años de haberse abierto" (art. 37 de la L. del N.).

El tratamiento jurídico de los protocolos por los notarios encargados de su custodia, sea el notario autorizante, sea su sustituto, sea sucesor en la notaría, que también por ese título es archivero del protocolo, sea sucesor en el protocolo como archivero de distrito, tienen respecto de su conservación y custodia idénticas facultades, los mismos derechos y deberes, según el articulado de la Ley del Notariado, que acabo de transcribir.

La subsanación de los errores de los archivos

A) La legitimación del archivero de protocolos de distrito.

La subsanación de los errores materiales o las omisiones, como ocurriría por ejemplo en el caso de que una persona adquiriera por compra cuota de tres centésimas con tres milésimas, 0,033 en una comunidad *pro indiviso* en formación de una propiedad horizontal en construcción, para adquirir mediante la adjudicación procedente, una vez constituida, un piso determinado con una cuota de tres centésimas, 0,03 y tres plazas de garaje con una cuota cada una de cero centésimas y una milésima, 0,001 y al constituirse la propiedad horizontal se le adjudica el piso y solamente dos plazas de garaje y, además, esta escritura con este error de cuenta se inscribe en el Registro de la Propiedad. Supongamos que el adquirente desde hace más de treinta años estuvo disfrutando como propietario del piso y de las tres plazas de garaje, pagando los gastos de comunidad del piso y de las plazas de garaje, lo cual constase en los libros de la misma y el IBI de los mismos, porque estaban amillarados a su nombre. Ahora bien, supongamos que el propietario de esos bienes quiere venderlos o tiene o desea liquidar su sociedad de gananciales y la escritura a subsanar está en el archivo de distrito, ¿estará legitimado y obligado su archivero a subsanarla? En mi opinión y, sin ninguna duda, sí y me apoyo en estos argumentos.

El párrafo último del artículo 1.266 del CC constituye el fundamento legal de la subsanación de estos errores: "El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección", cuya norma confiere el tratamiento jurídico adecuado al problema que plantea. Para esta subsanación no es necesaria una nueva escritura, como con carácter general dispuso el artículo 263

del Reglamento Notarial de 7 de noviembre de 1921, arrastrado por el artículo 22 de la Ley Hipotecaria de 1909, que se ha repetido en todas las Leyes Hipotecarias desde la de 8 de febrero de 1861 hasta la vigente. Este artículo 22 representa una injerencia en las funciones notariales (1), porque la custodia y conservación de los protocolos está a cargo de los notarios y su regulación es competencia de la Ley del Notariado y de su Reglamento, que deben regularlo desarrollando principios de Derecho Notarial, porque es un deber de los notarios respetar y cumplir las leyes y la Ley Hipotecaria agota su misión imponiendo la obligación, lo que hace el artículo anterior. Esta misma injerencia la soportó también el Reglamento Notarial de 8 de agosto de 1935 en su artículo 146, pero el 146 del Reglamento vigente de 2 de junio de 1944, si bien en su párrafo primero calcó el artículo 146 del Reglamento anterior y siguió sometiendo a la Ley Hipotecaria, le agregó cuatro párrafos, que solucionan el problema con criterios de Derecho Notarial, ya que en principio el acto jurídico documentado en el que se incurrió en un error material no sufre un vicio de consentimiento, sino de una operación bien planteada y mal resuelta, de fácil rectificación o subsanación y, por esto, el Reglamento Notarial la centró en los defectos de forma u omisiones producidos en los documentos notariales *intervivos* y dio una solución notarial a estos problemas: *“Podrán ser subsanados por el notario autorizante, su sustituto o sucesor en la notaría, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiere originado o sufrido por medio de acta notarial en que se haga constar el defecto o error, su causa y la declaración que los subsane...”*. Con esta norma se orilla el artículo 26 de la Ley del Notariado, que sanciona con la nulidad *“las adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras y testados en las escrituras matrices siempre que no se salven al fin de éstas con aprobación expresa de las partes y firmas de los que deban suscribir el documento”* y se orilla, porque la subsanación se hace mediante acta notarial y no por una de las fórmulas del artículo 26.

El artículo 4.º del Real Decreto 1.209, de 8 de junio de 1984, modifica en el artículo 153 el contenido del 146 primitivo del R. N. de 1944, salvo su párrafo primero, continuando por la vía del Derecho Notarial la regu-

(1) Aunque no es tan hiriente a nuestro Derecho positivo como el inciso último del párrafo 1.º del artículo 11 de la misma LH, también es contrario a él. Este párrafo exige, para inscribir la compraventa de varias fincas vendidas por un solo precio aplazado y garantizado con condición resolutoria, la distribución del precio único entre todas las fincas vendidas, lo que implica una infracción frontal del artículo 1.445 del CC en cuanto al *precio cierto*, ya que por ley cada finca tiene dos precios, el de la venta global y el impuesto por la LH. Véase mi artículo “Resolución por impago del precio: institucional, por pacto comisorio y por condición resolutoria. Consideración especial en el caso de venta de varias fincas por un solo precio”, *Diario La Ley*, 4 de junio de 2002, pp. 1 y ss.

lación de la subsanación de estos errores materiales y omisiones y de los defectos de forma, que tienen su apoyo sustantivo en el artículo 1.266, párrafo último del CC, y extiende la legitimación para subsanar al sucesor en el protocolo, que comprende tanto al sucesor en la notaría como al archivero de distrito (2) y agrega acertadamente al acta notarial un nuevo documento notarial, la diligencia en la propia escritura matriz, como documento accesorio adecuado para la subsanación del defecto, porque si no son necesarios comparecientes y constando el defecto en la propia escritura a subsanar, el requerimiento para iniciar el acta explicando el defecto es superfluo, porque ya consta en la escritura. La autorización de la nota está implícita en la legitimación para expedir la copia, en la legitimación para autorizar el acta en el protocolo del notario que autorizó la escritura o su sustituto o su título de notario sucesor en el protocolo donde está la escritura o el acta que hay que subsanar. La diligencia de subsanación ha de autorizarse en el mismo documento que subsana y la nota será la propia de la expedición de una copia total o parcial del documento subsanado.

Que la subsanación deba hacerse de acuerdo con la normativa jurídica del Derecho Notarial es una cuestión evidente y acorde con sus principios, pues se está depurando un documento por el propio funcionario que lo autorizó, su sustituto o el sucesor encargado de la custodia del protocolo defectuoso, sea como titular de la notaría, sea como archivero de distrito, atribuirle a los jueces sería encomendar esta función a quien en principio es ajeno a ella y cuya atribución contrariaría una de las misiones del notario por provocar la apertura del Juzgado para la subsanación de un defecto por negarse a realizarla el notario a cuyo cuidado está el protocolo defectuoso.

El problema de la legitimación del notario que tenga a su cargo el protocolo donde esté incorporado el documento a subsanar no es una cuestión que tenga solución en el Reglamento y menos aún en una anti-pática circular, disposición impropia para dirigirla a un Cuerpo acreditado y más propia de un Estado policiaco que de Derecho, sino que tuvo y tiene su solución en la Ley y por la Ley estuvo siempre legitimado el nota-

(2) Aunque algún comentarista, como ÁVILA ÁLVAREZ en su obra *El instrumento público en la reforma de 1984*, p. 44, lo niega sin dar ninguna razón, diciendo única y exclusivamente a este propósito: "Y por sucesor en el protocolo no podrá entenderse el archivero de protocolos". Las interpretaciones gramatical o literal, lógica, sistemática e histórica chocan frontalmente con esta afirmación, pues el archivero de protocolos es tan sucesor en el protocolo como el sucesor en la notaría. La reforma de 1984 es clara, contundente y evidente. La invocación de la Resolución de 1.º de julio de 1974, dictada casi diez años antes de la Reforma del artículo 146, hoy contenido del 153 para rechazar la legitimación del archivero de protocolos para subsanar los protocolos a su cargo, sería inadmisibile.

rio para subsanar sus errores materiales o de cuenta u omisiones, si bien la Dirección General de los Registros y del Notariado en esta materia fue siempre contraria a entender como legitimados para deshacer documentalmente los errores y omisiones a los archiveros de protocolos, aunque los problemas que llegaron hasta ella y de los que tengo noticia (3) fueron anteriores a su recepción reglamentaria en el artículo 4.º del RD 1.209 de 1984, pero, sin duda, se habrán planteado más, que no habrán llegado a la Dirección citada y muchos de ellos se habrán resuelto por los Tribunales de Justicia ante la tendencia inhibitoria de algunos notarios, como si el corporativismo se rompiese con la jubilación y el fallecimiento y los notarios fallecidos o jubilados dejasen de ser compañeros de los notarios en activo (4).

B) Los documentos que ha de autorizar el notario archivero.

La subsanación en el supuesto que hemos planteado se resuelve así:

Legitimado como sujeto pasivo está la persona que sufrió el perjuicio y como sujeto activo el notario que incurrió en el error de cuenta y, si ya está jubilado o ha fallecido, su sucesor en el protocolo como archivero y si la escritura suponemos que tiene más de veinticinco años normalmente estará en el archivo de distrito.

La prueba del error estaría en la propia escritura, en la que constaría la cuota en la comunidad de 0,033 y las cuotas de los bienes adjudicados, que sumarían 0,032, una milésima menos.

La prueba de que el bien omitido fue la plaza de garaje serían los recibos de Amillaramiento o del Catastro o el certificado del mismo, el certificado de los Libros de la Comunidad del pago de las cuotas y de la asistencia a las Juntas, y la declaración de dos o más testigos propietarios de las plazas de garaje a ser posible colindantes que testifiquen sobre la certeza de los hechos, todo como base para un Acta de Notoriedad (5) en la que el notario declare que el requirente es dueño por notoriedad de esa plaza de garaje.

(3) Resoluciones de 9 de marzo de 1917, 14 de junio y 1 de julio de 1974.

(4) Esta concepción enfermiza del corporativismo se ha manifestado reciente y persistentemente en un sector minoritario del notariado en defensa de los intereses patrimoniales de los notarios en activo, pretendiendo acrecentar el patrimonio del Consejo General del Notariado a costa de los derechos de los notarios jubilados y de las viudas de notarios y huérfanos sobre el patrimonio de la Mutualidad Notarial sin esperar a que ésta cumpla con sus deudas, con sus obligaciones con los mutualistas directamente o por otros medios.

(5) Las ideas que expongo sobre las actas de notoriedad están tomadas de mi artículo "Notas sobre las actas de notoriedad en la declaración de herederos", publicado en *Los comentarios sobre la reforma procesal (Ley 10/92, de 30 de abril)* por la Editorial Forum, Oviedo, 1992.

El acta conteniendo la declaración por notoriedad de la propiedad de esa plaza de garaje tiene el valor propio de los hechos notorios, que son conocidos por el círculo de personas que tiene contacto con ellos, las cuales están convencidas de su veracidad por indicios del mismo no contrarios, que les llevan a la certeza subjetiva del hecho. No es un medio de prueba, aunque pueden serlo las pruebas recogidas en el acta.

La notoriedad no es el hecho que motiva el otorgamiento de un documento o la declaración preceptiva de las partes, ni la simple que vincula en un acto jurídico no negocial; no está, por tanto, comprendida en los supuestos de hecho del artículo 1.218 del Código Civil, sino en el del artículo 1.º de la Ley del Notariado.

Tampoco es un título traslativo o declarativo de dominio o de los derechos reales inmobiliarios, ni de los que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifique o extingan estos últimos y, por tanto, no es inscribible en el Registro de la Propiedad, según los números 1.º y 2.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria.

Las actas de notoriedad son documentos comprendidos en el supuesto de hecho del artículo 1.º de la Ley del Notariado en cuanto se refiera a actos o hechos que no pueden documentarse directa e inmediatamente sin estar empeñada ni promovida cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas, es decir, ninguna cuestión contenciosa y que la Ley de Enjuiciamiento Civil ni otra Ley no la atribuya a los jueces o a otros funcionarios.

En nuestro ejemplo, las pruebas que proponemos para declarar por notoriedad la propiedad de la plaza de garaje, que por error material o de cuenta se incurrió en el documento destinado a escriturarla, son documentos que reflejan siempre o, al menos normalmente, al propietario o declaraciones testimoniales de personas en relación con el propietario por razón de la cosa.

El archivero puede y deberá rectificar el error fundado en esas pruebas bien por acta notarial en su protocolo con nota en escritura subsanada de la fecha y número del acta o por medio de diligencia en la escritura a subsanar: en el primer caso deberá expedir copia del acta y de la escritura subsanada y en el último solamente de ésta.

LOS CONTRATOS ATÍPICOS O INNOMINADOS (*)

JESÚS GÓMEZ TABOADA
Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN **II.** EJEMPLOS DE CONTRATOS ATÍPICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL. **III.** CONTRATOS ATÍPICOS QUE HAN SIDO REGULADOS POR NUEVAS LEYES: UN PANORAMA POCO ESTIMULANTE. **IV.** UNA SUGERENCIA: RECUPERACIÓN DE REGLAS Y PRINCIPIOS GENERALES TAN ÚTILES COMO OLVIDADOS. **V.** LAS PROFESIONES JURÍDICAS ANTE LOS CONTRATOS ATÍPICOS: UNA RESPONSABILIDAD INEXCUSABLE.

(*) Texto de la conferencia pronunciada en la Universidad de Medellín (Colombia), en el I Congreso Iberoamericano de Derecho Privado (6 a 9 de septiembre de 2006).

I. Introducción

A) El Derecho positivo: ubicación.

Nos encontramos en un foro jurídico internacional, por lo que debo hacer una advertencia previa, no por evidente menos necesaria: las consideraciones que a partir de este momento haré al Derecho positivo serán referidas al ordenamiento jurídico que conozco: el español.

Lo cual no es obstáculo para que las consideraciones que desde ahora planteo sean aplicables, en general, a cualquier otro ordenamiento jurídico. Me referiré, asimismo, a textos legales –Código Civil, Leyes– españoles. Pero, estoy convencido, no tendrán ningún problema en localizar la correlación en sus respectivos Derechos internos (como, por ejemplo, la autonomía de la voluntad). Porque, como dice el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid Alejandro NIETO, lo importante es dominar bien un ordenamiento jurídico, con sus normas, principios y valores; y, a partir de él, no hay mayores obstáculos para situarse y comprender otro Derecho positivo, el de otro país.

Por otra parte, debemos poner de relieve una peculiaridad del ordenamiento jurídico español: en él coexisten, en materia civil, con el llamado Derecho común, varias legislaciones, tradicionalmente conocidas como “forales” (palabra derivada de “fuero”), y cuyo ámbito de aplicación está limitado, con arreglo a las normas de Derecho interregional, a la Comunidad Autónoma respectiva. La Constitución Española de 1978 reconoció la existencia de estas peculiaridades. Y así, al establecer el cuadro de competencias, el artículo 149.1.8 del texto constitucional nos dice que *“El Estado tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*. Y a continuación relaciona una serie de materias en las que el Estado se reserva esa exclusividad, pues *“en todo caso”* serán de competencia estatal *“las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial”*.

Por eso, a lo largo de este trabajo nos referiremos también a esos ordenamientos regionales. Teniendo en cuenta que, en los últimos años, ha tenido lugar una considerable producción legislativa en materia civil. Y que, además, no ha quedado limitada a las Comunidades Autónomas que

antes de la entrada en vigor de la Constitución ya disponían de instituciones propias, sino que se ha extendido a otras.

B) Conceptos. Terminología.

Como suelen aconsejar los buenos prácticos del Derecho (1), existiendo un concepto legal no es necesario acudir al doctrinal. Según el artículo 1.254 del Código Civil español (2), *“El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”*.

Son muchos, como sabemos, los criterios con arreglo a los que pueden clasificarse los contratos. Pero, en este momento, nos interesa sólo uno: aquel que distingue los contratos atendiendo a si están o no regulados por el ordenamiento jurídico de manera específica. En efecto, esta línea divide los contratos en dos categorías: los típicos y los atípicos.

a) Los llamados *típicos* son aquellos que responden, como su propio nombre indica, a un tipo contractual existente en el Derecho positivo, ya sea en el propio Código Civil o en leyes especiales. Por ejemplo, el título XI del Código Civil regula el contrato de depósito. Su primer artículo, el 1.758, nos dice que *“Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla”*. Es, pues, un contrato típico, del que se concretan sus caracteres, naturaleza, obligaciones y derechos de las partes y causas de extinción.

b) Los contratos *atípicos*, al contrario de los anteriores, son aquellos que carecen de una regulación específica. Bien porque acumulan prestaciones propias de varios contratos (por ejemplo, el arrendamiento financiero), bien porque, en apariencia –sólo en apariencia– incluyen prestaciones o pactos no previstos por el Derecho positivo. Y, como sabemos, plantean una serie de problemas a los que son ajenos los contratos típicos. Estos problemas empiezan por la determinación del régimen jurídico aplicable.

(1) Así, Fernando DE LA CÁMARA, notario español, en la *Revista Notario Siglo XXI*, marzo-abril 2006, p. 192, al dar unas pautas acerca de la exposición de los temas en los ejercicios para obtener el título de notario, nos dice que “Habiendo una definición en la ley (aunque la finalidad de la ley no sea dar definiciones) no son necesarios los conceptos doctrinales, aunque sean más perfectos”.

(2) El Código Civil español es de 1889; y se mantiene vigente, como tantos otros códigos del siglo XIX. Si bien, como es natural, con múltiples modificaciones y reformas. Muy en especial en las materias relativas al Derecho de la Persona y al Derecho de Familia, sobre todo tras la aprobación de la Constitución Española en 1978, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una serie de principios, valores y derechos que hubo que reflejar en la legislación ordinaria.

A su vez, los contratos atípicos se subdividen en dos clases: los nominados y los innominados. Los primeros son aquellos que tienen un nombre general o ampliamente reconocido: por ejemplo, el *factoring*. Al contrario, los innominados carecen de nombre (3).

(Tratándose de contratos en escritura pública, es el notario a quien corresponderá, en su caso, asignarle el nombre, ya que “la comparecencia de toda escritura indicará”, según establece el artículo 156.9.º del Reglamento Notarial, “la calificación de dicho acto o contrato con el nombre conocido que en derecho tenga, salvo que no lo tuviere especial”).)

No obstante lo anterior, con frecuencia se refieren los autores y la jurisprudencia a los contratos innominados y atípicos como sinónimos. Éste será el criterio seguido por este trabajo.

C) Primera y brevísima aproximación a su régimen jurídico.

Es clásico, al tratar de los contratos atípicos, referirse a cuál debe ser su régimen jurídico. Lo cual es, pues, lógico: al fin y al cabo es el problema mayor, en ocasiones el único, que estos contratos plantean.

No les voy a cansar aquí con la exposición pormenorizada de estas teorías, expuestas de manera extensa en cualquier manual de Obligaciones y Contratos. Me limitaré a recordarlas. En efecto, ante el contrato atípico, se ha optado por alguna de las siguientes tesis:

— La teoría de la absorción. Consiste en determinar, con carácter previo, cuál es la prestación dominante en el contrato; y, una vez localizada, aplicar la normativa propia del contrato que prevé esa obligación (por ejemplo, aplicación del régimen del arrendamiento si la prestación dominante es la cesión onerosa del uso).

— Teoría de la combinación. Predica la compatibilidad entre la normativa reguladora de las diversas prestaciones que confluyen en un contrato atípico, sin que deba aplicarse, por tanto, sólo una de ellas.

— Teoría de la analogía. Esta tesis, no muy diferente de la de la absorción, postula la aplicación analógica de las disposiciones relativas al contrato que esté más próximo al contrato atípico.

— Teoría del interés preponderante. Aconseja la búsqueda del interés que intenta protegerse con las estipulaciones del contrato y adaptar la normativa del contrato típico que sea más adecuado para la protección de ese interés.

(3) Tratándose de contratos en escritura pública, es el notario a quien corresponderá, en su caso, asignarle el nombre, ya que “la comparecencia de toda escritura indicará”, según establece el artículo 156.9.º del Reglamento Notarial, “la calificación de dicho acto o contrato con el nombre conocido que en derecho tenga, salvo que no lo tuviere especial”.

Con independencia de la tesis que se adopte, lo cierto es que ante el nuevo contrato que nos encontremos, podremos seguir el criterio que nos parezca más adecuado.

II. Ejemplos de contratos atípicos en el Derecho español

A continuación señalamos algunos ejemplos de contratos atípicos, reconocidos como tales por la doctrina o por la jurisprudencia (4):

1) Aportación a la sociedad de gananciales y los contratos de desplazamiento patrimonial entre el patrimonio privativo o ganancial de los cónyuges.

Señala la Resolución DGRN de 17 de abril de 2002 que *“es doctrina reiterada de esta Dirección General que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial [vid. art. 1.323 del Código Civil (5)], siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (vid. art. 609 del Código Civil), entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes, no personalizada jurídicamente o de propios elementos o características y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por las partes dentro de los límites legales (vid. arts. 609, 1.255 y 1.274 del Código Civil) y, subsidiariamente, por la propia normativa del Código Civil”*.

No es, sin embargo, un tema pacífico. Seguramente por verse afectado por la legislación fiscal, que considera exentas estas aportaciones, así como las adjudicaciones que los cónyuges reciban como consecuencia de la disolución del régimen económico matrimonial (6), lo que facilitaría burlar la aplicación del impuesto correspondiente (el de Transmisiones Patrimoniales), mediante la aportación al acervo común y posterior adjudicación al otro cónyuge.

(4) En esta relación de contratos atípicos seguiré, fundamentalmente, la exposición de Alfonso CAVALLÉ CRUZ en “Contenido e interpretación de los contratos”, trabajo incluido dentro de *Instituciones de Derecho Privado*, coordinador general: Juan-Francisco DELGADO DE MIGUEL; tomo III (Obligaciones y Contratos), volumen 2.º, pp. 164 a 189.

(5) Este artículo 1.323 nos dice que *“los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”*; criterio confirmado por el artículo 1.458 del propio Código: *“Los cónyuges podrán venderse bienes recíprocamente”*.

(6) Exención prevista en el artículo 45.I.B).4.º del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Decreto Legislativo de 24 de septiembre de 1993.

2) Contrato de *factoring*.

1. *Concepto*. El contrato de *factoring*, que se califica como atípico, mixto y complejo, está destinado a cubrir diversas necesidades económicas y jurídicas del empresario mediante una sociedad especializada. Las funciones de ésta son principalmente:

a) *La administrativa o de gestión*: la sociedad se encarga de cobrar el crédito y posibilita que el cliente prescinda de los medios y gastos burocráticos que tal actividad lleva consigo.

b) *La de garantía*: la sociedad, siempre que se cumplan determinadas condiciones delimitadas en el contrato, asume el riesgo de insolvencia del deudor cedido.

c) *La de financiación*: entre las prestaciones ofrecidas por la sociedad se encuentra con frecuencia la de anticipar el importe de los créditos transmitidos al empresario para procurarle una situación de liquidez; y

d) Las que envuelven *otros servicios complementarios*, como la contabilidad de ventas, la realización de estudios de mercado, la investigación y selección de clientela.

2. *Clases*. Habitualmente, se distinguen dos tipos:

a) El *factoring* con recurso o impropio, en el que los servicios del factor consisten en la administración y gestión de los créditos cedidos por el cliente, y en la financiación mediante el anticipo de todo o parte de su importe. Y

b) El *factoring* sin recurso o propio; en el cual, a los servicios que caracterizan al *factoring* con recurso, se incorpora otro de garantía por el que se produce un traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido, que va del empresario al factor, de forma que, producida la insolvencia en los términos pactados en el contrato de *factoring*, no recae sobre el cedente, sino sobre el cesionario, sin que éste pueda reclamar del cliente el importe de los créditos impagados.

3) Contrato de concesión o distribución.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995, las notas que individualizan a este contrato, dentro de la gama de los contratos de agencia, son las siguientes:

1.^a) Que así como el contrato de agencia –arts. 1 y 3 de Ley 12/1992, de 27 de mayo, a que después nos referiremos– tiene por objeto la pro-

moción de actos u operaciones de comercio por cuenta ajena del agente o intermediario independiente, en la concesión ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente, y por lo general, con un pacto en exclusiva –positivo y negativo– de vender sólo el concesionario y no vender nadie más en su zona. Por su parte, el Reglamento número 1475/1995, de la Comisión de las Comunidades Europeas del 28-6-1995, nos dice que *“se trata de los acuerdos de duración determinada o indeterminada mediante los cuales el contratante revendedor asume la tarea de promover, en un territorio determinado, la distribución y el servicio de venta y de posventa de determinados productos del sector...”*. El proveedor se compromete con el distribuidor a suministrar dentro del territorio convenido los productos contractuales, para su reventa, sólo al distribuidor o, bien, a un número limitado de empresas de la red de distribución.

2.^a) En la nota de la independencia puede radicar la inclusión del contrato de concesión en el de agencia, pues así como la independencia del agente es básica –art. 2 de la Ley de 1992–, la nota de dependencia puede darse en la concesión, en aquellos casos en los que el concesionario *“no puede organizar su actividad profesional conforme a sus propios criterios”*. Sin que ello excluya la existencia de la llamada concesión independiente, que suele primar en el sector del automóvil, por el efecto traslativo del vehículo a favor del concesionario y la ejecución del negocio por cuenta y riesgo de éste.

3.^a) Puede concluirse que cuando la concesión esté encuadrada en la agencia –promoción actos comercio o reventa, relación estable e independencia–, regirá la Ley 12/1992 tanto en la rescisión como en la indemnización: artículos 23 y ss. En otro caso, y a falta de norma especial, regirá el Código Civil: artículos 1.101 y ss. y 1.124.

4) Contrato de participación en billetes de lotería.

Dice la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1993 que *“el contrato denominado de lotería, que es distinto del de juego y por lo tanto no cabe encuadrarlo en la normativa que para éste contiene el Código Civil, ha de ser configurado básicamente como relación obligacional en virtud de la cual la parte titular, la depositaria de los billetes adquiridos directamente, los distribuye mediando precio u otra compensación e incluso a título gratuito, bien haciendo entrega de los propios ejemplares oficiales (décimos) o bien, por medio de lo que se denomina «participaciones» o «boletos» representados por los documentos privados, como expresivos de la participación que se adquiere en el décimo correspondiente. El expendedor se obliga de esta manera, caso de obtenerse premio, a satisfacer a los*

poseedores de las participaciones la cantidad que les hubiera correspondido por la suerte en razón al importe de los boletos. El contrato se presenta así con todas las notas características de atipicidad y, en consecuencia, lo que legitima para reclamar el premio correspondiente es la posesión material de la participación, pues suelen ser anónimas, salvo los supuestos de recibos nominativos. En todo caso, la identificación necesaria es la que proviene del expendedor-responsable que acredita la firma del boleto y los demás datos que se estimen conveniente para evitar su manipulación y fraude”.

5) Contrato de expedición.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 19 de enero de 2002, sección 10, lo define como *“un contrato atípico en virtud del cual el expedidor o transitario recibe el encargo de cargar la mercancía y de organizar y contratar el transporte, así como todas las actividades complementarias necesarias y derivadas del mismo (pago de actividades aduaneras, seguros, etc.), correspondiendo al comitente, vendedor o cargador de la mercancía como principal obligación la del pago de dichos servicios”.*

6) Contrato de suministro.

De los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de este contrato, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. *Concepto.* Se trata de un contrato atípico mediante el cual una persona (suministrador o proveedor) se obliga, a cambio de un precio, a realizar a favor de otra prestaciones periódicas y continuas (STS de 30-11-1984), siendo característico del mismo la existencia de un solo convenio cuyo objeto lo constituye un conjunto de mercancías o géneros que deben ser entregados en períodos de tiempo determinados o por determinar (STS de 8-7-1988).

2. *Régimen jurídico.* Se rige, fundamentalmente, por lo estipulado por las partes; y, en lo no previsto, por las normas reguladoras de la compraventa mercantil, contrato al que resulta afín (STS 8-7-1988).

7) Aval a primer requerimiento.

A esta figura se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000, que nos dice que *“la relación contractual que ligaba a las partes estaba constituida por un contrato autónomo de garantía denomina-*

do aval al primer requerimiento, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1.255 del Código Civil, en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación es distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es, pues, nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, la no accesoriedad (...) (7). Por su parte, la sentencia de 14 de noviembre de 1989 afirma que *“toda interpretación que se trate de dar a la palabra garantía en el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica, desvirtúa la naturaleza de la obligación compleja a la que venimos haciendo mérito”*; de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1.258 del Código Civil), se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél.

8) Contrato para la producción de semillas.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de diciembre de 1992 afirma que *“el celebrado fue un contrato atípico (en cuanto no incardinable, con nomen iuris concreto, en alguno de los tipos contractuales regulados en nuestro Código sustantivo), aunque plenamente válido (art. 1.255 del mismo cuerpo legal), a virtud del cual uno de los contratantes se obligó, durante una campaña agrícola, a cultivar por su cuenta el terreno de su propiedad y dedicarlo a la obtención de un determinado producto (maíz híbrido) y el otro a suministrarle la semilla necesaria para la siembra y después a comprarle el producto obtenido a razón de 160 ptas. el kilogramo...”*.

9) Contrato de colaboración externa empresarial (Outsourcing).

Este contrato, también denominado “de externalización de funciones”, consiste en la realización, por una empresa externa, de trabajos y funciones que normalmente serían realizados por la propia empresa que los contrata. Es habitual que las tareas contratadas sean de carácter administrativo, contable o informático.

(7) Recordemos que el artículo 1.822 del Código dispone en su párrafo primero que *“Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste”*.

Dada la gran variedad de su contenido, podría ser asimilado, según la prestación de que se trate, a:

— Un arrendamiento de servicios, cuando la empresa se compromete a prestar un servicio en tiempo determinado.

— Un arrendamiento de obra, con o sin entrega de materiales, cuando se compromete a un resultado. O

— Una compraventa o un suministro, en la parte en que se trate de entrega de bienes, como pueden ser maquinaria u ordenadores.

El régimen jurídico sería el correspondiente a cada una de las prestaciones.

10) Contrato de gestión de carteras de valores.

A él se refieren sentencias como la de 11 de julio de 1998, según la cual *“el contrato de gestión de carteras de valores, al que se refiere el artículo de la Ley de Mercado de Valores 24/1988, de 28 de julio, al permitir a las Sociedades de Valores «gestionar carteras de valores de terceros», carente de regulación en cuanto a su aspecto jurídico-privado, sin perjuicio de que sean aplicables al gestor las normas reguladoras del mandato o de la comisión mercantil, se rige por los pactos, cláusulas y condiciones establecidas por las partes (art. 1.255 del Código Civil), reconociéndose por la doctrina y la práctica mercantil dos modalidades del mismo: a) el contrato de gestión «asesorada» de carteras de inversión en el que la sociedad gestora propone productos de inversión al cliente; y b) el contrato de gestión «discrecional» de cartera de inversión en el que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación, ya que puede efectuar las operaciones que considere convenientes sin previo aviso o consulta al propietario de la cartera”*.

11) Contrato de hospedaje.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1995 recuerda la naturaleza compleja del contrato de hospedaje como un contrato de tracto sucesivo en el que se combina arrendamiento de cosas (para la habitación o cuarto), de obra (para comida) y depósito, para los efectos que introducen.

12) Contrato de hostelería.

A tenor de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 1995, *“el contrato de (...) hostelería, se caracteriza por el suministro de*

mercaderías alimenticias para su consumo inmediato por los usuarios a cambio de compensación monetaria, comprendiéndose a su vez la prestación y ocupación del establecimiento y servicios auxiliares como iluminación, calefacción, higiénicos o similares, lo que caracteriza dicho contrato como atípico, en el que predomina la venta de los alimentos que se sirven y el arrendamiento de los servicios aportados para la más adecuada ejecución del convenio”.

13) Contrato de exposición.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 1991, referente al “*contrato de exposición de obra propia, de indudable naturaleza atípica*”, dice “*que se caracteriza porque, bien mediante retribución pactada o en forma gratuita, se conviene que un artista plástico (exponente) ceda y entregue sus obras creativas a la otra parte, que adquiere el derecho a exponerla al público, dentro de un local asignado y por un período determinado, transcurrido el cual deberá devolver las obras en el mismo estado en que las recibió, salvo que se hubiera pactado el derecho de la parte expositora a vender lo mostrado, en cuyo caso sólo reintegrará la obra sobrante, con el debido abono del precio obtenido y en la proporción convenida*”.

14) Contrato de ingeniería (engineering).

Siguiendo a URÍA Y MEDINA DE LEMUS, podemos definir este contrato como aquel que comprende todos los suministros y prestaciones que conducen a la realización de un establecimiento industrial o una obra civil, incluida la asistencia para el funcionamiento de un establecimiento o la comercialización de los productos de la fabricación. Engloba, por tanto, un amplio abanico de operaciones encaminadas al genérico fin de mejorar o desarrollar cualquiera de los aspectos o procesos de una empresa. Operaciones que pueden consistir en la realización de estudios técnicos de organización empresarial, régimen de mercados, productividad, planificación, realización y ejecución de proyectos industriales e incluso la construcción y montaje de plantas industriales completas.

III. Contratos atípicos que han sido regulados por nuevas leyes: un panorama poco estimulante

1) Contrato de opción (8).

En el Derecho español se disponía, ya desde la aprobación del Reglamento Hipotecario de 1947, de una previsión de esta figura. En efecto, el artículo 14 del mismo nos dice que *“Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:*

1. *Convenio expreso de las partes para que se inscriba.*
2. *Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.*
3. *Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.”*

Sin embargo, como puso de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 1991, *“se refiere el precepto reglamentario (art. 14 del Reglamento Hipotecario) exclusivamente a los requisitos que debe reunir el contrato de opción, otorgado en escritura pública, para que proceda su inscripción registral, pues sabido es que tal contrato carece de regulación positiva en nuestro ordenamiento jurídico (...)”*.

No obstante, en el Derecho Foral, sí ha sido objeto de regulación el derecho de opción por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, que aprueba el libro V del Código Civil de Cataluña. En efecto, en su artículo 568-1, bajo el epígrafe *“concepto”*, el apartado 1 señala que *“son derechos de adquisición voluntaria los siguientes: a) La opción, que faculta a su titular para adquirir un bien en las condiciones establecidas por el negocio jurídico que la constituye”*.

En lo relativo a su constitución, el artículo 568-2 afirma que *“los derechos reales de adquisición se constituyen en escritura pública y, si recaen sobre bienes inmuebles, deben inscribirse en el Registro de la Propiedad”*. No se entiende bien este último requisito. Por dos razones:

La primera es que altera el principio de voluntariedad de la inscripción que rige en el Derecho Inmobiliario Registral Español. Regla que,

(8) Técnicamente, pueden distinguirse el derecho de opción –real o personal– del contrato de opción. Éste es el negocio jurídico por virtud del cual nace aquél.

hasta ahora, apenas ha tenido excepciones. La más señalada es la hipoteca (9). Pero es que, además, la dicción del precepto, con ese término “*deben*” no hace sino sumirnos en la duda respecto a si es una inscripción constitutiva u obligatoria. Es decir, no resuelve qué es lo que pasa si el derecho de opción no se inscribe. Cuáles serían las consecuencias, los efectos de esa no inscripción. Porque si son los generales previstos en la Ley Hipotecaria (10), no hay que indicarlo: las consecuencias (no perjuicio a tercero) se producirán, se diga o no. Y si lo que se pretende es introducir un requisito adicional (11), ese “*deben*” poco aclara (12).

Más adelante, el artículo 568-2 nos dice que “*El ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la adquisición del bien en la misma situación jurídica en que se hallaba en el momento de la constitución, así como la extinción de los derechos incompatibles constituidos con posterioridad sobre el bien si el derecho se había constituido con carácter real, sin perjuicio de lo establecido por la legislación hipotecaria*”.

La regulación concreta del mismo la recoge el citado Código en sus artículos 568-8 a 568-12.

2) Cesión de terreno a cambio de obra futura.

Podemos describir este contrato como aquel en cuya virtud una de las partes, cedente, transmite a la otra, cesionaria, un solar edificable con la finalidad de que la cesionaria construya un edificio y le transmita la propiedad de una o varias de las entidades (plazas de aparcamiento, locales de negocio, viviendas) de la división horizontal.

Esta figura ha tenido un enorme desarrollo en la práctica jurídica española reciente. Y los contratos se han ido conformando notarialmente: dado que se trata, por definición de un contrato sobre inmuebles, la inmensa mayoría de las veces se ha solemnizado en escritura pública.

(9) En efecto, el artículo 145 de la Ley Hipotecaria nos dice que “*Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: 1. Que se hayan constituido en escritura pública. 2. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad*”. Aludiendo, no obstante, a la escritura pública como hecho determinante, “la hora de la verdad” en la contratación, dice Rodrigo TENA que “*algún día, alguien muy ilustrado debería explicar al prestatario e incluso a la entidad de crédito qué es eso de la inscripción constitutiva de la hipoteca*”. (TENA ARREGUI, Rodrigo: “El coste de la doble calificación –notarial y registral– de la representación”, en la revista *La Notaría*, septiembre de 2000, p. 75.)

(10) Cuyo artículo 32 nos dice que “*Los derechos reales no anotados ni inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero*”.

(11) Además, puede entenderse que ello vulnera el marco competencial que la Constitución Española establece en el artículo 149.1.8.º, al atribuir al Estado central, “*en todo caso*” lo relativo a la “*ordenación de los registros e instrumentos públicos*”.

(12) En un punto, los efectos, donde se debe afilar muy bien. Como decía GONZÁLEZ PALOMINO, “el Derecho son efectos, y todo lo demás, literatura”.

Ha sido en este caso el legislador catalán el que ha afrontado la regulación de este negocio jurídico, al aprobar la Ley 23/2001, de 31 de diciembre. Y, de la misma forma que ha ocurrido con otros contratos, lo cierto es que no ha habido muchos aciertos en este nuevo régimen. Con todo, quizá la aportación más valorada sea la prevista en el artículo 2, párrafo primero: *“La cesión puede hacerse mediante: A) La transmisión total de una finca o de la edificabilidad a cambio de la construcción futura. B) La transmisión de una cuota de una finca o de la edificabilidad en la proporción que la persona cedente y la cesionaria determinen, constituyendo una situación de comunidad”*. Este artículo aparece desarrollado por los artículos 4 y 5. En efecto, el artículo 4 nos dice que *“Si la cesión se hace mediante la transmisión total de la finca o de la edificabilidad a cambio de la construcción futura, la entrega de las viviendas, los locales o las demás edificaciones que correspondan a la persona cedente se hace una vez finalizada la obra”*. Y, por su parte, el artículo 5 afirma que *“Si la cesión se hace mediante la transmisión de una cuota de la finca o de la edificabilidad, en la descripción de las diferentes viviendas, de los locales o de las edificaciones proyectados ha de constar la respectiva adjudicación a cada uno de los propietarios, que ha de hacerse efectiva a medida que la obra se complete”*.

Las críticas se han centrado, sobre todo, en los efectos. Así, el catedrático de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, Pablo SALVADOR CODERCH, considera que *“su texto, cargado equitativamente de buenos propósitos y simples despropósitos, dice cosas como que el antiguo dueño del solar que ha recuperado la propiedad del terreno y de lo construido sobre él por incumplimientos de su antiguo adquirente podrá pedir el derribo de lo construido a cargo del incumplidor si el coste de finalización de las obras supera la mitad de lo originariamente pactado. Pero normalmente la construcción se habrá financiado con créditos hipotecarios y no estoy muy seguro de que los intermediarios financieros de este país tengan muy clara la bondad de una regla que dinamita sus hipotecas junto con las estructuras que se derriban. Tampoco nadie parece haber caído en la cuenta de que, con frecuencia, las normas urbanísticas impedirán el derribo, pues habrá obligación de edificar”* (13).

3) Contrato de aparcamiento.

Esta figura ha sido acogida por la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos. Señala su exposi-

(13) “Nacional y progresista”, en el diario *El País*, edición de Cataluña, 22 de enero de 2002.

ción de motivos que *“la realidad social impone la consideración legal de la relación jurídica establecida en torno a la figura del aparcamiento de los vehículos a motor, atendida la masificación del fenómeno, así como los problemas que se derivan de la falta de un desarrollo legislativo específico”*. Y más adelante añade que *“es el aparcamiento público aquel que origina el mayor grado de conflictividad y es a este específico supuesto que pretende dar respuesta esta Ley”*. Dentro de esas otras figuras contractuales a las que se refiere la exposición de motivos destaca, sin duda, el contrato de depósito, regulado en el Código Civil en los artículos 1.758 a 1.789; y, en el Código de Comercio, por los artículos 303 a 310.

El ámbito de aplicación de la nueva Ley está descrito por el artículo 1, al puntualizar que *“La presente Ley establece el régimen jurídico aplicable a los aparcamientos en los que una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular, para el estacionamiento de vehículos de motor, con los deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de ocupación, a cambio de un precio determinado en función del tiempo de estacionamiento”*.

Se trata, por tanto, de un contrato de naturaleza mercantil, no civil. De hecho, el depósito civil es naturalmente gratuito (art. 1.760 CC). Y, por la protección del consumidor, que tanto inspira las legislaciones modernas, se le atribuye un carácter semi-imperativo.

Por último, se confiere, siguiendo el criterio del artículo 1.780 del Código Civil, el derecho de retención al depositario mientras el depositante no abone lo que le debe (art. 5.3) (14).

4) La mediación o corretaje.

Podemos definir el contrato de mediación o corretaje como aquel por el cual una de las partes, el corredor o mediador, se obliga a indicar a la otra parte, el cliente, llamado usualmente comitente o mandante, la oportunidad de concluir un determinado negocio jurídico con un tercero, el mediatario, o a servirle de intermediario en su negociación a cambio de una retribución o remuneración, también denominada corretaje, comisión

(14) Este derecho, no obstante, puede dar problemas: debido a la pluralidad legislativa existente en España, a la que antes hemos hecho referencia, el derecho de retención aparece regulado de manera distinta en el Código Civil y en el Derecho Catalán. En aquél es un derecho sin regulación específica, que atribuye, según jurisprudencia reiterada, la mera facultad de mantener la posesión de la cosa hasta el pago de lo debido. Sin embargo, en el Código Civil de Cataluña, el acreedor puede promover notarial o judicialmente la enajenación de la misma y cobrar con el importe obtenido: es decir, como si fuera un derecho de prenda de origen legal.

o premio, que se obliga a pagar al corredor, siempre que se concluya el negocio jurídico como consecuencia de su intervención. Esta última nota es, precisamente, la característica fundamental: el agente sólo podrá exigir su retribución si el negocio se concluye. Por eso, aunque el cliente celebre después el contrato con el tercero –por ejemplo, una compraventa–, intentando eludir al agente, éste tendrá derecho a su retribución.

Una subespecie es el contrato de agencia, que implica un tracto sucesivo, y que hoy aparece regulado en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, cuyo artículo 1 nos dice que *“por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”*.

Un rasgo esencial del agente, como antes adelantábamos, es la independencia. Por eso el artículo 2 de la Ley puntualiza que *“no se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan”*. Añadiendo que *“se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios”*.

Por último, la escalada de leyes de carácter imperativo también ha alcanzado a este negocio jurídico; y, así, el artículo 3 de la Ley nos dice que sus preceptos *“tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa”*.

5) Contrato de viaje combinado.

También ha adquirido carta de naturaleza, dentro del Derecho positivo, esta figura contractual; pues, en la actualidad, está regulada por la Ley 21/1995, de 6 de julio.

Su exposición de motivos nos dice que son dos los objetivos de la presente Ley:

a) Adaptar –“*trasponer*”– la normativa comunitaria al Derecho español, con la finalidad de *“un acercamiento y homogeneización de las legislaciones nacionales”*. Y,

b) La protección del consumidor: por eso dicha protección “*se centra, en primer término, en la completa y detallada información que obligatoriamente ha de facilitarse al consumidor en la oferta a través de un programa de viaje a cuyo contenido la Ley da carácter vinculante para el organizador o detallista. La acentuación de la protección para una adecuada información se advierte en la exigencia de la forma escrita del contrato y la consignación de cláusulas que constituyen una descripción del viaje combinado cuya complejidad es evidente*”.

Más adelante nos referiremos a algún efecto concreto de este contrato.

6) Contrato de esponsorización o patrocinio.

También ha perdido su calidad de contrato atípico, pues, aunque de manera muy escueta, aparece previsto por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, cuyo artículo 24 nos dice que “*El contrato de patrocinio publicitario es aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador. El contrato de patrocinio publicitario se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables*”.

7) Contrato de franquicia.

En la actualidad este contrato está previsto en la Ley 7/1996, de 15 de enero, reguladora del comercio minorista. Su artículo 62 nos dice en su párrafo primero que “*La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios*”.

Por su parte, en el ámbito del Derecho Comunitario, su plasmación jurisprudencial surge de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 28 de enero de 1986, en el “Caso Pronupcia”, según la cual los datos que definen su naturaleza jurídica, y su diferencia con los contratos de suministro o de distribución de mercancías, son los siguientes: a) el franquiciador debe transmitir su “Know-how”, o asistencia o metodología de trabajo, aplicando sus métodos comerciales. b) dicho franquiciador queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las campañas publicitarias para difundir el rótulo y la marca.

8) Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2002 señala que en el contrato de arrendamiento con opción de compra o *leasing* concurren tres partes: 1. La empresa de *leasing*, que financia la operación conjunta y celebra con el proveedor el contrato de compraventa y con el usuario el de arrendamiento con opción de compra; 2. El proveedor, que ha celebrado el anterior contrato de compraventa y entrega la cosa al usuario; y 3. El usuario, que celebra el contrato con la empresa de *leasing* y recibe la cosa del proveedor, normalmente elegida por él mismo. Tal contrato de *leasing*, como dice la sentencia de 28 de noviembre de 1997, *“es institución del derecho comercial incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptuado como un contrato con base en los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1.255 del Código Civil”*.

Legislativamente, contamos en el Derecho español con una definición legal, en la disposición adicional séptima, apartado primero, de la Ley de 29 de julio de 1988, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito: *“Tendrán la consideración de operación de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del propio usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas y que incluirán necesariamente una opción de compra a su término, a favor del usuario”*. La sentencia de 19 de julio de 1999 aclaró, por su parte, que *“la entidad de leasing es la titular dominical del bien, frente a cuyo embargo puede oponer con éxito la tercería de dominio”*.

9) Contratos relacionados con el Derecho de familia.

A) Vitalicio o cesión de bienes a cambio de alimentos o contrato de alimentos.

El contrato de alimentos ya existía en la práctica, muy especialmente, la notarial. Y, a partir de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, ha adquirido carta de naturaleza en el Derecho positivo, encuadrándose, dentro del título XII del libro IV del Código Civil, bajo la rúbrica del contrato de alimentos (arts. 1.791 a 1.797). Lo define el artículo 1.791: *“Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manu-*

tención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos”.

Lo cierto es que, como adelantábamos, este contrato tenía una existencia real, apoyada en la práctica notarial, y con base específica en el artículo 153 del CC, según el cual *“Las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto, se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate”.* Es decir, nos encontramos con un reconocimiento amplísimo de la autonomía de la voluntad, que confiere cauce suficiente al citado contrato. En cualquier caso, la nueva normativa no debe considerarse como imperativa, sino, con arreglo al principio general propio del Derecho Privado, de carácter meramente dispositivo, tesis que se apoya también en el artículo 1.793 del Código Civil (15).

No obstante, con anterioridad, la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, ya se adelantó al legislador estatal y reguló el contrato de vitalicio en los artículos 95 a 99. Según el párrafo 1 de su artículo 95, *“por contrato de vitalicio una o varias personas se obligan, respecto*

(15) El resto del texto completo de los nuevos artículos del CC, tras la aprobación de la citada ley, es el siguiente:

“Artículo 1.792. De producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente.

Artículo 1.793. La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe.

Artículo 1.794. La obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152, salvo la prevista en su apartado primero.

Artículo 1.795. El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas. En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respeto de lo que dispone el artículo siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen.

Artículo 1.796. De las consecuencias de la resolución del contrato habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida.

Artículo 1.797. Cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria.”

a otra u otras, a prestar alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista". Obsérvese la impropiedad, la poca precisión jurídica que implican las palabras "*cesión*" y, no digamos, "*entrega*"; que, como sabemos, es, en los derechos que se rigen por el sistema adquisitivo del título y del modo, el complemento necesario para la adquisición de la propiedad o de los demás derechos reales (16).

El párrafo segundo también nos da alguna sorpresa al decirnos que "*la prestación alimenticia comprenderá el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica del alimentista, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes*". ¿Afectivos? No estoy muy seguro de que puedan fiscalizarse de manera adecuada. Es, más bien, un *desideratum*, una muestra de buena voluntad que se ha deslizado nada menos que en un texto legal (17).

Por su parte, en el artículo 96 aflora otra muestra palmaria de imprecisión: "*Este contrato se formalizará en documento público*". ¿Qué quiere decir? ¿Es requisito *ab solemnitate*? Compárenlo con la claridad del artículo 633 del CC: "*Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario*".

B) Situaciones convivenciales de ayuda mutua.

Las prevé la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, del Parlamento Catalán. Lo cierto es que el afán intervencionista del Estado alcanza cotas difícilmente sospechadas. Su artículo 1 nos dice cuál es el objeto de su regulación, al señalar que "*Las disposiciones de la presente Ley son aplicables a las relaciones de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, tanto si la distribución es igual como desigual y tanto si la carga económica sólo es asumida por alguno como si lo es por algunos de los convivientes y la del trabajo por el otro u otros*". Y como,

(16) En el Derecho español, la vigencia de este sistema resulta, entre otros, de los artículos 609, 1.095 y, sobre todo, 433, único precepto que menciona explícitamente ambos elementos de la transmisión: "*Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide*".

(17) Aunque, como sabemos, expresiones similares no faltan en el Código Civil español. Pero, claro, en relaciones jurídicas dominadas por el aspecto personal, como el matrimonio (obligaciones previstas en los artículos 67 a 71 del CC) y la patria potestad (muy especialmente las obligaciones que se imponen a los hijos y los padres en el art. 155).

en realidad, hay poco que legislar al respecto, el artículo 3 nos dice que *“Los convivientes pueden establecer verbalmente o por escrito público o privado los pactos reguladores de la convivencia, los respectivos derechos y deberes, incluidas las causas y normas de extinción de ésta”*. O sea, nada.

C) Pacto de acogida de personas mayores.

Aparece en la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, que regula, en el ámbito catalán, este contrato de efectos complejos. Su artículo 1 nos dice que *“El pacto de acogida consiste en la vinculación de una persona o una pareja casada o unida de manera estable, o una familia monoparental, por razón de la edad o bien de una discapacidad, a una persona o a una pareja casada o unida de manera estable, que deben ser más jóvenes, si la acogida es por razón de la edad, que los aceptan en condiciones parecidas a las relaciones de parentesco y a cambio de una contraprestación”*.

Lo confuso de esta figura, en especial en lo relativo a sus efectos, que, obviamente, es lo importante, ha provocado numerosas críticas entre los autores. Para Montserrat PEREÑA, *“el régimen sucesorio del pacto de acogida es la guinda de un cúmulo de despropósitos”* (18).

Conclusiones de la proliferación de Leyes expuesta

1.ª Exagerada –casi enfermiza– tendencia a regular todo lo habido y por haber: lo hemos visto al relacionar las nuevas leyes contractuales. Como dice Alejandro NIETO, *“el legislador moderno, no sólo está motorizado, sino que actúa frenéticamente. Quiere regular todo; pero, en su paroxismo, cuanto más abarca, menos aprieta”* (19). Este fenómeno llega al

(18) PEREÑA VICENTE, Montserrat: “El pacto de acogida del Derecho Catalán”, trabajo al que, por deferencia de la autora, he tenido acceso antes de su publicación. Esta profesora de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid es muy crítica con las consecuencias de la norma, que priva a los familiares de los efectos sucesorios privilegiados que la misma establece a favor de los acogentes que no sean familiares, pues, nos dice: *“esta Ley, a nuestro modo de ver, pone de manifiesto una deficiente técnica legislativa que denota una confusión de ideas elementales, como los conceptos de oneroso y gratuito, que el legislador utiliza de forma caprichosa y arbitraria y poco técnica. Si se quiere utilizar como «gancho» los derechos sucesorios para favorecer este tipo de acogimiento, hay que hacerlo seriamente y tener claro qué es lo que prevalece en este contrato, si la prestación de una asistencia que se retribuye y así se establece de forma esencial en la Ley, o ese aspecto cuasifamiliar que genera efectos sucesorios. Parece que los dos puede ser demasiado, sobre todo porque el agravio comparativo que produce cuando es un familiar el que se ocupa de la asistencia es grande, pues éste no tiene derecho ni a una cosa ni a otra, es más, en muchos casos será él el que tendrá que abonar los gastos de manutención del acogido”*.

(19) NIETO, A.: *El arbitrio judicial*, editorial Ariel, año 2000, p. 256.

extremo de regular, como hemos visto, la convivencia de un grupo de personas en una misma casa (20).

El asunto no es baladí, pues pone de manifiesto la degradación del Derecho por parte del órgano encargado de crearlo: el legislador (21) y, correlativamente, una distancia creciente entre el aparato del Estado y los administrados. Pero, en fin, estas consideraciones, aunque afectan al núcleo mismo de la estructura jurídica de una sociedad, escapan del objeto de este trabajo.

2.^a Atomización de la legislación española. Como hemos adelantado, la existencia de diecisiete Comunidades Autónomas multiplica exponencialmente la creación de leyes. Como apunta el catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *“las disparidades, que hasta ahora eran sanísimas porque eran producto de la historia, no habrá que localizarlas en las regiones forales: podrá haber también un Derecho sobre la responsabilidad extracontractual de La Rioja, o un régimen de arrendamientos urbanos para Madrid, o una Ley de Propiedad Horizontal para Castilla y León...”* (22).

En realidad, la materia contractual, por su contenido eminentemente patrimonial, poco juego da a las peculiaridades regionales. Por eso se pregunta Pablo SALVADOR CODERCH: *¿Cómo podrían serlo (peculiares de un país o de una región) las reglas de la compraventa o las que establecen el cómputo de los plazos para reclamar el pago de una deuda? La función primordial de esta modesta rama del derecho es facilitar de forma barata que las cosas y los servicios vayan allí donde más rinden. Entonces crecerá la riqueza de la nación*” (23).

(20) No es de extrañar que en un ambiente tan intervencionista se regulen, por ejemplo, las uniones estables de pareja de tal suerte que los integrantes de la misma pueden quedar sometidos a esa normativa cuasimatrimonial sin necesidad de prestar su consentimiento; y aun contra su voluntad (a título de ejemplo, véanse las leyes de 26 de marzo de 1999, de las Cortes de Aragón –art. 3– y la de 3 de julio de 2000 del parlamento de Navarra). En el campo del Derecho Público tampoco debe sorprendernos que el reciente Estatuto de Cataluña (máxima norma de la Comunidad Autónoma) garantice al ciudadano el *“derecho a gozar... del paisaje en condiciones de igualdad (...)”* (art. 27). ¿Hasta dónde van a llegar los poderes públicos en su sofocante penetración en la vida de las personas? ¿Se atreverán a regular cómo debemos disfrutar del paisaje?

(21) No faltan advertencias drásticas ante este movimiento, tan difícil de parar. Así, Juan Manuel DE PRADA (en diario ABC, lunes 28 de agosto) concluye que “El Derecho ha dejado de ser un instrumento que encauza las relaciones humanas a través de instituciones fundadas en la existencia de derechos y deberes recíprocos, para convertirse en una carcasa puramente formalista que las instancias de poder manipulan y tergiversan a su antojo, siempre so capa de la «extensión de los derechos de los ciudadanos»”.

(22) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: “De cómo Ambrosio se quedó sin coche”, revista *La Tribuna del Derecho*. Semana del 16 al 30 de abril de 2006, p. 8.

(23) “Nacional y progresista”, en el diario *El País*, edición de Cataluña, 22 de enero de 2002.

Esta pluralidad contrasta con la tendencia unificadora del Derecho Comunitario; lo cual no deja de traducirse en una cierta esquizofrenia.

3.ª Regulación farragosa y alambicada, lejos de la sencillez y facilidad de manejo de los códigos vigentes. Como dice Díez-PICAZO, “*los códigos modernos propenden a fórmulas muy breves de gran concisión...*”; y, en contraposición, “*los textos demasiado largos, demasiado prolijos, nos producen desasosiego y mala impresión. A menudo decimos, espontáneamente, que son poco jurídicos*” (24).

4.ª Olvido de los principios generales de las obligaciones y contratos, recogidos en la mayoría de los códigos civiles del siglo XIX. Teniendo en cuenta, como nos recuerda el propio Díez-PICAZO, que “*el sistema del código proporciona una pauta utilizable para la búsqueda de la información deseada*”, dado que “*el índice de materias sigue un determinado orden, y este orden nos resulta conocido y familiar*”. Por eso esos códigos civiles “*no han sido obstáculo para recibir los contratos modernos... como el leasing, el factoring, el sponsoring y tantos otros (...) o las nuevas formas de garantía, como las garantías autónomas, los avales a primera demanda o avales de patrocinio*” (25).

¿Dónde está, pues, el problema? Con toda seguridad, en el legislador y en los llamados, no sin cierta pretenciosidad, “operadores jurídicos”, faltos, uno y otros de cintura suficiente para manejar las herramientas tan eficaces de que disponemos. Porque no sólo no utilizamos esas herramientas, sino que las despreciamos y las ahogamos con otras peores y menos prácticas: las leyes nuevas, que, cuando no son superfluas, son laberínticas. ¿Cómo definir, sino como desalentador, un panorama legislativo en el que:

- Hay doce leyes de uniones estables de pareja en un mismo país (España).

- Las modernas leyes desprecian, como ahora veremos, el principio de obligatorio cumplimiento del contrato, facilitando sobremanera el desistimiento unilateral.

- Se aprueban leyes para regular, por ejemplo, cómo conviven personas en una casa.

- O se promulgan normas jurídicas en las que lo primero que se aclara es que son imperativas?

(24) Díez-PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Editorial Ariel, 3.ª edición (1993), pp. 168-169.

(25) Obra citada, pp. 177-178.

El problema está, pues, planteado. El diagnóstico, hecho. Si bien, es obvio, podrá compartirse o no. En cualquier caso, no nos quedaremos sólo con la descripción de la situación. Deben afrontarse las posibles soluciones.

Por eso el propio Díez-PICAZO, al referirse a la materia que nos ocupa, ve el nudo del asunto “*en la necesidad de una jurisprudencia con dosis suficientes de agudeza y de flexibilidad para introducir los contratos atípicos en el sistema contractual (...)*” (26); y a esta labor deberá contribuir también la llamada *jurisprudencia cautelar*, función que cumplen “*todas aquellas personas que asumen un papel de asesoramiento (por ejemplo: notarios, abogados, asesores, etc.)*”. Pues “*cuando redactamos un contrato, o resolvemos una consulta o damos un consejo, estamos muchas veces tratando de impedir que el conflicto llegue a plantearse...*”. Esta jurisprudencia cautelar, que no es más que una forma de interpretación, “*busca una mayor dosis de seguridad y, por ello, normalmente, se aferrará a los criterios o puntos de vista más estables, o generalmente admitidos*” (27).

Esto es, precisamente, lo que hoy corre peligro y se está perdiendo de vista: los criterios generales, las pautas de conducta jurídica universalmente aceptadas. En último término, seguridad jurídica, que, como dice Juan BOLÁS, consiste en “*saber a qué atenerse*”.

IV. Una sugerencia: recuperación de reglas y principios generales tan útiles como olvidados

1. Autonomía de la voluntad.

a) Reconocimiento.

Este principio, tan clásico en el Derecho Privado Patrimonial y, en particular, en el Derecho de Obligaciones, podemos definirlo como la facultad de autorregular las propias relaciones jurídicas privadas. En nuestro Código, su manifestación más diáfana y general está plasmada en el artículo 1.255, al decirnos que “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público*”. Desde una perspectiva más amplia, no podemos olvidar que el artículo 1 de nuestra Constitución proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico “*la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”. Precisamente

(26) Obra citada, p. 178.

(27) Obra citada, p. 245.

por ese orden: la libertad, por tanto, en primer lugar. En consecuencia, este principio se configura como el básico y fundamental para la admisión de cualquier contrato atípico que los interesados quieran concluir, siempre que no se traspasen los límites que el precepto señala. En el varias veces citado Derecho catalán, el artículo 111 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, que aprueba el nuevo Código Civil, nos dice que *“Las disposiciones del presente Código y de las demás leyes civiles catalanas pueden ser objeto de exclusión voluntaria, de renuncia o de pacto en contrario, a menos que establezcan expresamente su imperatividad o que ésta se deduzca necesariamente de su contenido. La exclusión, la renuncia o el pacto no son oponibles a terceros si pueden resultar perjudicados por ellos”*. Recoge, pues, un principio general que es, a su vez, derivación del de la autonomía de la voluntad: las normas jurídicas de Derecho privado se presumen dispositivas; es decir, pueden ser excluidas por la voluntad de los particulares. Por su parte, en el ámbito mercantil, el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 señala que *“En la escritura se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima”*. En términos muy parecidos se expresa la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995.

Más adelante veremos cómo ayudan, de manera determinante, a la concreción de esta libertad contractual los juristas que intervienen en la redacción del negocio jurídico.

b) Su crisis.

No son pocas las leyes que excluyen, casi de plano, la autonomía de la voluntad; no estando siempre clara su justificación. Así, por ejemplo, el artículo 3 de la Ley del Contrato de Agencia, de 27 de mayo de 1992, nos dice que sus preceptos *“tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa”*. Se invierte, pues, la regla (presunción de que las normas son dispositivas). O la Ley 40/2002, reguladora del contrato de aparcamiento, cuyo artículo 7 nos dice que se respetará, *“en todo caso, lo establecido en la presente ley...”*.

2. Irrevocabilidad del contrato.

a) Plasmación positiva.

Este principio aparece consagrado, de modo general, por el artículo 1.256 del CC, según el cual *“la validez y el cumplimiento de los con-*

tratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Como dice LÓPEZ BURNIOL (28), es, además, el artículo 1 de la Ley de Sentido Común; porque, al fin y al cabo, la esencia del contrato es la vinculación con otra persona (29), de manera que su modificación sólo podrá tener lugar con el consentimiento de la misma. Esta regla subyace, además, en otros muchos preceptos del CC: así, el artículo 1.115 nos dice que "*Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código*" (30); el artículo 1.449, en materia de compraventa, ordena que "*El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*"; y, en la regulación de la sociedad civil, el artículo 1.690 nos dice que "*La designación de pérdidas y ganancias no puede ser encomendada a uno de los socios*". Por último, también en un campo no estrictamente contractual, como es el de las capitulaciones matrimoniales, el artículo 1.334 establece que para que sea válida la modificación de las mismas "*deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas*".

b) Su crisis.

Son varios los ejemplos de leyes recientes en los que este principio aparece muy debilitado. Podemos indicar las siguientes:

1. La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (lo que normal-

(28) LÓPEZ BURNIOL, J. J.: "Propuesta de reforma del estatuto de Cataluña (2005). Informe a primera vista. (Acarreo de materiales y ajuste de cuentas conmigo mismo)". Trabajo inédito al que he tenido acceso por deferencia del autor.

(29) No deja de ser una manifestación del *pacta sunt servanda* romano; es decir, que los pactos deben ser cumplidos. Curiosamente, sin embargo, este axioma latino ha quedado confinado al campo del Derecho Internacional Público, en el que se valora más como un *desideratum* o intención que como una auténtica obligación (que es lo que es en el ámbito del Derecho Privado). Pero, en fin, ya sabemos el grado de exigibilidad tan limitado que suelen tener los convenios internacionales.

(30) Obsérvese cómo un tenor literal casi idéntico aparece en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Protección de los Consumidores y Usuarios, al considerar abusiva (disp. adicional, ap. 4.º) "*la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme*". *Nihil novum sub sole*: era innecesario, pues ya lo teníamos en nuestro Derecho.

mente se conoce con el nombre de “multipropiedad”), nos dice en su artículo 10.1 que *“El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio. (...). Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno”*.

2. La Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, nos dice en su artículo 5.1 que *“El consumidor podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados siete días contados desde la recepción (...)”*.

En ambos supuestos, la facultad de revocación, resolución unilateral o desistimiento es total. Tiene su *ratio* en la protección de la parte económicamente más débil. No obstante, cabe preguntarse si no implica ello una sobreprotección del consumidor, cuyos derechos e intereses pueden estar suficientemente defendidos, entre otras, por la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios y por la Ley de Condiciones Generales de Contratación.

Asimismo, no podemos olvidar la defensa que para esta parte más débil y menos informada representa la intervención en la contratación de asesores jurídicos que le pueden informar de manera cabal acerca de las consecuencias del contrato. Precisamente por ello, en la Ley de Contratos celebrados fuera del establecimiento se excluyen (art. 2) aquéllos que se hayan *“documentado notarialmente”*. No ocurre así, sin embargo, con la Ley reguladora de la multipropiedad; si bien el legislador español no deja de mostrar su extrañeza con la norma comunitaria, al decirnos en su Exposición de Motivos que *“la intervención del fedatario público sería suficiente para considerar innecesario conceder al adquirente la facultad de desistimiento, pues su presencia impide el que la otra parte haga valer su preponderancia, pero, puesto que la Directiva no establece ninguna excepción en favor de estos contratos intervenidos, ha sido necesario conservar esa facultad de desistimiento...”*.

3. Transmisibilidad de los derechos.

Es éste otro principio de Derecho privado contractual que nuestro CC consagra en su artículo 1.112, al decirnos que *“Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles, con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”* (obsérvese cómo se respeta, una vez más, el pacto en contrario, manifestación, como sabemos, del principio de autonomía de la voluntad).

La transmisibilidad general se predica tanto *intervivos* como *mortis*

causa (31). Y, al mismo tiempo, puede verificarse a título oneroso (32) o gratuito. La excepción a esta transmisibilidad vendrá determinada, como dice el artículo 1.257 del Código, cuando los derechos “*no sean transmisibles o por su naturaleza o por pacto o por disposición de la ley*”. No es materia de este trabajo analizar estas excepciones, algunas previstas en el propio Código Civil, como la del artículo 525 CC (“*Los derechos de uso o habitación no pueden arrendarse ni traspasarse a otro por ninguna clase de título*”) o la del artículo 151.1 (“*No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos*”).

En términos generales, se respeta este principio por las leyes recientes. Así, por ejemplo, el artículo 5.1 de la Ley 21/1995, reguladora, como hemos visto, de los viajes combinados señala que “*El contratante principal o el beneficiario podrán ceder gratuitamente su reserva en el viaje combinado a una persona que reúna todas las condiciones requeridas para el mismo*”. (No se admite, parece ser, la cesión onerosa.)

Por su parte, en la regulación citada del derecho de opción de la legislación catalana, el artículo 568-9 del Código Civil catalán señala que “*1. Los bienes sujetos a un derecho de opción son enajenables sin consentimiento de los optantes, y los adquirentes se subrogan en las obligaciones que, si procede, corresponden a los concedentes del derecho.*

2. Los derechos de opción son transmisibles, salvo que se hayan constituido en consideración a su titular”.

4. Reciprocidad y onerosidad de las prestaciones.

Regla que en nuestro Derecho positivo aparece en varios textos. Así, por ejemplo, en materia de interpretación contractual, nos dice el Código Civil que “*Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere... oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses*” (art. 1.289-1).

5. Efectos resolutorios para el caso de incumplimiento.

En caso de incumplimiento de una de las partes contratantes, aparece la alternativa conocida como “condición resolutoria tácita” que da derecho, a la otra, a elegir entre exigir el cumplimiento o la resolución. Nues-

(31) Dice el artículo 659 del CC que “La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte”.

(32) Los artículos 1.526 y ss. del CC se refieren a la transmisión de créditos y demás derechos incorpóreos.

tro Código la recoge en el artículo 1.124. Tiene sus manifestaciones en leyes recientes, que la mencionan de manera superflua, pues no es necesario su reconocimiento explícito cuando ya lo tenemos en el CC. En esta redundancia incurre, por ejemplo, la citada Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora del viaje combinado (arts. 8 y 9 de la misma).

Los efectos de la resolución, no lo olvidemos, implican la devolución de la cosa con sus frutos y del precio con sus intereses (arts. 1.305 y 1.306; y 1.295, todos ellos del CC).

No pensemos, sin embargo, que está tan claro este principio para el legislador contemporáneo. Así, el artículo 6.6 de la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogimiento de personas mayores, del Parlamento de Cataluña, dice que *“Las personas o entidades públicas o privadas que, como consecuencia de la extinción de la acogida por las causas previstas en el artículo 5.1.c) y d), han dado alimentos a la persona acogida, pueden subrogarse en las acciones de ésta contra las personas acogedoras por el importe de los alimentos dados”*.

No ha pasado inadvertida esta regla. Montserrat PEREÑA denuncia que el *“legislador rompe con la propia coherencia interna de las instituciones”*, pues, *“en caso de resolución, olvida que la parte que quiere resolver debe devolver las prestaciones que hubiera recibido, aunque quepa hacer alguna deducción, ¿o es que el legislador catalán pretende crear un nuevo tipo de resolución en el que no se reintegran las prestaciones recibidas?”* (33).

6. Protección del consumidor.

Este principio subyace a varios preceptos de nuestro Código Civil, siendo, quizá, el más explícito, el artículo 1.288: *“La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”*. Ahora bien, tal y como se ha apuntado antes, las modernas Leyes (34) se han preocupado especialmente de esta protección. Tendencia que debemos alabar. A modo de ejemplo, podemos citar, entre otras:

— La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, recoge múltiples mecanismos de protección. Así, el artículo 10.2, cuyo tenor es casi idéntico al del artículo citado del Código Civil, nos dice que *“En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”*.

(33) PEREÑA VICENTE, Montserrat: ob. citada, p. 25.

(34) Siguiendo el mandato constitucional previsto en el artículo 51.1: *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*.

— La Ley 7/1998, de 7 de abril, de Condiciones Generales de Contratación, nos dice en su artículo 1, apartado 1, que “*Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*”.

— Y, en materia de publicidad, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, pretende que ésta sea fiable y adecuada. Así, su artículo 4 considera engañosa la publicidad que “*de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor*”.

7. Otros principios generales (no sólo aplicables al ámbito contractual).

A) Buena fe.

La buena fe como estándar jurídico de conducta aparece en algunos artículos de nuestro Código, empezando por el Título Preliminar, pues el artículo 7.1 nos dice que “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”. Y, en el ámbito contractual, el precepto clave es el artículo 1.258: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*” (35). Lo cierto es que esta regla de comportamiento no ha planteado pocos problemas en cuanto a su aplicación práctica. Podemos traer a colación una serie de ejemplos, aplicables con frecuencia a los contratos atípicos. Son los siguientes (36):

Ejemplo 1: A formula una oferta a B, en donde se especifica que para que la aceptación de B sea eficaz, debe enviarla directamente a la sede

(35) No debemos confundir esta buena fe con la ignorancia o creencia que puede dar lugar a las adquisiciones *a non domino*, sea de inmuebles (art. 34 de la Ley Hipotecaria), de muebles (arts. 464 del CC y 85 del CCom), o de créditos (art. 1.164 CC). En contra de esta tesis, Jorge ALTERINI, que considera que la buena fe es un instituto unitario (tesis expuesta en la conferencia pronunciada en Fortaleza, Brasil, el 8 de noviembre de 2005, en el marco del IX Congreso Internacional del CINDER –Centro Internacional de Derecho Registral–).

(36) Tomados de Ole LANDO y Hugh BEALE (coordinadores): “Principios de Derecho Contractual Europeo”, Consejo General del Notariado, 2003. Partes I y II, p. 149.

central de A, en donde se ha de recibir en el plazo de ocho días. Un empleado de B no tiene en cuenta esta declaración y envía la aceptación al agente local de A, que inmediatamente la transmite a la administración central de A, que la recibe cuatro días después. A no puede anular el contrato.

El Principio comprende también los comportamientos fraudulentos de una parte.

Ejemplo 2: Un contrato entre A y B establece que si A pretende exigir responsabilidades a B por defectos de cumplimiento, debe interponer la demanda correspondiente contra B. Un poco antes de la expiración de este plazo, A descubre un importante defecto en la prestación de B y le notifica que tiene la intención de reclamar una indemnización por daños y perjuicios. B utiliza tácticas dilatorias para que transcurra el plazo. En diversas ocasiones le asegura a A que no tiene motivos para preocuparse. B se compromete a estudiar el asunto, pero insiste en que tendrá que investigarlo detalladamente.

Tras la expiración del plazo de dos años, A pierde la paciencia y demanda a B, quien alega la prescripción del plazo. Al no haber actuado de buena fe, B no tiene derecho a basarse en ese límite de tiempo.

En las relaciones que se prolongan a lo largo de un período de tiempo (*Dauerschuldverhältnisse*), como son los alquileres, los contratos de seguro, los acuerdos de agencia y distribución, las relaciones laborales, etc., el concepto de la buena fe tiene una significación particular en tanto que guía del comportamiento de las partes.

Ejemplo 3: En el año 1945, A, un fabricante de coches en el país Y, designa a B como distribuidor exclusivo de sus automóviles en el país X. El contrato entra en vigor el 1 de enero de 1946 y tiene prevista una duración de un año. Dispone A, pese a no estar obligado a ello, puede notificar a B con un preaviso de un mes su voluntad de no renovar el contrato. Durante varios años, y con esta misma condición A y B celebran y firman sucesivos contratos de un año de duración. A no desea renovar el contrato para el año 1999 e informa de ello a B el 30 de noviembre de 1998. Teniendo en cuenta que la relación contractual entre las partes ha durado cincuenta y un años, B tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios porque, pese a lo dispuesto en el contrato respecto a la comunicación, en las concretas circunstancias se trata de un plazo de notificación demasiado breve.

B) Analogía.

Sin necesidad de acudir a una nueva regulación, la interpretación extensiva y la analogía nos ofrecen un instrumento útil para la solución de problemas que pueden plantear los contratos atípicos.

La analogía, como sabemos, es un mecanismo de colmado de lagunas que consiste en aplicar a un caso no previsto por la Ley una norma jurídica pensada para un caso parecido. Los requisitos que tradicionalmente se han exigido para la aplicación analógica están recogidos en el artículo 4 (párrs. 1 y 2) de nuestro CC, al decirnos que *“procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”* (37).

Puede ser, dentro de sus límites, un procedimiento utilísimo.

C) *Equidad.*

La equidad responde a la idea de suavización del rigor de la norma en su aplicación al caso concreto. Lo cual, en materia de contratos atípicos, en los que no existe una ley particular que los discipline, podrá tener especial relevancia.

Nuestro ordenamiento jurídico acogió, con carácter general, la doctrina de la equidad con la modificación operada en el Código Civil por el Decreto de 31 de mayo de 1974, que puso en vigor el nuevo título preliminar. En efecto, el artículo 3.2 nos dice que *“La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”*. Sin embargo, esta figura ya tenía carta de naturaleza en dicho cuerpo legal, y muy especialmente, en materia contractual:

Así, en materia de indemnización de daños y perjuicios, el artículo 1.103 del CC señala que *“La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”*. Y, al regular la cláusula penal, el artículo 1.154 afirma que *“El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”*.

Ya en la regulación particular de cada uno de los contratos, el artícu-

(37) DÍEZ-PICAZO pone un ejemplo contractual de aplicación analógica: ¿puede el socio de una sociedad en liquidación retener los bienes comunes en garantía del pago de la deuda que la sociedad tiene con él? En nuestro CC no aparece reconocida esa facultad; pero sí se le concede al poseedor de buena fe, al usufructuario, al depositario o al arrendador de obra... De donde este autor extrae la siguiente regla: “Cuando por consecuencia de una determinada relación jurídica anterior una persona ha realizado gastos en una cosa ajena y está obligado a restituir dicha cosa, puede legítimamente suspender la restitución hasta que dichos gastos le sean abonados” (ob. cit., p. 282).

lo 1.726 nos dice que “*El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido*”; mientras que, al regular la sociedad civil, el artículo 1.690 nos dice en su inciso primero que “*Si los socios se han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá ser impugnada la designación hecha por él cuando evidentemente haya faltado a la equidad*”.

Lo que debemos tener presente es que la equidad no es una figura que sólo pueda aplicarse *ex post*, es decir, judicialmente, cuando ya el litigio está planteado. Tiene un juego más amplio, que permite que se tenga en cuenta también en la configuración del negocio (38).

V. Las profesiones jurídicas ante los contratos atípicos: una responsabilidad inexcusable

Hemos descrito lo que es, a mi juicio, la situación actual, conformada por una deficiente técnica legislativa y una falta de aplicación de los principios jurídicos, tanto contractuales como generales. Lo cual me empuja a animar a los juristas que aquí se encuentran: en efecto, es de capital importancia que el abogado, el asesor, el juez, el registrador, el notario, el profesor, ... dominen bien los principios expuestos y los manejen con soltura. Porque no podemos delegar todo en el legislador. El cual, por una parte, regula contratos que eran atípicos, alejándose de los principios que normalmente habían regido el Derecho de Obligaciones; y, por otra, lo hace de manera que restringe o coarta la libertad de los particulares: más que establecer un cauce jurídico, lo que está haciendo es un corsé, una faja, limitando las enormes posibilidades que la creación del Derecho, a través de los prácticos y los teóricos, siempre había ofrecido.

No es ajena a este fenómeno la nueva configuración de los planes de estudios en las facultades de Derecho. En efecto, estos programas están, en la actualidad, salpicados de materias y asignaturas basadas, casi exclusivamente, en nuevas ramas del Derecho, que, con frecuencia, se alejan de los citados principios generales. No se trata, por supuesto, de que estas nuevas ramas no se estudien. No. Se trata de que no se pierda la perspectiva y no se abandonen los pilares básicos sobre los que descansa un ordenamiento jurídico. Porque el conocimiento de estas reglas básicas pro-

(38) Se pueden ver múltiples ejemplos en LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: “Aplicación por el notario de la equidad”. *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo de 2005, pp. 191 a 232.

porciona herramientas suficientes para acceder a las nuevas materias. No así al contrario.

Me van a permitir que, por mi condición de jurista práctico, me refiera a la relación de la actividad notarial con los contratos atípicos o innominados que aquí se están tratando. Sin perjuicio de que las consideraciones que a continuación se hacen puedan ser aplicables, en mayor o menor medida, a otras profesiones jurídicas.

Porque a nadie se le escapará la importancia que el funcionario o profesional redactor del documento puede tener en la conformación de los contratos. Piénsese que la Ley Orgánica del Notariado española, de 28 de mayo de 1862, establece ya desde el principio la vinculación del notario con los contratos. En efecto, su artículo 1 nos dice que *“El notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a la leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”*. Y, desde luego, su intervención se puede extender a todo tipo de contrato, sea éste típico o no. Si bien su labor creadora y calificadora de la legalidad será todavía más importante en los contratos innominados, por no existir, *a priori*, un cauce normativo específico.

Dividiremos el presente epígrafe en dos apartados:

- A) El notario como conformador de la voluntad de los contratantes.
- B) El notario como controlador de la legalidad del contrato.

A) El notario como conformador de la voluntad contractual.

Por ser una actividad esencial en la función notarial, el Reglamento nos dice en su artículo 147 que *“El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico”* (39). Esta función notarial de conformación de la voluntad ha sido objeto de múltiples consideraciones y observaciones por parte de los autores. Dice RODRÍGUEZ ADRADOS (40) que *“la voluntad que las partes llevan al notario es, con frecuencia, tan defectuosa”* que el documento que se limitara sin más a recogerla sería *“un semillero de innumerables conflictos”*. En efecto, para este

(39) No deben olvidarse, como presupuestos de autorización del documento, la identificación del otorgante y la apreciación de su capacidad. Al respecto, puede consultarse un breve trabajo: GÓMEZ TABOADA, Jesús: “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial”. *Boletín Oficial de Ministerio de Justicia*, 15 de marzo de 2006, número 2009.

(40) RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “El documento notarial y la seguridad jurídica”, en el libro *Escritos Jurídicos*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, volumen III, pp. 125 y 126.

autor, esa voluntad estaría afectada por una serie de vicios que resume en una serie de adjetivos; a los que nosotros daremos contenido con una relación de casos específicos de contratos innominados. En efecto, esa voluntad sería:

a) **Deformada**, “por prejuicios o falsos conocimientos jurídicos”. Supuesto que acaece, por ejemplo, cuando —con bastante frecuencia— se piensa que el que construye una casa o un edificio es el propietario de lo construido; ignorando, por tanto, la más básica norma de la accesión de inmuebles, que el CC español recoge en su artículo 358: “*Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*”. La disociación entre el suelo y lo construido no es imposible, pero requiere un negocio jurídico que dé nacimiento a esa doble titularidad, sea a través del derecho de superficie o del derecho de vuelo. Este último, en España, ha sido en gran parte, un derecho de creación notarial, para dar satisfacción a las necesidades o intereses de las partes contratantes (41).

b) **Errónea**, “por ignorancia de hecho o de derecho, de la situación preexistente, o de las normas jurídicas atinentes al caso”. Así, por ejemplo, en aquellos casos en los que, siendo una inmueble, en particular la vivienda habitual, cotitularidad de ambos cónyuges, se cree equivocadamente que la muerte de uno determina la adquisición, por el otro, de la mitad indivisa del muerto. Esto sólo es así si el cónyuge sobreviviente ha sido designado heredero o legatario de la vivienda. En otro caso integra la herencia y, por tanto, será el heredero el que reciba su mitad indivisa.

Esta posibilidad, sin embargo, aparece en España en materia de sucesión contractual. En efecto, en el ámbito limitado del Derecho catalán, existe el llamado *pacto de sobrevivencia*, consistente en un contrato, solemnizado en escritura pública, en virtud del cual uno de los cónyuges designa al otro sucesor de la mitad indivisa del objeto que compran ambos. Pues bien, recientemente, la creación notarial del Derecho ha dado un paso adelante al aplicarse esta figura no sólo a las parejas casadas, sino también a las que están unidas de hecho. Así lo ha reconocido ya la Dirección General de Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña,

(41) Otros ejemplos que suelen citarse de elaboración notarial del derecho son “*figuras de tanto éxito como la sociedad limitada (como reconoció su propia Exposición de Motivos), la propiedad horizontal, las urbanizaciones privadas, la multipropiedad...*” (TENA ARREGUI, R.: “El coste de la doble calificación —notarial y registral— de la representación”, en *Revista La Notaría*, septiembre 2000, p. 62).

aplicando por analogía, como lo había hecho el notario, una figura pensada sólo en principio para las parejas casadas (42).

c) **Incompleta**, *“pues se dirige sólo a los efectos fundamentales e inmediatos, sin reparar en otros que difícilmente podrán ser calificados de secundarios o accesorios cuando apenas sugeridos aparece la indecisión o el disentimiento”*. Aquí podríamos incluir el deseo de los otorgantes de “poner a nombre” de alguien un inmueble. Como dice el notario español OLIVARES JAMES, “no existe el negocio jurídico de puesta a nombre”. En efecto: lo que en realidad envuelve es, como se puede fácilmente suponer, una transmisión. Que podrá ser a título gratuito (donación) o a título oneroso. En este último caso las opciones son, como sabemos, la compra-venta y la permuta (en cualquiera de sus formas). Por esta voluntad incompleta se suelen olvidar unos efectos desagradables: los impuestos que gravan la transmisión, ya sean los directos (repercusión de la ganancia patrimonial en la renta del transmitente), ya los indirectos (como puede ser el que grava el valor añadido, o los de transmisiones patrimoniales).

La voluntad también será incompleta cuando se pretenda, por una de las partes, o, incluso, por la Administración, encorsetar y reducir las posibilidades existentes. Esto es lo que puede ocurrir con los formularios. Que, en España, pretendieron imponerse en el campo del Derecho societario. En efecto, así se intentó en el trámite parlamentario de la llamada Sociedad Limitada Nueva Empresa. Al final, no cuajó (43), porque, como puso de relieve José Aristónico GARCÍA, *“no pueden remitirse a un formulario aspectos tan decisivos en el devenir de una empresa como su financiación, su dirección, la forma de administrarla o modificarla, su carácter abierto o cerrado, los compromisos de aportar actividad, su posible internalización y tantas otras circunstancias que pueden predeterminedar respuestas previstas a retos perentorios de los que en ocasiones puede depender el éxito de un negocio”* (44).

d) **Imprevisora**, *“porque no se han tenido en cuenta los efectos a largo plazo, y mucho menos los acaecimientos que pueden sobrevenir o interferirse, de fundamental importancia en los casos de prestaciones aplazadas, negocios de tracto sucesivo, testamentos...”*. La autonomía de la voluntad,

(42) Aunque no me convenzan nada los argumentos de la citada Dirección General, el caso no deja de ser un ejemplo de elaboración notarial del Derecho.

(43) En el texto definitivo de la Ley 7/2003 quedaron descartados esos formularios; difícilmente conciliables, por otra parte, con el artículo 12.3 de la Ley de 23 de marzo de 1994, de sociedades de responsabilidad limitada: *“En la escritura se podrán incluir todos los pactos y condiciones que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada”*.

(44) GARCÍA SÁNCHEZ, José Aristónico: “La nueva empresa y los formularios”. Diario *El País*, 16-05-2002.

como hemos visto, es muy amplia y permite a los contratantes introducir elementos de muy variada naturaleza. En especial, la libertad dispositiva es mayor en las disposiciones gratuitas, *mortis causa* o *intervivos*. Estas últimas, por su naturaleza semicontractual, son las que ahora nos interesan: con frecuencia no se piensa en que las limitaciones que se introducen en el momento del otorgamiento convierten el negocio, la transmisión a favor del beneficiado, en un caramelo envenenado. Por ejemplo, las prohibiciones de disponer que se imponen sobre determinados bienes. Pasados unos años esas limitaciones reducen notablemente la utilidad económica del bien, al sustraerlo del mercado. Hay que intentar convencer al transmitente de la inconveniencia de su inclusión en el contrato. Lo mismo puede decirse de las sustituciones fideicomisarias, admisibles también en los negocios gratuitos *intervivos* (45).

e) ***Ilegal***, “*que choca en todo o en parte, con el ordenamiento jurídico*”. Tratándose de contratos atípicos, esta vigilancia notarial es más sutil que en los contratos típicos, cuya regulación ya prevé qué es lícito y qué es ilícito. Como después veremos, no deben quedar dudas de que es en el momento de la celebración del contrato cuando debe controlarse la legalidad del mismo. Es “el momento de la verdad” (en el que se transmite la propiedad, el vendedor deja de ser dueño, el comprador paga el precio, la garantía queda constituida, el banco entrega el cheque, la sociedad se constituye...).

Supuestos en los que los contratantes, sabiéndolo o ignorándolo, contradicen el ordenamiento, son, a título de ejemplo, los siguientes:

— Cuando pretenden renunciar, de manera anticipada, a sus derechos legitimarios; prohibido, en el Derecho español, por el artículo 816 del Código Civil.

— Cuando pretenden conceder un poder y un mandato como soporte de aquél, con la finalidad de que produzca sus efectos *postmortem* (46). Como sabemos, ello no es posible: se debe acudir a la figura del testamento.

— Transmitir la vivienda habitual, que pertenezca en exclusiva al transmitente, del matrimonio, o de la pareja de hecho, sin el consentimiento

(45) En el Código Civil español esta posibilidad aparece en el artículo 640: “*También se podrá donar la propiedad a una persona y el usufructo a otra u otras con la limitación establecida en el artículo 781 de este Código*”, precepto este último que restringe las sustituciones a dos generaciones y siempre que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo de hacerse la donación.

(46) Sí es posible, sin embargo, otorgar un poder para que despliegue sus efectos aun estando el poderdante incapacitado. Esta revolucionaria norma está recogida en el artículo 1.732 *in fine* del Código Civil y fue introducida por la Ley de 18 de noviembre de 2003.

del otro cónyuge o miembro. Vulnera el artículo 1.323 del Código Civil, para el matrimonio, y múltiples leyes de uniones estables de pareja, para el caso de las parejas de hecho (47).

f) Y un consentimiento *discorde* “entre las diferentes partes contratantes; y no solamente a la hora de llenar sus lagunas”, sino incluso en lo esencial, pues los que creían estar de acuerdo están en el desacuerdo más absoluto. Un ejemplo paradigmático es el de la fianza: el fiador desconoce el alcance de su obligación, ignorando que expone todo su patrimonio (48) y que, por tanto, pueden ser embargados sus bienes.

La labor del notario consiste, por tanto, en conformar esta voluntad y darle el cauce jurídico más adecuado para que se produzcan los efectos que las partes desean.

No podemos olvidar, por otra parte, la indispensable protección del consumidor, tan frecuente, como hemos visto, en las leyes recientes. Y, en general, la necesidad de defender al contratante más débil. Ésta es, para el notario, no una mera pauta, sino una obligación. Por eso el artículo 147 del Reglamento Notarial señala en su párrafo tercero que “*sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella*”. Esta búsqueda activa del equilibrio por parte del notario tiene mayor sentido, todavía, en los contratos atípicos, en los que, al soslayo de nuevas cláusulas, pueden introducirse limitaciones y restricciones importantes para la parte más débil.

El propio legislador, en textos recientes, ha reconocido de manera explícita las ventajas de la intervención notarial con la finalidad de asegurar que el consentimiento de los contratantes ha sido emitido libremente y con la información adecuada. Así, la Ley de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, de 21 de noviembre de 1991, excluye del ámbito de aplicación de esta Ley —que confiere al adquirente nada menos que un derecho de revocación del contrato dentro del plazo de siete días desde la formalización del negocio— “*a los contratos documentados notarialmente*” (art. 2.1.5.º). Y, como hemos visto, la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la propiedad por turnos se pronunciaba también en esta línea.

(47) Ya adelantábamos antes que no están reguladas en España con carácter general, sino sólo por algunas comunidades autónomas: al día de hoy, doce. Es fácil imaginar el desorden, por no decir el caos, y la inseguridad jurídica, que semejante pluralidad provoca. Mientras tanto, el artículo 9.3 de la Constitución Española nos dice que la misma “*garantiza (...) la seguridad jurídica*”.

(48) En el Derecho español, el principio de la responsabilidad universal está recogido en el artículo 1.911 del Código Civil, a cuyo tenor “*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*”.

B) El notario como controlador de la legalidad del contrato.

a) *Análisis de la realidad.*

El notario no sólo da forma jurídica al contrato que las partes quieren concluir, sino que, además, controla su legalidad. Lo ajusta a la Ley. Es más, al dar forma jurídica, lo hace amoldándolo al ordenamiento. Como lapidariamente afirma Rodrigo TENA, *“el control de legalidad es la espina dorsal en los sistemas de Notariado latino”* (49), que es el inmensamente mayoritario en los países aquí representados.

La labor de control de legalidad, en los contratos innominados, reviste mayor complejidad que en los contratos típicos; pues, en efecto, al carecer aquéllos de cauce legal previsto, debe ser el fedatario el que lo abra. Por eso, autores como el registrador de la propiedad POVEDA DÍAZ nos dice que *“el notario tiene que estar continuamente tratando de incardinar en el ordenamiento jurídico nuevas figuras, nuevas necesidades económicas, nuevas necesidades de las partes; y esto, a veces, creando figuras nuevas, caminando (...) por trochas no recorridas por nadie y tratando de que esto sea algo asumido por el ordenamiento (...)”* (50). Y en términos muy similares, ÁVILA ÁLVAREZ concibe al notario como *“un técnico jurídico dotado de libertad de creación en su búsqueda de soluciones nuevas para los nuevos problemas con que la vida (más rápida en su evolución que los códigos) acucia (...)”* (51).

En fin, esto es, en esencia, lo que el notario hace, tiene que hacer, ante los negocios jurídicos de nueva creación. Y esta es la razón, como dice el citado Rodrigo TENA, de que este profesional, *“impulsado por la propia justificación de su función, que es la de resolver los problemas y necesidades de la gente, se vea impulsado en ocasiones a aventurarse por caminos desconocidos, asumiendo riesgos excesivos al criterio de mentalidades conservadoras. Hay que decir que, afortunadamente, esto ha ocurrido tradicionalmente en el notariado español”* (52).

b) *Reconocimiento reglamentario.*

Desde la aprobación del Reglamento Notarial, por Decreto de 2 de mayo de 1944, contamos en el Derecho español con un reconocimiento

(49) TENA ARREGUI, R.: ob. cit., p. 57.

(50) POVEDA DÍAZ, J.: “El Registro de la Propiedad español y las recomendaciones del Banco Mundial”, *La Ley*, 27-2-1997.

(51) ÁVILA ÁLVAREZ, P.: *Instrumentación de los derechos inscribibles en los diversos sistemas registrales y otras Instituciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Buenos Aires, 1978, pp. 153 y 154.

(52) TENA ARREGUI, R.: ob. cit., p. 62.

explícito de esta función inherente a la actividad notarial. En efecto, el artículo 147.1, antes citado, nos decía que el notario deberá “*adecuar al ordenamiento jurídico*” la voluntad de los otorgantes; y el artículo 145.2 señala que “... *el notario no sólo deberá excusar su Ministerio, sino negar la autorización notarial cuando, a su juicio, todos o alguno 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... y cuando el acto o el 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*”.

c) *Reconocimiento legal.*

Sin embargo, no está de más subrayar esta función medular de la actividad notarial; porque, en el ámbito español, no han faltado en los últimos años voces que cuestionaban al notario como controlador de la legalidad. Siendo uno de sus argumentos –hoy insostenible– que ninguna norma de rango de ley reconocía esta facultad.

Lo cierto, sin embargo, como subraya José Aristónico GARCÍA SÁNCHEZ, es que la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, “*da por cerrada una cuestión sobre la que los Tribunales Supremo y Constitucional nunca han tenido dudas: sólo cuando previamente lo ajustó a la legalidad puede el notario autorizar un documento*” (53). Como él mismo confiesa, parece absurdo el tener que referirse a consideraciones tan obvias, “*pero hoy tenemos que pagar tributo a Perogrullo para contener esas voces que desde los registros reivindican el monopolio de la legalidad y acusan a los notarios de intentar arrogarse insolentemente un control legal paralelo, poco menos que de ser unos intrusos en el reino de la ley. ¡Qué dislate! Nunca fue así, y si hubiera sido, habría que haber rectificado de inmediato. Porque hasta la lógica y el sentido común exigen que los contratos queden conformados a ley desde que nacen. Es en el momento de su perfección cuando se intercambian las prestaciones, cuando los contratantes se desprenden casi siempre de forma irreversible de su dinero o de lo que enajenan, es entonces cuando deben concentrarse todos los resortes de seguridad. Es en ese momento decisivo cuando las partes necesitan protección y es en ese momento cuando el Derecho está obligado a prestar a cada parte garantía plena en la contrapartida. Porque sólo así se genera lo que se busca: seguridad contractual*” (54).

(53) “El notario, garantía de legalidad”, diario *El País*, 13 de octubre de 2001.

(54) El autor continúa su exposición con algunas metáforas muy lúcidas, alegando que

En la actualidad ese reconocimiento aparece en varios textos legales:

a) La citada Ley 14/2000, de 29 de diciembre, establece, entre otras, como infracciones muy graves *“la autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes, a sus formas y reglas esenciales...”*.

b) El artículo 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado nos dice, tras la modificación introducida por la Ley 24/2001, que *“con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”*.

c) Por otra parte, la Ley 24/2005, de Impulso a la Productividad, puso fin a la denominada doble calificación, notarial y registral, de los poderes de representación. En efecto, el artículo 98.2 de la Ley 24/2001 dice ahora que: *“La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación”*.

d) Beneficios económicos.

Las ventajas del asesoramiento previo han sido puestas de manifiesto, también, desde el punto de vista económico. No podía ser menos, pues

demorar el control de la legalidad de un acto a un momento posterior de la firma (en concreto el de la inscripción) sería *“algo así como rearbitrar un partido ya jugado y por quien no lo presencié. Por eso no es conocido este sistema en país alguno”*. En efecto, *“posponer el control legal a su inscripción, sobre no resolver el problema de los documentos no inscribibles, que son mayoría, equivaldría a situar las aduanas a unos kilómetros de las fronteras”*. Obviamente, se está refiriendo al control ejercido por el registrador, en virtud del principio de calificación registral (art. 18 LH). En lo referente al tema que nos ocupa –los contratos atípicos–, la actividad de este profesional normalmente será menos progresiva o flexible que la de otros intervinientes en la contratación. Esta es la opinión de PAZ-ARES: *“... el problema será más grave en relación a aquellos gatekeepers –como son los registradores– que desempeñan su función en régimen de monopolio. Y la experiencia enseña, en efecto, que el registrador tiende, en ocasiones, a ser excesivamente celoso a la hora de la calificación. A veces, la duda –temor al riesgo– cierra el paso al registro de transacciones innovativas, que ofrecen una solución eficiente al problema contractual”*. (En PAZ-ARES, C: *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, pp. 101 y ss.).

ya sabemos la importancia trascendental de la relación entre economía y Derecho. En los últimos años han proliferado los trabajos sobre el análisis económico del Derecho. Y, así, entre otros, podemos traer a colación las palabras del catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid Cándido PAZ-ARES: *“Recientemente han sido objeto de especial discusión los efectos que produce, en términos de eficiencia, la asesoría jurídica sobre los términos legales de la transacción. De los trabajos realizados se desprende –como intuitivamente cabría esperar– que la asesoría jurídica ex ante o preventiva, que es la que paradigmáticamente presta el notario como jurista cautelar, resulta altamente eficiente desde el punto de vista individual y social. En cambio, la asesoría ex post o defensiva –es decir, la que se presta una vez que la transacción ya realizada se ha topado con problemas legales– despliega efectos muy dudosos en términos de bienestar social”* (55).

(55) PAZ-ARES, C.: ob. cit., p. 36.

EL RECURSO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL COMO CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE LAS RECLAMACIONES ECONÓMICAS ENTRE LOS CONVIVIENTES

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ

*Becario de investigación
del Ministerio de Educación y Ciencia*

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. COMPORTAMIENTOS CULPABLES DE UNO DE LOS CONVIVIENTES CON MANIFESTACIÓN EN DIVERSOS MOMENTOS DE LA RELACIÓN DE PAREJA. 2.1. Al comienzo de la relación. 2.2. Durante el desarrollo de la convivencia. 2.3. Al final de la unión de hecho. 3. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN CUANTO A LA PERTINENCIA DE SU APLICACIÓN.

1. Consideraciones generales

Cuando acontece la ruptura de la pareja no casada, el conviviente más perjudicado suele acudir a los tribunales en busca de una solución jurídica que acceda a sus pretensiones pecuniarias (1). La reclamación de pensiones y compensaciones entre los convivientes ha sido un tema clave (2) que, sin duda, ha generado y seguirá generando numerosa jurisprudencia (3).

Lo que más llama la atención son dos cuestiones, siendo una consecuencia de la otra. La más significativa es la falta de regulación que en esta materia existe a nivel estatal (4) [el legislador autonómico (5) ha tratado de dar solución a este punto, bien reconociéndolo de manera expresa a nivel legal (6), o bien instando a que los particulares en base a la

(1) La solución a las diversas cuestiones que se suscitan en materia de uniones de hecho, y en especial las de índole económica, por vía únicamente jurisprudencial, no sólo ha tenido detractores, sino también defensores, pues como pone de relieve AGÜERO DE JUAN, A.: "El fenómeno social y jurídico de las uniones de hecho", en *Parejas de hecho. Curso de verano de la Universidad Complutense en Almería*, HERRERA CAMPOS, R. (dir.), Granada, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1996, p. 26, estos últimos consideran que la reglamentación jurisprudencial vendría a salvar el peligro que representa la legislación de la unión libre, que crearía un matrimonio de segunda zona con graves repercusiones sociales, familiares y jurídicas.

(2) HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: *Problemática jurídica en torno a las uniones de hecho*, Madrid, Asociación de Profesores Jubilados de Escuelas Universitarias, 1995, p. 9; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "La aplicación de las leyes de parejas no casadas por parte de los tribunales", RDP, septiembre-octubre 2004, p. 567.

(3) Los números de repertorio de las sentencias citadas en este trabajo son de las bases de datos de Westlaw Aranzadi (www.westlaw.es), excepto los encabezados con las siglas TOL, que se refieren a la base de datos de la editorial Tirant lo Blanch (www.tirantonline.com).

(4) GARCÍA MÁS, F. J.: "Las uniones de hecho: su problemática jurídica", RCDI, número 648, 1998, p. 1520; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 248.

(5) En este sentido se han aprobado la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja; Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables No Casadas; Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables; Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho; Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables; Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la Regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho y Ley 1/2005, de 16 de mayo, Reguladora de las Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

(6) Tal actuación del legislador autonómico ha resultado muy criticada por GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: "Uniones libres y competencia legislativa de ciertas Comunidades Autónomas para desarrollar su propio Derecho Civil", *La Ley*, 1999-5, www.laley.net, ya que, en su opinión, la previsión de pensiones compensatorias por desequilibrio constituye un obstáculo ilegítimo a la libre ruptura que la dificulta irrazonablemente, si van más allá de compensar el enriquecimiento injusto por el obligado a prestarlas.

autonomía de la voluntad pacten sobre las mismas (7)], que genera importantes problemas en cuanto a las figuras jurídicas en torno a las cuales han tratado de fundamentarse tales reclamaciones.

No obstante, los problemas no acaban aquí, ya que aunque situaciones muy parecidas han llegado a los tribunales alegando fundamentos jurídicos muy similares, los fallos judiciales han sido absolutamente diversos u opuestos.

Lo único que se ha conseguido generar con esta actitud de los tribunales es una importante inseguridad jurídica (8), que no tiene vistas a desaparecer en esta materia, sino todo lo contrario.

Las figuras jurídicas que se han utilizado son muy diversas, así como el resultado de las demandas basadas en las mismas. Los instrumentos jurídicos que más éxito han tenido han sido el principio general (9) de evitación del enriquecimiento injusto (10), la aplicación analógica de la pen-

(7) BUSTOS GÓMEZ-RICO, M.: "Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros", en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (dir.), CGPJ, 1998, pp. 482 y 483.

(8) DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas", en *Libro-homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coord.), tomo I, 1.ª edición, Colegio de Registradores, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 223, y en "La aplicación de las leyes de pareja...", cit., p. 528; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: "Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho", RDP, número 3, marzo-abril 2006, p. 4.

(9) Cabe indicar que no es del todo unánime la doctrina en lo que se refiere a entender el enriquecimiento injusto como un principio general del Derecho, pues en contra de considerar el enriquecimiento injusto como principio general del Derecho se pronuncian DÍEZ-PICAZO, L., y DE LA CÁMARA, M.: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1988, p. 44; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, 12 edición, Madrid, Edisofer, 2004, p. 915. Otros autores consideran que el enriquecimiento injusto ha de entenderse exclusivamente como una regla moral complementaria de la técnica jurídica, y en este sentido se muestra ROCA SASTRE, R. M., y PUIG BRUTAU, J.: "El enriquecimiento sin causa", en *Estudios de Derecho Privado, Obligaciones y contratos*, tomo I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948, pp. 485 y ss.; CAPILLA RONCERO, F.: "Cuasicontratos y enriquecimiento injusto", en *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., y VERDERA SERVER, R. (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 293, considera que se trata de una doctrina legal mediante la cual, en determinados supuestos, se puede examinar si una atribución patrimonial o enriquecimiento obtenido a costa ajena tiene suficiente fundamentación desde el punto de vista jurídico.

(10) Según reiterada jurisprudencia [entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/9733)], para apreciar la existencia de enriquecimiento injusto es necesario que concurren una serie de presupuestos que, de forma resumida, podemos enunciar de la siguiente forma: a) Aumento del patrimonio del enriquecido, ya sea por ingreso en el patrimonio de algo que incrementa su valor o por la liberación de una obligación o gravamen; b) Correlativo empobrecimiento del actor, que no necesariamente debe ser la salida de bienes del patrimonio, sino que basta con que se produzca una desventaja, como la pérdida de ingresos; c) La relación de causalidad entre el empobrecimiento de uno y el enriquecimiento de otro; d) La falta de causa, que impida al enriquecido alegar ninguna razón válida en derecho para eximirse de la restitución; e) La inexistencia de norma o precepto legal que excluya o impida la aplicación del prin-

sión compensatoria (11) y el principio de protección al conviviente más perjudicado o más desfavorecido por la ruptura de la pareja (12).

La posibilidad de lograr algún tipo de prestación de carácter económico en consideración a la invocación del artículo 1.902 CC (13), he de decir que no ha corrido tanta suerte como otros de los argumentos jurídicos en base a los cuales se han tratado de fundamentar la razón y pertinencia de tales compensaciones.

La invocación y aplicación de tal precepto del Código Civil se ha llevado en pocas ocasiones, y con un éxito muy escaso, teniendo en cuenta el resto de los argumentos jurídicos que han servido y sirven de base para fundamentar gran parte de las pretensiones económicas entre los convivientes una vez rota la convivencia.

No obstante, hemos de considerar que la fundamentación de diversas pretensiones económicas, como consecuencia de ciertos actos culpables de uno de los convivientes, necesariamente será el artículo 1.902 CC, a pesar de las dificultades que tal actuación tendrá que superar (14).

cipio. Sobre el enriquecimiento injusto o sin causa puede verse NÚÑEZ LAGOS, R.: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, Reus, 1934, publicado años más tarde por el mismo autor, en *Código Civil*, MUCIUS SCAEVOLA, Q., tomo XXX, volumen 2, Madrid, Reus, 1961, pp. 367 y ss.; ROCA SASTRE, R. M., y PUIG BRUTAU, J.: "El enriquecimiento sin...", cit., pp. 485 y ss.; Díez-PICAZO, L.: "La doctrina del enriquecimiento injustificado", discurso leído el 14 de diciembre de 1987 en el acto de su recepción como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987; ALVÁREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *El enriquecimiento sin causa*, Granada, Comares, 1989; LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", en *Estudios de Derecho Privado común y foral*, tomo II, RAMS ALBESA, J., CORRAL DUEÑAS, F., y LACRUZ BESCOS, J. L. (dir.), Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Bosch, 1992, pp. 305 y ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: "Enriquecimiento injustificado (Derecho civil)", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, MONTOYA MELGAR, A. (dir.), volumen 2, Madrid, Civitas, 1995, pp. 2804 y ss.

(11) En otro sentido CAMARERO SUÁREZ, V.: *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, Tirant lo Blanch, 2004, TOL 516628, www.tirantonline.com, ya que, a su juicio, aunque la jurisprudencia del TS mantuvo con firmeza la solución indemnizatoria con base en la doctrina del enriquecimiento injusto, posteriormente considera más adecuada la aplicación analógica de los criterios matrimoniales de la pensión por desequilibrio económico, contenidos en el artículo 97 CC.

(12) Tal principio general del Derecho resultó ser una creación de nuestro Tribunal Supremo, que se estimó de aplicación en el supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento en la STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998/1272). Se trata de un principio general que ha resultado invocado y aplicado en algunos casos, por parte de diversas resoluciones jurisprudenciales posteriores, y no sólo a nivel de Juzgados y Audiencias, sino también por parte del Alto Tribunal.

(13) Dispone el artículo 1.902 del CC que *el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*. Como vemos, teniendo en cuenta la literalidad del precepto, son precisos cuatro requisitos para poder apreciar responsabilidad civil extracontractual, a saber: 1. Una acción u omisión: propia, o de otra persona o de las cosas; 2. Una relación de causalidad entre la acción y los daños; 3. Unos daños; 4. Que intervenga culpa o negligencia, es decir, que no toda acción u omisión origina responsabilidad civil, sino sólo la que sea culposa o negligente.

(14) DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Uniones de hecho...*, cit., p. 249.

Las personas que deciden unirse como pareja de hecho lo hacen de forma voluntaria y libre, aspectos que también deben estar presentes y de hecho así es en el momento de la ruptura. Ciertamente, tal ruptura puede obedecer a muchos motivos, y todos ellos son, sin ningún género de dudas, muy distintos entre sí. Dentro de tales causas se encuentra la ruptura unilateral por parte de uno de los miembros de la pareja, sin que tal hecho constituya, en ningún caso, un acto en sí mismo culpable.

Como determinan doctrina (15) y jurisprudencia (16), la ruptura de la convivencia es un acto amparado por la libertad individual, y no es una

(15) Entre otros, MIRALLES GONZÁLEZ, I.: "A propósito de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, de relaciones de hecho. Una lectura civil", RJC, 1993-3, p. 80; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1995, pp. 312 y 313; GARCÍA RUBIO, M. P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995, p. 210; ROCA GUILLAMÓN, J.: "Las cargas de la familia de hecho", en *Parejas de hecho. Curso de verano de la Universidad Complutense en Almería*, Granada, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1996, p. 92; LLEBARÍA SAMPER, S.: "Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnización y analogías matrimoniales. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996", *La Ley*, 1997-5, pp. 1626 y 1627; MESA MARRERO, C.: *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, 2.ª edición, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 229; CANTERO NÚÑEZ, F. J.: "Uniones de hecho", en *Instituciones de Derecho Privado*, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (coord.), tomo IV, volumen 1, Consejo General del Notariado y Editorial Civitas, 1.ª edición, Madrid, 2001, pp. 433 y ss.; LÓPEZ AZCONA, A.: *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 65; OLIVA BLÁZQUEZ, F.: "Doctrina jurisprudencial sobre la reparación patrimonial en caso de ruptura de las uniones de hecho", *RdPat*, número 9, 2002-2, p. 602; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre miembros de la pareja de hecho", *RdPat*, número 10, 2003, p. 81; LACRUZ BERDEJO, J. L., y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil. Familia*, tomo IV, 2.ª edición, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 288 y 297. En realidad, como dispone SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada, Comares, 2005, p. 205, existen dos posturas aparentemente antagónicas por lo que se refiere a la posibilidad de obtener una indemnización por ruptura, con base en el artículo 1.902 CC. Una primera considera que la unión de hecho se caracteriza frente al matrimonio por la posibilidad de la libre ruptura, por lo que no se puede penalizar mediante el establecimiento de una obligación de indemnizar. Una segunda opinión doctrinal entiende que la libertad que preside este tipo de uniones no puede suprimir ni limitar el juicio culpabilístico que, para dar nacimiento a la obligación de reparar, exige el artículo 1.902 CC. A juicio de la citada autora, la contradicción entre ambas posturas es más aparente que real, ya que "ambas convergen al apreciar que, si bien es cierto que el simple hecho de poner fin a una relación extramatrimonial no es algo ilícito, sí puede llegar a serlo en virtud de especiales circunstancias concurrentes en el momento de inicio de aquella relación o en su cese: que se haya prestado el consentimiento a la unión a través de la seducción, abuso de autoridad, promesa de matrimonio, que la ruptura se realice de forma intempestiva, que uno de los convivientes tenga una edad avanzada, etc. En tales circunstancias sí podría estar justificado el recurso al artículo 1.902 CC".

(16) Como ejemplos jurisprudenciales cabe citar la STS de 9 de abril de 1979, STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/9733), SAP de Asturias de 22 de junio de 1994 (AC 1994/1156), SAP de Barcelona de 17 de enero de 2000 (AC 2000/1134), STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148), SAP de Vizcaya de 9 de noviembre de 2005 (AC 2006/248), SAP de Burgos de 22 de febrero de 2006 (JUR 2006/133769), entre otras.

actuación dolosa o negligente a los efectos del artículo 1.902 CC, regulador de la responsabilidad civil extracontractual. Habrá que examinar si en el supuesto concreto concurren los presupuestos precisos para, en base a las figuras existentes en el Derecho común, poder así fundamentar la concreta reclamación del conviviente que decida acudir a los tribunales (17).

No obstante, tal ruptura podrá generar derecho a indemnización a favor del otro conviviente en un supuesto. Nos referimos a los comportamientos de uno de los miembros de la pareja en los que, en efecto, exista una actitud reprochable y culposa (18), que pueda dar origen a tal derecho, y podrá tener lugar al inicio de la relación, en el desarrollo de la misma, o en su final. Pero debemos tener presente que tal indemnización no se funda en la ruptura en sí, sino en el hecho ilícito cometido por un conviviente hacia su compañero en otro momento temporal (19).

2. Comportamientos culpables de uno de los convivientes con manifestación en diversos momentos de la relación de pareja

Existen actuaciones o comportamientos culpables cometidos en el marco de una unión de hecho, por parte de uno de los convivientes, que generan a favor del otro miembro de la pareja el derecho a percibir una indemnización por este concepto. Tales actuaciones pueden acontecer en cualquier momento del desarrollo de la convivencia de la pareja *more uxorio*, es decir, a su comienzo, en su desarrollo o en su etapa final, sin que, en ningún caso, se deba considerar que la indemnización que se obtiene en este último momento de la relación lo es por la ruptura, sino que tiene su origen en el acto culpable cometido en la fase final de la relación. Tales comportamientos tienen todos en común el hecho de ser cometidos por parte de uno de los miembros de la pareja hacia el otro, ser actuaciones dolosas, generadoras de un daño en la persona del otro conviviente y que se reclamarán tras la ruptura de la unión.

La existencia de dolo y daño son, ciertamente, difíciles de probar, pero en caso de demostrarse, el miembro de la pareja de hecho perjudicado por las actuaciones del otro tendría derecho a percibir una indemnización, con base en el artículo 1.902 CC.

(17) Me estoy refiriendo a la doctrina del enriquecimiento injusto, la aplicación analógica de la pensión compensatoria, el principio general de protección del conviviente más perjudicado o más desfavorecido como consecuencia de la ruptura, la aplicación analógica del artículo 1.438 CC y el cumplimiento de una obligación natural.

(18) CANTERO NÚÑEZ, F. J.: "Uniones de...", cit., pp. 433 y ss.; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Función de la responsabilidad...", cit., pp. 80 y ss.

(19) GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y...*, cit., p. 316; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Función de la responsabilidad...", cit., pp. 82 y 83.

2.1. Al comienzo de la relación

Los supuestos que podemos englobar en este momento temporal tienen como común denominador el hecho de que ambos tratan de inducir a la convivencia a través del engaño. Las excusas que uno de los convivientes puede aducir con el fin de que el otro acceda a convivir con él son infinitas. Así, cabe referirse a dos supuestos (20) sobre los que nuestra jurisprudencia ha tenido la ocasión de pronunciarse. El primero se refiere al engaño sobre la promesa de matrimonio (y en base a ese motivo comienza la convivencia), que posteriormente se incumple con la ruptura de la unión y el segundo hace alusión a la ocultación del conviviente de su condición de casado.

Comenzando por el análisis del primero de los supuestos enunciados, cuando un sujeto hace una promesa de matrimonio con la intención de no cumplirla desde su origen, y con la única finalidad de conseguir mantener relaciones sexuales con la otra persona, debe responder del daño causado teniendo en consideración el artículo 1.902 CC, debiendo indemnizar todos los daños materiales y morales derivados de tal engaño, por lo que se incluirían los producidos por tal convivencia, pues están estrechamente ligados al engaño sobre la promesa de matrimonio (cambio de domicilio, renuncia al empleo que se tenía antes del cambio de residencia, merma de sus capacidades profesionales, etc.). No obstante, cabe considerar que si estamos ante una convivencia estable muy prolongada en el tiempo, la inicial promesa de matrimonio parece tener vistas a efectivamente no cumplirse, por lo que el conviviente inicialmente engañado parece estar aceptando tal situación, sospechando (o sabiendo) que la promesa de matrimonio no se cumplirá y, en cierto sentido, desaparece la responsabilidad por dolo (21).

Debe diferenciarse netamente del anterior supuesto el caso en el que la promesa de matrimonio se hace de manera cierta, y con una firme convicción de ser cumplida, pero por el motivo que sea no se cumple. Tal acto resulta plenamente lícito y amparado por la libertad individual. En cualquier caso, la diferencia entre ambos estriba en el ánimo con el que la promesa de matrimonio se efectuó y, por tanto, sólo susceptible de ser efectivamente conocida por parte de la persona que hace tal promesa. No

(20) RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Función de la responsabilidad...", cit., pp. 84 y ss., cita además la inducción a la convivencia prevaleciéndose uno de los convivientes de una posición de superioridad hacia el otro y la inducción a la convivencia mediante intimidación.

(21) GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y...*, cit., p. 318; GARCÍA RUBIO, M. P.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996", CCJC, número 43, 1997, pp. 409 y 410; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Función de la responsabilidad...", cit., p. 86.

obstante, centrándonos en el supuesto en el que la promesa de matrimonio se hace con la intención de ser cumplida, cabe apuntar que el compañero abandonado sólo podrá reclamar los daños que le permite el artículo 43 CC (22).

El segundo supuesto al que antes hacíamos referencia está relacionado con la inducción a la convivencia a través de la ocultación o engaño del estado civil de casado de uno de los convivientes con respecto al otro. Asimismo, tal hecho debió ser el motivo determinante en virtud del cual se inició la convivencia, pues en caso de que inicialmente se desconociese, si posteriormente se conoce y se continúa con la relación, se está aceptando tácitamente, por lo que no sería, en ningún caso, indemnizable (23).

2.2. Durante el desarrollo de la convivencia.

En el transcurso de la relación de pareja puede suceder que uno de los miembros de la unión incumpla ciertos deberes de naturaleza personal (como la fidelidad, el respeto, la ayuda mutua, etc.) que debería respetar espontáneamente y, como consecuencia de tal incumplimiento, lesione ciertos bienes o derechos del otro conviviente. Si el conviviente perjudicado consigue probar un daño moral o patrimonial podría lograr una indemnización con base en el artículo 1.902 CC.

De este modo, con base jurídica en el artículo 1.902 CC, se podrían solicitar importantes indemnizaciones, que por el momento parecen haber sido escasamente planteadas en España (24) por este concepto, y no es otro

(22) Así lo ha entendido la jurisprudencia en diversas resoluciones. En este sentido, la SAP de Zaragoza de 11 de febrero de 1994 (TOL 377192), SAP de Almería de 24 de octubre de 1994 (AC 1994/2380), SAP de Zaragoza de 10 de marzo de 1999 (TOL 391367), SAP de Barcelona de 17 de enero de 2000 (AC 2000/1134), SAP de Asturias de 15 de noviembre de 2000 (AC 2000/2310), SAP de Teruel de 21 de diciembre de 2000 (TOL 395320), SAP de Granada de 11 de diciembre de 2003 (TOL 351195), SAP de Madrid de 24 de marzo de 2004 (JUR 2004/248652), SAP de Barcelona de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004/303882), SAP de Cantabria de 19 de abril de 2005 (AC 2005/1833), SAP de Ciudad Real de 3 de mayo de 2005 (TOL 632838), SAP de Santander de 7 de junio de 2005 (TOL 763027), SAP de Alicante de 14 de diciembre de 2005 (TOL 888946).

(23) Así lo ha considerado tanto la doctrina como la jurisprudencia. En el primer sentido, cabe citar, entre otros, a RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Función de la responsabilidad...", cit., p. 88. Un ejemplo representativo vía jurisprudencial de lo que comentamos es la STS de 9 de abril de 1979, resolución curiosa, pues en la misma la conviviente, tras la ruptura, solicitó una indemnización por los daños morales en virtud del artículo 1.902 CC. Normalmente suele reclamarse la reparación de daños económicos tras la ruptura de la convivencia. El TS, en este caso, entiende que no existe engaño, por lo que considera, de manera implícita, que la ruptura por sí misma no da lugar a responsabilidad alguna.

(24) El único ejemplo existente al respecto lo encontramos en la SAP de Baleares de 14 de septiembre de 2001 (AC 2001/2221). El supuesto de hecho enjuiciado en la citada sentencia es el de un matrimonio en el que la esposa se vio contagiada del virus del SIDA, como con-

que el contagio de SIDA (u otro tipo de enfermedad venérea) causado por parte de uno de los miembros de la pareja hacia el otro.

En este sentido, interesa poner de relieve la complejidad del tema que estoy poniendo de manifiesto, pues se podría también argumentar por quienes no estuviesen de acuerdo con tales razonamientos que tal reclamación, a la luz del artículo 1.902 CC, no tendría éxito alguno, porque se deberían haber adoptado por parte del conviviente contagiado medidas de protección especiales, por lo que se diría que incluso podría existir una concurrencia de culpas entre ambos integrantes de la pareja, ya que el portador de tal virus fue negligente o culpable en cuanto a la realización de actividades de riesgo que pudiesen implicar el contagio de tal enfermedad a la otra parte (si es que era consciente de que era portador de tal enfermedad) y si, efectivamente, conocía ser portador del VIH, por no habérselo comunicado a su pareja y el otro conviviente contagiado por no adoptar medidas de protección especiales.

Sería preciso conocer, o al menos tratar de indagar, por cuanto considero que sería importante a los efectos de poder fundamentar la reclamación económica del miembro de la pareja infectado, cómo tuvo lugar el contagio de su compañero, que fue quien en definitiva se la transmitió, pues, a mi modo de ver, no se ha de tratar de la misma manera el caso, si el conviviente contrajo tal enfermedad a causa de una transfusión de sangre o de un motivo ajeno a su voluntad, que si fue contraído por la práctica de relaciones sexuales con su pareja, infectado como consecuencia de relaciones de riesgo con otras personas, siendo, además, estas últimas constitutivas de infidelidades hacia el otro miembro de la pareja.

Otro problema que podría llegar a plantearse es el de saber, con un cierto grado de veracidad, cuál de los dos convivientes contrajo primero la enfermedad, para determinar quién se la contagió a quién. Es evidente que nos encontramos ante supuestos en los que probar las circunstancias que probablemente motivaron el contagio de uno de los miembros de la pareja puede resultar muy difícil, y en muchos casos lo será en base a indicios (25).

secuencia de las actividades de riesgo que su marido había venido realizando, tanto antes como durante la relación matrimonial. Teniendo en cuenta las relaciones sexuales de alto riesgo con terceras personas (de su mismo y de distinto sexo) por parte del esposo, quedó acreditado que fue él quien primero contrajo la enfermedad, y que como consecuencia de la práctica de relaciones sexuales con su esposa, esta última se vio contagiada por la citada enfermedad. Finalmente, la AP confirmó la sentencia dictada en primera Instancia, en la que se condenaba al demandado a abonar a la actora la cantidad de 30.000 euros. Aunque el supuesto enjuiciado en el presente caso es el de una unión conyugal, la argumentación y observaciones presentes en dicha sentencia serían perfectamente extrapolables a las uniones de hecho.

(25) En este sentido, podría probarse que uno de los convivientes no padecía SIDA, en determinados momentos, en base a analíticas de sangre u otras pruebas de carácter médico que

Respecto a la observación de que la práctica de relaciones sexuales por parte de uno de los convivientes con terceros (ya sean éstos de su mismo o distinto sexo) se podría advertir que en las uniones de hecho no existe el deber de fidelidad, presente entre los cónyuges. A mi modo de ver, si estamos ante una verdadera pareja de hecho, uno de sus caracteres esenciales es, precisamente, la monogamia (26), por lo que la práctica de relaciones con terceros daría lugar a que esa relación no pudiese ser calificada, en ningún caso, de unión de hecho (nótese en este sentido la diferencia con respecto al matrimonio, pues éste es también monógamo, pero subsiste a pesar de la infidelidad). De todo lo señalado se deduce que el deber de fidelidad queda embebido por el carácter monógamo de la pareja, siendo este último un requisito necesario de la unión no matrimonial.

2.3. Al final de la unión de hecho.

Como en el resto de los momentos temporales señalados, también en el momento final de la unión de hecho pueden existir ciertas actuaciones por parte de uno de los convivientes, ciertamente culpables o reprochables, que generarían derecho a indemnización con base en el artículo 1.902 CC. Tales actuaciones culposas son el hecho generador de la indemnización, pero acontecidas en un momento temporal muy concreto: la etapa final de la vida en pareja o, incluso, en el momento de la misma ruptura (27). Tales hechos son la causa de la indemnización, y no la simple ruptura de la pareja, ya que por muy brusca que ésta sea no cabe indemnización alguna en tal concepto (28).

apunten en tal sentido, pues en muchos casos tratar de fundamentar la presumible fidelidad de uno de los miembros de la pareja puede resultar muy difícil, ya que se combatirá con las argumentaciones de la otra parte, siendo la palabra de uno contra la del otro. Así, uno de los convivientes podría tratar de fundamentar la infidelidad del otro miembro de la pareja en base a testigos, o si tuviese en su poder pruebas médicas que pudiesen denotar algún tipo de enfermedad cuya transmisión sea por vía sexual, ya se estaría poniendo de relieve que su pareja mantuvo relaciones con terceros, y que fue el que contrajo en primer término la enfermedad, contagiándosela posteriormente a su pareja.

(26) PÉREZ VALLEJO, A. M.: *Autorregulación en la Convivencia de hecho (a propósito de las recientes disposiciones prelegislativas y legislativas tendencialmente más dispositivas)*, Almería, Servicio de publicaciones de la Universidad de Almería, 2000, p. 18; ROMERO PAREJA, A.: "Los derechos sucesorios de las uniones familiares no matrimoniales", *La Ley*, número 5757, 9 de abril de 2003, www.laley.net.

(27) Como ejemplo de tal actuación cita RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Función de la responsabilidad...", cit., p. 92, el compañero que rompe la relación y en el momento de la ruptura lesiona el derecho al honor o a la intimidad del otro conviviente difamándole delante de otras personas o divulgando hechos íntimos.

(28) Sin embargo, parte de la doctrina considera que cabe una indemnización en los casos de una ruptura brusca o intempestiva por parte de uno de los convivientes hacia el otro que

3. Evolución jurisprudencial en cuanto a la pertinencia de su aplicación

La reclamación entre convivientes a la ruptura de la relación de pareja, en base al artículo 1.902 CC, ha sido sistemáticamente negada por parte de los tribunales [no así en la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9020), ni en la STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148)]. Dentro de tal grupo de sentencias cabe citar, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1992 (29) (RJ 1992/9733), la SAP de Asturias de 22 de junio de 1994 (30) (AC 1994/1156). De la lectura de las resoluciones apuntadas se deduce que el reconocimiento de una compensación al conviviente perjudicado por la vía del artículo 1.902 CC requiere una conducta culposa o negligente por parte del otro miembro de la pareja, no bastando con el mero hecho de romper la relación.

El TS cambió su forma de pensar en la sentencia de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9020), pues en la misma sí que consideró aplicable al caso el artículo 1.902 CC. En primer término, interesa conocer cuál es el fundamento de hecho que sirvió de base a la sentencia, para posteriormente centrarnos en el comentario de la misma.

Se trataba de una pareja que decidió mantener una convivencia por un tiempo aproximado de tres años en el domicilio del conviviente (ubi-

resulta abandonado, con independencia de que en el inicio de la convivencia haya podido apreciarse una actitud culpable en alguno de los miembros de la pareja de hecho. Así, MENDIETA JARAMILLO, L. M.: "Relaciones patrimoniales en la unión familiar de hecho", *Act. Civ.*, número 1, 1990, p. 214; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas* y..., cit., p. 319; CANTERO NÚÑEZ, F. J.: "Uniones de...", cit., pp. 433 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L., y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho...*, cit., p. 303. En contra de tal opinión, MIRALLES GONZÁLEZ, I.: "A propósito de...", cit., p. 80; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Función de la responsabilidad...", cit., pp. 91 a 93.

(29) Ante una demanda en la que se solicitaba que se declarase la existencia de una comunidad de los bienes adquiridos durante la convivencia y, subsidiariamente, el derecho a una indemnización, sostiene que tal indemnización no puede sostenerse en el artículo 1.902 CC, sino en la teoría del enriquecimiento injusto.

(30) Rechaza la pretensión formulada de modo subsidiario de la parte actora de que le reconociese una indemnización con base en el artículo 1.902 CC, pues *la culpa extracontractual o aquiliana exigirla que se apreciara una conducta negligente o culposa en la actuación del demandado, conducta que ni siquiera se concreta cuál puede ser y que, desde luego, no cabe referir a la ruptura de esa convivencia, pues al tratarse de una unión de hecho o unión libre, la posibilidad de poner fin a la misma en cualquier momento sin las trabas del matrimonio es una de las características esenciales*. A juicio de MESA MARRERO, C.: *Las uniones de hecho...*, cit., pp. 243 y 244, no resulta acertado el argumento que se expone en esta sentencia para negar la aplicación de la responsabilidad extracontractual en los supuestos de ruptura de una unión de hecho. En apoyo de su tesis señala que, aunque es cierto que cualquiera de los convivientes libremente puede romper la relación sin que de ello derive, en principio, ninguna obligación entre ellos, si hay un comportamiento culpable por parte de uno de los convivientes que ha ocasionado perjuicios al otro, no hay razón para que el conviviente perjudicado no pueda reclamar el resarcimiento de los daños que se le han producido, siempre que demuestre la existencia de culpa o negligencia por parte del otro conviviente.

cado en la ciudad de Sevilla). Vínculos afectivos, auténtica comunidad de intereses económicos y reconocimiento social estuvieron presentes en la relación de pareja, *de todo lo que se derivó un estado de hecho semejante al generado por una unión matrimonial solemnizada legalmente*. De esta convivencia también participaron los tres hijos de la conviviente, procedentes de un matrimonio anterior ya disuelto. Entre otras posibles razones se barajaba una como la impulsora de esa convivencia fáctica: se trataba de una situación prematrimonial, pues ambos convivientes tenían decidido contraer nupcias, para lo que promovieron el oportuno expediente matrimonial previo, en el que llegó a hacerse señalamiento para el acto de la ceremonia. Alentada por tal futuro, la conviviente abandonó la vivienda en alquiler que venía ocupando, *en la que aceptaba un número no determinado, aunque sí reducido de huéspedes, que representaban para ellos unos fluctuantes ingresos económicos*. Además, en previsión de que una vez casados la familia fijaría su residencia en Madrid, la conviviente trasladó ya a uno de sus hijos a Toledo con el fin de continuar sus estudios.

En primera instancia se estimó parcialmente la demanda de la conviviente, condenándose al que fue su compañero a abonar a esta última una indemnización de cinco millones de pesetas, concediendo también a la actora el uso y disfrute de un año del coche del demandado, y por dos años el piso propiedad de éste, que había constituido la sede de la convivencia *more uxorio*. La AP de Sevilla estimó parcialmente el recurso del conviviente, por lo que rebajó la cuantía de la indemnización a tres millones de pesetas, confirmando en lo demás la sentencia dictada en primera instancia. El conviviente, no contento con el fallo de la AP, interpuso recurso de casación, entendiendo el TS no haber lugar al mismo (tal y como determina en el FJ noveno).

En el supuesto de hecho que se somete a enjuiciamiento, los convivientes no rechazan el matrimonio, no deciden huir de él y convivir desde su alternativa, sino que conviven con la intención conocida de contraer futuro matrimonio. Hemos de tener en cuenta, en todo momento, que la convivencia de hecho nunca es por sí sola promesa matrimonial. Asimismo, parece que el perjuicio causado a la conviviente proviene del cese unilateral de una convivencia mantenida durante tres años, y que la frustración de la esperanza cierta de matrimonio forma parte de la pérdida de la esperanza concebida por continuar esa convivencia afectiva.

Aunque el TS confirma la pertinencia de la indemnización, se ve obligado a cambiar el fundamento normativo de la misma, ya que no puede ser el artículo 43 CC. De los artículos 42 (31) y 43 CC (32), no sólo se

(31) Dispone el artículo 42 CC que *la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración*.

(32) El artículo 43 CC preceptúa que *el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de*

excluyen del efecto de la promesa matrimonial la obligación de contraer matrimonio, así como la de cumplir lo que se hubiere estipulado para el caso de su no celebración, sino que, además, cuando la negativa a contraer matrimonio sea sin causa, la obligación que se genera por obra del precepto legal abarca sólo la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

En este sentido, resulta preciso poner de manifiesto, siguiendo a la doctrina (33) que se ha ocupado de esta cuestión, que en ningún caso tendrán cabida dentro del estrecho marco establecido por parte del legislador en el artículo 43 CC conceptos barajados en la sentencia que nos ocupa. Me estoy refiriendo a la contribución por la demandante a los gastos originados durante la vida en común o los destinados a los estudios de uno de los hijos, en vista del posterior traslado de la familia a Madrid. Tampoco se podría reclamar con base en tal precepto el resarcimiento de "lucro cesante", como la pérdida de ingresos de la demandante por haber abandonado la vivienda donde recibía huéspedes que le producían determinados ingresos, u otras pérdidas patrimoniales (34). Del mismo modo, no resultarían resarcibles en base al citado precepto los daños

matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio. Como señala BUSTO LAGO, J. M.: "Alcance y significado de la indemnización debida en el supuesto de incumplimiento de la promesa de matrimonio", RDP, 1998, pp. 265 y ss., por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la obligación ex artículo 43 CC, varias han sido las teorías que al respecto se han formulado: 1. La tesis de la acción de enriquecimiento injusto; 2. La tesis contractualista; 3. La tesis de la responsabilidad civil por culpa *in contrahendo*; 4. La tesis del ilícito civil extracontractual; 5. La de la obligación indemnizatoria *ex lege* o de la responsabilidad derivada de un acto ilícito dañoso. El citado autor entiende que el artículo 43 CC establece una obligación de reembolso con el fin de evitar un empobrecimiento injusto, pero no se trata de una acción de enriquecimiento injusto. Considera que la naturaleza jurídica de la acción derivada del artículo 43 CC se sitúa en la culpa *in contrahendo*.

(33) GARCÍA RUBIO, M. P.: "Comentario a la...", cit., p. 408; LLEBARÍA SAMPER, S.: "Consecuencias de una...", cit., p. 1626; BUSTO LAGO, J. M.: "Alcance y significado...", cit., p. 263.

(34) GARCÍA RUBIO, M. P.: "Comentario a la...", cit., p. 408. No obstante, LLEBARÍA SAMPER, S.: "Consecuencias de una...", cit., p. 1626, considera que sí quedarían incluidos los gastos por los estudios del hijo que excedan del coste normal que hubiera supuesto el no traslado, ya que esta decisión de trasladar el hijo de Sevilla a Toledo no parece tanto asociada a la idea de iniciar la convivencia de hecho cuanto al desarrollo de la misma, a la ordenación de una previsión de futuro alentada muy probablemente por la promesa matrimonial. A juicio de RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Función de la responsabilidad...", cit., p. 87, si la demandante hubiera alegado también algún gasto por el traslado de su domicilio al de su conviviente sí quedaría también dentro del artículo 43 CC, pero no queda probado ningún gasto en ese sentido.

morales (35) derivados de la frustración del proyecto matrimonial (36).

Aunque la doctrina que ha estudiado la argumentación esgrimida por parte del TS en la presente sentencia ha criticado de manera importante la misma (37), considero acertada la decisión del Alto Tribunal de abandonar la argumentación teniendo en cuenta el artículo 43 CC como fundamento de la indemnización. Esta sentencia lleva a cabo algo que ninguna otra había hecho previamente y es indemnizar en base al artículo 1.902 CC (38).

En el FJ quinto el TS aprecia la negligencia de ambos convivientes y una concurrencia de culpas. La recíproca negligencia, que el Tribunal considera existente en el supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento, consiste en que ninguna de las partes fue capaz de prever y evitar o remediar las consecuencias de la libre decisión de iniciar una convivencia susceptible de verse truncada si esa decisión era revocada por cualquiera de ellos. En resumen, reprocha que estas decisiones personales no lleven aparejada esa carga de previsibilidad. No obstante, no puede sostenerse que es negligente, a la luz del artículo 1.902 CC, la no celebración de pactos previendo las consecuencias de la ruptura de la unión entre convivientes (39).

(35) Siguiendo a GARCÍA AMIGO, M.: *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, Mc Graw Hill, 1995, pp. 28 y 29, se debe diferenciar entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales o morales. Aunque ni la doctrina ni la jurisprudencia del TS tienen una delimitación nítida de los mismos, el daño moral se puede definir como toda lesión de un derecho o interés legítimo que no tenga interés patrimonial. En este punto resulta particularmente interesante la SAP de Madrid de 15 de enero de 2002 (JUR 2002/121529), pues en la misma se reclamó por la conviviente una indemnización de veinticinco millones de pesetas por el daño moral derivado de la ruptura de la convivencia, aunque sin invocación de precepto alguno en el que fundamentar tal pretensión. Respecto a tal petición de la actora, la AP consideró que en el caso concreto no se acreditó un perjuicio moral derivado de la ruptura sentimental, señalando que se trata de un aspecto, que además de resultar difícilmente justificable y sobre todo evaluable, pronto tuvo remedio en uno, porque se casó al mes siguiente, y en la mujer que lo hizo al año siguiente.

(36) BUSTO LAGO, J. M.: "Alcance y significado...", cit., p. 264.

(37) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Promesa de matrimonio y convivencia «more uxorio» [Comentario a la STS de 16 diciembre de 1996 (RJ 1996, 9020)]", AC, volumen 3, Tribuna, BIB 1996/1048, www.westlaw.es; RUBIO TORRANO, E.: "Promesa de matrimonio y convivencia *more uxorio*", AC, número 21, marzo 1997, p. 9; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C.: "La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia", AC, BIB 1997/51, www.westlaw.es; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: "Equiparación al matrimonio de las parejas de hecho heterosexuales", *Aranzadi Social*, BIB 1998/1047, www.westlaw.es; CERVILLA GARZÓN, M. D.: "Pensión compensatoria y uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RdPat*, número 19, 2003-1, p. 579; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "Algunas observaciones sobre las parejas de hecho", RJN, julio-septiembre 2004, p. 335.

(38) GARCÍA RUBIO, M. P.: "Comentario a la...", cit., p. 408, señala que se podría plantear la posibilidad de utilizar cumulativamente las acciones derivadas del artículo 43 CC y las del artículo 1.902, para obtener así el resarcimiento integral de todos los daños mencionados, citando, posteriormente, ejemplos de autores a favor de tal posibilidad, así como de detractores a la misma.

(39) GARCÍA RUBIO, M. P.: "Comentario a la...", cit., p. 410.

Cabe preguntarse si el artículo 1.902 CC es el fundamento normativo más adecuado para el supuesto de hecho que es objeto de la sentencia que comentamos (40). El citado precepto sólo puede ser aplicado cuando el daño haya sido causado por dolo o culpa del conviviente responsable de la ruptura, imputación subjetiva no siempre fácil de llevar a cabo, pues la ruptura de una pareja de hecho es, como su constitución, lícita y libre (41). En el supuesto enjuiciado en la resolución que comentamos, el incumplimiento de la promesa matrimonial se fue dilatando en el tiempo (podría entenderse que el incumplimiento fue tácito), consolidándose coetáneamente la convivencia con perfecto asentimiento por parte de la mujer, con lo que difícilmente se puede apreciar en aquel comportamiento del demandado una actitud dolosa, ni culpable (42).

Los razonamientos y consideraciones presentes en el FJ sexto (que hace alusión a la no indemnizabilidad de los daños morales) resultan sumamente criticables, como ha puesto de relieve la doctrina (43). A mi juicio, los daños morales sufridos por la actora resultan plenamente resarcibles, en base al artículo 1.902 CC, pues no hay razón alguna para excluir su concesión en base a este último precepto. La solución a la que llega el Alto Tribunal resulta cuanto menos chocante, sobre todo por la argumentación empleada al respecto.

Asimismo se ha puesto de manifiesto por parte de algunos autores que el TS en esta sentencia no lleva a cabo una rigurosa aplicación del artículo 1.902 del CC, sino que reconoce una compensación basada en el principio del enriquecimiento injusto (44), y por otros que el caso sometido a enjuiciamiento hubiese merecido otra solución, distinta, en todo caso, a la que finalmente llegó el TS (45).

(40) A juicio de MESA MARRERO, C.: *Las uniones de hecho...*, cit., p. 241, los perjuicios ocasionados al conviviente que aceptó iniciar la convivencia como consecuencia de que posteriormente se casaría con el otro conviviente deben ser reparados por la persona que hizo la promesa de matrimonio, en base al artículo 1.902 CC.

(41) RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Función de la responsabilidad...", cit., p. 88.

(42) GARCÍA RUBIO, M. P.: "Comentario a la...", cit., pp. 409 y 410.

(43) GARCÍA RUBIO, M. P.: "Comentario a la...", cit., p. 410; LLEBARÍA SAMPER, S.: "Consecuencias de una convivencia prometiendo...", cit., p. 1628; BUSTO LAGO, J. M.: "Alcance y significado de la indemnización debida en...", cit., pp. 279 y ss.; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Función de la responsabilidad civil en determinadas...", cit., p. 88.

(44) GARCÍA RUBIO, M. P.: "Comentario a la...", cit., pp. 410 y ss.

(45) LLEBARÍA SAMPER, S.: "Consecuencias de una...", cit., p. 1628, considera que el caso hubiera podido merecer hasta una triple solución, pero ninguna coincidente con la que finalmente se acogió. La primera hubiese sido no salirse del artículo 43 CC, dentro del cual podrían reembolsarse como "gastos hechos" y "obligaciones contraídas", como mínimo, el coste invertido en esa situación preparatoria justificada por el futuro matrimonio (traslado de los estudios del hijo a Toledo). La segunda solución hubiese pasado por prescindir del artículo 43 y acudir a la jurisprudencia que aplica la doctrina del enriquecimiento injusto para corregir estos desequilibrios en parejas *more uxorio*. Y la tercera solución sería la aplicación de ambas solu-

De la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9020) se ha hecho eco la jurisprudencia que ha tenido que pronunciarse en materia de pensiones y compensaciones a la ruptura de las parejas no casadas, pues la cita de la misma ha sido muy habitual (46). En efecto, cuando se plantea la ruptura de las uniones no matrimoniales han sido muy diversos los instrumentos jurídicos en los que se han fundamentado las reclamaciones económicas entre los convivientes. Uno de ellos es, tal como hemos visto, el artículo 1.902 CC, muy invocado en las demandas en materia de prestaciones económicas tras la ruptura de las parejas no casadas, pero con un índice de éxito muy limitado o escaso.

La reclamación de una indemnización con base en el artículo 1.902 CC resulta plenamente admisible si se invocan y acreditan los presupuestos precisos para su reconocimiento. La fundamentación de pensiones y compensaciones entre convivientes con base en el citado precepto ha sido muy habitual. Sin embargo, debemos ser conscientes de que únicamente pueden plantearse con éxito demandas en la que uno de los convivientes reclame una indemnización por daños y perjuicios en los diversos comportamientos a los que hemos hecho alusión en este trabajo, poniendo de relieve que el artículo 1.902 CC no puede, en ningún caso, ser considerado un recurso al que los compañeros puedan acudir subsidiariamente en caso de que los tribunales no acojan los demás criterios de resolución ideados por la jurisprudencia.

Recapitulando, para la aplicación del artículo 1.902 CC resulta necesario la plena concurrencia de todos sus requisitos, aunque, como recientemente dispone la STS de 12 de septiembre de 2005 (47) (RJ 2005/7148),

ciones, y es que, como reconoce el TS en la sentencia finalmente adoptada, “la cuantía de los daños materiales sería notablemente superior a la señalada por la Sala de instancia”, inmodificable por la *reformatio in peius*. RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: “Función de la responsabilidad...”, cit., p. 88, critica que, finalmente, el TS no estimase de aplicación al supuesto sometido a enjuiciamiento la doctrina del enriquecimiento injusto.

(46) Entre otras, la STS de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6661), SAP de Asturias de 9 de abril de 2001 (JUR 2001/142834), SAP de Guadalajara de 22 de mayo de 2002 (JUR 2002/178647), SAP de Madrid de 31 de mayo de 2002 (JUR 2003/47237), SAP de Palencia de 3 de septiembre de 2002 (JUR 2002/271628), SAP de Barcelona de 20 de septiembre de 2002 (JUR 2003/22890), SAP de Jaén de 16 de diciembre de 2002 (AC 2003/122), SAP de Granada de 17 de enero de 2003 (JUR 2003/140517), SAP de Asturias de 28 de octubre de 2003 (JUR 2004/49523), SAP de Granada de 23 de febrero de 2004 (JUR 2004/105556), STS de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/2710), SAP de Barcelona de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004/303882), SAP de La Rioja de 11 de noviembre de 2004 (AC 2004/1946), SAP de La Coruña de 23 de febrero de 2005 (AC 2005/37), SAP de Las Palmas de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005/111159), SAP de Cantabria de 19 de abril de 2005 (AC 2005/1833) y SAP de León de 18 de mayo de 2005 (AC 2005/1546).

(47) En el mismo sentido, entre otras, la SAP de Vizcaya de 9 de noviembre de 2005 (AC 2006/248), SAP de Alicante de 21 de febrero de 2006 (JUR 2006/186628) y SAP de Burgos de 22 de febrero de 2006 (JUR 2006/133769).

rechazando que la simple decisión de ruptura, aun sin causa alguna, constituye culpa o negligencia determinante de un deber de indemnizar, pues en tal caso se estaría creando algo muy parecido a la indisolubilidad de la unión de hecho o a su disolubilidad solamente previo pago. No debe olvidarse que en determinados supuestos la única vía o el único fundamento legal a través del que se podrán canalizar las reclamaciones de índole económica entre los miembros de la unión no matrimonial vendrá determinado por la petición y posterior reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios. Tales supuestos estarán constituidos por aquellos comportamientos o actuaciones acontecidos en el transcurso de la relación de pareja, a los que hemos hecho sistemática alusión, que podrán materializarse en diversos horizontes temporales de la unión, pero considerando, en todo momento, que la ruptura en sí misma no constituye un acto o comportamiento culpable, pues resulta amparado por la libertad individual.

EL AUTOCONTRATO EN LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES: UNA RECONSIDERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL

FERNANDO OLAIZOLA MARTÍNEZ

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA. **III.** EL CONFLICTO DE INTERESES EN EL NEGOCIO CONSTITUTIVO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL. **a)** El conflicto de intereses como fundamento de la prohibición del autocontrato. **b)** Negocios sinalagmáticos y negocios asociativos. El sinalagma mediato en el negocio constitutivo de la sociedad: el interés común y el interés particular de los socios. **IV.** LAS RESOLUCIONES DE NUEVE DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO Y DE CATORCE DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO. **a)** La Resolución de nueve de mayo de mil novecientos setenta y ocho. **b)** La Resolución de catorce de mayo de mil novecientos noventa y ocho. **V.** ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES SUPUESTOS DE CONFLICTO DE INTERESES EN EL CONTRATO DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD. **a)** La determinación de la denominación, del objeto social y del domicilio de la sociedad. **b)** La realización de aportaciones no dinerarias. **c)** La determinación de la participación del representado en el capital social. El ejercicio abusivo por el socio mayoritario de sus derechos corporativos. **d)** Supues-

tos de responsabilidad solidaria de los socios por las deudas sociales: sociedades personalistas, sociedades irregulares y facultades de actuación en la fase previa a la inscripción. **e)** Dividendos pasivos, primas de emisión en el negocio fundacional y ventajas de los fundadores. **f)** El conflicto de intereses en la determinación por vía estatutaria de la posición del socio y del funcionamiento de los órganos sociales. **1.** *Atribución de distintos derechos. Clases de acciones y acciones privilegiadas.* **2.** *Privilegios relativos al derecho de voto. Limitaciones estatutarias al ejercicio de los derechos de asistencia y voto.* **3.** *Acciones y participaciones sin voto.* **4.** *Acciones rescatables.* **5.** *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones.* **6.** *Causas estatutarias de separación y exclusión de socios.* **7.** *Establecimiento de prestaciones accesorias.* **8.** *Necesidad de consentimiento de los socios a cuyos derechos individuales afecte la modificación estatutaria o del voto favorable de la mayoría de las acciones de la clase perjudicada.* **g)** La determinación inicial del órgano de administración. El conflicto de intereses del administrador con la sociedad. **h)** Los supuestos de conflicto de intereses y su consideración exclusiva respecto de los sujetos integrantes de la relación representativa. Estipulaciones que benefician al representado. **VI.** LA RESOLUCIÓN DE NUEVE DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES. **VII.** CONCLUSIÓN. **VIII.** BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

No es infrecuente encontrarse con notas de calificación de registradores mercantiles por las que se deniega la inscripción de escrituras de constitución de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada al intervenir uno de los otorgantes en su propio nombre y derecho como fundador y hacerlo además en nombre y representación de otro u otros de los fundadores. El funcionario calificador suele considerar que en tales casos se incurre en un supuesto de autocontratación y normalmente invoca al respecto las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de nueve de mayo de mil novecientos setenta y ocho y de catorce de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha ocupado en efecto de la cuestión del posible autocontrato en la constitución de

sociedades mercantiles en las dos Resoluciones referidas, y previamente lo había hecho en otra Resolución de nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y tres.

Ha de apuntarse asimismo que el Tribunal Supremo, en su sentencia de seis de marzo de mil novecientos nueve, la primera por cierto en la que el Supremo se ocupaba de la figura del autocontrato, declaró la inexistencia de una sociedad constituida por un padre en su propio nombre y en representación de su hija menor de edad; si bien lo hacía por objeciones meramente dogmáticas, desde un planteamiento de rechazo a la misma viabilidad jurídica del autocontrato, entendiendo que en el mismo faltaba por definición una “circunstancia tan esencial cual es la de que en todo contrato concurren dos o más voluntades distintas y autónomas” y al margen de la valoración de la concurrencia o no de un posible conflicto de intereses en el caso concreto. Tal planteamiento dogmático, como sabemos, fue superado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de veintinueve de diciembre de mil novecientos veintidós y treinta de mayo de mil novecientos treinta, postura que asumió el Tribunal Supremo en ulteriores sentencias.

II. La cuestión en la doctrina

En cuanto a la consideración doctrinal del supuesto, hay que señalar que la cuestión dista de ser pacífica.

DÍEZ-PICAZO nos dice que: “En principio, en todos aquellos contratos que sean de naturaleza onerosa, con obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, el juego mismo de la estructura onerosa del contrato determina que entren en contradicción los intereses de ambas partes. Del mismo modo, puede existir –y normalmente existirá– contraste de intereses aun cuando el negocio presuponga declaraciones de voluntad de las partes que vayan todas en la misma dirección (por ejemplo, contrato de sociedad, etc.). Aunque no haya sinalagma, basta que las posiciones puedan ser distintas (v. gr., participación en el haber social, etc.) para que el conflicto de intereses pueda surgir”.

URÍA, al ocuparse de la causa de nulidad de la sociedad anónima inscrita, prevista en el artículo 34, apartado primero, letra d), de la Ley de Sociedades Anónimas, consistente en la falta de concurrencia en el acto constitutivo de la voluntad efectiva de al menos dos socios fundadores, considera ambigua e imprecisa la expresión “voluntad efectiva” y apunta

que “quizá, partiendo del posible juego de la representación entre los fundadores, pudiera estimarse que la Ley quiere rechazar el otorgamiento de la escritura fundacional con la asistencia de un solo fundador que represente a todos los demás”.

CABANAS TREJO y BONARDELL LENZANO, tras citar el referido posicionamiento de Díez-PICAZO, también parecen presuponer que en el supuesto que nos ocupa se da un potencial conflicto de intereses, aludiendo a las dos Resoluciones de mil novecientos setenta y ocho y mil novecientos noventa y ocho y centrándose sobre todo en el análisis de esta última.

FERNÁNDEZ LOZANO señala que el autocontrato en el negocio fundacional “en principio es un caso admisible, existiendo intereses paralelos: tanto el socio que actúa personalmente como su representado quieren constituir una sociedad. Sin embargo, hay una serie de aspectos relacionados con la constitución societaria en los que sí puede haber conflicto: en la determinación de la aportación social y en la consiguiente atribución de acciones o participaciones sociales, o en el nombramiento del órgano de administración”.

En las dos monografías sobre el autocontrato aparecidas en los últimos años se sigue asimismo este planteamiento restrictivo.

María DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS no se ocupa específicamente de la cuestión, pero cita también a Díez-PICAZO y al hilo de otras cuestiones recoge las Resoluciones de mil novecientos cuarenta y tres y de mil novecientos setenta y ocho (las dos únicas hasta entonces recaídas sobre el tema), sin realizar reserva o salvedad alguna a la doctrina de la segunda y por tanto entendiendo que en todo negocio fundacional de una sociedad mercantil otorgado por representante existe un potencial conflicto de intereses.

María Sara RODRÍGUEZ PINTO recoge las tres Resoluciones citadas del Centro Directivo, también sin mayor salvedad, con lo que asimismo parece asumir el criterio según el cual los contratos de carácter asociativo no están libres de conflicto de intereses, por lo que el planteamiento apriorístico en el supuesto que nos ocupa debe ser el de rechazo al otorgamiento del contrato, salvo predeterminación en el poder de sus elementos esenciales o autorización por el representado.

Hay otro grupo de autores que se muestran favorables a la posibilidad de constituir una sociedad a un tiempo en nombre propio y ajeno, o a un tiempo en nombre de varios representados.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ Y DÍAZ MORENO entienden que “un solo socio fundador puede actuar por sí y en representación de los demás, en caso de pluralidad, en el otorgamiento de la escritura (fundacional); incluso puede llevar a cabo dicho otorgamiento una sola persona, no en su propio

nombre y derecho, sino en representación de todos los socios fundadores, sin intervención personal de ninguno de ellos”.

LOJENDIO, al estudiar la ya referida causa de nulidad de la sociedad inscrita del artículo 34, apartado d), de la Ley de Sociedades Anónimas, apunta que “la voluntad efectiva (de los fundadores) existe, aunque se haya actuado por representante. No hay pues causa de nulidad si un solo socio concurre y lleva la representación de los demás”.

VENTOSO ESCRIBANO, también al ocuparse de dicha causa de nulidad, considera viable la posibilidad de otorgamiento de la escritura fundacional con la asistencia de un solo fundador que represente a todos los demás.

Y ARANGUREN URRIZA insiste en esta idea, también en relación con la cuestión de la nulidad de la sociedad, señalando que “es perfectamente posible ser representado en la constitución de la sociedad, e incluso pueden serlo todos los fundadores por uno de ellos o por un tercero”.

ÁVILA NAVARRO, finalmente, mantiene una posición contradictoria.

En sus estudios sobre la sociedad anónima y sobre la sociedad limitada señala que “no debe ponerse obstáculo a que una misma persona pueda representar a dos o más, o incluso que una sola persona pueda representar a todos los socios fundadores”. Cita a continuación la Resolución de veinte de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (que entiende que también se da un supuesto de autocontrato cuando el apoderado vincula a sus representados no entre sí, sino a cada uno de ellos con un tercero –en el caso concreto, a un deudor y un fiador con un acreedor–, puesto que entonces “una persona con su sola actuación compromete simultáneamente los intereses de dos patrimonios cuya representación ostenta, en forma tal que no queda garantizada la independencia necesaria entre los procesos de formación de cada una de las voluntades negociales emitidas”) y añade: “Esta doctrina no puede trasladarse al contrato de sociedad, donde no hay contraposición de intereses, sino intereses paralelos encaminados a la consecución de un fin común”.

Sin embargo, en sus “Comentarios de Jurisprudencia Registral”, respecto de la Resolución de nueve de mayo de mil novecientos setenta y ocho, apunta que “efectivamente, en la constitución de una sociedad hay intereses contrapuestos entre los socios, de manera que si uno representa a otro se da el supuesto de autocontratación: piénsese en la valoración de las respectivas aportaciones, atribución o no atribución de cargos, privilegios o prestaciones de determinadas acciones, mecánica del voto, etc.”. Y por todo comentario a la de catorce de mayo de mil novecientos noventa y ocho reproduce los fundamentos de la anterior y añade: “la doctrina de la Dirección, entonces y ahora, ha sido cauta”.

III. El conflicto de intereses en el negocio constitutivo de la sociedad mercantil

Pues bien, considero que a la cuestión del conflicto de intereses en el negocio de constitución de una sociedad mercantil no puede darse una respuesta terminante, sino que habrá que atenerse a las circunstancias de cada concreto supuesto.

Y entiendo que ésta es precisamente la doctrina que se desprende de las Resoluciones al respecto de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

a) El conflicto de intereses como fundamento de la prohibición del autocontrato.

Hay que resaltar que la esencia de la figura del autocontrato, el fundamento de la doctrina proscriptiva que constituye su esencia, se encuentra en el eventual conflicto de intereses entre representante y representado, o entre los varios representados.

Tal colisión de intereses se da cuando los sujetos intervinientes se puedan encontrar en posiciones enfrentadas en el seno del negocio que se celebra, en el sentido de que la tutela del interés del representado, o de uno de ellos, no es compatible con la tutela del interés del representante, o de otro de los representados: no puede haber ventaja para uno sin daño para el otro.

Si falta esa contradicción de intereses, la razón de la exclusión de la autocontratación decae. No dándose el conflicto no hay razón suficiente para negar eficacia al contrato celebrado.

Así sucede si los intereses de representante y representado en el negocio son convergentes o paralelos, como ocurre cuando comparten la misma posición contractual: por ejemplo, si ambos son compradores o ambos son vendedores. Tampoco hay conflicto si el negocio a celebrar no puede sino beneficiar al representado, como sucede si los padres donan pura y simplemente bienes a sus hijos menores y en cuanto titulares de la patria potestad y representantes legales de los mismos aceptan la donación.

b) Negocios sinalagmáticos y negocios asociativos. El sinalagma mediato en el negocio constitutivo de la sociedad: el interés común y el interés particular de los socios.

Superando las polémicas sobre la naturaleza del negocio constitutivo de sociedad, y partiendo de su carácter plenamente contractual, hay que matizar que, mientras que en los contratos sinalagmáticos, fuente de obli-

gaciones recíprocas, la misma estructura y esencia económica del contrato determinan que fatalmente entren en contradicción los intereses de las partes, en aquellos negocios en los que las declaraciones de voluntad de las partes confluyen en una misma dirección, como ocurre en los contratos asociativos, y, en concreto, en el contrato de sociedad, el contraste o conflicto de intereses no resulta axiomáticamente de la estructura del mismo. Los fundadores no tienen por qué ser necesariamente detentadores de unos personales intereses contrapuestos que se yuxtapongan a su interés común en la obtención de una ganancia o beneficio partible.

Señala DE LA CÁMARA en sus *Estudios de Derecho Mercantil* que “constituye una afirmación casi tópica decir que en la fundación de la sociedad, al revés de lo que sucede en el contrato, no existe contraposición, sino comunidad de intereses. Obviamente y puesto que los socios se proponen crear mediante la sociedad una empresa mercantil colectiva, llamada, en principio, a obtener un beneficio del que todos ellos habrán de aprovecharse, no cabe duda que, desde este punto de vista, sus intereses son coincidentes. Sin embargo, no es menos cierto que, a través de la sociedad, se persigue un interés particular e individual, pues el fin último a que se destinan los beneficios consiste en repartirlos entre los socios. La causa del contrato para cada socio estriba en la ventaja que a él ha de reportarle su participación en las ganancias, aunque, para conseguir éstas, cuente con las aportaciones de los demás”. Y añade: “También la constitución de la sociedad supone dar solución a un conflicto de intereses. Cada uno de los socios, lógicamente, por su natural sentimiento egoísta, desea obtener el máximo provecho con el mínimo sacrificio. Al constituirse la sociedad, la eventual situación conflictiva se resuelve con la fijación de las cuotas de participación en los beneficios, las cuales no han de ser obligadamente proporcionales al valor de las aportaciones”.

En el mismo sentido apunta DE EIZAGUIRRE que “los socios se obligan entre sí correlativamente –no recíprocamente– a realizar las aportaciones tendentes a la obtención del fin social común. Ello es señal de que hay contraposición de intereses, ya que cada socio tiende a asegurarse una posición conforme con sus intereses particulares: realizar la aportación más reducida posible para conseguir la máxima utilidad”.

Y para Cándido PAZ-ARES, “la sociedad presenta una estructura de intereses ciertamente distinta a la de los contratos de cambio, mas no en el sentido de que falte un conflicto de intereses, sino en el sentido de que al lado del conflicto de intereses hay también un interés común... la contraposición de intereses se percibe pues tanto en lo que entra en la sociedad (la aportación) como en lo que sale de ella (la participación en el resultado)”.

Estos dos últimos autores citan al respecto la Resolución de nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, cuando señala que "... si en la formación de toda compañía hay estímulos y finalidades comunes, también influye el natural deseo individual de obtener los beneficios máximos con el menor riesgo". No dedican mayor atención a la misma, cuando dicha Resolución, como luego veremos, entraba a pronunciarse de manera muy significativa sobre la materia que nos ocupa.

En definitiva, se habla del contrato de sociedad como un contrato de sinalagmaticidad mediata. En lo que constituye el vector o línea principal de intereses que el contrato compone, los de los socios son convergentes o paralelos: se busca obtener el máximo beneficio común. Pero a éste se superpone otro vector perpendicular o transversal, puesto que a la hora de determinar lo que hay que aportar para lograr aquel beneficio, y el modo en que ese beneficio una vez obtenido se repartirá entre los socios, sí que nos encontramos con un interés propio de cada socio enfrentado al de los demás.

Ahora bien, puede convenirse el contrato de modo que exista una ventaja para todos proporcional al sacrificio que realizan o, si se quiere, sin que la ganancia obtenida por la sociedad y proporcionalmente repartida implique un sacrificio o menoscabo desproporcionado para alguno o algunos de los socios.

Será necesario en consecuencia ponderar las circunstancias en cada caso concurrentes, examinar la composición de intereses que cada negocio fundacional y cada regulación estatutaria plasman, antes de decidir si existe o no un potencial conflicto entre los fundadores y por tanto si la intervención de un representante que a un tiempo actúa en nombre propio, o que a un tiempo representa a dos o más fundadores, da lugar a un supuesto de autocontratación.

IV. Las Resoluciones de nueve de mayo de mil novecientos setenta y ocho y de catorce de mayo de mil novecientos noventa y ocho

a) La Resolución de nueve de mayo de mil novecientos setenta y ocho.

Esta Resolución (que contemplaba el supuesto de un administrador de una sociedad que participaba en nombre de la misma y además en nombre propio, junto con su esposa, en la constitución de otra sociedad) se limita a señalar que "si uno de los futuros socios comparece en la escritura de constitución de la nueva sociedad no sólo en nombre propio, sino

también en representación de una sociedad... como administrador único... es indudable que se produce una situación en la que puede existir una contradicción de intereses... lo que hace necesario el consentimiento y autorización de dicha entidad, pues de lo contrario se estaría ante un supuesto de autocontratación no permitido en nuestro derecho”.

b) La Resolución de catorce de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

Esta segunda Resolución (en la escritura fundacional entonces calificada negativamente, uno de los fundadores actuaba en nombre propio y como representante voluntario de otro, en virtud de un poder), yendo más allá del planteamiento genérico precedente, realiza una serie de importantes precisiones y supone una profunda reconsideración de la doctrina de la primera. No cabe ni mucho menos considerar que ambas Resoluciones sienten monolíticamente una misma doctrina.

Comienza señalando esta Resolución que “aun cuando en los contratos de tipo asociativo no es tan patente la presencia de una contraposición de intereses entre las partes como en los onerosos con obligaciones recíprocas, no por ello queda excluida aquella posibilidad”.

Y entiende que sería viable la autocontratación cuando las facultades conferidas al apoderado son tan precisas que excluyen el riesgo de conflicto de intereses: “... habrán desaparecido los riesgos por la previa concreción que de su posición en el negocio haya hecho el representado a través de la determinación de sus elementos, **o al menos, de aquellos en los que pudiera darse el conflicto de intereses**”.

En el supuesto contemplado, el poder conferido lo había sido con carácter especial para participar en la constitución de una concreta sociedad, con fijación de su capital, las participaciones en que había de estar dividido y las que había de asumir el poderdante, así como su desembolso y el medio de realizarlo. Nos dice el Centro Directivo que “en esta situación, el que el apoderado pase también a ser parte en el contrato como socio fundador en modo alguno supone un riesgo para el representado, pues aunque en cuanto a **otros extremos del mismo negocio como el fijar el contenido de los estatutos o el nombramiento de administrador las facultades conferidas eran genéricas, son éstos parte del contenido negocial donde no puede apreciarse de entrada un riesgo para el apoderado**, desde el momento en que no tienen ya el carácter de pacto contractual irrevocable, sino que forman parte de su contenido organizativo que queda supeditado a la voluntad social a través de los acuerdos de la Junta general”.

La Dirección General resalta así que la ausencia de sinalagma (si se quiere, de un sinalagma inmediato) no excluye la posibilidad de conflicto, si bien precisa que dicha posibilidad no es tan “patente” como en los contratos sinalagmáticos. Quizá el adjetivo no sea el más adecuado, porque, como se desprende con claridad de la propia Resolución, de lo que se trata no es de que el conflicto no sea tan evidente o manifiesto (es decir, patente) como en los negocios sinalagmáticos, sino que, cuando del contrato de sociedad se trata, se da respecto de aquéllos una importante diferencia de índole cualitativa: el potencial conflicto se limita a algunos de los elementos del negocio, y no es por tanto, como antes decíamos, inherente a la estructura y esencia económica del contrato.

Tales elementos del negocio constitutivo en los que localizar la posible contraposición de intereses, por otra parte, no son necesariamente aquellos que en el concreto supuesto contemplado por la Resolución venían determinados en el poder en virtud del cual se otorgó la escritura fundacional: de ser así, la doctrina de dicha Resolución resultaría por un lado excesiva y por otro insuficiente.

Resultaría excesiva, ya que la “concreción” de la sociedad a fundar se lograría en el supuesto contemplado por la Resolución, suponemos, por la indicación de su nombre, y acaso de su objeto social o domicilio, extremos por cuya determinación por el representante no se produce evidentemente conflicto alguno entre éste y su representado (CABANAS y BONARDELL se preguntan: “¿Cómo se particulariza a estos efectos una sociedad? ¿Bastaría la denominación social? ¿Debe añadirse algún otro dato, como el objeto o el domicilio? ¿Es suficiente con no decir nada, siempre que se especifique la participación en la sociedad innominada? Nos inclinamos por esto último”).

Y pecaría por defecto, ya que no contempla, como luego veremos, las posibles cláusulas estatutarias generadoras de privilegios o asimetrías entre los socios.

V. Análisis de los diferentes supuestos de conflicto de intereses en el contrato de constitución de la sociedad

El que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el concreto supuesto de la Resolución de catorce de mayo de mil novecientos noventa y ocho, ante la predeterminación en el poder empleado de diversas circunstancias de la sociedad a constituir, no viera posibilidad de conflicto de intereses, y revocase en consecuencia la calificación recurrida, no prejuzga cuál deba ser el criterio a seguir si la concreción de las

facultades conferidas en el poder se realiza en forma menos detallada o precisa que la del supuesto contemplado.

Habrá que plantearse ante todo en cuáles de los elementos del contrato hay que buscar el potencial conflicto de intereses. Y una vez precisados éstos, y aun cuando en el poder no se contengan sino menciones genéricas respecto a todos los elementos del contrato social, si no se ha localizado circunstancia alguna determinante de un posible conflicto,  es defendible entender que estamos ante un supuesto de autocontratación tan sólo por la falta de dicha mayor o menor determinación en el poder de las circunstancias del negocio a celebrar?

Y sobre todo,  cu l debe ser la solución cuando el representante no es voluntario, sino que se trata del administrador de una sociedad, de un órgano social que por razón de su nombramiento y correlativa aceptación resulta investido de un poder representativo cuyo ámbito delimita la propia Ley de forma imperativa, con carácter inderogable y vinculante para la sociedad?   nicamente la autorización del representado –esto es, de la Junta– que es el otro supuesto de viabilidad de la autocontratación que la citada Resolución contempla?  Y cuál debe ser la solución cuando se trate de supuestos de representación legal, en los que por definición no cabe predeterminación alguna de los requisitos o elementos del negocio por parte del representado, ni su autorización para la celebración del mismo por el representante?  La designación de un defensor judicial?

a) La determinación de la denominación, del objeto social y del domicilio de la sociedad.

Insistamos en que no parece que la elección de la denominación social o el señalamiento del domicilio de la sociedad, por mucho que obedezcan al exclusivo criterio del representante, entrañen potencial perjuicio alguno para el representado.

Como tampoco lo conlleva la determinación en sí del objeto social: la acotación del sector del tráfico socioeconómico en que va a desenvolverse la sociedad es una cuestión directamente relacionada con ese vector principal de intereses al que antes aludíamos, en que las posiciones de los socios son confluyentes: cuanto más acertada sea esa acotación, y cuanto mejor orientada est  la sociedad en su actuación en el tráfico, mayor será el beneficio para todos. Cuestión distinta es la del conflicto que pueda entrañar la dispensa al administrador de la prohibición de desplegar actividades concurrentes con las integrantes del objeto social, o el establecimiento respecto del representado de una prestación accesorio de abstención de realizar tales actividades, como luego veremos.

Considérese, además, que ninguno de tales extremos del contrato es “irrevocable” (como dice la Resolución de mil novecientos noventa y ocho), ya que la Junta general puede siempre acordar su ulterior modificación; con la posibilidad, además, legalmente reconocida a los socios disconformes de separarse de la sociedad si lo que se modifica es el objeto social.

b) La realización de aportaciones no dinerarias.

El conflicto de intereses es evidente si se pretende la realización por el representante o el representado de aportaciones no dinerarias. Dado que el representante, en su propio nombre y en representación de otro fundador, o en su caso representando simultáneamente a varios fundadores, es el que unilateralmente decide la valoración de los bienes aportados, se da una contraposición de intereses a todos los cuales no puede atender el representante con imparcialidad: se estaría en tal supuesto determinando, no ya la participación del representado en la sociedad, sino el valor de esa participación, la correlación entre su aportación a la sociedad y la cuota de derechos políticos y económicos que recibe a cambio, lo que incide plenamente en el plano perpendicular de conflicto entre fundadores antes referido.

Y ello se producirá por mucho que las aportaciones sean objeto del informe de expertos independientes que es preceptivo tratándose de sociedades anónimas (artículo 38 de su Ley reguladora) y potestativo en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada (artículo 21, apartado quinto, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Tal informe no deja de ser una opinión, todo lo cualificada que se quiera, sobre el valor de lo aportado, pero que tampoco garantiza una objetividad plena. La valoración de la aportación sigue siendo además facultad de los fundadores, que pueden fijarlo libremente por mucho experto que intervenga.

Acatar o no el criterio de tales expertos es así una decisión que deja un margen al posible conflicto de intereses. Es más, doctrinalmente se sostiene que el experto debe limitarse a verificar que el bien aportado da cobertura suficiente al valor de las acciones que se asignan en pago, pero sin entrar a pronunciarse sobre cuál sea el valor real de ese bien, y por tanto sobre si tal valor es superior al que los fundadores le atribuyen. Téngase en cuenta en tal sentido que el valor que en la escritura fundacional se dé a la aportación puede superar hasta en un veinte por ciento el valor atribuido por el experto, conforme al artículo 133, apartado segundo, del Reglamento del Registro Mercantil.

c) La determinación de la participación del representado en el capital social. El ejercicio abusivo por el socio mayoritario de sus derechos corporativos.

Si las aportaciones a realizar son dinerarias y no hay por tanto problema en cuanto a su valoración, no se plantea conflicto alguno de intereses respecto de tal extremo del negocio fundacional.

No parece entonces que la mera determinación de lo que cada socio aporta, y de su consecuente respectiva participación en el capital social, entrañe a su vez una posibilidad de conflicto. La circunstancia de que el representado pueda encontrarse como socio minoritario en una sociedad en la que el representante, u otro u otros de los representados por aquél, tengan el control político, no parece ser determinante de un conflicto de intereses. La controversia en el antes aludido vector horizontal no viene tanto determinada por la dimensión cuantitativa, sino por la cualitativa, de la posición de socio.

Además, y para ser congruentes, de sostener que la determinación en sí de la respectiva participación social supone una potencial contraposición de intereses, ¿habría que entender que la misma no se produciría si el representado es el socio mayoritario, o si representante y representado ostentan igual participación minoritaria respecto de terceros fundadores ajenos a la relación representativa?, ¿o, incluso, si aun siendo el representado un socio minoritario se le reconoce un derecho de libre separación, como medio de protección por excelencia de la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos de la mayoría? (recuérdese al respecto la facultad de separación *ad nutum* que se ha de reconocer al socio, conforme al artículo 30, apartado tercero, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, cuando estatutariamente se prohíbe la transmisión voluntaria por acto *inter vivos* de las participaciones sociales; o el posible reconocimiento de un derecho de libre separación sin necesidad de causa específica, si estatutariamente se contemplan “las necesarias cautelas tanto en procedimientos como en plazos”, requisito cumplido el cual la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de veinticinco de septiembre de dos mil tres parece entenderlo admisible).

El abuso en el ejercicio de sus derechos corporativos por el socio mayoritario, desatendiendo el interés social en beneficio propio, supone un conflicto entre la sociedad ya constituida y ese socio mayoritario.

Es innegable la posibilidad de que la voluntad social debidamente gestada en el seno de los correspondientes órganos responda a un interés o propósito meramente particular. Como nos dice RUIZ-RICO RUIZ, las de-

cisiones de la sociedad no siempre metabolizan el interés social: las interferencias personalistas de quienes con su voluntad conforman a su vez la voluntad de la sociedad perturban la pureza de ese interés. ALFARO ÁGUILA-REAL señala que si el socio mayoritario (o significativo) contrata con la sociedad a través de un administrador distinto de él mismo, formalmente no habría autocontratación, aunque materialmente está contraponiendo su interés como socio y su interés personal o extrasocial, que será lógicamente el que tenderá a hacer prevalecer, ya que así hará suya íntegramente la ventaja derivada del negocio en cuestión, sin compartirla con los demás socios.

Pero debe tenerse en cuenta, sigue diciendo ALFARO, que por un principio de fidelidad, expresión de la regla de buena fe contractual, todo socio debe anteponer el interés social al suyo propio, porque su compromiso, al constituir la sociedad, consiste en satisfacer el propio interés precisamente a través del interés social.

Por ello, conforme al artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas (al que se remite el artículo 56 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), podrán ser impugnados los acuerdos de la Junta general que lesionen en beneficio de uno o varios accionistas o terceros los intereses de la sociedad (no perdamos de vista que a la hora de determinar en qué consista ese interés social prevalecen hoy los planteamientos contractualistas, que entienden que el interés a considerar es exclusivamente el interés común de los socios, su interés patrimonial en cuanto partícipes en la concreta empresa). El artículo 52 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada prohíbe al socio el ejercicio en la Junta general de su derecho de voto en los supuestos que enumera, en los que se da un conflicto de intereses. Y recordemos las doctrinas favorables a la extensión de los deberes fiduciarios de los administradores a los socios de control, que han encontrado plasmación en la modificación del artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley 26/2003, de diecisiete de julio. El apartado segundo de este precepto nos dice ahora que “el que actúe como administrador de hecho (el socio mayoritario o de control será normalmente el conocido como “administrador oculto”) de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, accionistas y acreedores del daño que cause por actos... realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador”; entre otros, y como veremos, los deberes de lealtad y fidelidad al interés social.

Nos encontramos, en definitiva, ante una problemática distinta de la del autocontrato propiamente tal, con otro tratamiento jurídico y con otros específicos remedios legales.

Considérese además que mediante un poder para comprar acciones o participaciones sociales puede darse también una situación de supeditación del representado a la posición mayoritaria que detente el representante si éste adquiere simultáneamente acciones o participaciones en la misma sociedad, supuesto por excelencia en que los intereses de ambos son confluyentes, y en que la formalización de la compra por el representante es perfectamente admisible. ¿O habría que entender que en tal caso se produce asimismo un supuesto de autocontratación? ¿Y también se produce entonces si el apoderado era previamente titular de acciones o participaciones de la sociedad en cuestión?

En el mismo sentido, repárese en que, en virtud de un poder para comprar participaciones indivisas de bienes inmuebles, el representante puede adquirir juntamente con su representado un determinado bien y resultar por la compra partícipe mayoritario, con las facultades decisorias que en cuanto tal le confiere el artículo 397 del Código Civil, facultades que pueden tener una importante trascendencia económica (y resulta procedente recordar al respecto los planteamientos doctrinales tendentes a disociar la idea de ganancia o beneficio que los socios buscan obtener de la idea de lucro en un sentido estricto: podrían perseguirse así a través de la sociedad fines de naturaleza estática, como el uso y disfrute de bienes determinados, posibilidad que expresamente contempla el art. 1.678 del Código Civil).

d) Supuestos de responsabilidad solidaria de los socios por las deudas sociales: sociedades personalistas, sociedades irregulares y facultades de actuación en la fase previa a la inscripción.

Se planteará un conflicto de intereses en todos aquellos supuestos en que, por razón del tipo social elegido, los socios respondan personal y solidariamente por las deudas sociales.

La Resolución de veintiuno de junio de dos mil uno señala con carácter general para los supuestos de vinculación solidaria pasiva de representante y representado, que se “está estableciendo una relación interna entre ambos deudores y poniendo en contacto ambos patrimonios desde el momento en que, en función de quien realice el pago, de a quien se lo reclame el acreedor... uno de los dos deudores se convertirá en acreedor del otro sin necesidad de que haya mediado por cualquiera de las dos partes ninguna nueva declaración de voluntad: el vínculo solidario hace al representado responder de obligaciones que no son suyas, y si son precisamente del representante, el negocio del que surge dicha solidaridad entraña un conflicto”.

Así, existirá un conflicto de intereses si se pretende la constitución de una sociedad personalista, colectiva o comanditaria; o también si la proyectada es una sociedad comanditaria por acciones y representante y representado van a ser administradores de la misma (partiendo de que se trata de una sociedad decididamente capitalista en la que determinados socios, a los que necesariamente se encomienda la administración social, responden en tanto desempeñen tal cargo como si fueran —y no por ser, lo que daría lugar a un “hibridismo intolerable” en expresión de URÍA— socios colectivos, esto es, responden personal y solidariamente).

La responsabilidad personal y solidaria dimanante de la aplicación de las reglas de la sociedad colectiva o de la sociedad civil en el supuesto de irregularidad de una sociedad capitalista (artículos 16, apartado segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas y 11, apartado tercero, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) es, evidentemente, una cuestión distinta. El advenimiento de esa situación patológica que la irregularidad supone depende de circunstancias extrínsecas al contrato en sí de sociedad, como son el comienzo efectivo del despliegue de la actividad social y la falta de inscripción. Además, el específico tipo social elegido en la escritura fundacional incorpora un principio de limitación de responsabilidad, y como señala la doctrina más autorizada, la aplicación a la sociedad irregular de las reglas de la sociedad colectiva o de la sociedad civil no suponen una transformación de aquélla, sino una aplicación (no definitiva, si finalmente se logra la inscripción) del régimen de éstas, buscando fundamentalmente la salvaguarda de los intereses de terceros que entretanto se relacionan con la sociedad.

¿Y si en el propio contrato social se atribuye a los administradores de la sociedad o a terceros la facultad de actuar en la fase previa a la inscripción conforme al artículo 15, apartado segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas (aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por la remisión del citado apartado tercero del artículo 11 de su Ley reguladora)?

Los socios responderán en tal caso personalmente por los actos que se realicen hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar, como señala este precepto. Por tanto, el supuesto sólo podrá plantearse tratándose de una sociedad anónima, en la medida en que existan dividendos pasivos, y no en una sociedad limitada, en la que el capital social tiene que estar íntegramente desembolsado desde el primer momento. El apartado segundo del referido artículo 15 sienta así una regla de responsabilidad del socio frente al tercero acreedor social por aquella aportación prometida y aún no desembolsada.

Cierto que la norma no nos dice expresamente que la responsabilidad de los socios sea solidaria, y cierto también que la solidaridad de deudo-

res no se presume. Pero téngase en cuenta que el apartado tercero del propio precepto se refiere al cese de la “responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes a que se refieren los apartados anteriores” una vez inscrita la sociedad; y que frente a los acreedores sociales no parece de recibo imponer una división de la deuda: se ha señalado cómo al acreedor social se le estaría reconociendo por este artículo precisamente una acción directa contra el socio (sin necesidad de acudir a ningún procedimiento de carácter subrogatorio, y sin que el socio pudiera oponer al acreedor excepciones derivadas de su propia relación con la sociedad) para reclamarle el pago de una deuda social, de forma semejante a lo que se establece en el artículo 148, apartado tercero, del Código de Comercio para los socios comanditarios.

Distinto es el caso de la llamada responsabilidad diferencial que asumen los fundadores, conforme al artículo 15, apartado cuarto, de la Ley de Sociedades Anónimas, por las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad durante la fase fundacional por administradores o mandatarios en los casos del artículo 15, apartado segundo. Se impone aquí a los socios la obligación legal de realizar aportaciones complementarias para cubrir la diferencia que por actuaciones previas a la inscripción existiera entre patrimonio y capital, protegiendo así a los terceros del riesgo de descapitalización de la sociedad constituida. Los socios responderán por ese déficit patrimonial directamente frente a la sociedad e indirectamente frente a esos acreedores sociales, quienes no dispondrán ahora de una acción directa contra los socios.

Lo procedente en consecuencia es entender que no hay aquí solidaridad, sino una obligación parciaria de cada socio de responder frente a la sociedad de la deuda proporcional a la cifra de capital asumido en el momento fundacional.

En consecuencia, siempre que no se trate de una sociedad anónima con capital no íntegramente desembolsado en el momento fundacional, cabrá atribuir a los administradores o a terceros facultades para actuar en la fase previa a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil en la escritura de constitución de sociedad otorgada por el representante.

e) Dividendos pasivos, primas de emisión en el negocio fundacional y ventajas de los fundadores.

Existirá también una posible contraposición de intereses si, en una sociedad anónima, en el momento fundacional algunas de las acciones están íntegramente desembolsadas y otras no, o si todas están parcialmente de-

sembolsadas, pero no en la misma medida: en tal caso, unos socios realizan una aportación efectiva y actual y otros asumen una mera obligación de desembolso; además, en tales supuestos, la determinación del régimen de tal obligación (la forma y el plazo en que debe realizarse el desembolso, o la determinación del órgano competente para exigirlo) puede resultar también potencialmente conflictiva, sobre todo si el régimen no es igual para todos los socios obligados al desembolso.

Es obvio también el conflicto de intereses si se acuerda una prima de emisión en el momento fundacional tan sólo a cargo de alguno o algunos de los socios.

Y habrá también una evidente contraposición de intereses cuando se atribuyan derechos especiales a alguno o algunos de los fundadores (artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas). Dado que mediante el reconocimiento de estos derechos se pretende retribuir la misma idea creadora de la empresa y las iniciativas y actividades tomadas y desplegadas al efecto de su fundación, nada más lógico que el que el titular de los mismos sea precisamente el representante, que será el fundador que habrá llevado a cabo las operaciones conducentes a la constitución de la sociedad.

f) El conflicto de intereses en la determinación por vía estatutaria de la posición del socio y del funcionamiento de los órganos sociales.

En cuanto al restante contenido de los estatutos sociales, y en general en cuanto a la dimensión organizativa del contrato social, hay que señalar que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado no excluye de modo absoluto la posibilidad de un conflicto de intereses al proceder a su determinación: nos dice el Centro Directivo que aquí no puede apreciarse “de entrada” un riesgo para el apoderado.

Como señalan CABANAS y BONARDELL: “Respecto de las demás circunstancias del negocio fundacional, en particular la fijación de los estatutos sociales y el nombramiento de los administradores, entiende la DGRN que no debe exigirse una mayor concreción del poder, pues en última instancia escapan al mismo control individual del socio, al estar sometidos al poder organizativo de la Junta y por tanto al principio mayoritario. Estamos de acuerdo con la doctrina de la DGRN, siempre que se añada un ligero matiz: así será en tanto los estatutos aprobados por el representante respeten las líneas básicas del derecho dispositivo, sobre todo en lo referente al módulo para el ejercicio de los derechos sociales. En otras palabras, no deberíamos aceptar un poder otorgado en esos términos si después el representante se reserva para sí determinados privilegios que pueden alterar la previsión que se había hecho el representado sobre su nivel de influencia en la sociedad”.

En efecto, es claro que el conflicto se dará siempre que por vía estatutaria se altere o asimetrice la proporcionalidad entre la participación social y los derechos políticos y económicos inherentes a la misma, o siempre que se establezcan o regulen de manera asimétrica las obligaciones de los socios.

1. Atribución de distintos derechos. Clases de acciones y acciones privilegiadas.

Es evidente que existe un potencial conflicto de intereses si las acciones o participaciones no confieren unos mismos derechos a sus titulares cuando, conforme a la regulación del respectivo tipo social, en relación a algunas de ellas o clases de ellas, se establezcan privilegios o desigualdades, que como sabemos suelen referirse a derechos económicos, como el de participación en los dividendos, o el derecho sobre el patrimonio resultante de la liquidación (artículos 50, apartados segundo y tercero, y 277, apartado segundo de la Ley de Sociedades Anónimas y artículos 53, 85 y 119 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Se dará el conflicto si se incluyen, en general, las cláusulas conocidas como de limitación de valor, por las que se establece que los socios, en caso de separación o exclusión o en los supuestos de disolución de la sociedad, recibirán un importe inferior al valor real de su participación.

Y también resultará generadora de un potencial conflicto la previsión estatutaria de pago de la cuota de liquidación a un socio mediante entrega de bienes determinados, los aportados por el mismo u otros distintos, por mucho que se atienda a su valor real al tiempo de aprobarse el proyecto de división del haber social entre los socios (artículo 119, apartado tercero, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

2. Privilegios relativos al derecho de voto. Limitaciones estatutarias al ejercicio de los derechos de asistencia y voto.

En las sociedades limitadas, y frente al artículo 50, apartado segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas, caben privilegios relativos al derecho de voto (artículo 53 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); privilegios cuya estipulación por el representante nos reconduce también a un supuesto de autocontratación. Piénsese en igual sentido en las posibles limitaciones estatutarias al ejercicio de los derechos de asistencia y voto en la sociedad anónima conforme a los apartados segundo y tercero del artículo 105 de la Ley de Sociedades Anónimas (a las que posiblemente se esté refiriendo ÁVILA NAVARRO cuando nos habla del conflicto derivado de la determinación de la “mecánica del voto”).

3. *Acciones y participaciones sin voto.*

Se produce un conflicto de intereses si en el momento fundacional se emiten o crean acciones o participaciones sin voto (artículos 90 a 92 de la Ley de Sociedades Anónimas y 42 bis de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Nos encontramos ante una figura encuadrable en la categoría de los conocidos como híbridos financieros (situados a medio camino entre capital y deuda, entre recursos propios y ajenos). Con su emisión normalmente se pretenderá la financiación de la empresa social, pero como instrumento jurídico se trata de una figura neutra, por lo que se pueden perseguir también otros propósitos intrasocietarios, como, por ejemplo, el de garantizar el control político en el seno de la sociedad. Son, en suma, un instrumento más en la composición de intereses entre socios que supone el contrato social, y por tanto su emisión o creación constituye una potencial fuente de conflictos.

La misma decisión de cambiar derechos políticos por económicos (dividendos a cambio de votos, como dice PAZ-ARES) supone ya una contraposición de los intereses particulares de los fundadores que no puede equilibrar por sí el representante. Y téngase en cuenta, además, que estas acciones y participaciones atribuyen a sus titulares privilegios en cuanto al dividendo, a la participación en el patrimonio resultante de la liquidación o a la posible reducción por pérdidas.

4. *Acciones rescatables.*

También existirá el potencial conflicto si se emiten en el momento fundacional por una sociedad cotizada acciones rescatables (artículos 92 bis y ter de la Ley de Sociedades Anónimas). Me remito aquí al trabajo de Luis FERNÁNDEZ DEL POZO sobre esta figura, en cuanto a su admisibilidad en sociedades no cotizadas y a la posibilidad de su emisión en el momento fundacional.

En términos generales, la idea de rescate de las acciones comprende supuestos en que no hay necesariamente una amortización de las mismas (como las cláusulas que obligan a transmitir acciones o participaciones a otros socios o a terceros cuando concurren determinadas circunstancias estatutariamente previstas, a que luego me referiré). Hay también una clara proximidad entre el rescate a instancias de la sociedad y la exclusión del socio, y entre el rescate a instancias del socio y el derecho de separación. Y es que, de nuevo, puede acudir a esta figura híbrida como modalidad de financiación de la empresa, pero también para la consecución de otros fines intrasocietarios.

Los motivos de controversia son aquí claros. El titular de las acciones rescatables ostenta una condición de socio de carácter claudicante, y decidir acerca de este extremo entraña ya en sí un potencial conflicto. Pero también lo pueden desencadenar la determinación de los supuestos en que se producirá el rescate (tanto si el derecho se lo reserva el socio como si se lo reserva la sociedad, como si el rescate queda sujeto a término o condición ya determinados en la cláusula estatutaria de rescate), del precio de rescate y de la forma de determinarlo (es discutido que el rescate tenga que producirse por el valor real de las acciones, y se admite que pueda serlo incluso por un precio inicialmente fijado) y de la forma de fijarlo o el procedimiento para llevarlo a cabo.

5. Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones.

La eventual contraposición de intereses entre socios se producirá también por el establecimiento en los estatutos sociales de restricciones a la transmisibilidad de acciones o participaciones sociales, o de derechos de adquisición preferente de las mismas a favor de socios determinados (artículos 123, apartado tercero, y 188, apartado segundo, del Reglamento del Registro Mercantil); o, también, por la imposición de la obligación de transmitir las participaciones a los demás socios o a terceros cuando concurren circunstancias determinadas (artículo 188, apartado tercero, del Reglamento del Registro Mercantil), que pueden afectar muy especialmente a alguno o algunos de los fundadores.

En cuanto a las cláusulas de autorización o consentimiento (para las sociedades anónimas, artículos 63, apartado tercero, de la Ley de Sociedades Anónimas y 132, apartado segundo, del Reglamento del Registro Mercantil), se puede plantear el conflicto si la facultad de autorizar la transmisión propuesta se atribuye, no a la sociedad a través de sus órganos, sino a alguno o algunos de los socios.

La determinación estatutaria de las causas de denegación de la transmisión pretendida, en tanto en cuanto éstas consistan en exigir determinados requisitos personales o de idoneidad a quien se postula como nuevo socio, no supondrán un conflicto de intereses, pues afectarán por igual a todos los socios y estarán atendiendo al interés común, a través del mantenimiento de determinados criterios de homogeneidad en el seno del grupo social. Más dudoso es el caso en que la autorización se vincule a la participación en el capital que como consecuencia de la adquisición proyectada vaya a ostentar el adquirente o a perder el transmitente, ya que entonces lo que se estará buscando normalmente será mantener el equilibrio de poderes en la sociedad, y por tanto velar por el interés particular de determinados socios.

En general, la posibilidad de conflicto es evidente en todos aquellos supuestos en que las restricciones estatutarias, sea cual sea su modalidad, contenido o alcance, no afecten por igual a todas las acciones o participaciones sociales.

6. Causas estatutarias de separación y exclusión de socios.

A la hora de regular causas estatutarias de separación o exclusión de socios (artículos 96 y 98 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 204 y 207 del Reglamento del Registro Mercantil) puede darse también una contraposición de intereses entre socios, en la medida en que por esta vía se pueden estar causalizando los motivos o móviles de alguno o algunos de los fundadores, sus “causas concretas”, en palabras de DE CASTRO, para concurrir al negocio fundacional, o para admitir a determinadas personas como partícipes en el mismo.

Es doctrinalmente admitido que ni las causas de separación han de consistir en acuerdos sociales (pueden ser cualesquiera hechos, incluso circunstancias desvinculadas de la dinámica estrictamente societaria, pero con relevancia para los intereses de determinados socios en la misma) ni las causas de exclusión han de estar referidas al incumplimiento de deberes sociales (pese al criterio restrictivo de la Resolución de trece de enero de mil novecientos ochenta y cuatro): pueden consistir en la pérdida por el socio o en la concurrencia sobrevenida en el mismo de determinadas circunstancias personales que se entiendan perjudiciales para el interés social. La posible personalización de tales causas es evidente, y por tanto cabría incluso referirlas a socios determinados.

7. Establecimiento de prestaciones accesorias.

El establecimiento estatutario de prestaciones accesorias, y en su caso la determinación de una retribución para las mismas (artículo 9, letra f, de la Ley de Sociedades Anónimas y artículos 22 y 23 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), también supondrá un enfrentamiento de los intereses de representante y representado, o de los varios fundadores simultáneamente representados por un mismo representante. Potencialmente conflictiva será por definición toda obligación de realizar prestaciones personales, o de abstención de desplegar determinadas actividades –normalmente, las concurrentes con las que integran el objeto social.

No obstante, no resultaría controvertida la fijación estatutaria de prestaciones que conllevaran la mera obligación para todos los socios de realizar aportaciones dinerarias en proporción a su respectiva participación en el capital social, si bien, como sabemos, tales cláusulas han venido sien-

do rechazadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado; así, en Resoluciones de veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho, siete de marzo de dos mil y veintisiete de julio de dos mil uno.

8. *Necesidad de consentimiento de los socios a cuyos derechos individuales afecte la modificación estatutaria o del voto favorable de la mayoría de las acciones de la clase perjudicada.*

Téngase en cuenta, por otra parte, que en todos los supuestos que vemos estudiando la Junta general no es plenamente soberana para dejar sin efecto las decisiones y determinaciones del representante al respecto en el negocio fundacional, porque para acordar las correspondientes modificaciones estatutarias será necesario el consentimiento de los socios a cuyos derechos individuales afecte el acuerdo, y en las sociedades anónimas, en su caso, el acuerdo mayoritario de la clase de acciones afectadas (artículos 145.2 y 148 de la Ley de Sociedades Anónimas y 25.1 y 71 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Tratándose, en sociedades limitadas, de la modificación o supresión de causas estatutarias de separación o exclusión de socios, el acuerdo ha de ser unánime (artículos 96 y 98 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 204, apartado segundo, y 207, apartado segundo, del Reglamento del Registro Mercantil).

g) La determinación inicial del órgano de administración. El conflicto de intereses del administrador con la sociedad.

Algunos de los autores anteriormente citados consideran, como hemos visto, que puede existir un conflicto de intereses al designarse por el apoderado en el momento fundacional a la persona o personas que inicialmente vayan a ocuparse de la gestión y representación social. No es éste el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en la Resolución de catorce de mayo de mil novecientos noventa y ocho expresamente entiende, como hemos visto, que en el nombramiento de administrador en la escritura de constitución no hay riesgo para el apoderado, puesto que estamos ante uno de esos extremos del negocio que forman parte de su contenido organizativo y son modificables por un ulterior acuerdo de la Junta general.

No parece, sin embargo, que la ausencia de conflicto venga determinada únicamente por el carácter no definitivo de las decisiones del representante al respecto en el negocio fundacional. Piénsese que si el representante que se autodesigna administrador en la escritura de constitución es el socio mayoritario, la ulterior propuesta de su cese por la Junta general no tendrá en principio muchos visos de prosperar.

¿En qué consistiría la contraposición de intereses entre representante y representado cuando es aquél el que designa al órgano de administración? ¿En el hecho de situarse el apoderado (o en la posibilidad de que sitúe a un tercero de su confianza) en una posición de predominio desde la que podrá en lo sucesivo hacer prevalecer su interés personal, utilizando el patrimonio social, integrado entre otras por la aportación de su representado, en interés propio o en su caso en el de terceras personas a él vinculadas?

Los supuestos de autocontratación en sentido estricto, que se darán cuando el administrador pretenda celebrar negocios con la sociedad, no plantean una problemática específica y se resolverán caso por caso mediante la aplicación de las reglas generales. Así, la Ley exige para determinados supuestos de contratación de la sociedad con su administrador la previa aprobación de la Junta general (artículos 10 y 67 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), acuerdos en la adopción de los cuales el socio administrador no podrá ejercitar su derecho de voto, conforme al ya citado artículo 52 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Claro que si el socio mayoritario es distinto del administrador volvemos a la problemática antes vista del abuso por el socio mayoritario de su posición, ya que la autorización de la Junta a la celebración del contrato en cuestión no garantizaría entonces la protección del interés social.

Distinta es la posibilidad de apropiación por el administrador de las conocidas como oportunidades de negocio, es decir, la celebración por el mismo y en su provecho de contratos que habría debido celebrar en nombre y por cuenta de la sociedad, privándola con ello del correspondiente beneficio.

No olvidemos al respecto que el administrador detenta una posición fiduciaria frente a la sociedad y está sujeto a unos rigurosos deberes de fidelidad y lealtad que le imponen hacer prevalecer los intereses sociales sobre los propios, deberes que son objeto de una regulación especialmente exhaustiva en la Ley de Sociedades Anónimas tras las modificaciones introducidas por la citada Ley 26/2003 (nueva regulación que hay que entender aplicable a las sociedades limitadas pese a no haberse alterado la literalidad del artículo 61 de su ley reguladora, y ello por la remisión que en materia de responsabilidad realiza su artículo 69 a la Ley de Sociedades Anónimas).

Nos dice el artículo 127 bis de la Ley de Sociedades Anónimas que “los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad”.

El artículo 127 ter precisa el contenido del deber de lealtad de los administradores: así, no pueden éstos utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de tales para la realización de operaciones por cuenta propia; no pueden realizar en beneficio propio inversiones u operaciones ligadas a los bienes de la sociedad de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo; deben comunicar al Consejo cualquier situación de conflicto directo o indirecto que pudieran tener con el interés de la sociedad (si el órgano de administración no es colegiado, parece que la comunicación debería realizarse a los otros administradores, o, en última instancia, a la Junta general); y en caso de conflicto de intereses el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera.

Esta última prohibición de intervenir en la operación potencialmente conflictiva implica un deber de abstención en la adopción de los pertinentes acuerdos, por el órgano que sea, incluso por la Junta general, si es ésta la que ha de aprobar la operación, por tratarse, por ejemplo, de sociedad con un administrador único: el socio administrador no podrá entonces ejercitar su derecho de voto en la adopción del correspondiente acuerdo. En igual sentido, el artículo 114 de la Ley del Mercado de Valores establece que el administrador de una sociedad cotizada no puede ejercitar el derecho de voto correspondiente a acciones por el mismo representadas (cuando se trate de facultades conferidas por razón de una solicitud pública de representación), entre otros supuestos, cuando se trate de aprobar o ratificar operaciones de la sociedad con el propio administrador, o con sociedades controladas por él o a las que represente, o con personas que actúen por su cuenta.

Vemos, pues, que los remedios frente a las posibles actuaciones del administrador anteponiendo su interés particular al interés social se encuentran en el régimen de responsabilidad del administrador (civil, penal y administrativa); en la posibilidad de su cese por la Junta general o la exclusión de la sociedad del administrador que sea asimismo socio; en el procedimiento de impugnación de los acuerdos de los correspondientes órganos (incluidos los acuerdos del Consejo de administración, conforme al artículo 143 de la Ley de Sociedades Anónimas); o incluso en el ejercicio de las acciones inhibitorias y de cesación previstas en la legislación de defensa de la competencia.

Nos encontramos, de nuevo y en definitiva, ante una problemática distinta de la del autocontrato, ante cuestiones intrasocietarias sobrevenidas, con su propio tratamiento jurídico y específicos remedios legales.

Ahora bien, sí que estaríamos ante un posible conflicto de intereses si, nombrándose al representante administrador en la escritura de consti-

tución, estatutariamente se le reconoce el derecho a una retribución. Si bien ésta de la retribución es una cuestión que puede ser revisada ulteriormente por la Junta, lo cierto es que el representante está contribuyendo a la determinación inicial de la misma (o determinándola él solo) a través de los estatutos que integran la escritura de constitución.

Igualmente nos encontramos ante un potencial conflicto si al nombrado administrador se le autoriza en el propio negocio fundacional a desplegar actividades concurrentes con las que integran el objeto social (así, conforme al artículo 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), y ello, de nuevo, por mucho que la Junta general pueda ulteriormente desautorizar a los fundadores en este punto, o modular o revisar el alcance de tal dispensa.

Y también se da el conflicto si en la escritura fundacional al apoderado se le nombra administrador y se le dispensa anticipada y genéricamente de la prohibición de autocontratación (como admite la Resolución de tres de diciembre de dos mil cuatro) o la dispensa lo es para concretas actuaciones o ámbitos de actuaciones (en el marco, por ejemplo, de cláusulas de “suministrador preferente” o “cliente preferente”).

No cabe argumentar frente a ello que en tales casos el escollo será fácilmente sorteable por el representante administrador que sea socio mayoritario, quien siempre podrá en una ulterior Junta acordar las correspondientes modificaciones estatutarias, configurando su cargo como retribuido y determinando esa retribución, o estableciendo dispensas de las prohibiciones de autocontratación o competencia: ya he apuntado que éste es un conflicto distinto, con remedios específicos. Aquí, la reacción contra el posible abuso no es preventiva, sino que ha de encauzarse a través de la impugnación judicial del acuerdo, siendo en sede judicial donde se determine si hay o no perjuicio al interés social en beneficio de ese socio mayoritario.

h) Los supuestos de conflicto de intereses y su consideración exclusiva respecto de los sujetos integrantes de la relación representativa. Estipulaciones que benefician al representado.

Todo cuanto antecede debe entenderse siempre referido, claro está, a los sujetos integrantes de la relación representativa. Sólo cabe entender que se produce el conflicto en la medida en que el contenido negocial en cuestión afecte o se refiera al representante o a su representado, o a los diversos representados por aquél.

No cabe, por ejemplo, hablar de contraposición de intereses entre representante y representado si las asimetrías en las posiciones sociales estatutariamente establecidas se refieren a terceros fundadores ajenos al víncu-

lo representativo. A la hora de ponderar las ventajas de tales asimetrías, o de determinar el correspondiente equilibrio de intereses, representante y representado ocupan una posición común, están del mismo lado en el potencial conflicto transversal: el representante velará así por sus propios intereses al tiempo que vela por los de su representado.

Si, por ejemplo, a un tercero fundador se le reconocen determinados derechos o ventajas como tal fundador, siendo del interés común del representante y su representado sumarse al proyecto empresarial cuya iniciativa e impulso despliega ese tercero, el alcance y la justeza de la retribución a tal iniciativa que las ventajas suponen serán adecuadamente ponderados por el representante, por la cuenta que le tiene. Dígase lo mismo si ese tercero fundador se reserva privilegios políticos o económicos, pero su presencia y actuación en la empresa resultan determinantes del atractivo de la misma y la atribución de tales privilegios resulta justificada. O si el tercero fundador se obliga a desplegar prestaciones accesorias especialmente relevantes para el desenvolvimiento del negocio social y se le señala una retribución.

De igual manera hay que concluir si las ventajas o asimetrías establecidas juegan precisamente en beneficio del representado: si el representante queda en peor posición, tal circunstancia no puede sino favorecer a aquél. Es claro, por ejemplo, que si el que se obliga a realizar prestaciones accesorias es el propio representante, y no se fija por ello ninguna retribución, ventaja o compensación, no se producirá conflicto alguno.

VI. La Resolución de nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y tres

La antes citada Resolución de nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y tres resulta muy ilustrativa respecto de cuanto venimos exponiendo.

En el supuesto de hecho contemplado, un padre fundaba una sociedad en nombre propio y como representante legal de sus tres hijos menores. El Centro Directivo concluía que el padre “con menoscabo de la autonomía e independencia precisas para que exista contrato, asumió la representación legal como padre de los tres menores... hubo de resolver cuestiones que afectaban fundamentalmente al patrimonio de sus representados y al suyo propio, en forma contradictoria, y que provocaban el supuesto de intereses incompatibles”.

Pero como regla de principio la Dirección General señala que “**aparece innegable la posibilidad de construir entre padres o hijos una socie-**

dad mercantil... siempre que las personas que constituyan la sociedad gocen de plena capacidad para obligarse... **tampoco debe negarse al padre la facultad de invertir los capitales de los hijos en la misma sociedad anónima en el que él tenga participación o en otros casos de asociación mercantil en que, lejos de existir intereses contrapuestos entre unos y otros, suplan la vigilancia y la gestión paternas el desconocimiento, inexperiencia y falta de capacidad de sus hijos; pero siempre que los respectivos derechos marchen *pari passu* y coloquen a los interesados en el mismo plano económico”.**

Y es que en el caso concreto el padre se había atribuido en los estatutos determinados derechos (se reservaba vitalicia y exclusivamente la administración de la sociedad, nombramiento que se configuraba como condición expresa del contrato social, con las prerrogativas del artículo 132 del Código de Comercio; se señalaba un sueldo y el derecho a un porcentaje de las facturas; imponía a los demás socios una prohibición de competencia), lo que era revelador de “una evidente contradicción... entre los intereses del padre y de los hijos...”, así como de la “clara trasgresión de los límites impuestos por la doctrina de este Centro Directivo a la figura de la autocontratación”.

Así pues, no se produce una trasgresión de tales límites siempre que el representante al constituir la sociedad no sitúe a sus representados en situación de desigualdad en sus respectivos derechos políticos y económicos, resultando entonces admisible su actuación.

VII. Conclusión

Una lectura conjunta y sosegada de las diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el posible autocontrato en el negocio constitutivo de una sociedad mercantil debe, en definitiva, llevarnos a la conclusión de que el conflicto de intereses no siempre y necesariamente tiene por qué darse entre representante y representado, o entre los varios fundadores representados por una misma persona, dado el carácter primordialmente asociativo y no directamente sinalagmático de estos contratos.

Claro está que, en la medida en que el contrato de sociedad supone la armonización de los intereses, enfrentados entre sí, de todos y cada uno de los socios fundadores, y que éstos, *a priori* y desde un planteamiento de racionalidad económica, buscan obtener el máximo beneficio con el mínimo sacrificio, la potencial contraposición de intereses podrá darse si la posición política y económica que en cuanto socios corresponda por virtud

del contrato fundacional a los partícipes en la relación representativa no es cualitativamente idéntica.

La regla de principio de la que debemos partir es la de licitud de la autocontratación como fórmula simplificadora del tráfico jurídico y económico. Es clara la fundamental importancia que para la estabilidad y seguridad del tráfico mercantil, y a un tiempo para la fluidez y agilidad del tráfico socioeconómico, tiene la debida actuación en esta materia de los notarios y registradores mercantiles en el desempeño de sus respectivas funciones.

Los notarios, coadyuvando a la adecuada formulación jurídica de las voluntades negociales que recogen y a la materialización ajustada a derecho de los contratos que autorizan, pueden contribuir de modo efectivo a disipar las dudas sobre eventuales supuestos de conflicto de intereses en los contratos de sociedad otorgados por representantes y representados, o por un mismo representante en nombre de varios representados.

Y los registradores mercantiles, lejos de proceder a un mecánico rechazo del entero contrato de sociedad, y en este sentido apunta realmente la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, deberían examinar, caso por caso, cada concreto contenido negocial para comprobar que el entramado de intereses que el contrato de sociedad articula y el conjunto de derechos y deberes corporativos que del mismo resultan para los socios no producen un desequilibrio entre los fundadores, y por tanto no dan lugar a esa confrontación potencial de intereses en la que tiene su fundamento último, insistamos una vez más, la proscripción del autocontrato.

VIII. Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "La prohibición de autocontratación de los administradores de Sociedades Anónimas y Limitadas", Documento de trabajo del Área de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
- ARANGUREN URRIZA, F. J.: *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, tomo II, Trivium, 1998.
- ÁVILA NAVARRO, P.: *Comentarios de Jurisprudencia Registral*, Bosch, 2003; *La Sociedad Anónima*, Bosch, 1997; *La Sociedad Limitada*, Bosch, 1996.
- CABANAS TREJO, R., y BONARDELL LENZANO, R.: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coordinado por ARROYO y EMBID IRUJO, Tecnos, 2001.
- DE EIZAGUIRRE, J. M.: *Derecho de Sociedades*, Civitas, 2001.
- DE LA CÁMARA, M.: *Estudios de Derecho Mercantil*, Edersa, 1978.
- DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M.: *El Autocontrato*, Tecnos, 1990.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *La Representación en el Derecho Privado*, Civitas, 1979.
- FERNÁNDEZ LOZANO, J. L.: *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I, volumen 2.º, Civitas-Consejo General del Notariado, 2003.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.: *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo XIV, volumen 1.º A, Civitas, 1999.
- LOJENDIO OSBORNE, I. M.: *Derecho Mercantil*, tomo I, coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Ariel, 1997.
- PAZ-ARES, C.: *Curso de Derecho Mercantil*, coordinado por URÍA y MENÉNDEZ, tomo I, Civitas, 1999.
- RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflicto de intereses en el Derecho Privado Español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005.
- RUIZ-RICO RUIZ, C.: *Autocontrato societario*, Marcial Pons, 2002.
- URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 1990.
- VENTOSO ESCRIBANO, A.: *Constitución de Sociedades Anónimas*, Colex, 1991.

HIPOTECA “CAMBIARIA”. COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE 1 DE JUNIO DE 2006

ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO

Doctor en Derecho.

Notario excedente.

Registrador de la propiedad

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN **II.** ANTECEDENTES **III.** LHM Y PSD. POSICIÓN DE LA DGRN. **A)** Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión. **B)** Resolución de 26 de octubre de 1973. Admisibilidad. **C)** Resolución de 31 de octubre de 1978. Pluralidad de letras. Vencimiento anticipado. **D)** Resolución de 18 de octubre de 1979. Identificación. Pluralidad de letras. Pago anticipado. **E)** Resolución de 23 de octubre de 1981. Ejecución parcial. Renovación. **F)** Resolución de 2 de septiembre de 1983. A favor de sucesivos tenedores. Identificación. **G)** Resolución de 29 de octubre de 1984. Cantidad global por costas e intereses. **H)** Resolución de 22 de marzo de 1988. Letra incompleta o en blanco. **I)** Resolución de 30 de octubre de 1989. Cancelación. **J)** Resolución de 15 de enero de 1991. Cancelación parcial. **K)** Resolución de 18 de diciembre de 1996. Nota en los títulos, pluralidad de letras y fincas. **L)** Resoluciones de 8 y 9 de octubre de 2002. Interés de demora sin tope. **M)** Resolución de 28 de marzo de 2005. Hipoteca cambiaria y extracambiaria. **N)** Resolución de 1 de ju-

nio de 2006. Hipoteca “cambiaria” en garantía de obligación cambiaria y obligación extracambiaria. **Ñ)** Doctrina de la DGRN. **IV.** ADMISIBILIDAD, CONCEPTO Y NATURALEZA. **V.** REQUISITOS GENERALES. ALGUNAS ESPECIALIDADES. – Requisitos. – Pluralidad de letras. – Vencimiento anticipado. – Pago anticipado. – Renovación. – Nota en la letra. – Constitución unilateral. – Notificaciones. **VI.** APUNTES DE DERECHO CAMBIARIO. – Introducción. Efecto de comercio y valor mobiliario. – Evolución histórica. – Causalismo-abstracción. – Pago y acciones. – Endoso. **VII.** RESOLUCIÓN DE 1 DE JUNIO DE 2006. **A)** Obligación cambiaria y extracambiaria. **B)** Hipoteca en garantía de varias obligaciones. **C)** La hipoteca cambiaria y el tráfico jurídico. **D)** Actuación notarial-registral en las hipotecas cambiarias. **E)** Intereses ordinarios. **F)** Intereses de demora. **G)** Cambio de titularidad de la finca. **H)** Hipoteca cambiaria y sucesivos tenedores. **I)** Aspecto judicial. **VIII.** CONCLUSIÓN. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

Abreviaturas

ADC: Anuario de Derecho Civil.
 BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.
 CC: Código Civil.
 CCJC: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
 CCom: Código de Comercio.
 CE: Constitución Española.
 DG y DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.
 LCyCH: Ley Cambiaria y del Cheque.
 LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
 LH: Ley Hipotecaria.
 LHM y PSD: Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.
 RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
 RDBB: Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
 RdP: Revista de Derecho Patrimonial.
 RDP: Revista de Derecho Privado.
 RH: Reglamento Hipotecario.
 RJ: Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi.
 RJC: Revista Jurídica de Cataluña.
 RTC: Repertorio de Jurisprudencia Constitucional de Aranzadi.
 STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

I. Introducción

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) se enfrenta en la Resolución de 1 de junio de 2006 (BOE del 17 de julio 2006) (1) ante una hipoteca cambiaria cuyo central punto de discusión era el de si dicha hipoteca habilita para garantizar unos intereses de demora por encima de los fijados en los artículos 58 y 59 de la Ley Cambiaria y del Cheque (LCyCH) de 16 de julio de 1985.

La incidencia de haber sido uno de los protagonistas de esa Resolución genera la dificultad de poder perder objetividad en su tratamiento. Sin embargo, tiene la ventaja de haber estado sumergido en su problemática (2) y, si no se llega a estar plenamente convencido de que no haya dudas, como no lo estamos, queda la obligación, obviamente natural y, por tanto, no exigible jurídicamente, de acudir a la llamada que hacía la Resolución de 26 de octubre de 1973, importantísima en la evolución de la hipoteca cambiaria: la deficiencia legal en la regulación de dicha hipoteca “puede ser en varios aspectos eficazmente suplida por la actuación de Notarios y Registradores, que, como órganos cualificados, contribuyen así al desarrollo del Derecho, a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal”.

Reconocimientos como éste lamentablemente hoy son impensables. De cualquier modo, para ser justos, a esa “actividad creadora y calificadora” habría que añadir: ahormada por la doctrina de la DGRN, que, si bien no gozaba del carácter de jurisprudencia, sí tenía una indiscutible e indiscutida *auctoritas*.

Pero, además, la hipoteca cambiaria ha suscitado el interés de importantes plumas universitarias y estudiosos del Derecho (3). Desde esta única perspectiva afrontamos estas líneas y, dado que la legitimación procesal para el juicio verbal era más que dudosa, las abordamos desde la doctrina y, por tanto, sujetas a la crítica de la misma y sin el privilegio de las del *Boletín Oficial del Estado*.

(1) La DG ha reiterado en la Resolución de 26 de septiembre de 2006 (BOE de 19 de octubre) la misma tesis que la que se comenta. Curiosamente el supuesto de hecho es muy semejante (el primer tenedor era el mismo); aunque la nota calificadora presenta aspectos diferentes, el escrito del recurso es en muchos extremos un calco literal, a pesar de la distinta autoría de los recursos; sin embargo, los fundamentos de la DG son reproducción literal de la que se comenta, a excepción de alguna referencia a la propia Resolución de 1 de junio, por lo que en algún párrafo tiene que hacer la salvedad que no era cuestión incluida en la nota, lo que quizá no case con el artículo 326,1 LH.

(2) Ello resulta lógico al redactar una nota de calificación, que asumimos, aunque la defensa de una nota y un estudio doctrinal tiene distintos matices de planteamiento.

(3) Los trabajos acerca de la hipoteca cambiaria no son escasos; al final se hace referencia a algunos de ellos, aunque junto a otros manejados para este estudio.

No es nuestro propósito realizar un estudio omnicomprendivo de la hipoteca cambiaria, pues, como decíamos, hay importantes estudios monográficos de carácter general o de aspectos concretos difíciles de mejorar; lo que pretendemos es, fundamentalmente, un análisis de la Resolución de 1 de junio de 2006, aunque obviamente no se puede estudiar una Resolución sin su engarce en el sistema normativo.

No obstante, la primera observación que sorprende es que el Centro Directivo, sin cambio subjetivo, haya modificado en poco tiempo su criterio, el sostenido por la Resolución de 28 de marzo de 2005 (4), que además, según su propia consideración, vino a su vez a cambiar de criterio respecto del anterior de las Resoluciones de 8 y 9 de octubre de 2002, que podría tener más sentido al producirse relevo al frente del mismo (5).

De cualquier modo, a nosotros sólo nos interesan las consideraciones de fondo y por tanto nada lo relativo a los plazos de resolución (6), ni legitimaciones, etc. No obstante, respecto de esta última observación, aunque las Resoluciones son vinculantes para todos los Registros o registradores conforme al artículo 327 LH, según la redacción anterior o posterior por Ley 24/2005 y en el mismo escenario deberían comprenderse los notarios, se reitera lo expuesto en el informe del recurso de que no hay duda de la legitimación del notario, por cuanto creemos que la solución debe venir del debate y no de silenciar a alguien.

De otra parte, para evitar en lo posible la tacha de subjetivismo, haremos un estudio en el que, en ocasiones, sacrificaremos opiniones personales y aventuras doctrinales. Muchas veces nos apoyaremos en la doctrina más autorizada; en otros momentos reflejaremos la discrepancia de los autores; en unos y otros casos aplicaremos esas observaciones doctrinales para superponerlas a los fundamentos de la Resolución y ver su resultado. Lógicamente, ello no obstaculiza que en diversas ocasiones nos “mojemos” en el debate.

Antes de proseguir quizá convenga hacer una previa consideración. La nota está redactada pensando en el tradicional concepto de hipoteca

(4) El criterio de la Resolución de 28 de marzo de 2005 parecía muy meditado; incluso recogió extensamente el informe del registrador, en contra de lo sostenido en otras Resoluciones.

(5) La nota de calificación ponía en duda la divergencia entre las Resoluciones de 2002 y 2005 y se hacía referencia al cauce estrecho del recurso gubernativo citando la opinión de un notario (ROMERO CANDAU en *La Notaría*, noviembre-diciembre de 2002, p. 342). ALBIOL dice que si se quiere garantizar además del crédito cambiario otros intereses u otras cantidades será preciso “yuxtaponer a la hipoteca cambiaria una de máximo por tales conceptos y diferenciados” (p. 228).

(6) El plazo en la calificación se cumplió holgadamente (quince días, según el art. 15 LH y concordantes). Sin embargo, el de la Resolución rebasó, también holgadamente, el plazo legal de los tres meses del artículo 327 LH.

cambiaría (“la primera idea que debe presidir la hipoteca cambiaría es su precisión y en este sentido hay que convenir que la hipoteca cambiaría es una hipoteca en garantía de una letra de cambio y no lo es cuando es garantía de un crédito aunque éste se represente en letras de cambio” –Fundamento 5.º de la nota–); la DG amplía el ámbito de la hipoteca “cambiaría” para bajo su manto arropar a una obligación cambiaría y otra extracambiaría. El Centro Directivo, en su Resolución de 28 de marzo de 2005 creyó que el procedimiento eran dos hipotecas, fórmula que generó dudas y perspectivas susceptibles de debate; en la Resolución que comentamos unifica el amparo bajo una misma garantía, pero sin que la idea, a nuestro juicio, sea errónea, sí plantea problemas su cohabitación, especialmente cuando ingresan en el circuito de tal hipoteca terceras personas y, desde luego, parece que la denominación de hipoteca “cambiaría” ya deja de ser precisa.

Con esa nueva amplitud quedan descolocadas, como vamos a ver a continuación, muchas tradicionales observaciones de la doctrina y de la propia DG, que, al estudiar la hipoteca cambiaría, se ciñen a la visión clásica de garantizar una obligación cambiaría.

II. Antecedentes

Es punto común en la doctrina, acerca de la hipoteca cambiaría, destacar la falta de una regulación expresa de la misma, llegándose, incluso, a discutir por prestigiosos juristas y por diversas Resoluciones de la DGRN si era viable en nuestro derecho.

Hoy en día, desde la década de los setenta, puede decirse que está mayoritariamente aceptada por la doctrina (7), la jurisprudencia y la propia realidad social.

Obviamente, hoy ir contra una corriente con caudal científico tan importante estaría fuera de la capacidad normal, pero, además, en nuestro caso, estamos plenamente convencidos de su admisibilidad, no tanto por los habitualmente invocados artículos 154 a 156 de la Ley Hipotecaria (LH), que también, sino por el fundamental artículo 1.861 del Código Civil (CC) y su reflejo en el artículo 105 LH: toda obligación jurídicamente admisible puede estar garantizada con hipoteca sin perjuicio de su necesaria traducción en una cantidad dineraria, por cuanto el artículo 12 LH determina que en las inscripciones de hipoteca se expresará “el importe

(7) Por su unánimemente reconocida autoridad, se cita la posición contraria de Jerónimo GONZÁLEZ, el cual, *recogiendo la opinión de HACHENBURG*, dice que “una letra garantizada con letra es una contradicción” (p. 104).

de la obligación asegurada”; además, el artículo 150 LH contempla la hipoteca constituida para garantizar obligaciones transferibles por endoso y, si la letra de cambio ha sido el prototipo de tal modalidad de obligaciones, nos parece que, si no fuera admisible, el legislador habría cometido un importante desliz.

También los artículos 154 a 156 LH sirven como criterio para su admisibilidad, pero, a nuestro juicio, tales artículos no están pensando en la letra de cambio, en los efectos de comercio, sino en los valores mobiliarios, que son una modalidad de título-valor, pero sin que ambas categorías se identifiquen (8).

El olvido de esta distinción ha provocado, como veremos, algunas dudas en la doctrina y en ciertas calificaciones registrales.

El reconocimiento de su viabilidad jurídica no puede taparnos los ojos ante ciertas dificultades que se generan al mezclar el derecho cambiario, que tiene unas especiales características, como en cierto modo veremos, con el derecho real de la hipoteca (9). Por ello, no es de extrañar que haya habido voces discrepantes en cuanto a su viabilidad o a aspectos concretos, ni que la doctrina de la DGRN no haya tomado definitivo impulso sino a partir de 1973 y, a veces, con un lento caminar o retrocediendo sobre sus pasos.

El artículo 105 LH que hemos citado no tiene antecedente en la LH de 1861 (10). Quizá pueda sorprender que no aparezca sino hasta la Ley de 30 de diciembre de 1944 de reforma hipotecaria (en el art. 138); sin embargo, su contenido se recogía en el artículo 1.861 CC, por lo que era innecesaria su repetición. Realmente se introdujo, más que por la posibilidad de garantizar toda clase de obligaciones, por dejar a salvo el principio de responsabilidad personal universal del artículo 1.911 CC; a esta interpretación contribuye que el párrafo 2 de ese artículo 138 de la Ley de 1944 establecía lo que hoy son los párrafos 1 y 2 del artículo 140: es decir,

(8) ROCA SASTRE ha señalado que la regulación española de tales hipotecas ha solido ir aparejada con la hipoteca en garantía de títulos u obligaciones al portador, con el consiguiente perjuicio para la hipoteca cambiaria debido al confusionismo creado; la regulación de los artículos 154 y 156 LH está pensada para la hipoteca en garantía de “valores mobiliarios”, emitidos en masa, pero no para las hipotecas en garantía de “efectos de comercio” (“Variaciones...”, pp. 243 y ss.; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, t. VIII, pp. 449 y ss.).

(9) El dinamismo del Derecho cambiario no parece hacer buena pareja con la hipoteca, especialmente en épocas pretéritas. CANALS dice que difícilmente podrían encontrarse dos instituciones jurídicas más antitéticas que la hipoteca y el título de crédito (pp. 425 y ss.).

(10) En el estudio de los antecedentes legislativos se siguen los textos recogidos en la obra *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, varios tomos y años, desde 1974. Por otra parte, es punto común en la doctrina el estudio de los antecedentes; por todos, GONZÁLEZ PORRAS (pp. 19 y ss.); TOMILLO (“Admisibilidad...”, pp. 157 y ss.; este trabajo formaría parte de su monografía *La hipoteca cambiaria...*); CANALS BRAGE, pp. 428 y ss.

puede garantizar toda clase de obligaciones, pero no altera la responsabilidad patrimonial universal, “no obstante” cabe el pacto de limitación (11).

El vigente artículo 150 LH tampoco data de la primitiva Ley de 1861, sino de su reforma por Ley de 21 de diciembre de 1869, cuyo artículo 153 recogía un párrafo, el cuarto, con el texto del que hoy constituye el artículo 150 (12). La Exposición de Motivos que precedía al Proyecto de Ley de la reforma de 1869 indicaba que con el objeto de facilitar el crédito territorial se proponía introducir ese párrafo: “en la actualidad es indispensable su reforma, ya porque algunas sociedades de crédito han hecho uso del hipotecario para emitir obligaciones transmisibles por endoso, ya porque se ha autorizado a los concesionarios de los ferrocarriles para la emisión de títulos al portador garantizados con hipoteca, y ya, en fin, porque algunos grandes propietarios han principiado a utilizar el crédito territorial, emitiendo obligaciones hipotecarias endosables y amortizables a largos plazos”.

Los artículos 154 a 156 de la vigente LH tampoco tienen antecedente en la LH de 1861; no solamente no lo tienen, sino que tal hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador fue expresamente estudiada en su importante Exposición de Motivos sin que se viabilizara en su texto. Dentro del epígrafe “de las hipotecas voluntarias” cuestiona la cesión de los créditos hipotecarios y alude a la “opinión moderna” de la transmisión de créditos hipotecarios por endoso desgranando sus argumentos, pero finalmente la Comisión entendió que “está erizada de dificultades la asimilación de un contrato hipotecario al contrato de cambio” expresando seguidamente su razonamiento.

La antes citada reforma de 1869 dio un giro en este punto, pero ya antes se había producido un cambio. Efectivamente, la Real Orden de 26 de febrero de 1867 reconoció la posibilidad de la emisión de obligaciones al portador por empresas concesionarias de obras públicas (núms. 6 a 10), según lo previsto por Leyes de 3 de junio de 1855 y 11 de julio de 1856, dictándose la disposición para resolver “las diferentes dudas que se ofrecen en la práctica” (13).

(11) Vid. sobre tal artículo SANZ FERNÁNDEZ: pp. 385 y ss.; DE LA RICA: pp. 145 y ss.

(12) Los tres párrafos precedentes constituían lo que hoy es el artículo 149 LH.

(13) Si se trataba de despejar dudas era por la admisibilidad de este tipo hipotecario. Si así fuera tendría razón CANALS, que reacciona frente a lo que considera habitual error de entender que la LH de 1861 no admitió la hipoteca en garantía de títulos; entiende que la Exposición de Motivos de 1861 no se plantea la existencia de este tipo de obligaciones, sino cómo deben enajenarse o cederse los créditos hipotecarios (pp. 428 y ss.). Tiene razón este autor que la cesión del crédito hipotecario era la preocupación, pero es cierto que a veces se llega a un resultado equivalente cerrando el paso a una figura o cercenando una característica esencial de la misma. CANO considera que el artículo 150 LH se refería a las obligaciones hipotecarias y no a la letra de cambio y que ese era un sentir común hasta la LHM y PSD (pp. 576 y ss.).

La mencionada reforma dio un paso de reconocimiento de la situación y en la Exposición de Motivos que precedía al Proyecto de Ley de reforma nos encontramos con la antes expresada norma con relación al antecedente del vigente artículo 150 LH. Además, el artículo 82,3 de esa Ley de 21 de diciembre de 1869, señalaba que las inscripciones de las hipotecas constituidas con el objeto de garantizar "títulos al portador" no podrán cancelarse sino presentándose testimonio judicial de quedar extinguidas todas las obligaciones aseguradas.

Llegados a este punto quizá haya que hacer un inciso explicativo. Hemos dicho que la viabilidad de la hipoteca cambiaria nos parece clara a la luz del artículo 150 LH (14), cuyo fundamento preferimos a los artículos 154 a 156 LH, aunque también nos sirve.

Sin embargo, podría entenderse, con base a esos antecedentes, que el legislador de 1869, al introducir ese párrafo 4 en el artículo 153, estaba pensando no en la letra de cambio, sino en las obligaciones de grandes compañías (15).

Aunque quizá sea hoy en día una pura cuestión teórica, hay que reconocer que, especialmente con el tiempo, se aleja la interpretación de la *voluntas legislatoris* para atender a la *voluntas legis* y a la realidad social.

De cualquier modo, lo que sí parece claro es que la reforma hipotecaria por Ley de 16 de diciembre de 1909 vino a dar un nuevo paso.

Se introduce un nuevo artículo (el 154), cuyo contenido pasaría al actual; también un artículo (el 155) que con ligera variante procesal, por la reforma de 1944, va a constituir el vigente artículo 155; finalmente, el artículo 82 contenía unos párrafos (del 3 al final) que van a transplantarse al vigente artículo 156, párrafos 1 a 4 (16).

El preámbulo del Proyecto de Ley presentado en el Senado por el ministro de Gracia y Justicia señalaba, justificando la modificación: "otras reformas... son las referentes a la emisión, realización y cancelación de inscripciones de títulos ú obligaciones hipotecarias transmisibles por endoso y al portador, materia de suma importancia y de que la actual ley solamente de un modo indirecto se ocupa, puesto que a pesar de haber

(14) Por este apoyo normativo en el artículo 150 LH se inclina ROCA GUILLAMÓN (p. 277, nota 11 y pp. 286 y ss.); CANALS: pp. 463-464. La STS de 27 de junio de 1988 (RJ 4822) dice que no puede dudarse que el artículo 150 LH comprende, en una interpretación incluso de pura semántica, a los efectos cambiarios.

(15) TOMILLO excluye el fundamento en el artículo 150 (*La hipoteca cambiaria...*, pp. 52 y ss. y 67 y ss.).

(16) El párrafo 5 del vigente artículo 156 se introdujo por la Ley de 8 de septiembre de 1932 en el texto del artículo 82 de la Ley de 1909; el párrafo 6.º del vigente artículo 156 procede de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 (el párr. 3.º de su art. 139 introduce ese procedimiento cancelatorio, si bien referido sólo a los títulos transmisibles al portador); el último párrafo es un añadido del texto refundido de 1946.

sido esta institución una de las comprendidas en las reformas de la Ley dispuestas por la de 3 de diciembre de 1869, únicamente se mencionan en el artículo 82 para regular su cancelación...” (en dicho Proyecto de Ley tales artículos se recogían bajo los núms. 11 a 13; quizá quepa destacar que el párr. 2 del art. 11, equivalente al actual 154,2, no exigía que los títulos fueran talonarios, circunstancia que se introdujo en su tramitación; como veremos, tal requisito ha constituido, para algunos, un inconveniente para la hipoteca cambiaria).

III. LHM y PSD. Posición de la DGRN

La doctrina de la DGRN no ha sido totalmente nítida en esta materia hasta 1973, en varias ocasiones, entre otros motivos, porque no estaba claramente definida como tal hipoteca cambiaria en la escritura (17).

Una Resolución que puede tener interés es la de 19 de noviembre de 1908, que, aunque no se refiere a letras de cambio, sino a obligaciones (una serie de 600, talonarias) transferibles por endoso, la DG declara que la transmisión está excluida de la inscripción (18).

Las Resoluciones de 21 de marzo de 1917 y de 10 de noviembre de 1925 confirman la calificación registral negativa, pero un factor importante para ello es que no queda bien definida la hipoteca y se confunde con una de *maximum*, garantizando, además de unas letras, las cantidades que “como saldo” resultaren (Res. 1917) o cualesquiera otras letras “hasta la concurrencia máxima de 300.000 pesetas” (Res. 1925; ciertamente esta Resolución, además de extensa, no es clara desde el punto de vista de la especialidad hipotecaria, garantizando unas letras y sus renovaciones hasta una cantidad).

La Resolución de 16 de junio de 1936 revoca la nota. Sin embargo, el supuesto tampoco era de una propia hipoteca cambiaria, sino del resultado de operaciones que dimanen de cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito se hayan expedido o se expidan por determinada persona en ciertas relaciones de carácter mercantil, declarando la DG la conveniencia de facilitar la constitución de hipotecas en garantía de negocios mercantiles (19).

(17) Vid. CARRETERO, Tirso: pp. 1171 y ss.

(18) El texto de las Resoluciones se toma de la obra *Jurisprudencia registral* de ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL desde 1862 a 1977, continuada hasta el 2001, por diversos autores, entre ellos, siempre, AMORÓS GUARDIOLA. Pueden verse también en el correspondiente Anuario de la DGRN, BOE y las distintas colecciones jurisprudenciales y bases de datos, aunque en éstas no siempre se recogen las antiguas y, especialmente éstas, no siempre son completas. A partir de 2001 utilizaremos estas bases bibliográficas, en todo caso, con los textos íntegros.

(19) CARRETERO recoge otras Resoluciones en las que tampoco se plantea una pura hi-

Realmente puede decirse que ninguna afronta de modo directo la hipoteca cambiaria.

Hasta la Resolución de 26 de octubre de 1973, como veremos, no se produce por la DG un pronunciamiento claro a favor de la hipoteca cambiaria. Pero en esa evolución no puede dejar de citarse la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión (LHM y PSD), de 16 de diciembre de 1954.

A) Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión.

La Ley de 16 de diciembre de 1954 constituye un importante mojón cronológico en esta evolución de la hipoteca cambiaria, pues nadie puede dudar que, al menos en el ámbito de tal Ley, se admite tal hipoteca. Se podrá discutir si supone una interpretación legal de la LH a través de la LHM y PSD o si su admisión explícita implica reconocer que se desconocía en el ámbito inmobiliario (20), pero lo cierto es que es un dato normativo de indudable valor, aunque cabe criticar su deficiente regulación.

Así, el artículo 7 LHM y PSD nos indica que se puede constituir hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento en garantía de letras de cambio con los requisitos que se establecen en el artículo 154 LH. A nuestro juicio, esa remisión implica reconocer que, conforme a la LH, cabe la hipoteca cambiaria; nos parece poco adecuado que una norma, para regular una figura, se remita a otra que entiende más completa, con mayor tradición, por coordinación o por pura comodidad, y resultara que la norma invocada repudiara tal hipótesis; el legislador no puede incurrir en tal desajuste normativo.

Ello no impide que, como decíamos, la regulación no sea muy meditada. Si el artículo 7 citado se refiere a la letra de cambio, ¿excluye el resto de los títulos endosables o al portador?; con distinta redacción, y más amplia, se pronuncia el artículo 15 LHM y PSD y aquí se remite a los artículos 154 y 155 LH para la hipoteca “en garantía de títulos al portador o transmisibles por endoso”.

poteca cambiaria; así, la de 28 de febrero de 1933 destaca las diferencias entre una hipoteca en garantía del crédito dimanante del precio en la compraventa de mercancías, que se representaba por letras, y en garantía de cuentas corrientes de crédito, entendiéndose inscribible el caso planteado por los artículos 142 y 143 LH; la de 18 de enero de 1939 se pronuncia a favor de una hipoteca constituida a favor de una persona y no en garantía de obligaciones transmisibles por endoso; la de 5 de febrero de 1945 contempla una hipoteca en garantía de un crédito en cuenta corriente, en la que podían adeudarse letras de cambio, etc.; también cita la de 27 de abril de 1945 (hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito), aunque como supuesto aún más alejado de la hipoteca cambiaria.

(20) *Vid.* CANO: pp. 585 y ss.

De otro lado, el artículo 8 LHM y PSD señala que el crédito garantizado con hipoteca mobiliaria o con prenda sin desplazamiento podrá enajenarse o cederse por escritura, en todo caso, con los requisitos y efectos de los artículos 149 y 151 LH. ¿Se aplica también a la hipoteca cambiaria? Creemos que cuando los artículos 7 y 15 mencionados se remiten al artículo 154 LH no lo hacen única y exclusivamente a tal precepto, sino que es punto de referencia y, por tanto, a nuestro juicio, se remite a tal norma y aquellas concordantes entre las que entendemos incluido el artículo 150 LH.

Probablemente, la cuestión no tendría más debate si no fuera porque el Reglamento de la LHM y PSD, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, provoca un nuevo desajuste en el artículo 27, en cuya virtud “la cesión del crédito hipotecario se notificará al deudor notarialmente. La notificación deberá hacerse constar en la inscripción de la cesión.”

“Se exceptúa de este requisito la transmisión de títulos al portador garantizados con hipoteca.” La interpretación literal no apoya a la que se alcanza con la lógica y parece que un Reglamento no puede alterar un orden sistemático (21).

B) Resolución de 26 de octubre de 1973. Admisibilidad.

En el panorama de la doctrina de la DGRN acerca de la hipoteca cambiaria destaca la Resolución de 26 de octubre de 1973 (22) por cuanto, independientemente de las cuestiones concretas que se plantean y resuelven, contiene unas ideas de carácter general en orden a la admisibilidad de la hipoteca cambiaria en nuestro ordenamiento.

En ella se plantea la constitución de una hipoteca conforme al artículo 154 LH sobre varias fincas en garantía del cobro de diferentes letras de cambio que se relacionaban; se expresaba que cada tenedor podría ejercitar la acción cambiaria con arreglo al artículo 155,2 LH por el importe de la letra y una suma adicional para gastos y costas. En el documento se articulaba un vencimiento anticipado para determinados casos (impago de una cambial, falta de seguro de incendios o destrucción del inmueble, deterioro o depreciación de la finca en un treinta por ciento, impago de impuestos que gravaran la finca o de seguro o incumplimiento de la conservación de la misma y por infringir cualquiera de las estipulaciones pactadas en la escritura, existencia de alguna carga o gravamen no declarado). Finalmente, se establecía que los tenedores de las cambiales podrían utili-

(21) Vid. CANO: pp. 585 y ss. y 609 y ss.; le sigue TOMILLO: *La hipoteca...*, pp. 173-174.

(22) La Resolución de 25 de octubre de 1973 también contempla una hipoteca cambiaria, pero se entendió que se carecía de personalidad para interponer el recurso.

zar el procedimiento de los artículos 129 y siguientes de la LH y que, de acuerdo con el artículo 155,2 LH, podía procederse a la ejecución aislada o parcial subsistiendo la hipoteca respecto de las demás, conforme a lo dispuesto en el artículo 227 RH.

El registrador denegó la inscripción:

— Por no aparecer admitida en nuestro Derecho la hipoteca cambiaria por cuanto las letras de cambio son títulos de naturaleza distinta de las obligaciones endosables del artículo 154 LH y no reunir sus requisitos y los del artículo 247 RH, entre ellos el tener doble matiz (23).

— En todo caso se consideran denegables los pactos que regulan un vencimiento anticipado.

— También los referidos a los procedimientos, por ser contrarios a las normas mercantiles y procesales que regulan tales materias.

El interesado presentó recurso mediante escrito de interesante exposición en cuanto al fundamental primer extremo de la nota; el segundo carece de argumentación específica. Finalmente, el tercer aspecto nos parece de menor interés (24) en este momento del estudio.

El informe del notario, después de un comienzo ajeno al recurso, es de gran interés y bien argumentado en cuanto a los extremos uno y tres (25); creemos que la valoración en cuanto al segundo punto está a gran distancia de los otros.

El presidente de la Audiencia revocó la nota del registrador y, ante la alzada de éste, la DG confirma el auto, salvo en cuanto al extremo segundo.

Obviamente, la cuestión central es la admisibilidad de la misma y si los artículos 150 y 154 LH y el artículo 7 de la Ley de la Hipoteca Mobiliaria dan base para ello. La DG realiza una serie de iniciales consideraciones.

(23) FERNÁNDEZ CABALEIRO destaca el hecho de que la exigencia de título-talonario (que tuvo el desarrollo reglamentario de doble matiz) no iba en el Proyecto de 1909, como hemos visto.

(24) Las valoraciones de los recursos en esta Resolución y en las demás que citamos (datos fácticos, escritos de interposición, informes, etc.) las hacemos en función del resumen que hace la DG, que, además de no ser literal, obviamente, puede ser insuficiente o no recoger algún aspecto.

(25) El propio registrador, en su informe, aun ratificándose en la denegación, reconoce “la brillantez del alegato del Notario autorizante”. ¡Qué tiempos aquellos de *fair play*! Antes, ésta era la regla, con excepciones, ahora sucesivamente invirtiéndose; en la Resolución que motiva este comentario se ha seguido la escuela de aquella añorada relación y bueno es así proclamarlo.

— La hipoteca cambiaria ofrece especiales peculiaridades debidas a las características del crédito cambiario, como pueden ser, entre otras, la indeterminación del acreedor hipotecario, las incidencias derivadas de la renovación de la cambial o las que pueden presentarse en la fase de ejecución.

— Por ello, no es extraño que hayan sido vistos con cautela y disfavor por la DG los contados casos planteados, si bien, recordando la Resolución de 16 de junio de 1936, reconoce la conveniencia de facilitar la constitución de estas hipotecas, en atención a las exigencias del tráfico mercantil, con una prudente flexibilidad, “porque de exigir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y grave daño a la economía nacional”.

— Con base a estas consideraciones considera que “siempre que no se produzca una infracción de las normas legales y por otra parte resulten salvaguardados los principios hipotecarios”, no debe haber obstáculo para que pueda inscribirse esta hipoteca que aparece reconocida en nuestro derecho aunque de manera incompleta o insuficiente, “ya que esta deficiencia legal puede ser en varios aspectos eficazmente suplida por la actuación de Notarios y Registradores, que, como órganos cualificados, contribuyen así al desarrollo del Derecho, a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal” (26).

Una vez admitida la viabilidad de la hipoteca cambiaria, considera:

— Que los requisitos del artículo 154 LH, entre ellos el de ser talonarios, no son exigibles respecto a la letra de cambio y lo que cabe, por vía de analogía, es que se reseñen los datos y circunstancias que vengan a

(26) Como decíamos en el texto, valoraciones como ésta hoy no se encuentran, aunque, como también indicábamos, para ser cierta debería completarse en el sentido de que esa importante “actividad creadora y calificadora” era conformada por la doctrina de la DGRN, en otros tiempos de escasa *potestas*, pero de indiscutida e indiscutible *auctoritas*. Igualmente, de seguir la tesis restrictiva del informe del registrador, auspiciada últimamente por la DGRN, se pondrá fin a “informes, de indudable «erudición y abundancia de argumentos jurídicos»”, como señaló el Auto del presidente de la Audiencia de Sevilla en la que fue Resolución de 18 de octubre de 1979 (*vid.* en STAMPA; p. 1142). Lo dicho no significa que abogemos por notas calificatorias insuficientes y sin argumentar o con argumentos imprecisos, pero tampoco por informes de meros datos fácticos, pues si tal fuera su contenido realmente sobraría o, cuando menos, habría que cambiar el nombre. Creemos que con la redacción legal el informe puede tener un contenido sustantivo complementario de la nota; no sería la primera sentencia que anula una Resolución por el mero defecto de no valorar el informe.

individualizar e identificar las cambiales y, a su vez, que en cada letra se expresen los datos de constitución de la hipoteca.

— Que, en cuanto al vencimiento anticipado de la hipoteca, “si no se satisficiera una de las cambiales” (27), es indudable que, dado el carácter imperativo que tienen las normas de Derecho cambiario, parece que tal pacto entre librador y librado puede afectar a los derechos del principal interesado, el tenedor (que en este caso es además acreedor hipotecario), lo que puede dar lugar a la existencia de distintos tenedores y podrían éstos ignorar que, por falta de pago de una letra de vencimiento anterior, la hipoteca había quedado vencida, todo lo cual desautoriza inscribir un pacto de esta clase.

— Que en cuanto a la omisión en el artículo 155 LH de los títulos a la orden no parece suponga defecto para la inscripción.

Después de esta Resolución deben quedar en nuestra retina dos aspectos; uno, la admisibilidad de la hipoteca cambiaria, debiendo modular los requisitos del artículo 154,2 LH a las características de la letra; otro, que no cabe el vencimiento anticipado de la hipoteca cambiaria porque puede haber tenedores de otras letras ajenos a que la hipoteca había quedado vencida.

En esta consideración cabe ver el germen para poder inscribir las causas de vencimiento anticipado, y así evitar que haya distintos tenedores de diferentes letras de cambio ajenos a la ejecución o, al menos, que circulen letras fuera del procedimiento y es, como la DG va a reconocer en la Resolución de 31 de octubre de 1978, que se presenten todas las letras en dicho procedimiento (28).

C) Resolución de 31 de octubre de 1978. Pluralidad de letras. Vencimiento anticipado.

La idea más importante que resulta de esta Resolución es que da vía libre, como apuntamos, al vencimiento anticipado de la hipoteca cambiaria.

(27) Debe destacarse que la DGRN se plantea el vencimiento anticipado por impago, sin entrar en el resto de los supuestos, sin perjuicio de decir al final que en cuanto a la cláusula 6.ª no procede su inscripción.

(28) La Resolución de 26 de octubre de 1973 se comenta favorablemente por FERNÁNDEZ CABAILEIRO en cuanto a la admisibilidad de la hipoteca cambiaria, pero de difícil acceso en cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado; para él, cuando hay varias letras realmente deber haber tantas hipotecas como letras; puede verse también comentario de CHICO Y ORTIZ: “Comentario...” (pp. 199 y ss.); CAMY, respecto de esta Resolución, dice que “si bien sostiene una tesis muy digna de encomio desde el punto de vista del derecho constituyente, es insostenible dentro del derecho constituido” (*Comentarios...*, p. 904).

El supuesto es una escritura de constitución de hipoteca en garantía de veintisiete letras de cambio y de una cantidad de costas y gastos cuya cantidad global se distribuirá proporcionalmente al importe de cada letra que dé lugar a la ejecución y a los gastos; se pacta un vencimiento normal (el de las letras) y un vencimiento anticipado para los mismos casos que los de la citada Resolución de 26 de octubre de 1973, pero con la aclaración de que con la demanda debían aportarse las cambiales garantizadas y de vencimiento posterior a la cambial impagada.

El registrador deniega la inscripción:

— Por cuestionar la viabilidad de la hipoteca cambiaria, no pudiendo cumplir los requisitos del artículo 154 LH.

— Al representar cada letra una obligación, y siendo la hipoteca accesorio de una obligación, a cada obligación debe corresponder su accesorio.

— Por establecerse un vencimiento de la hipoteca para casos distintos del propio vencimiento de las letras.

El notario interpuso recurso. En cuanto al segundo extremo de la nota no queda claro, del resumen de la Resolución, si mantiene que hay una hipoteca en garantía de veintisiete letras o veintisiete hipotecas aunque en un solo instrumento; en orden al tercer aspecto lo argumenta con base a la autonomía de la voluntad y a una cláusula de estilo de todas las hipotecas que, a nuestro juicio, es insuficiente para la inscripción, sin que ello signifique que no sea admisible el vencimiento anticipado; es cláusula de estilo y, sin embargo, de general rechazo la prohibición de disponer por el hipotecante; de otro lado, implica olvidar las peculiaridades de la hipoteca cambiaria respecto de otras.

El informe del registrador argumenta sobre la inviabilidad de la hipoteca cambiaria, sin que, a nuestro juicio, aporte nada definitivo y sustancial en contra de la tesis de la DG en su citada Resolución de 1973.

El presidente de la Audiencia confirma la nota y la DG revoca el Auto y la nota considerando en cuanto a los extremos 2 y 3 (en orden al punto uno de la nota, reitera su doctrina de la Res. de 26 de octubre de 1973):

— “Que si bien de los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, y con una interpretación meramente literalista podría pensarse que no puede constituirse una sola hipoteca en garantía de varias obligaciones independientes o autónomas, no cabe duda que a la vista de otros preceptos legales como el artículo 1.861 del propio Código Civil y, de una interpretación lógica de la materia, tal posibilidad es factible, y sin ningún género de duda en el caso cuestionado, de acuerdo con el artículo 154 de la Ley Hipotecaria...” (se han transcrito estas líneas por cuan-

to, a nuestro juicio, son acreedoras del párr. 5 del Fundamento de Derecho núm. 3 de la Resolución que comentamos de 1 de junio de 2006, aunque el planteamiento sea distinto; en una, distintas letras de, al parecer, una relación jurídica transplantada a veintisiete cambiales; en la otra, una obligación cambiaria y una extracambiaria) (29).

— Que en cuanto al vencimiento, ninguna cuestión plantea el del vencimiento normal, el de las letras, y respecto al vencimiento anticipado considera que se encuentra amparado en el artículo 1.255 CC y los posibles obstáculos que pudieran establecerse, dado el artículo 1.170-3.º CC, quedan “soslayadas en la cláusula octava de la mencionada escritura al exigir como condición inexcusable para el ejercicio de la acción, que se aporte en la demanda, además de los documentos exigibles en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, todas las cambiales cuyo cobro ha sido garantizado y son de vencimiento posterior a la que ha resultado impagada, por lo que ya no cabe que a la vez que la ejecución hipotecaria pueda tener lugar la de una cambial aislada”, desapareciendo las objeciones de la Resolución de 26 de octubre de 1973 (30).

De esta Resolución de 1978 queda, pues, fijada la doctrina de la admisibilidad de una hipoteca cambiaria en garantía de varias letras y del vencimiento anticipado, aunque la Resolución sólo enfoca expresamente el caso de anticipación por razón del impago.

D) Resolución de 18 de octubre de 1979. Identificación. Pluralidad de letras. Pago anticipado.

En ella se plantea la constitución de una hipoteca en garantía de doce letras de cambio, distribuyéndose la responsabilidad hipotecaria entre las diversas fincas objeto de la hipoteca (en el recurso se acumula otra escritura de hipoteca en garantía de dos letras de cambio entre los mismos interesados y con igual clausulado).

El registrador deniega la inscripción, entre otros defectos de menor interés o por no ser recurridos (31):

— Por no contener la escritura todos los requisitos del artículo 444 del Código de Comercio (CCom) (hoy, su paralelo, aunque con diferencias, sería el art. 1 de la LCyCH).

(29) CARRETERO, Tirso, en un argumentado comentario sobre esta Resolución, considera que la escritura debe redactarse de modo preciso, sin que, en todo caso, considere inaceptable una hipoteca en garantía de varias letras (pp. 1179 y ss.).

(30) CARRETERO, Tirso, sin rechazar totalmente estas causas de vencimiento anticipado, muestra “simpatía por la doctrina de la resolución de 1973” (pp. 1181 y ss.).

(31) Entre otros, no se recurre el vencimiento anticipado.

— Por no distribuirse la responsabilidad hipotecaria por cada letra y en cuanto a cada finca.

— Además, sería inaccesible el pacto de pago anticipado.

Se interpone recurso alegándose que una cosa son los requisitos para que el título sea ejecutivo y otra la individualización de los títulos garantizados con la hipoteca, que en el supuesto se manifiesta cumplir; además, que cabe la hipoteca en garantía de varios títulos y que el pacto de pago anticipado es válido, teniendo en cuenta el artículo 490 del CCom (“el que pague una letra de cambio antes de que haya vencido, no quedará libre de satisfacer su importe, si resultare no haber pagado a persona legítima”).

El notario autorizante realiza un interesante informe que sin duda le dio pie para realizar un documentado estudio (32).

El presidente de la Audiencia revocó la nota y la DG confirma parcialmente el auto y, en lo que nos interesa, después de reiterar que la hipoteca cambiaria presenta una serie de cuestiones no siempre fáciles de resolver, considera:

— Que es necesario que las letras estén perfectamente identificadas (naturaleza y extensión del derecho –cantidad garantizada, vencimiento y lugar de pago–, así como las personas del deudor-librador y acreedor-tenedor, sin que sea posible fijar *a priori* quiénes sean estos últimos en el futuro), pero no es necesario hacer constar aquellos requisitos que, exigidos por el artículo 444 CCom para que la letra produzca todos sus efectos, son indiferentes desde el punto de vista hipotecario.

— Que reitera la doctrina de la Resolución de 31 de octubre de 1978 y que es factible una hipoteca única en garantía de varias obligaciones, por lo que no es preciso distribuir por cada letra y en cuanto a cada finca la responsabilidad hipotecaria.

— Que la posibilidad de pago anticipado, al no constar en la propia letra, podrá vincular a los que lo suscribieron, pero no a los futuros teneedores.

E) Resolución de 23 de octubre de 1981. Ejecución parcial. Renovación.

Se plantea una hipoteca en garantía de treinta y seis letras de cambio sobre dos fincas.

En la escritura se establece, con independencia de otros aspectos de menor interés para este estudio, una distribución de responsabilidad hipo-

(32) STAMPA, Leopoldo: pp. 1133 y ss.

tecaria entre cada finca y además se indica que la hipoteca cubre una cantidad para costas y gastos y esta cantidad se distribuirá proporcionalmente al importe de cada letra que dé lugar a la ejecución y a los gastos; se reitera las causas de vencimiento anticipado de la escritura que motivó la Resolución de 31 de octubre de 1978 y, finalmente, como novedad, contempla la hipótesis de extenderse la hipoteca al supuesto de renovación.

El registrador deniega la inscripción, entre otros motivos que no nos interesan ahora, por falta de claridad en la distribución de la hipoteca, no ser admisible el vencimiento anticipado y tampoco la extensión de la hipoteca a las letras que por renovación sustituyan a las antiguas.

El notario recurre y explica, a nuestro juicio con acierto, que una cosa es distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las distintas fincas y otra prever el caso de ejecución parcial a fin de determinar qué cantidad de la global de costas y gastos queda garantizada en esa ejecución parcial.

El presidente de la Audiencia estimó parcialmente el recurso (como queda dicho fueron varios los defectos invocados, además de los reflejados) y la DG confirmó el Auto señalando, en lo que nos interesa:

— Que en la escritura se distribuye la responsabilidad hipotecaria entre las dos fincas, con lo que se cumple el principio de especialidad, aclarándose además, ante la posibilidad de una ejecución parcial de la hipoteca, que en cuanto a costas y gastos habrá una distribución proporcional al importe de cada letra que vaya a la ejecución, “lo que está plenamente justificado, ya que así se beneficia a los posteriores acreedores que no han ido a la ejecución, y que podrían ver agotada la suma de responsabilidad, de no adoptarse esta precaución”.

— Que en la hipoteca ordinaria es válido el pacto de vencimiento anticipado ante la falta de pago de uno de los plazos cuando el crédito garantizado haya de ser satisfecho periódicamente; este pacto presenta dificultades dada la especial naturaleza de la hipoteca cambiaria, como puso de relieve la Resolución de 26 de octubre de 1973, pero, como señaló la Resolución de 31 de octubre de 1978, es admisible cuando se modaliza: si al ejecutar se presentan todas las cambiales de vencimiento posterior a la que resultó impagada.

— Que es interesante la previsión de renovación, si bien se precisa que conste en la nueva cambial que renueva la anterior y que se otorgue nuevo documento público para extender la hipoteca a las nuevas letras de cambio.

Creemos que el aspecto más relevante de esta Resolución está precisamente en esta perspectiva de la renovación. Sin embargo, creemos que merece alguna observación esa previsión de distribución proporcional de la cantidad para costas y gastos, en caso de ejecución parcial.

No es la primera vez que se aprecia esta previsión en las Resoluciones; ya la contenía la Resolución de 31 de octubre de 1978, pero el recurso discurrió por otra andadura.

Obviamente, nos parece una cautela muy interesante, aunque no estamos seguros qué sucede si faltara la misma, si es defecto para la inscripción o, si es inscribible, el efecto que desencadena tal omisión.

A nuestro juicio, de la Resolución cabe deducir que se trata de una previsión justificada, que no impide la inscripción. Más dudoso es determinar el resultado de la omisión.

La Resolución parece inclinarse por la tesis de que quien primero ejecuta puede agotar la cantidad fijada para costas y gastos, pues considera que con la previsión se benefician los posteriores que no han ido a la ejecución “y que podrían ver agotada la suma de responsabilidad, de no adoptarse tal precaución”. No estamos convencidos de este resultado.

El artículo 155 LH, así como el artículo 227 RH, considera que, si hay otros títulos con igual derecho que el que ha sido base de la ejecución, se deja subsistente la hipoteca correspondiente al valor de dichos títulos, de modo que se actúa como si los otros títulos son preferentes. Aunque no contempla específicamente la cuestión de las costas y gastos, sí establece una línea de pensamiento que nos parece contraria a la que podría deducirse de la Resolución. Ciertamente ello puede suponer un freno para acudir a la ejecución parcial, pero no parece que el criterio normativo sea poder perjudicar a los posteriores, que podría ocurrir (podrían no tener aún vía libre para la ejecución); además, en todo caso, sería un problema de insuficiente previsión en la redacción (en algún supuesto –recordemos que en las escrituras que motivaron las Ress. de 26 de octubre de 1973, 18 de octubre de 1979, o la que veremos de 29 de octubre de 1984, se reconoce expresamente que la redacción fue “conforme a minuta”, lo que no excluye haya sucedido en otros muchos casos– cabría aplicar el art. 1.288 CC y, por tanto, la interpretación no debe favorecer a quien originó la oscuridad; ciertamente, no servirá de criterio en muchos supuestos, pero sí que es expresión de que la redacción de las cláusulas debe ser clara).

Sin duda, la solución más idónea sería deducir un criterio de distribución proporcional incluso aunque faltara su reflejo expreso en el contrato. La aplicación del criterio lógico en la interpretación nos podría dar esta solución. Incluso, a nuestro juicio, cabría apoyarse en el párrafo 4 del artículo 156 LH para el supuesto de cancelación parcial cuando son varias las fincas hipotecadas y es una liberación “en proporción” (33).

(33) Puede ser de interesante lectura la Resolución de 20 de julio de 1999, aun para un supuesto distinto. Los datos son complejos y no muy bien reflejados, *vid.* comentario de NAVARRO VINALES: “Comentario...”, pp. 299 y ss. Compárese con la Resolución de 15 de enero de 1991.

F) Resolución de 2 de septiembre de 1983. A favor de sucesivos tenedores. Identificación.

Se cuestiona una escritura de hipoteca en garantía de veinticuatro letras, estableciéndose el vencimiento anticipado para caso de impago de dos cambiales y otros como falta de seguro, impago de contribuciones e impuestos o primas de seguro, etc.

El registrador deniega por no establecerse a favor de quién se constituye la hipoteca, por omitirse el lugar del pago de las cambiales y por el vencimiento anticipado.

El notario recurre, excepto el defecto del vencimiento anticipado, y el presidente de la Audiencia revoca la nota. La DG revoca parcialmente el Auto y confirma el primer extremo de aquélla y considera:

— Que, de una lectura atenta de la escritura, cabe deducir tácitamente que el acreedor puede ser el tenedor de las cambiales al momento del otorgamiento, pero estima insuficiente la designación, pues cabría la duda de “si la intención de las partes era constituir exclusivamente la hipoteca a favor de este primer tenedor o también, como parece lo más probable, a favor de los futuros tenedores de la obligación, y en todo caso al cumplir con este requisito quedaría desvanecida la duda de si la hipoteca se constituyó sobre el crédito que garantizan las cambiales o se trata de una hipoteca cambiaria”. Así lo especifica el artículo 154,2 LH cuando los títulos son al portador y es igualmente aplicable a las transmisibles por endoso al haber idéntico fundamento.

— Que no afecta a la identificación el omitir el lugar de pago de las letras, pues están suficientemente identificadas al expresarse su clase y numeración, su importe, vencimiento, librador y aceptante (con esta tesis, adecuada, modifica lo que la DG dijo en la Res. de 18 de octubre de 1979).

G) Resolución de 29 de octubre de 1984. Cantidad global por costas e intereses.

Carece de especial interés a nuestros efectos. Se constituye hipoteca en garantía de veinticuatro letras de cambio y por el registrador se suspende por cuatro defectos: discrepancia entre el importe de las cambiales y el principal garantizado; englobarse la cantidad garantizada para costas y gastos con los intereses moratorios; no consignarse para caso de vencimiento anticipado que habría que aportar las letras de posterior vencimiento a la impagada; no cumplirse con el requisito exigido por el artículo 234,1 RH (designación de mandatario para representar en su día en la venta de la finca).

Como decíamos, carece de especial interés, por cuanto no se recurren los dos últimos defectos; el primero, era un evidente error de fácil solución con una buena interpretación; el segundo, es criterio tradicional que debe diferenciarse entre las costas y gastos y los intereses moratorios (34).

H) Resolución de 22 de marzo de 1988. Letra incompleta o en blanco.

En esta Resolución se plantea la constitución de una hipoteca por una sociedad anónima hasta un máximo de 160.000.000 de pesetas para garantizar las obligaciones cambiarias dimanantes de las letras de cambio libradas a su propio cargo y reseñadas en la escritura y que tienen por objeto garantizar a avalistas y fiadores la responsabilidad que pudiere sobrevenirles como consecuencia de una serie de operaciones.

Lo importante es que las letras llevan en blanco el nombre de aquel a cuya orden se manda hacer el pago y las fechas de expedición y vencimiento y se sujeta a la condición suspensiva consistente en la puesta en circulación.

El presidente de la Audiencia confirmó la nota e igualmente la DG. Ésta señaló que el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba y, aunque en materia de hipotecas se actúa con notable flexibilidad, siempre se imponen legalmente algunas exigencias mínimas y, en cuanto a la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, ésta sólo cabe cuando tales títulos se ajustan al tipo legal; de ahí que la propia DG haya exigido que en la constitución de hipoteca en garantía de letra de cambio quede identificada la deuda garantizada –sujetos, cantidad, vencimiento.

La DG reconduce el supuesto a una hipoteca en garantía de una deuda futura, no condicional, como se pretendía, y ello presupone que la relación entre el deudor y el posible acreedor deba ser identificada; aunque quepa una interpretación flexible, no debe llegarse hasta el punto de admitir la constitución de hipoteca en favor de cualquier deuda futura de no importa qué acreedor, según reglas que se escaparían al control del Registro.

Plantea la DG que las hipotecas constituidas unilateralmente necesitan, como regla general, de la aceptación formal del acreedor y del correspondiente reflejo registral, “y si bien esta regla quiebra, en particular cuando se trata de la constitución de hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, ya queda dicho que no estamos ahora en estos supuestos de excepción”.

(34) Vid. comentario de MUÑOZ DE DIOS, G.: pp. 948 y ss.

Parece claro que una hipoteca constituida de esta manera tiene problemas de inscripción.

No obstante, ello nos introduce en un tema de derecho cambiario, y es que nos podríamos cuestionar la viabilidad de una letra denominada incompleta o en blanco. La doctrina y la jurisprudencia han tenido ocasión de plantearse, distinguiendo entre el momento de emisión y el momento de su reclamación (35). Ciertamente, a la luz del artículo 12 LCyCH, no cabe excluirla de nuestro ordenamiento, lo cual no impide que su cobertura hipotecaria choque con el principio de especialidad. Como señala ROCA GUILLAMÓN, la posibilidad de garantizar una letra en blanco o incompleta en algún elemento esencial se “muestra difícil en la práctica” y dependerá en buena medida del modo en que el notario haya recogido los acuerdos para una posterior integración, aunque en tal caso es probable que se altere la naturaleza de la hipoteca cambiaria (36). La tesis, sin embargo, no es unánime (37).

La DG parece que está en aquella línea y exige, como hemos visto, que se identifique, además de con clase y numeración, el importe, vencimiento y elementos subjetivos de la relación cambiaria.

Al hilo de esto quizá pudiéramos plantear dos cuestiones colaterales; una de ellas, la relativa al “reflejo” de la letra en la escritura de constitución de hipoteca; de otra, la nota de constitución de la misma en la cambial, de la que trataremos más adelante.

Creemos que el reflejo de los datos expresados es suficiente, sin necesidad de copia o testimonio literal de la misma en la escritura de constitución de hipoteca.

Algún autor se pronunció por un criterio de expresión detallada. MANZANO entiende que en la escritura deben recogerse todos los requisitos o datos del CCom y sus particulares circunstancias (38). SAPENA considera que en la escritura habrán de consignarse aquellos datos que sirvan para individualizar la letra: número, fecha, vencimiento, cantidad, ..., etc.; “lo más acertado será testimoniarla como se hace en los protestos” (39).

(35) Vid. URÍA-MENÉNDEZ-PÉREZ DE LA CRUZ: pp. 73-74.

(36) ROCA GUILLAMÓN: pp. 312 y ss.; SAPENA: pp. 260-261. De, al menos, dudosa, la calificación MANZANO: “La identificación...” (p. 1199), parece en contra en “Hipoteca...”, pp. 28 y ss.; CANALS BRAGE: pp. 512 y ss., se inclina por la tesis de esta Resolución de 1988.

(37) STAMPA dice: “Esto no quiere decir que no pueda haber posibilidad de hipotecas de letras en blanco” sin que sea objeto de especial estudio (pp. 1145-1146); TOMILLO se inclina por la admisibilidad, aunque reconoce que la tesis puede considerarse como arriesgada (*La hipoteca cambiaria...*, pp. 139 y ss.); GONZÁLEZ LAGUNA distingue entre letra incompleta y en blanco (pp. 77 y ss.).

(38) MANZANO: “La identificación...”, recordemos que su estudio es anterior a la LCyCH; por ello, incluso, alude a la cláusula-valor (pp. 1199 y ss.), véase también su posterior estudio “Hipoteca...”, pp. 26 y ss.

(39) SAPENA: p. 260; le sigue GONZÁLEZ LAGUNA: pp. 881, nota 2.

Sin embargo, la tesis mayoritaria se inclina por la contraria. Así ROCA GUILLAMÓN (40), STAMPA (41), TOMILLO (42), CANALS BRAGE (43). En esta línea se encuentra la DG, según hemos visto, y la propia realidad práctica.

I) Resolución de 30 de octubre de 1989. Cancelación.

No tiene especial interés en orden a la configuración de la hipoteca cambiaria, aunque sí desde el punto de vista de la cancelación. Se trataba de una hipoteca constituida a favor de una entidad en garantía de un préstamo de 6.900.000 pesetas, a devolver en cinco años, mediante el pago de cuarenta letras. Los deudores, pagadas las letras, otorgan escritura de cancelación exhibiendo e inutilizándose las cambiales.

Uno de los puntos de discusión en el recurso es si se trataba de una hipoteca cambiaria o no. El presidente de la Audiencia revocó la nota, aún en la hipótesis de hipoteca no cambiaria, al haberse verificado el pago.

La DG señala que, como no se ha impugnado el contenido del Auto presidencial, de no ser hipoteca cambiaria, debe resolverse la cuestión como de cancelación de hipoteca ordinaria. El Centro Directivo entiende que, acreditada suficientemente la extinción del derecho inscrito, procederá la cancelación del derecho real de hipoteca dada su accesoriedad.

J) Resolución de 15 de enero de 1991. Cancelación parcial.

También desde la perspectiva de cancelación tiene interés esta Resolución. Se trataba de una hipoteca a favor de una entidad tenedora de treinta letras por importe de 4.549.800 pesetas, cuyo pago se aseguró con cuatro inmuebles. La parte deudora pagó nueve letras por importe de 1.364.940 pesetas y otorgaron acta notarial expresando su voluntad de cancelar parcialmente la hipoteca y en su totalidad sobre dos de las fincas hipotecadas.

El presidente del Tribunal Superior de Justicia revocó la nota y la DG desestimó el recurso. Entendió que, conforme al artículo 1.860, i.f. CC y 124 LH, el deudor tiene derecho a la extinción parcial del gravamen a medida que satisfaga la parte de deuda de que cada finca responde y que puede exigir la cancelación parcial respectiva. Además, continúa, cabe la

(40) ROCA GUILLAMÓN, aunque puede seguir siendo aconsejable -dice-, no es imprescindible (pp. 307 y ss.).

(41) STAMPA: pp. 1143 y ss.

(42) TOMILLO: *La hipoteca cambiaria...*, pp. 133 y ss.

(43) CANALS BRAGE entiende que el principio de especialidad hipotecaria queda cumplido con esa identificación de la letra, aunque podría verse alguna matización desde la perspectiva de la calificación registral y desde la procesal (pp. 515 y ss.).

cancelación de la hipoteca cuando se ha extinguido el derecho garantizado (44).

El último párrafo es de interés: “Esta misma conclusión viene avalada por lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley Hipotecaria cuyas reglas relativas a la cancelación parcial, aunque sólo consideran la hipoteca en garantía de títulos al portador, son igualmente aplicables a la establecida para la seguridad de títulos a la orden, dada la identidad sustancial entre ambos supuestos (cfr. art. 4 del Código Civil)”.

K) Resolución de 18 de diciembre de 1996. Nota en los títulos, pluralidad de letras y fincas.

Se plantea una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca en garantía del pago de letras de cambio.

El registrador suspende la inscripción, entre otros motivos, que no nos interesan en este momento, en los siguientes:

— No resultar del documento que se haya extendido en las letras nota de los datos de la fecha y notario autorizante de la hipoteca.

— No acompañarse las letras para hacer constar los datos de la inscripción de la hipoteca.

— No especificarse al distribuir la hipoteca cuáles son las letras que concretamente quedan garantizadas por cada una de las fincas.

— Fijarse una cantidad máxima y única para intereses de demora y otra para costas y gastos y no determinarse qué cantidad dentro de aquéllas corresponde a cada una de las letras.

Se interpone recurso y el presidente del Tribunal Superior confirma la nota. La DG considera, en cuanto a los extremos referidos (45):

— Que la expresión de la fecha y notario autorizante en la cambial viene exigido por analogía con el artículo 154, último párrafo LH; no así el acompañarse las letras para constatar en ellas los datos de inscripción, bastando que las mismas queden convenientemente identificadas en la escritura.

— Que la especificación de las concretas letras de que responde cada una de las fincas es una cuestión que dista de ser sencilla. Entiende que no parece necesario en el caso de una verdadera emisión de obligaciones, pero en el supuesto contemplado no es una hipoteca única sobre varias

(44) Compárese la Resolución con la de 20 de julio de 1999.

(45) Sobre esta Resolución, *vid.* ALBIOL; ÁVILA: “Comentario...”.

fincas en garantía de un único crédito, sino de una pluralidad de hipotecas en garantía de otros tantos créditos diferenciados, de manera que, por el principio de especialidad, “se impone la especificación de la concreta finca o fincas que se afectan hipotecariamente a la cobertura de cada cambial”.

— Que en cuanto a la falta de determinación de la cantidad de intereses de demora y de costas y gastos que corresponde a cada letra, resulta plenamente justificada la distribución en proporción al importe, desestimando el recurso en este extremo.

L) Resoluciones de 8 y 9 de octubre de 2002. Interés de demora sin tope.

En ellas se plantea la cuestión que va a ser objeto de debate en la Resolución que comentamos de 1 de junio de 2006.

El supuesto es semejante en ambas (46), en la de 8 de octubre el tipo de demora es el 26 por 100, en la del 9 de octubre es el 25 por 100, y la DG en ambos casos revoca la nota señalando que el artículo 58 LCyCH define, “en caso de impago, la extensión del derecho derivado del propio título, de la obligación cambiaria misma, y frente a cualquiera de los obligados cambiarios”; pero, continúa, “en modo alguno impide que el librado aceptante se comprometa a abonar un interés de demora superior, en caso de impago, obligación ésta que, aunque accesoria de la cambiaria, no tiene este carácter, no deriva directamente de la propia letra, sino del negocio que motiva su emisión, el cual servirá de fundamento o causa jurídica de su exigibilidad (cfr. arts. 1.089 y 1.091 del Código Civil)”. Finaliza diciendo que “tal posibilidad viene avalada por la libertad de contratación admitida en nuestro Derecho (cfr. art. 1.255 del Código Civil) y especialmente por el propio artículo 1.108 del Código Civil”.

M) Resolución de 28 de marzo de 2005. Hipoteca cambiaria y extracambiaria.

En ella se plantea una hipoteca cambiaria en la que se fijaba un interés de demora del 23 por 100 anual.

La DG asume lo dicho por las Resoluciones de 8 y 9 de octubre de 2002, añadiendo una conclusión a la teoría de tratarse de un pacto válido, pero extracambiario: “se halla sometido a un régimen jurídico distinto, no

(46) En la de 9 de octubre se garantizan también intereses ordinarios, sin que se planteara debate con el artículo 6 LCyCH; de los hechos no resulta expresamente que fuera a la vista o a un plazo desde la vista, si bien no parece que fuera así.

queda incorporada a la letra, y, en consecuencia, si se quiere garantizar con hipoteca, debe ser objeto de una hipoteca separada de la cambiaria”.

Desconocemos si alguien pensó en que el mercado se iba a hacer más transparente, pero la mayoría de los casos se canalizó por agravar aún más la situación del deudor y se constituían dos hipotecas, una cambiaria y otra extracambiaria, en muchos casos con igualdad de rango, o se encauzaba con un discutible pacto de ejecución simultánea.

Las dudas que en la práctica se planteaban eran varias (47).

N) Resolución de 1 de junio de 2006. Hipoteca “cambiaria” en garantía de obligación cambiaria y obligación extracambiaria.

Esta Resolución es objeto de examen más detenido después; basta decir ahora que, en contra de la Resolución de 28 de marzo de 2005, la DG señala que es posible una hipoteca cambiaria que, junto a la obligación cambiaria, también garantice la obligación extracambiaria de abonar un interés por encima de los topes de los artículos 58 y 59 LCyCH.

Ñ) Doctrina de la DGRN.

A la luz de las Resoluciones de la DGRN, cabe deducir de su doctrina las siguientes proposiciones:

— La hipoteca cambiaria ofrece ciertas peculiaridades, pero es admisible en nuestro Derecho; esas peculiaridades provocan la adaptación al supuesto de determinados preceptos, como la no necesidad de extenderse con doble matriz (arts. 154 LH o 247 RH) o de presentarse en el Registro para constatar los datos del asiento de inscripción bastando que estén suficientemente identificadas.

De entre esas peculiaridades resalta especialmente la indeterminación de quién puede resultar último titular de la hipoteca, por lo que se debe constituir a favor del tenedor inicial y sucesorios tenedores.

— Las causas de vencimiento anticipado, habitual en la hipoteca ordinaria, han sido objeto de cuestión, dadas las especiales características del vencimiento en Derecho cambiario, si bien, finalmente, se ha venido a ad-

(47) Los registradores de la Comunidad de Madrid debatieron ampliamente acerca de la doctrina de esa Resolución, observando varios puntos de conflicto, por lo que, para evitar en lo posible disparidad, consideraron oportuno un planteamiento de alcance nacional. Resultado de ello fue un interesante estudio de una Comisión Nacional (la consulta y el estudio se recogen en los *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, editados por el Centro de Estudios Registrales del Decanato Autonómico de Registradores de Madrid, núms. 7 -pp. 96 y ss.- y 8 -pp. 179 y ss.).

mitir expresamente en caso de impago si se presentan las letras de posterior vencimiento a la impagada.

Esta causa, de impago, es la que ha sido objeto de mayor atención, si bien, parece que, con la misma cautela de presentación de las letras, cabría admitir el vencimiento anticipado con relación al resto de las causas que razonablemente y según la práctica generalizada puedan causarlo.

— Cabe constituir una hipoteca en garantía de varias letras de cambio y, en tal caso, garantizada una cantidad para intereses y para costas y gastos, procede concretar, para caso de ejecución parcial, qué importe de tales cantidades están garantizadas por cada cambial.

Pero, además, si las varias letras se garantizan con varias fincas, deben especificarse las concretas letras de que responde cada finca.

— Cabe prever la renovación de la letra que está garantizada con hipoteca, si bien se precisa cumplir unos especiales requisitos en el sentido de constatar en la nueva letra que renueva otra anterior y el otorgamiento de un nuevo documento público.

— Las letras garantizadas con la hipoteca deben estar debidamente identificadas, lo que supone que debe expresarse la numeración de las mismas, su importe y vencimiento, y los elementos subjetivos esenciales.

Un dato específico es la extensión de una nota expresiva de la constitución de la hipoteca, si bien no se precisa su presentación en el Registro.

— Acreditado el pago de las letras, cabe plantear la cancelación de la hipoteca cambiaria.

— La hipoteca cambiaria puede garantizar la obligación cambiaria de abonar un tipo de interés de demora con el tope del legal más dos puntos (arts. 58 y 59 LCyCH) y la obligación extracambiaria de abonar un interés de demora por encima de tal límite.

De la doctrina recogida de la DGRN cabe deducir estas proposiciones y alguna otra de detalle. Sin embargo, ni todas son claras ni admitidas sin discusión por la doctrina o por la propia DGRN.

IV. Admisibilidad, concepto y naturaleza

Como decíamos, hoy en día es punto común en la doctrina la viabilidad de la hipoteca cambiaria, aunque haya aspectos aún bajo el manto de la discusión. Igualmente expresábamos que una norma fundamental, además de los artículos 1.861 CC y 105 LH, la constituía el artículo 150 LH, sin perjuicio de poder acudir a ciertos criterios deducidos de los artículos 154 y siguientes de la LH.

Del mismo modo, conviene que identifiquemos el modelo legal del que hablamos. Si el apoyo normativo lo centramos en el artículo 150 LH quie-

re ello decir que estamos ante una hipoteca en garantía de una obligación transferible por endoso, esto es, en garantía de la obligación cambiaria de la letra y, por tanto, no es en garantía de la relación causal subyacente.

Parece que es punto común esta consideración. Así, ROCA GUILLAMÓN la configura como “aquella que se constituye para garantizar el pago de una o varias letras de cambio o, lo que es igual, para respaldar precisamente el cumplimiento de la obligación cambiaria” (48).

CARRETERO considera necesario tener idea clara sobre el concepto de la hipoteca cambiaria y entiende, igualmente, que en tal hipótesis la garantía versa directamente sobre la obligación cambiaria, aunque, en ocasiones, pueden intervenir ciertas causalizaciones, siendo cuestión de límites para no desnaturalizarla (49).

STAMPA dice que “la hipoteca cambiaria lo que garantiza es la relación jurídica que contiene la letra, lo que origina algunas consecuencias importantes. La primera y más característica de las cuales es que el acreedor hipotecario es el titular legal de la relación jurídica cartular” (50).

GONZÁLEZ LAGUNA la conceptúa como “la establecida en garantía del pago cambiario de una o varias letras ya emitidas o que se emiten en el acto de constitución de hipoteca” (51).

MANZANO entiende por hipoteca cambiaria “la hipoteca constituida en garantía del pago, por vía cambiaria —es decir, mientras el mandato abstracto de pago conserva su específica naturaleza—, de una o varias letras ya emitidas o que se libran en el acto de su constitución” (52).

CORDERO considera que “la denominación de hipoteca cambiaria únicamente tiene sentido si se utiliza para referirse a aquellas hipotecas en las que se aplica un régimen excepcional de cesión del crédito hipotecario, el artículo 150 LH, del que... resulta que el acreedor hipotecario es *erga omnes* el titular legal de la relación jurídica cambiaria” (53).

DE ÁNGEL dice que “hipoteca cambiaria es la establecida «en garantía de la efectividad de letras de cambio», según breve pero suficiente definición de ROCA-SASTRE. Dicho en otros términos, asegura una obligación incorporada a una o varias cambiales” (54). Efectivamente, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL dicen que “la cantidad cuyo pago ga-

(48) ROCA GUILLAMÓN: p. 273.

(49) CARRETERO, Tirso: pp. 1171 y ss.

(50) STAMPA, Leopoldo: pp. 1137-1138.

(51) GONZÁLEZ LAGUNA: pp. 875 y 880.

(52) MANZANO: “Cancelación...”, pp. 1237-1238; véase también “Hipoteca...”, pp. 19 y ss.

(53) CORDERO LOBATO: *Tratado...*, p. 551.

(54) DE ÁNGEL YÁGÜEZ: p. 370.

rantiza la hipoteca cambiaria es la correspondiente al *débito cambiario*, no la resultante de la relación subyacente”, “la hipoteca cambiaria es la que garantiza el título de crédito y no la relación causal” (55).

GONZÁLEZ PORRAS la conceptúa como “la que garantiza la obligación de pago incorporada a una letra de cambio que concede al acreedor cambiario el derecho a hacer efectivo su importe con lo que se obtenga de la venta de la finca gravada, una vez que la letra esté vencida, no pagada y debidamente protestada” (56).

TOMILLO, después de destacar la importancia que tiene un correcto concepto y las ciertas deficiencias encontradas en la doctrina, la define como “una carga o gravamen real, mobiliario o inmobiliario, que sujeta directa o indirectamente los bienes sobre que se impone, sea cual fuere su poseedor, al cumplimiento de las obligaciones derivadas de una o varias letras de cambio debidamente identificadas en favor del tenedor de la cambial al tiempo de la constitución hipotecaria y de los sucesivos endosatarios o legítimos tenedores cartulares” (57).

CANALS entiende que “puede definirse la hipoteca cambiaria como la hipoteca que garantiza la letra”; no obstante, considera que se requiere alguna precisión mayor y, dice, “sólo es hipoteca cambiaria la que garantice el cumplimiento del mandato de pago puro y simple documentado” (58).

Por último, citaremos a CASAL, que deduce unas consecuencias interesantes a los efectos del presente análisis. Entiende que “el crédito garantizado con la hipoteca cambiaria es el crédito cambiario y no el derivado de la relación subyacente”; en cuanto a la extensión de la hipoteca respecto al crédito garantizado indica, con relación a los intereses ordinarios o remuneratorios: “Sólo pueden garantizarse en los casos permitidos en la Ley Cambiaria; es decir, en las letras pagaderas a la vista o a un plazo desde la vista (en cualquier otra letra la estipulación se considerará como no escrita) con los requisitos exigidos en el artículo 6 LC”; en cuanto a los intereses moratorios dice: “Hay que tener en cuenta que el interés moratorio en la letra de cambio no es de libre pacto, al establecer el artículo 58.2 LC que será el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, desde la fecha de vencimiento de la letra” (59).

Hemos indicado que la primera determinación es precisar que estamos ante una hipoteca cambiaria, es decir, como primera aproximación,

(55) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: tomo VIII, pp. 459-460.

(56) GONZÁLEZ PORRAS: p. 47.

(57) TOMILLO: *La hipoteca cambiaria...*, p. 42.

(58) CANALS BRAGE: pp. 468 y ss.

(59) CASAL: p. 932.

en garantía de una letra, de una obligación cambiaria, y que no estamos garantizando la relación causal subyacente que ha originado la emisión de la cambial.

Efectivamente, se podría pensar que se garantiza un crédito (precio aplazado de una compraventa, etc.), y como mera facilidad para el cobro de sus plazos éstos se representan mediante letras de cambio; no obstante, en tal caso se trata de una hipoteca ordinaria y no de una hipoteca cambiaria; lo garantizado es el crédito causal y no el crédito cambiario; aunque muchos elementos coincidirán, su régimen es diferente en determinados aspectos, como su circulación o cancelación.

La doctrina así lo reconoce y la DG acoge esta distinción. Así, la Resolución de 14 de octubre de 1986 tiene como cuestión central precisamente tal diferenciación. De tratarse de una hipoteca cambiaria la escritura carecería de algunos de los requisitos necesarios para tal configuración, reconocidos por el notario autorizante y recurrente, pero, como éste alegó, los defectos partían de una premisa equivocada: calificarse como hipoteca cambiaria cuando no lo era. La DG revocó la nota porque “la lectura del instrumento calificado revela que la voluntad de las partes ha sido constituir una hipoteca ordinaria” y ello porque “se garantiza la relación jurídica subyacente... En ningún momento, por el contrario, expresan las partes que hayan pretendido constituir una hipoteca en garantía de obligaciones cambiarias” (60).

En este sentido nos parece sumamente interesante la Resolución de 17 de agosto de 1993. En mayo de 1991 se otorga escritura por la que unos señores emiten cinco obligaciones hipotecarias al portador en garantía de 24.000.000 de pesetas y se garantiza con hipoteca sobre cinco fincas. Por otra escritura de octubre del mismo año 1991 se rectifica la anterior en el sentido de hacer constar que la hipoteca constituida lo era en garantía de las cinco letras de cambio que se reseñaban. La primera escritura se presentó el 1 de agosto de 1991 y se retiró antes de la calificación y se presentó de nuevo, con la rectificatoria, el 10 de octubre del mismo año, dándose la circunstancia de haberse presentado en el intermedio varios embargos (uno el 2 de agosto y otro el 2 de septiembre).

Aun desconociendo los hechos, y sin valorar los mismos, cabe sospechar que el desarrollo fáctico fuera el siguiente: se otorga la escritura pública de hipoteca en garantía de obligaciones hipotecarias en mayo de 1991. Por el conducto que fuera, se advierte que tal escritura tiene pocas posibilidades de alcanzar la inscripción, dado que, como veremos, la DG,

(60) Vid. “Comentario...” de CASERO, pp. 1824 y ss.; CANALS señala que a veces la distinción se muestra turbia en algún supuesto de la realidad cotidiana.

en su Resolución de 5 de noviembre de 1990, cercenó este tipo de hipotecas en particulares; ante ello, y también aludiremos al habitual relevo que la hipoteca cambiaria ha tomado de la en garantía de obligaciones al portador, se pretende “subsana” la anterior escritura sin que apareciera como nueva hipoteca por la pérdida de prioridad.

Se alega en el recurso que realmente era una hipoteca ordinaria que trataba de garantizar la relación causal y, por tanto, se trata de la misma hipoteca.

La DG desestimó el recurso y realiza algunas sugestivas afirmaciones:

— “La emisión de obligaciones provoca el nacimiento de un nuevo derecho de crédito que queda incorporado al documento emitido y sujeto a un régimen jurídico específico, derecho de crédito que es radicalmente distinto de la eventual relación creditual subyacente anterior que determinó aquella emisión.”

— Entiende de modo inequívoco que la hipoteca lo fue en garantía de las obligaciones emitidas, y no para la cobertura de la relación causal subyacente.

— “En la segunda escritura, la hipoteca se vuelve a establecer en garantía de las obligaciones cambiarias incorporadas a las letras que se ponen en circulación y que se reseñan en aquella, obligaciones cambiarias que no sólo son distintas... de la relación creditual subyacente que motiva su emisión, sino también de las obligaciones incorporadas a los títulos anteriormente emitidos.”

— “Al ser la deuda garantizada una deuda cambiaria tiene un régimen específico, de mayor rigor para todos (también para el hipotecante o tercer poseedor que quisiera pagarla y sustituir en ella al acreedor); es posible su exigibilidad antes del vencimiento (cfr. art. 50,b de la Ley Cambiaria *-sic-*); tienen distinto régimen de prescripción; etc.” (61).

(61) Respecto a la prescripción quizá deba hacerse alguna consideración y una observación previa. Ésta sería que tradicionalmente la hipoteca se califica como derecho real accesorio del crédito; según esta tesis tradicional, la relación entre la hipoteca y el crédito garantizado es de accesoriedad; la garantía es accesorio del crédito.

Sin embargo, hay una interesante línea doctrinal que entiende que el crédito hipotecario constituye una realidad nueva y distinta de la suma de ambos elementos, el crédito y la hipoteca, y es el “crédito hipotecario”. Exponentes máximos de esta orientación son LALAGUNA (pp. 77 y ss.) y AMORÓS GUARDIOLA (pp. 547 y ss.).

Conforme a esta última tesis tiene más fácil explicación la diversidad de los plazos de prescripción de la acción hipotecaria y las acciones personales. Conforme al artículo 128 LH, aquélla prescribe a los veinte años, declaración que se reitera en el artículo 1.964 CC; sin embargo, este precepto fija como plazo de prescripción para las acciones personales el de quince años. Quizá el criterio fuera unívoco en la primitiva LH de 1861 (*vid.* LALAGUNA: pp. 144 y ss.; REGLERO CAMPOS: pp. 203 y ss.; ROCA GUILLAMÓN: pp. 341 y ss.), pero, pronto, con la redac-

Creemos que la hipoteca cambiaria garantiza el crédito hipotecario dimanante de la obligación cambiaria. Esta consideración tiene enorme importancia por cuanto la hipoteca es un derecho real de garantía de un crédito y tiene naturaleza de accesorio; es decir, no cabe una hipoteca sin su principal, que es el crédito. Ello no puede impedir que existan mutuas relaciones entre lo principal y accesorio y, en función de ello, modalidades de determinados aspectos, siempre que éstos no sean esenciales y supongan una desnaturalización.

Uno de esos aspectos que más nos interesa, que modaliza la hipoteca ordinaria, es esa eventual indeterminación del titular final del crédito hipotecario. Sin embargo, no alcanza a ser una alteración sustancial, aunque ha planteado la cuestión de si estamos ante una hipoteca ordinaria o de seguridad (62).

Como es sabido, esta categoría carece de reconocimiento legal explícito en nuestro derecho y, además, el nombre no acompaña, pues la hipoteca de seguridad es la que menos seguridad aporta, ya que ciertos elementos configuradores del crédito hipotecario quedan fuera del Registro. De entender que bajo esa categoría quedan incluidas aquellas hipotecas, no sólo cuando el crédito no esté íntegramente definido, sino también cuando exista indeterminación del titular de la hipoteca, habría razones para calificarla de seguridad, aunque con la matización de que inicialmente se precisa un titular que, incluso, podría no cambiar.

ción del CC se produce la divergencia. De cualquier modo, lo cierto es que el crédito hipotecario tiene un plazo diferente.

Esta distinción también encuentra eco en el TS, que, en su sentencia de 19 de noviembre de 2004 (RJ 7244), señala que la prescripción del crédito asegurado ha de eliminarse como causa de extinción de la hipoteca que lo garantiza, sin que sea obstáculo su carácter accesorio [la sentencia es comentada por Goñi RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (debe advertirse que se data como fecha de la sentencia el 4 de noviembre de 2004; con el día 19 aparece en la base de datos de Aranzadi, en la de El Derecho, EDJ 2004, y en la propia web del TS); el comentario, breve, tiene especial interés por su actualidad y por la relación bibliográfica de autores adscritos a la tesis de la accesoriedad o de la unidad del crédito hipotecario –pp. 1447 y ss.].

(62) La doctrina se ha pronunciado de modo diverso. GONZÁLEZ LAGUNA cree que “la tesis de la hipoteca cambiaria como hipoteca de seguridad es discutible” (entiende que las de seguridad son las que no garantizan la existencia y cuantía del crédito asegurado, circunstancia que no se da en la cambiaria, que es una hipoteca ordinaria matizada por la determinación de su titular al tiempo de su vencimiento, pp. 876-877; sin embargo, este autor le da importancia a la nota que debe extenderse en la letra de estar garantizada con hipoteca y si no es puesta por el registrador entiende que la hipoteca es de seguridad, p. 883); DE ÁNGEL YÁGUEZ dice que es una forma de hipoteca de seguridad porque el titular del derecho se halla o puede hallarse indeterminado; GONZÁLEZ PORRAS no parece inclinarse por la hipoteca de seguridad (pp. 48 y ss.); TOMILLO considera que estamos ante “una hipoteca de seguridad modalizada” por razón de la indeterminación, no absoluta, en torno al acreedor (pp. 90 y ss.); SAPENA no cree deba remitirse al campo de la hipoteca de seguridad (p. 752); ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL la incluyen entre las de seguridad (pp. 455 y ss.).

De cualquier modo, creemos que este debate no tiene especial relieve a nuestros efectos (63); lo sustancial es que se garantiza un crédito que tiene una especial ley de circulación cuyo titular final queda indeterminado en el momento de constituirse la hipoteca, en cuyo instante se precisa identificar al primer titular. Esa eventual modificación subjetiva queda extramuros del Registro.

Dicho esto, hay que recordar lo que decíamos al comienzo de estas líneas y es que, según la DG, la pura hipoteca cambiaria, en el sentido tradicionalmente entendido, puede cohabitar con una hipoteca en garantía de una obligación extracambiaria.

Desde esta perspectiva, quizá podamos decir que una hipótesis es la hipoteca cambiaria tradicional y otra, más amplia, la aceptada por esta Resolución de 1 de junio de 2006, donde, bajo una hipoteca, se distinguen dos relaciones, una cambiaria, otra extracambiaria, cuya vida se diferencia, especialmente, cuando la ley circulatoria cambiaria imprime su impronta (64).

(63) ROCA GUILLAMÓN cree que la discusión no deja de tener un cierto sabor bizantino y considera que es un tipo individualizado (pp. 289 y ss.).

(64) La consideración de que la hipoteca en garantía de letra de cambio, de una obligación cartular, no impide que también pueda garantizar obligaciones extracambiarías nos sugiere alguna observación terminológica.

La primera es que cuando en el mundo jurídico se nos muestra una figura con una cierta dosis de consenso conviene meditar cualquier cambio interpretativo. Ejemplos recientes tenemos en la propia doctrina de la DG; probablemente el más significativo sea el de la personalidad jurídica de la sociedad civil y su relación con la inscripción registral [el debate doctrinal fue grande, tanto por la cantidad como calidad de autores, hasta que se rectificó la “novedosa” tesis (cfr. Res. de 31 de marzo de 1997 y de 14 de febrero de 2001)]. Sin olvidar que en muchas ocasiones el progreso está en una nueva interpretación, conviene meditar cuando se trata de aspectos consolidados.

En segundo término, parece oportuno que los términos o rúbricas no lleven a una idea, aunque sea inicial, equivocada. Cuando a “hipoteca” se le añade la palabra “cambiaria” se está aludiendo a un tipo “especial”, independientemente de la entidad de esas “especialidades”; si bajo la bóveda de una hipoteca cambiaria se quiere garantizar una obligación extracambiaria parece que deberíamos cambiar la denominación clásica y calificarla como hipoteca sin más, o si se quiere, en garantía de obligación cambiaria y extracambiaria cuando el interés de demora supere los topes de la LCyCH, reservando la de hipoteca cambiaria cuando garantice exclusivamente un crédito cambiario. Si se nos permite un ejemplo, ocurre algo semejante a cuando unos padres eligen, por la razón que sea, para su hijo o hija un colegio masculino/femenino y se encuentran con alumnos de distinto sexo; es obvio que en cualquier colegio se aprende con independencia del sexo y que en esa faceta es más importante el sustantivo “colegio” que los adjetivos “masculino” “femenino”, pero sin duda sería un rótulo inadecuado; es más, en España, hace unos años, era habitual tal diferenciación y se consideró por los responsables políticos que era más favorable para la educación la convivencia escolar de alumnos de ambos sexos; se podrá o no estar de acuerdo, pero los rótulos de los colegios cambiaron. No cabe duda que hay decenas de ejemplos en los que el “apellido” califica la figura de que se está hablando.

Quizá, pues, debamos cambiar la terminología y entender que la hipoteca cambiaria garan-

V. Requisitos generales. Algunas especialidades

Como venimos diciendo, la hipoteca cambiaria tradicional tiene como especialidad la eventual indeterminación del titular último del crédito hipotecario por virtud de la modalización que al mismo le dota el ser un crédito cambiario y, en definitiva, la normativa cambiaria.

Dado que no es nuestro propósito realizar un examen exhaustivo de ella, como hemos dicho, sólo aludiremos a ciertos aspectos.

Por esta razón dejamos de lado los requisitos subjetivos de la misma donde deben aplicarse las normas generales, naturalmente, con la especialidad de constituirse a favor del tenedor presente y de sus futuros tenedores. Sólo cabría plantear la hipótesis de la hipoteca en garantía de deuda ajena por cuanto es cuestionada por cierto sector doctrinal; algún autor no está seguro de esta posibilidad. En esta línea, GONZÁLEZ PORRAS entiende que puede constituirse por cualquiera de los obligados cambiarios, pero cree que “es un exceso verbal decir que cabe la figura del hipotecante no deudor” (65).

Otros se inclinan por la admisibilidad, como nos parece mejor; así, ROCA GUILLAMÓN (no le ve obstáculo alguno) (66).

Desde el punto de vista de los elementos objetivos, incluyendo en los mismos los bienes susceptibles de hipoteca y el crédito garantizado, obviamente ninguna especialidad deriva del primer aspecto.

Distinta consideración ofrece el segundo extremo. Efectivamente, el crédito cambiario del que tratamos está regulado por una ley especial, la LCyCH, con unas características especiales, entre ellas la que con carácter genérico se denomina rigor cambiario y, de especial interés a nuestros efectos, con una específica ley de circulación y, en cuanto a los intereses, con un régimen singular derivado del artículo 6 LCyCH, respecto a los ordinarios, y de los artículos 58 y 59 LCyCH, relativos a los de demora. Lógicamente estos aspectos merecen alguna consideración especial y a

tiza unos intereses con tope, lo que no impide que una hipoteca, ya no exclusivamente cambiaria, garantice una obligación cambiaria y otra extracambiaria.

¿La DG dice literalmente que una hipoteca “cambiaria” puede garantizar una obligación extracambiaria?, ¿o más bien admite que una hipoteca puede garantizar una obligación cambiaria y otra extracambiaria? Parece que la DG procura obviar aquella expresión.

(65) GONZÁLEZ PORRAS: pp. 51-52.

(66) ROCA GUILLAMÓN: p. 316; GONZÁLEZ LAGUNA la admite (p. 877); TOMILLO no parece descartar la hipótesis (*La hipoteca cambiaria...*, pp. 105 y ss.); este último autor se cuestiona, al estudiar los elementos subjetivos, si cabe limitar subjetivamente la garantía hipotecaria mediante su exclusión para casos determinados (pp. 115 y ss.); también se lo plantea CANALS (pp. 498-499) y, en cuanto al hipotecante no deudor, no ve “inconveniente alguno en admitir... la figura del hipotecante no deudor” (pp. 496-497); MANZANO defiende la hipótesis (“Hipoteca...”, p. 24).

ellos aludiremos; baste recordar que la propia DGRN, en la Resolución que comentamos, reconoce que el pacto de intereses de demora, fuera del límite de tales artículos 58 y 59, es una “obligación extracambiaria”.

Los requisitos de carácter formal, entendiendo como tales la escritura y la inscripción, tampoco presentan especialidad en cuanto a su exigencia, aunque las modalizaciones antes expresadas en orden a los otros requisitos repercuten en el contenido de esos requisitos formales (67).

Así, al ser la obligación garantizada la derivada de una cambial, debe identificarse la misma. Precisamente éste ha sido uno de los caballos de batalla de la hipoteca cambiaria, motivado en cierto modo por seguir el pie forzado del artículo 154 LH, olvidando que en este precepto se contempla una hipoteca en garantía de un valor mobiliario y aquí estamos ante un efecto de comercio o, con otras palabras, una hipoteca en garantía de títulos seriados frente a una hipoteca en garantía de títulos aislados.

El artículo 154 LH tiene una función instrumental y hay que adentrarse en su *ratio*; si se trata de garantizar la obligación inherente a un título, lógicamente, además de los requisitos de carácter general (cuantía, vencimiento, etc.) habrá que identificar el título; trasplantada esta *ratio* a nuestro caso, igualmente, además de los requisitos de índole general, hay que identificar la letra y sabido es que ésta no tiene doble matriz, sino una específica numeración (clase, serie y número).

Del mismo modo, si resulta que es característica de esta hipoteca una eventual indeterminación del titular del crédito cambiario y que la circulación del mismo tiene lugar extramuros del Registro, parece pertinente trasladar al título y a la inscripción lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 154 LH: constituirla a favor de los tenedores presentes o futuros de las obligaciones que, convenientemente adaptado a una cambial, debe ser a favor del tenedor actual y futuros adquirentes de la letra.

Hechas estas someras reflexiones sobre requisitos generales de la hipoteca cambiaria, cabe recordar que hay varias cuestiones debatidas de las que resulta obligada una referencia, si bien breve, por no ser el eje de nuestro estudio.

Una de ellas ha sido la duda acerca de si cabe una hipoteca cambiaria en garantía de varias letras o si estamos ante varias hipotecas, una por cada cambial.

De lo expuesto, conocemos la poco clara posición de la DG, aunque en alguna no se lo cuestiona, por no ser objeto de polémica en la nota califi-

(67) Posteriormente veremos la especialidad que resulta, a nuestro juicio, en la inscripción de seguir la tesis de la Resolución de 1 de junio de 2006 y garantizar una obligación cambiaria y otra extracambiaria por razón de los intereses, si se quieren garantizar los mismos por encima del tope de los artículos 58 y 59 LCyCH.

cadora. Recordemos que las Resoluciones de 31 de octubre de 1978 (veintisiete letras de cambio sobre una finca) y de 18 de octubre de 1979 (doce letras sobre varias fincas) admiten la posibilidad de una hipoteca en garantía de varias cambiales. Sin embargo, la de 18 de diciembre de 1996 (varias letras y varias fincas) se inclina por una pluralidad de hipotecas en garantía de otros tantos créditos diferenciados y, al ser varias las fincas hipotecadas, considera que se impone especificar qué finca o fincas quedan afectas hipotecariamente a la cobertura de cada cambial.

La doctrina se ha pronunciado de modo diverso. Así CARRETERO cree “dudoso que sea posible constituir una sola hipoteca en garantía de una serie de letras de vencimientos sucesivos sin que la hipoteca deje de ser estrictamente cambiaria” (68); STAMPA, por el contrario, se muestra claramente a favor de la posibilidad de una sola hipoteca para garantizar varias letras (69); GONZÁLEZ PORRAS, reconociendo que es un tema muy discutible, se inclina por la tesis de la pluralidad de hipotecas (70); TOMILLO considera que la posibilidad de una hipoteca en garantía de varias cambiales no sólo es posible, sino necesaria en la práctica (71); ROCA GUILLAMÓN dice que es discutible dogmáticamente y que, a su juicio, el verdadero obstáculo puede venir en caso de pluralidad de fincas hipotecadas (72); GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO distinguen varios supuestos y, con relación al concreto de una hipoteca sobre varias fincas en garantía de varias letras, consideran que de no determinarse las letras de que responde cada finca produce ciertas consecuencias negativas (73); ALBIOL se muestra crítico con el criterio de la Resolución de 18 de diciembre de 1996 (74); CANALS BRAGE contempla la evolución de la DG, que de su admisibilidad inicial se la cuestiona al destacar la especialidad frente a la hipoteca en garantía de un empréstito único del artículo 154 LH y, en especial, cuando se hipotecan varias fincas, los problemas de ejecución y cancelación de no afectarse las letras a cada finca (75); CASAL distingue varias hipótesis: una finca en garantía de varias letras, varias fincas en garantía del pago de una letra o varias fincas en garantía de varias letras. Con relación a esta última hipótesis recoge la idea de la Resolución de 18 de diciembre de 1996 y deduce que “por lo tanto, entiende no

(68) CARRETERO, Tirso: p. 1180.

(69) STAMPA: pp. 1155 y ss.

(70) GONZÁLEZ PORRAS: pp. 56 y ss.

(71) TOMILLO: *La hipoteca cambiaria...*, pp. 175 y ss.

(72) ROCA GUILLAMÓN: pp. 324 y ss.

(73) GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO: pp. 162 y ss.

(74) ALBIOL: pp. 218 y ss.

(75) CANALS BRAGE: pp. 519 y ss.

aplicable el artículo 156,4, párrafo 4, LH, que parece presuponer la no necesidad de especificar las concretas obligaciones de que responde cada una de las fincas hipotecadas, ya que este artículo parte de un supuesto distinto, cual es la hipoteca de una emisión de obligaciones” (76); ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL no se pronuncian con su habitual claridad; recogen la diferente tesis de la DG en las Resoluciones de 18 de octubre de 1979 y 18 de diciembre de 1996. Respecto de ésta consideran que, a pesar de que el Centro Directivo entiende que hay tantas hipotecas como letras, en el fondo existe una hipoteca única, aunque con cuotas indivisas, pero que, a efectos de terceros y de la posible ejecución hipotecaria, es como si existieran tantas hipotecas distintas, simultáneas o del mismo rango, como créditos o acreedores en relación con cada una de las fincas hipotecadas y añaden: la necesidad de la distribución está impuesta por el principio de especialidad de los artículos 119 y concordantes de la LH y de su Reglamento, “de suerte que la doctrina de la nueva resolución merece ser cumplida plenamente” (77).

Probablemente, la cuestión exija una más amplia argumentación, pero nos parece que la hipoteca única plantea ciertos desajustes, como en general la hipoteca cambiaría, y ello puede generar algún retraimiento y dificultad procesal, especialmente cuando, además, recae sobre varias fincas, pero a falta de una norma prohibitiva parece que debería aceptarse; creemos que, en la práctica, sobre todo cuando sólo recae sobre una finca, pero en garantía de varias cambiales, no hay especial debate.

Esta cuestión está enlazada con otra que ha sido objeto de discusión y es la admisibilidad de la inscripción de las causas de vencimiento anticipado. Lógicamente, si nos hubiéramos inclinado por una letra-una hipoteca, el problema se reduce.

También ha quedado en la doctrina de la DG reflejo de esta cuestión e igualmente, con algún cambio de posición, fundamentalmente, desde su exclusión en la Resolución de 26 de octubre de 1973 hasta su aceptación a partir de la de 31 de octubre de 1978, si bien con la matización de tener que presentar las cambiales de futuro vencimiento a la impagada.

Este extremo tiene una mayor incidencia en nuestro comentario, pues se alega expresamente (párr. 2, fundamento de derecho 3) para argumentar en favor de la tesis de la Resolución de 1 de junio de 2006. Sin embargo, de entrada, cabe decir que la discrepancia doctrinal ha sido abundante, como tendremos ocasión de ver de inmediato; de otra parte, sin, de momento, adelantar nuestra posición, quizá en una inicial impresión haya que explicar por qué, si la transfusión de algún pacto, como el del venci-

(76) CASAL: pp. 930 y ss.

(77) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: tomo VIII, pp. 461-462.

miento anticipado, es tan inocua para la hipoteca cambiaria, se aluda a la necesidad terapéutica de cumplir determinadas condiciones.

De cualquier modo, lo que sí está exento de debate es que ha sido discutido en la doctrina. Así, GONZÁLEZ LAGUNA (recordemos que su estudio es anterior a la Resolución de 31 de octubre de 1978, aunque cuando se publica ya había aparecido y le dedica una nota) se inclina por la inadmisibilidad del pacto (78); CARRETERO muestra su simpatía por el criterio de la Resolución de 26 de octubre de 1973 y considera “muy discutible” la doctrina sentada por la Resolución de 31 de octubre de 1978 (79); STAMPA partiendo en principio de la hipótesis de que no es viable el pacto de vencimiento anticipado, sin embargo, considera necesario distinguir: si el tenedor de las letras es único, en este caso cree que cabe flexibilizar la aplicación del artículo 448 CCom (hoy derogado); si los tenedores de las letras son varios, no considera aceptable tal pacto (80).

CANO no es partidario de admitir el vencimiento anticipado y no sólo en caso de impago. Entiende que las modalidades de vencimiento de las letras están dominadas por el derecho imperativo (81).

MANZANO se muestra contrario al vencimiento anticipado, considerando el criterio introducido por la Resolución de 31 de octubre de 1978 como erróneo; “el pacto no debe tener acceso al Registro, sin paliativos” (82).

GONZÁLEZ PORRAS considera que el tema está relacionado con la naturaleza de la hipoteca cambiaria y, lo que parece lógico, con la posibilidad o no de una hipoteca en garantía de varias letras, pero, como hipótesis, se muestra contrario a tal vencimiento anticipado (83).

CANALS considera de dudosa admisibilidad las causas de vencimiento anticipado y que en tal caso, realmente, se está reclamando el crédito subyacente, si bien entiende “que la hipoteca cambiaria no sea cambiaria si las letras de cambio no circulan no es ninguna herejía” (84).

TOMILLO se pronuncia decididamente en favor de la admisibilidad del pacto de vencimiento anticipado, sin que, a su juicio, deba asustarnos el término “causalización”, pues en este caso no significa sino el reconocimiento consecuente e ineludible de la influencia mutua que produce la hipoteca en la letra y la letra en la hipoteca (85).

(78) GONZÁLEZ LAGUNA: pp. 885 y 886.

(79) CARRETERO: pp. 1181 y ss.

(80) STAMPA: pp. 1148 y ss. Destaquemos que este autor sostiene el criterio reseñado en el texto para el caso de impago, pero se muestra favorable a la inscripción de las demás causas de vencimiento que se contemplaban en las Resoluciones de 1973, 1978 y 1979 (pp. 1161 y ss.).

(81) CANO: pp. 599 y ss.

(82) MANZANO: “La identificación...”, pp. 1214 y ss. *Vid.*, mismo autor, “Hipoteca...”, pp. 37 y ss.

(83) GONZÁLEZ PORRAS: pp. 81 y ss.

(84) CANALS: pp. 531 y ss.

(85) TOMILLO: *La hipoteca cambiaria...*, pp. 182 y ss.

ROCA GUILLAMÓN se muestra más matizado y considera que el rechazo de tal vencimiento anticipado por impago puede impedir cumplir la función económico-social a la hipoteca cambiaria y le parece prudente la tesis de la DGRN de exigir la aportación de las cambiales y, dice, aunque con ello no quedan obviados todos los inconvenientes posibles, sí al menos se trata de minimizarlos; sí parecen inscribibles las causas de vencimiento anticipado citadas por las Resoluciones, distintas del impago, aunque son dudosas las genéricas (86).

Creemos que es difícil sentar una conclusión sin flancos para la crítica, pero no podemos dejar de mostrar nuestra proclividad en favor de las causas de vencimiento, si bien con alguna matización que sigue.

La primera, lógicamente, debe ser que se imponga la teoría de la posibilidad de una hipoteca en garantía de varias letras.

Partiendo de esta hipótesis, hay que distinguir entre el vencimiento anticipado por impago de “las otras causas de vencimiento”.

Es suficientemente conocido, y ello excusa de un análisis detenido, que hoy en día, por el cauce del vencimiento anticipado, se pretenden introducir una serie de causas que nada tienen que ver con el derecho real de hipoteca y con un justo equilibrio de las contraprestaciones; podríamos decir más, hay escrituras de hipoteca en las que se enumeran, con relación a determinadas circunstancias, causas de vencimiento que atentan a la propia libertad individual reconocida por la Constitución; para decirlo gráficamente, de seguir el tenor de alguna cláusula resultaría que un embargo por el impago de una multa de tráfico podría hacer vencer anticipadamente la hipoteca de la vivienda (87); esta inflación, como ocurre generalmente con el desbordamiento de los cauces naturales, provoca una escalada burocrática contraria al buen sentido, incluso ecológico.

Desde esta perspectiva, creemos que deberían tener acceso aquellas causas que afectaran a la hipoteca en sí, que produjera un deterioro de la garantía; así, por ejemplo, en caso de no asegurarse la finca, no pagar un crédito que fuera preferente, etc., pues de ocurrir estos eventos nos podemos quedar sin la garantía. Sin embargo, creemos que no deberían acceder otras causas que nada tienen que ver con la propia hipoteca.

Por otro lado, estaría el impago, que ha generado la conocida tesis de la DG. Entendemos que la interpretación de la normativa no puede hacerse de espaldas a la bondad y función de los actos; desde esta perspectiva, no creemos pueda plantearse reparo alguno cuando el primer tene-

(86) ROCA GUILLAMÓN: pp. 328 y ss.

(87) Son múltiples las Resoluciones que han tenido que pronunciarse sobre algún pacto concreto, así como los estudios doctrinales; por todos, por su novedad, CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS: *Las cláusulas de la hipoteca*, 2006.

dor reclama del librado-hipotecante y presenta todas las cambiales. Negar esta hipótesis nos parece un exceso dogmático.

Debemos tener en cuenta que la fijación de una fecha de vencimiento no tiene el carácter sacramental de no poder ser anticipado; la propia LCyCH, en su artículo 50, determina que la acción de regreso puede ejercitarse antes del vencimiento, entre otras causas, en caso de denegación de la aceptación; parece que si el deterioro de la bondad se produce con la falta de aceptación, no menos sospecha se tiene con el impago de una precedente; si ello ocurre en la acción de regreso parece hay más peso en caso de acción directa, sin perjuicio de que la abstracción no es absoluta, sino que una cierta causalización se permite al posibilitarse excepciones no cambiarias. De otra parte, el propio artículo 58, párrafo 2, admite que "la acción se ejercitase antes del vencimiento".

Aunque ese vencimiento anticipado podría ocasionar problemas en los endosatarios, por la responsabilidad en vía de regreso, cabe también sostenerse dada la responsabilidad del artículo 57 LCyCH. En todo caso parece prudente la tesis de la DG de exigir la presentación de las cambiales de futuro vencimiento.

La doctrina se ocupa también del pacto de viabilizar un pago anticipado (88), pero tiene menor interés en esta materia por no ser cláusula habitual. De cualquier modo, recordemos que la DG, en su Resolución de 18 de octubre de 1979, mantuvo que vincula a los suscriptores, pero no a los futuros tenedores.

Otro de los problemas planteados es el tema de la renovación de la cambial y su efecto en la hipoteca cambiaria (89). Creemos que es válida la doctrina de la DG en su Resolución de 23 de octubre de 1981, en el sentido de documentar en la nueva letra que renueva una anterior y el otorgamiento de un nuevo documento público para extender la hipoteca a las nuevas letras y que habría que distinguir el caso de previsión en la escritura de constitución del supuesto de ausencia de tal pacto inicial (90). En la práctica, nos encontramos muchas veces con cláusulas que no habilitan al deudor para reclamar la renovación, si bien no generan graves

(88) Vid. GONZÁLEZ PORRAS: pp. 90 y ss.

(89) Vid. GONZÁLEZ LAGUNA: pp. 887 y ss.; GONZÁLEZ PORRAS: pp. 100 y ss.; TOMILLO: *La hipoteca cambiaria...*, pp. 143 y ss.; ROCA GUILLAMÓN: pp. 310 y ss.; MANZANO: "Cancelación...", pp. 1263 y ss., y en "Hipoteca...", pp. 44 y ss.; CANO: pp. 611 y ss.; ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL: pp. 467-468; PEÑA: pp. 316-317; CANALS: pp. 543 y ss.

(90) MUÑOZ-PLANAS ha estudiado la renovación cambiaria dedicando unas páginas finales al supuesto de mediar una garantía extracambiaria como la hipoteca. Admite plenamente el pacto de renovación futura como crédito futuro causalmente unido al originario; en caso de falta de previsión de futuras renovaciones cuestiona si perjudica a los adquirentes intermedios, inclinándose por el mantenimiento de la hipoteca si así se conviene en la renovación, tesis que quizá ofrezca ciertas posibilidades de debate (pp. 221 y ss., esp. 254 y ss.).

problemas, pues la renovación es algo que se “vende” al deudor sin que se quiera su rigurosa exigibilidad para que cuando llegue se pueda “negociar” la renovación y “el tipo de interés”.

También ha sido objeto de debate la extensión en la cambial de la nota de la constitución de la hipoteca. Quizá esta cuestión ha estado algo teñida por la perspectiva profesional del autor, pero ciertamente se planteó la duda.

GONZÁLEZ LAGUNA, con una posición matizada, dice que la nota no tiene carácter constitutivo, pero sí lo tiene en orden a su naturaleza y que, en el supuesto de no extenderse por el registrador, será una hipoteca de seguridad, añadiendo que quien debe extender la nota es el registrador (91).

MANZANO considera necesario presentar las letras al Registro con la escritura y, con la nota firmada por el registrador, se cerraría el período constitutivo de la hipoteca, aunque la nota, en sí, no tiene carácter constitutivo (92).

STAMPA entiende que la puesta de la nota en las letras pertenece a la fe notarial (93).

SANAHUJA dice que el requisito de la diligencia al dorso de la letra “es el equivalente al talonario exigido por los títulos al portador” (94).

CANALS considera que no es una declaración cambiaria, que no es constitutiva de la hipoteca y que no influye en el derecho real de hipoteca (95).

DE ÁNGEL YÁGÜEZ dice que no es aplicable al caso de la letra el artículo 154,3 LH, en el sentido de exigir la constancia de la fecha y notario autorizante, así como los datos de la inscripción (96).

A nuestro juicio, es dudoso que tenga carácter constitutivo (97); por ello, puede ser discutible la necesidad de la misma nota, como parece exigirse en la Resolución de 18 de diciembre de 1996. Creemos que tiene su importancia en el contexto de los valores mobiliarios, pero no tanta en la letra de cambio. La Resolución de 26 de octubre de 1973 la incardina dentro de los elementos identificativos, aunque de seguir lo expuesto de clase y numeración difícilmente añade algo en ese sentido; no obstante, si es esa la finalidad, ninguna objeción cabe que se ponga a la referida nota,

(91) GONZÁLEZ LAGUNA: pp. 882 y ss.

(92) MANZANO: “La identificación...”, pp. 1204 y ss. *Vid.*, mismo autor, “Hipoteca...”, pp. 33 y ss.

(93) STAMPA: p. 1143; TOMILLO (*La hipoteca cambiaria...*, pp. 163 y ss.).

(94) SANAHUJA: p. 396.

(95) CANALS: pp. 479-480.

(96) DE ÁNGEL YÁGÜEZ: p. 373.

(97) *Vid.* ROCA GUILLAMÓN: pp. 303 y ss.

aunque tiene el inconveniente de hacer constar que una letra está garantizada con hipoteca cuando aún no está inscrita y puede que no se inscriba, por la razón que sea, publicando una circunstancia irreal (98). Con base a ello cabría plantearse si, una vez inscrita, cualquier tenedor de la cambial puede presentarla para hacer constar los datos de inscripción.

La práctica, desde luego, es que la nota se exprese por el notario sin que se plantee cuestión; por otra parte, debemos recordar que estamos ante un efecto de comercio y que en la práctica es escasa la circulación de tales letras y desde luego no hay una llamada al “gran público” o al “ahorro generalizado”; circula por unos caminos ajenos a ellos.

Otra cuestión que podríamos plantear es si cabe la hipoteca cambiaria de constitución unilateral.

La doctrina viene a aceptar esta forma constitutiva, pero la discusión se centra en la necesidad o no de la aceptación. Creemos que el eje del problema está en la característica de la hipoteca cambiaria, indeterminación eventual del último titular del crédito, y en la especialidad cancelatoria de la hipoteca cambiaria motivada por ese requerimiento del párrafo 2 del artículo 141 LH y 237 RH, aunque, a nuestro juicio, no estamos ante un requerimiento admonitorio en pura técnica notarial, sino ante una notificación con advertencia cancelatoria, una notificación “docente” de sus efectos.

Dado que el acreedor puede ser desconocido, si media endoso, no se puede “requerir” al acreedor.

Por ello, algún sector simpatiza con la idea de que en la hipoteca cambiaria constituida unilateralmente no se precisa de aceptación, manteniéndose por algún sector que en este caso no procede ese “requerimiento”.

Otro sector, por el contrario, se muestra favorable a la aplicación de la normativa general y, con base al artículo 141 LH, exigir la aceptación y reconocer la posibilidad del requerimiento del artículo 141,2 LH, resolviendo algún autor la cuestión acerca de la indeterminación del acreedor mediante el requerimiento al primer acreedor que conste en el Registro, a salvo que constare un ulterior cesionario (99).

Realmente la cuestión de notificar al titular de la hipoteca se plantea

(98) Por ello, TOMILLO alude a una advertencia para los futuros tenedores de que se aseguren de la inscripción (*La hipoteca cambiaria...*, p. 164).

(99) *Vid.* sobre la hipoteca cambiaria unilateral DE ÁNGEL YÁGÜEZ, que ha dedicado un artículo monográfico a esta materia, esp. pp. 383 y ss.; ROCA GUILLAMÓN: pp. 320 y ss.; GONZÁLEZ LAGUNA: pp. 879-880; STAMPA: pp. 1145-1146; GONZÁLEZ PORRAS: pp. 52 y ss.; TOMILLO (*La hipoteca cambiaria...*, pp. 117 y ss.); CANALS BRAGE (mantiene la sugerente tesis de que “la hipoteca «se acepta» por su constancia en el título”, pp. 501 y ss.), MANZANO: “Cancelación...”, pp. 1255 y ss.; CANO: pp. 595 y ss.; SAPENA: p. 259; CASAL: p. 930; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: p. 458.

con un mayor campo de actuación, pues el debate también tiene lugar cuando por alguna circunstancia debe practicarse tal notificación y en este conflicto resalta con luz propia cuando media la ejecución de una carga anteriormente inscrita. Recordemos, por ejemplo, el artículo 656 LEC en relación con los artículos 659 y 660 LEC; igualmente cabe aludir al artículo 689 LEC para el supuesto de ejecución de una hipoteca anterior.

Como señala GONZÁLEZ LAGUNA, quizá desde el punto de vista del derecho constituido el problema sea insoluble (100), si bien parece razonable entender que se debe practicar en el domicilio que conste en el Registro como del primer tenedor (puede que no haya habido endoso) o del último cesionario que conste en el Registro.

Creemos factible que a tales efectos cualquier cesionario puede hacer constar el domicilio en el Registro, pero si ha preferido ocultar su identidad es lógico entender que ha rechazado el mecanismo protector ideado por el Ordenamiento.

VI. Apuntes de Derecho cambiario

A lo largo de estas páginas estamos continuamente haciendo una referencia a letra de cambio, cambial, obligación cambiaria, etc.; es decir, conceptos importados del Derecho cambiario que, aunque conocidos, quizá no esté de más hacer una observación que puede tener especial incidencia en nuestro estudio.

Como es obvio, al igual que decíamos respecto de la hipoteca cambiaria, no se trata de hacer un análisis de la letra, sino el recordar algunas ideas básicas siguiendo la común doctrina.

La primera idea que cabe expresar es que la letra de cambio es un título-valor, uno de los títulos-valores por excelencia, y aunque creemos que hoy en día su uso es menos extendido que hace unos pocos años, dado que se utilizan otros medios de pago y de financiación, lo cierto es que su tratamiento constituye núcleo central en los estudios de Derecho cambiario.

Si decimos que es un título-valor concretamos su encaje, pero hay que reconocer que hay diversos títulos-valores y de distinta naturaleza, siendo varios y variados los criterios diferenciadores. A nuestros efectos nos puede interesar la distinción entre títulos emitidos en masa o singulares, que en cierto modo nos puede llevar a la distinción no muy precisada en nuestro Derecho de valores mobiliarios y efectos de comercio.

(100) GONZÁLEZ LAGUNA: p. 893.

En líneas precedentes hemos hecho alguna referencia a esta dualidad, incluso imputando a su olvido algún error de planteamiento o desacierto en alguna calificación. Quizá por ello sea bueno hacer una somera referencia.

Ciertamente en otra ocasión (101) tuvimos ocasión de estudiar esta distinción y de ese análisis concluíamos, siguiendo a GARRIGUES, que las expresiones de valor mobiliario y de efecto de comercio son deudoras de la doctrina francesa, que claramente distingue entre *effets de commerce* y *valeurs mobilières*; aquéllos “son consecuencia de una operación singular entre dos personas, de la que deriva la obligación de hacer una prestación en dinero (letra de cambio, pagaré a la orden, cheque, *warrant*). Los segundos se emiten en masa, por cifras redondas y no implican exclusivamente derechos de crédito (acciones, obligaciones, cédulas, bonos, etc.)” (102). Igualmente recogíamos los diversos criterios diferenciadores fijados por OTERO LASTRES: desde el punto de vista de la declaración de voluntad incorporada a los títulos (emisión en masa y emisión singular o aislada); desde la perspectiva de los títulos emitidos (pluralidad de títulos que son fracciones de la emisión global y regidos por el principio de igualdad frente a habitual emisión de títulos únicos con propia existencia independiente); desde la perspectiva de los derechos incorporados al título (los valores mobiliarios suelen incorporar derechos de participación y cuando incorporan derechos de crédito documentan operaciones a largo plazo, mientras que los efectos de comercio incorporan un derecho de crédito de carácter pecuniario y documentan una operación a corto o medio plazo); desde la perspectiva de su función económica (los valores mobiliarios suelen ser títulos de inversión o especulación y los efectos de comercio pueden operar como instrumentos de crédito, pero pueden funcionar también como medios de pago) (103).

Los títulos-valores, como resulta de lo dicho, tienen distinto ropaje, pero se señala por la doctrina como caracteres uniformes el de la incorporación del derecho al título, de modo que no se pueda exigir ni transmitir aquél sin entregar el documento; partiendo de la necesidad de la posesión del documento se dedujo la noción de la legitimación, con un importante efecto, el de que el titular del documento es titular del derecho incorporado sin posibilidad de que el deudor le oponga excepciones de naturaleza personal si es un tercer tenedor de la cambial; finalmente, se le incorporó la nota de literalidad del derecho mencionado en el título.

(101) VENTOSO, *La representación...*, pp. 267 y ss. Vid. bibliografía allí citada.

(102) GARRIGUES: *Tratado...*, II, p. 4.

(103) OTERO LASTRES: pp. 1153-1154.

lo en el sentido de que en el documento se explica el contenido del derecho (104).

De entre los títulos-valores a nosotros nos interesa la letra de cambio, que, como prototipo, contiene un mandato de pago de una cantidad a favor del tenedor legítimo de la misma al vencimiento de ella, sometida a un régimen jurídico de un especial rigor, lo que se conoce como rigor cambiario. La STS de 7 de junio de 1988 (RJ 4822) califica a la letra como paradigma de los títulos a la orden "con unos privilegios sustantivos y procesales fruto y consecuencia de su condición de título formal y abstracto".

Como en la mayoría de las instituciones, conviene tener alguna idea, aunque sea somera, de su nacimiento y evolución.

Siguiendo en este extremo a URÍA-MENÉNDEZ-PÉREZ DE LA CRUZ (105), podemos señalar que, aunque no se conoce con certeza, la doctrina considera que en los siglos XII y XIII se presentan ya algunos de los caracteres de la letra. Inicialmente (de ahí su nombre de "cambio") consistía en un cambio de moneda por otra moneda en distinta plaza, evitando de este modo los riesgos de custodia (106). Hoy, esta función ha decaído, aunque podía verse alguna reminiscencia de ella en el artículo 446,3 del CCom de 1885: "a su propio cargo, en lugar distinto de su domicilio", hoy sustituido por la LCyCH de 1985.

Históricamente la letra se concibe como un título nominativo y la indicada función de cambio la cumple plenamente.

Posteriormente se alumbró la cláusula a la orden y el endoso, y la letra se torna de título de cambio trayecticio en un título de pago de modo que se sale del inicial escenario de los banqueros (107) y quien tiene un

(104) Vid. URÍA-MENÉNDEZ-PÉREZ DE LA CRUZ, a quienes se ha seguido, pp. 688 y ss.

(105) URÍA-MENÉNDEZ-PÉREZ DE LA CRUZ: pp. 716 y ss. Son muy interesantes y documentadas las sesenta páginas que a la evolución de la letra dedica RUBIO en su monografía (pp. 73 y ss.), que algunos tuvimos la fortuna de oír anticipada y personalmente en un curso monográfico sobre tal materia en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (curso 1970-71).

(106) RUBIO señala que, en los siglos XII y XIII, las necesidades del renacimiento económico tropezaban con dos serias dificultades; la primera, la extraordinaria diversidad de monedas; la segunda, las dificultades del transporte de moneda metálica. En un momento inicial, el comercio terrestre utiliza el trueque directo de monedas con la finalidad de resolver los problemas planteados por la diversidad del inicial cambio manual (posteriormente se pasaría al cambio trayecticio); las dificultades prácticas y técnicas de disponer y valorar las distintas monedas provocan la aparición en Génova, ya en el siglo XII, de un nuevo tipo de mercado especializado: el cambista o "campsor" que posteriormente se sustituiría por "bancheri" (pp. 76 y ss.).

(107) TOMILLO señala que "a nadie se le escapa la íntima relación existente, desde una perspectiva histórica, entre el viejo oficio de banquero y la letra de cambio"; el monopolio bancario de la letra de cambio decae con la introducción del endoso en la decimoséptima centuria, aunque después recuperó protagonismo con el descuento de las letras (*La hipoteca cambiaria...*, p. 17).

crédito con un tercero emite una letra que entrega a su acreedor para que la cobre de ese tercero.

Ello significa que en la letra intervienen tres sujetos: el librador, el librado y el primer tenedor, aunque, como es conocido, en ocasiones se identifican algunos de ellos.

Pero, además, la letra va a cumplir otra misión que va a ser la de constituir una función crediticia, por cuanto lo normal es que haya una distancia cronológica entre el libramiento y el vencimiento. Si no hay tal, el recurso habitual es el del cheque.

El discurrir de la letra, inicialmente en el mundo de los comerciantes, va a desbordarse, especialmente en su última función, y “la compra a plazos” se populariza. Los no comerciantes compran, “firmando letras”, todo tipo de bienes, desde un frigorífico hasta una vivienda.

Lo que hoy nos parece absolutamente excepcional, como es la compra de una vivienda firmando letras, era un fenómeno usual hace treinta o cuarenta años (108). Precisamente SANAHUJA se planteaba el problema de la existencia de multitud de letras en las cajas de caudales de empresarios constructores de fincas urbanas a consecuencia del aplazamiento de pago en la venta de pisos y locales (109).

Esa popularización llevó consigo la salida de la letra de la exclusividad del circuito tradicional mercantil y la pérdida de confianza en la letra de cambio se adueñó de la realidad jurídica.

(108) La realidad que se vive en la práctica registral atestigua este hecho y ha sido y viene siendo habitual la cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado de la compra de la vivienda, que de ordinario se representaba por medio de letras de cambio. Es más, como todo fenómeno masivo, se plantearon numerosos problemas cuando se extraviaba una cambial o la parte vendedora “desaparecía”, creando un auténtico conflicto, dada la política bancaria de no prestar dinero existiendo cargas previas, que se intentó resolver por el Real Decreto 1867/1998 a través de la modificación del artículo 177 del RH. Este precepto fue anulado por la STS de 31 de enero de 2001 (RJ 1083), pero revitalizado con rango de Ley por el actual artículo 82,5 LH, introducido por la Ley 24/2001 (disposición adicional vigésimo séptima). Lógicamente, a medida que transcurra el tiempo, será más excepcional ver tal tipo de actuación.

Aunque no es punto de interés concreto en nuestro estudio, no puede orillarse la ocasión de reclamar una mayor atención y “estabilidad” jurídica; los cambios pueden ser necesarios al haber incurrido en un error previo, pero debe evitarse éste en la medida de lo posible. Decimos esto porque tal precepto, el artículo 177 RH, fue objeto de impugnación, que se resolvió por la STS de 24 de febrero de 2000 (RJ 2888), en la que no sólo no se declaró nulo, sino que se proclamaba la “bondad del precepto” y por ello había “merecido un comentario favorable de los organismos, en especial el Consejo de Estado, que han informado el proyecto, llegando a afirmar que el precepto que nos ocupa merece ser destacado por su importancia y acierto” (Fundamento 6.º); once meses después, el mismo Tribunal, en la sentencia mencionada, declara nula esa norma con fundada argumentación, al menos en cuanto a la cancelación de las condiciones resolutorias. En otras ocasiones ya denunciamos esta falta de coordinación (“Comentarios...”, pp. 308-309; “Anotaciones preventivas...”, p. 4).

(109) SANAHUJA: pp. 143 y ss.

El propio preámbulo de la Ley 19/1985, LCyCH, advertía de la circunstancia del descrédito que rodeaba a la letra de cambio en nuestra sociedad, citando la desmesurada utilización de la letra como uno de los factores, entre otros, del elevadísimo número de impagados que recogen las estadísticas (110).

Hoy en día la letra ha perdido gran parte de su cuota, dado que la función crediticia está prácticamente monopolizada por las entidades bancarias, cajas de ahorros y especiales establecimientos de financiación.

Incluso, entre comerciantes, el protagonismo va siendo del pagaré. Además, en el ámbito del consumidor, surgen normas que le protegen, de manera que pueda, cuando la mercancía difiere de lo pactado o es defectuosa, suspender el pago. Como ello produce un choque con el tradicional Derecho cambiario, se propone que en tales casos el tercero cambiario no goce de la protección cambiaria o, incluso, la prohibición de libramiento en este campo (111).

Con esa preocupación, el Proyecto de LCyCH contenía una disposición final que establecía que, en el plazo de seis meses, el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un Proyecto de Ley determinando las normas que habían de regir para las letras emitidas en operaciones realizadas por los consumidores. La cuestión era delicada porque se alentaba un giro radical para pasar del rigor tradicional que protegía al acreedor cambiario a proteger al consumidor y no se consideró prudente ese “emplazamiento” a seis meses (112). Sin embargo, la LCyCH no pudo olvidar por completo esa preocupación, aunque fuera en el preámbulo de la Ley: la normativa de esa Ley “no impide que, tras los oportunos estudios y cuando las circunstancias económicas y sociales lo requieran, pueda abordarse la elaboración de un texto legal complementario y específico que establezca las normas que hayan de regir para las letras emitidas en operaciones realizadas por los consumidores y usuarios” (párrafo final de dicho preámbulo).

Es conocido que dicha Ley no ha aparecido, pero sí una variedad de normas que desde distintos ámbitos intentan proteger al consumidor, a lo

(110) TOMILLO recoge datos del Instituto Nacional de Estadística entre los años 1976 y 1984 y nunca bajó el número de letras protestadas de 3.800.000 y de un valor de 450.000 millones de pesetas, llegando algún año a más de 5.700.000 de efectos y a un valor superior al billón de pesetas (nota 4, pp. 18-19).

Junto a este fenómeno de impagados, la propia masificación planteaba un problema de manipulación. SÁNCHEZ CALERO señalaba que, a finales de 1978, la Banca española manejaba más de 1.200.000 letras al día y un número mucho más elevado de talones y cheques (“Evolución y perspectivas...”, p. 224).

(111) Vid. SÁNCHEZ CALERO: “Evolución y perspectivas...”, pp. 255 y ss.; TOMILLO: *La hipoteca cambiaria...*, p. 21; PAZ-ARES, C.: “Las excepciones...”, pp. 273 y ss.

(112) MENÉNDEZ MENÉNDEZ: “Introducción...”, pp. 24-25.

que el legislador está obligado por el artículo 51 CE, además de por normas comunitarias. En algún caso, como en el artículo 12 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, se contempla la hipótesis de un consumidor obligado cambiariamente, pero no se ha hecho realidad ese propósito del preámbulo y probablemente no se materializará como tal norma especial.

Otro de los aspectos que nos puede interesar es analizar la configuración abstracta o causal. Muchas páginas han tenido como eje tal cuestión. Dado nuestro propósito, seguiremos la exposición autorizada de URÍA-MENÉNDEZ-PÉREZ DE LA CRUZ (113).

“Los sistemas legislativos cambiarios se mueven fundamentalmente en dos grandes direcciones”; por una, el sistema francés de carácter causalista; por otra, el inspirado en las fuentes germánicas de naturaleza abstracta. Al margen de ellos, la doctrina mercantil ha estudiado al británico.

Las diferencias más acentuadas entre los dos sistemas cambiarios fundamentales giran en torno a la llamada provisión de fondos; en el sistema francés está regulada y configurada como obligación del librador, a la que debe dar cumplimiento antes del vencimiento de la letra; en el sistema germánico, la provisión de fondos permanece totalmente ajena a la vida de la letra.

Nuestro Derecho, por la vía del CCom de 1829, introduce el sistema francés, que, en cierto modo, continúa en el CCom de 1885, aunque con importantes cambios. Éstos, junto a la pervivencia de rastros causales, motivaron una posición dualista, seguida por la jurisprudencia, de modo que la abstracción podía ser invocada por los terceros poseedores de la letra, pero no por las personas ligadas por el contrato causal.

Sabido es que en el Derecho cambiario ha tenido interés su uniformidad y en la evolución del mismo constituyen datos normativos esenciales los convenios ginebrinos de inspiración alemana, de 7 de junio de 1930 y 19 de marzo de 1931. En España se dispuso publicar su traducción por Orden de 11 de octubre de 1932 (*Gaceta de Madrid* de 14 de octubre de 1932).

El preámbulo de la LCyCH reconoce la inspiración de nuestro CCom de 1885 en su homónimo francés y, reconociendo la superioridad técnica de la Ley Uniforme, se inclina por esta normativa, si bien, no mediante su aplicación directa, sino por un texto autónomo, reconociendo la abstracción de la letra, aunque con matices.

Por cierto, una de las características de la nueva Ley es que el legislador pretendió reforzar la posición del acreedor (recordemos la expresión “rigor cambiario”), y entre esas medidas destaca el preámbulo “el estable-

(113) URÍA-MENÉNDEZ-PÉREZ DE LA CRUZ, pp. 723 y ss.

cimiento de un interés de demora más adecuado a la situación del momento en que se produzca el impago”.

Quizá convenga hacer dos observaciones:

La primera de ellas es que la fijación de un tipo de interés viene también especificado en la Ley Uniforme de 1930, cuyo artículo 48, paralelo a nuestro artículo 58 LCyCH, establece como tal el 6 por 100 a partir del vencimiento.

La segunda es que nuestro legislador prefirió huir de un tipo fijo y entendió mejor remitirse a un interés que cambiara en el tiempo y se pudiera acoplar a las circunstancias; igualmente consideró que un marginal de dos puntos podía ser adecuado.

Como es habitual, las leyes tienen su encaje histórico y puede ser de interés recordar la situación normativa al momento de la LCyCH. En este sentido debe extraerse de la memoria la anterior redacción del artículo 1.108 CC: el interés legal, mientras no se fije otro por el Gobierno, es del 6 por 100 anual, que posteriormente quedó en el 4 por 100.

Lógicamente, en una época donde los tipos de interés de España superaban con holgura el doble de ese tipo, era “rentable” no pagar al vencimiento y abonar tales intereses. Por ello, por la Ley 24/1984, de 29 de junio, se considera que el interés legal se determinará por referencia al tipo básico del Banco de España, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado estableciera uno diferente. Dicha Ley de 1984 se modifica por la Ley 13/1994, de 1 de junio, para fijar que el interés legal se determina en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Como complemento cabe decir que la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos para 1985, fijó el interés legal en el 11 por 100 y que la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos para 1986, lo fijó en el 10,50 por 100; la favorable evolución de los tipos ha repercutido de modo que en la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos para 2006, se fija como tal el 4 por 100.

Destaquemos, como pura referencia cronológica, que la Ley que modifica el sistema para adecuarlo a la situación económica es de 1984 y la LCyCH es de 1985.

Obviamente, la vida natural de la letra termina con el habitual pago de la misma.

Una de las características de la letra es que el pago puede ser el normal por parte del librado, o bien extraordinario, vía de regreso, de cualquiera de los anteriores firmantes de la letra (sin perjuicio de otros elementos, como el aval, intervención, etc.).

Pues bien, en caso de impago, si el tenedor tiene que acudir a la vía

judicial, se le abren dos tipos de acciones: cambiarias y causales (114). Estas últimas se llaman así por derivar de la relación jurídica subyacente; las específicas son las primeras, las cambiarias (115), que pueden ser de dos clases (art. 49 LCyCH), la directa, contra el aceptante o sus avalistas, o de regreso, contra cualquier otro obligado cambiario. “La diferencia reside en que en la primera se pretende el pago de la letra, sus créditos y gastos originados por la falta de pago de quien se hallaba directamente llamado a su realización y sus avalistas; es, por tanto, acción dirigida contra el *deudor* o sus avalistas. En la de regreso, en cambio, se dirige contra quienes, por ministerio legal, son *responsables* del buen fin de la letra; librador, endosantes ordinarios y avalistas de aquél y de éstos. A la diferencia de naturaleza y destinatarios únense la de requisitos y plazo para su ejercicio” (116).

El alcance de la acción cambiaria, por razón de los intereses, se concreta en los artículos 58 y 59 LCyCH, esto es, el legal del dinero aumentado en dos puntos (117).

(114) Seguimos en este punto a PÉREZ DE LA CRUZ, de máxima claridad expositiva, *Lecciones...*, pp. 816 y ss.; más extensamente en URÍA-MENÉNDEZ-PÉREZ DE LA CRUZ, pp. 812 y ss. Debemos recordar que la acción causal, con la entrega de la letra, queda latente, en suspenso conforme determina el artículo 1.170 CC. Conforme a éste debe entenderse que la entrega de la letra se hace *solvendi causa*, pero, además, con presunción de *pro solvendo* (como medio de pago y salvo buen fin) y no *pro soluto* (en lugar del pago); ello significa que, de ordinario, la entrega de la letra no extingue la obligación causal, sino que se entrega como medio para obtener el dinero con el que extinguir la deuda originaria (*vid.* sobre el artículo 1.170 PAZ-ARES, C.: “Comentario...”, pp. 200 y ss., esp. 221 y ss.; CUNAT EDO, pp. 89 y ss.).

El artículo 1.170 CC plantea dificultades interpretativas, pues, como señala el profesor PAZ-ARES, “resulta sorprendente que el legislador decreta el perecimiento de la acción causal como consecuencia de un evento extintivo no satisfactorio de la acción cambiaria” (“Comentario...”, p. 225); este autor considera que la redacción del artículo 1.170-2 “está formulada con tal generalidad o simplicidad que necesariamente desemboca en conclusiones incongruentes” (“Naturaleza...”, p. 241) y que sólo hay una razón que pueda proporcionar una cabal explicación de la norma: necesidad de proteger al deudor *ex causa* contra el empeoramiento de su posición. Gráficamente imagina el supuesto de que *Quintus* ha dejado perjudicar la letra; en tal caso se extingue su crédito causal contra *Quartus* y la sanción está justificada porque, si *Quintus* pudiera ejercitar la acción *ex causa* contra *Quartus*, éste sufriría un daño notable, puesto que tendría que pagar el importe del crédito y a cambio recibiría una *letra privada de valor*; siguiendo su discurso, PAZ-ARES dice que en el caso de que el tomador se dirija con la acción causal contra el librador en tal caso el deudor *ex causa* no sufre ningún daño por someterse a la acción causal, ya que recibe una letra que, “aunque objetivamente se halla perjudicada, le sirve lo mismo que una letra no perjudicada: para dirigirse contra el aceptante (pues la acción directa no se perjudica). El hecho de que no le sirva para ejercitar las acciones de regreso le es indiferente, pues siendo él el último obligado de regreso carece de sujetos pasivos contra los que utilizarla” (*vid.* “Comentario...”, pp. 224 y ss.; más extensamente en “Naturaleza...”, pp. 240 y ss.).

(115) Si se pierde la causal y la cambiaria cabría plantear la acción de enriquecimiento injusto (cfr. art. 65 LCyCH).

(116) PÉREZ DE LA CRUZ: *Lecciones...*, p. 819.

(117) El párrafo 2 del artículo 49 LCyCH se modificó por la disposición final de la LEC con una redacción desafortunada, quizá por la técnica de sustituir una expresión por otra, en

Este teórico límite tiene el contrapeso de un "rigor cambiario" desde la perspectiva del demandado; como señala PÉREZ DE LA CRUZ, "la legislación cambiaria se ha caracterizado siempre por limitar los motivos de la válida oposición"; parece como si el legislador propugnara el pago puntual de la letra y, una vez su importe en poder del tenedor legítimo, será el momento de discutir; "trátase, en el fondo, de una de las múltiples aplicaciones del viejo aforismo *solve et repete*", lo que se traduce, en definitiva, en que en materia cambiaria están tasadas las excepciones oponibles; no hay ausencia total de defensa para el demandado, pero sí limitación en cuanto a las excepciones (118).

El contenido de la reclamación queda predeterminado (arts. 58 y 59 LCyCH) y frente a él se debe pagar al tenedor reclamante, incluso aunque la letra estuviera ya pagada, si éste ha adquirido la cambial por cauce cambiario y de buena fe.

En este marco de acciones debe incardinarse, si media una hipoteca en garantía de la letra, la acción hipotecaria. Al igual que la acción causal y las cambiarias tienen distinta naturaleza y requisitos, también la hipotecaria presenta matices diferenciadores, pero la acción es la escenificación procesal de un derecho sustantivo, de ahí que podamos entender que la acción causal ejercita la relación jurídica subyacente, y las cambiarias, los dimanantes de las distintas relaciones cambiarias.

¿Y la acción hipotecaria? Habitualmente se entendía que en la hipoteca, al garantizar una relación cambiaria, se actuaba tal relación.

Como señala ROCA GUILLAMÓN, si la acción cambiaria, tanto en vía ejecutiva como por juicio ordinario, no prospera por acogimiento de alguna excepción personal o de las previstas en el artículo 67 LCyCH, "habrá quedado patente la definitiva inexigibilidad del crédito cambiario y extinguido, por tanto, el objeto de la hipoteca, por lo que ésta quedará vacía

lugar de redactar de nuevo el apartado. La antigua redacción decía que "a falta de pago, el tenedor, ... tendrá... la acción derivada de la letra de cambio para reclamar sin necesidad de protesto, tanto en la vía ordinaria como en la ejecutiva...". Con la nueva redacción se sustituye la expresión "como en la ejecutiva" por "a través del proceso especial cambiario", quedando, en consecuencia, la redacción del siguiente tenor: "... tendrá la acción directa para reclamar... tanto en la vía ordinaria a través del proceso especial cambiario...". Como ha puesto de relieve BAENA RUIZ, o sobra la palabra "tanto" (para reclamar en la vía ordinaria a través del proceso especial cambiario) o falta la palabra "como" (para reclamar tanto en la vía ordinaria como a través del proceso especial cambiario). Este autor se inclina por la primera tesis, aunque considera admisibles ambas teorías y, por tanto, que un Tribunal pudiera aceptar el ejercicio de la acción cambiaria a través del proceso declarativo, aunque esta vía haya perdido interés después de la LCyCH (p. 1651); PAZ RUBIO admite ambas vías, pp. 1294-1295; igualmente BANACLOCHE, p. 1378. GUASCH recoge diversas tesis por cuanto la redacción del artículo 49 LCyCH "es lo suficientemente calamitosa" como para albergar varias teorías, pp. 30 y ss.

(118) PÉREZ DE LA CRUZ: *Lecciones...*, pp. 820-821.

de contenido –salvo que se hubiera pactado expresamente la extensión de la garantía a la relación causal subyacente–” (119).

De seguir la tesis de la DG, de garantizar una obligación cambiaria y otra extracambiaria, la acción hipotecaria podrá hacer efectivas ambas obligaciones si el reclamante es titular de ambas, pero, a nuestro juicio, salvo que demos un salto en el vacío, si media endoso, éste es un cauce específico de Derecho cambiario que no alcanza a obligaciones extracambiarias; para ello se deberían utilizar los ordinarios vehículos de transmisión de Derecho privado.

Finalmente hay que hacer alguna referencia a una figura básica en Derecho cambiario y que, como hemos visto, su alumbramiento fue esencial en la evolución de la letra hasta el punto de calificarse su invención como “el acontecimiento más importante en la historia de la letra” (120). Nos estamos refiriendo al endoso.

A través del mismo, la letra se convierte en un título dotado de un valor añadido, que es su posibilidad de circular, legitimando al adquirente por endoso para reclamar el importe de la letra. Ello no quiere decir que sea el único mecanismo traslativo, pero sí que es el propio de Derecho cambiario.

La doctrina (121) señala que, junto a este sistema especial, coexiste otro regido por reglas o principios del Derecho privado general (circulación en sentido impropio) o, incluso, con independencia de cualquier negocio jurídico traslativo, por decisión de la propia Ley (transmisión *ope legis*). Dejando a un lado este último, nos interesan aquellos dos.

Sin entrar en detalle en la figura del endoso y tomando como referencia el endoso pleno, éste se nos aparece como una declaración cambiaria difícilmente encuadrable dentro de las categorías del Derecho civil y sí como instrumento jurídico de circulación de la letra de cambio (122), y que puede calificarse como “una declaración puesta en la letra, por la que el tenedor (endosante) designa a otra persona (endosatario) para ejercitar el derecho incorporado al título, mandando que se pague a ella misma o a su orden” (123).

Solamente queremos hacer referencia a cuatro aspectos normativos.

El primero, que es atributo natural, no esencial, de la letra de cambio; se produce una modificación respecto del CCom, pues su artículo 466 determinaba que no podían endosarse las letras no expedidas a la orden; en

(119) ROCA GUILLAMÓN: p. 349.

(120) GARRIGUES: *Tratado...*, p. 340; RUBIO: pp. 101 y ss.

(121) URÍA-MENÉNDEZ-PÉREZ DE LA CRUZ: pp. 767 y ss.

(122) VERGEZ: p. 455.

(123) URÍA-MENÉNDEZ-PÉREZ DE LA CRUZ: p. 768.

la actualidad, aun no expresamente librada a la orden, es endosable, aunque se puede excluir escribiendo “no a la orden”.

En segundo término, queremos resaltar que queda claro que el contenido de los derechos transmitidos son “los resultantes de la letra de cambio”. Con la redacción anterior del CCom podía caber la duda de si se produce una transmisión de los derechos o posición jurídica de una persona al indicar su artículo 461 que el endoso transfiere “la propiedad de la letra”; el vigente artículo 17 LCyCH ciñe a los derechos resultantes de la letra el endoso, de modo que se configura “al endosatario como persona legitimada para el ejercicio de los derechos cambiarios” (124); en el endoso “a la transmisión que se actúa se le concede un carácter totalmente objetivado; no se transmiten los derechos por referencia a una posición jurídica concreta, la transmisión se conecta directamente con el documento, letra de cambio” (125).

Parece que a la luz de esta norma queda claro que el endosatario no recibe más derechos que los cambiarios y por tanto no adquiere derechos derivados de la relación causal, pero igualmente, dada la literalidad de la letra, tampoco se le puede oponer excepciones derivadas de dicha relación causal, a salvo mala fe. En este sentido, el artículo 20 LCyCH es claro: “El demandado por una acción cambiaria no podrá oponer al tenedor excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores anteriores, a no ser que el tenedor, al adquirir la letra, haya procedido a sabiendas en perjuicio del deudor” (cfr. art. 67 LCyCH).

En tercer lugar, a través del endoso se objetiva el derecho del endosatario en orden a la exigibilidad del crédito cambiario y se abstrae de la relación causal, de ahí que el artículo 20 LCyCH le inmuniza de excepciones de carácter personal. PÉREZ DE LA CRUZ señala que “el endosatario adquiere los derechos incorporados al título con el alcance y extensión que figuran en él, con independencia de eventuales limitaciones o modificaciones de que pudieran adolecer en poder del endosante. Las tradicionales normas de la cesión de créditos, según las cuales nadie puede transmitir más ni algo distinto de lo que tiene, hacen crisis en caso de endoso” (126), es decir, añadimos nosotros, el contenido cedido se objetiva de pactos extracambiariorios.

Finalmente, frente a este mecanismo especial de circulación tenemos la cesión ordinaria. Aquí sí cabe la aplicación de las tradicionales categorías de Derecho civil. La LCyCH es explícita en este sentido, en cuyo artículo 24 determina que la cesión ordinaria de la letra transmitirá al ce-

(124) VERGEZ: pp. 452 y ss.

(125) Ídem: pp. 452-453.

(126) PÉREZ DE LA CRUZ: p. 809.

sionario “todos los derechos del cedente”. Compárese esta terminología, “todos los derechos del cedente”, con la del artículo 17, “los derechos resultantes de la letra” (127).

Esa dualidad de supuestos de cesión, por endoso y ordinaria, son analizados por CASAL, con la consecuencia registral de aplicar el artículo 150 LH o los artículos 149 y 151 LH, respectivamente (128).

A la vista de las consideraciones precedentes, podemos realizar algunas conclusiones de especial interés para nuestro estudio, sin perjuicio de las matizaciones procedentes derivadas de la simplicidad de ellas.

Parece que podemos decir que estamos ante un título-valor que documenta una obligación de preponderante naturaleza abstracta y que está sometida a un régimen especial y con cierto rigor para hacerla inmune a excepciones ajenas a su tenor, especialmente cuando circula la misma, lo que se logra mediante un mecanismo específico llamado endoso.

Precisamente, esta especial ley circulatoria determina la necesidad de alguna norma especial, como el artículo 150 LH. SAPENA dice que, “al relacionar el título-valor con la hipoteca, se deduce que, dada la facilidad con que el mismo se transmite, no puede ser garantizado por una hipoteca normal” (129).

VII. Resolución de 1 de junio de 2006

En ella se contienen una serie de manifestaciones que resultan de notorio interés.

A) Obligación cambiaria y extracambiaria.

La Resolución comienza indicando que el significado del artículo 58 LCyCH es definir en caso de impago la extensión de la obligación cambiaria, pero, sigue diciendo, “es evidente” que el librado-aceptante se puede comprometer a abonar un interés de demora superior que no tiene carácter cambiario; “no deriva directamente de la propia letra, sino del negocio que motiva su emisión, el cual servirá de fundamento o causa jurídica de su exigibilidad”.

Difícilmente no se puede estar de acuerdo con esta proposición: la obligación cambiaria genera un interés de demora limitado, pero la obligación causal puede aumentarlo.

(127) VERGEZ: pp. 500 y ss.

(128) CASAL: p. 935.

(129) SAPENA: p. 248.

Sin embargo, alguna duda genera la proposición siguiente de la Resolución que, no obstante, la califica de consecuencia de lo dicho: “nada se opone a la posibilidad de extender la cobertura de la hipoteca que se constituye a esta obligación extracambiaria de abonar interés de demora más allá del límite del artículo 58 de la LCyCH”. Literalmente entendido significa que la cobertura hipotecaria de la obligación cambiaria puede extenderse a los eventuales intereses de demora de la relación causal; sin que se califique de erróneo, sí creemos que exige un estudio más detallado que el de la Resolución.

La Resolución entiende que, aunque la hipoteca garantiza el pago de la letra de cambio, no hay “total dependencia entre una y otra”; aunque, por su carácter accesorio, el régimen de la hipoteca esté condicionado por el régimen del crédito cambiario, esa accesoriedad “no puede llevarse al extremo de impedir que la hipoteca como garantía extracambiaria... sea objeto de una configuración jurídica ajena al rigor cambiario”, como lo prueba, según la DG, la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado; a juicio de la DG, “la hipoteca cambiaria nace al margen de la letra de cambio, aunque en consideración a ésta y con vida que sólo en determinados aspectos discurre «*pari passu*» respecto de la letra”. Sin duda podría haberse utilizado otra expresión diferente a la de «*pari passu*», que, además, tiene un especial significado en el mundo financiero (130), pero lo que se puede deducir es que la hipoteca cambiaria puede garantizar un crédito cambiario y otro extracambiario y que puede tener una regulación ajena al rigor cambiario. Como venimos diciendo, cabe admitir que una hipoteca garantice ambas obligaciones, más dudas tenemos que las peculiaridades del crédito cambiario no contagien a la hipoteca con ciertas características, especialmente en el mundo *inter tertios*. Sigue diciendo la DG que “la especialidad que caracteriza a la hipoteca cambiaria es que la determinación del acreedor hipotecario (tenedor de la letra de cambio) tiene lugar extrarregistralmente”; así, continúa la Resolución, el “tenedor legítimo, según la cadena de endosos, está legitimado para promover tanto la acción cambiaria como la hipotecaria” (131). Que puede ejercitar acción cambiaria no hay duda; la cuestión está en el ejercicio de la acción hipotecaria para hacer efectiva una obligación extracambiaria (para la obligación cambiaria tampoco hay duda).

(130) MANZANARES: pp. 1 y ss.

(131) Curiosamente, un concepto tan esencial como el endoso sólo es utilizado en este apartado y hay que reconocer que nada puede decirse en contra de esta frase. Lo discutible, a nuestro juicio, es que el endosatario, cesionario de los derechos cambiarios, pueda actuar derechos extracambiaros.

Uno de los puntos donde cabe la discusión es en orden a la tipificación de hipotecas. Es habitual en el mundo jurídico reconducir los supuestos a determinados tipos legales, por cuanto, es obvio, el intérprete, entendido en sentido amplio, se muestra más reconfortado cuando el discurso va encauzado dentro de las riberas del tipo legal conocido; en muchos casos, ante un desbordamiento de ese discurso, se recurre a la configuración o alumbramiento de un tipo especial.

Del mismo modo ocurre con la denominada hipoteca cambiaria. El desajuste en algún extremo con el modelo tipo de hipoteca determina que se la califique de especial o, como sucedió en alguna época histórica, se expulse del ordenamiento jurídico.

Entendemos que es importante que exista acuerdo en lo que se entiende por la figura que se trata, y en este sentido nos parece que, efectivamente, la característica de la hipoteca en garantía de letras de cambio es que, a diferencia del arquetipo hipotecario ordinario, no está determinado el titular del crédito hipotecario que puede reclamar el pago. El tracto de la titularidad del crédito tiene lugar extramuros del Registro de la Propiedad.

Esta especialidad, lógicamente, encadena alguna particularidad, y así quien ejecute la acción cambiaria deberá ser el primer tenedor de la letra o venir legitimado por la cadena de endosos, de modo que el último tenedor se legitima *per saltum*, por tal cadena de endosos extrarregistral, con el inicial tenedor, titular inicial del crédito hipotecario. Lógicamente, cabe también la cesión ordinaria, pero es un supuesto excepcional.

Probablemente pueda verse otra consecuencia de esa especialidad y radica en el habitual procedimiento cancelatorio: inutilización de la letra. No basta con que el acreedor otorgue carta de pago, sino que es preciso, en lo esencial, cortar un futuro endoso; de ahí que habitualmente la escritura de cancelación se otorgue por el propio deudor inutilizando la cambial para impedir la circulación extrarregistral de la misma; es más, con frecuencia, en la práctica notarial se rubrica el documento como acta en lugar de escritura, queriendo destacar que lo fundamental es “el hecho de la inutilización” (132).

(132) El mecanismo tradicional cancelatorio en la hipoteca cambiaria es la comparecencia del deudor ante un notario, el cual autoriza una escritura o acta en la que como circunstancia esencial se refleja que la letra queda inutilizada; con un margen de error mínimo puede decirse que nunca comparece en el documento público el acreedor (sí es posible que lo haga en la notaría para cobrar). Ese documento público era perfectamente inscribible, pues se acreditaba la extinción del crédito cambiario.

¿Ocurre lo mismo ahora dada la eventual existencia, conforme a la tesis de la DG, de una posible obligación extracambiaria dependiente de la conducta ulterior del obligado? Algún autor ha manifestado que si se hubieren pactado intereses de demora debe acreditarse que no

Esta es la especialidad y a ella se refiere el artículo 150 LH: "Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro".

No parece pueda discutirse acerca de esta especialidad, como pone de relieve la propia Resolución que comentamos: la determinación habitual del acreedor hipotecario tiene lugar extrarregistralmente por el endoso.

Tampoco cabe amplia discusión acerca de la importancia de esta figura en el desarrollo de la letra de cambio, de modo que, como apuntamos antes, puede decirse que, con el alumbramiento del endoso, la letra de cambio adquiere una nueva y relevante dimensión.

En líneas precedentes hicimos una breve referencia al endoso. Si lo allí expuesto es cierto, como parece, deberíamos entender que el endosatario podrá reclamar los derechos derivados de la letra de cambio y, por ende, un interés de demora equivalente al legal incrementado en dos puntos, pero no el superior, que "es evidente", dice la propia Resolución, nace del negocio que motiva su emisión (párr. 3, punto 2, FD).

Antes de proseguir en el razonamiento de la Resolución hay una expresión, recogida antes, que nos sugiere alguna observación: "el tenedor legítimo, según la cadena de endosos, está legitimado para promover tanto la acción cambiaria como la hipotecaria".

Con la cautela que supone entrar a hurtadillas en terreno ajeno al habitual ámbito de ejercicio profesional hay algo que no queda claro. No tenemos reparo en ese reconocimiento y, caso de desliz, mejores plumas pueden reconducirnos a la ortodoxia.

Si no lo entendemos mal, parece querer decir que el titular final legitimado por endoso puede ejercitar la acción cambiaria; ello supone que

se han devengado y que la única seguridad es la exigencia del consentimiento formal del titular registral (CASAL: p. 938).

Creemos que introducir tal exigencia podría plantear un grave problema práctico, dada la poca transparencia que anida en este campo, como veremos, y podemos encontrarnos con deudores que han pagado la letra, pero no localicen o no encuentren colaboración en el endosatario último (generalmente el endoso es en blanco) y tuvieran que recurrir a "artificios".

Creemos que quizá tengamos que invocar el artículo 1.110 CC, en cuya virtud "el recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos". De otra parte, el artículo 1.173 CC nos indica que, si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses. Parece que podemos deducir que la entrega de la letra al deudor sin ninguna advertencia constituye buena prueba de que se ha recibido su importe y que el acreedor da por extinguido su crédito por todos los conceptos, incluidos los intereses, sean remuneratorios sean de demora (*vid.* sobre el art. 1.110, GARCÍA AMIGO; R. BERCOVITZ; TORRALBA SORIANO: pp. 1.510 y ss.).

tendríamos que hacer un estudio del mecanismo de las acciones cambiarias, distinguiendo entre la directa o de regreso que antes veíamos. Sin embargo, para evitar una excesiva dispersión, vamos a centrarnos en el supuesto típico, en nuestro planteamiento, de ejercicio de la cambiaria contra el aceptante de la letra y, en este sentido, estaríamos ante la acción cambiaria directa contra el aceptante en cuyo ámbito el tenedor, “tanto en la vía ordinaria [como] en la ejecutiva” (133), podrá reclamar el interés legal incrementado en dos puntos. Así expresamente se pronuncia el artículo 49 LCyCH (134).

Siguiendo con el discurso trazado, la Resolución omite la referencia a la acción causal, lo que resulta lógico si atendemos que la hipoteca contemplada por ella es la de un tenedor-endosatario.

Pero, junto a la acción cambiaria, la Resolución contempla la hipótesis de la acción hipotecaria y parece dar a entender que ésta es diferente en cuanto a su contenido garantizado. Es decir, el endosatario, a quien, como queda dicho, se le han transmitido los derechos resultantes de la letra, puede ejercitar la acción cambiaria con el ámbito del citado artículo 49 LCyCH (interés legal más dos puntos) o la acción hipotecaria, que tendría la virtud taumatúrgica de garantizar los intereses de demora por encima de ese límite. Es decir, un crédito cambiario, según qué acción, tendría mayor o menor extensión. Dicho resultado nos parece dudoso; cuestión distinta sería el crédito causal.

B) Hipoteca en garantía de varias obligaciones.

Obviamente, lo dicho es difícil de asimilar; por ello la Resolución se ocupa en los párrafos siguientes de arropar bajo el manto hipotecario a la obligación cambiaria y a la otra, a la del pago de intereses de demora, que no tiene más remedio que calificar de extracambiaria.

De ahí que la Resolución diga que esa estudiada característica de la hipoteca, en garantía de letra de cambio de determinación del acreedor hipotecario por medio del endoso, no impide que pueda garantizar además de la obligación cartular otras extracambiarías, siempre que –como acontece con la de pagar intereses de demora superiores al referido límite legal– éstas mantengan la debida conexión con la relación cambiaria. Es decir, estamos ante una hipoteca que garantiza una obligación cambiaria y otra extracambiaria.

(133) El término “como” no existe en tal redacción planteando, como hemos visto, un cierto problema interpretativo.

(134) Al mismo resultado se llegaría en caso de acción cambiaria de regreso (*vid.* URIAMENÉNDEZ-PÉREZ DE LA CRUZ: t. II, pp. 812 y ss.).

Como ha sido tradicional entender que a una obligación le corresponde una hipoteca, y viceversa, la DG tiene que destruir esa máxima y lo hace reiterando lo ya dicho en otras Resoluciones (cfr. Res. de 31 de octubre de 1978 ó 18 de octubre de 1979): la máxima de que una única hipoteca no puede garantizar obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico “no puede mantenerse como principio axiomático y absoluto”.

Sin considerar errónea tal tesis, y de hecho, incluso, nos parece que el tráfico vería con buenos ojos alguna modalidad de lo que se conoce como hipoteca flotante, sí creemos que si se trata de argumentar en contra de una, así calificada, máxima y en una Resolución que pretende “zanjar definitivamente la cuestión” debería tener una mayor carga discursiva que limitarse a decir que sobre la literalidad de los artículos 1.876 CC y 104 LH debe prevalecer el criterio lógico, sistemático y finalista que resulta de otros preceptos, como el artículo 1.861 CC o 154 y 155 LH y atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico. Recordemos que el singular o plural de aquellos artículos para defender una u otra tesis se califica incluso de pueril o bizantino por algún autor (135).

Ciertamente, creemos que cuando el artículo 1.861 CC (y su reflejo en el art. 105 LH) alude a que la hipoteca puede asegurar “toda clase de obligaciones” no está pensando en una hipoteca en garantía de varias obligaciones, sino en que es indiferente la naturaleza de la obligación, de ahí que a continuación mencione varios tipos de ellas. De otra parte, mencionar los artículos 154 y 155 LH es entrar en un terreno abonado a la discrepancia, pues parece que la DG contempla esa hipótesis de los artículos 154 y 155 LH en garantía de varias obligaciones cuando no es ajeno a esa modalidad su consideración de hipoteca en garantía de un crédito, aunque éste se documente en varios títulos (136).

Decíamos que ha sido tradicional la tesis impugnada por el Centro Directivo e incluso apuntábamos que quizá se eche en falta una mayor motivación. Con absoluto respeto a la fuerza discursiva que se quiera dar a la argumentación, no puede olvidarse que se trata de una tesis tradicio-

(135) El argumento de singular o plural en los artículos 1.876 CC y 104 LH o 1.861 CC y 105 LH y su empleo en uno u otro sentido es calificado de pueril por CARRETERO (p. 1180); este mismo autor señala, citando la doctrina italiana, que “es cierto que la hipoteca puede ser extendida al débito cambiario y a la relación subyacente; pero esto ha de resultar de modo claro en la inscripción y no cabe hablar aquí de una cuestión de interpretación” (p. 1174); TOMILLO no estima de recibo el juego “bizantino” de la morfología gramatical de los artículos 1.861 y 1.876 CC en cuanto al uso del singular o del plural (p. 180).

(136) Vid. MERINO: esp. pp. 86 y 87. El propio Díez-PICAZO, en el prólogo de esta obra de MERINO, considera que uno de los fundamentales problemas en este tipo de hipoteca es “si existe una pluralidad de derechos de créditos” “o si, por el contrario, nos encontramos en presencia de un crédito único”.

nal que, además, ha sido seguida en varias ocasiones por la propia DG. Recordemos que la citada Resolución de 18 de diciembre de 1996 da pie a que una hipoteca no pueda garantizar una pluralidad de letras; la Resolución de 28 de julio de 1998 (Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento), ante una hipoteca en garantía del reconocimiento de un total de quince deudas, dice que “cuestión más delicada [es] la posibilidad de garantizar con una sola hipoteca una pluralidad de obligaciones” y considera que “la específica naturaleza de la hipoteca como derecho real accesorio de garantía de una concreta obligación (cfr. arts. 1.857-1.^a del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria) implica que la garantía de varias obligaciones tan sólo quepa a través de otros tantos derechos de hipoteca, uno para cada obligación”.

Parece razonable, para cumplir con los principios constitucionales declarados reiteradamente por el Tribunal Constitucional (TC), que cuando media cambio de criterio se justifique con una razonable interpretación de la norma (137); de otra parte, ello parece una exigencia del proclamado principio de predictibilidad reiteradamente manifestado por la DG (138).

Por ello, la nota calificadora, recogida muy extensamente en la Resolución (con alguna leve omisión y el error de citar en el punto 4.º la Res. de 23 octubre de 1951 cuando el original ponía “23 octubre 1981”), como procede, contenía un primer párrafo introductorio ante tal cambio de criterio, por lo que se anunciaba que el defecto exigía una “valoración más extensa” y que “el interesado debe conocer el nuevo criterio de la misma [doctrina de la DGRN] respecto de la hipoteca cambiaria y es preciso que el mismo esté convenientemente motivado”. El esfuerzo discursivo quedó plasmado, estuviera o no acertado. De cualquier modo, en la nota no se imputaba ese defecto y, por si hubiera alguna duda, en el informe de remisión del recurso, se decía expresa y literalmente: “este Registrador entiende que no cree imposible una sola hipoteca”, en lugar de las dos patrocinadas por la propia DG, aunque se plantearan algunas dudas de índole procesal.

Ciertamente, esa máxima de una hipoteca-una obligación ha sido tradicional en nuestra doctrina, aunque también ha sido objeto de discusión y partiendo de esa “regla de oro” algún autor ha cuestionado la no admisibilidad de una pluralidad de obligaciones, aunque, en algún caso, reconduciendo la hipótesis a una cuenta de crédito o una novación mediante un reconocimiento de deuda (139). Por otro lado, no han dejado de plan-

(137) Vid., entre otros, Auto TC número 238/1986, de 12 de marzo, RTC 238 de 1986.

(138) Por todas, Resolución de 26 de septiembre de 2005.

(139) Vid. ÁVILA, pp. 64-65; VERDERA: “Pluralidad de créditos...”, pp. 498 y ss., mismo autor *La hipoteca...*, pp. 15 y ss.; CORDERO LOBATO: *La hipoteca...*, esp. 119 y ss.; de adagio tra-

tearse cuestiones en el supuesto de cesión, de ejecución o de extinción (y eventual cancelación parcial) de alguna de las obligaciones garantizadas.

Parece claro, pues, que la objeción a la inscripción no venía del derrumbe de tal regla general.

C) La hipoteca cambiaria y el tráfico jurídico.

Otro argumento son las necesidades del tráfico jurídico que expresamente son alegadas por la Resolución; quizá quepa cuestionar la conveniencia de esa invocación en el marco de la hipoteca cambiaria y en el concreto punto debatido.

Es obvio que el tráfico jurídico o, por decirlo de otro modo, los fines que se nos presentan como convenientes o loables, deben ser objeto de consideración en la interpretación de las normas (140); en este campo no hay duda de la importancia de la labor de notarios y registradores. Del mismo modo, también creemos que las construcciones formales no deben amparar relaciones que son ajenas al normal discurrir de las mismas.

No hay duda alguna que ha habido y hay hipotecas cambiarias que responden al deseo de una mayor garantía dentro de un proceso de absoluta normalidad y transparencia. Pero, si no queremos negar la realidad (los hechos son tozudos), también hay que reconocer que las hipotecas cambiarias presentan ciertas sombras de falta de transparencia; es más, no creemos incurrir en temeridad si afirmamos que son la mayoría al día de hoy; es más, ni siquiera creemos incurrir en tal temeridad si elevamos el grado a la inmensa mayoría.

No se trata de proyectar ningún velo recriminatorio sobre la función notarial y, menos aún, en la registral; éstas tienen limitadas sus facultades de revisión y, desde luego, escapan de ellas el control acerca de la autorización o no y de la inscripción o no. Otras esferas de la Administración, sin olvidar la de Justicia, sí tienen la debida competencia. Especialmente esta última tiene la suficiente capacidad para levantar el formalismo de la operación (a modo del conocido levantamiento del velo en materia societaria) y averiguar el fondo de la operación en el que nos podríamos encontrar con lo que sigue:

— Frecuentemente se alude como causa del libramiento de la letra la existencia de relaciones comerciales o económicas entre el primer tenedor

dicional —una hipoteca, una sola obligación garantizada— lo califica ARJONA: p. 81; GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO: "Algunos problemas...", pp. 200 y ss.; NAVARRO VIÑUALES: "El derecho real...", pp. 1924 y ss.

(140) *Vid.* el discurso de STAMPA acerca de cómo explicar que no puede autorizar una hipoteca cambiaria a pesar de no haber ninguna razón de peso en contra (pp. 1135 y ss.).

y el librado (141). Cuando tal reconocimiento “comercial” es de un matrimonio ya resulta dudoso que ambos cónyuges sean comerciantes y, en todo caso, nos podemos encontrar que esas relaciones comerciales o económicas no son más que una previa visita a un intermediario atraído a veces por algún anuncio: préstamos sin importar morosidad, RAI o ASNEF (en la prensa y hemerotecas pueden verse todos los días tales anuncios y ya resulta sorprendente que a un prestamista no le importe la solvencia del deudor). Tras esa visita toda la relación comercial o económica es la entrega del dinero en el estudio notarial.

Obviamente, cuando no media tal sospechoso escenario, mediará alguna factura, alguna entrega de mercadería, etc.; en definitiva, la contraprestación anterior.

— Cuando el esquema es el indicado, de préstamo de dinero y libramiento de letra, difícilmente nos encontraremos con la entrega de un cheque nominativo por el importe total de préstamo; habitualmente hay partidas que ingresan en el sumidero de la oscuridad. Obviamente, en un mundo donde el metálico es infrecuente y se utiliza el de plástico y los cheques, nada mejor para la claridad que utilizar éstos.

Resulta de interés recordar lo que dice el notario PAZ-ARES en el sentido de que la prueba de la entrega del dinero corresponde al prestamista y de ahí la importancia de que haya reflejo documental de la misma o la confesión del prestatario. No obstante, dice, los Tribunales son muy rigurosos a la hora de que se acredite la cumplimentación de este requisito y frecuentemente destacan la importancia del llamado “rastros documentales”, de ahí que “la ausencia de justificación de movimientos contables, sobre todo tratándose de sumas importantes, unidas a otros indicios y a la negación por parte del demandado, pueden llegar a desvirtuar en muchas ocasiones... las confesiones documentales de haber recibido el capital prestado” (142). Cita, además, al también notario ÁLVAREZ-SALA de vivir en un mundo desmetalizado. Efectivamente, ÁLVAREZ-SALA, que ha dedicado, desde hace años, esfuerzos en materia de blanqueo, señala que “en una sociedad desmetalizada como la nuestra (*cashless society*), «*cash is dishonest*»... los pagos legítimos han de ser, necesariamente, movimientos contables” (143). Pues bien, frente a estas consideraciones está la percepción fáctica de ser excepción el encontrar una hipoteca cambiaria donde haya entrega de un cheque nominativo por el total importe; hay reconocimientos de deuda, reconocimientos de previas entregas de metálico, entregas

(141) De “relaciones económicas” se expresaba el origen de la deuda en las Resoluciones de 1 de junio y 26 de septiembre de 2006.

(142) PAZ-ARES, Ignacio: pp. 997-998.

(143) ÁLVAREZ-SALA: pp. 7-8.

de metálico en presencia notarial, pero que después de la firma y a espaldas del notario son “mordidas”, parte en cheque y parte en metálico “que se evapora”, etc.

— Además es muy habitual que el tenedor no resulte ser el verdadero acreedor; éste es, en muchas ocasiones, un tercero que “invierte” el dinero mediante un préstamo cuyo nombre no aparece en la escritura y que adquiere el crédito vía endoso y economía ajena al normal circuito fiscal y transparente. Por eso se utiliza este instrumento, pues la hipoteca ordinaria alumbra la oscuridad al precisar de escritura e inscripción la cesión del crédito (art. 149 LH).

— El contrato entre el “inversionista” y el deudor se produce por la intervención de intermediarios, cobrando por la misma una cantidad que se descuenta de la cantidad entregada y de la que no queda rastro.

— Resulta habitual que los primeros tenedores sean las mismas personas o entidades, es decir, “profesionales” de la hipoteca cambiaria. En caso de personas jurídicas, puede sorprendernos que con capitales sociales mínimos o escasos (144) puedan actuar en este mercado, si no se diera la circunstancia de ser meros intermediarios (las personas físicas no tienen su patrimonio reflejado en Registros públicos).

— A veces ocurre algo aún más reprochable. Se dice recibir una cantidad y se recibe menos, no sólo por el descuento de la comisión, sino porque se descuenta una cantidad por intereses, pero lo realmente reprochable es que se expresa en la escritura un tipo inferior al realmente cobrado. Como las letras deben capitalizar el interés, es frecuente se paguen anticipadamente, incurriendo en esa tentación.

— Otro dato que resulta frecuente es que el importe de la deuda es muy por debajo del valor de la finca; el “inversor” “juega” en esa ruleta financiera a dos números con la cantidad entregada; en uno obtiene el premio seguro de una alta remuneración, vía intereses, con la posibilidad de un extra si son de demora; el otro, que no se pueda pagar y poder obtener una provechosa negociación en la adquisición de la finca. Este esquema difiere del habitual circuito del crédito bancario o de Cajas, en el que el objetivo es cobrar y no adjudicarse bienes; de ahí que atiendan con cuidado a la capacidad de pago de los prestatarios y, en caso de duda, pidan fiadores o incluyan a más personas en el préstamo (145).

Si alguien nos pidiera un consejo en esta materia, lo tenemos claro: si es acreedor, que dote a la operación de la máxima transparencia, con cheques nominativos y declarando las cantidades reales de la operación por

(144) Los capitales sociales son magnitudes públicas que son susceptibles de conocer a través del Registro Mercantil.

(145) *Vid.* GÓMEZ-FERRER: pp. 245-246.

todos los conceptos, sean de la cuantía que sean; es más, es preferible el modelo de hipoteca ordinaria con las cantidades y tipos reales, dado que la cambiaria siempre tiene una cierta sospecha fiscal (si no se tiene intención de ceder el crédito, la hipoteca ordinaria resultaría el esquema habitual; en caso de que se tenga previsión de cesión, es obvio que el supuesto se encarece, por lo que la hipoteca cambiaria puede ser adecuada, pero, en todo caso, se aconsejaría que medie cheque nominativo y total transparencia); por contra, si fuera deudor y ha tenido la desgracia de haber caído en uno de “esos agujeros no transparentes”, que los alegue y defienda judicialmente (apuntes bancarios, contabilidad o declaraciones fiscales del acreedor, etc.).

— Tampoco está ajeno a la sospecha que los intereses moratorios en las hipotecas cambiarias sean notablemente superiores a los habituales. Hoy el mercado hipotecario prácticamente no conoce intereses de demora que superen el dos como primer dígito. Sólo de modo excepcional se puede localizar en el mundo bancario y, casi siempre, en préstamos a larga duración (146); frecuentemente se maneja un diferencial de 4 ó 6 puntos de incremento sobre el remuneratorio; de cualquier modo, si el interés de demora en un préstamo hipotecario es alto, lo será independientemente de quién sea el acreedor (147).

Si esas sospechas coinciden con la realidad resultaría que sería lógico encontrarnos con conflictos judiciales donde se denunciara tal situación. Sin embargo, ello no ocurre quizá porque muy frecuentemente en estos casos sospechosos la hipoteca cambiaria se muestra como peaje para de momento cubrir un agujero económico y ganar tiempo para otra solución: refinanciación, venta de la finca, etc.; de ahí que, generalmente, tengan una vida corta. Esa solución de emergencia se consigue porque el habitual circuito bancario no puede dar una respuesta tan inmediata, o ni siquiera la puede dar (falta de nómina, etc.). Es muy frecuente ver en la práctica préstamos otorgados por entidades financieras a favor de una persona y ciertos parientes o amigos; es obvio que dicha entidades pretenden reforzar sus garantías, pero en lugar de comprometerlos con el crédito por la vía de la fianza quedan incorporados como prestatarios, para que de ese modo, al sumar las nóminas, encaje el préstamo en la

(146) Lo contrario ocurre en el mercado de la hipoteca cambiaria: el vencimiento habitual son seis meses o, todo lo más, un año. De ahí que aquí no quepa la “coartada” de una eventual fuerte subida de tipos de interés.

(147) En un examen, al azar, sobre veintisiete bancos, se puede observar lo siguiente para los intereses de demora: en veinte bancos se fija un diferencial sobre el ordinario desde 4 puntos hasta 15 (hasta 10 puntos en dieciocho entidades y dos bancos sobrepasan el diferencial 10); en 7 se fija un tipo fijo de demora, la mayoría entre 15 por 100 y 20 por 100; sólo una entidad sobrepasa el 20 por 100.

“ratio” del Banco o Caja. Ello, lógicamente, puede plantear algún problema de deducción fiscal, cuando no la extrañeza que asuma esa posición de prestatario una persona que no necesite el dinero o una persona jubilada en un préstamo a treinta años; es indiferente, se necesita para sumar la pensión dentro de esa “ratio”.

De cualquier modo, la cuestión, en nuestro caso, estriba en si debemos aceptar ese oscuro peaje para “remediar” situaciones de perentoria necesidad de dinero (sin entrar en la valoración de algunas de esas “necesidades”) o se reconduce por cauces dominados por la transparencia.

Ciertamente, lo expuesto puede ser una invención, pero, sin perjuicio de que la ortodoxia domina algunas hipotecas cambiarias, también es claro que hay muchas de ellas (la inmensa mayoría) bajo una bóveda oscura.

Un jurista que ha estudiado tan profundamente la hipoteca y tan apegado a la práctica diaria como el notario GÓMEZ-FERRER dice que las hipotecas cambiarias están siendo utilizadas para “encubrir préstamos usuarios que, si inicialmente son transparentes gracias precisamente a la legislación hipotecaria que exige la constancia del primer tenedor, desde el punto de vista fiscal se convierten, durante su vida, en opacos, ya que el endoso se realiza en blanco, y sólo de tener que ejecutarse aparece el último titular” (148).

Otro autor, también apegado a la realidad cotidiana, el registrador CANALS, denuncia un “inevitable tufo de turbiedad” en este campo (149).

De otra parte, como decíamos, la prensa diaria muestra anuncios que o hay que calificar a la Banca española de ineficiente o resultan sospechosos: préstamos en “2 horas”, préstamos en “24 horas”, “situaciones difíciles”, “hipotecas sin ingresos”, etc.

Pero, además, en Internet nos podemos encontrar alguien que alerta frente a esas empresas de “dinero fácil” bajo la cobertura de una hipoteca cambiaria y, por si fuera poco, una empresa que anuncia “sus servicios” bajo la hipótesis de una hipoteca cambiaria; en esa dirección informática se puede leer: “La hipoteca cambiaria es una hipoteca que se realiza a particulares, cuyo valor de la vivienda, sea al menos, del doble del capital a prestar”, el tipo es “un 20 por 100 de interés”, y “pueden ser vendidas a terceros inmediatamente”, el origen de la situación es importante para esa empresa y se buscan personas que tienen algún impago “debido a una enfermedad, pérdida de empleo, defunción del cónyuge, etc...” al inversor (esto es, al endosatario) se le garantiza “un rendimiento neto del 14 por 100 anual” y esa empresa “avala solidariamente el pago de intereses”.

Dicho esto, no creemos que sea función de notarios y registradores la

(148) GÓMEZ-FERRER: p. 759.

(149) CANALS: pp. 466 y ss.

de ser cancerberos de esta situación; ni siquiera creemos que, cuando se puede dar una realidad de fraude, la solución sea la prohibición, sino que deber venir de los mecanismos legales (fraude, abuso de derecho, buena fe, etc.) que existen para remediarlo; pero, igualmente, creemos que hay que conocer la realidad social para hacer la interpretación más adecuada a ella, que, además, es lo que ordena el artículo 3 CC.

Esa realidad social, al menos la que conocemos, también nos proporciona algún dato complementario. El cauce de la hipoteca cambiaria para estos préstamos “oscuros” no era habitual o su protagonismo era comparado por otro “tipo hipotecario”, el de la hipoteca en garantía de obligaciones hipotecarias.

Esta hipoteca tenía dos o tres “ventajas”; la primera, que podía quedar en la oscuridad incluso el primer tenedor; en segundo lugar, la transmisión del título era aún más simple, y a veces, se ponían en circulación más ejemplares de los adecuados o se hacía circular la propia matriz (150); finalmente permitía blindarse frente a eventuales acreedores mediante una hipoteca de esta naturaleza que encubría una hipoteca de propietario. De este modo, cuando una persona veía en el horizonte nubarrones que podían provocar una precipitación de acreedores, abría el paraguas de una hipoteca de propietario bajo esta forma (151).

Una situación como esa no podía quedar ajena a la preocupación de juristas tan apegados a la realidad del tráfico jurídico como los notarios y registradores, y a la propia DGRN, que a partir de 1990 cortó esa vía de escape para un eventual fraude.

La Resolución de 5 de noviembre de 1990 (se debatía la inscribibilidad de una hipoteca constituida unilateralmente en garantía de tres obligaciones al portador) entendió que la emisión de obligaciones ordinariamente se anuda a la obtención de un cuantioso préstamo mediante el recurso directo al ahorro público (152) y que sea quien fuere el emiten- te estamos ante una operación en sí mercantil y que, aunque insuficiente- mente regulada, no cabe excluir la legislación especial de protección de los adquirentes en el mercado de valores y de los acreedores; añadía que, de estar ante una propia emisión de obligaciones, debería imponerse la comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y cumplimiento de esa normativa, pero que realmente no se estaba ante un su-

(150) Esto provocó una especial sensibilidad en el notariado y en los registros y, desde la experiencia vivida, conocemos de varias circulares del Consejo General del Notariado y órganos directivos del notariado advirtiendo de la necesidad de tomar especiales precauciones.

(151) La STS de 14 de noviembre de 1991 (RJ 8111) califica el acto de emisión de unas obligaciones, en el caso planteado, de “simple ardid, o artificio para dejar vacuo el acervo patrimonial de...”.

(152) Por ello no es infrecuente en las hipotecas cambiarias hacer una llamada a que no es financiación pública.

puesto típico de emisión unitaria de una serie de obligaciones; finalmente, concluía que su admisión violentaría la prohibición general de la hipoteca de propietario.

Si uno de los problemas era la existencia de varias obligaciones, la práctica inventó la hipoteca en garantía de “una obligación hipotecaria”, que también fue rechazada por la DGRN en su Resolución de 17 de septiembre de 1996, que mantuvo que propiamente no era una “obligación” y que guardaba puntos de contacto con el pagaré, pero no cumplía sus requisitos (153).

Obviamente, un espaldarazo importante se logró, además, a nivel normativo, con la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, que, en su disposición adicional tercera, prohibió la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones por, entre otros, las personas físicas.

Este cortocircuito de este tipo de hipotecas abonó el campo para que su lugar lo ocupara la hipoteca cambiaria. Así, el notario GÓMEZ-FERRER dice, comentando la citada Resolución de 5 de noviembre de 1990: fue la primera que acabó con la práctica de constitución de hipotecas en garantía de obligaciones emitidas por particulares “y que en gran número de casos encubrían verdaderos préstamos usurarios, como actualmente muchas hipotecas constituidas en garantía de letra de cambio” (154).

La propia DG, en la Resolución antes citada de 17 de agosto de 1993, tiene oportunidad de conocer ese enlace al intentarse reconducir una hipoteca en garantía de varias obligaciones en una hipoteca cambiaria y, al mediar cargas intermedias, para no perder prioridad, se intenta defender como hipoteca en garantía de la relación causal.

Esa opacidad de las llamadas obligaciones hipotecarias también es denunciada por CANALS; no sólo la opacidad y el interés a veces usurario, sino que a veces se negociaba “por duplicado”: una vez con el título, otra con las matrices (155).

Difícilmente se puede ser más claro y contundente en este punto que el prestigioso jurista y registrador de la propiedad REY PORTOLÉS, que nos abandonó muy pronto, pero con una brillante producción científica que auguraba un futuro de máxima calidad y cantidad (aquella la logró, ésta quedó truncada en su cuarenta y cinco cumpleaños): los que conocemos el trasfondo social de las hipotecas en garantía de la emisión de obligaciones hipotecarias efectuadas por particulares “sabemos muy bien que

(153) La línea fue sostenida por diversas Resoluciones; así la de 24 de enero de 1997 (en garantía de dos obligaciones al portador), 29 de marzo de 1999 (tres obligaciones), 28 de enero de 2000 (dos obligaciones), 9 de febrero de 2000 (cinco obligaciones).

(154) GÓMEZ-FERRER: p. 737.

(155) CANALS: pp. 444 y ss.

con esta operación, en la casi totalidad de las ocasiones, se pretende alcanzar un fraude”. “*Fraus alterius* (auténticos acreedores, o la Hacienda pública) y *fraus legis* (Ley de 23 de julio de 1908, usualmente conocida como «Ley Azcárate») son los nortes que guían casi siempre a los inductores de la emisión” (156).

D) Actuación notarial-registral en las hipotecas cambiarias.

Anteriormente decíamos que ningún velo recriminatorio cabía proyectar sobre la función notarial y registral en esta materia; a la vista de lo escrito de la habitual falta de transparencia, quizá alguno pueda discutir la procedencia en la autorización e inscripción de tales hipotecas.

Posiblemente ninguna de las ideas expuestas en este estudio nos parece más clara que la siguiente: en modo alguno se debe cercenar tal posibilidad.

Creemos que hay una razón fundamental y es que si bien es habitual que la penumbra, cuando no la absoluta oscuridad, planea sobre tales hipotecas también cabe que alguna responda a una operación transparente y con la función para la que nació.

Conocida, como conocemos, la recta trayectoria del notario autorizante de la escritura que motivó el recurso, máxime cuando, incluso, fue el autor del mismo (157), no tenemos ninguna duda que estamos en un supuesto de absoluta claridad o fue captada la buena fe del notario. Obviamente, lo dicho en este párrafo en nada impide mostrar nuestro máximo respeto en la libertad en el ejercicio profesional del notario en esta materia porque, quede dicho claramente, la autorización de una hipoteca cambiaria, con el interés de demora que sea, una vez cumplidos los requisitos que procedan y con las cautelas correspondientes (p. ej., blanqueo de capitales), es correcta y cabe pensar que esa supuesta oscuridad debe ser alumbrada por otras actuaciones. El notario, además de actuar como tal, no puede, ni debe, ser inspector fiscal, laboral, de blanqueo, calificador de nulidades, etc.; un ámbito es el de colaborar y otro el de invadir otros campos, salvo supuestos flagrantes y excepcionales (158).

(156) REY PORTOLÉS: “Primer Auto...”, pp. 201 y ss. Quizá el lugar de esas ideas no fuera el más adecuado –informe del registrador–, pero se cuida muy mucho de configurarlas como reflexiones ajenas al mismo; de otra parte, como se dice en el texto, esas páginas son de meridiana claridad y contundencia.

(157) Siempre hemos patrocinado que el notario defienda “su” escritura y entendemos difícilmente (cuando no media un error disculpable y humano) que no la argumente favorablemente, como tampoco comprendemos que en los recursos presentados por los interesados no se presente el informe a favor del documento, que probablemente sea obligatorio.

(158) Quizá estas líneas puedan entenderse como autodefensa de conductas del autor de las mismas. El autor ha ejercido durante más de veinte años en una localidad de gran variedad

Si ésta es nuestra opinión en cuanto a la actuación notarial, aún más clara es la registral: el registrador de la propiedad debe calificar con absoluta imparcialidad y en ningún momento puede, en la calificación, considerar que el documento puede amparar un acto no transparente, incluso aunque, por conocimiento personal, lo conociere. El registrador calificará conforme al ordenamiento jurídico y actuará con arreglo al mismo. Caso de mediar fraude, corresponde a otras instancias “el arreglo”.

Obviamente, conforme a dicho criterio se calificó la escritura, según la normativa, avalada, además, por la doctrina de la DG. Es ésta la que, sorprendentemente, ha cambiado de criterio en tan breve tiempo.

Lo dicho, lógicamente, no impide que notarios y registradores, como grandes conocedores de la realidad social, no alerten de lo que “vean” y otros puedan, si lo consideran conveniente, adoptar las medidas adecuadas, entre ellas una interpretación flexible o estricta en función de las circunstancias.

En este sentido resulta interesante comprobar que los notarios y registradores, juristas que actúan profesionalmente muy apegados a la realidad cotidiana, coincidan en la calificación de oscuridad de este mercado. Sin embargo, nada o poco pueden hacer y, reiteramos, no son los profesionales adecuados para solucionar el problema, si es que se quiere solucionar en el sentido de que personas con cierta urgente necesidad de dinero no tengan que pagar un peaje; además, de insinuarse cualquier actuación, serían rápidamente burlados mediante declaraciones exquisitamente correctas; la usura y, en general, el aprovecharse de situaciones ajenas son tan viejas como el mundo.

Dicho esto, también es claro que los pensamientos de tales juristas no deberían caer en saco roto. Hay múltiples elementos de sospecha cuando no jactanciosas declaraciones de “buen mercado inversor” (no de otro modo se puede entender el citado anuncio en la red). Incluso hay algún rastro documental, conocido por los notarios (no siempre por los registradores): es habitual, al momento de la cancelación, que comparezca el deudor que ha abonado la cambial con ésta, para acreditar el pago y para inutilizarla; pues bien, lo normal es que esté endosada, pero en blanco, para no “descubrir” el nombre del endosatario.

Si lo dicho en las líneas precedentes tiene algún viso de realidad quizá la argumentación de atender “a las necesidades del tráfico jurídico” no

documental como Madrid y, obviamente, ha autorizado hipotecas en garantía de obligaciones al portador y cambiarias; poco a poco se fue conociendo el funcionamiento de estas hipotecas, e incluso al asumir funciones corporativas se tuvo un especial conocimiento de distintos actos de fraude con ocasión de hipotecas en garantía de obligaciones al portador. Por las razones que sean, lo cierto es que este autor se fue apartando paulatinamente de esos tipos documentales hasta excluirlos de su actuación profesional.

sea lo más “transparente” en este tipo hipotecario y, desde esta perspectiva, no podemos ocultar que la DG hace una interpretación que quizá no esté en línea con las actuales preocupaciones tendentes a cercenar oscuridades (fiscales, blanqueo, etc.).

[Cuando estas líneas estaban redactadas se publican dos valoraciones de interés.

De una parte, en el número 10 de la revista *El notario del siglo XXI* aparece un estudio de la redacción de tal revista que también ha tenido la curiosidad de bucear en Internet y los datos son, cuando menos, asombrosos. Ya el título es significativo “se buscan inversores para participar en operaciones *usurarias* de refinanciación hipotecaria” –la cursiva es nuestra– y dentro del artículo se pueden leer frases como las siguientes: “el importe del préstamo se suele incorporar a varias letras de cambio que el deudor firma y entrega al prestamista”; la compañía mediadora tiene un capital de 4.000 euros, inscrita en el Registro Mercantil, pero no se alude a algún registro administrativo –CNMV, Banco de España, etc.–; “nuestras inversiones ofrecen beneficios del 30 por 100 al 40 por 100 anual” (*sic*) (159). Sobran comentarios.

De otra parte, si una de las líneas normativas es la de la transparencia y prevención del fraude –Ley 36/2006, de 29 de noviembre–, parece que cualquier fisura que se produzca en la cubierta de la transparencia negocial debe ser observada sin alegrías.]

E) Intereses ordinarios.

Retomando la Resolución, de ella resulta que estamos ante una hipoteca en garantía de una letra de cambio que garantiza una obligación cartular y otra extracartular, consistente en pagar interés de demora sin sujeción al límite de la LCyCH, y para la DGRN “resulta claro” que ninguna objeción cabe oponer a que la hipoteca constituida garantice la obligación extracambiaria de abonar intereses de demora más allá del límite del artículo 58 LCyCH, “habida cuenta de la relación, más que de causalidad, de accesoriedad existente entre los mismos y la obligación cartular (no derivan directamente de esta obligación, sino de la conducta ulterior –incumplimiento por mora– del obligado, por lo que la estipulación que los establece anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto)”.

Dada esa referencia a una obligación extracartular consistente en pagar intereses de demora, parece necesaria hacer alguna referencia al interés, tomando como base el interés en el préstamo.

(159) *El notario del siglo XXI*, número 10, noviembre-diciembre 2006, pp. 22 y ss.

Obviamente, no se trata de hacer un análisis completo del mismo (160), que desbordaría este estudio, sino de aludir a determinadas cuestiones y dejar en el aire algunos planteamientos, pues frente a extremos habitualmente reconocidos por la doctrina hay otros carentes de claridad.

La primera consideración a realizar es la distinción entre los intereses ordinarios y los de demora. Los primeros tienen como finalidad retribuir o remunerar (de ahí el nombre de remuneratorios con que también se les conoce) al prestamista por razón de la utilización de su dinero; los segundos derivan del incumplimiento de la devolución del capital a su vencimiento, sin que, de momento, queramos ser más precisos.

La distinción es obvia y así está reconocida de modo prácticamente unánime.

Dada esa diferente naturaleza quizá convenga hacer alguna breve consideración sobre cada uno de ellos, comenzando con los denominados ordinarios o remuneratorios

— La primera observación es la ausencia de intereses en un primer momento histórico, a cuya configuración gratuita no era ajena la influencia religiosa (161). En la época de la Codificación española no se duda de la licitud de tales intereses y así se recoge en el artículo 1.755 CC, si bien cuando media pacto; por su parte, el artículo 315 CCom señala que puede pactarse el interés del préstamo sin tasa ni limitación de ninguna especie.

No parece tener especial interés a nuestros efectos la rareza que hoy nos puede suponer que el préstamo mercantil no genere intereses y deban pactarse. Realmente, la regulación de los préstamos mercantiles siempre ha planteado discusión y ya desde la propia naturaleza, pues parece que para que tenga tal carácter mercantil se precisa la doble concurrencia de un requisito subjetivo (que alguno de los contratantes fuera comerciante) y uno finalista (que las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio). Lógicamente, esta última exigencia generaría una situación de inseguridad, aunque sea provisional y, de otro lado, dejaría fuera de su ámbito a una gran cantidad de préstamos, pues hoy hay infinidad de préstamos concedidos por entidades de crédito a personas físicas para la adquisición de bienes que nada tienen que ver con un acto de comercio (162).

De cualquier modo, hay que resaltar que esos citados artículos del CC

(160) En la doctrina puede verse, además de los manuales de carácter general, PAZ-ARES, Ignacio: *Instituciones de Derecho Privado*, tomo III, obligaciones y contratos, volumen 2.º (coord. general DELGADO DE MIGUEL), 2005, pp. 985 y ss., esp. 1007 y ss.; ORDÁS ALONSO, Marta: *El interés de demora*, 2004; RIVERA: "La hipoteca...", p. 4235.

(161) *Vid.* PAZ-ARES, Ignacio: pp. 1007 y ss.; CORTÉS: pp. 648 y ss.

(162) El propio Tribunal Supremo modaliza la interpretación literal y considera que los préstamos bancarios tienen en todo caso carácter mercantil (CORTÉS: pp. 648-649).

y CCom continúan con la orientación liberal de la Ley de 14 de marzo de 1856, frente a criterios de tasa de la Novísima Recopilación.

Como a veces ocurre, se producen efectos pendulares y por ello la Ley de 23 de julio de 1908 (conocida como Ley Azcárate o de represión de la usura) estableció ciertas cortapisas para préstamos en los que incidieran determinadas circunstancias.

Conviene recordar el texto del artículo 1 de esta Ley de 1908: "Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en consideraciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales"; será igualmente nulo, prosigue su párrafo segundo, "el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias".

Ciertamente esta Ley ha planteado diversas cuestiones cuyo análisis detenido no corresponde ahora. Basta simplemente con su constatación. De cualquier modo, nos parece procedente alguna telegráfica observación:

- Ha sido tradicional distinguir tres supuestos: uno de ellos cuando se establece un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado; otro, el leonino y haya motivos de la existencia de una situación angustiosa, inexperiencia o merma de facultades; finalmente, cuando se declara recibir más cantidad de la real.

- En nuestro Derecho no hay un criterio objetivo y general acerca de cuándo es notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado, circunstancia que, aunque introduce cierta inseguridad, quizá sea el adecuado por cuanto pueden incidir circunstancias que deban considerarse, como podría ser el mayor o menor riesgo, el destino civil o mercantil, la existencia o no de garantías, el plazo corto o largo, si no se modularizan por la vía de una cláusula de variabilidad, etc.

Se trata, pues, de una calificación que dependerá de varios parámetros en el momento de su pacto, por ello no tiene mucho interés recoger fallos jurisprudenciales sobre la consideración de un determinado porcentaje como usurario o no, pues lo que era normal en un préstamo bancario para la adquisición de un inmueble en la década de los noventa (15 por 100) hoy sería casi inverosímil (siguiendo la terminología de la Resolución que comentamos) (163).

(163) SABATER señala que la actitud del Tribunal Supremo con relación a la eventual aplicación de la Ley de Usura "puede ser calificada de restrictiva", pero no se cuestiona la aplica-

Sí hay un criterio objetivo en un sector: el artículo 19,4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, señala, para los créditos que se concedan en forma de descubiertos en cuentas corrientes a que se refiere, que no se puede aplicar un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a dos con cinco veces el interés legal del dinero. La infracción de esta norma la recoge como cláusula abusiva el número 29 de la disposición adicional 1.^a de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, por la redacción del número 6 de la disposición adicional primera de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (164).

Sí hubo un intento de generalizar un criterio objetivo en la enmienda 54 que el Grupo Popular presentó al Proyecto de Ley que luego sería la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (165), en cuya virtud, después de transcribir el citado párrafo primero del artículo 1 de la Ley Azcárate, añadía como otra circunstancia en los contratos leoninos, junto a la situación angustiosa, la inexperiencia, o la limitación de las facultades mentales, la de “la desigualdad de su posición en el mercado” y, concluía, “entendiéndose que tales circunstancias concurren siempre que el interés a satisfacer por el deudor sea, al menos, el doble del legal del dinero”.

La Ley de 1908 lógicamente plantea la duda de si supera el test de la constitucionalidad a la vista del artículo 38 CE y concordantes sobre libertad de empresa.

En general, se entiende que cumple con esa exigencia y, cuando se trata de un consumidor, además esa Ley se puede complementar con la normativa protectora del mismo que tiene su engarce en la propia Constitución (cfr. art. 51).

bilidad; incluso la autora alude a mecanismos crediticios poco transparentes, como la aceptación de una letra por importe superior al capital realmente entregado, hipótesis controvertida en algún caso por el TS. La STS de 28 de octubre de 2004 (RJ 6405) contempla la hipótesis de la cesión de un préstamo calificado de usuario.

(164) El supuesto se centra en los descubiertos en cuentas corrientes, en los conocidos vulgarmente como “números rojos”. Varias y variadas cuestiones se pueden plantear; así, si se generan por mera tolerancia o vienen regulados, como es habitual, en los contratos de cuenta corriente con la entidad bancaria o la Caja correspondiente; la propia naturaleza del descubierto cuya determinación tiene relevancia para su reembolso y la naturaleza remuneratoria o moratoria de los intereses que se generan. Sobre estas cuestiones puede verse ÁLVAREZ OLALLA (pp. 1289 y ss.). Como señala esta autora, el fundamento hunde sus raíces en la protección del consumidor y, dada la existencia de unos altos tipos en este ámbito, se entendió que los poderes públicos debían dar respuesta a tal situación y se tomó en consideración por virtud de la enmienda número 15 del Grupo Socialista (el Grupo Popular se opuso, quizá en posición no muy coherente con la que había mantenido en la tramitación de la Ley 2/1994, que veremos).

(165) BOCG, Congreso de los Diputados, del 17 de febrero de 1994.

— Hechas estas reflexiones, quizá la cuestión más específica a la que debemos atender, pues la DGRN no lo contempla expresamente, es si cabe que la hipoteca cambiaria garantice intereses de esta naturaleza, esto es, ordinarios o remuneratorios.

Sin perjuicio de lo que en su día pudiera decir la DGRN y de las novedades que de ello pudiera derivar, parece que, como regla, no se pueden garantizar con una hipoteca cambiaria y quedar bajo el manto garantizado de la acción hipotecaria, aunque de la tesis del Centro Directivo de amparar también obligaciones extracambiarías pudiera resultar otra orientación.

Como norma hay que señalar que la letra incorpora el mandato o promesa de pagar una cantidad; es lo que IGLESIAS PRADA traduce en que “la suma cambiaria no sólo debe ser determinada, sino que, en principio, ha de ser también «unitaria» (166) y que tiene su reflejo normativo en el artículo 6 LCyCH: En una letra de cambio pagadera a la vista o a un plazo desde la vista, podrá disponer el librador que la cantidad correspondiente devengue intereses. En cualquier otra letra de cambio, semejante estipulación se considerará como no escrita”.

El párrafo 2 continúa: “El tipo de interés anual deberá indicarse en la letra y, a falta de esta indicación, la cláusula correspondiente se considerará como no escrita”.

Finalmente, concluye: “Los intereses correrán a partir de la fecha en que se libre la letra de cambio mientras no se indique otra fecha al efecto”.

Aunque la relación jurídica subyacente los generara, creemos que no están cubiertos con la tradicional hipoteca cambiaria, aunque, lógicamente, no preocupa a los tenedores de las cambiales porque un mecanismo habitual es de un libramiento de corta duración y el cobro anticipado de los intereses o, en otro caso, su capitalización.

Precisamente en esta idea, la capitalización, es la que está pensando el legislador; por eso permite la cláusula de intereses cuando aquélla no puede llevarse a efecto, como en el supuesto de letra a la vista (pagadera a su presentación –art. 39 LCyCH– y, en consecuencia, depende el “aplazamiento” del tiempo que transcurra hasta aquélla) o a un plazo desde la vista (por la misma razón –art. 40 LCyCH–).

Una cláusula disponiendo un tipo de interés en el resto de las letras de cambio se entiende como no escrita; es más, aunque se tratase de una letra girada de esos modos especiales, también se tiene que entender como no escrita si la cláusula no se indica en la letra.

Con base a estas circunstancias entendemos que, aunque el tipo de interés pueda tener un origen extracambiario, la “hipoteca cambiaria” como

(166) IGLESIAS PRADA: p. 400.

tal no garantiza tales intereses, a salvo que los centremos en la relación *inter partes*, como veremos con los de demora.

Sin embargo, como decíamos, no es algo que preocupe especialmente a los tenedores de las cambiales, porque de ordinario o se capitalizan o, muy frecuentemente, se anticipan. Por ello, excluimos tratar algunas cuestiones que plantea la doctrina, entre ellas si tiene que ser un tipo concreto o si es admisible remitirse a habituales tipos de referencia, con o sin marginal añadido (167).

F) Intereses de demora.

Hechas las precedentes observaciones en cuanto a los intereses ordinarios, corresponde ahora hacer algunas respecto a los intereses de demora.

Como ha quedado expresado, no corresponde hacer un análisis completo de los mismos, sino, al igual que con los remuneratorios, destacar alguna idea básica o recoger alguna duda.

Parece claro que los mismos constituyen una cantidad a consecuencia del incumplimiento o cumplimiento tardío de la prestación contractual. Obviamente, un concepto como el expresado carece de suficiente precisión, pero si se especifica más se viene a tomar partido en determinados aspectos de discusión.

— El primer problema es precisamente su origen; sin excluir totalmente la autonomía, el origen habitual es el legal a consecuencia del incumplimiento (cfr. art. 1.108 CC); ello no nos puede hacer incurrir en la confusión de identificar tales intereses con el interés legal, pues, aunque tengan tal habitual origen legal, de ordinario son de cuantificación convenida (168).

— La función y naturaleza de los mismos genera mayores consecuencias ante una falta de acuerdo.

Efectivamente, mientras que la finalidad de los intereses ordinarios consiste en una retribución por el uso de un capital ajeno, sin embargo, en los de demora se pueden plantear varias tesis.

Se puede identificar con una función preventiva, pues al ser, de ordinario, superiores a los remuneratorios sirven como estimulante para el cumplimiento normal de la prestación (169). Lógicamente, esta finalidad no se recoge como única, sino como complementaria de otra, y aquí surge

(167) Vid. IGLESIAS PRADA: pp. 400-401.

(168) Vid. ORDÁS: pp. 15 y ss.; PAZ-ARES, Ignacio: pp. 1013 y 1022 y ss.

(169) Vid. PAZ-ARES, Ignacio: p. 1023.

la cuestión de si es indemnizatoria por los daños y perjuicios causados o si es sancionadora o cláusula penal.

La cuestión trasciende de la pura especulación. De entender que estamos ante una indemnización cabría plantear si debe exigirse que el impago sea imputable (170). Pero, además, si los calificamos como cláusula penal tenemos que recordar que el artículo 1.154 CC determina la eventual moderación por los Tribunales (171).

Junto a ello, cabe discutir, si estamos ante una indemnización de daños y perjuicios, si los intereses de demora vienen a configurarse como una cantidad fija o por el contrario cabe hablar de una ley de mínimos que no impide, si se demuestran unos daños y perjuicios superiores, la reclamación de éstos.

Esa distinta naturaleza ha originado que la doctrina presente alguna cuestión en orden a si están sujetos a la normativa de la Ley de Usura. Tampoco ha sido ajeno a ello el TS (172).

Incluso cabría mantener una identidad de naturaleza con respecto a los ordinarios y entender que su función es retribuir el uso de capitales ajenos y la causa de su mayor cuantía radica en que ha alterado las previsiones del acreedor.

Con todas las cautelas que supone la existencia de dudas y discusiones parece que, a nuestros efectos, podríamos convenir que, como hipótesis general, estamos ante unos intereses que cumplen una función indemnizatoria a causa del incumplimiento o retraso y que su cuantificación viene determinada, en el ámbito de los préstamos, por el pacto entre las partes como fijación *a priori* de esos daños y perjuicios.

— Desde la perspectiva de la hipoteca puede considerarse como doctrina consolidada de la DGRN que su función es diferente a la de los intereses ordinarios y que la cuantía de los mismos, a los que les afecta el límite de los cinco años del artículo 114 LH, tiene que venir expresada de forma autónoma y separada de la cantidad fijada para los remuneratorios y de la indicada para costas y gastos (173).

(170) PAZ-ARES, Ignacio: p. 1023.

(171) ORDÁS: pp. 33 y ss.; PAZ-ARES, Ignacio, entiende que los intereses de demora, por regla general, cumplen una mera función indemnizatoria, mas debe hacerse la salvedad de que esto no implica que, atendidas las circunstancias del caso, pudieran revelarse funciones distintas, como la compensatoria, o aún, y de forma acumulativa, la penal, cuando por su más elevada cuantía sea ésa la finalidad de las partes (p. 1026).

(172) La STS de 2 de octubre de 2001 (RJ 7141) dice que los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena y no cabe encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908. De los hechos, el TS dice que no se dan los presupuestos cuantitativos ni una situación económica angustiosa. *Vid.* Comentario de MESA, pp. 199 y ss.

(173) Sin entrar en su valoración, muchas Resoluciones se inclinan por esa orientación; así, por todas, las de 14 de marzo y 15 de abril de 2000; véase, no obstante, la de 16 de febrero

Además, otra característica de los mismos es que se asemejan a la naturaleza de la hipoteca de seguridad.

— Hay un aspecto que merece mayor atención y es la calificación que hace la DGRN como obligación, en el caso extracambiaria, que no deriva directamente de la obligación, sino de la conducta ulterior —incumplimiento por mora— del obligado, por lo que la estipulación que los establece anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto.

No se trata de algo original de esta Resolución, sino una expresión que ha sido utilizada anteriormente, especialmente en las que exigen diferenciar la garantía por los remuneratorios (nacen del contrato mismo) y los de demora (no derivan del contrato, sino de una conducta ulterior) (cfr. Res. de 23 de octubre de 1987).

Esta configuración también ha sido adoptada en alguna sentencia del Tribunal Supremo. Así, la de 12 de marzo de 1991 (RJ 2219) recoge la tesis de la Resolución de 23 de octubre de 1987: “la estipulación de los segundos (los moratorios) anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite —tipo impositivo— previsto, lo que determina una garantía real de las de seguridad cuya ejecución precisará la previa construcción del título suficiente en que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar”.

Probablemente, en líneas generales y como norma, puede aceptarse una mayor indeterminación de los intereses de demora que en los remuneratorios, pero quizá no debemos perder de vista el origen de la obligación: son intereses derivados del incumplimiento de la obligación. Es decir, no estamos ante una obligación nueva, que surge *ex novo* y de carácter principal, sino que se trata de una deuda de intereses que necesita de la obligación principal y de su incumplimiento para que aquéllos se devenguen. En este sentido cabe invocar a RUIZ-RICO: “¿es que los intereses de demora —habría que preguntarse— no son, en la terminología de la Ley, «intereses devengados por un crédito», cuando, llegado el momento del vencimiento de la suma global o de los correspondientes plazos de autorización, el prestatario no los satisface al prestamista? Parece lógico pensar que sí” (174).

Ciertamente, con la tesis de la DGRN, cabría entender, como señala ÁVILA, que “los intereses de demora no son tales intereses”, sino una sanción; ello le lleva a entender que “realmente se constituye una nueva hipoteca” “siquiera sea de rango simultáneo” (175).

de 1990; en cuanto a la distinción entre moratorios y costas y gastos puede verse la Resolución de 29 de octubre de 1984 (citada entre las hipotecas cambiarias).

(174) RUIZ-RICO: “Comentario STS de 12 de marzo de 1991”, p. 329.

(175) ÁVILA NAVARRO: pp. 119 y ss.

Esta última posición podría plantear algunos problemas; por citar sólo dos, podríamos cuestionar que no habría el tope del artículo 114 LH; de otra parte, se podría asistir a mayor debate acerca del plazo de prescripción, pudiendo inclinarse, además de por el quinquenal del artículo 1.966 CC, por el general de los quince años o, incluso, el anual del artículo 1.968 CC (176).

Por ello, otro sector discute tal configuración “puesto que no cabe duda que los intereses de demora constituyen un pacto accesorio al contrato de préstamo, consiguientemente debe seguir el mismo camino que lo principal y quedar sometido al mismo régimen jurídico” (177).

Parece que en esta línea cabe incluir a Díez-PICAZO cuando señala que “la obligación de pagar intereses es una obligación accesorio de la obligación principal de restitución o de entrega del capital disfrutado o utilizado”, calificando de intereses las sumas debidas por el “retardo en el pago de una deuda pecuniaria” (178). En otro lugar señala que la DG no extrajo las consecuencias que de su planteamiento general parecía deducirse, esto es, que la garantía por intereses moratorios, en el momento de concertarse el contrato, es garantía de obligaciones futuras (179).

De seguir esta tesis, no deja de ser algo extraño que la obligación accesorio tenga una distinta naturaleza de la obligación principal y quizá lo que ocurra es que, como la propia Resolución dice al comienzo, esos intereses de demora por encima del límite de la LCyCH no son accesorios de la obligación cambial, sino de la relación causal.

G) Cambio de titularidad de la finca.

Por ello quizá tenga sentido, desde este punto de vista, la consecuencia que deduce la DG en el sentido de que sólo pueden reclamarse tales intereses cuando la acción hipotecaria se ejercita contra el deudor que asumió aquella obligación. Es decir, el adquirente de la finca queda afectado por la carga hipotecaria que garantiza sólo el importe cambiario, esto es, hasta el límite legal, en cuanto a los intereses. ¿No será entonces que en el subconsciente se quiere viabilizar la relación causal por la acción hipotecaria?

Esta distinción entre terceros y partes no es algo desconocido en la LH; precisamente, el artículo 114 LH distingue, en cuanto a los intereses, según haya o no perjuicio de tercero.

(176) Vid. ORDÁS: pp. 148 y ss.; RUIZ-RICO: pp. 845 y ss.

(177) RIVERA FERNÁNDEZ: “La hipoteca, su ejecución...”, pp. 4266 y ss.

(178) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, pp. 282-283.

(179) Díez-PICAZO: “La hipoteca...”, p. 948.

Ello significa que, dentro de la cifra fijada para intereses de demora, hay que distinguir dos cantidades, si bien, a continuación, considera que el principio de especialidad debe entenderse de modo flexible y no se precisa de diferenciación, pues el artículo 58 permite suplir la omisión y que la interpretación debe ser la adecuada para entenderla en el sentido más adecuado para que produzca efecto (arts. 1.284 a 1.286 CC) (se prescinde del tercer argumento por autocalificarse de inverosímil y, sobre todo, por desconocer el contenido de un acta de inscripción).

Sin entrar en cuestiones doctrinales y distintos formularios de acta de inscripción y utilizando el modelo VII del anexo reglamentario, ello significa decir algo así como constituye hipoteca... en garantía de X euros, de los intereses de demora de... años al 25 por 100 anual (por ejemplo) y... para costas y gastos.

Permítasenos que dudemos y pongamos un ejemplo; pensemos que Primus, deudor e hipotecante, entregó una letra garantizada con hipoteca a Secundus; posteriormente, Primus ha vendido la finca hipotecada, el cual inscribe y solicita del registrador una certificación de cargas. ¿Cómo certificaría el registrador?, ¿diciendo que está gravado con un 25 por 100 anual de interés de demora?; pero resulta que no está afectado más que hasta el límite del artículo 58 LCyCH; ¿se debe certificar diciendo que está gravado con hipoteca con un 25 por 100 anual, pero él sólo hasta el límite del artículo 58 LCyCH?, ¿caben estos artificios certificantes?, ¿no está protegida por los Tribunales la inscripción?

Obviamente, el supuesto cuestionado se plantea cuando la escritura no recoge esta dualidad obligacional, pues cabe perfectamente que la misma garantice, además del principal, los intereses de demora al 30 por 100 anual (por ejemplo), por obligación cambiaria hasta el límite legal y el resto por extracambiaria. El problema surgirá cuando la escritura silencie esta dualidad, aunque, a salvo que la DG se pronuncie acerca del modo de actuar, creemos que la solución redactora de la inscripción es la misma y en ella debe quedar claro que los intereses garantizados, en el porcentaje establecido, lo están por obligación cambiaria hasta el límite legal y el resto por obligación extracambiaria (180). Quizá sea conveniente que tal formulación se refleje en la propia nota de despacho, la cual podría recoger, además, que se practica conforme a la Resolución que venimos comentando.

Decíamos antes que la distinción entre terceros y partes no es desconocida en la LH, precisamente en materia de intereses, en el artículo 114 LH. Son interesantes las reflexiones del profesor Díez-Picazo en cuanto

(180) Vid. *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, edit. Centro de Estudios Registrales del Decanato Autonómico de Registradores de Madrid, número 11, p. 61.

al origen de ese artículo (181), pero, puesto que estamos en un comentario de una Resolución de la DGRN, interesa recoger la doctrina de este Centro Directivo en orden a la configuración de la hipoteca al garantizar intereses variables: la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios, cuando son variables, pertenece al grupo de las hipotecas de seguridad, lo que exige la fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dichos intereses, tope que, en cuanto especificación delimitadora del contenido del derecho real, opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen entre aquél y el tercer poseedor o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca gravada, adquiridos a título oneroso o gratuito (Res. de 26 de diciembre de 1996, 10 de octubre de 1997, 24 de agosto de 1998, entre otras muchas). Como esta última Resolución señala, no debe confundirse esta limitación del tipo de interés con los límites temporales del artículo 114 LH (182).

Si esto es así, nos parece que no encaja bien con lo que en este punto mantiene la Resolución que comentamos, pues el alcance de los intereses, de un interés legal más dos puntos por obligación cambiaria, que afecta al tercer adquirente, y del resto hasta un 25 por 100 ó 30 por 100 (por ejemplo) por extracambiario, que no afecta al adquirente, implica una falta de delimitación del derecho real de hipoteca en cuanto a los intereses, pues dependería de la relación *inter partes* o respecto de terceros.

Aunque esa tesis la plantea cuando los intereses son variables, creemos que la idea es aprovechable.

Entendemos que la nota calificadora abordaba varios extremos, no sólo de carácter hipotecario, sino, lógicamente, de Derecho cambiario y procesal. Quizá el querer responder a cuestiones variadas pudo provocar el perder el norte discursivo.

Si se nos permite, vamos a hacer una relectura. Cuando entre *Primus* y *Secundus* existe una relación causal con un tipo de interés de demora del 30 por 100 (por ejemplo), y para cuyo pago se emite una letra, resulta que en Derecho cambiario tiene sustancial importancia en qué ámbito nos movemos; recogiendo las palabras del profesor PAZ-ARES, una premisa universalmente aceptada “consiste en la necesidad de tener siempre presente la muy diferente disciplina a la que se somete la relación cambiaria, según ésta deduzca *inter partes* o *inter tertios*” (183). Pues bien, cuando se ejercita la acción *inter partes*, la relación subyacente no queda

(181) DÍEZ-PICAZO: “La hipoteca...”, pp. 944 y ss.

(182) *Vid.* GÓMEZ GÁLLIGO: pp. 305-306.

(183) PAZ-ARES, C., dice que “esta doble faz que como el dios Jano ofrece el derecho cambiario no es ilógica” (“Naturaleza...”, p. 97).

extramuros; si Primus puede oponer excepciones personales, no debe extrañar que Secundus tiña la acción de elementos causales. Sin embargo, esto cambia cuando la letra circula y entra en el escenario Tertius; las relaciones jurídicas se tornan más abstractas y no se pueden oponer determinadas excepciones; del mismo modo, parece correlativo no poder invocar la relación causal y, como dice la Resolución, tales intereses por encima del tipo no derivan directamente de la propia letra, sino del negocio que motiva su emisión.

Al hilo de la observación precedente de la DG, creemos que se plantean dos cuestiones del máximo interés. Nos referimos, en primer lugar, a si esa limitación por razón de los intereses afecta no sólo en caso de transmisión a un tercero, sino cuando media un embargo o una hipoteca posterior; en segundo término, la pretendida transmisión de esa obligación extracambiaría en caso de transmisión de la letra.

Comenzando con la primera, la cuestión, a nuestro juicio, dista de ser clara. Creemos que, si la anotación preventiva de embargo o la constitución de una hipoteca llevan larvado un acto dispositivo en el futuro, habrá que ver si el adquirente por la correspondiente subasta queda “subrogado en la responsabilidad personal” o no. No tendría sentido que el alcance de la hipoteca cambiaria tuviera mayor o menor fuerza respecto de un embargo o hipoteca posterior en función del momento procesal, o, incluso, de la agilidad o lentitud de un Juzgado.

Ello da pie a la siguiente pregunta: el adquirente en la subasta derivada de la ejecución originada por un embargo o por una hipoteca posterior, ¿se subroga en las cargas anteriores, en nuestro caso, en la hipoteca cambiaria? Que hay subrogación parece que es claro, el debate se centra en si hay subrogación en la carga como tal o, también, en la responsabilidad personal.

El artículo 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, redactado en 1992, señalaba que las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiese, al crédito del actor, continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y “queda subrogado en la responsabilidad de los mismos”; en el mismo sentido se pronunciaba la regla 8.^a del derogado artículo 131 LH, el conocido procedimiento judicial sumario, en cuanto al contenido de los anuncios; la regla 10 señalaba, cuando el acreedor pide la adjudicación, que acepta la subsistencia de las cargas anteriores y las preferentes, si las hubiera, “subrogándose en la obligación de satisfacerlas”; la regla 13 de ese artículo 131 LH reiteraba que el rematante debe aceptar esas obligaciones consignadas en el citado anuncio; finalmente, el artículo 132,2 LH indicaba que ese criterio del artículo 131 se aplicaba también al caso de ejercitar cualquier acción real o personal que produzca la venta de los bienes inmuebles.

La formulación legal no era muy precisa, y si en la regla 8.^a se aludía a subrogación en la responsabilidad de las cargas anteriores, la regla 10 decía: “subrogándose en la obligación de satisfacerlas”.

Una cosa queda clara y es que no hubo unanimidad, y frente a quienes entendían que la subrogación quedaba limitada a la responsabilidad real, otros entendían que la subrogación alcanzaba la responsabilidad personal (184).

Quizá la imprecisión surgiera del cambio de sistema, de un antiguo régimen de purga de cargas a otro de subsistencia. Debemos, pues, contrastar esta cuestión con la legislación vigente por cuanto los datos normativos citados han quedado modificados por la vigente Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC 2000). Sin embargo, no creemos que el debate pueda cerrarse, pues hay un cierto mimetismo terminológico.

El artículo 668,2 LEC 2000 recuerda a la antigua regla 8.^a del artículo 131, y en el anuncio debe constar la subsistencia de los gravámenes anteriores y que el licitador los admite y acepta “quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllas”; por el mero hecho de participar en la subasta se entiende que los postores aceptan “subrogarse en las cargas anteriores” (art. 669,2); finalmente, el artículo 670,5 indica que “el adjudicatario habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si las hubiere y subrogarse en la responsabilidad derivada de ello”. Esta normativa habrá de aplicarse también a la ejecución directa de los bienes hipotecados.

Conocida la polémica existente, hubiera sido conveniente que se hubiera zanjado de modo definitivo. Ciertamente, la doctrina no se pronuncia con unanimidad.

RIVAS TORRALBA señala que el adjudicatario ha de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes y subrogarse en las responsabilidades derivadas de ellos (arts. 670,5, 668,3 y 669,2 LEC 2000), y “con esta previsión, aplicable tanto a la ejecución ordinaria como a la hipotecaria (cfr. art. 681 LEC), debe quedar zanjada la cuestión de la subrogación judicial del rematante en las obligaciones reflejadas en los asientos registrales de mejor rango. La doctrina tradicional, defensiva de la subrogación en el débito en los supuestos de ejecución hipotecaria, queda abandonada... Se acoge el criterio de las STS 27 de enero de 1990 y 20 de junio de 1997, que se pronuncian en contra de la subrogación o asunción de deudas por parte del rematante... En la misma línea, la Resolución de 2 de diciembre

(184) *Vid.* por todos, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: tomo IX, pp. 420 y ss., y tomo VIII, pp. 319 y ss.; DÍAZ FRAILE: “Comentarios...”, pp. 330 y ss., y bibliografía allí citada.

de 1999” (185). La tesis, sin embargo, no es unánime y cita, en sentido diferente, la STS de 30 de enero de 1999 (186).

JURADO JURADO también recoge la dual posición doctrinal y se muestra más favorable a que la subrogación no alcance la responsabilidad personal (187).

Finalmente, el profesor MIQUEL GONZÁLEZ también se hace eco de esa polémica y considera que la tesis de la asunción liberatoria y automática de la deuda personal por el adjudicatario hoy en día no puede decirse “ni que sea doctrina dominante ni la más autorizada” (188).

Llegados a este punto, no procede hacer un análisis detallado de diversas posiciones; baste con hacer notar que parece hay datos interpretativos para sostener que no sólo no afecta al adquirente de la finca hipotecada, sino tampoco al anotante o hipotecante, por cuanto el adjudicatario derivado del correspondiente procedimiento no se convierte en deudor personal ni deja de ser tercer poseedor (189).

H) Hipoteca cambiaria y sucesivos tenedores.

El párrafo noveno del considerando 3 de la Resolución de 1 de junio de 2006 nos parece muy importante en orden a los efectos de la misma.

Probablemente, con carácter previo, haya que hacer alguna observación o consideración.

La nota de calificación quizá peca de falta de un desarrollo más explícito de una idea que planea en toda ella y que se corresponde con la

(185) RIVAS TORRALBA: *Anotaciones...*, pp. 598-599; la tesis ya la mantuvo anteriormente en *Aspectos registrales...*, pp. 133 y 190.

(186) Esta STS de 30 de enero de 1999 (RJ 522/99) desencadena un efecto cancelatorio discutible y que ha sido objeto de crítica. Aunque no es punto central de nuestro estudio, quizá deba advertirse que la asunción automática del rematante puede generar situaciones tan relevantes como en el supuesto planteado que llevó a cancelar una hipoteca por importe de mil cien millones de pesetas. El comienzo de los fundamentos de derecho (“con razones conceptuales... se ha desembocado en un océano de errores conceptuales... Se han entremezclado las nociones de la confusión de derechos, de la consolidación de las cargas reales, de la solidaridad... en un auténtico vértigo jurídico, que crea una maraña dialéctica de la que es preciso emerger para enjuiciar con frialdad la litis”) no anticipaba que hubiera claridad. Sin duda, la acreedora a la que el TS, casando la sentencia de la Audiencia Provincial, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia, le declaró extinguido el crédito hipotecario sin haberlo cobrado, hablarle de vértigo jurídico le debió parecer excesivamente suave. Como decíamos, la sentencia ha sido objeto de alguna crítica (*vid.* VIVAS, pp. 441 y ss.; CASTILLO MARTÍNEZ: pp. 308 y ss.), que tiene especial valor, pues la STS se blinda frente a ella diciendo que la tesis por ella sostenida es la de la “doctrina más autorizada”.

(187) JURADO: pp. 3252 y ss.

(188) MIQUEL GONZÁLEZ: p. 30.

(189) *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ: p. 31.

realidad fáctica: el endoso inmediato de la letra; por eso, en algún momento se habla de la relación causal y de la cambiaria.

En el escrito de interposición del recurso, en un párrafo, se dice que el tenedor de la letra impagada puede ejecutar la hipoteca reclamando sólo el importe de aquélla, “en cuyo caso coinciden acción cambiaria e hipotecaria”, o por la totalidad del importe de la hipoteca, es decir, por la íntegra deuda nacida “de la relación subyacente”, pero, a nuestro juicio, decir que la “hipoteca cambiaria” reclama el total importe “de la relación subyacente” nos parece un cambio en la doctrina tradicional de la misma; sin que esto nos produzca una especial perturbación, nos la producirá si salimos del ámbito *inter partes* y nos adentramos en la típica circulación cambiaria.

Sin perjuicio de reiterar (como se hizo en el informe) que el escrito de recurso presenta cuestiones muy interesantes, creemos que hay algún aspecto que debe debatirse; uno de ellos sería que efectivamente es tradicional en este ámbito hablar del “rigor cambiario” y que ello no impide de raíz la autonomía de la voluntad; pero sin perjuicio de que hablar de superposición de garantía, común en el argot bancario, es puesto en tela de juicio por la doctrina (190) y que utilizar la expresión “pena” convencional podría generar la duda de si se está calificando como cláusula penal, lo cierto es que, a nuestro juicio, el equilibrio cambiario querido por el legislador, para el retraso y el pago anticipado, es el reflejado en el artículo 58 LCyCH y que ese reforzamiento y mayor vigor con tales intereses de demora por encima del tope legal puede ser no sólo válido, sino razonable, pero lo será por norma extracambiaria.

Finalmente, hay una expresión en dicho escrito del recurso que puede tener una lectura entre líneas interesante que abre una vía nueva: “en la escritura el deudor reconoce la existencia de la provisión de fondos, se garantiza la cesión de la misma que ya se ha declarado en la letra...”.

Como decimos, una lectura entre líneas y rápida podría hacernos llevar a pensar en una cesión de la relación jurídica subyacente (191); sin embargo, creemos que sería erróneo y, además, no se dice. La figura, que tiene deuda con la jurisprudencia francesa, presenta vertientes que precisarían de mayor debate.

Pero ello nos da pie a formular una cuestión y es que, en el párrafo noveno del citado considerando 3, en ningún momento se alude al endoso. Se dice que no se puede impedir la hipoteca a favor del aceptante

(190) Por todos, TOMILLO: *La hipoteca...*, pp. 36 y ss.; una cierta defensa en CANALS: pp. 495-496.

(191) *Vid.* sobre cesión de la provisión VERGEZ: pp. 506 y ss.; más extensamente, POLO: pp. 473 y ss.

de la hipoteca y “de los futuros tenedores”, que la hipoteca no puede entenderse que se haya constituido en forma personal exclusivamente y que el favorecido por la hipoteca será el futuro tenedor de la letra y que el titular de la obligación extracambiaria aparece ya inicialmente determinado siquiera sea *per relationem*, siendo innecesaria la notificación de la cesión, citando a tal efecto los artículos 1.162 y 1.198 CC y el 242 RH.

Nos resultan dos datos extraños; uno, que se habla de futuro tenedor, etcétera, pero nunca usa el término endoso, es más, salvo error, en toda la Resolución no se hace referencia a la fundamental figura del endoso (recordemos su importancia en la evolución de la letra) más que en el párrafo 3 del fundamento 3: la determinación del acreedor tiene lugar extrarregistralmente; “así el tenedor legítimo según la cadena de endosos está legitimado para promover tanto la acción cambiaria como la hipotecaria”.

Pues bien, si cuando hay tercer poseedor esa obligación extracambiaria no puede ejercitarse contra él ni por acción cambiaria ni hipotecaria, según dice la propia Resolución, quizá haya que entender que si el endosatario no adquiere la obligación extracambiaria tampoco podría actuarla en el juicio cambiario ni en el hipotecario.

La pregunta, pues, es, ¿el endoso transmite esa obligación extracambiaria?; si el endoso produce, como dijimos, la transmisión de los derechos resultantes de la letra, ¿también los extras? Obvio es que el crédito cambiario-hipotecario, si se acepta la tesis de la DG de amparar la obligación cambiaria y la extracambiaria, podría transmitir todos los derechos del cedente, pero por el cauce normal de la escritura e inscripción, a salvo el efecto de renunciar a la notificación. Quizá por eso la DG no alude al endoso, porque decir que una obligación extracambiaria se transmite por el medio especial de circulación cambiaria sería, cuando menos, discutible. En las autopistas no puede circular cualquier medio de transporte y por eso se va más rápido, lo que no obsta la libertad circulatoria por otras vías.

Y es que nos asalta otra fórmula extraña. ¿Por qué se cita al artículo 242 RH?; si de lo que se trata es de admitir la transmisión vía endoso, ¿por qué un órgano tan técnico como la DG no cita una norma con rango de Ley, como el artículo 150 LH?; es más, dice que hace “innecesaria la notificación” “de una eventual” “cesión del crédito” por dicha obligación, ¿por qué no indica la notificación del endoso que es el medio específico?

Quizá, ante lo que estamos es ante una nueva modalización de la hipoteca cambiaria; ésta garantiza una obligación cambiaria, con un contenido dispuesto por la LCyCH, y puede garantizar una obligación extracambiaria, la del tipo de interés por encima del legal, que no hunde su

raíz en la letra, sino en el negocio causal. Cuando la letra queda *inter partes*, el régimen jurídico de la letra, como vimos, es diferente y se perciben en el mismo elementos causalizadores.

Sin embargo, cuando la letra circula por los cauces típicos del Derecho cambiario (endoso) cobra todo su vigor la LCyCH. De ahí que, en caso de transmisión de la finca, el adquirente que no se subrogue en la deuda causal queda ajeno a esa obligación extracambiaria; paralelamente, cuando se endosa la letra, el endosatario adquiere el contenido cambiario de la misma, con sus derechos y obligaciones, pero en el plano cambiario. Además, no olvidemos que lo normal será que el primer tenedor cobre el importe de la deuda con el endoso antes del vencimiento de la letra y queda resarcido de su crédito (192). Ello no obsta para que se produzca una “cesión del crédito”, en cuyo caso, conforme al artículo 242 RH, debe notificarse al deudor, salvo que hubiera renunciado a este derecho (y podría entenderse que se renuncia de antemano cuando la cesión viene acompañada de la publicidad que conlleva la posesión de la letra) o se estuviere en el caso del artículo 150 LH, esto es, endoso y cesión cambiaria.

Que el endoso es de vital importancia en la vida de la letra de cambio es algo que está fuera de duda y así ha quedado reflejado en líneas precedentes. Resulta por ello de pura lógica que sea elemento trascendente en el curso de la hipoteca cambiaria.

Así, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL dicen que la “transmisión de la hipoteca cambiaria por el simple endoso de la letra garantida es vital para la existencia de estas hipotecas” (193).

Son muy interesantes, desde el punto de vista que tratamos, las reflexiones que hace TOMILLO: “La letra de cambio hipotecaria ha de vivir su propia vida, sin que pueda verse desnaturalizada por la *intromisión* de la normativa registral en la legislación mercantil” (194); por ello, cuando se transmita por endoso, éste ha de “ajustarse impecablemente a la ley mercantil necesaria... pues, para que propiamente pueda hablarse de *títular legítimo del crédito hipotecario*, la letra ha de haber llegado a su poder en virtud de una cadena de endosos verificados con las formalidades y requisitos legales” (195); este autor considera que la transmisibilidad de la hipoteca cambiaria por la simple vía del endoso cambiario “no sólo está

(192) Obviamente, no cabe confundir el cobro por haber endosado la letra, que puede generar en el futuro una responsabilidad, vía regreso, que el cobro directo de la letra.

(193) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: tomo VIII, p. 468.

(194) TOMILLO: *La hipoteca...*, p. 94.

(195) TOMILLO: *ibíd.*, pp. 114-115. Se podría discutir si sólo cabe el endoso para la cesión (vid. CANALS: pp. 497-498), pero no resta valor a lo indicado en el texto como hipótesis ordinaria.

fuera de toda duda, sino que es un *requisito categorial* estrictamente indispensable y esencial” (196).

CANALS, como antes decíamos, considera que “sólo es hipoteca cambiaria la que garantice el cumplimiento del mandato de pago puro y simple documentado” (197), por lo que “la hipoteca no altera, ni absorbe, ni modifica la literalidad y abstracción cambiarias” (198).

Recordemos también que CASAL, según veíamos, dice que el crédito garantizado con la hipoteca cambiaria es el crédito cambiario y, en cuanto a la extensión de la hipoteca, respecto a los intereses, hay que estar a los casos permitidos por la LCyCH y que los de demora no son de libre pacto (199).

Con base a lo expuesto creemos que podemos distinguir la pura y propia hipoteca cambiaria que garantizaría una obligación cambiaria de aquella hipoteca “cambiaria”, a la que tendríamos que alterar tal denominación para no alumbrar una terminología equívoca, que garantizaría una obligación cambiaria y otra extracambiaria derivada del negocio subyacente. La cohabitación entre ambas necesariamente produce diferencias en la vida de la hipoteca. Sería absurdo pensar que la inclusión de un nuevo condimento no altera el sabor del guiso aunque sea comestible, e incluso más sabroso.

Lógicamente, esas diferencias afectarán en mayor medida cuando la letra salte el ámbito *inter partes* y entre en la esfera de terceros ajenos a la relación causal.

Con este cambio de perspectiva quizá tenga razón la DG y no sea necesaria una segunda hipoteca. En el propio informe se decía que el registrador “entiende que no cree imposible una sola hipoteca”; la cuestión probablemente esté en que un endosatario, por el solo efecto del endoso, no puede hacer efectivos derechos enraizados en el “negocio que motiva su emisión” (FD 2, párr. 3, de la Resolución).

Quizá el debate, una vez abierto, según la DG, el concepto de la hipoteca cambiaria tenga un planteamiento con diferente perspectiva. Una hipoteca, ya no sólo cambiaria, puede garantizar dos tipos de obligaciones, cambiarias y extracambiarias, y la cuestión ya no se centrará en el límite del interés de demora ni en planteamientos judiciales, a pesar de la importancia de éstos, como veremos, sino en que dependerá del curso de los acontecimientos, del cual probablemente, como característica más notable, por no ser lo que se busca en la vida real de estas situaciones, es que el

(196) TOMILLO: *ibíd.*, p. 172.

(197) CANALS: p. 473.

(198) CANALS: *ibíd.*, p. 482.

(199) CASAL: p. 932.

habitual endosatario, por ese solo carácter, que queda oculto de la transparencia que existe en otros ámbitos, no tiene garantizados intereses por encima de los límites de la LCyCH.

I) Aspecto judicial.

La Resolución que comentamos de 1 de junio de 2006 concluye con un último párrafo de índole procesal (200) de cuya lectura parece que el Centro Directivo rebaja la valoración de tal aspecto.

Comienza indicando que “no es cometido del Registrador calificar si, para hacer efectiva la obligación extracambiaria de abonar interés de demora más allá del límite legal, procedería o no la ejecución por vías distintas al procedimiento judicial de la hipoteca, según la legitimación y el título que se pretendan hacer valer para ello, lo que ahora no se ha de prejuzgar”; continúa diciendo que “se trata de una cuestión ajena a la constitución del derecho real de hipoteca, que es lo que realmente tiene trascendencia registral en esta fase”; finalmente, concluye indicando que “el hecho de que se exprese en la escritura calificada, genéricamente, la posibilidad de que la parte acreedora ejercite sus derechos y acciones por cualquiera de los procedimientos judiciales señalados en las leyes no puede tener entidad suficiente para impedir la inscripción”, máxime con una interpretación adecuada para que produzca efecto, además de considerar suficientemente explícita la escritura y la posibilidad de obtener en el futuro un título adecuado.

En definitiva, salvo error en la interpretación, se mantienen tres manifestaciones; la primera, que parece que el aspecto procesal no es cometido del registrador; la segunda, que tal aspecto es ajeno a la cuestión y a la trascendencia registral de tal fase; finalmente, que la posibilidad de poder ejercitar los derechos y acciones por cualquier procedimiento no puede impedir la inscripción con base a la argumentación indicada.

Con relación a los primeros aspectos, entendemos que podemos estar de acuerdo o no con esa minusvaloración, pero no tenemos duda, dicho con todo respeto a cualquier tesis contraria, que si preguntáramos a alguien, profesional en esta materia, si considera de suficiente interés en el momento inicial si, caso de incumplimiento, se puede hacer efectivo por

(200) El aspecto procesal es de notorio interés, por lo que los autores que, con carácter general, han estudiado la hipoteca cambiaria, y algunos que han enfocado aspectos particulares, se han ocupado de los procedimientos judiciales. Por su parte, ya la DG, en la importante Resolución de 26 de octubre de 1973, tantas veces citada, indicó que era viable el denominado, tradicionalmente, procedimiento judicial sumario si se cumplen los requisitos legales, no obstante el tenor literal del artículo 155 LH, que omite los títulos endosables.

uno u otro procedimiento la garantía hipotecaria, probablemente se quedaría asombrado de que se formule tal cuestión.

No haría falta acudir a las “lecturas” y comprobar que una línea importante en la determinación de la naturaleza de la hipoteca es precisamente aquella que la configura bajo el prisma de la conocida tesis procesalista de la hipoteca, uno de cuyos defensores ha sido CARNELUTTI (201); VIDAL señala que sin que la hipoteca pueda reducirse a un mero mecanismo procesal, “no es menos cierto que la posibilidad de ejecución forzosa no es en la hipoteca algo accesorio, sino el propio contenido del derecho” y “si la finalidad de la hipoteca y de toda garantía es la efectividad del crédito, el mecanismo de ejecución condicionará su contenido y determinará incluso su propia naturaleza jurídica y operatividad” (202).

Como decíamos, no hace falta acudir a “las lecturas”, basta estar en el “mundo hipotecario”. Cualquiera de las entidades que operan en ese ámbito califican de esencial la eventual proyección procesal; la mayoría desean huir de ella y la califican de indeseable recurso, pero ninguna quiere “bromas” en ese aspecto procesal.

Hay negocios que dependen de modo especial de esa vertiente y entre ellos cabe citar la hipoteca u, otro ejemplo, los arrendamientos (según opinión generalizada, el arrendamiento urbano no tiene mayor éxito por carecer de un procedimiento rápido).

Quizá tengamos un inicial defecto conceptual, pero siempre hemos pensado que la elevación a público o la inscripción de un acto “incorrecto” añade poco al mismo y de ordinario seguirá siendo “incorrecto”, aunque, eso sí, con el aval formal de la firma de un notario o de un registrador, de una autorización o de un acto de inscripción, sin perjuicio de los efectos que pueda producir en otros ámbitos (seguridad, apariencia, responsabilidad, etc.).

Llegados aquí no podemos resistirnos a constatar hechos reales; en alguna ocasión, una escritura de hipoteca presenta algún defecto específico en la articulación del procedimiento directo contra bienes hipotecados y/o del extrajudicial (por ejemplo, error en la fijación del precio para la subasta o el domicilio para requerimientos y notificaciones).

Sabido es que la DG, a nuestro juicio correctamente, considera que la omisión de un requisito exigido para un determinado cauce procesal no impide la inscripción y sí solo que no pueda utilizarse ese específico conducto procesal (arg. Res. de 7 de febrero de 2001).

Ahora bien, admitida esta tesis, cuando el defecto atañe al procedimiento extrajudicial, en *unas ocasiones* se subsana y en otras se inscribe

(201) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: tomo VII, pp. 125 y ss.

(202) VIDAL: p. 273.

excluyendo tal procedimiento; cuando el defecto se refiere al directo contra los bienes hipotecados *siempre* se subsana (esa es nuestra experiencia y así queda reflejada). Multitud de cláusulas quedan sin reflejo en el Registro, nunca la imposibilidad de ejercitar la acción directa contra los bienes hipotecados; por algo será.

En definitiva, pues, decir que por la acción cambiaria (203) puede reclamarse un interés superior al legal es una incoherencia, y si se inscribe será una “incoherencia inscrita” y no parece pueda decirse que es ajeno al cometido del registrador calificarlo, ni que sea cuestión extraña a la constitución de la hipoteca. Desde luego, un acreedor no entenderá que pasado el control notarial y la calificación registral, “a la hora de la verdad”, no puede hacerlo efectivo.

Dicho esto, hay que tener presente lógicamente que, por tratarse de un hecho futuro, motivado por un impago, que puede provocar distintas reacciones, la autorización notarial y la calificación registral debe ser amplia y flexible.

En esa línea, en parte, iba la calificación y por ello ante una redacción escrituraria de la cláusula 7.^a con evidentes errores (casualmente omitidos en la Resolución), sin mayor relevancia, la calificación resaltaba que se inscribiría la referencia a los procedimientos en general, omitiendo “la referencia concreta a tales especificaciones”.

Ciertamente, hoy, con la Resolución, la posibilidad de pactar todos los procedimientos posibles será inscribible, aunque, a nuestro juicio, ello no significa que en su día puedan utilizarse para reclamar intereses por encima de los límites legales; dependerá de lo que sea viable desde el punto de vista procesal, atendiendo a los datos concurrentes al momento de la reclamación.

Permítasenos una última referencia con relación a la nota y recurso. De hace años, últimamente sostenido con mayor vigor, se viene manteniendo que la nota delimita el defecto y, sin prejuzgar si es correcto o no, si la nota es inexacta, a ella se concreta el defecto. Aunque pueda ofrecer alguna duda tal línea, dado el tradicional valor de las Resoluciones que en muchos casos “sientan doctrina”, lo cierto es que así se viene configurando. Pues bien, si eso es lo correcto, parecería lo adecuado, por puro equilibrio, que la DG no discurra por cauce ajeno a lo pedido y argumentado, y en este sentido, en el escrito de interposición del recurso, se reconocía, con acierto o sin él, que en juicio cambiario no cabría pedir tales

(203) GARRIGUES ha destacado que “no es exacto identificar los términos «acción cambiaria» y «acción ejecutiva», ni contraponer «acción cambiaria» y «acción ordinaria». Toda acción fundada en una letra de cambio es una acción cambiaria, sea o no, además, acción ejecutiva” (resaltamos, no obstante, que esto está escrito antes de la LEC de 2000, *Tratado...*, pp. 552-553).

intereses por encima de los topes; es más, se reconoce que se trata de una acción causal derivada de la relación subyacente que motivó la aceptación, pero, preguntamos, ¿tal acción la tiene un endosatario?

Después de estas consideraciones debe recordarse, de modo casi referencial que, en caso de impago, es doctrina general que el acreedor puede ejercitar la acción personal para hacer efectivo el crédito hipotecario en cuanto derecho personal o la acción real para hacer efectivo el derecho real de hipoteca; ello puede deducirse del artículo 105 LH al reconocerse que la hipoteca no altera la responsabilidad personal del deudor.

Es también doctrina común que tales acciones pueden canalizarse por alguno de los clásicos procedimientos: el declarativo ordinario, actuando la acción personal a través del juicio declarativo correspondiente por razón de la cuantía; el “juicio ejecutivo ordinario”, ejercitando la acción personal fundada en el derecho de crédito documentado en la escritura pública de hipoteca (título ejecutivo según el art. 517,2,4.º LEC); el tradicionalmente denominado procedimiento judicial sumario, hoy regulado en los artículos 681 y siguientes LEC y concordantes como acción directa contra los bienes hipotecados; finalmente, el procedimiento extrajudicial ante notario (204).

A lo indicado cabe hacer dos matizaciones: la primera, la incidencia de los artículos 126 y 127 LH, a través de los cuales se ejercita la acción hipotecaria por el juicio ordinario, que presenta especialidades básicamente en el caso de que exista un tercer poseedor del inmueble (205).

Parte de la doctrina señala que hoy, tras la LEC de 7 de enero de 2000, los artículos 126 y 127 LH han perdido en gran medida la función que cumplían de articular especialidades para el caso de mediar un tercer poseedor, pues el nuevo artículo 538,2,3.º ya regula la posibilidad de que la ejecución sea dirigida contra los terceros “propietarios” (206).

De otra parte, si el preámbulo de la LEC 1/2000 (párr. 28, epíg. XVII) indicaba que la nueva regulación de la ejecución hipotecaria suponía un avance, dado que se traía a la LEC la regulación de tales procesos de ejecución y se regulaba de manera unitaria, parece razonable pensar con MARTÍN PÉREZ que tal reforma procesal debió atender a insertar tales artículos 126 y 127 LH en el contexto de la LEC (207).

La segunda matización deriva del supuesto particular contemplado por cuanto la hipoteca garantiza una obligación cambiaria, aunque, según la tesis de la DG, pueda garantizar otra de naturaleza extracambiaria.

(204) Por todos, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: tomo IX, pp. 243 y ss.; GÓMEZ-FERRER: pp. 935 y ss.; MORENO CATENA: tomo IV, pp. 247 y ss.

(205) MORENO CATENA: pp. 247-248.

(206) MARTÍN PÉREZ: pp. 514 y ss.; DÍAZ FRAILE: p. 46.

(207) MARTÍN PÉREZ: p. 517.

Alguna referencia hicimos a la acción cambiaria y a la poca fortuna de la redacción del artículo 49 LCyCH. No procede un análisis profundo del mismo. Baste decir, siguiendo a GUASCH que, hasta la LEC de 2000, la letra de cambio se integraba en el artículo 1.429 LEC de 1881 (antecedente del vigente 517 LEC) como título ejecutivo; la nueva regulación del juicio cambiario, básicamente en los artículos 819 y siguientes LEC, presenta diferencias importantes y no sólo formales, en cuya normativa el legislador ha optado por eliminar la fuerza ejecutiva de los documentos cambiarios articulando un procedimiento de carácter especial y ordinario. “Paradójicamente, pese a que los títulos cambiarios ya no son títulos ejecutivos, el artículo 56 LCCH sigue manteniendo expresa y literalmente la referencia tanto a la vía ordinaria como a la ejecutiva para el ejercicio de la acción cambiaria” (208).

Hechas estas consideraciones de tipo general, debemos retornar al caso específico que nos ocupa de la hipoteca cambiaria y a la Resolución de 1 de junio de 2006. Conforme a ésta, según venimos viendo, la hipoteca cambiaria puede garantizar una obligación cambiaria y otra extracambiaria, en el supuesto, por razón de intereses de demora por encima del tope legal. Parece razonable que en tal caso debería cambiar el nombre o, mejor dicho, el apellido de “cambiaria”. Como al momento de la constitución desconocemos las incidencias futuras, si la letra se pagará o no, por quién, si el acreedor final coincide con el inicial o no, etc., parece que en la escritura cabe pactar que en caso de impago se podría hacer efectivo por el acreedor por cualquiera de los procedimientos legalmente previstos y así podrá reflejarse en los libros registrales. Esto no significa, obviamente, que en todo caso y por los cauces procesales se pueda pedir intereses de demora por encima del tope legal; dependerá de quién lo solicita, contra quién y la acción ejercitada.

Para no entrar en derivaciones, parece claro que la acción cambiaria no los puede solicitar (arg. art. 49 LCyCH), del mismo modo que sí cabe cuando se ejercita la acción causal. Basta esto para resolver que será cuestión que dependerá de ciertas circunstancias futuras.

La propia DG dice, como hemos visto, que esa obligación extracambiaria “no podrá hacerse efectiva en el juicio cambiario”, añadiendo, además, que “podrá ser reclamado en el procedimiento de ejecución de la hipoteca *únicamente* si la acción hipotecaria se ejercita contra el deudor que asumió aquella obligación de pago de intereses que excedan del límite legal” (la cursiva es nuestra). Esta última proposición plantea dudas, probablemente por haber arropado bajo el mismo manto a dos esquemas diferentes, uno de ellos de naturaleza especial, en lugar de haber elevado

(208) GUASCH: pp. 24 y ss.

el enfoque y haberlos acogido bajo una estructura superior de una hipoteca sin apellido cambiario.

De cualquier modo, creemos que, aunque la Resolución no lo dice, e incluso de su lectura podría obtenerse una conclusión diferente, el endosatario, como tal, no puede reclamar esos intereses extracambiaros. El endosatario, como tal, es un acreedor cambiario y podrá hacer efectivos cuantos derechos resulten de la letra de cambio (art. 17 LCyCH), pero parece un exceso que también pueda actuar obligaciones extracambiaras si no hay un título diferente del propio endoso para ello.

VIII. Conclusión

La Resolución comentada de 1 de junio de 2006 extiende la viabilidad de la tradicional hipoteca cambiaria para bajo una única hipoteca garantizar el pago de una obligación cambiaria y un eventual interés de demora por encima de los límites de la LCyCH, como obligación extracambiaria.

La DG, en sus Resoluciones de 8 y 9 de octubre de 2002, entendió que nada impide que un librado aceptante se comprometa a abonar un interés de demora superior, en caso de impago, obligación que no tiene el carácter de cambiaria, sino que deriva del negocio que motivó su emisión, el cual sirve de fundamento o causa de su exigibilidad, planteamiento que viene avalado por la libertad de contratación admitida en nuestro Derecho.

La Resolución de 28 de marzo de 2005 añadió a lo anterior que la obligación cambiaria y la extracambiaria, perfectamente válidas, al no estar sometidas a un mismo régimen jurídico, para quedar garantizadas ambas, debía constituirse una hipoteca separada de la cambiaria.

Las dudas y cuestiones que planteaban esa dualidad hipotecaria eran varias y variadas. Quizá por ello la DG da un paso más y considera que cabe una hipoteca única que garantice ambas obligaciones.

Admitida esta nueva visión de la hipoteca cambiaria cabe deducir, a nuestro juicio, alguna conclusión a la vista de lo expuesto en las líneas precedentes.

La primera, que se produce una alteración del concepto y ámbito tradicional de la hipoteca cambiaria y quizá convenga cambiar la denominación. Hipoteca “cambiaria” que garantice una obligación “extracambiaria” cuando menos produce una inicial sorpresa.

En segundo término, hay que recordar que una de las características que dotan de especialidad a esta hipoteca es la propia obligación cambiaria garantizada sujeta a un específico régimen jurídico; desde esta perspectiva no parece fácil la cohabitación entre ambas obligaciones, dificultando

tades que se acrecientan cuando de la esfera *inter partes* salimos al ámbito *inter tertios*.

Quizá por ello la propia DG diga que esa obligación extracambiaria de abonar intereses por encima del límite legal “no podrá hacerse efectiva en el juicio cambiario” y “podrá ser reclamada en el procedimiento de ejecución de la hipoteca únicamente si la acción hipotecaria se ejercita contra el deudor que asumió aquella obligación de pago de intereses que excedan del límite legal”.

En esa línea parece que un endosatario, por este solo título, tampoco puede reclamar esos intereses extracambiaros, pues el endoso transmite los derechos resultantes de la letra de cambio.

En tercer lugar, desde un punto de vista técnico, nada cabe decir que como hipótesis pueda garantizarse con una sola hipoteca varias obligaciones, si no se altera alguna norma, pero deslizar que ello debe ser así “atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico” es, en este caso concreto de la hipoteca cambiaria, una expresión, sin duda alguna, con escasa fortuna.

En cuarto lugar, el que sea viable esa hipoteca (dejemos de llamarla cambiaria) en garantía de la obligación cambiaria y de la indicada extracambiaria de intereses de demora por encima del límite de la LCyCH no significa que el régimen jurídico de ellas sea unívoco; es distinto, como expresó la Resolución de 28 de marzo de 2005, si bien, a diferencia de lo expresado por ésta, no se precisa de hipoteca independiente, sino que cabe bajo una misma hipoteca.

La propia DG así lo reconoce, aunque considera que no es necesario su explícita diferenciación, por cuanto se debe interpretar de modo más adecuado para producir efecto a la luz del artículo 58 LCyCH. Si los notarios deben redactar empleando un “estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos” (art. 148 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944) y los registradores deben, igualmente, ser claros y precisos por razón del principio de especialidad y publicidad, quizá la DG podría haber recomendado, aunque sólo fuera con este carácter, como en otras ocasiones hace, que la dualidad obligacional tuviera un cierto reflejo en la escritura y en la inscripción. De cualquier modo, creemos que, lo diga o no el documento, debe reflejarse esa distinción en la inscripción, de modo que quede garantizado el interés de demora en el porcentaje pactado, por obligación cambiaria hasta el límite legal y el resto por obligación extracambiaria. La claridad en la publicidad así lo exige, además de evitar cualquier duda, de especial relieve si tenemos en cuenta que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Nota bibliográfica

- AGUILAR RUIZ, Leonor: "La aplicación jurisprudencial de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo", *RdP*, número 4, 2000-1, pp. 125 y ss.
- ALBIOL MARES, Pedro: "Comentario a la Resolución de 18 de diciembre de 1996", *La Notaría*, febrero de 1997, pp. 211 y ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. R. BERCOVITZ, 1999.
- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: "El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas", *Escritura Pública*, Ensayos de actualidad, 2004.
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel:
- "La unidad de crédito hipotecario", en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, 1985, pp. 547 y ss.
 - "Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda", en *RCDI*, número 631, año 1995, pp. 1951 y ss.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: *La "hipoteca global": valoración y crítica*, 2004.
- ÁVILA NAVARRO, Pedro:
- *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, 1990.
 - "Comentario a la Resolución de 18 de diciembre de 1996", *RJC*, 1997, número 3, pp. 856 y ss.
- BAENA RUIZ, Eduardo: "El juicio cambiario", en *Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. MARINA MARTÍNEZ-PARDO y LOSCERTALES FUERTES, 2000, II, pp. 1649 y ss.
- BANACLOCHE PALAO, Julio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2001 (varios autores, DE LA OLIVA, DÍEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "Comentario al artículo 1.110 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, tomo XV, volumen 1.º, 1989.
- CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael: *Las cláusulas de la hipoteca*, 2006.
- CAMY SANCHEZ-CAÑETE, Buenaventura:
- *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª edición, volumen 6.º, pp. 904 y ss.
 - "Comentario a la Resolución de 31 de octubre de 1978", *RDP*, 1979, pp. 101 y ss.
- CANALS BRAGE, Fernando: "Comentario artículos 154 a 156", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo VII, volumen 8, pp. 418 y ss.
- CANO FERNÁNDEZ, Emiliano: "La hipoteca cambiaria", en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, 1975, pp. 573 y ss.
- CARRETERO GARCÍA, Tirso: "Comentario a la Resolución de 31 de octubre de 1978", *RCDI*, número 540, año 1980, pp. 1165 y ss.
- CASAL GARMENDIA, Marta: "Hipoteca cambiaria", en *Libro-homenaje a Jesús López Medel*, I, 1999, pp. 925 y ss.
- CASERO MEJÍAS, Manuel: "Comentario a la Resolución de 14 de octubre de 1986", *RCDI*, número 583, año 1987, pp. 1824 y ss.

- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: "Adquisición de finca hipotecada en fase de ejecución. «Subrogación legal» del acreedor hipotecario en las cargas y gravámenes preferentes y también en la obligación de pago del crédito a favor del mismo acreedor hipotecario, mediante aquéllos asegurado. Consiguiente extinción, por confusión de derechos, del crédito hipotecario garantizado preferentemente y, como consecuencia lógica de la regla de la accesoriedad, de la garantía hipotecaria que lo aseguraba, al no haberse distribuido la responsabilidad hipotecaria entre las dos fincas gravadas con la hipoteca (solidaria). Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de enero de 1999", RDP, abril 2000, pp. 308 y ss.
- CHICO Y ORTIZ, José María y BONILLA ENCINA, Juan Francisco: *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, tomo 2.º, 1968.
- CHICO Y ORTIZ, José María:
- *Estudios sobre Derecho hipotecario*, tomo II, 2000, actualizada por varios autores sobre la anterior de 1994.
 - "Comentario a la Resolución de 26 de octubre de 1973", ADC, 1976-I, pp. 192 y ss.
- CORDERO LOBATO, Encarna:
- *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, 1997.
 - *Tratado de los Derechos de Garantía*, con CARRASCO PERERA y MARÍN LÓPEZ, 2002.
- CORTÉS, Luis Javier: *Lecciones de Derecho mercantil*, dir. MENÉNDEZ, 2005.
- CUNAT EDO, Vicente: "El artículo 1.170 del Código Civil y su aplicación a la entrega de letras de cambio", RDM, 1973, pp. 89 y ss.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: "La hipoteca cambiaria de constitución unilateral", RCDI, número 531, año 1979, pp. 347 y ss.
- DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: "Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria" y "Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario", recogidos en libro-homenaje a su autor, 1976.
- DÍAZ FRAILE, Juan María:
- "Comentarios al artículo 131 LH", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo VII, volumen 7, 2000.
 - *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados. Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, Luis:
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen 2.º, "Las relaciones obligatorias", 1996.
 - "La hipoteca y los intereses de la obligación garantizada", *La Ley*, 1992, 4, pp. 944 y ss.
- FERNÁNDEZ CABALEIRO, Eugenio: "Comentario a la Resolución de 25 y 26 de octubre de 1973", RCDI, número 501, año 1974, pp. 326 y ss.
- FLORÁN FAZIO, Francisco José: "Hipoteca en garantía de letra de cambio", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, número 271, de 1990. En *Recopilación de Trabajos y Notas de Colaboración del Boletín del Colegio de Registradores de España*, años 1986-2001, tomo I, pp. 1203 y ss.
- FUSTER, Andrés Íñigo: "Nulidad y usura. La nulidad del préstamo usurario a la

- luz de la Ley de Represión de la Usura". Sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales número 16/2003. Parte Estudio, Aranzadi 2003. Tomado de Westlaw BIB 2003/1469.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: "Comentario al artículo 1.110 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, tomo II.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel:
- "Un problema de hipoteca: unas cláusulas de vencimiento anticipado y de interés variable no inscribibles", RCDI, año 1987, número 582, pp. 1463 y ss.
 - *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 2006.
- GARRIGUES, Joaquín: *Tratado de Derecho mercantil*, II, 1955.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: "La hipoteca", en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo II, reales, volumen 3.º (coord. general, DELGADO DE MIGUEL), 2003.
- GÓMEZ GALLIGO, Francisco Javier: "Comentario al artículo 114 LH", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo VII, volumen 6.º, 2000, pp. 286 y ss.
- GONZÁLEZ LAGUNA, Miguel: "La hipoteca cambiaria", RCDI, número 533, año 1979.
- GONZÁLEZ LAGUNA, Miguel, y MANZANO SOLANO, Antonio: "Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos", RCDI, año 1985, número 566, pp. 109 y ss.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: "La hipoteca de seguridad", conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 10 de abril de 1920, recogido en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, tomo II, 1948, pp. 83 y ss.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: *La hipoteca en garantía de letras de cambio*, 1987.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: "Hipoteca. Prescripción de la acción hipotecaria: extinción de la obligación garantizada y subsistencia de la hipoteca (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2004)", RCDI, número 690, año 2005, pp. 1.447 y ss.
- GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi: *El juicio cambiario*, 2005.
- GUIMERÁ PERAZA, Marcos: "Hipoteca de máximo en garantía del pago de letras de cambio", RJC, año 1954, marzo-abril, pp. 139 y ss.
- HERNÁNDEZ JUAN, Diego: *Las aplicaciones prácticas de la letra de cambio y el cheque*, 1985.
- IGLESIAS PRADA, Juan Luis: "El libramiento de la letra de cambio", en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, dir. Aurelio MENÉNDEZ, 1986.
- JURADO JURADO, Juan José: "El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades", RCDI, número 662, año 2000, pp. 3143 y ss.
- JURISPRUDENCIA REGISTRAL de ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, de 1862 a 1977, continuada después por AMORÓS GUARDIOLA y otros hasta 2001.
- LALAGUNA, Enrique: "Los créditos hipotecarios", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, 1976, II, pp. 77 y ss.
- LEYES HIPOTECARIAS Y REGISTRALES DE ESPAÑA, varios tomos y años desde 1974. Editorial Castalia.

MANZANARES SECADES, Alberto: "Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de financiación en el ámbito de Banca Corporativa", *La Ley*, 25 de octubre de 2002. Utilizada versión de Internet.

MANZANO SOLANO, Antonio:

- "Cancelación de la hipoteca cambiaria (Aproximación a sus causas y títulos formales específicos)", RCDI, año 1982, número 552, pp. 1237 y ss.
- "La identificación de las cambiales y otras cuestiones sobre la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio", RCDI, número 546, año 1981, pp. 1193 y ss.
- "Hipoteca cambiaria", en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, 1993, pp. 9 y ss.
- "Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos." Junto a GONZÁLEZ LAGUNA, RCDI, 1985, número 566.

MARTÍN PÉREZ, José Antonio: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo VII, volumen 6.º pp. 510 y ss.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: "Introducción", en *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del Cheque*. Dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, 1986, pp. 17 y ss.

MERINO GUTIÉRREZ, Arturo: *La hipoteca en garantía de una emisión de valores*, 1994.

MESA MARRERO, Carolina: "Intereses moratorios: entre la usura y la cláusula penal. Comentario a la STS de 2 de octubre de 2001", RdP, número 9, 2002-2, pp. 199 y ss.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María: "Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior", RdP, número 3, 1999-2, pp. 27 y ss.

MORENO CATENA, Víctor: *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, 2000, tomo IV.

MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: "Hipoteca cambiaria: intereses y errores", *La Ley*, 1985-2, pp. 948 y ss.

MUÑOZ-PLANAS, José María: "La renovación cambiaria", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, I, 1971, pp. 221 y ss.

NAVARRO VIÑUALES, José María:

- "El derecho real de hipoteca inmobiliaria en la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado", RCDI, número 654, año 1999, pp. 1917 y ss.
- "Comentario a la Resolución de 20 de julio de 1999", *La Notaría*, julio-agosto, 1999, tomo II, pp. 293 y ss.

ORDÁS ALONSO, Marta: *El interés de demora*, 2004.

OTERO LASTRES, José Manuel: "Reflexiones sobre la aplicabilidad de los artículos 111 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas a los pagarés de empresa", *La Ley*, 1985, I, pp. 1146 y ss.

PAZ-ARES, Cándido:

- "Naturaleza jurídica de la letra de cambio", en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del Cheque*, dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, 1986.
- "Las excepciones cambiarias", en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del Cheque*, dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, 1986, pp. 251 y ss.

PAZ-ARES, Cándido:

— “Comentario al artículo 1.170 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, 1991, pp. 200 y ss.

PAZ-ARES, Ignacio: “El contrato de préstamo”, en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo III, obligaciones y contratos, volumen 2.º (coord. general, DELGADO DE MIGUEL), 2005.

PAZ RUBIO, José María y otros autores: *Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2000.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo II, 1999.

PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio: *Lecciones de Derecho mercantil*, dir. Aurelio MENÉNDEZ, 2005.

PÉREZ JOFRE, José: “Letra de cambio e hipoteca”, *Nuestra Revista* (publicación notarial), julio 1947, números 722-723, pp. 89 y ss.

POLO, Eduardo. “La emisión de la letra y las relaciones subyacentes. La provisión de fondos y sucesión”, *RDBB*, número 27, julio-septiembre 1987, pp. 473 y ss.

REGLERO CAMPOS, Fernando: “Comentario al artículo 1.964 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, 1994.

REY PORTOLÉS, Juan Manuel: “Primer auto de Presidente de Tribunal Superior Autonómico que resuelve el controvertido tema de la inscribibilidad de las escrituras de hipoteca en garantía de obligaciones emitidas por particulares”, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, 1995, pp. 189 y ss.

RIVAS TORRALBA, Rafael:

— *Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución*, 2001.

— *Anotaciones de embargo*, 2006.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: “La hipoteca, su ejecución y las cantidades garantizadas: principal, intereses, costas y otros gastos”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, 2003, pp. 4235 y ss.

ROCA GUILLAMÓN, Juan: “La hipoteca cambiaria”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, volumen 2.º, coord. NIETO CAROL, pp. 267 y ss.

ROCA SASTRE, Ramón María:

— *Derecho hipotecario*, 1968.

— “Variaciones sobre la hipoteca cambiaria”, *Centenario de la Ley del Notariado*, sección 3.ª, Estudios jurídicos varios, volumen I, 1964, pp. 235 y ss.

ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho hipotecario*, 8.ª edición, 1995-1998.

ROMERO CANDAU, Pedro Antonio: *La Notaría*, noviembre-diciembre de 2002, p. 342.

RUBIO, Jesús: *Derecho cambiario*, 1973.

RUBIO TORRANO, Enrique: “Préstamo con interés, cláusula de estabilización y usura (comentario a las SSTs de 15 de febrero de 1997 y 8 de marzo de 1997)”, *Aranzadi Civil*, volumen II, Parte Tribuna, pp. 11 y ss., y Aranzadi 1997. Tomado de Westlaw BIB 1997/781.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel:

— “Comentario a la STS de 12 de marzo de 1991”, CCJC, número 25, enero-marzo 1991, pp. 321 y ss.

— “Comentario al artículo 1.108 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, tomo XV, volumen 1.º, 1989, pp. 752 y ss.

SABATER BAYLE, Elsa: “Los contratos usurarios en la reciente jurisprudencia”, en *Aranzadi civil*, volumen I, Parte estudio, p. 5, 1994. Tomado de Westlaw BIB 1994/146.

SANAHUJA TOMÁS, José: “Estudio pragmático de la hipoteca cambiaria”, RJC, abril-junio 1975, pp. 143 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando: “Evolución y perspectivas del régimen de los títulos-valores (letra de cambio, cheque y otros títulos)”, en “Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil”, 8 a 11 de mayo de 1979, en el seno de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 1979.

SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, 1945.

SAPENA, Joaquín: “Hipoteca cambiaria”, RDM, octubre-diciembre de 1956, pp. 243 y ss.

STAMPA, Leopoldo: “La hipoteca cambiaria y la Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, RCDI, número 546, año 1981.

TOMILLO URBINA, Jorge Luis:

— *La hipoteca cambiaria en el ordenamiento jurídico español*, 1987.

— “Admisibilidad de la hipoteca cambiaria en el Derecho positivo español”, RDM, número 179-180, año 1986, pp. 157 y ss.

TORRALBA SORIANO, Orencio-Vicente: “Estudio crítico del artículo 1.110 del Código Civil”, RCDI, año 1966, número 457, pp. 1509 y ss.

URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio, en Colectiva “Curso de derecho mercantil”, Uría-Menéndez, tomo II, 2001.

VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso:

— *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, 1989.

— *Comentarios a la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, dir. CAZORLA PRIETO, 2002.

— “Anotaciones preventivas a favor de las Comunidades de Propietarios”, *El Consultor Inmobiliario*, junio 2001, pp. 3 y ss.

VERDERA SERVER, Rafael:

— “Pluralidad de créditos y garantía hipotecaria única. Comentario a la Resolución de la DGRN de 28 de julio de 1998”, RdP, número 2, 1999-1, pp. 495 y ss.

— *La hipoteca a favor de dos o más acreedores*, 1999.

VERGEZ SÁNCHEZ, Mercedes: “La circulación de la letra de cambio”, en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, dir. Aurelio MENÉNDEZ, 1986.

VIDAL FRANCÉS, Pablo: “Problemática registral de los procedimientos de ejecución hipotecada”, en *Hipotecas y Seguridad jurídica*, 1991.

VIVAS TESÓN, Inmaculada: “Responsabilidad real del adjudicatario de una finca hipoteca: Comentario a la STS de 30 de enero 1999”, RdP, número 3, pp. 441 y ss.

DURACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA CONCERTADO POR EL USUFRUCTUARIO

ISABEL ZURITA MARTÍN
Profesora Titular de Derecho Civil.
Universidad de Cádiz

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** ARRENDAMIENTOS CELEBRADOS A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1994 (LAU 1994). **II.1.** Planteamiento inicial: la extinción de los arrendamientos por terminación del usufructo ex artículo 13.2 LAU 1994. **II.2.** Las excepciones derivadas del artículo 13.3 LAU 1994. **II.3.** Duración de los arrendamientos subsistentes. **III.** ARRENDAMIENTOS CONCERTADOS BAJO LA VIGENCIA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1964 (TR 1964). **III.1.** El artículo 57 TR: subsistencia de los arrendamientos concertados por el usufructuario. **III.2.** El artículo 114.12 TR: resolución del arrendamiento otorgado por el usufructuario en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad. **IV.** ARRENDAMIENTOS CELEBRADOS DURANTE LA VIGENCIA DEL REAL DECRETO-LEY 2/1985, SOBRE MEDIDAS DE POLÍTICA ECONÓMICA (RDL 1985). **IV.1.** Los distintos regímenes jurídicos aplicables a los contratos celebrados al amparo del RD-L 1985. **IV.2.** Contratos de duración libremente pactada. **IV.3.** Contratos sometidos a prórroga forzosa. **V.** CONCLUSIONES.

I. Introducción

No parece, a simple vista, que el arrendamiento concertado por el usufructuario de una vivienda pueda desencadenar, tanto a los estudiosos como a los aplicadores del Derecho, excesivos problemas de trascendencia intelectual y, mucho menos, de índole práctica. En buena lógica, parece lícito pensar que la resolución del derecho del arrendador usufructuario dé por extinguido el contrato de arrendamiento. Sin embargo, el más mínimo acercamiento a la cuestión hace comprender que la realidad es otra. Los conflictos que pueden derivarse del hecho de que exista un arrendamiento de vivienda celebrado por el usufructuario de la finca arrendada vienen de la mano de la diversidad normativa que atiende este asunto, que se despliega entre las tres distintas normas que se hallan, en alguna medida, todavía vigentes en materia de arrendamientos urbanos. Obsérvese, así, que en atención al momento de celebración del contrato, deberá determinarse si resulta de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (TR 1964), el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica (RD-L 1985) o la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU 1994), que ofrecen soluciones diversas, además de poco claras en la mayoría de los casos, a la cuestión objeto del presente estudio.

Partiendo de esta premisa, este trabajo tiene como objetivo principal precisar la normativa aplicable a la duración del arrendamiento de vivienda concertado por el usufructuario, realizando para ello un estudio cronológico de las referidas leyes reguladoras de los arrendamientos urbanos, a fin de concretar el específico régimen jurídico que a cada situación temporal corresponde.

II. Arrendamientos celebrados a partir de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (LAU 1994)

II.1. Planteamiento inicial: la extinción de los arrendamientos por terminación del usufructo.

Son los arrendamientos celebrados a partir del primero de enero de 1995 –fecha de entrada en vigor de la LAU 1994– los que, *a priori*, deberían plantear menor cantidad de problemas referentes al tema que abordamos aquí, en cuanto el artículo 13.2 de esta nueva Ley de arrendamientos urbanos vino a devolver plena vigencia a la regla general establecida –en sede de usufructo– por el artículo 480 del Código Civil, según la cual los contratos de arrendamiento celebrados por el usufructuario se resuelve-

rán al fin del usufructo, salvo los concernientes a fincas rústicas, que se considerarán subsistentes durante el año agrícola. Efectivamente, la LAU 1994 vuelve, así, al sistema imperante bajo la normativa codificada, disponiendo claramente que *Los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley*, derogando la excepción a la regla del artículo 480 del Código establecida por el artículo 57 del Texto Refundido, que permitió la subsistencia del arrendamiento a pesar de la extinción del usufructo. La simplicidad de la citada regla, sin embargo, es más aparente que real, como comprobaremos a lo largo de estas líneas.

De entrada, no han faltado serias críticas a la abierta arbitrariedad con que se ha tratado la duración del arrendamiento otorgado por los titulares de los derechos de goce a que se refiere el apartado segundo del artículo 13 de la LAU 1994, en relación con los supuestos contemplados por el apartado primero del mismo precepto, con los que guardan clara identidad de razón (1). Ciertamente, no se acierta bien a comprender el trato desigual que se dispensa a la duración de los arrendamientos para los casos de resolución del derecho del arrendador por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, supuestos todos que permiten la subsistencia del arrendamiento hasta completar el plazo de cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1; tan sólo para los contratos de duración pactada superior a cinco años, y transcurridos los cinco primeros años del mismo, el arrendamiento quedará extinguido por resolución del derecho del arrendador por las causas antedichas.

Esta falta de criterio uniforme no puede hacernos dudar, no obstante, de la rotundidad de la afirmación del artículo 13.2, que ordena la extinción de los arrendamientos cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde su celebración, pues no parece admisible atribuir dicha disparidad de criterio a un lapsus del legislador, que cuando ha querido salvar el derecho del arrendatario durante los cinco primeros años del contrato lo ha indicado expresamente, y en este caso, precisamente, lo ha hecho justo en el apartado anterior.

Así pues, todo parece indicar que toda pérdida sobrevenida del usufructo produce como consecuencia directa la extinción del contrato de

(1) En este sentido, MARÍN LÓPEZ, J. J.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. por R. BERCOVITZ, Pamplona, 2002, p. 317.

arrendamiento concertado por el usufructuario, con independencia de que dicha pérdida se haya producido por hecho propio –fallecimiento del usufructuario por suicidio, venta o renuncia del usufructo– o ajeno (expiración del plazo establecido, cumplimiento de la condición resolutoria impuesta, pérdida de la cosa). En el primer supuesto cabría al arrendatario, en su caso, la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato por parte del arrendador, exigible a éste o a sus herederos (2).

No es unánime, sin embargo, la doctrina en cuanto a los efectos extintivos del arrendamiento por virtud de cualquier causa de resolución del derecho de usufructo. Así, para SERRA I CAMÚS, la renuncia por el usufructuario a su derecho, si bien supone la extinción del usufructo, nunca puede suponer la extinción del contrato de arrendamiento suscrito por el usufructuario, pues ello sería contrario a lo establecido por el artículo 6.2 CC al establecer que “la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”; igualmente disconforme sería con el principio de irrevocabilidad de los contratos consagrado en el artículo 1.256 CC, al disponer que “la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (3). El argumento encuentra también fundamento jurisprudencial en la SAP Valladolid 14 de julio de 1999, que declara la inoponibilidad de la renuncia del usufructo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 6.2 CC, por producirse perjuicio para el tercero arrendatario (4). Idéntica solución merece, en opinión de este autor, el supuesto del negocio jurídico realizado entre el usufructuario y el nudo propietario al objeto de consolidar el derecho de propiedad, pues al adquirirse el usufructo debe estimarse que éste se ha transmitido junto a los derechos que para terceros se derivarán del mismo, “pudiendo afirmarse que nos hallamos ante una renuncia traslativa del derecho de usufructo a favor del nudo propietario que, si bien supone la extinción del usufructo por consolidación, no puede afectar jamás al arrendatario” (5).

(2) En opinión de MARÍN LÓPEZ, J. J., para determinar el *quantum* de esta indemnización no es aplicable el artículo 14.2 *in fine* de la LAU, *op. cit.*, p. 320.

(3) “Por tanto –concluye SERRA I CAMÚS, M.: «Finalización del arrendamiento urbano al extinguirse el derecho del usufructuario arrendador», RJC 2003/3, p. 783–, si bien la renuncia efectuada por el arrendatario será válida respecto del nudo propietario que consolida su dominio (pues civilmente tal hecho no puede desconocerse), los contratos de arrendamiento suscritos por dicho usufructuario renunciante deben ser respetados por el propietario que consolida su dominio hasta la fecha en que el derecho de usufructo renunciado se hubiese extinguido por cualquier otra causa (muerte del usufructuario, expiración del plazo, etc.).”

(4) SAP Valladolid 14 de julio de 1999 (AC 1999/7011).

(5) SERRA I CAMÚS, M.: *op. cit.*, pp. 133-134.

A nuestro modo de ver, el incumplimiento por el usufructuario de la relación que le une al arrendatario no tiene por qué afectar al nudo propietario que se encuentra amparado por lo preceptuado por el artículo 13.2 LAU. Este precepto regula el supuesto específico de extinción de los arrendamientos por terminación del derecho del usufructuario arrendador, sin hacer distinción alguna entre las posibles causas extintivas del derecho de usufructo a fin de realizar excepciones a la regla de principio. Obsérvese cómo el mantenimiento del contrato arrendaticio sí ha sido previsto por el legislador para el caso de venta de la finca arrendada en el artículo 14 LAU, incluso excepcionando el principio de fe pública registral (6). Por otra parte, la aplicación del artículo 6.2, en cuanto al perjuicio de tercero derivado de la renuncia de derechos, provocaría un perjuicio correlativo para el propietario del inmueble en virtud de una relación jurídica —la de arrendamiento— que es ajena y posterior a su derecho. Evidentemente, la ruptura anticipada de esta relación, por incumplimiento del usufructuario arrendador, no deja desprotegido al arrendatario, en cuanto aquél no quedaría exento del deber de resarcir a éste con la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios derivada de la responsabilidad contractual *ex* artículo 1.554-3.º CC.

Por otra parte, parece que, en principio, la extinción del arrendamiento se producirá con independencia del conocimiento por el arrendatario de la cualidad de usufructuario del arrendador; su desconocimiento no le legitimaría para oponer al propietario la subsistencia del contrato, por lo que la falta de buena fe del usufructuario arrendador al omitir la información referente a la verdadera cualidad de su título tan sólo habilitaría al arrendatario para ejercitar una acción de reclamación de daños y perjuicios frente al arrendador.

(6) Sostiene MARÍN LÓPEZ, J. J., que, aunque el texto del artículo 14 LAU se refiere siempre a la “enajenación” de la vivienda, en su espíritu se comprenden sin duda todos aquellos supuestos en que la transmisión tiene por objeto, no la propiedad de la vivienda arrendada, sino el derecho que el arrendador tiene sobre la vivienda y que en su momento le permitió la celebración del arrendamiento. En la legislación vigente hay que tener en cuenta que la posición del adquirente de finca arrendada se encuentra regulada en el artículo 14 LAU, mientras que la de cualquier otro tercero que se convierta en titular de la cosa arrendada por virtud de un acto o negocio que no constituya enajenación de vivienda (p. ej., extinción de un usufructo), se encuentra disciplinada por el artículo 13 LAU. De esta forma —concluye el autor—, “es altamente probable que en la práctica acabe por imponerse la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 14 LAU en términos negativos respecto del artículo 13 LAU, de tal modo que se incluyan en aquél todos los supuestos que tengan por resultado la transferencia a un tercero del derecho del arrendador que, sin embargo, no tengan cabida en el segundo”, *op. cit.*, p. 333.

II.2. Las excepciones derivadas del artículo 13.3 LAU.

Ahora bien, en el caso de que el arrendatario hubiese concertado el contrato, de buena fe, confiado en la titularidad dominical registral del arrendador, o bien en la apariencia fáctica de titularidad provocada por el verdadero dueño, nos encontraremos dentro del ámbito de aplicación del apartado tercero del artículo 13 de la LAU, en virtud del cual *Durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1.*

La finalidad de este precepto es la de mantener al arrendatario en el disfrute de la vivienda, arrendada por quien parecía ser, sin serlo, propietario de la misma; el verdadero titular quedará, pues, imposibilitado para invocar la anulación del arrendamiento por la falta de legitimidad del arrendador, viéndose de tal manera sancionado por su falta de diligencia. Ciertamente, debemos pensar que el artículo 13.3 LAU castiga al propietario que evidencia su escasa diligencia por dos circunstancias: bien la ausencia de inscripción de su título, o bien la creación de un estado de cosas que permitió al arrendatario pensar legítimamente que una persona carente de título, o sin título suficiente, gozaba de la libre disposición sobre la cosa arrendada (7). En el primer caso nos encontramos ante un supuesto de protección de la apariencia registral similar al del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si bien aquí no se le exige al arrendatario la inscripción de su título. En el segundo caso, la protección del arrendatario queda condicionada no sólo a la existencia de la apariencia fáctica de titularidad, sino a la imputabilidad de dicha apariencia al verdadero propietario del inmueble, que ha permitido, como pone de relieve MARÍN LÓPEZ, por acción (nombrando un representante con amplios poderes o realizando una transmisión fiduciaria de la vivienda), o por omisión (porque ha abandonado, de hecho, sus poderes dominicales), que otra persona ostente notoria y públicamente una titularidad que no le pertenece (8). Necesariamente, habrá de ser el verdadero dueño quien destruya la presunción de buena fe del arrendatario, acreditando que el inquilino era conocedor de la verdadera situación dominical de la finca arrendada.

En definitiva, poniendo en relación los apartados segundo y tercero del artículo 13 LAU, debe extraerse que la extinción del arrendamiento

(7) En este sentido, PRATS ALBENTOSA, L.: *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. por VALPUESTA FERNÁNDEZ, Valencia, 1994, p. 135.

(8) MARÍN LÓPEZ, J. J.: *op. cit.*, p. 329.

concertado por el usufructuario tan sólo tendría lugar cuando el arrendatario haya tenido conocimiento de la condición de aquél a la hora de celebrar el contrato, bien por directa iniciativa del usufructuario –informándolo adecuadamente de los límites de su derecho, siguiendo el recto mandato del principio de buena fe contractual–, o bien por conocimiento previo, por medios propios, del arrendatario, puesto que, en caso contrario, nos encontraríamos en el supuesto de hecho del artículo 13.3 LAU. No obstante, cabría cuestionarse aquí si, en el caso de usufructo inscrito, el silencio del arrendador sobre la verdadera entidad de su título desplazaría la falta de diligencia del arrendatario que omite la consulta al Registro de la Propiedad. A nuestro juicio, para salvar la negligencia del arrendatario sería preciso acreditar, ya sea la mala fe del arrendador a lo largo del *iter* negocial, provocando con una actuación dolosa la inactividad de su contraparte, o ya la falta de responsabilidad propia de éste por su no acceso a dicha información, además de que toda esa apariencia de titularidad dominical que ha confundido al arrendatario haya sido provocada por la actitud del auténtico dueño, tal como exige el apartado tercero del artículo 13 LAU. En verdad, la evidencia de esta hipótesis debe considerarse, cuando menos, de complicada acreditación.

El artículo 13.3 LAU viene a constituirse, por tanto, en excepción del 13.2, en cuanto el arrendamiento se extinguiría por resolución del usufructo, salvo cuando concurren las circunstancias por aquél descritas: apariencia de titularidad dominical del arrendador, ya sea registral, o factual atribuible al verdadero propietario.

No compartimos, siguiendo esta línea, la opinión de MARÍN LÓPEZ, quien se muestra partidario de la inoponibilidad, en todo caso, del arrendamiento al propietario de la finca arrendada, con independencia del conocimiento por el arrendatario de las características del título del arrendador; así, en el caso de que el usufructuario no informara al arrendatario de la cualidad limitada y *ad tempus* de su derecho, sólo dispondrá de un derecho puramente indemnizatorio frente a su arrendador por la extinción prematura del contrato de arrendamiento. A juicio de este autor, “ni siquiera si el arrendamiento ha sido concertado de buena fe con persona que en el Registro figura como usufructuario, aun sin serlo, la oponibilidad puede fundarse en el artículo 13.3 LAU. Este precepto dirime un conflicto entre el usufructuario aparente y el verdadero, obligando a éste a soportar el usufructo (*sic*) concertado por aquél, pero no entre el usufructuario aparente y el nudo propietario” (9). A dicha conclusión llega

(9) MARÍN LÓPEZ, J. J.: *op. cit.*, p. 320, nota 57. Igualmente, señala LOSCERTALES FUERTES, D.: *Arrendamientos Urbanos. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Madrid, 2005, p. 198–, que la falta de la debida información por los arrendadores contemplados en el artículo 13.2 al

MARÍN LÓPEZ al entender que, si bien el artículo 13.3 LAU contempla únicamente el caso del arrendador que figure registralmente como propietario de la vivienda arrendada, o que parezca ser su titular en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, se encuentran igualmente regidas por dicho precepto aquellas situaciones en las que el título que fundamenta la celebración del arriendo no es la propiedad (inexistente) del arrendador, sino cualquier otro derecho de los que permiten a su titular dar en arriendo la vivienda (10).

Desde nuestro punto de vista, aun en la hipótesis de que el supuesto contemplado por el artículo 13.3 LAU pudiera hacerse extensivo al caso de conflicto entre un usufructuario real y otro aparente –situación, por lo demás, bastante insólita, en la que no parece que estuviera pensando el legislador–, ello no empece que sigamos defendiendo la oponibilidad del arrendamiento al propietario en caso de desconocimiento por el arrendatario de la cualidad de usufructuario del arrendador, ya que dicho desconocimiento puede ser trasunto de alguna de las situaciones de apariencia dominical descritas por el artículo 13.3 LAU, que funcionan como presupuestos para su aplicación. De esta forma, el desconocimiento por el arrendatario de la cualidad limitada del derecho del arrendador no resulta irrelevante a los efectos de evitar la aplicación del artículo 13.2 LAU y, con ello, imposibilitar la extinción del arrendamiento, dado que dicho desconocimiento podría ser consecuencia de la apariencia de titularidad dominical en la que el arrendatario confió al celebrar el arriendo.

De la conjunción de los artículos 13.2 y 13.3 LAU 1994 podrían extraerse las siguientes conclusiones en cuanto a la extinción o no del contrato de arrendamiento celebrado por el usufructuario:

- Extinción del arrendamiento por finalización del usufructo, en dos hipótesis:
 - El arrendatario conoce la cualidad de usufructuario del arrendador:
 - Porque el arrendador le ha informado.
 - Porque ha tenido conocimiento de la misma por otros medios, incluida su consulta al Registro de la Propiedad.
 - El arrendatario no conoce la cualidad de usufructuario del arrendador, pero pudo conocerla mediante la consulta diligente al Registro.

arrendatario no puede perjudicar a la propiedad cuando recupera la plena disposición jurídica, a pesar de que en anteriores ediciones, como el propio autor reconoce, se inclinara por la posibilidad de que el arrendatario continuara si la situación especial del arrendador no se manifiesta y se contrata de buena fe.

(10) MARÍN LÓPEZ, J. J.: *op. cit.*, p. 326.

— Subsistencia del arrendamiento hasta cinco años:

- El arrendatario no conoció la verdadera cualidad del arrendador:
 - Porque en el Registro aparece como propietario (art. 13.3, primer inciso).
 - Porque parece ser propietario en virtud de un estado de cosas cuya creación es imputable al verdadero propietario (art. 13.3, segundo inciso).
 - Porque, a pesar de estar inscrito el usufructo, concurren la mala fe del usufructuario arrendador y el comportamiento del verdadero propietario en la creación de la apariencia de titularidad de aquél.
 - Porque, existiendo apariencia de titularidad, la finca no está inscrita.

Siguiendo en esta misma línea argumental, no puede comprenderse por qué se produce el comentado trato dispar entre los titulares de los derechos de goce a que se refiere el segundo apartado del artículo 13 LAU y los titulares dominicales del primero del mismo precepto. Obsérvese que los arrendadores del artículo 13.1 LAU son propietarios del inmueble cuyo derecho de propiedad queda supeditado al ejercicio de un derecho de retracto convencional, de una opción de compra, de la apertura de una sustitución fideicomisaria o de una enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de una sentencia judicial; promovido el ejercicio de cualquiera de dichos derechos, los arrendamientos concertados por aquellos propietarios quedan protegidos hasta alcanzar un período de cinco años de vigencia contractual. La cuestión que se suscita es la siguiente: ¿por qué se protege al arrendatario en estos casos y no a quien arrienda una finca del titular de un derecho de usufructo, máxime cuando su derecho se halla inscrito en el Registro de la Propiedad? Dicho en otras palabras: si el arrendatario conoce la situación de “titularidad precaria” del arrendador —puesto que está sometida a la incertidumbre del ejercicio de los citados derechos—, ¿por qué se le ha de brindar mayor protección que a quien celebra un arrendamiento con un usufructuario, de quien también se sabe que su derecho podría extinguirse anticipadamente y, con él, el propio contrato locativo?

Claro que, contemplado desde otra óptica, el rasero en cuanto a la igualdad de derechos ante situaciones idénticas podría aplicarse al alza y no a la baja, esto es: ¿por qué no se protege al arrendatario de un usufructuario de igual forma que a quien arrienda de un propietario cuyo derecho puede encontrarse en trance de resolución?

Es innegable que la explicación resulta difícil de encontrar, en tanto

no se aprecia la razón de este trato dispar (11). En realidad, en pura lógica, sólo debería protegerse a los arrendatarios que no pudieron tener conocimiento –bien por falta de inscripción del correspondiente límite a la libre disposición del inmueble, o bien por concurrir la mala fe del arrendador– de la precariedad del derecho de éste, lo que puede ocurrir tanto en los casos del apartado primero del artículo 13 LAU como en los del segundo; y, dándose tal supuesto, no sólo se les debería proteger conservando su contrato durante el período que reste hasta alcanzar los cinco años, sino, incluso, por todo el plazo que contractualmente se le hubiera fijado al arrendamiento, puesto que el arrendatario debería quedar protegido, tanto por virtud del principio de fe pública registral –sin que hiciera falta una disposición legal específica que así lo estableciera–, como por aplicación del principio general de buena fe en la contratación. Y es en aplicación de aquel principio por lo que el párrafo segundo del artículo 13.1 LAU, tras disponer la resolución de los contratos de duración pactada superior a cinco años, exceptúa, en su último inciso, el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, continuando entonces el arrendamiento por la duración pactada. Quiere esto decir, interpretando este inciso *a contrario sensu*, que los contratos de arrendamiento durarán cinco años, con independencia de que el derecho de opción o de retracto convencional estuviesen inscritos en el Registro de la Propiedad al momento de su celebración.

En nuestra opinión, el conocimiento del carácter eventualmente transitorio del derecho del arrendador debería haber sido el punto de inflexión en la diversidad de tratamiento jurídico en esta materia. Tendría sentido, así, que el artículo 13.3 LAU protegiera a quienes se han podido ver perjudicados por la apariencia de titularidad: los arrendamientos se extinguirían tanto en los casos del apartado primero como en los del segundo, salvo cuando concurren las circunstancias que contempla el tercero. Y ten-

(11) Así lo ha hecho notar la doctrina –PRATS ALBENTOSA, L.: *op. cit.*, p. 134; y MARÍN LÓPEZ, J. J.: *op. cit.*, pp. 283-284–, poniéndose de manifiesto también por medio de una enmienda propuesta en el Congreso por el Grupo Popular, en el sentido de otorgar el mismo tratamiento a los titulares del primero del artículo 13 que a los arrendatarios, superficiarios y titulares de análogos derechos de goce, a los que se refería el segundo, proponiendo, pues, igualar “a la baja” a todos ellos. A dicha iniciativa, sin embargo, no se le ha dado continuidad, por cuanto la Proposición de Ley 122/000114, relativa a la modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos en materia de duración del contrato, presentada por el mismo Grupo parlamentario el 10 de octubre de 2004, en el Congreso, y la Proposición 124/000008 del Senado, se ceñía a rebajar la duración mínima de los arrendamientos a tres años, proponiendo la modificación del artículo 13.1 LAU 1994 tan sólo en ese sentido. Esta Proposición de Ley fue rechazada por el Pleno del Congreso de los Diputados que, en su sesión del día 23 de junio de 2005, aprobó la enmienda de totalidad de devolución presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso.

dría también, de esta manera, explicación el trato diferenciado del tercer apartado, referente a titulares cuya situación se ha visto reforzada por la fuerza de la apariencia. El arrendatario que ha sido informado del carácter temporal de la titularidad del arrendador no debe verse primado frente al propietario del inmueble, en tanto supo, desde el inicio del contrato, que éste terminaría al concluir el usufructo del que era titular el arrendador o al concurrir las circunstancias extintivas de los derechos de propiedad que describe el artículo 13.1 LAU, cosa que no sucede cuando el arrendatario ha contratado bajo una errónea creencia –a él no imputable– sobre la temporalidad cierta y fija de su derecho.

II.3. Duración de los arrendamientos subsistentes.

En definitiva, concurriendo los presupuestos del artículo 13.3 LAU 1994, el arrendamiento así concertado tendrá una duración de cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1 LAU. La dicción de este precepto ha sido criticada por algún sector de la doctrina, para quien la interpretación adecuada del artículo 13.3 LAU pasa por considerar que el arrendamiento de vivienda ajena dura el tiempo libremente pactado por las partes, si bien a su finalización el arrendatario goza del derecho a la prórroga forzosa del artículo 9.1 LAU y, llegado el caso, también del reconocido en el artículo 10 LAU. El artículo 13.3 –dice MARÍN LÓPEZ– no puede ser interpretado en el sentido de que impone un determinado plazo (cinco años) contra lo pactado en el contrato y contra la voluntad del arrendatario (12).

No lo entiende así PRATS ALBENTOSA, para quien estos contratos, cualquiera que haya sido el plazo pactado para su duración, sólo podrán durar por un máximo de cinco años (13), posición más acertada, a nuestro juicio, que la anterior, y acorde con el apartado primero del artículo 13 LAU, aunque en este caso se refiera también, en su segundo párrafo, a los contratos celebrados por más de cinco años. Siendo esto así, más lúcido hubiese resultado volver a repetir lo preceptuado en el apartado primero, que claramente alude a una duración máxima de cinco años, y no decir que “durarán cinco años”, sin saberse, en realidad, si deben descontarse los ya pasados desde la celebración del contrato, como especifica el artículo 13.1 LAU para los supuestos allí contemplados, o no.

A nuestro entender, la duración debería ser la misma para los supuestos de ambos apartados (art. 13.1 y 13.3 LAU), puesto que puede darse el caso de que un arrendatario se encuentre dentro del ámbito de aplica-

(12) MARÍN LÓPEZ, J. J.: *op. cit.*, p. 327.

(13) PRATS ALBENTOSA, L.: *op. cit.*, p. 136.

ción de los dos preceptos, y sería absurdo que a uno se le concediera mayor plazo de duración del contrato que al otro. Piénsese, por ejemplo, en un arrendatario que ha contratado con el titular de un derecho de propiedad sobre el inmueble sobre el que pende un derecho de opción no inscrito; es claro que, si se ejercita la opción, el supuesto se encuentra entre los descritos por el artículo 13.1 LAU, pues éste no discrimina entre los derechos inscritos y no inscritos (como hace en su segundo párrafo para los contratos de duración pactada superior a cinco años); pero también se puede considerar que el arrendatario arrendó de quien no era dueño, al menos pleno —puesto que su derecho de disposición se encontraba limitado por la opción—, encontrándose entonces bajo el ámbito de cobertura del apartado tercero del artículo 13 LAU.

En cualquier caso, la previsión protectora de los apartados primero y tercero del artículo 13 LAU puede carecer de virtualidad real, en cuanto el derecho del arrendador puede resolverse en el tramo final del contrato de arrendamiento, restando por disfrutar al inquilino del inmueble un período apenas perceptible de tiempo.

Por lo que se refiere a la extinción del arrendamiento por aplicación del artículo 13.2 LAU, llegado a su fin el usufructo, el propietario de la vivienda puede lograr el desalojo del inquilino a través del ejercicio de la acción de desahucio, si es que éste se negara a abandonar el inmueble. Debe pensarse —así se ha interpretado doctrinal y jurisprudencialmente (14)— que la extinción del arrendamiento no se produce de forma automática, sino que ha de ser instada por el propietario una vez finalizado el usufructo, de tal forma que, si así no lo hace, ello podría ser interpretado como una manifestación tácita de su voluntad de dejar subsistente el arriendo. Hallándonos en esta tesitura, se abre la posibilidad de realizar dos interpretaciones sobre la naturaleza de este contrato, a saber: considerar que nos hallamos ante un nuevo arrendamiento, sometido, en lo referente a su duración, al artículo 9 LAU; o interpretar que se ha producido una subrogación del nudo propietario en la posición del arrendador, una vez consolidada en aquél la plena propiedad, en cuyo caso podría entrar en aplicación el criterio temporal establecido en el artículo 14 LAU para el supuesto de enajenación de la vivienda arrendada (15).

(14) En tal sentido lo ha manifestado la STS 23 de febrero de 1995 (RJ 1995/1108) en relación al artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, de similar contenido al artículo 13.2 LAU 1994: "... no se contempla la extinción del contrato de arrendamiento como consecuencia forzosa del fallecimiento del arrendador usufructuario, sino la posibilidad de resolverse el contrato por parte de quien adquiera el usufructo de la cosa arrendada...". También lo entiende así MARÍN LÓPEZ, J. J.: *op. cit.*, p. 324.

(15) Artículo 14 LAU: "El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia

A nuestro juicio, la cuestión debe resolverse en favor de la primera tesis, considerando que la inactividad del propietario se traduce en un acuerdo tácito sobre un nuevo contrato de arrendamiento, que debe quedar sometido, en cuanto a su duración, a las reglas del artículo 9 LAU. Así lo resolvió la SAP de Córdoba 7 de abril de 1999, entendiendo que el derecho de usufructo termina por muerte del usufructuario y, "... en aquel momento, los que por este hecho habían consolidado en sus personas la plena propiedad, si querían dar por finalizada la relación arrendaticia, tenían que haber puesto en conocimiento del arrendatario aquel hecho y este deseo, pues, en caso contrario (...), se debe presumir la aceptación de una continuidad que jurídicamente se traduce en una nueva relación arrendaticia diferente de la anterior, de pacto tácito, cuyo régimen y plazo de duración queda enmarcado en los términos y mínimos establecidos en la Ley especial" (16).

En consecuencia, acaecida la muerte del usufructuario, la pasividad del propietario en el ejercicio de su derecho a extinguir el arrendamiento provocará que el mismo pueda subsistir por un plazo mínimo de cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación que al arrendatario corresponde a lo largo de ese período de tiempo; igualmente, será de aplicación, llegado el caso, el artículo 10 LAU, por lo que se refiere a la prórroga del contrato una vez transcurridos los cinco primeros años de duración del mismo. La vigencia del arriendo variará sensiblemente en función de la consideración jurídica del negocio locativo existente entre el arrendatario y el propietario pleno del inmueble, pues caso de considerarse un supuesto de subrogación, el contrato subsistiría el tiempo que restara hasta completar los cinco años de protección mínima del arriendo, salvo que la duración pactada fuera superior a cinco anualidades, en cuyo caso el nudo propietario quedaría subrogado por la totalidad del plazo pactado, a no ser que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (art. 14 LAU).

Cuestión aparte es la consideración del tiempo que haya de transcurrir para determinar que el propietario ha otorgado continuidad tácita al contrato de arrendamiento, así como cuál es el *dies a quo* para contabi-

del contrato, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir".

(16) SAP de Córdoba 7 de abril de 1999 (AC 1999/764).

lizar ese plazo. Tomemos el supuesto de hecho de la SAP Córdoba 7 de abril de 1999 que acabamos de citar: se trataba de un contrato de arrendamiento celebrado el 1 de mayo de 1997, produciéndose la muerte de la usufructuaria-arrendadora el 2 de septiembre del mismo año; hasta abril de 1998 no tiene conocimiento el arrendatario de dicho fallecimiento, habiendo estado ingresando la renta en la misma cuenta corriente desde el inicio del contrato; en mayo de 1998 se realiza por los propietarios el requerimiento de extinción del arrendamiento, transcurridos, por tanto, ocho meses desde el fallecimiento de la arrendadora. La Audiencia considera, confirmando la sentencia de primera instancia, que ha transcurrido tiempo más que suficiente para enervar el derecho del propietario de extinguir el arriendo.

Quedará en manos de los tribunales, por tanto, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la valoración del tiempo que necesariamente haya de transcurrir para que el propietario del inmueble arrendado ejercite exitosamente su derecho a extinguir el arrendamiento. Las circunstancias a tomar en consideración pueden ser diversas; piénsese, por ejemplo, en que la fecha del fallecimiento no coincida con la del conocimiento por el propietario de la muerte del usufructuario; es más, ¿y si los propietarios ni siquiera conocían la existencia del contrato de arrendamiento? Ambas fechas, entendemos, deberían tenerse en cuenta para fijar el inicio del plazo de tiempo necesario para considerar que el propietario del inmueble ha permitido, tácitamente, la creación de una nueva relación arrendaticia. De esta forma, si el propietario de la vivienda no tiene conocimiento del fallecimiento del usufructuario hasta tiempo después de que éste acaezca, y aún más tarde conoce que la finca se halla ocupada por un inquilino, no puede ser sino este último momento el que se tome en cuenta como *dies a quo* para el cómputo del susodicho plazo.

III. Arrendamientos concertados bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (TR 1964)

III.1. El artículo 57 TR: subsistencia de los arrendamientos concertados por el usufructuario.

Si bien el seguimiento estrictamente cronológico de la normativa reguladora de los arrendamientos urbanos nos llevaría en este momento a examinar el contenido del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, la remisión que el artículo 9 de esta norma realizaba a las disposiciones en aquel momento vigentes de la Ley de

Arrendamientos Urbanos de 1964 hace que resulte de utilidad analizar primeramente el régimen que esta norma asigna a los contratos de arrendamiento de vivienda concertados por los titulares de un derecho de usufructo.

A tal fin, hemos de partir inevitablemente del conocido artículo 57 TR 1964, que regula la prórroga forzosa de todos los arrendamientos urbanos, cualquiera que sea la fecha de ocupación de la vivienda arrendada y aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones. Sin perder de vista a los posibles arrendadores usufructuarios, el último inciso del precepto dispone expresamente: "Se aplicará igual norma en los casos de extinción de usufructo, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 114, causa 12". Y, entre las causas de resolución del arrendamiento a instancias del arrendador que el artículo 114 TR enumera, la número 12 se refiere a la extinción de usufructo, siempre que el titular dominical pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario anterior fueron notoriamente gravosas para la propiedad.

Lo preceptuado por el TR 1964 venía, por tanto, a excluir la aplicación del artículo 480 CC, que, como sabemos, determina la extinción de los contratos de arrendamiento celebrados por el usufructuario a la terminación del derecho de usufructo, dejando a salvo los concertados sobre finca rústica, que persistirán durante el año agrícola. La previsión singular del artículo 57 TR sobre el arrendamiento realizado por el usufructuario ha sido entendida por la doctrina como una pretensión del legislador de salir al paso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, en estricta aplicación del artículo 480 CC, daba por finalizados los arrendamientos concertados por el usufructuario una vez extinguido el derecho del arrendador (17).

Una vez asumida la preterición del artículo 480 CC, la cuestión se centraba en interpretar la previsión recogida por el artículo 114.12 TR, que excepcionaba la regla general de subsistencia de los contratos de arrendamiento del artículo 57 TR. En definitiva, ¿qué debía entenderse por arrendamiento notoriamente gravoso para la propiedad?; o ¿cuándo debe considerarse que las condiciones en que el usufructuario concertó el arrendamiento son tan gravosas para la propiedad como para permitir la extinción del contrato arrendaticio?

(17) Lo explica así MARÍN LÓPEZ, J. J.: *op. cit.*, p. 321. Véase AMORÓS GUARDIOLA, M.: "El artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y su interpretación", RCDI, 1972, pp. 1021 y ss., y, entre otras, las SSTs 14 y 19 de mayo de 1952 (RJ 1952/842, RJ 1952/1231), 8 de junio de 1953 (RJ 1953/1973) y 5 de febrero de 1959 (RJ 1959/456).

III.2. El artículo 114.12 TR: resolución del arrendamiento otorgado por el usufructuario en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad.

La interpretación de la norma ha de venir de la mano de la conjunción de las distintas posiciones doctrinales y de la casuística jurisprudencial. Comenzando por la doctrina, ya desde la entrada en vigor de la LAU de 1956 se intentó dar explicación a la norma recogida en su artículo 114.12 —de idéntico contenido que la incorporada al TR de 1964—, partiéndose de la alabanza a la misma por lo que suponía la aparición, aunque leve, de los intereses del propietario en una relación arrendaticia sometida a prórroga legal, pero reconociendo su escasa flexibilidad (18). En este sentido, LÓPEZ JACOISTE sostiene la conveniencia de haber dotado a la figura de una mayor elasticidad, a fin de hacerla servir a mayor número de supuestos, contribuyendo de esta forma a asegurar el equilibrio contractual y a templar el rigor de la regla general contenida en el artículo 57 en punto a la prórroga de los arrendamientos. El carácter poco elástico del artículo 114.12 TR —observa este autor— se aprecia en su propia redacción. La palabra “fueron” que aparece en el precepto, refiriéndose a las condiciones gravosas pactadas por el usufructuario, excluye la gravosidad sobrevenida del arrendamiento, lo que se hubiese evitado si se adopta una expresión comprensiva no sólo de la gravosidad originaria, sino también de la dimanante de circunstancias ulteriores; utilizando el término “resulten” u otro equivalente el precepto hubiese sido mucho más eficaz en orden al mantenimiento de la equidad contractual (19). En rigor, pues, para que opere la causa de extinción del arrendamiento contemplada por la norma será preciso que el usufructuario haya abusado de su derecho, imponiendo un gravamen al propietario al haber llevado a cabo una actividad dispositiva que implique un empobrecimiento del derecho de éste; ahora bien, para ejercer el derecho a la resolución del arrendamiento así otorgado, el propietario ha de esperar a la extinción del derecho de usufructo.

Coincide la doctrina en que el término “condiciones gravosas” ha de

(18) Así lo ha entendido LÓPEZ JACOISTE, J. J., para quien esta norma viene, al menos, a prestar una base para futuras interpretaciones restrictivas de la norma que ha venido a derogar el principio *Resoluto iure dantis resolvitur ius concessum*, “El arrendamiento notoriamente gravoso concertado por el usufructuario”, ADC, 1956, octubre-diciembre, tomo IX, fascículo IV, p. 1264.

(19) LÓPEZ JACOISTE, J. J.: *op. cit.*, pp. 1263-1264. Véanse también GINOT DE LLOBATERAS, F. —“La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución”, ADC, 1956, pp. 1209-1233—, DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A. —*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO, t. VII, vol. 1.º, Madrid, 1980— y FUENTES LOJO, J. V.: *Suma de arrendamientos urbanos*, tomo I, Barcelona, 1989.

referirse al momento de suscripción del contrato en cuanto gravamen originario contrapuesto al concepto de acto de administración, debiéndose tratar de un gravamen notorio, esto es, patente cualitativa o cuantitativamente, que implique condiciones más onerosas que las habituales en el tráfico (20). Por otra parte, por su carácter excepcional, el artículo 114.12 TR debe ser interpretado de forma restrictiva, a fin de no entrar en colisión con el principio de autonomía de la voluntad.

Las mencionadas condiciones de aplicabilidad del artículo 114.12 TR han sido igualmente señaladas por los tribunales, que en distintas ocasiones han descrito las circunstancias que han de concurrir para que haya lugar a la resolución del arrendamiento por razón de la gravosidad de las condiciones pactadas por el usufructuario arrendador: "... para estimar la causa resolutoria debe concurrir entre otras la circunstancia de que se demuestre que las condiciones pactadas en el contrato son notoriamente gravosas para la propiedad, y ello debe referirse al momento de la suscripción del contrato y no a lo que en la actualidad hubiera debido estipularse, siendo su interpretación restrictiva si no pretendemos que ello entre en colisión con el principio de la autonomía de la voluntad en la libre contratación establecida como principio general en el artículo 1.255 del Código Civil siempre que no contradiga la moral, el orden público o la Ley, añadiéndose que las cláusulas presuntamente gravosas han de considerarse como tales cuando fuesen anormales o concediesen facultades extraordinarias al arrendatario en detrimento del propietario o una merma en la rentabilidad del inmueble, concluyendo que lo que habrá que averiguar es si el usufructuario, dentro de sus facultades de arrendar la cosa, perjudicó o no al nudo propietario, excediéndose en la disposición del inmueble y vinculándose por una actuación dañosa, tras la extinción del usufructo" (21).

Si traducimos estas reglas generales a supuestos concretos de condiciones gravosas para la propiedad, éstas podrían circunscribirse, según se ha descrito también doctrinal y jurisprudencialmente (22), a tres ámbitos

(20) Concluye así SERRA I CAMÚS, M. -*op. cit.*, p.789-, siguiendo tanto a LÓPEZ JACOIS-TE como a RODRÍGUEZ AGUILERA y PERE RALUY: *Derecho de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Bosch, V. I.

(21) SAP Barcelona 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002/21265).

(22) La SAP Madrid 13 de diciembre de 1993 (AC 1993/2484) lo describe en los siguientes términos: "El concepto de gravamen implica una actividad dispositiva que ocasiona un empobrecimiento. Las condiciones gravosas afectarán el valor del edificio o piso usufructuado y a su destino económico. Los elementos que pueden originar esta gravosidad pueden ser: a) Un uso arrendaticio gravoso por las partes, sea por otorgar facultades extraordinarias al arrendatario, cambiar el destino pactado en el contrato de arrendamiento, alterar la forma de la cosa, lo que supone infringir el principio «salva rerum substantia»; b) Merma de la rentabilidad del inmueble; c) Contrato gravoso por su duración. Por consiguiente, cabe afirmar que para

de actuación del usufructuario sobre la vivienda arrendada, que se reflejan por medio de distintas cláusulas: las concernientes al principio de respeto a la forma y sustancia de la cosa, las relativas a la renta y las referentes al plazo de duración del contrato de arrendamiento, todas ellas abordadas en alguna ocasión por distintas resoluciones judiciales.

Por lo que respecta a las cláusulas que puedan infringir la regla general en materia de usufructo sobre la conservación de la forma y sustancia de la cosa usufructuada, verdaderamente los términos del contrato de arrendamiento podrían perjudicar al propietario en cuanto permitieran al arrendatario realizar obras en la finca que afectaran a la forma y sustancia de la misma, circunstancia ésta que permitiría calificar como gravosas las condiciones pactadas por el usufructuario, haciendo viable el ejercicio de la acción de resolución del contrato arrendaticio. Pero, tal como ha quedado apuntado con anterioridad, el propietario tan sólo puede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 114.12 TR de poner fin al arrendamiento concertado por el usufructuario al término del derecho de usufructo, siendo esta norma excepción de la preceptuada en el artículo 480 CC, según la cual todo arrendamiento concertado por el usufructuario finalizaría al extinguirse el derecho del arrendador, rigiendo en todo lo demás la normativa propia del derecho de usufructo. Así, en virtud del artículo 520 CC, el usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada, “pero si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asigne por su administración” (23). En definitiva, no es la acción de resolución que surge a favor del propietario del artículo 114.12 TR la procedente de forma inmediata en caso de arrendamiento gravoso concertado por el usufructuario por afectar a la forma o sustancia de la cosa usufructuada, sino las acciones protectoras de la propiedad derivadas, bien del artículo 520 CC, bien de la defensa de la integridad del dominio o basadas en el abuso del derecho por el usufructuario (24). Podría reflexionarse, por ejemplo, si cabría dentro del concep-

apreciar la resolución por usufructo, debe probarse que el arrendamiento estipulado fue anormal o desacostumbrado y resultar «notoriamente» es decir, de forma manifiestamente cierta, patente, clara e indudable para cualquier persona razonable que, por ello, era perjudicial para la propiedad”.

(23) Véase ZURITA MARTÍN, I.: *Usufructo de finca hipotecada*, Madrid, 2005.

(24) En este sentido, LÓPEZ JACOISTE, J. J.: *op. cit.*, p. 1259. También para RIVERO HERNÁNDEZ, F., el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 114.12 TR queda supeditado a la extinción previa del derecho de usufructo, lo que llevó en el supuesto de la STS 27 de enero de 1993 (RJ 1993/507) –que se comenta en el texto– a la nuda propietaria de un inmueble a solicitar, con anterioridad a la muerte de la usufructuaria, la declaración de nulidad del contra-

to de abuso de derecho la celebración por un usufructuario, cuyo derecho se encuentre cerca de su extinción, de un contrato de arrendamiento a favor de un nieto a sabiendas de quedar éste sometido a prórroga forzosa.

Como paradigma de la incorporación de condiciones gravosas para la propiedad a un contrato de arrendamiento otorgado por usufructuario debe comentarse el supuesto de la STS 27 de enero de 1993. Se trataba de la usufructuaria de una torre, que otorga un contrato de arrendamiento con facultades ilimitadas a favor del arrendatario para realizar obras en el mismo, consistiendo finalmente las mismas en la destrucción de los trece apartamentos de que constaba el edificio para convertirlo en una agencia de modelos y un bar. Aunque la nuda propietaria ejercita acción de nulidad del contrato arrendaticio por causa ilícita, al contravenir las cláusulas contractuales lo preceptuado por el artículo 467 CC, atentando, por tanto, contra la regla general de respeto a la forma y sustancia de la cosa usufructuada, la notoria gravosidad de las condiciones pactadas hacían igualmente posible el ejercicio de la acción resolutoria *ex* artículo 114.12 TR. La operatividad, sin embargo, de esta acción era nula con anterioridad a la muerte de la usufructuaria, de ahí que se optara por ejercitar otra acción cuyo encaje en el caso enjuiciado resultaba más difícil de argumentar; pese a ello, la demanda fue estimada en ambas instancias y la sentencia de la Audiencia confirmada en casación (25).

En cuanto a la merma de la rentabilidad del inmueble, es precisamente la estipulación de una renta irrisoria la condición cuya gravosidad para la propiedad resulta más notoriamente palpable, lo que la constituye en el principal y más frecuente argumento para defender la viabilidad de la acción resolutoria contemplada por el artículo 114.12 TR. Por otra parte, al contrario de lo que sucede con las obras que perjudiquen la sustancia

to de arrendamiento concertado por ella, solicitud que fue estimada por ambas instancias y en casación, argumentándose la ilicitud de la causa del contrato, cuyas condiciones —que se incorporaron a la propia causa del negocio— atentaban contra el artículo 467 CC, “Comentario a la STS 27 de enero de 1993”, CCJC, número 31, de enero-marzo de 1993, p. 202.

(25) STS 27 de enero de 1993 (RJ 1993/507). Por el contrario, la STS 22 de junio de 1992 (RJ 1992/5413) contempla un supuesto de arrendamiento por el usufructuario de un edificio, entre cuyas cláusulas se encontraba la autorización a la arrendataria para realizar obras de reforma, conservación o mejora, necesarias y convenientes, obras que el Tribunal no entendió como condiciones gravosas para la propiedad, en cuanto no se trató de una autorización ilimitada e indefinida, sino que el usufructuario sólo otorgó lo que podía y la ley le facultaba, conforme al contenido y sentido que ha de darse a los artículos 467 y 487 del Código Civil, en relación al artículo 107 LAU, en cuanto a la obligación de conservar y respetar la forma y sustancia de los bienes ajenos. Idéntico juicio mereció la cláusula que facultaba a la arrendataria para ceder por cualquier título a uno o varios de sus hijos los derechos que en razón del contrato de arrendamiento adquiría, pues no cabe reputar que la autorización de cesiones tiene consideración de subsistencia permanencial con efectividades futuras y posteriores a la extinción del usufructo.

y forma de la cosa (26), la baja rentabilidad del arrendamiento es algo que afecta al usufructuario durante la vigencia del usufructo, pero que, en principio, no perjudica al nudo propietario sino llegada la extinción del mismo, momento a partir del cual se le concede a éste la posibilidad de poner fin al arriendo. Debe tratarse, en cualquier caso, de una renta notoriamente inferior a la acostumbrada en el tráfico, que signifique una merma en la rentabilidad del inmueble de carácter originario, no por causas sobrevenidas, como sería la depreciación monetaria. Sirvanos como ejemplo de arrendamiento concertado en condiciones notoriamente gravosas por razón de la renta el recogido por la SAP Madrid 13 de diciembre de 1993, en el que la cuantía del arriendo de una vivienda de aproximadamente ciento cuarenta metros cuadrados, en el centro de la ciudad, otorgado a favor del nieto de la usufructuaria por veinte años, se cifró en diez mil pesetas mensuales, permitiéndose su revisión cada dos años, debiéndose abonar además por la propiedad los gastos de comunidad y los impuestos relativos al inmueble. La Audiencia Provincial, confirmando la sentencia apelada, declara la extinción del usufructo, al considerar que la renta acordada por el usufructuario era desproporcionada en relación con la renta actual que se viene abonando para una vivienda de similares características (27).

Por último, por lo que se refiere al plazo de duración del arrendamiento, en principio poco puede afectar este tipo de pactos a unos contratos arrendaticios que se caracterizan por la prórroga forzosa. Así, la SAP Barcelona 19 de noviembre de 2001 entendió que el contrato de traspaso de un local concertado por tiempo indefinido por el arrendatario con la aquiescencia de la usufructuaria no puede considerarse como un arriendo gravoso en cuanto se trataba de un contrato que ya estaba sometido a prórroga, por lo que no puede imputarse a la arrendataria que concertara un arriendo en condiciones gravosas en 1987 por emplear el término “indefinido” (28).

(26) No obstante, para LÓPEZ JACOISTE, J. J., entendiendo que la sustancia de la cosa es su valor, si la conducta del usufructuario ocasiona de manera directa un detrimento de la cosa que haga disminuir su valor en venta, habrá sido conculcado el principio *salva rerum substantia*, y la condición contractual que haya dado lugar a tal detrimento será, sin duda, una condición gravosa, *op. cit.*, p. 1247.

(27) SAP Madrid 13 de diciembre de 1993 (AC 1993/2482). Véase también la SAP Barcelona 1 de marzo de 2005 (JUR 2005/117313) que, aunque declara la extinción del arrendamiento por terminación del usufructo al entender que la celebración del contrato tuvo lugar bajo el ámbito de aplicación de la LAU 1994, considera gravosas las condiciones del contrato de arrendamiento, según las cuales se pagaría una renta de dos mil pesetas mensuales, sin cláusula de revisión y por tiempo indefinido; la gravosidad, no obstante, no ha lugar en el caso del litigio.

(28) SAP Barcelona 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002/21265).

No obstante, han señalado algunos autores que la exagerada duración del arriendo, en relación con el tipo de contrato y los usos del tráfico en la contratación, sí podría amparar la acción resolutoria que estudiamos, en la medida en que un plazo contractual muy prolongado, con independencia del régimen de la prórroga forzosa, puede cerrar el paso durante el mismo a las eventuales acciones que el propietario pleno pudiera ejercitar al amparo del artículo 62 de la LAU de 1964, lo que –también sostienen– puede repercutir asimismo en un bloqueo excesivo de la renta (29).

Distinto tratamiento que los contratos sometidos a prórroga legal, sin embargo, debe merecer el caso de estipulación de un plazo de duración indefinido para un contrato de arrendamiento celebrado al amparo del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica.

IV. Arrendamientos celebrados durante la vigencia del Real Decreto-Ley 2/1985, sobre Medidas de Política Económica

IV.1. Distintos regímenes jurídicos de los contratos celebrados al amparo del RD-L 1985.

Disponía –antes de su derogación por la LAU 1994– el artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/1985, sobre Medidas de Política Económica, comúnmente conocido como Decreto Boyer, que los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio que se celebraran a partir de su entrada en vigor tendrían la duración que libremente estipularan las partes contratantes, sin que les fuera aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el artículo 1.566 del Código Civil.

El Decreto venía así a dar por finalizado el tan denostado régimen de la prórroga forzosa imperante en materia de arrendamientos urbanos, pero tan sólo cuando las partes estipulasen expresamente el tiempo de duración del contrato que los unía, subsistiendo el régimen del TR 1964 en caso contrario. Con ello, el legislador daba carta de naturaleza al desarrollo del principio de autonomía privada en cuanto a la duración de los arrendamientos urbanos, derivándose de ello la existencia de dos regímenes diversos para contratos celebrados bajo el ámbito temporal de aplicación de la misma normativa arrendaticia. Así:

(29) En este sentido, SERRA I CAMÚS, M. –*op. cit.*, p. 795–, siguiendo a RODRÍGUEZ AGUILERA y PERE RALUY: *Derecho de arrendamientos urbanos*, volumen I, Ed. Bosch, p. 1587.

- A los contratos celebrados sin sometimiento a prórroga forzosa se les aplica el artículo 9 del Real Decreto-Ley en lo relativo a la duración, rigiéndose en todo lo demás por el TR 1964.
- A los contratos celebrados con sometimiento a prórroga forzosa se les aplica en su totalidad la normativa del TR 1964.

Ahora bien, cuestión controvertida es la de interpretar el sentido que haya de darse al silencio de las partes en relación a la prórroga forzosa, surgiendo, a raíz de la promulgación de la LAU 1994, dos líneas jurisprudenciales contrapuestas: la que defiende la tesis de la supresión automática de la prórroga —el art. 9 RD-L suprime la prórroga salvo pacto expreso— y la que sostiene la tesis de la supresión negociada (30). De esta manera, para la primera, los contratos sometidos al RD-L 1985 regirían sólo durante el tiempo pactado, salvo que existiera expresa disposición de sometimiento a la prórroga forzosa; y, para la segunda, salvo pacto que expresamente suprima la prórroga, ha de mantenerse la vigencia de la misma, por lo que ante el silencio o la no presencia de una voluntad claramente encaminada a excluir la prórroga forzosa habría de estimarse que ésta se considera incluida en el contrato.

Observa la doctrina que, aunque el Tribunal Supremo parece decantarse por la primera de las interpretaciones señaladas, no han faltado sentencias que, desviándose sustancialmente de la doctrina propuesta, han declarado la aplicación de la prórroga forzosa a los contratos de arrendamiento por interpretación favorable a la misma de algunas condiciones de su clausulado o de los eventuales silencios que de éste se desprenden (31).

En los últimos años, las Audiencias vienen a sumarse a la corriente que

(30) Véanse GUILARTE GUTIÉRREZ, V. —*Régimen transitorio de los arrendamientos urbanos en la nueva Ley*, Valladolid, 1997, p. 41—, y GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: *La prórroga forzosa tras el Decreto Boyer*, JP, número 47, Madrid, 1993.

(31) En tal sentido, CAPILLA RONCERO, F. —*Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. por M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Valencia, 1994, pp. 418-419—; GUILARTE GUTIÉRREZ, V. —*op. cit.*, p. 41—, y VALLADARES RASCÓN, E., quien, de hecho, afirma que en la mayor parte de los contratos sometidos al RD-L 1985 la prórroga forzosa no se ha pactado expresamente, sino que se aplica como consecuencia de la apreciación de los tribunales de que se pactó implícitamente, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, cit., p. 913. En esta corriente, la STS 20 de abril de 1993 (RJ 1993/3104), por ejemplo, declaró la aplicación de la prórroga forzosa a un contrato por deducirlo así de la voluntad de las partes extraída de cláusulas tales como la previsión de la revisabilidad anual de la renta, la fijación del destino del arrendamiento (sin que pueda ser variado sin permiso escrito de la arrendadora), la previsión de que el pago se haría por semestres anticipados y sobre repercusión de la Contribución Territorial Urbana, “estipulaciones —sostiene el Tribunal— que sólo cobran sentido en un contrato arrendaticio de duración indefinida”. Puede consultarse también la STS 10 de marzo de 1992 (RJ 1992/2206).

parece mayoritaria, siguiendo a la STS 13 de junio de 2002, que resolvió sobre la resolución de varios contratos de arrendamiento concertados por un plazo de un año prorrogables por anualidades sucesivas, condiciones temporales de habitual uso en los contratos celebrados tras la promulgación del RD-L 1985. En el caso enjuiciado por esta sentencia, los contratos se habían ido prorrogando hasta el primero de enero de 1994, fecha en que, por requerimiento notarial realizado con tres meses de anticipación a la conclusión de la última prórroga, instó la arrendadora la resolución de los mismos; a ello se opusieron las arrendatarias, por considerar que, al contratar, la arrendadora había renunciado a la supresión de la prórroga forzosa. En ambas instancias se accede a la demanda de resolución del contrato, resolución que es confirmada por el Tribunal Supremo, declarando que para que entre en aplicación la prórroga forzosa es necesario que exista en el contrato pacto expreso a tal efecto. No obstante, “la existencia del acuerdo del sometimiento del arrendador a la prórroga forzosa, en otros casos, puede caber deducirla implícitamente (no tácitamente) de los propios términos del contrato sin estar establecida en una cláusula específica, pero tal deducción ha de ser clara y terminante para entender que existe ese acuerdo” (32).

IV.2. Contratos de duración libremente pactada.

Por virtud del artículo 9 del RD-L 1985, por tanto, cuando las partes estipulen libremente la duración del contrato de arrendamiento, no será de aplicación el artículo 57 TR 1964, que ordena la prórroga forzosa para todo contrato de arrendamiento urbano. Como se recordará, el último inciso de este precepto especifica que igual norma se aplicará en los casos de extinción del usufructo, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 114, causa 12.

(32) STS 13 de junio de 2002 (RJ 2002/4893). Consúltense también las SSTS 12 de mayo de 1989 (RJ 1989/3762), 16 de julio de 1991 (RJ 1991/5391), 10 de junio de 1993 (RJ 1993/5404) y 15 de octubre de 1996 (RJ 1996/7113). Siguiendo esta corriente jurisprudencial, y concretamente la STS 13 de junio de 2002 (RJ 2002/4893), la SAP Madrid 27 de abril de 2004 (JUR 2004/247243) negó la aplicación del artículo 57 LAU 1964 a un contrato celebrado por tiempo de años prorrogables; por el contrario, la SAP 22 de octubre de 2003 (JUR 2003/80702), aplicando la misma doctrina, determinó la aplicación de la prórroga legal a un contrato entre cuyas cláusulas figuraba expresamente que el plazo del arrendamiento es un año, “sin perjuicio del derecho de prórroga que corresponde al inquilino con arreglo a la Ley de Arrendamientos Urbanos”. Por lo que se refiere a los contratos con pacto de duración indefinida, sostiene la SAP Almería de 21 de marzo de 2001 (JUR 2001/140949) que el empleo del vocablo “indefinido” no significa un tácito sometimiento al sistema de prórroga forzosa contemplado en la LAU 1964, pues ésta tan sólo existirá cuando las partes lo estipulen así expresamente.

Pues bien, aunque la exclusión de la prórroga forzosa resulta clara para los contratos de duración libremente convenida, la extinción de los arrendamientos por llegada del término del derecho del arrendador usufructuario ha planteado en estos casos ciertas dudas interpretativas, tanto doctrinales como jurisprudenciales. En el ámbito doctrinal, parece ser postura imperante la que entiende que la exclusión del artículo 57 TR 1964 provoca de forma ineludible la entrada en aplicación nuevamente del artículo 480 CC, que, como es sabido, dispone la resolución de todo contrato celebrado por el usufructuario al finalizar su derecho de usufructo; se interpreta así que, al suprimirse la prórroga forzosa, deja de tener sentido la regulación contenida en el artículo 114.12 LAU 1964, que no es más que una excepción al sometimiento a la prórroga legal en caso de celebración de un contrato de arrendamiento por un usufructuario en condiciones gravosas para la propiedad (33). Para otros autores, en cambio, la única forma de dar por extinguido el contrato de arrendamiento no es otra que la prueba de la celebración por el usufructuario de un arriendo en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad, tal como permite la regla 12 del artículo 114 del TR 1964, puesto que, al tratarse de un contrato sometido al ámbito de aplicación de esta norma, no cabe decretar su extinción por finalización del usufructo, a pesar de no estar sometido a prórroga forzosa (34).

En nuestra opinión, la exclusión del régimen de prórroga regulado por el artículo 57 TR debe entenderse doble, en la medida en que este pre-

(33) En este sentido se han manifestado, entre otros, MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J. -*Comentario del Código Civil*, t. 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1288- y SERRA I CAMÚS, M., quien sostiene que "si el Decreto Boyer suprimió la prórroga forzosa regulada en el artículo 57 de la LAU de 1964, derogando expresamente a partir de tal momento tal precepto, tácitamente debiera igualmente tenerse por derogado e inaplicable el artículo 114.12 de la LAU de 1964, pues el mismo sólo tiene sentido como cláusula de cierre del sistema arrendaticio vigente en 1964, justamente a la sazón de la existencia del referido artículo 57. Es decir, el decaimiento y derogación por el Decreto Boyer del artículo 57 de la LAU de 1964 llevaba aparejado, de forma tácita, el decaimiento y derogación de la causa 12 del artículo 114 del mismo cuerpo legal", *op. cit.*, pp. 148-149.

(34) De esta opinión se manifiesta, por ejemplo, MARÍN LÓPEZ, J. J.: *op. cit.*, p. 322. Cita este autor la SAP Madrid 6 de marzo de 1995 (Act. Civ. 1995, 1626), que declaró extinguido un contrato de arrendamiento celebrado bajo el ámbito de aplicación del RDL 1985, y sin sometimiento expreso a prórroga forzosa, por aplicación del artículo 480 CC. Sostiene MARÍN LÓPEZ, comentando esta sentencia, que el Tribunal era consciente al emitir su fallo de la posible subsistencia del arrendamiento por aplicación del artículo 114.12 LAU 1964, por lo que "después de acceder a la extinción del arrendamiento en los términos vistos, se preocupa de justificar que, «además», el supuesto litigioso se podía enmarcar «dentro de la causa 12 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos habida cuenta el carácter gravoso que para los nudo propietarios tiene el contrato de arrendamiento que había celebrado la usufructuaria con los demandados», lo que también por esta razón debía desembocar en la extinción del arrendamiento", p. 322, nota 60.

cepto establece una doble previsión: primeramente, una regla general, y, posteriormente, la aplicación de la regla del supuesto general al caso específico de arrendamiento concertado por usufructuario. Obsérvese que el artículo dispone que los contratos se prorrogarán llegado el día del vencimiento del plazo pactado, y este vencimiento puede tener lugar, bien, generalmente, por llegada del día previsto como término del contrato, o bien, excepcionalmente, porque éste termine por extinción del derecho del arrendador, puesto que el último inciso de la norma establece expresamente que igual norma se aplicará para el caso de extinción del usufructo. Por tanto, la terminación del derecho de usufructo conllevará, al quedar ya suprimida la prórroga forzosa, la extinción del contrato de arrendamiento concertado por el usufructuario en virtud del artículo 480 CC, cuya aplicación vino a ser excepcionada por el artículo 57 de la TR 1964. De no entenderse esto así, se llegaría al resultado absurdo de penalizar ilógicamente al propietario cuando el arrendamiento es otorgado por el usufructuario frente al supuesto en que fuera él mismo quien lo celebrara, puesto que, si es el propietario quien otorga el arriendo, éste quedaría extinguido por llegada del término pactado, mientras que, sólo por el hecho de ser el usufructuario quien lo otorgara, entraría en juego la prórroga forzosa.

En definitiva, aceptada la extinción del arrendamiento en ambos casos, resulta trasladable a estos supuestos lo ya comentado sobre el ejercicio de la acción resolutoria del contrato por el propietario de la vivienda una vez acaecida la extinción del derecho del usufructuario arrendador al amparo del artículo 13.2 LAU 1994, con la diferencia de que, para los contratos que no se hallen sometidos a la LAU 1994, la pasividad del nudo propietario en el ejercicio de la acción de desahucio provocaría la entrada en aplicación de la tácita reconducción que regula el artículo 1.566 CC, en lugar de las reglas sobre la duración mínima de los contratos de arrendamiento de vivienda previstas en el artículo 9 de aquella norma.

No obstante, cabe decir que la trascendencia práctica actual de estos casos ha de resultar muy limitada, pues debe tenerse en cuenta que los contratos con pacto de duración expreso celebrados a partir de la entrada en vigor del RD-L 1985 (9 de mayo de 1985), y hasta la aplicabilidad de la LAU 1994, no solían concertarse para plazos prolongados de tiempo —sin perjuicio de la correspondiente prórroga, en su caso, convenida, o de la tácita reconducción *ex art.* 1.566 CC—, de tal manera que la mayoría de dichos contratos, o bien habrán ya finalizado, o bien, una vez promulgada la LAU 1994, se habrán renovado a través de la tácita reconducción prevista en el párrafo tercero del número uno de la disposición transitoria primera de la nueva Ley —después de finalizar el primer período contractual o tras sucesivas prórrogas o tácitas reconducciones del

mismo (35)–, quedando en adelante sometidos a ella y, por consiguiente, provocando la entrada en aplicación del artículo 13.2 LAU 1994, que prevé la extinción del arrendamiento celebrado por el usufructuario por terminación del derecho de usufructo.

Con ello, como expresamente manifiesta la SAP Lleida 22 de enero de 1999, se llega a un resultado inesperado, “que seguramente no fue previsto por el legislador, como el que sucede en el caso presente, en que *a pesar de que, por aplicación de la disposición transitoria 1.ª de la LAU de 1994, producida la tácita reconducción, como ha sucedido en el caso de autos, el contrato se «renovó» por tres años, a la vez queda sometido al artículo 13.2 y extinguido el usufructo, se resuelve automáticamente el contrato de arrendamiento...*” (36).

Para GUILARTE GUTIÉRREZ, la regla sobre la reconducción trienal de la disposición transitoria primera es aplicable, básicamente, a aquellos casos en que la tácita reconducción opera una vez finalizado el término contractual, siempre y cuando éste acaezca tras la entrada en vigor de la nueva Ley; sin embargo, junto con el caso apuntado, también entiende este autor que caen bajo el ámbito normativo de esta regla aquellos supuestos en los que el contrato, una vez finalizado el período convenido, se hubiera estado prorrogando –y no reconduciendo tácitamente–, en función de las específicas previsiones contractuales o de pactos ulteriores expresos: en la práctica ha sido frecuente el pacto sobre prórrogas anuales en tanto no se impugnara por alguna de las partes la continuidad de la relación (37).

(35) Observa la doctrina que, para que opere la tácita reconducción que prevé la LAU 1994, la vigencia del arrendamiento puede derivarse del propio contrato o por haberse producido ya una o varias reconducciones. Véase VALLADARES RASCÓN, E.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, cit., p. 915.

(36) SAP Lleida 22 de enero de 1999 (AC 1999/60). La sentencia concluye afirmando que, al extinguirse el arriendo por terminación del usufructo, no será aplicable, pues, el plazo mínimo de duración de cinco años a que se habría llegado por mor de los efectos de la tácita reconducción operada tras la entrada en vigor de la LAU. No obstante, discutida resulta también esta subsistencia del contrato de arrendamiento una vez finalizada la tácita reconducción de tres años por aplicación de la disposición adicional primera de la LAU 1994. Así, algunas sentencias han sostenido, en contra de lo que interpreta esta SAP Lleida, que en estos casos no entran en aplicación los artículos 9 y 10 LAU 1994 –que prolongarían el contrato por un período de cinco años más, salvo voluntad del arrendatario–, pues carece de justificación que los arrendamientos concertados después del 9 de mayo de 1985, y vigentes a la entrada en vigor de la nueva LAU, puedan tener una duración mayor que los concertados a partir de la entrada en vigor de la nueva normativa arrendaticia. Véase, por todas, la SAP Madrid 28 de julio de 2004 (JUR 2004/243380), que resume esta doctrina que parece ser mayoritaria en los últimos años (entre otras, SAP Cádiz 8 de marzo de 2002, JUR 2002/138503, SSAP Alicante 28 de mayo de 2002 y 17 de septiembre de 2004, JUR 2002/193396 y JUR 2004/317456). En contra, véase la SAP Zaragoza 24 de noviembre de 2003 (JUR 2003/277772).

(37) GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *op. cit.*, p. 56.

En cualquier caso, entiéndase el contrato prorrogado convencionalmente o entiéndase sometido a la tácita reconducción trienal prevista por la disposición transitoria primera, los efectos en cuanto al caso que nos ocupa –la extinción del arrendamiento por terminación del usufructo– son escasos. Así, los contratos celebrados por un usufructuario al amparo del RD-L 1985 sin sometimiento a prórroga forzosa quedarían extinguidos por terminación del derecho de usufructo a través de distintas vías normativas:

- Por aplicación del artículo 480 CC, al producirse la exclusión del artículo 57 TR –y, correlativamente, la del art. 114.12–, una vez el artículo 9 RD-L 1985 facultara a los contratantes para estipular libremente el tiempo de duración del contrato de arrendamiento. Esta situación se dará en los contratos cuyo plazo de duración –inicial o prorrogado– se prolongue más allá del 1 de enero de 1995, sin que haya operado todavía la tácita reconducción trienal.
- Por aplicación del artículo 13.2 LAU 1994, para el caso de que operara la tácita reconducción prevista en la disposición transitoria primera de esta Ley, en el tercer párrafo del apartado primero.

La única consecuencia diversa que se desprendería de la entrada en aplicación de una u otra normativa se ceñiría, según ya se ha apuntado, al distinto tratamiento que merecería la pasividad del nudo propietario en el ejercicio de la acción de desahucio, que repercutiría en la diferente duración del contrato renovado, bien por aplicación del artículo 1.566 CC o bien por las reglas de los artículos 9 y 10 LAU 1994.

IV.3. Contratos sometidos a prórroga forzosa.

Dado que, como se ha reiterado, el artículo 9 RDL 1985 dejaba a la voluntad de los contratantes el sometimiento del contrato a la prórroga legal, es posible encontrar contratos que, aun celebrados bajo el ámbito de aplicación del RD-L 1985, hayan quedado sujetos al artículo 57 TR 1964. Esto podía suceder, de forma clara, por la existencia de un pacto expreso de las partes al sometimiento a la prórroga, o, de forma menos clara pero no menos efectiva, por interpretación judicial favorable a la existencia de la misma derivada del silencio del contrato al respecto o del conjunto del clausulado contractual.

Provieniendo de una u otra posibilidad, lo cierto es que la existencia de contratos sometidos a la prórroga forzosa impuesta por el TR 1964 vuelve a otorgar protagonismo a la regla 12 del artículo 114 de la citada norma, que posibilita la resolución del arriendo por terminación del de-

recho del usufructuario arrendador siempre que el contrato locativo fuera concertado por éste en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad.

Al hilo de este tema, hemos mantenido con anterioridad que el pacto de larga duración incorporado a un contrato que forzosamente se encuentra sometido a prórroga, difícilmente puede considerarse otorgado en condiciones notoriamente gravosas para el propietario. No obstante, para el caso que abordamos aquí, la existencia efectiva de tal pacto se enfrenta con la posibilidad que se le abrió al arrendador por medio del RD-L 1985 de pactar un plazo de duración determinado para el contrato, desconociendo la prórroga legal. De este modo, si el arrendador renuncia a la posibilidad de excluir el contrato del régimen de prórroga legal por acordar expresamente el sometimiento del arrendamiento al artículo 57 TR 1964, de lo que se trata es de determinar si dicho arriendo puede considerarse celebrado en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad, en la medida en que el usufructuario arrendador renuncia a un beneficio legalmente reconocido por el artículo 9 RD-L 1985, perjudicando con ello al propietario.

A este respecto, ha hecho notar la doctrina que el pacto de sometimiento del contrato al régimen de la prórroga forzosa supone la exclusión voluntaria, o abdicación, de la ley aplicable y la renuncia a un derecho concedido por ésta, pudiendo afirmarse que la actitud del usufructuario arrendador en estas circunstancias queda subsumida dentro de la órbita del artículo 6.2 del Código Civil, precepto que sólo admite la renuncia de derechos cuando dicha renuncia no vaya en contra del interés o el orden público ni perjudique a terceros. Así —sostiene SERRA I CAMÚS—, la gravosidad de la cláusula en virtud de la cual se somete al régimen de la prórroga forzosa un contrato de arrendamiento suscrito durante la vigencia del RDL 1985 estriba en que tal pacto supone una renuncia a un derecho concedido por la ley aplicable en perjuicio de tercero, es decir, con infracción del artículo 6.2 CC; y es que tal pacto supone, en definitiva, “ligar al nudo propietario a un gravamen más intenso que el que según la legislación vigente debe soportar” (38).

También las Audiencias Provinciales han tenido ocasión de pronunciarse respecto a esta cuestión, viniendo a confirmar el carácter gravoso de pactos de sometimiento a prórroga forzosa de los arrendamientos en perjuicio del propietario. De este modo, según declara la SAP Barcelona 17 de junio de 2002, “la vinculación forzosa para el arrendador por tiempo indefinido al contrato, impuesta por la usufructuaria, perjudica los intereses de los propietarios, cuando la normativa vigente al momento de

(38) Así lo entiende SERRA I CAMÚS, M.: *op. cit.*, pp. 798-799.

perfeccionarse el contrato le permita actuar de manera diferente...”, por lo que sólo ante circunstancias muy especiales cabe explicarse esa abdicación de la situación de privilegio de la propiedad (39).

En definitiva, los contratos celebrados por el usufructuario bajo el ámbito de aplicación del RD-L 1985, sometidos por acuerdo de las partes al régimen de prórroga forzosa, podrían resolverse por cualquiera de las causas relacionadas con las condiciones notoriamente gravosas para la propiedad ya comentadas, con la ventaja añadida de poder incluir fácilmente entre éstas el mero hecho de haberse concertado el contrato con sometimiento a la prórroga legal, en la medida en que debe considerarse que dicho sometimiento, por perjudicar de forma notable al nudo propietario, atenta claramente contra el artículo 6.2 CC, que establece como límite a la renuncia de derechos la imposibilidad de que ésta redunde en perjuicio de terceros.

V. Conclusiones

Llegados a este punto, el lector habrá podido comprobar que, como ya se adelantó al inicio de este trabajo, la cuestión de la duración de los contratos de arrendamiento concertados por el usufructuario de la vivienda arrendada puede suscitar a los aplicadores del Derecho, en contra de lo que la pura lógica nos aconsejaría, determinadas dificultades interpretativas y de naturaleza esencialmente práctica. Estas dificultades se derivan no sólo de la mera diversidad normativa existente en nuestro ordenamiento en materia arrendaticia, cuyo engranaje temporal resulta realmente de complicado alcance, sino también del espesor o falta de claridad de los preceptos que, de forma explícita o implícita, se refieren a la extinción del arriendo por terminación del derecho del usufructuario arrendador.

Así pues, a modo de aclaración final sobre todo lo expuesto, puede ser útil enumerar, aun a riesgo de resultar reiterativos, los diferentes su-

(39) SAP Barcelona 17 de junio de 2002 (JUR 2002/278203). En esta línea, por ejemplo, la SAP Pontevedra de 30 de septiembre (AC 1998/1778) sostiene que, dado que al tiempo del otorgamiento del contrato no era ya obligada para los propietarios la prórroga del arrendamiento a instancia de los inquilinos, la estipulación en el contrato de la prórroga forzosa sin que se haya justificado una compensación económica adecuada para los dueños de la finca arrendada debe considerarse gravosa para la propiedad. Por su parte, la SAP Castellón 20 de julio de 1999 (AC 1999/5763) se plantea incluso –aunque sea *obiter dicta*, puesto que el fallo a favor de la resolución del arrendamiento se basó en la aplicación del art. 480 CC por exclusión del art. 57 TR 1964–, si no es gravoso para la propiedad un compromiso arrendaticio por diez años, convenido por una usufructuaria bajo el ámbito de aplicación del RD-L 1985, de los cuales sólo vivió dos, debiendo pechar con los ocho restantes la propietaria del bien arrendado, que no fue parte en el contrato.

puestos relativos a la extinción de los arrendamientos concertados por un usufructuario según la norma que a cada cual se le deba aplicar, con la finalidad de exponer brevemente la solución legalmente prevista –y jurisprudencialmente interpretada– para cada situación litigiosa.

Tenemos así:

— Contratos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, a los que les resulta aplicable el TR 1964:

- En este caso, la terminación del usufructo no conlleva la extinción del arrendamiento, salvo que el usufructuario concertara el contrato en condiciones notoriamente gravosas para el propietario (arts. 57 y 114.12 TR).

— Contratos concertados entre el 9 de mayo de 1985 y el 1 de enero de 1995, que se encuentran bajo el ámbito de aplicación del RDL 1985, debiéndose distinguir entre:

- Contratos con plazo libremente pactado, para los que la terminación del usufructo conlleva su extinción, que puede darse a través de dos vías normativas:
 - Por aplicación del artículo 480 CC, en virtud de la exclusión que el artículo 9 RDL 1985 realiza del artículo 57 TR 1964, para los contratos cuyo plazo de duración se prolongue más allá del 1 de enero de 1995 sin que haya operado todavía la tácita reconducción trienal.
 - Por la entrada en aplicación del artículo 13.2 LAU 1994, cuando haya operado la tácita reconducción trienal prevista en la disposición adicional primera de esta Ley, en su tercer párrafo.
- Contratos sometidos por las partes a prórroga forzosa, que sólo podrán quedar resueltos por expiración del derecho de usufructo por haber concertado el usufructuario el arriendo en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad (arts. 57 y 114.12 TR 1964).

— Contratos celebrados a partir del 1 de enero de 1995, una vez vigente la LAU 1994, que quedarán extinguidos por terminación del derecho de usufructo a la luz de su artículo 13.2, salvo que se den las circunstancias previstas en el apartado tercero del mismo precepto.

“Manual de Derecho sucesorio aragonés”, José Luis Merino Hernández (coordinador). Ed. Sonlibros, Zaragoza, 2006, 695 páginas.

Se inicia con este *Manual* lo que será una colección –seguramente valiosa– de Derecho civil aragonés. La importancia que las instituciones del Derecho de sucesiones ofrecen dentro del Derecho foral –y también dentro del vigente– justifican, sin duda, la prioridad que esta materia ha recibido en la estructuración de la obra total proyectada.

Constituye este volumen un libro colectivo, pero no es una miscelánea, sino una exposición completa y sistemática del Derecho de sucesiones vigente hoy en Aragón, con atribución de sus diversas instituciones a diferentes autores especialistas en ellas.

La dirección de la obra corresponde al notario aragonés José Luis MERINO HERNÁNDEZ, que como privatista goza de prestigio en España e incluso en el mundo jurídico iberoamericano, por él conocido a través de fecundos viajes de trabajo. En su personalidad hay una faceta universitaria notable (fue en su día Premio Extraordinario de Licenciatura en la Universidad de Zaragoza y doctor en Derecho con sobresaliente *cum laude*, impartiendo después clases en su Facultad), y otra faceta académica (es Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Presidente de la Aragonesa de Jurisprudencia por él fundada hace unos diez años, corporación que ha venido a reanudar una vieja tradición de Zaragoza). Pero la vertiente esencial de la actividad profesional de MERINO es ciertamente la notarial: notario muy joven, viene manteniendo sin solución de continuidad una brillante carrera, desarrollada siempre en pueblos de Aragón hasta llegar a su actual notaría de Zaragoza. Esa carrera le ha dado una visión realista de la vida del Derecho sucesorio aragonés, que ha reflejado ya en varias monografías, dándole también legitimación para dirigir la nueva obra colectiva.

El equipo que en el *Manual* ha dirigido MERINO lo integran los juristas

aragoneses José Luis ARTERO, Pablo ESCUDERO, Luis Alberto GIL, Emilio LATORRE, Francisco MATA, Mauricio MURILLO y Francico POZUELO. Procedentes de diversos campos profesionales de prestigio –la abogacía, la magistratura, el notariado, la inspección de Hacienda–, esos coautores estudian sus respectivas instituciones sucesorias desde su experiencia profesional, con rigor científico y a la vez sentido práctico. Su obra no constituye un tratado –tampoco un prontuario–, pero sí una exposición clara del actual Derecho sucesorio aragonés, acompañada de serias reflexiones en cada uno de los temas.

Es de lamentar acaso que, al ceñirse a la normativa vigente, no se hayan recogido algunas instituciones históricas peculiares de Aragón que, aun suprimidas hoy, representan mucho en la historia del Derecho aragonés. Pero en conjunto la obra, que puede ser útil a todo profesional aragonés e imprescindible a los estudiosos del Derecho civil de Aragón, merece un cálido elogio con la esperanza de que sea seguida de los siguientes volúmenes de la iniciada colección.

La felicitación ha de ser obviamente especial para el coordinador, José Luis MERINO, que ha dirigido con acierto el equipo editorial y ha puesto en la tarea su competencia y esa ilusión que, como decía MARAÑÓN, es la que “enciende las grandes llamas del espíritu”.

José M.^a Castán Vázquez

*Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y Legislación*

“La tercera parte de los principios de Derecho contractual europeo” (*The Principles of European Contract Law part III*), Antoni Vaquer (editor). Universitat de Lleida, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 675 páginas.

1. Con el presente volumen se completa meritoriamente una trilogía (1) dedicada fundamentalmente a comentar y dar a conocer entre nosotros uno de los proyectos privados más serios de armonización del Derecho europeo de contratos, recogiendo en él las importantes aportaciones que, en su día, se hicieron al III Congreso Internacional celebrado en la Universidad de Lérida (7-8 mayo de 2003) bajo el título que figura al frente del volumen. Nada extraña el tiempo, relativamente dilatado, transcurrido entre aquél y la aparición del volumen, pues son notorias las dificultades que obstaculizan entre nosotros la publicación de esta clase de obras con un destinatario minoritario y, además, parcialmente publicadas en inglés. De aquí los plácemes que merece el profesor VAQUER, editor del mismo. Su rico contenido es relativamente complejo y puede clasificarse inicialmente en tres grandes apartados: A) Comentarios a las diversas materias incluidas en la parte III del Proyecto Lando (pluralidad de partes, cesión de créditos, asunción de deudas y cesión del contrato, compensación, prescripción extintiva y contratos ilegales); salvo alguna excepción, se publican en inglés, a cargo de profesores extranjeros, en parte pertenecientes al Grupo Lando y, por lo general, cada una de las ponencias no se apartan, sino que vienen a profundizar y desarrollar las ex-

(1) Al presente han precedido los siguientes volúmenes:

— *Regional private laws and codification in Europa*, edited by Hector MacQueen, Antoni Vaquer and Santiago Espiau (Cambridge, 2003).

— *Bases de un derecho contractual europeo / Bases of a European Contract Law*, edited by Santiago Espiau and Antoni Vaquer (Valencia, 2003).

plicaciones que el propio proyecto contiene (2). B) Comentarios desde la perspectiva del Derecho civil español sobre distintos aspectos de la parte III del Proyecto Lando, redactados en español, salvo dos excepciones; en ocasiones el comentario se circunscribe al Derecho civil catalán (así en el caso de prescripción); en materia de compensación, la catedrática M.^a Ángeles PARRA LUCÁN es autora de la ponencia más extensa del Congreso incluida en el volumen (pp. 301-414), que, en sí misma, viene a constituir la monografía más reciente en nuestra doctrina sobre el tema (3). C) Se incluyen otras aporta-

(2) Sin perjuicio de las ponencias que inciden, única o principalmente, en aspectos de carácter general, y sobre los cuales insistiré más adelante, en este apartado A) cabe incluir los siguientes:

WHITAKER, Simon: "A few observations on the «plurality of debtors», and on the effects of release" (pp. 23-49).

LURGER, Brigitta: "Assignment of claims" (pp. 133-149).

ENCHELMAIER, Stefan: "Assignment in its commercial context" (pp. 151-183).

LEIBLE, Stefan: "Cambio de deudor" (pp. 233-244).

PICHONNAZ, Pascal: "Set-off: from diversity to unity. Comments on the PECL" (pp. 281-300). En realidad, el autor, profesor en la universidad suiza de Fribourg, aparece aquí seleccionado básicamente como autor de una notable tesis doctoral redactada bajo una perspectiva comparativa [*Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels (Fribourg, 2001)*], aunque en la misma no parece haber profundizado, sin embargo, en el Derecho español, congratulándose de haber coincidido con las precedentes opiniones sostenidas por ZIMMERMANN en 1999 (*Die Aufrechnung. Eine rechtsvergleichende Skizze zum europäischen Vertragsrecht*).

ZIMMERMANN, Reinhard: "The new german law of prescription and the chapter III 14 of the PECL" (pp. 451-494). El autor es un conocido especialista en la materia, ha sido el ponente del Proyecto Lando respecto de la misma, y el motivo determinante de esta ponencia es mostrar su radical disconformidad con la regulación de la prescripción en el BGB después de la reforma de 2002.

MACQUEEN, Hector L.: "Illegality and immorality in contracts: Towards european principles" (pp. 549-566). Una inoportuna letra introducida en las cabeceras de página hace decir a éstas: *Illegality and immortality in contracts*..

(3) MORO ALMARAZ, M.^a Jesús: "Fuentes de solidaridad activa y poderes de actuación de los acreedores solidarios" (pp. 69-101).

TRIGO GARCÍA, Belén: "Pluralidad de deudores, evolución de la responsabilidad y régimen de la solidaridad" (pp. 103-117).

CARBALLO FIDALGO, Marta: "La eficacia de las sentencias dictadas en materia de deudas solidarias" (pp. 119-132).

ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel: "El artículo 11:401 (4) de los PECL: Quiebra del cedente del crédito y Derecho concursal comunitario" (pp. 205-231).

ADAME-MARTÍNEZ, Miguel A.: "A few remarks on chapter 12 of the PECL" (pp. 245-280); autor de un extenso trabajo sobre la asunción de deuda (Granada, 1995), realiza en esta ponencia amplias consideraciones históricas y comparativas.

PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: "La compensación en Derecho español y en los PECL. Una comparación" (pp. 301-433).

CHAMORRO, Manuel y MARCOS, Francisco: "Autonomía de la voluntad y compensación. Derecho dispositivo y derecho imperativo en la liquidación simplificada de obligaciones de Derecho privado" (pp. 435-450).

VAQUER, Antoni: "The new regulation of prescription in the civil law of Catalonia: More modernised than principled, but still spanish" (pp. 495-516).

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel, y HUERTA VIESCA, M.^a Isabel: "Reflexiones y propues-

ciones desde la perspectiva de algunas legislaciones o sistemas jurídicos europeos –de indudable valor comparativo–, tales como la griega, la inglesa o la checa, y, de modo muy especial, la reciente reforma alemana sobre prescripción, del 2002 (4).

2. Como es sabido, con la publicación de la parte III de los *Principios*, la Comisión Lando se disolvió en cuanto tal, aunque buena parte de sus miembros se ha integrado luego en la Comisión Von Bar. Por otro lado, el Proyecto Lando no abarca la totalidad de materias que, en el mundo continental europeo, suelen tratarse bajo el enunciado de la Parte general de las Obligaciones y de la Doctrina general del contrato. Con todo, las materias aquí comentadas lo han sido adecuadamente, de modo que el lector queda impuesto del contenido de la regulación que se propone en los PECL y, en general, de la problemática que suscita. La exposición del Derecho español (fundamentalmente, el del CC), sin constituir casi nunca un tratamiento exhaustivo, avanza dudas, matiza soluciones y, en ocasiones, se opone resueltamente a los PECL en cuanto al fondo, total o parcialmente (5). Quizá la idea

tas sobre la alterabilidad convencional uniforme de los plazos de prescripción extintiva de las pretensiones” (pp. 517-548).

DE ELERA-SAN MIGUEL HURTADO, Enrique, y HERNÁNDEZ RUIZ, M. Cristina: “Limitaciones clásicas y actuales a la libertad de contratación” (pp. 617-675).

(4) DACORONIA, Eugenia: “Plurality of creditor. A comparison with the Greek civil code” (pp. 51-67); la autora es *Lecturer* en la Facultad de Derecho de Atenas, y compara el capítulo 10 de los PECL con los artículos 480-495 del CC griego, llegando a la conclusión, después de constatar diversas divergencias, que no resultan radicalmente opuestos al texto unificado que propone el Proyecto Lando.

FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: “Undisclosed agency y cesión de créditos: los PECL ante el caso *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance Co.Ltd*” (pp. 185-203).

ZIMMERMANN, Reinhard: “The new german law of prescription and chapter 14 of the PECL” (pp. 451-494). Como explico en la nota anterior, este autor tiene sobrados méritos para figurar en los apartados A) y B); por una parte, en calidad de destacado miembro del equipo Lando, sus opiniones sobre el tema tienen valor de *interpretación auténtica*, y por otra la crítica a que somete la nueva regulación alemana sobre prescripción resulta sugestiva y bien documentada.

HAVEL, Bohumil: “The influence of european contract law on Czech private law –a sketch on irrationality” (pp. 591-602); el autor es director del Departamento de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Westbohemian Univ. of Pilsen (Chequia), y nos ofrece una interesante perspectiva sobre la actitud de la actual doctrina privatista de los antiguos países del Este ante la codificación, en general, y, en particular, ante la codificación europea (visión que, personalmente, recomiendo a los juristas europeos occidentales para corregir el occidental-centrismo que podemos padecer).

CAREY MILLE, David: *Principle v policy in tittle issues: A harmonisation bridge too far?* (pp. 603-616). El autor es profesor of Property Law en la Univ. de Aberdeen, quien ofrece un comentario a la decisión de la *House of Lords*, *Shogun Finance Limited v. Hudson*, de 2004, poniendo de relieve las consecuencias que las relaciones obligatorias producen en el ámbito de los derechos reales, en el Derecho inglés.

(5) Así M.^a Jesús MORO ALMARAZ, al tratar de la solidaridad activa, avanza no pocas observaciones críticas puntuales a lo largo de su extenso trabajo; Belén TRIGO GARCÍA sugiere

más difundida es que la Comisión Lando, en la elaboración de aquéllos, marginó prácticamente al Derecho español, lo que no extraña, dada la orientación marcadamente anglosajona que adoptó.

3. La publicación de estos comentarios invita a replantearse sobre el valor, en sí mismos, de los *Principles* en el actual movimiento de unificación del Derecho contractual europeo, y de la importancia que los demás les atribuyen en el marco de la UE, cuestiones a las que, en general, responden las ponencias –de algún modo, introductorias– de Eric CLIVE (6) y Jan M. SMITS (7). La pregunta es oportuna porque algunos, poco informados, pueden llegar a identificar, sin más, el proyecto de código contractual europeo con el proyecto Lando, y no resulta raro así que, consciente o inconscientemente, se le esté oficializando.

El profesor CLIVE es *Visiting professor* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Edimburgo y *Chairman* del grupo encargado de redactar la Parte III del Proyecto Lando. Con buen sentido no se considera a sí mismo el juez más imparcial para valorarlo, aunque, sin duda, está legitimado para opinar que: *seem to me to represent a good set of model rules –well drafted, readable, understandable, substantively fair, liberal and functional, y que supplemented and modified where necessary, will play an important role in the development of a future European contract law, whatever the precise nature of any official instrument might be* (8). También se admira del hecho de que tales principios existan ya cuando hace treinta o cuarenta años ningún jurista europeo podía ni siquiera imaginarlo. Acaso no se le pueda seguir cuando propone minimizar la importancia de averiguar el origen de tales principios y la función que el Derecho romano ha cumplido en su alumbramiento, pues todavía a los juristas continentales nos resulta singularmente costoso prescindir del *jus commune* en la formación de nuestro Derecho civil. Opinable es asimismo el papel que aquéllos pueden representar en las reformas futuras de las regulaciones contractuales de los ya veintisiete miembros de la UE (9).

que las soluciones del proyecto Lando en materia de solidaridad pasiva sean llevadas, incluso, más lejos; MARTA CARBALLO FIDALGO se centra en los aspectos procesales de la solidaridad pasiva escasamente contemplados; ESPINIELLA MENÉNDEZ se fija en el interesante tema de la declaración del concurso del cedente en el caso de cesión de créditos, auspiciando un acercamiento a las soluciones del Derecho concursal comunitario; ADAME-MARTÍNEZ, en un trabajo ampliamente documentado, sugiere otra regulación del cambio de deudor (p. 280); M.^a ÁNGELES PARRA hace una crítica muy matizada del proyecto Lando, fijándose especialmente en la dimensión procesal de la compensación (pp. 426 y ss.), llegando a unas conclusiones muy meditadas que merecerían atención por parte de la doctrina española (pp. 431-433).

(6) CLIVE, Eric: *An overview and assesment* (pp. 18-22).

(7) SMITS, Jan M.: *PECL and the harmonisation of private law in Europa* (pp. 567-590).

(8) *Loc. cit.*, p. 22.

(9) Así estima que ha pasado el tiempo de pensar en una unificación del derecho contractual inglés y escocés mientras no se produzca la armonización europea (*loc. cit.*, p. 21). Asimismo, para que los principios desempeñen algunas de las funciones contenidas en la Comuni-

El profesor SMITS es profesor de Derecho privado europeo en la Universidad de Maastricht y *Visiting professor* de la Universidad de Liège, y afronta directamente el tema planteado en su interesante ponencia sobre “The principles of european contract law and the harmonisation of private law in Europe” (10). En su visión personal, los PECL persiguen diversos objetivos, siendo de aplicación inmediata los tres primeros, a largo plazo el cuarto, y de naturaleza diversa el quinto: 1) Los principios pueden ya ser, desde ahora mismo, adoptados voluntariamente por las partes; el escaso éxito que en este punto han tenido los Principios de UNIDROIT no permite abrigar, sin embargo, muchas esperanzas sobre el número de casos, aunque es posible su mayor utilización en el arbitraje. 2) Servir de modelo al legislador nacional que emprenda la reforma de su Derecho contractual, sobre todo como *mecanismo negativo* que obligue a aquél a dar explicaciones cuando se aparte de los mismos. 3) Creación de una estructura para la legislación promulgada por la UE; no parece muy factible con la promulgación de las Directivas, si bien el autor ve en el Plan de Acción de 2003 que el *common frame of reference* (estructura común de referencia) se adapta cabalmente a los PECL. 4) Bases para un Código europeo de contratos; objetivo de naturaleza diversa de los anteriores, que origina una nueva problemática (11). 5) El autor considera de gran importancia la función de los PECL en el ámbito de la Ciencia del Derecho y de la enseñanza y, pese a críticas como la de Legrand, estima que en adelante, después de la recepción del Derecho romano, existe ya un *tertium comparationis* para cada sistema nacional de regulación contractual.

Probablemente la parte más discutible de la concepción de SMITS sea la aproximación de los PECL a los principios generales del Derecho contractual, con cita nada menos que de DWORKIN, ESSER, ALEXY, WILBURG y CANARIS. Según sus propias palabras: *(T)he goal of drafting principles is not so much to give information on what the law is national legal system actually is. The goal is much more to design new roles that do not exist as such in any european legal system, but that do reflect what the drafters think of as an ideal european law. The PECL are thus not an analysis or a map of existing law, they are intrinsically programmatic in nature: they are designed to form the future European contract law, not to describe the present.* Me parece que estamos, más bien, en presencia, ni más ni menos –con todo su peso, pero también con sus innegables deficiencias–, de un paradigmático ejemplo de *Professorenrecht*. Completa el autor su pensamiento sosteniendo que debe

cación del 2003 dirigida al Parlamento Europeo, opina que debieran tomarse en consideración las Directivas de la UE en el área del Derecho privado, ya que muchas de las cuales se han promulgado después de formularse aquéllos (*loc. cit.*).

(10) *Loc. cit.*, pp. 567-590.

(11) El autor enumera algunos de los más importantes: para que el Código sea aplicable, ¿es necesario que sea elegido por las partes?; ¿es posible excluirlo?; ese código europeo, ¿sustituye a los sistemas nacionales?; ¿se aplica sólo a los contratos mercantiles? (*loc. cit.*, p. 576).

dejarse a la práctica en cada uno de los países miembros la aplicación de los PECL, una vez que hayan entrado a formar parte ya de sus tradiciones jurídicas. De aquí la conclusión final de que la contribución más prometedora que los PECL pueden aportar a la armonización del Derecho contractual europeo es considerarlos como modelo *opcional*, tal como se contempla en el Plan de Acción de 2003 de la Comisión Europea: (*The harmonisations of law is always a matter of both a common text and a common practice*, vendría a resumir su pensamiento.

4. Algunas críticas que, a lo largo de la recensión, se han hecho sobre opiniones o posturas doctrinales no impiden reconocer gustosamente la nota de *apertura* que algunos de los autores aquí citados mantienen respecto de otros proyectos contractuales europeos existentes, y, en particular, respecto del *Proyecto de Pavía*, también designado por el nombre de su coordinador *Proyecto Gandolfi*. Estaría fuera de lugar que quien ha participado en el último (12) emitiera aquí juicios comparativos de valor. Hay cierto paralelismo entre ambos, aunque la prioridad cronológica corresponde al Proyecto Lando; no han dejado de existir relaciones personales entre los miembros de ambos equipos, y así el profesor LANDO fue invitado y asistió al Congreso de Pavía de 1990. Ambos han finalizado lo que puede calificarse de *Parte general*, aunque con características propias; ambas Comisiones de Juristas continúan de algún modo su labor y se proyectan sobre la parte especial, si bien la Comisión Lando se disolvió formalmente, integrándose la mayoría de sus miembros en el Grupo Von Bar, que acepta plenamente los PECL, mientras que la Academia de Pavía subsiste en cuanto tal aunque ampliada a juristas del resto de países europeos. Dando por supuesto que ambos proyectos –ante-proyectos, en realidad– son de naturaleza exclusivamente privada, si bien presentados parejamente a los órganos comunitarios, mi opinión personal es que ambos debieran ser igualmente conocidos y discutidos en todos los foros europeos de armonización contractual. Son, por ello, de agradecer las referencias extranjeras al proyecto de Pavía por parte del profesor Hector L. MACQUEEN, miembro de la Comisión Lando, dedicando a su análisis un apartado especial (13), o la más genérica de mera alusión del profesor SMITS (14), o la puntual de PICHONNAZ (15), así como las citas reiteradas y nutridas de los profesores españoles (16). Si el profesor CLIVE ha podido exclamar con res-

(12) Puede verse el volumen *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía* (coordinado por G. GARCÍA CANTERO), Zaragoza, 2005.

(13) MACQUEEN: *loc. cit.*, pp. 563-565.

(14) SMITS: *op. cit.*, p. 567.

(15) PICHONNAZ: *op. cit.*, p. 299, nota 82.

(16) MORO ALMARAZ, M.^a Jesús: *op. cit.*, p. 82, n. 28; ADAME-MARTÍNEZ: *op. cit.*, p. 252, n. 16; p. 270, n. 50; p. 279, n. 67; p. 280; PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: *op. cit.*, p. 415; RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA y HUERTA VIESCA, M.^a I.: *op. cit.*, p. 523, n. 16 y 17; p. 528, n. 36; p. 531, p. 540; n. 71; p. 541, n. 77.

pecto al Proyecto Lando: ¡existimos!, *mutatis mutandis* lo mismo cabe afirmarlo respecto del Proyecto Gandolfi.

5. Un juicio de conjunto del volumen recensionado ha de ser necesariamente positivo. Cumple adecuadamente la función de dar a conocer la parte III de los PECL, cuenta con un contrapunto oportuno de Derecho civil español y ha sido capaz de suscitar debate. A todo ello debe unirse la sobria y elegante presentación del mismo por la editorial Tirant lo Blanch.

Gabriel García Cantero

Catedrático Emérito de Derecho Civil